



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

“El delito de Colusión y el funcionario público que actúa en condición de interesado, Lima, 2017”.

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

Abogada

**AUTORA:**

Flores Ramírez, Evelin Stefani (ORCID: 0000-0002-7073-1613)

**ASESORES:**

Mg. La Torre Guerrero, Ángel Fernando (ORCID: 0000-0002-2147-2205)

Mg. Castro Rodríguez, Liliam Lesly (ORCID: 0000-0002-8978-5224)

Dr. Prieto Chávez, Rosas Job (ORCID: 0000-0003-4722-838X)

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derecho Penal

**LIMA – PERÚ**

**2018**

### **Dedicatoria**

A mis amados padres, Miguel y Zoila.

### **Agradecimiento**

A Dios Todopoderoso, por darme la sapiencia y fortaleza para la consecución de mis objetivos profesionales y con mucho aprecio y admiración al Dr. Rolando Zagret Risco Valera, por encaminarme a través de sus enseñanzas en mi formación profesional.

## Índice de contenidos

Caratula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de contenidos	iv
<b>Resumen</b>	v
<b>Abstract</b>	vi
	ix
<b>I. Introducción</b>	10
1.1 Aproximación Temática	11
1.2 Marco Teórico	16
1.3 Formulación del Problema	40
1.4 Justificación del Estudio	40
1.5 Supuestos/Objetivos del Trabajo	41
<b>II. Método</b>	43
2.1 Diseño de Investigación	44
2.2 Métodos de Muestreo	44
2.3 Rigor Científico	49
2.4 Análisis Cualitativo de los Datos	54
2.5 Aspectos Éticos	55
<b>III. Descripción de Resultados</b>	56
<b>IV. Discusión</b>	78
<b>V. Conclusiones</b>	91
<b>VI. Recomendaciones</b>	93
<b>Referencias</b>	95
<b>Anexos</b>	101
Anexo 1 Matriz de consistencia.	102
Anexo 2 Guía de preguntas de Entrevista	105
Anexo 3 Análisis Doctrinario, Jurisprudencial y Normativo	138
Anexo 4 Validación de Instrumentos	146

## **Resumen**

La presente investigación tuvo como propósito discutir un tema específico en el delito de colusión que se enmarca en el análisis del partícipe o cómplice primario. Y, es en mérito a tal objetivo que, a lo largo de la presente investigación, se podrá demostrar en amplio desarrollo que este delito también puede configurarse cuando sean dos entidades públicas las que participen en una relación jurídica, siempre que pueda establecerse la concurrencia de una concertación con el propósito de defraudar al Estado.

Para lograr nuestros objetivos se tuvo que analizar el tipo penal recogido en nuestro Código Penal, la jurisprudencia nacional y la doctrina, así como también hemos recogido una serie de entrevistas de profesionales relacionados con el quehacer del derecho en el ámbito de los delitos contra la administración pública.

Los resultados obtenidos a través de las entrevistas fueron sustentados con nuestro análisis documental, así como, con los resultados obtenidos en la investigación llegando a la conclusión de que, el término interesado que usa nuestro tipo penal de colusión puede ser aplicado tanto a un funcionario o empleado del sector privado como a un funcionario público.

No es necesario realizar ni precisiones ni cambios legislativos, para combatir aquellas conductas desleales que pudieran realizar algunos funcionarios públicos cuando actúan representando, cada uno, a una entidad pública.

**PALABRAS CLAVE:** Colusión, Funcionario Público, Interesado e Infracción de Deber

## **Abstract**

The purpose of this investigation is to discuss a specific issue in the crime of collusion that is part of the analysis of the primary participant or accomplice. And it is in merit to such objective, that throughout the present investigation it will be able to be demonstrated in ample development on the subject that this crime also can be configured when they are two public entities those that participate in a juridical relation, whenever the concurrence can be established of a concertation with the purpose of defrauding the State.

To achieve our objectives, we had to analyze the criminal type included in our Criminal Code, national jurisprudence and doctrine, as well as we have collected a series of interviews of professionals related to the work of law in the field of crimes against the administration public.

The results obtained through the interviews were supported with our documentary analysis, as well as, with the results obtained from the investigation reaching the conclusion that the interested term that uses our criminal type of collusion can be applied to either an official or employee of the private sector as a public official.

It is not necessary to make precise or legislative changes to combat unfair behavior that some public officials could perform when they act representing each one of a public entity.

**KEYWORDS:** Collusion, Public Official, Interested Party and Breach of Duty

## **I. Introducción**

## 1.1 APROXIMACIÓN TEMÁTICA

En general, cuando abordamos el estudio del fenómeno de la corrupción y los delitos de corrupción de funcionarios, existe una constante aparente: el delito contra la administración pública se consume entre un funcionario público y un actor privado.

Sin embargo, la variedad de actos públicos y las actividades que desarrolla el Estado, nos ha hecho testigos, que la realidad presenta situaciones disímiles cada una con su particularidad: desde las actividades desarrolladas por un congresista electo que aún no ejercía el cargo (Caso Alberto Kouri), candidatos que nunca ganaron una elección pero que recibieron una serie de contribuciones de empresas que tenían contratos millonarios con el Estado (Keiko Fujimori, Alan García y Ollanta Humala) hasta Presidentes de la República que habrían recibido, a través de enmarañadas operaciones, millonarios sobornos (Alejandro Toledo y Alan García Pérez).

Y, a partir de eso, la estructuración de un soporte multinacional por parte de una empresa como ODEBRECHT, con un área especializada en procesar y pagar los sobornos, han permitido constatar, aquello que era *vox populi*, pero que nunca, como ahora, se hizo tan visible: que innumerables actividades desarrolladas por los funcionarios públicos en su interacción con los sectores privados han generado una serie de pérdidas al Estado.

Y, precisamente, dentro de dicho contexto es que ubicamos nuestro trabajo; en las actividades del Estado desarrolladas por entidades públicas, pero con una particularidad, analizaremos, si cabe o no, que se puedan concretar actos de colusión entre dos funcionarios públicos o entre dos entidades públicas.

En forma específica podremos señalar, por ejemplo, las denuncias periodísticas que se propalaron y se repiten, sobre las actividades realizadas por el Seguro Integral de Salud (SIS) en compras de servicios de salud (realizadas a hospitales o centros de salud del Estado) en las que se señala la existencia de irregularidades en los montos pagados a diversos hospitales nacionales.

En su artículo periodístico “Los hospitales se rebelan contra la racionalización del Sistema Integral de Salud. Corte de corruptelas y ajuste de tarifas provoca resistencia” Althaus (2017), señala lo siguiente:

Es cierto que la población asegurada en el Sistema Integral de Salud ha crecido a una velocidad mayor que los recursos financieros. Ha pasado de 5.8 millones de asegurados el 2002 a 18 millones en la actualidad. De estos, alrededor de 5 millones no serían pobres según el “Informe de la Comisión Interventora del SIS” (enero 2017), siendo condición para la afiliación ser pobre o pobre extremo. Hay allí, para comenzar, un problema de mala gestión que ha generado una masiva filtración.

El presupuesto del SIS también ha sufrido una cierta reducción a partir del año 2015: bajó de 1,756`278,819 soles ese año a 1,558`689,609 el 2016 y a 1,400`996,418 este año.

No obstante, también es cierto que el gasto ha sido ineficiente, desviado a otros destinos y eventualmente presa de corruptelas prácticamente institucionalizadas. Es decir, podría ser más bajo y eficiente. Si el gasto se hubiese hecho bien, quizá la deuda no sería de 700 millones, sino mucho menor. Debe precisarse que los 700 millones se refieren a la deuda acumulada de años anteriores. No es deuda de este año o de la gestión presente. Edmundo Beteta, jefe del Sistema Integral de Salud, informa que en los últimos 7 meses ha transferido 1,000 millones de soles a las entidades prestadoras.

A nivel internacional, no se pudo encontrar material de tesis relacionados al tema, pero al navegar a través de diversas páginas web encontramos un artículo jurídico llamado “La infracción del deber y autoría - Una crítica a la teoría del domino del hecho” presentado por el profesor Dr. Urs Kindhauser (2009, p.2) de la Universidad de Bonn, quien señala lo siguiente:

En la doctrina actualmente dominante en la ciencia del derecho penal se clasifica que el delito de infracción de deber sólo puede ser cometidos por determinadas personas que tiene el deber especial, pero sin embargo el que infringe ese deber especial es en inicio llamado autor. Todos los demás intervinientes que no son portadores de tal deber necesariamente son, a lo sumo, partícipes.

En el Perú, tampoco hemos podido encontrar desarrollos relacionado al tema de la presente investigación, pero si tuvimos la oportunidad de encontrar una tesis que diferencia que es el funcionario público, el delito de colusión y las categorías de *intraneus* y *extraneus*.

## **PERU**

En el Perú, **EL DELITO COLUSIÓN** (art. 384° de Código Penal) ha sido considerado en nuestra Legislación como una forma de concusión que llama la atención porque estamos ante conductas como el fraude de la administración pública o contra el Estado, negociación incompatible y la celebración indebida de contratos.

Para poder considerar la conducta “fraudulenta” de los funcionarios o servidores públicos de la administración pública se debe establecer la existencia de concertación, sea en la celebración o en la ejecución de un contrato con un particular, esto es, previamente ostentan un deber jurídico que acentúa proteger los intereses y el patrimonio del Estado al

momento de negociar con los particulares. Por ello, lo cuestionable en la conducta tanto del funcionario o servidor público es el llamado acuerdo colusorio, ilegal y doloso con el interesado para obtener un provecho en perjuicio del Estado.

### **Código Penal Peruano**

En el Perú el delito de Colusión, conforme a lo establecido en el art. 384° del Código Penal, tiene dos modalidades:

#### **Colusión Simple**

Cuando el funcionario público concerta sin que exista una afectación patrimonial al Estado; a modo de ejemplo, supongamos en un proceso de compras y bienes y no se llega a defraudar el patrimonio estatal se configura el delito de colusión simple.

#### **Colusión Agravada**

En cambio, se configura este delito cuando si se afecta el patrimonio del Estado, como, por ejemplo, por la construcción de un Hospital se paga 5 millones de soles, cuando el monto real, no debía pasar de 2 millones de soles.

Ahora bien, resulta pertinente explicar cuál es el ámbito del desenvolvimiento de la conducta del extraneus.

### **Extraneus**

Sin mayor discusión, la doctrina enseña que quien actúa como particular, interviene como interesado en la calidad de cómplice primario, es decir, debemos precisar que los interesados que conciertan con los funcionario o servidores públicos tienen la calidad de cómplices del delito; por tanto, estaríamos entrando a una infracción de deber conforme a lo sustentado por Claus ROXIN quien señala que el intraneus es el sujeto público que infringe un deber especial, en tanto que el extraneus no infringe deber alguno, por ello, es cómplice.

En consecuencia, en la dogmática penal y en la jurisprudencia se considera que en el delito de colusión no existe una mayor discusión sobre su consumación cuando se trata de actos celebrados entre un ente público y una empresa privada, lo que da lugar a que el

extraneus siempre sea un tercero ajeno a la administración pública (que es quien actúa en nombre o en representación de la empresa privada).

Sin embargo, cabe preguntarse si puede existir el delito de colusión cuando las empresas o entidades contratantes son del propio Estado; a modo de ejemplo, el SIS cuando celebra convenios con los Hospitales o Centro Médicos públicos; o cuando un Gobierno Regional contrata con el INDECI o con el SIMA recibiendo servicios de estas entidades públicas.

Precisamente, dicho ámbito específico y delimitado, es el que pretendemos analizar en la presente investigación: ¿un funcionario público puede tener la condición de interesado en el delito de Colusión? nuestro cuestionamiento, radica en señalar que, la calidad interesado no sólo puede ser atribuida a un particular, o a un privado, dicha condición (de interesado) también puede ser atribuida a un funcionario público. En dicho sentido, postulamos que, en las contrataciones o negociaciones, entre dos entidades públicas, las condiciones de intraneus y de interesado, serán para dos funcionarios públicos distintos.

## **TRABAJOS PREVIOS**

### **Nacionales**

Mandujano (2017 p.182), en la investigación titulada, “Problemas de imputación y Prueba en el delito de colusión” – Huánuco, tesis para optar grado académico de Magister en Derecho Penal en la Escuela de Post Grado de la Universidad de Huánuco, en el segundo párrafo concluye:

Nos señala que en el artículo 384° del Código Penal, que el delito de colusión simple y el delito de colusión agravada existen deficiencias en su denominación del tipo penal, argumenta que es inconsistente dado que el delito de colusión para que pueda considerarse una sanción penal, tiene que primero darse un acuerdo o concertación para poder recién intentar defraudar o finalmente defraudar, ocasionando un perjuicio al patrimonio del estado, que lo único que va generar es una condición de mercado desfavorable, es así, el quien se beneficiara de manera fraudulenta será un determinado proveedor o privado, que generara como consecuencia competencia ilegal o desleal.

En el tipo penal se establece que el ámbito de desenvolvimiento de la concertación, directa o indirecta, es cualquier tipo de relación jurídica que implique el adquirir o el contratar bienes, obras o servicios etc., y debe realizarse con los interesados (delito de encuentro) con el propósito de defraudar al Estado (tipo de tendencia interna trascendente).

Es decir, para que exista el fraude antes debe de consistir una concertación ilegal para perjudicar económicamente a la administración pública.

En el tercer párrafo concluye Mandujano (2017, p. 183):

Que actualmente el tipo penal, se regula el delito de colusión no se obtuvo previamente un verdadero análisis al momento de juntar modelos extranjeros, que lo único que ha generado es una figura legal que guarda similitud con el delito de negociación incompatible previsto en el artículo 397° y que al ser similar deberían excluirse. También señala que el delito de colusión agravada no corresponde al delito de colusión simple, dado que argumenta que son dos tipos de base diferentes, es por eso que el ordenamiento jurídico penal al generar el delito de colusión se le ha configurado como dos tipos penales distintos, y no un supuesto de delito simple y agravado.

La Colusión Simple se configura cuando el funcionario negocia dolosamente con el interesado llámese un representante de una empresa; que va a orientar de una manera defraudatoria a la administración pública; por lo tanto, el tipo penal no requiere de una afectación patrimonial porque se considera como el verbo rector el término de concertación; en cambio la colusión agravada es cuando la concertación que se da es sorprendido o descubierta cuando ya existió la defraudación que es el verbo rector.

Rodríguez, (2015, p.146), en la investigación titulada, “El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del funcionario de hecho en los delitos contra la administración pública” - Lima, tesis para optar el Grado de Magister de la Pontificia Universidad Católica del Perú, concluyó lo siguiente:

En la segunda conclusión alude, Rodríguez (2015), el concepto de un funcionario o servidor público no se ajusta al sentido literal posible del texto de la norma penal, por lo que se trata de una analogía in malam partem. En tal sentido, reconocer dicho concepto desborda el tenor literal o alcance jurídico de la noción de funcionario público, estudiado en el capítulo segundo de la presente tesis. Ello pues se asigna una consecuencia penal a un elemento no considerado por el legislador.

El funcionario público, actúa como autor en delitos contra la administración pública cuyos delitos son considerados como infracción de deber directamente cometidos por el funcionario o servidor público.

## **Internacionales**

Castillo (2016, p.193), en la investigación titulada “El tipo de Injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico”, tesis doctoral en

derecho penal de la Universidad de Salamanca España, concluyó en su segundo capítulo lo siguiente:

La contratación estatal constituye la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Transparencia 360 Internacional. Ello se debe a la conjunción de dos factores: las grandes sumas de dinero que se invierte en los contratos del Estado y el espacio de interacción que estos propician entre el sector público y privado. Los efectos nocivos de la corrupción en este ámbito inciden en lo económico, pero también en lo político y social. Los malos manejos del dinero público generan cuantiosas pérdidas económicas para el Estado; pero al mismo tiempo, deslegitima la labor de las autoridades y recortan los derechos de los ciudadanos, que no podrán acceder a servicios públicos de calidad.

## 1.2 MARCO TEÓRICO

### El *nomen iuris*

Comenzamos la redacción de la presente tesis justamente analizando en principio el “*nomen iuris*”, la denominación usual y quizás más adecuada en nuestro sistema jurídico penal, que es del tipo de delito de colusión ilegal o colusión desleal, por ello, debemos saber primero y a su vez hacernos la interrogante ¿qué es colusión? De acuerdo con la Real Academia Española la palabra colusión proviene del latín *collusio*, que determina “al pacto ilícito en daño de tercero”.

Es decir, el pacto ilícito en daño de tercero puede ser imputado tanto a funcionarios o servidores públicos, privados o particulares, cuando actúen en forma conjunta; sin embargo, esta figura jurídica no se extiende cuando el hecho se realiza entre dos particulares (para ello se ha creado un tipo particular y exclusivo).

El Decreto Legislativo N° 1385, publicado el 04 de setiembre del 2018, ha incorporado los artículos 241-A° “Corrupción en el ámbito privado” y 241-B° “Corrupción al interior de entes privados” que prevén una serie de conductas que bien podrían incluir algunos supuestos de concertación (colusión) entre sujetos privados. Sin embargo, el *nomen iuris* no será delito de colusión sino de corrupción en el sector privado.

Esta medida legislativa, terminó con un largo debate académico y con plasmar una serie de propuestas en el país y a nivel internacional, para que la corrupción privada también sea sancionada penalmente. Ahora, se consideran delitos de corrupción privada aquellas conductas realizados entre particulares que representan a empresas en el ámbito de sus relaciones comerciales y tienen penas de hasta 4 años de pena privativa de libertad, inhabilitación y multa.

El Proyecto de Ley N° 1173/2017-MP del 11 de agosto de 2017 formulado por la Fiscalía de la Nación exigía la incorporación de delitos de corrupción privada y argumentaba que prevenir la corrupción en el sector privado es clave para reducir los índices de corrupción pública, así como para proteger la competencia leal y en condiciones de igualdad de los concurrentes.

Si bien es cuestionable la palabra colusión, se debe entender que, para que se considere y se sancione a quien comete el delito de colusión se requiere que se configure

cada uno de los requisitos del artículo 384° del Código Penal: debe de existir acuerdo o concertación para intentar defraudar o defraudar en perjuicio del patrimonio del Estado.

Por ello considero, que no es necesario hacer una distinción entre colusión o colusión ilegal dado que toda practica colusoria es ilegal *per se*; por lo que concordamos con el Código Penal cuando tipifica en su artículo 384° el delito de colusión como colusión desleal en la contratación pública.

### **Antecedentes y Derecho Comparado en el delito de Colusión**

La regulación del delito de Colusión, en el derecho comparado no es igual que en nuestro país dado que existen códigos penales que no tipifican a la infracción y, más aún, ni siquiera tienen una figura delictiva similar, ya sea en su estructura o en sentido dogmático.

Por ejemplo, en el derecho español histórico en el artículo 400° del Código Penal Español (derogado) se le denominaba gestión desleal del patrimonio público, o como señala en la doctrina nacional Abanto (2005, p. 262) fraude a la administración pública, sencillamente “fraude” o celebración indebida de contratos de manera que supera al Código Penal Español de 1822 y su similar de 1848. Es así que el derecho penal español histórico tenía un sistema que marcaba distancia de los modelos legislativos existentes como en el derecho germánico o como en el caso de otro país que comprende la deslealtad cometida en los negocios dentro de los delitos contra la propiedad y que sanciona como una de sus figuras mas graves el caso de deslealtad cometida por funcionario público.

Ahora bien, en América Latina, algunas legislaciones guardan alguna semejanza con el delito de colusión ilegal peruano. Por ejemplo, el Código Penal Chileno, sanciona dentro del Capítulo de Fraude y Exacciones Ilegales y en su artículo 239° señala lo siguiente:

El empleado público que en las operaciones en que interviene por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción de beneficencia, sea originándoles perdida o privándoles de un lucro legítimo.

Dicho delito tiene una particular semejanza al delito de colusión ilegal.

En el Código Penal de Colombia es regulado en el artículo 408° como Delito de Violación de Régimen Legal o Constitucional de Inhabilidades e Incompatibilidades, así como en su artículo 410° como Delito de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales. En ésta última infracción claramente se observa que se castiga al funcionario público que tramita algún contrato sin observancia de los requisitos legales, celebrando o quizás liquidándolo sin verificar el cumplimiento de estos:

Artículo 410°. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

En el Código Penal de México, en su artículo 220° se regula el delito de Ejercicio Abusivo de Funciones en el que se sanciona a:

El servidor público que en su desempeño, de su empleo, cargo o comisión, indebidamente otorgue contratos, concesiones, licencias, autorizaciones, franquicias o efectúe compras o ventas o produzca beneficios económicos al propio servidor público o a sus parientes consanguínea hasta el cuarto grado, ya sea ascendientes o descendientes, cónyuge, a cualquier tercero con el que tenga vínculo afectivo, económica o que tenga dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o lo antes referido formen partes.

Por otro lado, el Código Penal de Argentina, en su artículo 265° no cuenta con una figura similar en el delito de colusión, solo sanciona dentro del rubro de los Delitos Contra la Administración Pública el delito de Negociación Incompatible en el Cargo:

Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables compondores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

En nuestro país, el delito de Colusión no es nuevo. Ya se encontraba regulada dicha conducta en el Código Penal de 1924 en su artículo 344°, orientada como marco referencial, con normas que regulan las contrataciones del Estado, y durante los años de su vigencia se dictaron diversas modificaciones legislativas.

Con la entrada del Código Penal de 1991, el delito de colusión se mantuvo en el artículo 384°. La redacción original era:

Artículo 384°.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que

intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concentrándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

La primera modificatoria fue con la Ley N° 26713 de fecha 26 de diciembre de 1996. En dicha Ley, en su artículo 2° sólo se excluía la referencia a “empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado” para hacer referencia en sentido general: a cualquier entidad u organismo del Estado, términos que obviamente engloban a cualquier ente del Estado.

Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado **o entidad u organismo del Estado**, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

Posteriormente, se realizó una nueva reforma. Con la Ley N° 29703 de fecha 10 de junio del 2011, se introdujo una de las reformas más significativas en el delito de colusión, por que aportaba con claridad conceptual y marcaba una línea interpretativa respecto al bien jurídico protegido.

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

De esta manera la nueva ley, incluye y hace referencia al funcionario o servidor público y si bien se trata al delito dentro del marco de las contrataciones también incluye a quien lo comete en negocios públicos; esa misma ley también hace referencia legal a la defraudación patrimonial y el servidor o funcionario público que participa por razón de su cargo o comisión especial, y también se mantuvo en el límite máximo de la sanción penal de (quince años); y, se aumentó el límite mínimo de tres a seis años.

Sin embargo, la modificación no fue del todo buena. La norma señalaba el término “patrimonialmente” y ello generó cuestionamientos, críticas de actores políticos y de los medios de comunicación, que insistían que la norma propiciaría la impunidad, pues se dejaba sin sanción los hechos de colusión sin perjuicio patrimonial.

Ante ello, el Congreso de la República derogó dicha ley, aprobando la Ley N° 29758 que fue publicada el 21 de julio del 2011 que regulaba el delito de colusión en dos modalidades denominados como “colusión simple” y “colusión agravada”.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

De este modo, se incorpora al delito de colusión por primera vez un tipo básico y un tipo agravado; también se añade la intervención por razón al cargo del funcionario o servidor público “*ya sea de manera directa o indirecta*”. En la anterior regulación solo aludía: “*El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial (...)*”.

Seguidamente, se aprobó la Ley N° 30111, del 26 de noviembre del 2013, que incorpora el tipo básico de la colusión y en el tipo agravado la pena de multa.

Finalmente, se promulgo el Decreto Legislativo N° 1243, el 22 de octubre del 2016 que modificó el artículo 384° del código penal que introduce la pena de “inhabilitación” según corresponda conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, tanto para la colusión simple y agravada. De este modo también sanciona con inhabilitación perpetua (que se ha denominado muerte civil) al agente que actúe como integrante a una organización criminal o afecte programas sociales, siempre que la ganancia ilícita supere las 15 UIT.

Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal:

La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36.

La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401.

En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.

## **El rol del Estado en una economía social del mercado y la contratación pública**

La Constitución del Perú establece en su artículo 44° los deberes primordiales del Estado señalando que debe promover el bienestar general guiados por la justicia social en pro del desarrollo integral.

Dicho deber, deviene de una serie de crisis, es así que el Estado ya no es concebido sólo como el gendarme que garantice en el mercado la ejecución de los contratos privados y los derechos de propiedad. Ante ello, surgieron una serie de replanteamientos del rol que el Estado debía de cumplir ante la sociedad.

Las reformas llamadas neoliberales aplicadas en nuestro país en la década del 90, implicaron privatizar empresas del Estado, desregular muchas actividades y permitir que el mercado establezca sus propias reglas, pero además el Estado se reservaba una serie de obligaciones de promoción y de protección en los sectores económico y social. La propia Constitución del 1993 en su artículo 58° señala que la iniciativa privada debe desenvolverse en el marco de una economía social de mercado y el Estado actúa en actividades de promoción en lo laboral, en la salud, en la educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Se concibe entonces que el Estado debe promover el desarrollo del país y de sus ciudadanos, realizando una serie de actividades promotoras.

Los servicios de salud y educación, y en general los servicios públicos, implican una serie de programas y actividades sociales en las que el Estado debe solicitar la provisión de una serie de bienes y/o servicios y ello, en principio, es brindada de mejor manera por el sector privado. Ello sucede también, en el sector infraestructura.

Siendo ello así, esos requerimientos que realiza el Estado que suman millones y millones de presupuesto, constituye uno de los sectores más sensibles a las prácticas de corrupción y vaya que existen pruebas plenas de ello, con todos los destapes de la gran corrupción imperante en el país y que es objeto de investigación por el Ministerio Público a nivel nacional.

Empero, sin perjuicio de esas investigaciones y los graves casos de corrupción, el Estado no puede dejar de realizar sus actividades, es así que, las normas de contratación estatal, en estos últimos años han sufrido una serie de modificaciones, incluso se crean regímenes especiales con el propósito de reactivar la actividad estatal y facilitar la

adquisición de bienes y servicios (por ejemplo, la reconstrucción con cambios en el norte del país luego del Fenómeno del Niño del 2016).

Pero, en general, el sistema normativo de contrataciones del Estado tiene por finalidad señalar principios y reglas para maximizar el uso de los recursos públicos en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de manera que, se actúe con oportunidad y en las mejores condiciones de precio y de calidad, en aras de garantizar mejores condiciones de vida para todo poblador peruano.

### **Las Entidades Públicas**

A efectos de la presente investigación, evidentemente, debe delimitarse, en forma bastante general cuales son las entidades públicas que pueden interactuar y que, a la larga, podrían ser sujetos activos en la contratación y que pudiera dar lugar, en algún momento, a una infracción penal que pudiera dar contenido al delito de colusión.

De acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado, dentro del término genérico “entidad” están comprendidos los Ministerios, organismos públicos, programas y proyectos adscritos, conforme se señala en la siguiente tabla.

**Tabla 1:** Entidades del Estado

1. Poder Legislativo.	2. Poder Judicial.
3. Organismos Constitucionalmente Autónomos.	4. Fuerzas Armadas.
5. Policía Nacional del Perú	6. Órganos desconcentrados
7. Gobiernos Regionales y sus programas y proyectos.	8. Gobiernos Locales (Municipalidades distritales y provinciales) y sus programas y proyectos.
9. Universidades públicas.	10. Sociedades de Beneficencia Pública y Juntas de Participación Social.
11. Empresas del Estado.	12. Fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.

Elaboración propia Lima 2018

Aunado a ello, debe tomarse en cuenta también la Directiva N° 002-2010-PCM/SGP Disposiciones relacionadas a la definición del concepto de Entidad Pública y la validación del Registro Preliminar de las Entidades Públicas del Estado Peruano aprobada por la Resolución Ministerial N° 374-2010-PCM, la misma que define como:

**Entidad pública** a toda organización del Estado Peruano, con Personería jurídica de Derecho Público, creada por norma expresa en el que se le confiere mandato a través del cual ejerce funciones dentro del marco de sus competencias y atribuciones, mediante la administración de recursos públicos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades y expectativas de la sociedad, y como tal está sujeta al control, fiscalización y rendición de cuentas. Esta Directiva, a su vez contiene el listado de entidades públicas, listado que claro está puede servir como elemento referencial cuando se haga un análisis de las entidades.

## **Contratos y Convenios**

Desde antaño, en los estudios sobre la contratación pública, ha existido discusión sobre una diferenciación entre Contrato y Convenio, señalándose que Contratos serían todas aquellas relaciones jurídicas en las que existe un interés económico, un beneficio o lucro; y los Convenios serían aquellos actos en los que no existe lucro y que constituye una relación de colaboración.

Dentro de dicha discusión, la legislación nacional se habría decantado por mantener esa distinción o diferencia, recogiendo en diferentes normas dos términos excluyentes, unos son contratos y otros son convenios.

Es así que, la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado en el literal “c” del artículo 5° señala como supuesto excluido del ámbito de aplicación de la referida Ley, pero si sujeto a supervisión del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, siempre que su objeto estén relacionados con la provisión de bienes, servicios u obras propios de su competencia asignadas por ley y **no se persigan fines de lucro**.

En ese mismo sentido, el numeral 3 del art. 86° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General señala que son medios de colaboración interinstitucional los convenios, los que deben celebrarse por las entidades, por medio de sus representantes autorizados, dentro de la ley y en el ámbito de su competencia, que con de naturaleza obligatoria y con cláusula expresa de libre adhesión y separación. Adicionalmente, en el numeral 4 del mismo artículo, señala que esos convenios

también pueden celebrarse con instituciones del sector privado, siempre que con ello se logre el cumplimiento de su finalidad y no se vulnere normas de orden público.

Y, en forma mucho más específica, podemos señalar que el art. 4° del Decreto Legislativo N° 1163 Decreto Legislativo que aprueba disposiciones para fortalecimiento del Seguro Integral de Salud, establece que la transferencia de fondos que puede efectuar el Seguro Integral de Salud (SIS) debe ampararse en la suscripción de un convenio o de un contrato; los mismos que deben suscribirse con Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) públicas o privadas, respectivamente; y de la misma manera, pueden celebrarse Convenios de Gestión con asociaciones civiles sin fines de lucro que desarrollen acciones de cogestión en salud.

Si bien nuestra legislación recoge esta diferencia, nosotros nos decantaremos por considerar que, en verdad no existe mayor diferencia, pues siempre se tratarán, en uno u otro caso, de la asignación de recursos públicos con el propósito de adquirir bienes o servicios, al margen de si se trata o no de un ente público o un ente privado el que brinde dicho bien o servicio.

En dicho sentido, nuestra posición es la que ya ha establecido la Unión Europea, al considerar que sea uno u otro, siempre se tratan de contratos. La Directiva 2014-24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo “*Sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE*” del 26 de febrero de 2014, así lo dispone en su artículo 12° “*Contratos públicos entre entidades del sector público*”.

La regulación contenida en dicho artículo 12° es muy similar a la que contiene la norma nacional, por lo que, al margen del nombre, debemos ratificar nuestra posición en el sentido que, sea convenio o contrato, si existe compromiso o erogación de fondos públicos, al margen que se trate de una entidad pública o de una entidad privada, las normas penales siempre podrán aplicarse.

### **El bien jurídico protegido en el delito de colusión**

En el delito de colusión existen varias posiciones acerca del bien jurídico, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de modo que para nuestra tesis hemos creído conveniente resaltar alguno de ellas.

Según Rojas, (2007, p. 47) considera:

Que la tipificación del delito lo que busca es, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que son inherentes a la función pública esto es que asume dichos negociadores en sus relaciones con el interesado o interesados en contratar con las distintas participaciones públicas, también asegura los deberes de fidelidad institucional y integridad funcional imponiendo penalidad a los funcionarios y servidores públicos y lo más importante es preservar el patrimonio público ya que se ve reflejado en la diferentes negociaciones a nombre del Estado.

También se pronuncia Urquiza (2009, p. 52), indicando lo siguiente:

Que el bien jurídico en el delito de colusión es el correcto funcionamiento de la administración pública, los bienes jurídicos específicos son la lealtad, la imparcialidad, la legalidad y la probidad con las que el funcionarios o servidores públicos debe de representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas administrando también el patrimonio del Estado.

Asimismo, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Recurso de Nulidad N° 2029-2005-Lima del 24 de mayo del 2006) referido al delito de colusión ha acentuado dos bienes jurídicos:

Tercero. Que en el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importa el cargo, y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de éste a los funcionarios o servidores públicos [...].

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad N° 1305-2014-Áncash del 10 de noviembre del 2015), ratifica dicha posición:

Tercero. Que el objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del estado, en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la administración pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de éste, evitando así los actos defraudatorios. No obstante, ello, cabe precisar que el delito en cuestión por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, siendo lo cuestionable por el tipo penal el acuerdo de confabular ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho económico en perjuicio del Estado.

Así pues, no sólo son dos los bienes jurídicos los protegidos, si no que existen otros intereses protegidos como pueden observarse de los pronunciamientos judiciales, juntamente con el ejercicio funcional y la imagen institucional.

A partir de ello, podemos llegar a una conclusión aproximativa y englobante, esto es, que el bien jurídico tutelado es el debido desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado y su objeto es el patrimonio administrado por las entidades públicas.

## Funcionario público y servidor público

Salinas, (2016 p.12 y 13) señala que:

El funcionario público es una persona natural que trabaja para el estado prestando sus servicios, teniendo una responsabilidad en su desempeño de su cargo con autoridad en gestión pública de la administración y determina, ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa.

Esto quiere decir que el servidor o empleado público siempre es subordinado por el funcionario público, dado que el funcionario público o sus superiores le asigna sus funciones a través de un manual de funciones que existe en toda dependencia del Estado y por tanto debe cumplirlo.

Al respecto, para efectos de la investigación y la sanción penal, debemos de tomar en cuenta que el artículo 425° del Código Penal, no contiene una definición sino debe manejarse como una herramienta para analizar la situación particular de cada persona que pudiera ser objeto de persecución penal.

En sentido estricto, y ya ha sido así señalado por la jurisprudencia (Casación N° 634-2015-Lima del 28 de junio del 2016 expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República) para efectos penales debe entenderse como *funcionario público* a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que presta el Estado, sea que dicha labor sea permanente o temporal, que sea mediante su incorporación a la carrera administrativa o por delegación especial sin ninguna incorporación a la burocracia estatal. Evidentemente, este criterio es mucho más amplio que el que pudiera manejarse en el Derecho Administrativo.

A partir de ello, desde un punto de vista penal, bien pueden identificarse dos criterios para identificar o imponer la condición de funcionario público a una persona: sea porque hubo una incorporación a la función pública (existe un documento que lo acredite); o, porque tiene la capacidad de desempeñar las funciones, obligaciones o atribuciones de un cargo público.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N° 2065-2008-Lima, del 05 de octubre del 2009 señala lo siguiente:

Cuarto. - Los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como “Infracción de deber” es decir el sujeto (especial) adquiere deberes, aseguramiento y fomento del bien jurídico, por su parentesco con el bien jurídico específico, los que pueden manifestarse institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores contra la administración pública), por vinculaciones paternofiliales, de confianza o jurídicas, etc. Al quebrarse esta obligación automáticamente incurre en una infracción de deber.

Siguiendo con el concepto de funcionario público, debemos entender que la administración pública es un ente abstracto, ya que su actuación sólo se manifiesta a partir de los servicios públicos que realizan los funcionarios o servidores públicos.

De la misma manera, se pronuncia Ortiz, (2016):

Que el funcionario público es uno de los actores de mayor importancia de la estructura burocrática estatal del país y que tiene una mayor responsabilidad tomando en cuenta la característica especial de su labor frente a los órganos de control del estado.

Cervantes, (2009, p.145 y 146) señala:

El funcionario público es aquella persona que, siendo nombrado, con una designación especial y legal tendrá que asumir su rol bajo las normas y condiciones determinantes en una delimitada esfera de competencia que ejecuta la voluntad del Estado en virtud de un fin público.

Y el servidor público, es el denominado empleado público, es decir toda aquella persona técnica o profesional que brinda su actividad para los fines de interés público.

De esta manera podemos decir que tanto el funcionario como el servidor público, desarrollan, ejecutan y desempeñan su actividad a nombre de la Nación. De hecho, el funcionario público tiene una mayor responsabilidad como autoridad llamado sujeto especial.

Además, es preciso señalar que para tener el ingreso a la carrera pública existe una formalidad que puede ser por concurso o por convocatoria pública, conforme a las normas específicas para cada sector (Ley N° 30057, Decreto Legislativo N° 1057, etc.). A ello se puede agregar que existe una gran cantidad de trabajadores como servidores públicos, pero también existe un personal denominado “persona de confianza” y son los altos funcionarios públicos que son nombrados directamente para ejercer una actuación u autoridad.

Entonces al tener la categoría de funcionario público se debe comprender que ellos están sometidos a un régimen disciplinario que motiva la incidencia de un aparato público sancionador. Sin embargo, no olvidemos que también se le puede atribuir responsabilidad penal, toda vez que el funcionario público pertenece a la administración pública y por ello se califica como intraneus como objeto material del delito.

Y agrega el mismo autor que:

La doctrina administrativa nacional, desde el punto de vista formal los funcionarios del estado son los nombrados y designados de acuerdo a las formalidades del estatuto de funcionarios. Y desde el punto de vista material, son funcionarios del estado aquellos elegidos especiales, que tienen la obligación de desempeñar fielmente su función, cuyo servicio no ha sido determinado cuantitativamente.

También, es preciso señalar que en nuestra Constitución Política en su artículo 40°, segundo párrafo, se dice lo siguiente:

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

Podría entenderse que los trabajadores que manifiesten dicha condición estarían sustraídos del ámbito de punición. Sin embargo, ello no es así, conforme a la Ejecutoria recaída en el Exp. N° 4106-Lima en la que se dice lo siguiente:

Si bien la Constitución Política en su artículo 40 señala que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta este dispositivo no deroga al artículo 425 del Código Penal vigente, puesto que el Estado de ninguna manera podría desprotegerse del patrimonio que le corresponde en las entidades antes aludidas, menos aún destipificar conductas delictivas cometidas por trabajadores que pertenecen a empresas del Estado o que pertenezcan a una sociedad de economía mixta, en tal sentido los procesados mantienen la calidad de servidores públicos.

## **Tipicidad objetiva**

### **Sujeto activo**

En la presente investigación, es preciso comentar que casi la mayoría de las posiciones dogmáticas consideran que en el delito de colusión el funcionario o servidor público siempre tendrá la condición de sujeto activo ya que en razón de su cargo entronca el principio de responsabilidad y trasgrede sus deberes funcionales. A continuación, señalaremos algunas opiniones.

Benavides (2016, p. 153) nos comenta que el delito de colusión ilegal es un delito especial propio, que se cumple por la participación del funcionario público en un proceso de contratación estatal de obras, bienes o servicios o cualquier otra operación a cargo del Estado.

Si bien es cierto a la participación del funcionario público se le otorga la condición de autor, no quiere decir que es suficiente para que se le puede imputar el injusto penal, dado que es necesario saber la competencia normativa para intervenir en los procesos de contratación pública.

Frente a esta posición, en la presente investigación cuestionaremos y analizaremos dentro de la tipicidad objetiva, la determinación de quienes pueden ser considerados como sujetos activos.

La Corte Suprema se ha pronunciado señalando que el delito de colusión es un delito especial, regulado en el artículo 384° del Código Penal, que exige la coexistencia o acuerdo entre los funcionarios estatales y el particular *extraneus* para poder defraudar al Estado.

Así mismo, Benavides considera que en el delito de colusión ilegal solo es autor del delito el funcionario público que actúa por razón de su cargo, considerando que no puede ser autor quien no es funcionario o quien siendo funcionario público carece de la competencia funcional para contratar. Doctrina que marca genéricamente el deber especial del funcionario público.

La Corte Suprema de Justicia ha mantenido lo siguiente:

Que el artículo 384° del Código Penal se encarga de establecer quienes son por exclusión, los únicos sujetos activos del delito de colusión mostrando en tal sentido al funcionario o servidor público capacitado para contratar a nombre del Estado o aquel que haya obtenido comisión especial para dicho objetivo.

Para Polaino (2009, p. 104), el sujeto activo es un funcionario público u operador de la Administración Pública situación que lo convierte en sujeto de imputación jurídico - penal especial, por el rol que desempeña teniendo el deber de garante que lo diferencia con otros sujetos activos en delitos comunes.

Al respecto, nuestra tesis, propone otro horizonte cuya propuesta es que, en el delito de colusión quien comete el delito de colusión es el funcionario público *intraneus* llamado CONTRATANTE que actúa como sujeto activo que tiene el deber y está a cargo de contratar **con un funcionario** de otra entidad (INTERESADO o contratista). En el tipo

legal no excluye que el interesado pueda ser otro funcionario, ni lo menciona ni lo excluye. Nuestra posición es que: **el interesado también puede ser otro funcionario público.**

### **Sujeto Pasivo**

El sujeto pasivo del presente delito es siempre el Estado o entidad estatal que lleva a cargo el proceso de contratación y que es afectado en el acto de concertación.

A continuación, señalaremos algunas interpretaciones de autores que se pronuncian sobre quien es el sujeto pasivo en el delito de colusión.

Mir, (2000, p. 337) considera que debe existir la concertación defraudatoria para recién afectar a la entidad estatal calificando como sujeto pasivo a nombre de quien se celebra y/o ejecuta el contrato o la operación económica. Del mismo modo y como lo señala la ley, el sujeto pasivo es el Estado o Entidad u Organismo del Estado.

Peña, (2016, p. 299), considera que el sujeto pasivo es el Estado, por que afecta el patrimonio como consecuencia de la conducta antijurídica del agente.

### **El Delito de Colusión como Delito de Encuentro**

Como ya se ha mencionado anteriormente, la colusión es un delito especial el cual requiere que el sujeto cumpla con determinadas cualidades: ser funcionario público e intervenir por razón de su cargo en la relación jurídica a analizar.

Los estudios en la doctrina utilizan la denominación de delitos de intervención necesaria aquellos casos en los que existen dos posiciones jurídicas para configurarse; y dentro de ello, se han subdividido en delitos de encuentro y delitos de convergencia.

Los delitos de encuentro estarían constituidos por aquellos actos o comportamientos en los que los sujetos participantes concurren hacia un solo propósito, pero ambos desde situaciones o posiciones distintas.

En estos casos, se puede señalar que se pueden presentar dos supuestos.

El primer supuesto, se da cuando el interviniente necesario es titular del bien jurídico que se protege con el delito, es decir, en este caso, tendría la calidad sea de sujeto pasivo o la de agraviado, o ambos (un ejemplo evidente de esta situación se en el caso del delito de violación de la libertad sexual, en las que, en general, el interviniente necesario

sería la persona violentada, conforme se recoge en los artículos 170° a 177° del Código Penal).

El segundo supuesto, se da en el caso en que el interviniente necesario es el beneficiado con el delito realizado por el autor. Y, en este supuesto, también se puede hacer una diferenciación por la condición que otorga el tipo penal al interviniente. Así, por ejemplo, el interviniente puede ser considerado como autor, cuando el tipo penal lo señala en forma directa como tal, como sucede en el caso del delito de cohecho activo regulado en el art. 393° del Código Penal. El otro supuesto, se constituye cuando la conducta del interviniente no está recogida directamente por el tipo penal. Y es precisamente este supuesto, el que se recoge en el delito de colusión del art. 384° del Código Penal.

Por su parte, en los delitos de convergencia, se debe identificar que los actos o comportamientos de cada uno de los intervinientes tienen el mismo objetivo. Los ejemplos de este tipo o caracterización serían el delito de organización criminal, el de rebelión, de sedición.

La redacción del delito de colusión otorga un rol protagónico y exclusivo al autor, al funcionario público contratante. Y, claro, podría decirse que el legislador tuvo como propósito el dejar sin sanción “al interesado”; sin embargo, esa no es la posición establecida en forma unánime por toda la doctrina y la jurisprudencia. Y, es a partir de ello, que se acuden a las normas de autoría y participación, recogidas en los artículos 23° a 27° de la Parte General de nuestro Código Penal.

Descartada la tesis de la impunidad, la posición dominante señala que en el delito de colusión el interesado debe ser sancionado en calidad de cómplice primario, por lo que la pena que debe analizarse como sanción a aplicar es similar a la del autor.

Aun cuando existen algunas posiciones como de la Pariona Arana, que señalan que debe de crearse el delito de colusión activa, consideramos que ello no es necesario porque las reglas ya establecidas son coherentes y lógicas y no transgreden el principio de legalidad. Por el contrario, el crear un nuevo delito, podría significar que las conductas anteriores pueden ser consideradas como despenalizadas y se generaría una situación que legalmente puede crear complicaciones en la lucha anticorrupción.

## **El Delito de Colusión y la Condición del Interesado**

En la presente investigación se ha podido verificar en las teorías sobre la configuración del delito de Colusión, que, en forma casi unánime, establecen que la calidad de extraneus siempre recae sobre un particular (interesado). Así, por ejemplo, en su Manual Operativo Delitos contra la Administración Pública, Vargas (2002, p. 82) señala que:

Los funcionarios o servidores públicos que actúan en nombre del Estado deben hacerlo en representación de este y ser parte para proteger o promover sus intereses y lograr los óptimos beneficios resultantes de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros **con la otra parte contractual representada por los particulares que nuestra norma penal llama los “interesados”**.

Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 2-2011-/CJ-116 del 06 de diciembre del 2011 si bien hace una extensiva alusión al extraneus, diferenciándolo siempre del autor, por el deber funcional que tiene éste, frente a la inexistencia del deber funcional en el otro.

11°. Nos señala que el tipo de delito restringe el círculo de autores, pero a la vez admite la participación del “extraneus”, es decir la participación del extraneus en los delitos de funcionarios siempre va a responder por cualquier tipo injusto que realiza el autor que infringe el deber especial.

El Acuerdo Plenario concluye que la participación del extraneus no tendrá autonomía, por más que en un primer momento realiza la conducta punible siempre será dependiente al hecho principal.

12°. Se le llama partícipe los que forman parte del hecho “la acción del deber”, es decir el hecho punible. El artículo 26° del Código Penal también concuerda que la participación tiene como regla las circunstancias y cualidades que pueda afectar la responsabilidad de algún autor o partícipe mas no se modifica la de otros autores del mismo hecho punible.

De tal manera que en la dogmática se sostiene que es imposible la punibilidad como autor de un delito de infracción de deber. Finalmente, este Acuerdo Plenario señala que el partícipe solo será sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

Rojas (2017, p.198), en otra de sus obras, agrega:

En el delito de colusión es importante que la concertación dolosa e ilegal se realice entre el funcionario público y el contratista. El contratista juega aquí un papel de importancia, ya que sin su presencia y aporte como cómplice doloso en el delito no se configura el delito de

colusión desleal, no pudiendo configurarse este delito en el concierto de solo funcionarios y/o servidores públicos.

Por su parte, Salinas (2017, p. 320), también desarrolla la participación del *extraneus*, estableciendo que es un tercero, sin aclarar si cabe que ese tercero pueda ser un funcionario público que actúa en representación de una entidad o empresa estatal:

Evidentemente la concertación, implica mucho los pactos ilícitos del agente público con los interesados dado que al concertar existen diferentes tipos de modalidades confabulatorias como a modo de ejemplo podemos decir que los precios pueden ser simulados o sobrevaluados, o se deriva directamente de las operaciones ventajosas con la única finalidad de obtener intereses particulares o para otros fines. Es decir, cuando se refiere la palabra “interesado”, sin duda, se refiere a los particulares o personas jurídicas o naturales que negocian con el Estado. Por medio de ellas, el Estado adquiere bienes, servicios y realiza obras en beneficio de los administrados.

Y, agrega el mismo autor que:

Para que se configure el delito será necesario la realización de dos conductas, de sujetos distintos que puede ser tanto el funcionario o el servidor públicos y como terceros los llamados “interesados” que pueden ser personas naturales o personas jurídicas ambas teniendo como fin el hecho ilícito y que tienen interés de contratar con el Estado (p. 334)

Debemos de descartar como objeto de estudio a aquellos funcionarios públicos que no tienen la condición o no representan al interesado (contratista). Los funcionarios públicos que coadyuvan a los actos cometidos por el *intraneus* serán cómplices de éste, pero no por ello asumen la posición del interesado (*extraneus*) (p.332).

De la misma manera, para seguir delimitando el ámbito del estudio que realizaremos, debemos de establecer que el ámbito de desenvolvimiento del delito de colusión y de la actuación del *intraneus*, cómplices y *extraneus*, sólo esta referido al marco de contrataciones y adquisiciones del Estado, tal y como lo ha establecido en el numeral 4.2., la Ejecutoria Suprema del 04 de noviembre del 2015 (Nulidad N° 341-2015-Lima):

4.2. Se debe precisar que en ambos supuestos el núcleo del comportamiento típico es que mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones, adquisiciones, obras o servicios es defraudar al Estado. En ese sentido, el marco para el acuerdo defraudatorio -colusión- es el ámbito de la contratación pública. Así mismo el Tribunal Constitucional lo precisa en el fundamento jurídico 18 de la sentencia de 3 de mayo de 2012, recaída en el Exp. N° 0017-2011-PI/TC, en la cual señala que: “(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública (...); asimismo, ABANTO VASQUEZ, afirma que “(...) en la “colusión” (art. 384 CP) la conducta colusoria (...) no va referida a todo el patrimonio de la administración pública sino solamente a aquel que está en juego en el proceso de contratación pública”. Es lo que se denomina el contexto contractual.

Como se puede notar, todos los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia se enmarcan en supuestos que aún no llegan a involucrar aquellos aspectos relacionados con la contratación entre entidades públicas.

En dicho sentido, y solo de un modo aproximativo, debemos descartar del análisis que haremos en este estudio, aquella contratación diferenciada que se da respecto de las concesiones de infraestructura, así como las Asociaciones Públicas Privadas, pues su régimen determina una serie de diferencias que, en principio implican que ninguna entidad del Estado participa como contratista. De hecho, si fuera el propio Estado el que participa como contratista, entonces, no cabría la aplicación de estos métodos o formas de contratar, que tienen como punto de partida que al Estado le es imposible desarrollar las actividades por ello es que deben concesionarlas tal como lo señala el artículo 60° de la Constitución Política del Perú “Pluralismo Económico”

Del mismo sentido, la actual Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 y Decreto Legislativo N° 1341, en el art. 27° “Contrataciones directas” literal “a” señala que las entidades pueden realizar contrataciones directas con un proveedor siempre y cuando los costos de oportunidad resulten de una manera eficiente, viable con el único fin de poder satisfacer la necesidad concordando con el artículo 60°. [...].

De otro lado, existen otras normas, que también permiten las contrataciones entre entidades públicas. En este caso, presentamos las normas que rigen las contrataciones del Seguro Integral de Salud en las prestaciones a sus asegurados dentro del marco de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud:

El Decreto Legislativo N° 1163 *Aprueba disposiciones para el fortalecimiento del Seguro Integral de Salud* en su artículo 4° establece que los convenios o contratos pueden realizarse con instituciones prestadoras de salud que pueden ser públicas o privadas y que pueden establecerse diferentes modalidades de pago.

En ese mismo sentido, el Decreto Supremo N° 030-2014-SA *Aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1163 y disposiciones para el fortalecimiento del Seguro Integral de Salud*, el artículo 12° autoriza la suscripción de convenios entre instituciones prestadoras de salud públicas (IPRESS) y administradoras de fondos de salud públicas (IAFAS), sea para transferir fondos como para pagar las prestaciones de salud que reciban sus asegurados.

Por su parte, en el Decreto Supremo N° 008-2010-SA *Aprueban el Reglamento de la Ley N° 29344 Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud*, en su artículo 4° señala que los afiliados tienen libertad de elección para escoger entre las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud (IAFAS) y que existe libertad de competencia entre las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPRESS) y las prestaciones de salud pueden ser contratadas con prestadoras que pueden ser públicas, privadas o mixtas.

Es decir, el aspecto específico referido a las contrataciones entre entidades públicas es un aspecto debidamente regulado y permitido en el país, de modo que, la incidencia que pudiera surgir de actividades o acuerdos que pudieran concretarse como actos de colusión son perfectamente posibles.

Sin embargo, como ya hemos mencionado anteriormente, a partir de los trabajos dogmáticos que existen en el país por diversos autores así como la jurisprudencia que expiden nuestros órganos jurisdiccionales, aún no han tratado estos casos, a pesar que si se existen una serie de desarrollos de interpretación del delito de Colusión, puesto que, cada vez más, se vienen conociendo de posibles actos de corrupción en los diferentes procedimientos de contratación en los que participa el Estado como parte contratante.

Extender la posibilidad de que el Estado, a partir de sus entidades, pueda actuar también como un contratista es una posibilidad real, es un hecho que, en forma cotidiana se viene constatando en la realidad nacional.

Si ello es así, a pesar de las denuncias públicas que se han podido conocer desde el año 2016, no hemos tenido conocimiento de que la justicia nacional haya tomado un caso específico en el cual se tenga como investigados, tanto al funcionario público que representa a la entidad contratante como al funcionario público que representa a la contratista. Esto es, en aquellos casos en que el proveedor del Estado es, a su vez, otra entidad del Estado.

Estas situaciones se dan cuando una entidad del Estado es la requirente o solicitante del servicio, obra o bien y, es otra entidad del Estado, la que actúa en calidad de proveedora del servicio, obra o bien requerido.

En ese contexto, cada entidad (la requirente y la proveedora), deben ser debidamente representadas por el funcionario público competente; situación en la cual, el funcionario público de la entidad requirente debe velar por los intereses de su representada exigiendo que el servicio, obra o bien requerido sea prestado en las mejores condiciones; y, el funcionario público de la entidad contratista deberá intentar conseguir el mejor valor de contraprestación por el servicio que oferta.

Aún cuando ambos funcionarios representan a diferentes entidades, en verdad y a la larga, cada uno de ellos tiene como referente al mismo Estado; de modo que, se puede hacer difícil el establecer cuál podría ser el beneficio ilícito que podría darse en el probable acuerdo colusorio que exige el tipo penal del delito de Colusión, sea en su modalidad simple o agravada.

Si el funcionario público de la entidad contratista exige el mejor valor, y consigue el mejor valor, será el propio Estado el que habrá maximizado sus ingresos y, de esta manera, no cabría postular la existencia de un daño o perjuicio al Estado.

Sin embargo, la defraudación al Estado que se requiere en el delito de colusión del art. 384° del Código Penal, consiste en establecer condiciones contractuales menos ventajosas de las que podrían haber conseguido de haber realizado una adecuada negociación; siempre claro que, existe un provecho en perjuicio de la entidad contratante.

De acuerdo con lo señalado por el magistrado Salinas (2017, p.319 y 320):

Considera que el funcionario o servidor públicos actúa de manera defraudatoria cuando acuerde una celebración o ejecución de un contrato con un particular, tratando de que las condiciones del contrato sean menos ventajosas para el estado. La determinación del carácter desventajoso de las condiciones contractuales no puede hacerse desligada del concreto momento de la negociación, así como de la posición contractual del Estado.

[...]

En consecuencia, no es cualquier concertación si no se tiene que verificar si esa concertación lo único que busca es perjudicar y traer consecuencias económicas nocivas, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes. Lo cuestionable en la conducta de cualquier funcionario público es el acuerdo de confabular, ilegal y doloso con el interesado para obtener un provecho en perjuicio del Estado.

Por supuesto que no puede confundirse una mala o pésima negociación, que puede realizarse en cualquier tipo de contrato, con las condiciones que deben existir para configurarse el delito de Colusión art. 384° del Código Penal.

Aun cuando en muchos casos, una deficiente negociación pueda traer consecuencias nocivas para una institución, esa deficiencia no necesariamente debe ser penada, pues para que se pueda establecer la existencia del delito de Colusión art. 384° del Código Penal es necesario que las condiciones desventajosas provengan del actuar doloso de las personas que manejan la negociación o la ejecución contractuales.

Tampoco es necesario que el interesado (extraneus) ofrezca un beneficio patrimonial al funcionario de la entidad contratante, ni tampoco que el propio interesado tenga una finalidad económica. Los beneficios que los funcionarios públicos busquen u obtengan, cada cual, no tienen que ser ventajas económicas; pues en estricto *“la colusión no es un delito propiamente patrimonial sino uno de infracción de deber que tiene directa relación con la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa”*.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1296-2007-Lima del 12 de diciembre del 2007, en su Considerando Quinto señala:

El bien jurídico protegido en este delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber, la segunda sala indica que para configurarse la defraudación debe de afectar el bien jurídico protegido.

De esta manera, podemos señalar que, resulta en verdad desafiante, el poder analizar el tema propuesto, pues significará el tener que abordar las temáticas propias del delito de colusión, como un delito de infracción de deber, pero a la luz del actuar del extraneus o interesado, situación que hasta el momento no ha sido abordada por la dogmática o doctrina nacional ni tampoco por la jurisprudencia a pesar de los múltiples casos que han sido sometidos a la persecución penal.

Será entonces un valioso desafío, que emprenderemos con el mayor optimismo, pues en la lucha contra los actos de corrupción, cualquier esfuerzo, debe ser valorado.

### **Infracción del Deber**

Rojas, (2017 p.69) señala lo siguiente:

El sujeto activo cumple un rol especial siempre mantiene una vinculación con la administración pública mediante deberes preexistentes de cuidado, protección y fomento de los valores integrantes del bien jurídico penal “administración pública”.

Y, agrega el mismo autor que:

La infracción de deber que las conductas típicas de este delito solamente lo Comete el funcionario o servidor público dado que posee atribuciones o competencias a través de su cargo. Finalmente, para que se pueda configurar el delito de infracción de deber se tiene que precisar cuál ha sido ese deber que se ha quebrantado para construir la figura del delito (p, 76).

Así mismo, los delitos de infracción de deber se subdividen en delitos de infracción de deber propios y delitos de infracción de deber impropios.

### **Infracción de Deber Propios e Impropios**

Según Vargas, (2017, p.73) señala:

La infracción de deber propios son los que definen a un delito de infracción de deber delimitado, es decir, el sujeto activo que mantiene un comportamiento típico pasible de ser cometido solo por estos autores o coautores sujetos “especiales” que están vinculados con el bien jurídico específico, con la existencia de infracción de un deber funcional.

La Infracción de deber impropios, en cambio a pesar de que el funcionario público infringe el deber, se construye sobre la base de la conducta de un delito común es decir cuya conducta lo puede realizar un particular o un funcionario público (p. 74).

Por su parte, Sánchez, (2002 p.234) indica:

Según la doctrina más antes mencionada, los delitos de infracción propios son todos aquellos que tienen una obligación especial positiva decisivo para la existencia del delito, quiere decir que, si no existiera obligación especial, no existiera delito alguno. Mientras que el delito de infracción impropio la obligación especial sería agravar la pena respecto de un tipo básico, quiere decir si no perteneciera a una institución de todas formas comete un subyacente delito común de dominio de hecho por cualquier persona.

Según Roxin (p.32) el delito de infracción de deber trata de proteger la capacidad de función, la lesión del deber extrapenal, esto quiere decir que quien quebranta el deber va a cumplir una descripción típica y es, por tanto, siempre, autor. Cabe resaltar que, para Roxin, todos los delitos de comisión por omisión siempre serán delitos de infracción de deber.

Para Jakobs (p.41), en la teoría del delito de infracción el otorgamiento especial que se le da al autor se basa en la existencia de una institución en la que se halla inmerso el autor. Así mismo Jakobs en su primera formulación menciona que la relación paterno filial tiene como fundamento a la institución familia basado en la confianza especial y los

deberes genuinamente estatales, es decir se caracteriza por una especial relación entre el autor y el bien jurídico.

### **Naturaleza Jurídica del Tipo Penal del Delito de Colusión**

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica podemos diferenciar claramente que los tipos penales se diferencian por la cualidad de sus agentes, por la modalidad de la acción, por el elemento subjetivo, por los bienes jurídicos que protegen, o por el daño causado, entre otros. Es decir, si aplicamos el delito de colusión artículo 384° del Código Penal podemos decir que por su elemento subjetivo es un delito doloso, por el daño causado en su forma simple es un delito de peligro y en su forma agravada un delito de resultado; y, por la cualidad del agente vendría a ser un delito de infracción de deber propio.

Finalmente, el bien jurídico en este delito ampara a la administración pública como interés institucional.

Es así como, García, (2008, p.32) señala:

El delito de colusión conlleva como una condición ineludible de tipicidad dado que el sujeto activo del delito será un funcionario, de manera que se identifica como un delito de Infracción de deber.

Así mismo la jurisprudencia también se pronuncia sobre la cualidad del tipo penal de colusión confirmándolo como un delito especial propio o como delito especial propio de resultado.

El delito especial propio, solo es imputable a funcionarios cuando infringen su deber específico derivado a su cargo en lo que concierne a la adecuada gestión de intereses y bienes públicos; y el delito especial propio de resultado busca proteger el patrimonio del Estado, en cuyo contenido el deber del funcionario público es velar por los intereses del Estado, dado que el deber funcional es trasgredido mediante la colusión, que perjudica al Estado por fraude provocando un perjuicio patrimonial para la administración.

Según Castillo (2008, p.80) en la legislación peruana el delito de colusión es una infracción de resultado material que se consuma cuando se realiza un perjuicio al patrimonio público. Tal es así, que la defraudación como evento material forma parte indiscutible del injusto penal debido a que se debe comprobar en la práctica que el hecho se halla consumado.

También lo señala como un delito de peligro abstracto por que se protege el patrimonio de los entes públicos, a través del peligro y de la acción ilegítima del funcionario.

### **1.3 Formulación del Problema**

#### **Problema general**

¿Qué condiciones se deben cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, Lima 2017?

#### **Problema específico 1**

¿Cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión?

#### **Problema jurídico específico 2**

¿Cómo determinar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión?

### **1. 4 Justificación del Estudio**

Este estudio debe realizarse por la gran incidencia que tienen actualmente los contratos entre entidades públicas; de modo que, debe dilucidarse si el delito de colusión puede cometerse entre dos entidades públicas, de modo que, en dicho caso, uno de los funcionarios públicos intervinientes, tendrá la calidad de extraneus.

Los esfuerzos nacionales e internacionales para combatir la corrupción a veces pueden sufrir reveses cuando no existe una legislación preparada y enfocada en establecer mecanismos de sanción para todos y cualesquiera actos de colusión que pudieran realizarse en perjuicio del Estado.

#### **Justificación Teórica**

Esta investigación tiene como propósito de generar una reflexión en la sociedad peruana acerca del fenómeno de los actos colusorios que puedan realizarse entre entidades públicas cuando los funcionarios públicos infringen sus deberes con el objeto de favorecerse ellos mismos o a sus entidades.

## **Justificación Práctica**

El delito de colusión, como bien sabemos, es un delito especial contra la administración pública; y, en la realidad, para que se configure este delito, se necesita del intraneus “funcionario o servidor públicos” y del extraneus o tercero interesado.

Así mismo, en la dogmática penal y jurisprudencial se considera que en el delito de colusión no existe una mayor discusión sobre su consumación cuando se trata de actos celebrados entre un ente público y una empresa privada, lo que da lugar a que el extraneus siempre sea un tercero ajeno a la administración pública (que es quien actúa en nombre o en representación de la empresa privada).

Sin embargo, cabe preguntarse y analizar si puede existir el delito de colusión cuando las empresas o entidades contratantes son del propio Estado.

## **Relevancia**

En el contexto de la realidad nacional, considero que este trabajo resulta de particular relevancia pues nos esforzaremos en identificar las herramientas interpretativas que permitan determinar que las conductas de los funcionarios públicos en condición de interesados también pueden ser sancionadas en los delitos de colusión.

## **Contribución**

Consideramos que este trabajo significará una contribución porque hasta el momento no existen trabajos que se hayan dedicado a este tema en particular. Los estudios han estado dirigidos a desarrollar los elementos que configuran el delito de Colusión sin explicar este tema específico.

### **1.5 Supuesto / Objetivos del trabajo de investigación**

#### **Supuesto jurídico general**

La condición que se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, es cuando participa de un acuerdo colusorio con otro funcionario público.

### **Supuesto jurídico específico 1**

El funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber cuando no actúa parcialmente en resguardo de los intereses de su propia entidad.

### **Supuesto jurídico específico 2**

Se determina que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión cuando concerta directa o indirectamente con otra entidad pública.

### **Objetivo jurídico general**

Demostrar qué condición se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, Lima, 2017.

### **Objetivo jurídico específico 1**

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017.

### **Objetivo jurídico específico 2**

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.

## **II. Método**

## **2.1 Diseño de Investigación**

El presente trabajo, siguiendo a Cuñat (2007 P.44) tuvo como método de enfoque el **CUALITATIVO**, que tiene por finalidad el mejor conocimiento y comprensión de los fenómenos sociales. Asimismo, el diseño de la presente investigación fue Descriptivo y Teoría Fundamentada, cuyo método tiene como relación entre el sujeto y conocer, comprender el objeto a investigar.

Para Ñaupas, Mejia, Novoa y Villagómez (2014. p. 396) el diseño en un trabajo de investigación consiste en “planificar lo que se quiere realizar o lograr, en un determinado tiempo”.

Entonces, ello significa, que debe tenerse una estrategia de estudio para que en un determinado tiempo se logre obtener la debida información según el tipo de estudio.

En ese orden de ideas se cita a Strauss y Corbin (2002 p.273), quien establece el diseño de teoría fundamentada, el cual conforme a lo que expresa, es el adecuado para la presente tesis, toda vez que se centra en buscar teorías, definiciones, conjeturas y apreciaciones obtenidas, que guarden relación entre el fenómeno de estudio y datos recopilados, dando por alternativa además que se formulen definiciones de las entrevistas realizadas a los sujetos de estudio.

Aunado a lo expuesto en el párrafo que antecede, se puede complementar con lo argumentado por el autor Salgado (2007 p.02), quien hace referencia que un diseño de teoría fundamentada va más allá de los estudios previos, y que se encamina a una búsqueda de nuevas formas, para obtener un análisis que complemente estudios preexistentes o definiciones de las categorías que forman parte de la presente tesis.

A continuación, conoceremos los distintos tipos de investigación que tiene método de enfoque cualitativo.

## **2.2 Métodos de Muestreo**

### **Población**

Palomino (2010 p.36), determina que la población es un conjunto de sujetos, objetos o procesos que integran o conforman una situación problemática, motivo de investigación.

Según Sierra (1985 p.17) señala que una población puede ser finita o infinita dado que las poblaciones finitas se practican en el campo educativo y social tanto por su tamaño y su magnitud o número que se delimite. Las infinitas son aquellas en las que no se pueden determinar ni precisar la cantidad de sus componentes.

En nuestra investigación el enfoque buscó realizar el análisis a través de estudios doctrinarios.

## **Muestra**

Palomino (2010 p.37), señala que para que exista la muestra previamente debe de existir una representación en la población susceptible de investigación: población conjunta y muestra subconjunto de dicha población.

La muestra se va a conformar por sujetos, objetos o procesos que se denominaran los procedimientos estadísticos relacionados con la muestra.

Según Aratoma (2007 p.24), la muestra es un conjunto de elementos seleccionados de una población con el fin de descubrir algún tipo de característica de dicha población dado que los elementos que componen el universo están representados en la muestra en la misma proporción que la que tienen en aquél, de modo tal que la muestra puede ser representativa de la población.

De dicha población, se obtuvo una muestra significativa que permitió deducir los resultados y así validar los Supuestos Jurídicos.

La muestra que se determinó en el presente trabajo de investigación lo conformaron alrededor de 9 personas especialistas que cuentan con una experiencia mayor de a 4 años en el ámbito penal y el fin de que cada pregunta de la entrevista fue ayudar a determinar con sus respuestas el fin de la presente investigación.

## **Caracterización de sujetos**

Balestrini (2006 p.147), señala que la caracterización de sujetos son personas que brindaran información directa o indirectamente a partir de su experiencia, de su profesión o relación con el tema que se investigó.

En nuestra presente investigación, se llegó a entrevistar a especialistas en Derecho Penal, abogados, fiscales, quienes coadyuvaron con sus criterios a poder desarrollar este desarrollo de tesis.

A continuación, paso a nombrar a los siguientes profesionales:

**Tabla 1:** Lista de Entrevistados

N°	Nombre Y Apellido	Cargo	Datos Personales	Profesión
1	Walter Alberto Espinoza Mavila	Fiscal Provincial Titular Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Corporativo).	<a href="mailto:walterespinozamavila@gmail.com">walterespinozamavila@gmail.com</a>	Abogado
2	Miguel Ángel Sánchez Mercado	Procurador Especializado en Lavado de Activos	<a href="mailto:masanchezmercado@hotmail.com">masanchezmercado@hotmail.com</a>	Abogado
3	Rolando Zagret Risco Valera	Litigante de Media & Legal Planning Chamber S.A.C	<a href="mailto:rriisco@mlpperu.com">rriisco@mlpperu.com</a>	Abogado

4	Olga Cristina Salazar Olivares	Fiscal adjunta Provincial Anticorrupción.	<a href="mailto:crisalazarolivares@gmail.com">crisalazarolivares@gmail.com</a>	Abogado
5	Luis Raúl Corvetto Cabrera	Litigante de Media & Legal Planning Chamber S.A.C	<a href="mailto:Lrcc22@hotmail.com">Lrcc22@hotmail.com</a>	Abogado
6	Celice Grace Araujo Flores	Independiente	<a href="mailto:celicearaujof@gmail.com">celicearaujof@gmail.com</a>	Abogada
7	Martha Ingrid González Reyes	Asesora en Compliance	<a href="mailto:igonzales@biscapital.pe">igonzales@biscapital.pe</a>	Abogada
8	Edwin Giraldo Machado	Independiente	<a href="mailto:edwingiraldo@outlook.com">edwingiraldo@outlook.com</a>	Abogado
9	Daniel Fausto Borjas Saavedra	Ex Secretario Judicial 42° Juzgado Penal de Lima	<a href="mailto:Borjas1970@hotmail.com">Borjas1970@hotmail.com</a>	Abogado

Fuente: Elaboración propia Lima 2018.

### **Plan de análisis o trayectoria metodológica**

La presente investigación dentro de su plan de análisis tiene un enfoque cualitativo, siguiendo el diseño en la teoría fundamentada, lo que permitió entender y analizar toda esta investigación. Así, como también se utilizó el tipo de estudio que corresponde al tipo básica.

Es así, que se procedió a determinar a través del muestreo a 9 personas, conforme a lo siguiente.

Walter Alberto Espinoza Mavila, Abogado, Maestría en Derecho y Ciencia Política y Doctorado en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor De San Marcos, con casi 18 años de experiencia laboral, actualmente desempeña el cargo de Fiscal Provincial Titular Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Corporativo).

Rolando Zagret Risco Valera, Abogado, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Penal y Ciencias Políticas Universidad de San Marcos, con casi 19 años de experiencia laboral, Abogado Corporativo y Litigante en el Estudio Media & Legal Planning Chamber SAC.

Olga Cristina Salazar Olivares, Abogada, de la Universidad de San Marcos, Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Mayor de San Marcos con diplomados y seminarios en Derecho Penal Constitucional, Derechos Humanos, Contratación Pública y Derecho Administrativo Sancionador. Autora de artículos y ponente en Derecho Penal, con casi 14 años de experiencia laboral, actualmente se desempeña como Fiscal Adjunta Provincial Anticorrupción.

Luis Raúl Corvetto Cabrera, Abogado por la Universidad Católica de Santa María litigante. Ex Viceministro de Justicia, ex Jefe del INPE, Asesor de empresas y abogado Litigante con especialidad en Derecho Penal y Derecho Laboral.

Celice Grace Araujo Flores, Abogada por la Universidad Nacional Federico Villareal, con Especialización en Derecho Administrativo Sancionador y Ambiental. Abogada litigante.

Martha Ingrid Gonzales Reyes. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magister en Regulación de Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Especialista en Compliance. Abogada Litigante.

Miguel Ángel Sánchez Mercado, Abogado por la Universidad Nacional de Mayor Marcos, Doctor en Derecho y Ciencias Política por la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos, Magister en Derecho por la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos, actualmente es profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos y Procurador Público del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Daniel Faustino Borjas Saavedra, abogado por la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos, exsecretario Judicial del 42° Juzgado Penal de Lima.

Edwin Giraldo Machado, abogado por Pontificia Universidad Católica del Perú, Árbitro y Abogado litigante.

Finalmente fueron recopilados los datos e información, se procedió a discutir, planteamos nuestras conclusiones y, posteriormente, realizamos recomendaciones sobre la presente investigación.

## **2.3 Rigor Científico**

### **Técnicas e instrumento de recolección de datos**

Según (Arias, 1999 p. 25), Este tipo de técnica es para obtener información de distintas formas o maneras, así como también la observación directa, entrevistas, cuestionario, análisis etc. La finalidad de estos instrumentos son los materiales que se puede emplear al momento de recoger y almacenar la información.

En esta investigación los instrumentos que se llegaron a utilizar son los que señalamos en lo que sigue de este apartado.

### **Entrevistas**

Según Gómez, Deslauriers y Álzate (2010 p.167), la entrevista es una forma de recabar datos para una indagación a través de formulación de preguntas a personas capacitadas con actitudes, expectativas voluntariamente en una relación semejante. El investigador en base a esta información y sus respuestas nos podrá ayudar a entender un poco sobre el tema de investigación.

Es importante saber, que el tema de investigación es relacionado con el ámbito penal, de modo tal que mis entrevistas estuvieron enfocadas a personas que están

especializadas en ese rubro, y nos permitió, realizar un análisis a partir de sus respuestas para poder al fin verificar si la entrevista recaudada fue aceptada, confirmando lo planteado.

### **Análisis de Fuente Documental:** Doctrina, Legislación, Jurisprudencial

Según (Arias, 1999 p. 25) es una técnica que busca a través de su investigación un conjunto de operaciones intelectuales, que tiene como finalidad analizar la descripción de las fuentes, doctrinarias, bibliográficas, confesión de reseñas, etc.

Al respecto, los instrumentos de recolección de datos reúnen los requisitos esenciales, que entre ello lo llamamos la confiabilidad y validez.

### **Validez del Instrumento**

La validez del instrumento se obtuvo a través de expertos, supervisado por tres asesores expertos que pudieron verificar la investigación completa, otorgando validez a los instrumentos que conformaron la guía de entrevistas, análisis doctrinal, análisis normativo y análisis jurisprudencial las cuales son detalladas a continuación.

Los profesionales a cargo de la validación fueron los siguientes:

**Tabla N° 02: Validez del instrumento 1**

<b>Cuadro de Validación de Instrumentos</b>			
<b>Instrumento</b>	<b>Validador</b>	<b>Cargo o Institución Donde Labora</b>	<b>Tipo de Docencia</b>

<b>Guía de Preguntas de Entrevista</b>	Mario Chávez Rabanal	Docentes de la Universidad Cesar Vallejo	Docente temático
	La Torre Guerrero Ángel Fernando		Docente metodológico
	Michael Lincold Trujillo Pajuelo		Docente metodológico

Fuente: Elaboración propia Lima (2018)

**Tabla N°03: Validez del instrumento 2**

<b>Cuadro de Validación de Instrumentos</b>			
<b>Instrumento</b>	<b>Validador</b>	<b>Cargo o Institución donde Labora</b>	<b>Tipo de Docencia</b>
<b>Guía de Análisis de Revisión de Fuente Doctrinaria.</b>	Mario Chávez Rabanal	Docentes de la Universidad Cesar Vallejo	Docente temático

	Lilian Lesly Castro Rodríguez		Docente
--	----------------------------------	--	---------

Fuente: Elaboración propia Lima (2018).

**Tabla N°04: Validez del instrumento 3**

<b>Cuadro de Validación de Instrumentos</b>			
<b>Instrumento</b>	<b>Validador</b>	<b>Cargo o Institución donde Labora</b>	<b>Tipo de Docencia</b>
<b>Guía de Análisis de revisión de fuente normativa</b>	Mario Chávez Rabanal	Docentes de la Universidad Cesar Vallejo	Docente temático

	Lilian Lesly Castro Rodríguez		Docente
--	----------------------------------	--	---------

Fuente: Elaboración propia Lima (2018)

**Tabla N°05: Validez del instrumento 4**

<b>Cuadro de Validación de Instrumentos</b>			
<b>Instrumento</b>	<b>Validador</b>	<b>Cargo o Institución donde Labora</b>	<b>Tipo de Docencia</b>
<b>Guía de Análisis de revisión de fuente jurisprudencial</b>	Mario Chávez Rabanal	Docentes de la Universidad Cesar Vallejo	Docente temático
	Lilian Lesly Castro Rodríguez		Docente

Fuente: Elaboración propia Lima (2018).

## **2.4 Análisis Cualitativo de Datos**

La presente investigación, a través de la recopilación de información que obtuvimos de los entrevistados, procedimos a realizar el análisis de los objetivos y así pudimos aprobar las respuestas que han sido declaradas en los supuestos planteados.

Según (Arias, 1999 p. 26) en este tipo de método la finalidad es obtener datos, registros, tabulaciones y codificación. También se utilizó el método de inducción, deducción, síntesis y análisis para descifrar lo que revelaron los datos que fueron recogidos.

En esta investigación se utilizaron los métodos que reseñamos seguidamente.

### **Método Inductivo**

Según Bisquerra, (1989, p.62), el método inductivo, es analítico por que extrae conclusiones de carácter general. Es una teoría que tiene como objetivo en descubrir las generalizaciones y las teorías a partir de observación sistemática de la realidad. Método que se basa en la observación y la experimentación comenzando con la recolección de datos.

### **Método Deductivo**

El mismo autor Bisquerra, (1989, p.62), el método deductivo se da a través de observación de casos particulares a partir de ello se empieza a plantear el problema es decir empieza a darse un proceso de inducción absolviendo una teoría, después se formula la hipótesis deductiva.

### **Método Hermenéutico: (interpretativo)**

Según Cisterna, (2007 p.69), el método hermenéutico es proceso también interpretativo, donde el investigador otorga el significado a partir de las categorías y subcategorías construidas para agrupar la información.

Según Cárcamo, (2005 p.208), es un elemento esencial para una interpretación dado que se focaliza respecto a lo que quiere interpretar.

Así mismo, durante el tiempo que dure este proyecto de investigación se utilizara el método Hermenéutico (interpretativo).

## **Método argumentativo**

Información recogida de Toulmin (2007 p.330), señala que la argumentación distingue la dimensión elocutiva que depende de un conjunto de relaciones que pueden ser precisadas y examinadas a buen lenguaje que está presente en todo tipo de discursos proferidos.

Este método permite conocer el objeto de estudio y se caracteriza por términos de observación, descripción, diagnosticar, agrupación, desarrollo de un criterio etc.

## **Método interpretativo**

Según Gómez (2011 p.54), la investigación interpretativa resalta una importancia a los sujetos estudiados, este método no se plantea marco teórico precedente ni tampoco hipótesis previas. Este método se basa desde un inicio con cuestionarios o preguntas que van a permitir acercarse a la realidad que el investigador pretende estudiar.

En ese sentido a través del objeto de estudio, la presente investigación se realizó con una guía de preguntas de entrevista a diferentes personas que tienen un amplio conocimiento sobre el tema y lo que se hizo es definir el objeto de estudio

## **Método comparado**

Según Trujillo (2014 p.08), este método tiene una estrategia analítica descriptiva como explicativa, es decir es una herramienta netamente fundamental de análisis complementándose por conceptos e hipótesis y a la formación de teoría.

## **2.5. Aspectos Éticos**

La presente investigación, fue realizada respetando todos los derechos de autor dado que la citas y referencias están señaladas en las bibliografías, utilizando el estilo American Psychological Association (APA).

De modo tal, que la presente investigación se encuentra dentro de los aspectos éticos y fue elaborada minuciosamente con el fin de ser una investigación auténtica de acuerdo a lo exigido.

### **III. Descripción de Resultados**

### 3.1 Descripción de resultados de la técnica: Entrevista

A continuación, se determinan los resultados conseguidos de la técnica de entrevista, considerando los objetivos propuestos en la presente investigación.

#### Guía de preguntas de entrevistas

##### Objetivo general

Demostrar qué condición debe cumplir un funcionario público para ser considerado como “interesado” en el delito de colusión, Lima, 2017.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

#### **Pregunta N° 01: ¿De qué forma, el funcionario público a través de su entidad puede participar en el mercado brindando y ofreciendo productos y servicios?**

Espinoza (2018) señala que *“Si una entidad pública (empresas del Estado) está permitida de ofrecer servicios o bienes en el mercado, el funcionario público que la represente perfectamente puede participar en cualquier negocio jurídico o contrato”*.

Por su parte, Risco (2018) señala que:

Dependiendo de la entidad, cada funcionario debe cumplir las funciones y/o atribuciones que se le otorgan mediante el respectivo Manual de Organización de Funciones (MOF) y/o el Reglamento de Organización y Funciones (ROF); en dicho sentido, el funcionario sólo puede participar en ejercicio de esas atribuciones”.

Según Corvetto (2018) *“Un funcionario si puede ejercer sus funciones y/o atribuciones a nombre de la entidad a la que representa, ofreciendo servicios o bienes en el mercado”*.

Según Salazar (2018) *“El funcionario público, en pleno ejercicio de sus facultades y atribuciones otorgadas por la entidad a la que representa, sí puede participar en el mercado ofreciendo productos y servicios, por ejemplo, podemos citar una concesión para la explotación de servicios públicos y de obras públicas, todo dependerá del cargo que ostente el funcionario público y si sus facultades y atribuciones encomendadas se lo permiten”*.

Para Araujo, (2018) *“Los funcionarios públicos pueden actuar siempre que tengan la representación de la entidad y dentro de las funciones y/o atribuciones que le hayan sido reconocidas”*.

Sánchez, (2018) indica que:

Interviniendo en los convenios o contratos, conforme a las competencias que le señalen su Manual de Organización y Funciones y su Reglamento de Organización y Funciones, concertando, es decir, poniéndose de acuerdo, con la otra parte. El ejemplo más claro de la participación de funcionarios en el mercado, es brindando y ofreciendo productos y servicios, por empresas públicas de derecho privado, parte del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, por ejemplo ofreciendo servicios y productos del sector eléctrico (Adinelsa), financiero (Agrobanco), hidrocarburos y remediación (Activos Mineros), suministro de agua (Sedapal), servicios de salud (Essalud), servicios en aeropuertos (Corpac), servicios postales (Serpost) y en otras donde posee acciones.

Gonzales, (2018), indica que:

Lo debe de hacer en ejercicio de sus funciones siempre que dicha actividad sea subsidiaria de acuerdo a la Constitución; es decir el Estado Interviene en la economía ofreciendo productos y servicios que no son brindados por los privados; o en donde exista un interés público relevante; siempre que en ambos casos cuente con autorización de Ley expresa para participar en el mercado.

Según Giraldo, (2018) *“El funcionario público siempre actúa en representación del estado y por tanto puede participar en convenios, contratos y servicios con la otra parte contractual que es representado por un particular “privado”*.

Según Borjas, (2018) *“En mi concepto, no existe tal posibilidad toda vez que los funcionarios públicos nos encontramos prohibidos de ejercer función distinta a la que el Estado nos otorga en base a la confiabilidad que se nos otorga”*.

## **Pregunta N° 02: ¿Puede ser posible aplicar el delito de colusión cuando se trata de contratos celebrados entre dos entidades públicas?**

Espinoza (2018) señaló que *“Si existe un contrato, la concertación y la defraudación, si es posible aplicar el tipo penal de colusión; en ese sentido, la casuística siempre puede ir mucho más allá de los lineamientos y/o fronteras establecidas por las teorías”*.

Según Risco (2018):

En el entendido que el delito de colusión implica la afectación potencial (colusión simple) o efectiva (colusión agravada) del erario público, desde un punto de vista patrimonial, no sería posible aplicar el delito de colusión porque el patrimonio “comprometido” y el patrimonio “incrementado” tiene el mismo titular; por poner un ejemplo, una persona no puede robarse a sí misma. Desde un punto de vista funcional, considerando que el bien jurídico protegido es el

correcto ejercicio de las funciones encomendadas a los funcionarios públicos, el delito de colusión si pudiera configurarse.

Según Corvetto (2018) *“Considero que sí, pero no he visto casos en mi experiencia. Si hacemos un análisis del delito de colusión, si puede ser posible”*.

Para Salazar (2018):

El delito de Colusión desleal se puede aplicar si existe la concertación, el pacto colusorio entre dos entidades públicas, pues entendemos que el concierto de voluntades se dio entre dos funcionarios públicos”. Pero añade “en cuanto al delito de Colusión agravada, podemos afirmar que no podría aplicarse, toda vez que para la configuración del tipo penal en cuestión es exigible la defraudación y consecuente perjuicio económico y al tratarse de dos entidades públicas, no podría considerarse perjuicio al Estado, ya que el erario permanece en las arcas del Estado.

Araujo, (2018) señaló que *“No es común, pero puede darse el caso”*.

Según Sánchez, (2018) *“Si es posible, porque la norma no hace diferencia entre contratos civiles, contratos administrativos y, como se señaló antes, el Estado también realiza actividad empresarial, que puede brindar a otras entidades estatales”*.

Por su parte, Gonzales, (2018) indicó

No, el tipo penal requiere que exista un acuerdo para defraudar al Estado. Si teneos en cuenta que el artículo 43° de la Constitución Política del Perú señala que el Estado es uno e indivisible; entonces no es posible que el Estado se defraude así mismo. Sin embargo, dicha conducta puede constituir otro tipo de ilícito de tipo administrativo, en tanto a actividad empresarial pública estaría recibiendo el mismo tratamiento legal que la actividad empresarial privada (privada anticompetitiva).

Giraldo, (2018) señala que:

La colusión es un delito de encuentro y por ende siempre existirá una concertación dolosa entre el funcionario y el contratista que es un particular privado, entre entidades no existe defraudación por tanto que los dos pertenecen al Estado. Creo que no existe ahora un proceso de este tipo.

Para Borjas, (2018) *“No es posible”*.

**Pregunta N° 03: ¿Cuándo el tipo penal de Colusión del Código Penal Peruano usa el término “Interesado” se debe considerar que alude solo a un tercero o externo a la administración pública?**

Para Espinoza (2018) *“Es un término abierto, no se restringe; por ende, los operadores de justicia pueden realizar la interpretación que corresponda de acuerdo a la casuística que les toque analizar”*

Risco (2018) señaló:

Considero que no. El término interesado es abierto; tratándose de actos jurídicos, desde un punto de vista civil, debe de considerarse como interesado a la contraparte, esto es a quien ofrece el bien o servicio requerido por la entidad estatal. En dicho sentido, el interesado podría ser cualquier persona, natural o jurídica, sea ésta persona jurídica una de derecho privado o de derecho público.

Según Corvetto (2018):

El art. 384° del Código Penal usa el término interesado, entonces desde la literalidad de la norma, al no usar los términos tercero o externo la interpretación del término interesado puede ser bastante amplia.

De acuerdo con lo indicado por Salazar (2018):

El término “interesado”, se debe considerar que hace alusión a un externo, a la administración pública, esto es, un particular, toda vez que como hemos afirmado el delito de colusión requiere la participación de un extraneus por tratarse de un delito de encuentro y que exige no solo la concertación sino también el posible perjuicio económico irrogado al Estado.

Araujo, (2018) precisó que *“El término interesado no se restringe al tercero o externo a la administración pública”*.

Por su parte, Sánchez, (2018) señaló:

No alude únicamente a un sujeto externo a la función pública, por cuanto puede presentarse la relación Estado (ofertante)-Estado (adquirente), es decir, funcionarios actuando en representación del Estado, que ofrecen servicios y/o productos, por ejemplo, de suministro eléctrico, financiero, remediación ambiental, suministro de agua potable, servicios de salud, servicios en aeropuertos, servicios postales, etc., funcionarios intervinientes, que se subsumen en el término “interesado”.

Gonzales, (2018) señala que *“Yo creo que el interesado debe ser necesariamente un tercero particular”*.

Giraldo, (2018) señala que:

El código penal peruano utiliza el término de interesado a todo aquel que tiene una personería jurídica y tiene el interés de contratar con el Estado, y que en condición de contratista concierta con el funcionario aprovechándose de su cargo causa perjuicio al estado, a través de contratos licitaciones, que están dentro de la ley de contrataciones con el estado.

Borjas, (2018) indicó que *“Efectivamente, solo puede ser un tercero a la administración pública”*.

## Objetivo Específico 1

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

**Pregunta N° 04: ¿Cuál es la posición de la teoría de infracción de deber frente a un interesado (en el delito de Colusión) que es parte de la administración pública?**

Según Espinoza (2018) *“Entiendo que ello no se ha trabajado en la referida teoría”*.

Risco (2018) señaló que:

No podría precisar si a partir de la teoría de infracción de deber algún autor haya realizado un análisis específico de este supuesto. En estricto la infracción de deber alude a diversos supuestos, más allá de los delitos de Colusión; por ello, desde dicha teoría, en tanto que el interesado forme parte de la administración, también le es exigible el cumplir con los deberes y principios de todo funcionario público, cuando actúe en calidad de tal. Si ello es así, el interesado también debe infringir un deber, pues el concertarse en perjuicio de los intereses de la entidad contratante no puede ser considerado como un debido ejercicio de su deber.

Para Corvetto (2018):

No podría precisar si la teoría de infracción hace un análisis del término interesado, es una teoría desarrollada fuera del país, en otro contexto y sin hacer un análisis específico de la tipificación o tipo penal contenido en el art. 384° de nuestro Código Penal. La teoría de la infracción de deber constituye solo una herramienta para los operadores jurídicos (sistema de administración de justicia, Ministerio Público, abogados y académicos).

Salazar (2018) consideró que:

Considerando que el interesado no podría ser un funcionario público, no podemos afirmar que exista una infracción de deber en relación al interesado, ya que este necesariamente debe ser un particular; sin embargo cuando el funcionario público de la entidad se le considere para un caso particular como interesado, a éste último no puede considerarse que infringió su deber toda vez que el tratamiento que se le debe dar es en relación a su condición de interesado y por tanto extraneus para el caso en particular.

Según Araujo, (2018) debe tomarse en cuenta que:

La teoría de infracción de deber usa el término de intraneus para el funcionario público y de extraneus para el proveedor; por lo que, entiendo que dicha teoría no ha tocado en específico este tema referido al interesado como funcionario público.

De otro lado, Sánchez, (2018) señalaba:

Como la Teoría de la infracción del deber, postula que únicamente el funcionario público, que tiene el deber de actuar de la forma más eficaz a favor de los intereses estatales, sería el único que puede ser autor, y en interesado, solo podría ser instigador o cómplice (nunca autor), lo que significa que, es indiferente, para esta teoría, si quien tenía el dominio del hecho el interesado, en cuyo caso deberá evaluarse sin concurrir en el otro delito.

Según Gonzales, (2018) indicó que *“Entiendo que dicha teoría no ha realizado ese análisis”*.

Giraldo, (2018) señaló lo siguiente:

Si el funcionario público en uso de su cargo concierne con el fin de defraudar al estado este funcionario está infringiendo su deber (es decir el hecho punible) dado que el estado le asigna un cargo público y por tanto está dentro de los cánones constitucionales del estado de derecho de la función administrativa.

Según Borjas, (2018) *“No existe, porque se trata de un tercero que no es parte de la administración pública, por lo tanto, no infringe ningún deber; el único que infringe el deber es el funcionario público que quebranta su deber de lealtad”*.

**Pregunta N° 05: Tomando en cuenta la categoría de extraneus que maneja la dogmática penal para los delitos de infracción de deber, ello significa que, en el delito de colusión ¿el interesado solo puede ser un tercero o externo a la administración pública?**

Según Espinoza (2018) *“El término interesado es abierto, entonces, creo que puede abarcar más allá del intraneus”*.

Para Risco (2018):

El término extraneus si hace alusión a la condición de *extraño o ajeno* a la administración pública; sin embargo, el tipo penal no establece esa categoría, de modo que el término *interesado* es abierto y puede incluir a cualquier persona, a un extraño o a alguien que se encuentre dentro de la administración pública (servidor o funcionario público).

Corvetto (2018) indicó que *“El interesado puede ser cualquiera, es un término abierto; la categoría o término extraneus debe ser manejado con cuidado porque no es un término incorporado al Código Penal”*.

Salazar (2018) señaló:

No necesariamente, el extraneus, como ya hemos afirmado, puede ser un tercero particular o también un funcionario público; sin embargo, para efectos de un caso en concreto el interesado sea éste externo a la administración pública o no, debe otorgarse la condición de “interesado”.

Araujo, (2018) señala que “*Considero que la teoría de infracción de deber así lo desarrolla; pero el término interesado puede ser mucho más amplio*”.

Sánchez, (2018) nos precisó:

Ni el uso de la teoría de la infracción del deber, ni la teoría del dominio del hecho, tienen como consecuencia que el *interesado* (dentro del delito de colusión) nunca pueda ser un funcionario público. Ahora bien, dentro de la segunda teoría, la cualidad de *extraneus*, sólo se aplica para señalar quien nunca podría ser autor (el extraño), pero el interesado no es el autor, es o instigador o cómplice, y nuestra jurisprudencia viene sancionando a los interesados como cómplices primarios, por lo que a ellos no se aplica la categoría de *extraneus*, porque es un presupuesto, siempre lo serán, sino serían autores, por la teoría de la infracción del deber.

Según Gonzales, (2018):

Desde la perspectiva de esa teoría, debería ser así. La interpretación del delito regulado en el Código Penal debe ser en conjunto con las demás normas del sistema jurídico. El bien jurídico protegido en el delito de Colusión es “asignación eficiente de los recursos públicos en operaciones contractuales del Estado”; cuando participan dos entidades públicas, las transferencias de recursos puede ser ineficiente, pero nunca se perjudica el patrimonio del Estado puesto que lo que deja de percibir una, lo recibe la otra.

Según Giraldo, (2018):

Si, el *extraneus* siempre se va a calificar la actuación del *otro* quiere decir un externo de la función pública, un partícipe. Tal como lo señalan en algunas jurisprudencias y doctrinas que el *extraneus* siempre va a responder por cualquier otro tipo injusto que realiza el autor.

Según Borjas, (2018) señala que “*Correcto, solo puede ser un tercero*”.

**Pregunta N° 06: ¿Si el funcionario o servidor público está obligado a actuar en forma parcializada cuidando los intereses de su entidad, debe de dejar de actuar de esa manera cuando contrata o negocia con un funcionario público de otra entidad?**

Espinoza (2018) señaló que:

Un funcionario público siempre debe actuar velando por los intereses de la entidad por la que actúa, no importa ante quien actúa; sea otro funcionario público de su propia entidad, su superior jerárquico o el funcionario de otra entidad.

Según Risco (2018):

El funcionario público que representa a una entidad en la posición de adquirente de un bien o servicio siempre debe actuar cumpliendo sus funciones buscando la mejor opción para la entidad que representa, porque, sus funciones no se relativizan ni se minimizan dependiendo de su contraparte. El funcionario público, en general, en el ejercicio de sus funciones siempre debe actuar en resguardo de los intereses de su entidad.

Corvetto, (2018) nos indicó:

El funcionario público siempre debe resguardar los intereses de la entidad a la que representa: deben ser parciales para defender los intereses de su entidad porque ello le es exigible en todo momento y frente a cualquiera (incluso contra su superior jerárquico).

Salazar (2018) indicó:

El Funcionario Público o servidor público representa a la Entidad y como tal, sin importar con quien negocie o contrate, tiene la obligación de actuar en resguardo de los intereses del Estado, ello también de conformidad con los principios que regulan las contrataciones públicas.

Según Araujo, (2018) *“El funcionario público no puede dejar de actuar velando por los intereses de la institución a nombre de quien actúa”*.

Sánchez, (2018) indicó:

No, cada entidad tiene autonomía presupuestal, por lo que el uso y la distribución de este, debe ser cuidadoso, debiendo buscar la máxima eficacia posible, sea en contratos con Estado - Privado o entre Estado – Estado (que desarrolla Actividad Empresarial).

Según Gonzales, (2018) *“El funcionario público, siempre debe actuar respetando los deberes inherentes a su función, sin importar de quien se trata o con quien contrata”*.

Giraldo, (2018) señala que *“No, el funcionario público de acuerdo a su cargo especial podrá contratar siempre cuidando los intereses de su entidad que es del estado, es por eso que se le asigna un cargo especial”*.

Borjas, (2018) indicó *“No para nada, su deber se mantiene, frente a cualquiera”*.

## Objetivo Específico 2

**Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.**

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

**Pregunta N° 07: ¿De qué forma, el elemento objetivo “interesado” del Delito de Colusión puede recaer tanto en un funcionario público como en un tercero?**

Según Espinoza (2018) señala que *“Eso puede suceder cuando una empresa pública participa en calidad de proveedor”*.

Según Risco (2018):

El elemento objetivo no recae sobre alguien, se configura o se objetiviza en el sujeto activo. Dicho elemento puede configurarse en cualquier persona, siempre que, actuando como la contraparte, haya actuado en concertación con el contratante con el propósito de defraudar a una entidad estatal.

Corvetto (2018) señala que:

Depende de cada caso, del hecho en concreto y de la relación jurídica que se analice; pero autor siempre será el funcionario público que dirige el proceso de contratación o quien representa a la entidad convocante o requirente (contratante) y el interesado será cualquiera que sea la contraparte del contratante.

Salazar (2018) indicaba que:

El interesado, puede ser cualquier persona, sea este funcionario público o no, en ese sentido por ejemplo puede darse en el contexto de una concesión vial, en la que el funcionario de la entidad que hizo las veces de contratista concierta con el funcionario público de la entidad agraviada.

Según Araujo, (2018) *“Eso debería suceder cuando este funcionario actúa como proveedor del Estado y se concierta con el funcionario de la entidad contratante”*.

Para Sánchez, (2018):

El ejemplo más claro es cuando concierta o se pone de acuerdo con la entidad estatal adquirente de los bienes o servicios que le ofrece la otra entidad estatal (realizando actividad empresarial o como si fuera un privado), para recibir bienes o servicios de menor calidad, elevar el precio de lo que se le pagara, o cualquier mecanismo fraudulento en contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas.

Según Gonzales, (2018):

No creo que sea posible. El caso más cercano sería el de un funcionario público que se desempeña en una Asociación Público-Privada que cuenta tanto con participación estatal como privada. Sin embargo, desde mi punto de vista, el delito del funcionario público sería primario, respecto de la entidad que representa.

Giraldo, (2018) indicó que *“Ambos actúan distintos, el primero porque es funcionario público “infringe deber”, segundo; el que actúa como un tercero no se le puede calificar como un delito especial por tanto que no tiene un deber”*.

Por su lado, Borjas, (2018) señaló *“Eso sucede cuando existe la concertación (pacto de clandestinidad) y sólo puede recaer sobre un tercero”*.

**Pregunta N° 08: ¿De qué manera, el bien jurídico que protege el Delito de Colusión podría ser vulnerado o afectado cuando exista un acuerdo colusorio entre**

## **funcionarios públicos que celebran un convenio interinstitucional o contrato entre entidades públicas?**

Según Espinoza (2018) *“Si existe concertación el perjuicio es el mismo, pues la afectación debe ser analizada desde la entidad contratante”*.

Según Risco (2018):

El bien jurídico sólo podría ser vulnerado si entre las partes existe un acuerdo con el que se busca beneficiar a la entidad que ofrece el bien o servicio; una vez más, ello debe ser analizado a partir del quebrantamiento del deber del funcionario público que contrata.

Corvetto (2018) señala que *“Si existe concertación en perjuicio del interés de la entidad contratante el bien jurídico si se ve vulnerado”*.

Según Salazar (2018):

El bien jurídico protegido en el delito de colusión es el correcto funcionamiento de la administración pública, sin embargo, contamos con bienes jurídicos específicos como son la legalidad, la probidad, la imparcialidad con la que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado. Asimismo, también es bien jurídico el patrimonio del Estado. En ese sentido, se puede vulnerar el bien jurídico cuando dos funcionarios conciertan, realizan el acuerdo colusorio, en el que el convenio o contrato interinstitucional resulta ser favorable para la entidad contratada y perjudicial para la entidad que requiere el bien o servicio.

Araujo, (2018) señala que *“El bien jurídico es vulnerado cuando el funcionario público incumple el rol que le corresponde”*.

Según Sánchez, (2018):

Debido a que el activo que ambos funcionarios administran o disponen, no les pertenece, sino que pertenece al Estado (y que administra su entidad), por lo que, no debe buscar beneficiar a la entidad, de forma no lícita, a quien le provee el bien o servicio.

Según Gonzales, (2018):

El bien jurídico no se ve afectado por que la reasignación “ineficiente” va de una entidad pública a otra; que al final del día. Constituyen el mismo patrimonio. La única forma es que el funcionario público obtenga un beneficio personal; y en ese caso, el tipo penal sería otro y estaría en función de la entidad a la que representa, no a la entidad que contrata de forma ineficiente.

Giraldo, (2018) señala que *“No se puede defraudar el mismo Estado.*

Borjas, (2018) indica que *“Cuando se quebrante el principio de confiabilidad y lealtad, pero siempre cuando una de las partes sea un tercero”*.

**Pregunta N° 09: ¿Es correcto que en el delito de colusión se extienda la sanción a quienes son funcionarios públicos, pero actúan en la condición de interesados?**

Espinoza (2018) señaló que “*Considero que sí*”.

Risco (2018) señaló que:

Si se ha establecido la existencia de la concertación y existen evidencias de un perjuicio causado a la entidad contratante, no debería existir ningún impedimento de sancionarse a los dos funcionarios públicos, al contratante, como autor y al contratista, como cómplice primario.

Según Corvetto (2018):

Si la conducta se adecúa al tipo penal, la sanción debe ser aplicada, pero no puede hablarse de extender la sanción, la sanción no se extiende, solo se aplica porque el tipo penal se cumple en todos sus elementos objetivos y subjetivos.

Salazar (2018) señaló que:

Sí, es correcto, toda vez que bastará con acreditarse el concierto de voluntades entre los funcionarios públicos de distintas entidades, debiendo considerarse al interesado (es decir el contratista) como cómplice primario.

Según Araujo, (2018):

Una interpretación extensiva está prohibida, pero en este caso, el delito de colusión no necesita una interpretación de ese tipo, porque la condición de interesado puede ser asumida por cualquier persona, un tercero o un funcionario público.

Sánchez, (2018) indicó:

Existen dos teorías, la minoritaria que postula la impunidad del tercero interesado (sin interesar si es o no funcionario), mientras que para la otra (la dominante en el Perú), responde como instigador o cómplice. En este sentido, la regla es que toda persona que ha ayudado dolosamente a causar el daño al bien jurídico, en principio responde a lo menos a título de cómplice secundario, pasando por el cómplice primario y el instigador (que poseen penas en el mismo margen del autor), y si el Estado desarrolla actividades empresariales, o actúa en relación de parte contractual, al igual que un privado, no encontramos objeción para su sanción, no como autor, pero sí como cómplices o instigadores, y si bien, pueden recibir el mismo margen de pena que el autor, o que si genera que, al no ser autores, se limita el ámbito de la sanción, al no admitir nuestro sistema la sanción del partcipe del partcipe.

Según Gonzales, (2018) “*El delito puede ser imputado un funcionario público siempre que intervenga como interesado a título personal y privado*”.

Giraldo, (2018) indicó “*No, el funcionario público nunca dejará de serlo siempre tendrá una función especial. Por ende, puede contratar con un particular que no tiene deber simplemente concierta y es externo a la administración pública*”.

Para Borjas, (2018) *“El tercero no puede actuar en su condición de funcionario público”*.

### 3.3 Descripción de resultados de Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial

A continuación, en el presente instrumento se ha considerado los siguientes documentos de diferentes puntos de vista de autores cuyo aporte respondieron nuestros objetivos de la presente investigación.

#### Objetivo General

Demostrar qué condición se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, Lima, 2017.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

Se han analizado los siguientes documentos que pasamos a detallar:

#### **“Análisis doctrinal”**

- **Manual operativo “El delito contra la administración pública” publicado en el 2016.**

El citado manual sometido a análisis fue elaborado por el autor Rojas en su página 82, que define que la configuración del delito de colusión en forma casi unánime se establece que la calidad de extraneus siempre recae sobre un particular (interesado). Así mismo, señala que los funcionarios o servidores públicos que actúan en nombre del Estado deben hacerlo en representación de este y ser parte para proteger o promover sus intereses y lograr los óptimos beneficios resultantes de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros con la otra parte contractual representada por los particulares (que nuestra norma penal llama los “interesados”).

Por otra parte, agrega el mismo autor que el delito de colusión es importante que la concertación dolosa e ilegal se realice entre el funcionario público y el contratista. El contratista juega aquí un papel de importancia, ya que sin su presencia y aporte como

cómplice doloso en el delito no se configura el delito de colusión desleal, no pudiendo configurarse este delito en el concierto de sólo funcionarios y/o servidores públicos.

➤ **Delitos contra la administración pública 4ta edición publicado en el 2016:**

Es menester señalar también para el presente análisis, al autor Salinas, quien define en las páginas 12 y 13 que el funcionario público es una persona natural que trabaja para el Estado prestando sus servicios, teniendo una responsabilidad en su desempeño de su cargo con autoridad en gestión pública de la administración y determina, ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa.

Esto quiere decir que el servidor o empleado público siempre está subordinado, a través de un Manual de Funciones o Reglamento de Organización de Funciones que existe en toda dependencia del Estado y por tanto debe cumplirlo.

**Objetivo Específico 1**

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017.

Delitos contra la administración pública 4ta edición publicado en el 2016 :

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

Del mismo modo, en la citada edición sometida a análisis, fue desarrollado por el mismo autor Salinas en su página 320, señala que la participación del extraneus, estableciendo que es un tercero, sin aclarar si cabe que ese tercero pueda ser un funcionario público que actúa en representación de una entidad o empresa estatal.

Así mismo refiere en su página 334 que para que se configure el delito será necesario la realización de dos conductas, de sujetos distintos que puede ser tanto el funcionario público o el servidor público y como terceros los llamados “interesados” que pueden ser personas naturales o personas jurídicas ambas teniendo como fin el hecho ilícito y que tienen interés de contratar con el Estado

## Objetivo Específico 2

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

### ➤ **Delitos contra la administración pública 4ta edición publicado en el 2016:**

La citada edición sometida a análisis fue desarrollada por el mismo autor en la página 320, considera que el funcionario público o servidor actúa de manera defraudatoria cuando acuerde una celebración o ejecución de un contrato con un particular, tratando de que las condiciones del contrato sean menos ventajosas para el Estado. La determinación del carácter desventajoso de las condiciones contractuales no puede hacerse desligada del concreto momento de la negociación, así como de la posición contractual del Estado.

En consecuencia, no es cualquier concertación si no se tiene que verificar si esa concertación busca perjudicar y traer consecuencias económicas nocivas, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes.

Lo cuestionable en la conducta de cualquier funcionario público es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso con el interesado para obtener un provecho en perjuicio del Estado. Por supuesto que no puede confundirse una mala o pésima negociación, que puede realizarse en cualquier tipo de contrato, con las condiciones que deben existir para configurarse el delito de Colusión.

Tampoco es necesario que el interesado (extraneus) ofrezca un beneficio patrimonial al funcionario de la entidad contratante, ni tampoco que el propio interesado tenga una finalidad económica. Los beneficios de los funcionarios públicos busquen u obtengan, cada cual, no tienen que ser ventajas económicas; pues en estricto, la colusión no es un delito propiamente patrimonial sino uno de infracción de deber que tiene directa

relación con la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa.

**“Análisis normativo”:**

**Objetivo General**

Demostrar qué condición se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, Lima, 2017.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

➤ **El Delito de Colusión de acuerdo con el código penal peruano.**

Es preciso señalar para nuestro análisis normativo, el artículo 384° del Código Penal Peruano vigente a la fecha, si bien es cierto la señala que el funcionario o servidor público, que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados, el “interesado” no define exactamente quien puede ser, es decir tomamos como resultado a nuestro objetivo que la calidad de interesado también puede ser un funcionario de otra entidad.

➤ **Constitución Política del Perú “El Pluralismo Económico”:**

Es menester considerar también para el presente análisis el artículo 60° de la Constitución Política del Perú “Pluralismo Económico” que señala, que el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

➤ **Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 y Decreto Legislativo N° 1341**

Así mismo, continuando con el presente análisis el artículo 27° literal a “Contrataciones Directas” refiere que pueden realizar contrataciones directas con un proveedor, siempre y

en cuando los costos de oportunidad resulten de una manera eficiente, viable con el único fin de poder satisfacer la necesidad.

### Objetivo Específico 1

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

➤ **Decreto Legislativo N° 1163 aprueba disposiciones para el fortalecimiento del Seguro Integral de Salud en su artículo 4° De Los Convenios y Contratos:**

El citado Decreto Legislativo, sometido a análisis establece que los convenios o contratos pueden realizarse con instituciones prestadoras de salud que pueden ser públicas o privadas y que pueden establecerse diferentes modalidades de pago.

En ese mismo sentido, hace referencia que la transferencia de fondos o pago que efectúe el Seguro Integral de Salud (SIS) requiere la suscripción obligatoria de un convenio o contrato pudiendo tener una duración de hasta tres 3 años renovables. En los convenios y contratos suscritos con las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPRESS) públicas y privadas respectivamente, podrán establecerse diferentes modalidades y mecanismos de pago.

Asimismo, el Seguro Integral de Salud (SIS) podrá realizar Convenios de Gestión directamente con asociaciones civiles sin fines de lucro que desarrollan acciones de cogestión en salud.

En conclusión, los Convenios y Contratos con las IPRESS, así como con otras IAFAS, podrán reconocer el costo integral de prestación.

➤ **Decreto Supremo N° 008-2010-SA Aprueban el Reglamento de la Ley N° 29344 Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud**

Consideramos para el presente análisis de acuerdo con la presente ley en su artículo 4° refiere que los afiliados tienen libertad de elección para escoger entre las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS) y que existe libertad de competencia entre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) y las prestaciones de salud pueden ser contratadas con prestadoras de salud que pueden ser públicas, privadas o mixtas.

Es decir, las contrataciones entre entidades públicas es un aspecto debidamente regulado y permitido en el país, de modo que la incidencia que pudiera surgir de actividades o acuerdos que pudieran concretarse como actos de colusión son perfectamente posibles.

➤ **Decreto Supremo N° 030-2014-SA Aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1163 y disposiciones para el fortalecimiento del Seguro Integral de Salud**

En ese mismo sentido consideramos para el presente análisis el artículo 12° que Autoriza que los convenios que se suscriban con Instituciones Prestadoras de Servicios en Salud (IPRESS) con Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS) sea para transferir fondos como para pagar las prestaciones de salud que reciban sus asegurados.

**Objetivo Específico 2**

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

➤ **Circunstancias de participación según el artículo 26° del Código Penal**

El citado artículo del Código Penal específicamente regula que las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de otros autores o partícipes del mismo hecho punible.

Es decir, en la dogmática y en la jurisprudencia sostienen que no existe la punibilidad del extraneus como autor de delito de infracción de deber y sólo debe de ser sancionado el partícipe si se identifica un hecho antijurídico cometido por un autor.

### **“Análisis jurisprudencial”**

#### **Objetivo General**

Demostrar qué condición se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, Lima, 2017.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

#### **➤ Fundamento de la Corte Suprema de Justicia de la República VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116**

Es menester considerar para el presente análisis, que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia hace una extensiva alusión al extraneus, diferenciándolo siempre del autor por el deber funcional que tiene éste, frente a la inexistencia del deber funcional en el otro. En el punto once nos señala que el tipo de delito restringe el círculo de autores, pero a la vez admite la participación del “extraneus”, es decir, la participación del extraneus en los delitos de funcionarios siempre va a responder por cualquier tipo injusto que realiza el autor que infringe el deber especial, llegando a concluir que la participación del extraneus no tendrá autonomía, por más que en un primer momento realiza la conducta punible, siempre será dependiente al hecho principal.

Del mismo modo, en el punto doce se le llama partícipe a los que participan de parte del hecho “la acción del deber”, es decir el hecho punible. El artículo 26° del Código Penal antes analizado también concuerda que la participación tiene como regla las circunstancias y cualidades que pueda afectar la responsabilidad de algún autor o partícipe más no modifica la de otros autores del mismo hecho punible.

De tal manera que en la dogmática se sostiene que es imposible de una punibilidad como autor de un delito de infracción de deber. Finalmente, este acuerdo plenario señala que el partícipe solo será sancionado si existe un hecho antijurídico cometido por el autor.

### **Objetivo Específico 1**

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

#### ➤ **Fundamento de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R.N.N 2065-2008-Lima**

Es preciso señalar para nuestro análisis normativo, el pronunciamiento de la Corte Suprema del 05 de octubre del 2009 en su punto cuarto considera que los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como “Infracción de deber” es decir el sujeto (especial) adquiere deberes, aseguramiento y fomento del bien jurídico, por su parentesco con el bien jurídico específico, los que pueden manifestarse institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores contra la administración pública), por vinculaciones paternofiliales, de confianza o jurídicas, etc. Al quebrarse esta obligación automáticamente incurre en una infracción de deber.

#### ➤ **Fundamento de la Corte Suprema de Justicia de La República VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116**

Consideramos para el presente análisis el pronunciamiento de la Corte Suprema, si bien hace una extensiva alusión al delito de infracción de deber, diferenciándolo siempre del autor que no puede ser cualquier persona sino aquel funcionario público o servidor público, entonces nuestro supuesto es que ese interesado también puede ser un funcionario público. En el punto nueve hace referencia, el punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia

se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros denominados delitos de dominio.

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que corresponde a la órbita del autor, ésta es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Alude también que el autor del delito de infracción de deber no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este caso, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

Finalmente consideramos para el presente análisis el punto diez, en el cual se indica que el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio claro está de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

### **Objetivo Específico 2**

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018.

➤ **Fundamento Sala Penal Transitoria. R.N. N° 3237-2010-Junín**

También es necesario señalar para nuestro análisis normativo el Recurso de Nulidad N° 3237-2010, el cual en su página 8 indica que, para lograr la optimización, configuración del delito de Colusión desleal, se requiere de la existencia de más de dos voluntades (i) funcionario o servidores públicos y (ii) terceros interesados. Lo cierto es que la incorrecta adecuación típica que muchas veces se da por parte del titular de la acción penal, puede significar la vulneración de los derechos de los procesados.

Finalmente, el delito de colusión es un delito que refleja una modalidad típica referenciada, en la medida que solo se castiga una exclusiva modalidad comisiva, como es la concertación del funcionario público con el interesado. Se trata de un delito de convergencia que para su realización requiere la existencia de más de dos voluntades; de manera que, cuando falta este requisito, se impone la atipicidad de la conducta.

## **IV. Discusión**

A partir de este capítulo, señalaremos la discusión a través de los resultados obtenidos: instrumentos de entrevista, instrumento de análisis de revisión de fuente doctrinaria, análisis normativo y análisis jurisprudencial, instrumentos que han sido enfocados al problema de la presente investigación.

Así mismo, este capítulo nos permite identificar las diferencias o quizás las coincidencias a raíz de cierta limitación o aporte del estudio, analizando los resultados que me permitirá obtener más adelante una conclusión y recomendación.

En ese sentido, de forma detallada pasamos a hacer la descripción de los siguientes instrumentos:

### **Discusión del objetivo general**

#### **Objetivo general**

Demostrar qué condición debe cumplir un funcionario público para ser considerado como “interesado” en el delito de colusión, Lima, 2017.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

#### **Supuesto Especifico General**

La condición que se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, es cuando participa de un acuerdo colusorio con otro funcionario público.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

### **Discusión de Entrevista**

Respecto de la guía de entrevista, en la primera pregunta del objetivo general; los entrevistados respondieron lo siguiente:

En la primera pregunta todo los entrevistados coincidieron en responder lo siguiente: Espinoza, Risco, Corvetto, Salazar, Araujo, Sánchez, Gonzales, manifiestan que la entidad pública si está permitida de ofrecer servicios o bienes en el mercado, es decir el funcionario público que le represente puede participar en cualquier contrato o negocio jurídico a través de sus funcionarios ya que el funcionario público debe cumplir sus funciones y atribuciones que se le otorga el Manual de Organización de Funciones (MOF) y/o el Reglamento de Organización y funciones (ROF).

Sin embargo, para Giraldo y Borjas, el funcionario público siempre actúa en representación del Estado y por tanto puede participar en convenios, contratos y servicios con la otra parte contractual que es representado por un particular “privado”.

Respecto a la segunda pregunta del objetivo general los entrevistado respondieron lo siguiente: Espinoza, Risco, Corvetto y Araujo coinciden en sus respuestas, manifestando que; si existe un contrato, concertación y defraudación, si puede ser posible que se configure el delito de colusión entre entidades, pero hasta ahora no es común, pero puede darse el caso.

Por su parte, Salazar, manifiesta que podría aplicarse en el delito de colusión desleal (simple) entre dos entidades, sin embargo, si llega a existir el delito de colusión agravada no podría aplicarse, toda vez que para configurarse el tipo penal es exigible la defraudación y en consecuencia el perjuicio económico, pero si se trata de “dos entidades públicas” no se podría considerar perjuicio al Estado, ya que el erario público permanece en las arcas del Estado.

Respecto a la tercera respuesta del objetivo general los entrevistados respondieron lo siguiente.

Espinoza, Risco, Corvetto y Araujo consideran que si bien el Código Penal 384° establece el término “interesado” la interpretación puede ser bastante amplia, abierto, por ende, los operadores de justicia pueden analizar y realizar su interpretación de acuerdo a la casuística que les toque.

Salazar manifiesta que el término “interesado”, hace alusión a un externo a la administración pública, es decir, requiere de la participación de un extraneus por tratarse

de un delito de encuentro, por ende, exige no solo la concertación si no una posibilidad que pueda existir un perjuicio económico irrogado al Estado.

### **Respecto al Análisis doctrinal**

Nuestro objetivo general la configuración del delito de colusión en forma casi unánime se establece que la calidad de extraneus siempre recae sobre un particular (interesado).

Así mismo, señala que los funcionarios o servidores públicos que actúan en nombre del Estado deben hacerlo en representación de éste y ser parte para proteger o promover sus intereses y lograr los óptimos beneficios resultantes de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros con la otra parte contractual representada por los particulares que nuestra norma penal llama los “interesados”.

Por otra parte, coincidimos con el mismo autor dado que agrega que el delito de colusión es importante que la concertación dolosa e ilegal se realice entre el funcionario público y el contratista. El contratista juega aquí un papel de importancia, ya que sin su presencia y aporte como cómplice doloso en el delito no se configura el delito de colusión desleal, no pudiendo configurarse este delito en el concierto de solo funcionarios y/o servidores públicos.

Del mismo modo, el autor Salinas (2017), define en las páginas 12 y 13 que el funcionario público es una persona natural que trabaja para el Estado prestando sus servicios, teniendo una responsabilidad en su desempeño de su cargo con autoridad en gestión pública de la administración y determina, ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa.

En relación con el objetivo general, el cuál fue demostrar qué condición se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión; de la doctrina, se puede deducir que el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, siendo que la concertación dolosa e ilegal se realiza entre el funcionario público contratante y el funcionario público contratista. Contratista que tiene un papel de importancia ya que sin su presencia y aporte como cómplice doloso en el delito no se configura el delito de colusión desleal.

Del mismo modo concluimos que el servidor o empleado público siempre es subordinado a sus funciones a partir de un Reglamento de Organización y Funciones o un Manual de Funciones que existe en toda dependencia del Estado y por tanto deben de cumplirlos.

### **Respecto al análisis normativo**

Nuestro objetivo general es importante señalar el tipo de delito de la presente investigación que es el “Delito de Colusión”.

Sobre nuestro análisis normativo, el artículo 384° del Código Penal Peruano vigente a la fecha, si bien es cierto la señala que el funcionario o servidor público, que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados, el “interesado” no define exactamente quien puede ser, es decir tomamos como resultado a nuestro objetivo que la calidad de interesado también puede ser un funcionario de otra entidad.

En ese mismo sentido, el artículo 60° de la Constitución Política del Perú “Pluralismo Económico” señala, que el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Por otro lado, la Ley de contrataciones del Estado N° 30225 y Decreto Legislativo N° 1341 en su artículo 27° literal a “Contrataciones Directas” refiere que pueden realizar contrataciones directas con un proveedor, siempre y en cuando los costos de oportunidad resulten de una manera eficiente, viable con el único fin de poder satisfacer la necesidad.

Como notamos en este análisis normativo, en relación con el objetivo general también se deduce que el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión y nos amparamos en la Constitución Política del Perú que prescribe que el Estado también puede realizar subsidiariamente actividad empresarial directa o indirecta.

## **Respecto al análisis jurisprudencial**

Podemos decir que coinciden en lo referido del objetivo general.

El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, si bien hace una extensiva alusión al extraneus, diferenciándolo siempre del autor, por el deber funcional que tiene éste, frente a la inexistencia del deber funcional en el otro. En el punto once nos señala que el tipo de delito restringe el círculo de autores, pero a la vez admite la participación del “extraneus”, es decir la participación del extraneus en los delitos de funcionarios siempre va a responder por cualquier tipo injusto que realiza el autor que infringe el deber especial, llegando a concluir que la participación del extraneus no tendrá autonomía por más que en un primer momento realiza la conducta punible siempre será dependiente al hecho principal.

Del mismo modo, en el punto doce se le llama partícipe los que forman parte del hecho “la acción del deber”, es decir el hecho punible. El artículo 26° del Código Penal más antes analizado también concuerda que la participación tiene como regla las circunstancias y cualidades que pueda afectar la responsabilidad de algún autor o partícipe más no modifica la de otros autores del mismo hecho punible.

Finalmente, este Acuerdo Plenario señala que el partícipe solo será sancionado si existe un hecho antijurídico cometido por un autor.

### **Discusión del objetivo específico 1:**

#### **Objetivo específico 1**

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

#### **Supuesto Específico 1**

El funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber cuando no actúa parcialmente en resguardo de los intereses de su propia entidad, 2017.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

### **Discusión de Entrevista**

Respecto de la guía de preguntas de entrevista, en la cuarta pregunta del objetivo específico 1 los entrevistados respondieron lo siguiente:

Espinoza, Risco, Corvetto, Araujo, Sanchez, coinciden en sus respuestas señalando que no se ha trabajado en la referida teoría, del mismo modo no precisan si a partir de la teoría de infracción de deber algún autor haya realizado un análisis específico de este supuesto.

Así mismo, indican que en estricto la infracción de deber alude a diversos supuestos, más allá de los delitos de Colusión; por ello, desde dicha teoría, en tanto que el interesado forme parte de la administración, también le es exigible el cumplir con los deberes y principios de todo funcionario público, cuando actúe en calidad de tal. Si ello es así, el interesado también debe infringir un deber, pues el concertarse en perjuicio de los intereses de la entidad contratante no puede ser considerado como un debido ejercicio de su deber.

De modo tal, que la teoría de la infracción de deber constituye solo una herramienta para los operadores jurídicos (sistema de administración de justicia, Ministerio Público, abogados y académicos).

Sin embargo, Salazar, Giraldo, Borjas y Gonzales consideran que el interesado no podría ser un funcionario público, y tampoco se puede afirmar que exista una infracción de deber en relación al interesado, ya que este necesariamente debe ser un particular; es así que, cuando el funcionario público de la entidad se le considere para un caso particular como interesado, a éste último no puede considerarse que infringió su deber toda vez que el tratamiento que se le debe dar es en relación a su condición de interesado y por tanto extraneus para el caso en particular. Llegando a una conclusión quien infringe el deber es el funcionario público que quebranta su deber de lealtad.

Respecto a la quinta respuesta del objetivo específico 1 los entrevistados respondieron lo siguiente:

Según Espinoza, Risco, Corvetto, Araujo, Sánchez, Gonzales, coinciden en sus respuestas señalando que no se ha trabajado en la referida teoría, del mismo modo no

precisan si a partir de la teoría de infracción de deber algún autor haya realizado un análisis específico de este supuesto.

Del mismo modo, señalan que la Teoría de la infracción del deber, postula que únicamente el funcionario público, que tiene el deber de actuar de la forma más eficaz a favor de los intereses estatales, sería el único que puede ser autor, y en interesado, solo podría ser instigador o cómplice (nunca autor).

Por otra parte, Salazar, Giraldo, Borjas, no están de acuerdo ya que consideran que el interesado siempre será un tercero y por lo tanto no podría ser un funcionario público, no pueden afirmar que exista una infracción de deber en relación con el interesado, ya que este necesariamente debe ser un particular; sin embargo, cuando el funcionario público de la entidad se le considere para un caso particular como interesado.

Respecto a la sexta respuesta del Objetivo Específico 1 los entrevistados respondieron lo siguiente:

Según Espinoza, Risco, Corvetto, Araujo, Sánchez, Salazar, Giraldo, Borjas, Gonzales, todos coinciden señalando que el Funcionario Público o servidor público representa a la Entidad y como tal, sin importar con quien negocie o contrate, estado – privado tiene la obligación de actuar en resguardo de los intereses del Estado.

Finalmente, en esta parte, a través de sus respuestas la mayoría nos resuelve nuestro Objetivo Específico 1 planteado toda vez que el funcionario si es posible que el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber cuando no actúa parcialmente en resguardo de los intereses de su propia entidad.

### **Respecto al análisis doctrinal**

Concordamos y concluimos que la participación del extraneus, no establece que es un tercero, ni aclara si cabe que ese tercero pueda ser un funcionario público que actúa en representación de una entidad o empresa estatal.

Así mismo, en relación con el Objetivo Específico General 1, el cual fue determinar ¿Cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión? En ese sentido se puede deducir a través de los entrevistados más antes señalado y de las doctrinas sí existe una libre y amplia

interpretación frente a la presente teoría considerando que: el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber cuando no actúa parcialmente en resguardo de los intereses de su propia entidad.

### **Respecto al análisis normativo**

El Decreto Legislativo, establece que los convenios o contratos pueden realizarse con instituciones prestadoras de salud que pueden ser públicas o privadas y que pueden establecerse diferentes modalidades de pago.

En ese mismo sentido, hace referencia que la transferencia de fondos o pago que efectué el Seguro Integral de Salud (SIS) requiere la suscripción obligatoria de un convenio o contrato pudiendo tener una duración de hasta tres 3 años renovables. En los convenios y contratos suscritos con las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPRESS) públicas y privadas respectivamente, podrán establecerse diferentes modalidades y mecanismos de pago.

Asimismo, el Seguro Integral de Salud (SIS) podrá realizar convenios de Gestión directamente con asociaciones civiles sin fines de lucro que desarrollan acciones de cogestión en salud.

En conclusión, los convenios y contratos con las IPRESS, así como con otras IAFAS, podrán reconocer el costo integral de prestación.

Ahora bien, de acuerdo a nuestro Objetivo Específico 1 concluimos que el Decreto Supremo N° 008-2010-SA Aprueban el Reglamento de la Ley N° 29344 Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud en su artículo 4° hace referencia que si es posible que los afiliados tienen libertad de elección para escoger entre las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS) y que existe libertad de competencia entre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) y las prestaciones de salud pueden ser contratadas con prestadoras de salud que pueden ser públicas, privadas o mixtas”.

Finalmente, las contrataciones entre entidades públicas es un aspecto debidamente regulado y permitido en el país, de modo que la incidencia que pudiera surgir de actividades o acuerdos que pudieran concretarse como actos de colusión son perfectamente posibles.

El artículo 12° del Decreto Supremo N° 030-2014-SA Aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1163 y disposiciones para el fortalecimiento del Seguro Integral de Salud, también autoriza que los convenios que se suscriban con instituciones prestadoras de salud públicas (IPRESS) con administradoras de fondos de salud públicas (IAFAS) sea para transferir fondos como para pagar las prestaciones de salud que reciban sus asegurados.

### **Discusión de análisis jurisprudencial**

#### **Objetivo Especifico 2**

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

#### **Supuesto Especifico 2**

Se determina que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión cuando concerta directa o indirectamente con otra entidad pública.

Fuente: Elaboración propia Lima 2018

### **Discusión de Entrevista**

Respecto de la guía de preguntas de entrevista, en la séptima pregunta del Objetivo Específico 2; los entrevistados respondieron lo siguiente: en la primera pregunta todo los entrevistados coincidieron en responder lo siguiente: Según Espinoza, Risco, Corvetto, Salazar, Araujo, Sánchez, Borjas y Gonzales consideran que el elemento objetivo no recae sobre alguien, se configura o se objetiviza en el sujeto activo. Dicho elemento puede configurarse en cualquier persona, siempre que, actuando como la contraparte, haya actuado en concertación con el contratante con el propósito de defraudar a una entidad estatal.

En ese mismo sentido, concuerda con nuestro Objetivo General Específico 2 concluyendo cuando el funcionario concierta o se pone de acuerdo con la entidad estatal adquiriente de los bienes o servicios que le ofrece la otra entidad estatal (realizando actividad empresarial o como si fuera un privado), para recibir bienes o servicios de menor calidad, elevar el precio de lo que se le pagara, o cualquier mecanismo fraudulento en contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas.

Sin embargo, Giraldo, considera que ambos actúan distintos, el primero porque es funcionario público “infringe deber”, segundo; el que actúa como un tercero no se le puede calificar como un delito especial por tanto que no tiene un deber.

Respecto a la octava pregunta del Objetivo Específico 2 los entrevistados respondieron conforme a lo que sigue.

Según Espinoza, Risco, Corvetto, Araujo, Sanchez y Salazar coinciden en sus respuestas, manifestando que; el bien jurídico protegido en el delito de colusión es el correcto funcionamiento de la administración pública, sin embargo, contamos con bienes jurídicos específicos como son la legalidad, la probidad, la imparcialidad con la que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado. Asimismo, El bien jurídico sólo podría ser vulnerado si entre las partes existe un acuerdo con el que se busca beneficiar a la entidad que ofrece el bien o servicio; una vez más, ello debe ser analizado a partir del quebrantamiento del deber del funcionario público que contrata.

Según Giraldo, Borjas y Gonzales consideran que el bien Jurídico no se ve afectado la reasignación “ineficiente” va de una entidad pública a otra; que al final del día, constituyen el mismo patrimonio, y si llegaría existir la concertación no podría considerarse tendría que ser con un tercero ya que el mismo estado no se puede defraudar.

Respecto a la novena respuesta del objetivo general 2 los entrevistados respondieron lo siguiente:

Según, Giraldo y Borjas, consideran que no, el funcionario público nunca dejará de serlo siempre tendrá una función especial. Por ende, puede contratar con un particular que no tiene deber simplemente concierta y es externo a la administración pública.

Ahora bien, para Corveto considera que, si la conducta se adecúa al tipo penal, la sanción debe ser aplicada, pero no puede hablarse de extender la sanción, la sanción no se extiende, solo se aplica porque el tipo penal se cumple en todos sus elementos objetivos y subjetivos

Sin embargo, la mayoría, de las respuestas de los entrevistados entre ellos Espinoza, Risco, Gonzales, Araujo, Sánchez y Gonzáles considera que: sí se ha establecido la existencia de la concertación y existen evidencias de un perjuicio causado a la entidad contratante, no debería existir ningún impedimento de sancionarse a los dos funcionarios públicos, al contratante, como autor y al contratista, como cómplice primario.

Es decir, si el Estado desarrolla actividades empresariales, o actúa en relación de parte contractual, al igual que un privado, no se encuentra objeción alguna para su sanción, no como autor, pero sí como cómplices o instigadores, y si bien, pueden recibir el mismo margen de pena que el autor concluyendo finalmente nuestro objetivo específico 2 que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión cuando concerta directa o indirectamente con otra entidad pública.

### **Respecto al análisis doctrinal**

Concluimos que en nuestro objetivo específico general 2, el cual fue determinar ¿Que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión? En su mayoría de autores refieren que el funcionario público desarrolla, ejecutan y desempeñan su actividad a nombre de la Nación. De hecho, el funcionario público tiene mayor responsabilidad como autoridad llamado sujeto especial, por lo tanto, al cometer un el delito de colusión sea simple o a gravada basta que sea funcionario público esta infringiendo deber.

Por otra parte, nos asemeja mucho a la presente investigación su aporte del autor Vargas, en su página 82, que los funcionarios o servidores públicos deben actuar en representación del Estado para que proteja o promueva sus intereses y logre los beneficios resultantes de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros con a otra parte Contractual representada que nuestra norma penal llama interesado.

### **Respecto al análisis normativo**

Consideramos que se debe de tomar en cuenta el artículo 425° del Código Penal, no contiene una definición sino debe manejarse como una herramienta para analizar la situación particular de cada persona que pudiera ser objeto de persecución penal.

Así mismo, respecto al objetivo específico 2 la Ley de Contrataciones del Estado dentro del término genérico de “entidad” están comprendidos los ministerios y sus organismos públicos, tales como programas y proyectos, del mismo modo concluimos que si se puede contratar entre entidades y no necesariamente participar mediante licitación dado que la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado en el “literal c” del artículo 5° también señala como supuesto excluido del ámbito de aplicación de la referida Ley pero si sujeto a supervisión del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre entidades siempre que su objeto estén relacionados con la provisión de bienes, servicios u obras propias de su competencia asignadas por ley y no se persigan fines de lucro.

### **Respecto al análisis jurisprudencial**

Finalmente concluimos con nuestro objetivo específico 2, que es de relevancia también lo que indica la ejecutoria recaída en el Expediente N° 4106 – Lima; si bien la Constitución Política en su artículo 40° señala que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, este dispositivo no deroga al artículo 425° del Código Penal vigente ya que el Estado de ninguna manera podría desprotegerse del patrimonio que le corresponde en las entidades antes aludidas, menos aún des tipificar conductas delictivas cometidas por trabajadores que pertenecen a empresas del Estado o que pertenezcan a una sociedad de economía mixta, en tal sentido los procesados mantiene la calidad de servidores públicos. Llegando a una sola conclusión que el funcionario público también puede cometer conductas delictivas en concertación con la otra entidad.

## **V. Conclusiones**

Conforme a la presente investigación y de acuerdo con los objetivos establecidos en la presente tesis, se han brindado respuestas a las preguntas formuladas de investigación, y las conclusiones se han determinado en base a las entrevistas, análisis documental, y revisión de los antecedentes expuestos, concluimos con lo siguiente:

PRIMERO. – Se concluye que el Estado y sus entidades, dentro del mercado, de la Ley de Contrataciones del Estado y Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado del Organismo Superior de las Contrataciones del Estado -OSCE y la Ley del Decreto Legislativo N°1163 pueden interactuar ofreciendo productos y servicios, así mismo en el amplio rango de relaciones contractuales, dos entidades del Estado si pueden entablar relaciones jurídicas vía contratos o convenios.

SEGUNDO. – Concluimos que el tipo del delito de Colusión en el Código Penal Peruano ha sufrido una serie de modificaciones, sin embargo, ha mantenido en su estructura el elemento descriptivo “interesado”, que en el plano de una relación jurídica contractual puede aludir a cualquier sujeto, del mismo modo la teoría de infracción de deber y sus categorías de intraneus y extraneus, no limitan la estructura y los alcances del delito de Colusión regulado en el Código Penal Peruano.

TERCERO. – En dicho sentido, concluimos que la condición o calidad de **interesado**, al que se hace referencia en el delito de Colusión del Código Penal Peruano, también puede ser atribuida (o imputada) a un funcionario público que haya actuado como contraparte (contratista) representando a su entidad en una relación jurídica contra otra entidad pública.

Finalmente, el delito de Colusión se puede configurar, teniendo a dos funcionarios como contrapartes de una misma relación jurídica cuando existe concertación de ambos perteneciente a una entidad pública.

## **VI. Recomendaciones**

Después de haber expuesto nuestras conclusiones, surge la necesidad de formular las siguientes recomendaciones al Ministerio Público

PRIMERO. - A la Procuraduría Pública para que, en la lucha contra la corrupción, en el Perú, puedan seguir utilizando los mecanismos necesarios y suficientes para combatirla; por lo que, no cabe ampararse en limitaciones legales para evitar la persecución de las autoridades, respetando los principios procesales correspondientes.

SEGUNDO. - Al Ministerio Público, que el delito de colusión, con la especificidad y/o taxatividad que se exige, contiene el elemento descriptivo “interesado” que no puede ni debe restringirse para los “privados” o “terceros”; pues perfectamente, dicha condición puede ser asumida sea por un privado o por un funcionario público.

TERCERO. - Recomendar al Poder Judicial que la única exigencia es establecer la necesaria concurrencia de dos entidades públicas que actúan por medio de sus funcionarios competentes, los cuales deberían de incurrir en un acto de concertación con un propósito defraudatorio en contra de los intereses del Estado.

No debe limitarse el ámbito de acción de la persecución penal bajo el delito de colusión sólo a los contratos o relaciones jurídicas del estado con el sector privado, puesto que, el delito también puede configurarse en la interacción de 2 funcionarios públicos en representación de dos entidades públicas.

## **Referencias**

Araujo. C. (17 de noviembre de 2018) Entrevista [respuesta escrita]. Abogado Independiente.

Aratoma, S. (2007), Tesis de Grado y Metodologías en Organizaciones, Mercado y Sociedad. Huamanga, Perú.

Arias, F. (1999), El Proyecto de Investigación, Guía para su Elaboración. (3a Edición). Editorial Episteme – Caracas.

Balestrini, M. (2006), Como se Elabora el Proyecto de Investigación. (6a Edición). BL Consultores Asociados - Caracas.

Benavides, A. (2016) El delito de fraude del funcionario público.

Bisquerra, R. (1989). *Métodos de investigación educativa: Guía práctica*. (1ª Edición). Barcelona: CEAC.

Recuperado [https://www.academia.edu/34814025/Bisquerra\\_M%C3%A9todos\\_de\\_investigaci%C3%B3n\\_educativa](https://www.academia.edu/34814025/Bisquerra_M%C3%A9todos_de_investigaci%C3%B3n_educativa)

Borjas, D (25 de noviembre de 2018) Entrevista [ respuesta escrita]. Ex secretario del 42 Juzgado penal.

Cárcamo, H. (2005). *Hermenéutica y análisis cualitativo*. En *Revista de epistemología de las ciencias sociales Cinta de Moebio* 23. Universidad de Chile, Santiago, Chile.

Recuperado <http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/23/carcamo.htm>

Castillo, J. y García, C. (2008), Percy, El delito de Colusión. Grijley, Lima

Cervantes, A. (2009) Manual de derecho administrativo 6.a ed., Lima.

Cisterna, F. (2007), *Manual de Metodología de la Investigación Cualitativa para educación y Ciencias Sociales*.

Recuperado [file:///C:/Users/HP/Downloads/Francisco\\_Cisterna\\_Cabrera\\_-\\_UBB\\_-\\_Manual\\_metodologia\\_investigacion\\_cualitativa%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/Francisco_Cisterna_Cabrera_-_UBB_-_Manual_metodologia_investigacion_cualitativa%20(2).pdf)

Corvetto, L. (30 de octubre de 2018) Entrevista [ Audio Transcrito]. Abogado Independiente.

Constitución Política del Perú del 1993.

Cuñat, R. (2007), *Aplicación De La Teoría Fundamentada (Grounded Theory) Al estudio del proceso de creación de empresas*.

Recuperado <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2499458>

De Althaus, J. (2017) titulado *Los hospitales se rebelan contra la racionalización del SIS. Corte de corruptelas y ajuste de tarifas provoca resistencia*,

Recuperado de <https://www.lampadia.com/analisis/salud/los-hospitales-se-rebelan-contra-la-racionalizacion-del-sis/>

Decreto Legislativo N° 276 (*Ley de bases de Carrera Administrativa*) del 06 de marzo 1984.

Decreto Legislativo N° 728 (*Ley del Fomento del Empleo*) del 08 de noviembre de 1991.

Decreto Legislativo N° 1163 (*art. 4° Convenios y Contratos*) del 07 de diciembre del 2013.

Decreto Legislativo N° 1057 *Ley que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios* del 28 de junio del 2008.

Decreto Legislativo N° 1385, *que sanciona la corrupción en el ámbito privado publicado* del 04 de setiembre del 2018.

Decreto Legislativo N° 1243, *que modificó el artículo 384° del código penal que introduce la pena de “inhabilitación” según corresponda el artículo conforme al incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, tanto para la colusión simple y agravada* del 22 de octubre del 2016.

Decreto Supremo N° 030-2014-SA *aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1163 y disposiciones para el fortalecimiento del Seguro Integral de Salud.*

Decreto Supremo N° 008-2010-SA *Aprueban el Reglamento de la Ley N° 29344 Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud.*

Espinoza, W. (13 de octubre de 2018) Entrevista [ Audio Transcrito]. Fiscal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima.

Etxebarria, Z, Xavier, (1997) “*Fraudes y exacciones ilegales*”, en *Delitos contra la Administración Pública*, (edición a cargo de Adela Asúa Batarrita): Bilbao.

Giraldo, E (23 de noviembre de 2018) Entrevista [respuesta escrita]. Abogado independiente.

Gómez, M., Deslauriers y Álzate Piedrahita, María Victoria. (2010). *Cómo hacer tesis de maestría y doctorado*. (1ª Edición). Bogotá – Colombia.

Gómez, E. (2011), *El Modelo Interpretativo*.

Recuperado: <http://ejemetupnle94.blogspot.com/2011/10/>

Gonzales, I (22 de noviembre de 2018) Entrevista [respuesta escrita]. Abogada Independiente.

Hernández, R; Fernández, C. y Baptista, P. (1998). *Metodología de la Investigación*. México: Editorial McGraw-Hill Interamericana, S.A.

Jurisprudencia procesal penal, Exp. N° 4106-Lima.

Ley N° 26713, *Modifican artículos del Código Penal referidos a la sanción del funcionario o servidor que defrauda al Estado* de fecha 26 de diciembre de 1996.

Ley N° 27444, *Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 57°)* del 21 de marzo del 2001.

Ley N° 29703, *Ley que modifica que modifica el Código respecto de los Delitos de Contra la Administración Pública* del 10 de junio del 2011.

Ley N° 29758 que fue publicada el 21 de julio del 2011 que regulaba *el delito de colusión en dos modalidades denominados como “colusión simple” y “colusión agravada”*.

Ley N° 30057, “*Servir*” del 04 de julio del 2013.

Ley N° 30111, que *incorpora el tipo básico de la colusión y en el tipo agravado la pena de multa* del 26 de noviembre del 2013.

Ley N° 30225, *Ley de Contrataciones del Estado (art. 5°)* del 07 de enero del 2017.

Mandujano, J, (2017) *Tesis problemas de imputación y prueba en el delito de colusión* - Universidad de Huánuco, 2017. (p.182).

Mir Puig, C, (2000) *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona: Bosch.

Ñaupas, Mejía, Novoa y Villagómez. (2014), *Metodología de la Investigación Cuantitativa - Cualitativa y Redacción de la Tesis*. 4a ed. Bogotá – Colombia.

Ortiz, L; (2016) *Los funcionarios o servidores públicos en el Código Penal*.

Palomino, G, (2010), *Investigación Cualitativa y Cuantitativa en Ciencias Sociales y de la Educación*, Puno – Perú.

Polaino, M, (2009) *Acción, Omisión y sujeto en la teoría del Delito*. Grijley, Lima.

Proyecto de Ley N° 1173/2017-MP del 11 de agosto de 2017 formulado por la Fiscalía de la Nación

Risco, R. (20 de octubre de 2018) *Entrevista [Audio Transcrito]*. Abogado Independiente.

Rodríguez D, José María y Serrano Gómez, Alfonso (1994) *Derecho Penal Español (Parte Especial)*, 17.<sup>a</sup> edición. Madrid: Dykinson.

Rodríguez, G. (2015) *título de tesis para optar el grado de magíster de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.

Rojas, F, (2017) *Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. 2da. edición actualizada y aumentada.*

Rojas, F (2017) *Manual Operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.* Nomos & Thesis, Lima.

Rojas F. (2007) *Delitos contra la Administración Pública* 4ª edición Lima: Grijley.

Rojas, F (2002) *Delitos contra la administración pública.* Lima.

Salgado, A. (2007). *Investigación Cualitativa: Diseños, Evaluación del Rigor Metodológico y Retos* – Revista de la Universidad San Martín de Porres.

Recuperado <http://www.scielo.org.pe/pdf/liber/v13n13/a09v13n13.pdf>

Sala Penal de la Corte Suprema, (Recurso de Nulidad N° 79-2003, Lima: 15 de febrero del 2005, 10 de mayo del 2005).

Sala Penal de la Corte Suprema, (Recurso de Nulidad N° 3017-2004, Lima: 17 de marzo del 2005).

Sala Penal de la Corte Suprema, (Recurso de Nulidad N° 2029-2005, Lima: 24 de mayo del 2006).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N° 2065–2008-Lima, del 05 de octubre del 2009 (Infracción de deber).

Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República. - VII Pleno Jurisdiccional, Acuerdo Plenario N° 2-2011-/CJ-116 del 06 de diciembre del 2011.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad N° 1305-2014-Áncash del 10 de noviembre del 2015), ratifica dicha posición.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad N° 1305-2014-Áncash del 10 de noviembre del 2015), ratifica dicha posición.0) Delito de Infracción de deber y Participación delictiva.

Sala Penal de la Corte Suprema, (Recurso de Nulidad N° 248-2013, Lima)

Salazar, C. (05 de noviembre de 2018) Entrevista [ respuesta escrita]. Fiscal Adjunto Provincial 2da Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Cuarto Despacho.

Salinas, R. (2016) *Delitos contra la Administración Pública* 4ta edición

Salinas, R. (2017) *Delitos contra la Administración Pública.* Grijley. Lima,

Sanchez, J - Vera G – Trelles, (201 Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República. - VII Pleno Jurisdiccional, Acuerdo Plenario N° 2-2011-/CJ-116 del 06 de diciembre del 2011.

Sánchez, M (21 de noviembre de 2018) Entrevista [respuesta escrita]. Procurador Público del Ministerio de Justicia y Profesor Universitario Nacional Mayor de San Marcos.

Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (*Recurso de Nulidad N° 2029-2005-Lima: 24 de mayo del 2006) referido al delito de colusión*).

Sierra, B. (1988), *Técnicas de Investigación Social. Teoría y Ejercicios* edición Paraninfo, Madrid.

Strauss, A. y Corbin, J. (2002), *Bases de la Investigación cualitativa. Técnicas y Procedimientos para desarrollar la Teoría Fundamentada*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Recuperado [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_nlinks&ref=5858861&pid=S1607-4041201400010000800038&lng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=5858861&pid=S1607-4041201400010000800038&lng=es)

Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, *Exp. N° 1531-92, del 12 de setiembre de 1996*.

Toulmin, S. 2007. Los Usos de la Argumentación Traducción de María Morras y Victoria Pineda, Ed. Península Barcelona.

Trujillo, M. (2014), *Método Comparado*.

Recuperado: <https://prezi.com/ouetbelg8its/metodo-comparado/>

Urquiza, José. (2002) *Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública, en Revista Peruana de Ciencias Penales N° 12, Lima, Idemsa*.

Urquiza, Gustavo. (2009) *El bien jurídico protegido en el Delito de Colusión desleal, en Diálogo con la Jurisprudencia, N° 129*.

## **Anexos**

### **Anexo 1 Matriz de Consistencia**

<p>TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN</p>	<p>El delito de Colusión y el funcionario público que actúa en condición de interesado, Lima, 2017</p>
<p>PROBLEMA</p>	<p><b>PROBLEMA GENERAL:</b></p> <p>¿Qué condición se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, Lima 2017?</p> <p><b>PROBLEMA ESPECÍFICO 1</b></p> <p>¿Cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión?</p> <p><b>PROBLEMA ESPECÍFICO 2</b></p> <p>¿Cómo determinar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión?</p>
<p>SUPUESTOS</p>	<p><b>SUPUESTO ESPECÍFICO GENERAL</b></p> <p>La condición que se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, es cuando participa de un acuerdo colusorio con otro funcionario público.</p> <p><b>SUPUESTO ESPECÍFICO 1</b></p> <p>El funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber cuando no actúa parcialmente en resguardo de los intereses de su propia entidad.</p> <p><b>SUPUESTO ESPECÍFICO 2</b></p> <p>Se determina que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión cuando concierne directa o indirectamente con otra entidad pública.</p>

<p><b>OBJETIVO GENERAL</b></p>	<p>Demostrar qué condición se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, Lima, 2017.</p>
<p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b></p>	<p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO 1</b></p> <p>Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017</p> <p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO 2</b></p> <p>Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017</p>
<p><b>DISEÑO DEL ESTUDIO</b></p>	<p>Cualitativo, Teoría Fundamentada</p>
<p><b>POBLACIÓN Y MUESTRA</b></p>	<p>Fiscalías Corporativas especializados en delitos de corrupción de funcionarios públicos del Distrito Judicial de Lima – Cercado</p>
<p><b>CATEGORÍAS</b></p>	<p><b>CATEGORÍA 1</b></p> <p>El delito de Colusión</p> <p><b>SUB CATEGORÍA 1</b></p> <p>Infracción de deber</p> <p><b>CATEGORÍA 2</b></p> <p>El funcionario público que actúa en condición de interesado.</p>

**SUB CATEGORÍA 2**

	Representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión.
--	--

TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE ANÁLISIS DE DATOS	Entrevista – Guía de entrevista  Análisis y guía doctrinal, normativo y jurisprudencial
--	---

## Anexo 2 Guía de Preguntas de Entrevista

### ANEXO 2 GUÍA DE PREGUNTAS DE ENTREVISTA

#### INSTRUMENTOS DE GUÍAS DE PREGUNTAS DE ENTREVISTA

##### GUÍA DE ENTREVISTA

**TÍTULO:** El Delito de Colusión y el Funcionario Público que actúa en condición de interesado, Lima 2017.

**Entrevistado:** Rolando Zagret Riseo Valera

**Cargo/Profesión/Grado académico:** Abogado / Estudios de Maestría concluidos

**Institución:** Media & Legal Planning Chamber SAC

##### OBJETIVO GENERAL

Demstrar qué condición debe cumplir un funcionario público para ser considerado como "interesado" en el delito de colusión, Lima, 2017.

1. ¿De qué forma, el funcionario público a través de su entidad puede participar en el mercado brindando y ofreciendo productos y servicios?

*Dependiendo de la entidad, cada funcionario debe cumplir las funciones y/o atribuciones que se le otorgan mediante el respectivo Manual de Organización de funciones (MOF) y/o el Reglamento de Organización y Funciones (ROF); En dicho sentido, el funcionario solo puede participar en ejercicio de esas atribuciones.*

2. ¿Puede ser posible aplicar el delito de colusión cuando se trata de contratos celebrados entre dos entidades públicas?

*En el entendido que el delito de colusión implica la aplicación potencial (colusión simple) o efectiva (colusión agravada) del bien público desde un punto de vista patrimonial no sería posible aplicar el delito de colusión porque el patrimonio "comprometido" y el patrimonio "menormentado" tiene el mismo titular, por poner un ejemplo, como persona no puede rebatirse a sí misma. Desde un punto de vista funcional, considerando que el bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de las funciones encomendadas a los funcionarios públicos, el delito de colusión sí podría configurarse.*

3. ¿Cuándo el tipo penal de Colusión del Código Penal Peruano usa el término "Interesado" se debe considerar que alude solo a un tercero o externo a la administración pública?

Considero que no. El término interesado es usado tratándose de actos jurídicos, desde con punto de vista civil, debe de considerarse como interesado a la contraparte, esto es a quien ofrece el bien o servicio requerido por la entidad estatal. En dicho sentido el interesado podría ser cualquier persona, natural o jurídica, sea esta persona jurídica una de derecho privado o derecho público.

#### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017

4. ¿Cuál es la posición de la teoría de infracción de deber frente a un interesado (en el delito de Colusión) que es parte de la administración pública?

No podría decirse si a partir de la teoría de infracción de deber algún autor haya realizado un análisis específico de este supuesto. En todo caso la infracción de deber alude a diversos supuestos, más allá de los delitos de colusión; por ello, desde dicha teoría, en tanto que el interesado forma parte de la administración, también le es exigible el cumplimiento con los deberes y principios de dicho funcionario público, cuando actúe en calidad tal. Si ello es así, el interesado también debe imputarse un deber, pues el conculcarse en perjuicio de los intereses de la entidad conculcándose no puede ser considerado como un debido ejercicio de un deber.

5. Tomando en cuenta la categoría de extraneus que maneja la dogmática penal para los delitos de infracción de deber, ello significa que, en el delito de colusión ¿el interesado solo puede ser un tercero o externo a la administración pública?

El funcionario público que representa a una entidad en la posición de adquirente de un bien o servicio, siempre debe actuar cumpliendo sus funciones buscando la mejor opción para la entidad que representa, porque, sus funciones no se relativizan ni se minimizan dependiendo de su contraparte. El funcionario público, en general, es el ejercicio de sus

funcionarios siempre debe actuar en resguardo de los intereses de su entidad.

6. ¿Si el funcionario o servidor público está obligado a actuar en forma parcializada cuidando los intereses de su entidad, debe de dejar de actuar de esa manera cuando contrata o negocia con un funcionario público de otra entidad?

El funcionario público que representa a una entidad en la posición de adquirente de un bien o servicio, siempre debe actuar cumpliendo sus funciones buscando la mejor opción para la entidad que representa, porque sus funciones no se relativizan ni se minimizan dependiendo de su contraparte. El funcionario público, en general, en el ejercicio de sus funciones siempre debe actuar en resguardo de los intereses de su entidad.

#### **OBJETIVO ESPECÍFICO 2**

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.

7. ¿De qué forma, el elemento objetivo "interesado" del Delito de Colusión puede recaer tanto en un funcionario público como en un tercero?

El elemento objetivo no recae sobre alguien, se configura o se objetiva en el sujeto activo. dicho elemento puede configurarse en cualquier persona, siempre que, al cuando como la contraparte, haya actuado en concertación con el contratante con el propósito de defraudar a una entidad estatal.

8. ¿De qué manera, el bien jurídico que protege el Delito de Colusión podría ser vulnerado o afectado cuando exista un acuerdo colusorio entre funcionarios públicos que celebran un convenio interinstitucional o contrato entre entidades públicas?

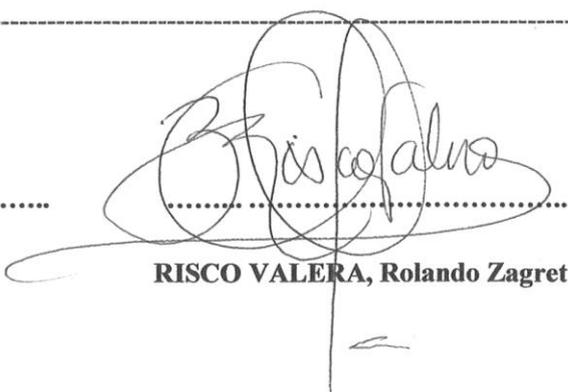
*El bien jurídico solo podría ser vulnerado si entre las partes existe un acuerdo con el que se busca beneficiar en la entidad que ofrece el bien o servicio; una vez más, ello debe ser analizado a partir del quebrantamiento del deber del funcionario público que contrata*

9. ¿Es correcto que en el delito de colusión se extienda la sanción a quienes son funcionarios públicos, pero actúan en la condición de interesados?

*Si se ha establecido la existencia de la concertación y existen evidencias de un perjuicio causado a la entidad contratante, no debería existir ningún impedimento de sancionarse a los dos funcionarios públicos, contratante, como autor y la contratista, como cómplice primario.*

Rolando Z. Risco Valera  
ABOGADO  
Reg. CAL. 35124

Sello



RISCO VALERA, Rolando Zagret

## INSTRUMENTOS DE GUÍAS DE PREGUNTAS DE ENTREVISTA

### GUÍA DE ENTREVISTA

**TÍTULO:** El Delito de Colusión y el Funcionario Público que actúa en condición de interesado, Lima 2017.

**Entrevistado:** Walter ESPINOZA MAVILA

**Cargo/Profesión/Grado académico:** Fiscal Especializado en delitos de Anticorrupción / Estudios de Maestría concluidos

**Institución:**

### OBJETIVO GENERAL

Demostrar qué condición debe cumplir un funcionario público para ser considerado como "interesado" en el delito de colusión, Lima, 2017.

1. ¿De qué forma, el funcionario público a través de su entidad puede participar en el mercado brindando y ofreciendo productos y servicios?

*Si como entidad pública (empresas del estado) está permitida de ofrecer servicios o bienes en el mercado, el funcionario público que la representa, perfectamente puede participar en cualquier negocio jurídico o contrato.*

2. ¿Puede ser posible aplicar el delito de colusión cuando se trata de contratos celebrados entre dos entidades públicas?

*Si existe un contrato, la concertación y la defraudación, si es posible aplicar el tipo penal de colusión; en ese sentido, la causalidad siempre puede ir mucho más allá de los lineamientos y/o pautas establecidos por los Teóricos.*

3. ¿Cuándo el tipo penal de Colusión del Código Penal Peruano usa el término "Interesado" se debe considerar que alude solo a un tercero o externo a la administración pública?

*En un término abierto, no se restringe; por ende, los operadores de justicia pueden realizar la interpretación que corresponda de acuerdo a la casuística que les toque analizar.*

#### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017

4. ¿Cuál es la posición de la teoría de infracción de deber frente a un interesado (en el delito de Colusión) que es parte de la administración pública?

*Entiendo que ello no se ha trabajado en la referida Teoría.*

5. Tomando en cuenta la categoría de extraneus que maneja la dogmática penal para los delitos de infracción de deber, ello significa que, en el delito de colusión ¿el interesado solo puede ser un tercero o externo a la administración pública?

*El término interesado es abierto, entonces, creo que puede abarcar más allá del intencional.*

6. ¿Si el funcionario o servidor público está obligado a actuar en forma parcializada cuidando los intereses de su entidad, debe de dejar de actuar de esa manera cuando contrata o negocia con un funcionario público de otra entidad?

*Un funcionario público siempre debe actuar velando por los intereses de la entidad por la que actúa, no importa ante quien actúa; sea otro funcionario público de su propia entidad, su superior jerárquico o el funcionario de otra entidad.*

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.

7. ¿De qué forma, el elemento objetivo "interesado" del Delito de Colusión puede recaer tanto en un funcionario público como en un tercero?

*Eso puede suceder cuando una empresa pública participa en calidad de proveedor.*

8. ¿De qué manera, el bien jurídico que protege el Delito de Colusión podría ser vulnerado o afectado cuando exista un acuerdo colusorio entre funcionarios públicos que celebran un convenio interinstitucional o contrato entre entidades públicas?

*Si existe concupción el propósito es el mismo, pues la aplicación debe ser ampliada desde las entidades contratantes.*

9. ¿Es correcto que en el delito de colusión se extienda la sanción a quienes son funcionarios públicos, pero actúan en la condición de interesados?

*considero que sí.*

Sello

  
ESPINOZA MAVILA, Walter

INSTRUMENTOS DE GUÍAS DE PREGUNTAS DE ENTREVISTA

GUÍA DE ENTREVISTA

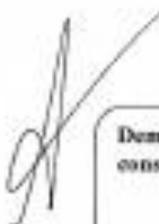
TÍTULO: El Delito de Colusión y el Funcionario Público que actúa en condición de interesado, Lima 2017.

Entrevistada: Luis Raúl CORVETTO CARRERA

Cargo/Profesión/Grado académico: Ex Vice Ministro de Justicia, Abogado Litigante

Institución: Abogado Litigante Independiente

OBJETIVO GENERAL



Demostrar qué condición debe cumplir un funcionario público para ser considerado como "interesado" en el delito de colusión, Lima, 2017.

1. ¿De qué forma, el funcionario público a través de su entidad puede participar en el mercado brindando y ofreciendo productos y servicios?

Un funcionario si puede ejercer sus funciones y/o atribuciones a nombre de la entidad a la que representa, ofreciendo servicios o bienes en el mercado.

2. ¿Puede ser posible aplicar el delito de colusión cuando se trata de contratos celebrados entre dos entidades públicas?

Considero que sí, pero no he visto cosas en mi experiencia. Si hacemos un análisis del delito de colusión, si puede ser posible.

3. ¿Cuándo el tipo penal de Colusión del Código Penal Peruano usa el término "Interesado" se debe considerar que alude solo a un tercero o externo a la administración pública?

El artículo 384° del Código Penal usa el término interesado, entonces desde la literalidad de la norma, al no usar los términos Tercero o externo la interpretación del término interesado puede ser bastante amplia.

#### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017

4. ¿Cuál es la posición de la teoría de infracción de deber frente a un interesado (en el delito de Colusión) que es parte de la administración pública?

No podría precisar si la teoría de infracción de deber hace un análisis del término interesado, es una teoría desarrollada fuera del país, en otro contexto y sin hacer un análisis específico de la tipificación o tipo penal contenido en el art. 384° de nuestro Código Penal. La teoría de la infracción de deber constituye solo una herramienta para los operadores jurídicos (sistema de administración de justicia, Ministerio Público, abogados y académicos).

5. Tomando en cuenta la categoría de extraños que maneja la dogmática penal para los delitos de infracción de deber, ello significa que, en el delito de colusión ¿el interesado solo puede ser un tercero o externo a la administración pública?

El interesado puede ser cualquiera, es un término abierto; la categoría o término extraño debe ser manejado con cuidado porque no es un término incorporado al Código Penal.

6. ¿Si el funcionario o servidor público está obligado a actuar en forma parcializada cuidando los intereses de su entidad, debe de dejar de actuar de esa manera cuando contrata o negocia con un funcionario público de otra entidad?

El funcionario público siempre debe resguardar los intereses de la entidad a la que representa: deben ser parciales para defender los intereses de su entidad por que él. El es exigible en todo momento y frente a cualquiera (incluso) contra su superior jerárquico!

#### OBJETIVO ESPECÍFICO 2



Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.

7. ¿De qué forma, el elemento objetivo "interesado" del Delito de Colusión puede recaer tanto en un funcionario público como en un tercero?

Depende de cada caso, del hecho en concreto y de la relación jurídica que se analiza; pero aquí siempre será el funcionario público que dirige el proceso de contratación o quien representa a la entidad convocante o requirente (contratante) y el interesado será cualquiera que sea la contra parte del contratante.

8. ¿De qué manera, el bien jurídico que protege el Delito de Colusión podría ser vulnerado o afectado cuando exista un acuerdo colusorio entre funcionarios públicos que celebren un convenio interinstitucional u contrato entre entidades públicas?

Si existe concertación en perjuicio del interés de la entidad contratante el bien jurídico si se ve vulnerado.

9. ¿Es correcto que en el delito de colusión se extienda la sanción a quienes son funcionarios públicos, pero actúan en la condición de interesados?

Si la conducta se adecua al tipo penal, la sanción debe ser aplicada, pero no puede hablarse de extender la sanción, la sanción no se extiende, solo se aplica porque el tipo penal se cumple en todos sus elementos objetivos y subjetivos.

.....  
Sello

  
.....  
Luis Raúl CORVETTO CABRERA

Luis Corvetto Cabrera  
ABOGADO  
Reg. C.A.L. 958  
Reg. F.R.D. 404

INSTRUMENTOS DE GUÍAS DE PREGUNTAS DE ENTREVISTA  
GUÍA DE ENTREVISTA

TÍTULO: El Delito de Colusión y el Funcionario Público -que actúa en condición de interesado, Lima 2017.

Entrevistado: Miguel Ángel SANCHEZ MERCADO

Carga/Profesión/Grado académico: Procurador Público y Profesor universitario /  
Maestr en Ciencias Penales y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional  
Mayor de San Marcos

Institución: Ministerio de Justicia y Universidad Nacional Mayor de San Marcos

OBJETIVO GENERAL

Demostrar qué condición debe cumplir un funcionario público para ser considerado como "interesado" en el delito de colusión, Lima, 2017.

1. ¿De qué forma, el funcionario público a través de su entidad puede participar en el mercado brindando y ofreciendo productos y servicios?

Interviniendo en los convenios o contratos, conforme a las competencias que le señala su Manual de Organización y Funciones y su Reglamento de Organización y Funciones, concertando, es decir, poniéndose de acuerdo, con la otra parte. El ejemplo más claro de la participación de funcionarios en el mercado, es brindando y ofreciendo productos y servicios, por empresas públicas de derecho privado, parte del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, por ejemplo ofreciendo servicios y productos del sector eléctrico (adirecha), financiero (agrosanco), hidrocarburos y remediación (Activos Mineros), suministro de agua (sodapa), servicios de salud (EsSalud), servicios de aeropuertos (Cospac), servicios postales (Serpost) y en otras donde posea acciones.

2. ¿Puede ser posible aplicar el delito de colusión cuando se trata de contratos celebrados entre dos entidades públicas?

Si es posible, porque la norma no hace diferencia entre contratos civiles, contratos administrativos y, como se señaló antes, el Estado también realiza actividad empresarial, que puede brindar a otras entidades estatales.

3. ¿Cuándo el tipo penal de Colusión del Código Penal Peruano usa el término "Interesado" se debe considerar que alude solo a un tercero o exterior a la administración pública?

No alude únicamente a un sujeto exterior a la función pública, por cuanto puede presentarse la relación Estado (oficiante)-Estado (adquiriente), es decir, funcionarios actuando en representación del Estado, que ofrecen servicios y/o productos, por ejemplo, de suministro eléctrico, financiero, saneamiento ambiental, suministro de agua potable, servicios de salud, servicios en aeropuertos, servicios postales, etc., funcionarios intervinientes, que se subsumen en el término "interesado".

#### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017

4. ¿Cuál es la posición de la teoría de infracción de deber frente a un interesado (en el delito de Colusión) que es parte de la administración pública?

Como la Teoría de la infracción del deber, postula que únicamente el funcionario público, que tiene el deber de actuar de la forma más eficaz a favor de los intereses estatales, sería el único que puede ser autor, y en interesado, solo podría ser instigador o cómplice (marca autor), lo que significa que, en indiferente, para esta teoría, si quien tenía el dominio del hecho el interesado, en cuyo caso deberá evaluarse sin concurso en el otro delito.

5. Teniendo en cuenta la categoría de extraneos que maneja la dogmática penal para los delitos de infracción de deber, ello significa que, en el delito de

colusión ¿el interesado solo puede ser un tercero o exterior a la administración pública?

Ni el uso de la teoría de la infracción del deber, ni la teoría del dominio del hecho, danan como consecuencia que el "interesado" (dominio del delito de colusión) nunca puede ser un funcionario público. Ahora bien, dentro de la segunda teoría, la cualidad de "extraneo", sólo se aplica para señalar quien nunca podría ser autor (el extraño), pero el interesado no es el autor, es o instigador o cómplice, y nuestra jurisprudencia viene sancionando a los interesados como cómplices primarios, por lo que a ellos no se aplica la categoría de extraneos, porque es un presupuesto, siempre lo sería, sino sería autores, por la teoría de la infracción del deber.

6. ¿Si el funcionario o servidor público está obligado a actuar en forma parcializada cuidando los intereses de su entidad, debe de dejar de actuar de esa manera cuando contrata o negocia con un funcionario público de otra entidad?

No, cada entidad tiene autonomía presupuestal, por lo que el uso y la distribución de esta, debe ser cuidadoso, debiendo buscar la máxima eficacia posible, sea en contratos con Estado -Privado o entre Estado - Estado (que desarrolla Actividad Empresarial).

#### OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.

7. ¿De qué forma, el elemento objetivo "interesado" del Delito de Colusión puede recaer tanto en un funcionario público como en un tercero?

El ejemplo más claro es cuando concierda o se pone de acuerdo con la entidad estatal adquirente de los bienes o servicios que le ofrece la otra entidad estatal

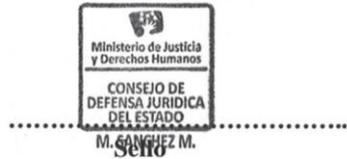
(realizando actividad empresarial o como si fuera un privado), para recibir bienes o servicios de menor calidad, elevar el precio de lo que se le paga, o cualquier mecanismo fraudulento en contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas.

8. ¿De qué manera, el Bien jurídico que protege el Delito de Colusión podría ser vulnerado o afectado cuando exista un acuerdo colusorio entre funcionarios públicos que celebran un convenio interinstitucional o contrato entre entidades públicas?

Debido a que el activo que ambos funcionarios administran o disponen, no les pertenece, sino que pertenece al Estado (y que administra esa entidad), por lo que, no debe buscar beneficiar a la entidad, de forma no lícita, a quien le provee el bien o servicio.

9. **¿Es correcto que en el delito de colusión se extienda la sanción a quienes son funcionarios públicos, pero actúan en la condición de interesados?**

Existen dos teorías, la minoritaria que postula la impunidad del tercero interesado (sin interesar si es o no funcionario), mientras que para la otra (la dominante en el Perú), responde como instigador o cómplice. En este sentido, la regla es que toda persona que ha ayudado dolosamente a causar el daño al bien jurídico, en principio responde a lo menos a título de cómplice secundario, pasando por el cómplice primario y el instigador (que poseen penas en el mismo margen del autor), y si el Estado desarrolla actividades empresariales, o actúa en relación de parte contractual, al igual que un privado, no encontramos objeción para su sanción, no como autor, pero si como cómplices o instigadores, y si bien, pueden recibir el mismo margen de pena que el autor, o que si genera que, al no ser autores, se limita el ámbito de la sanción, al no admitir nuestro sistema la sanción del partícipe del partícipe.



SANCHEZ MERCADO, Miguel A.

## INSTRUMENTOS DE GUÍAS DE PREGUNTAS DE ENTREVISTA

### GUÍA DE ENTREVISTA

**TÍTULO:** El Delito de Colusión y el Funcionario Público que actúa en condición de interesado, Lima 2017.

**Entrevistada:** Olga Cristina Salazar Olivares

**Cargo/Profesión/Grado académico:** Fiscal adjunta Provincial Anticorrupción.

**Institución:** Ministerio Público

### OBJETIVO GENERAL

Demostrar qué condición debe cumplir un funcionario público para ser considerado como "interesado" en el delito de colusión, Lima, 2017.

1. ¿De qué forma, el funcionario público a través de su entidad puede participar en el mercado brindando y ofreciendo productos y servicios?

*El funcionario público, en pleno ejercicio de sus facultades y atribuciones otorgadas por la entidad a la que representa, sí puede participar en el mercado ofreciendo productos y servicios, por ejemplo podemos citar una concesión para la explotación de servicios públicos y de obras públicas, todo dependerá del cargo que ostente el funcionario público y si sus facultades y atribuciones encomendadas se lo permiten.*

2. ¿Puede ser posible aplicar el delito de colusión cuando se trata de contratos celebrados entre dos entidades públicas?

*El delito de Colusión desleal, se puede aplicar si existe la concertación, el pacto colusorio entre dos entidades públicas, pues entendemos que el concierto de voluntades se dio entre dos funcionarios públicos; sin embargo en cuanto al delito de Colusión agravada, podemos afirmar que no podría aplicarse, toda vez que para la configuración del tipo penal en cuestión es exigible la defraudación y consecuente perjuicio económico y al tratarse de dos entidades públicas, no podría considerarse perjuicio al Estado, ya que el erario público permanece en las arcas del Estado.*

3. ¿Cuándo el tipo penal de Colusión del Código Penal Peruano usa el término "interesado" se debe considerar que alude solo a un tercero o externo a la administración pública?

El termino "interesado", se debe considerar que hace alusión a un externo, a la administración pública, esto es, un particular, toda vez que como hemos afirmado el delito de colusión requiere la participación de un extraneus por tratarse de un delito de encuentro y que exige no solo la concertación sino también el posible perjuicio económico irrogado al Estado.

#### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

**Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017**

- ¿Cuál es la posición de la teoría de infracción de deber frente a un interesado (en el delito de Colusión) que es parte de la administración pública?

*Considerando que el interesado no podría ser un funcionario público, no podemos afirmar que exista una infracción de deber en relación al interesado, ya que este necesariamente debe ser un particular; sin embargo cuando el funcionario público de la entidad se le considere para un caso particular como interesado, a éste último no puede considerarse que infringió su deber toda vez que el tratamiento que se le debe dar es en relación a su condición de interesado y por tanto extraneus para el caso en particular.*

4. Tomando en cuenta la categoría de extraneus que maneja la dogmática penal para los delitos de infracción de deber, ello significa que, en el delito de colusión ¿el interesado solo puede ser un tercero o externo a la administración pública?

*No necesariamente, el extraneus, como ya hemos afirmado, puede ser un tercero particular o también un funcionario público; sin embargo para efectos de un caso en concreto el interesado sea éste externo a la administración pública o no, debe otorgarse la condición de "interesado".*

5. ¿Si el funcionario o servidor público está obligado a actuar en forma parcializada cuidando los intereses de su entidad, debe de dejar de actuar de esa manera cuando contrata o negocia con un funcionario público de otra entidad?

*El Funcionario Público o servidor público representa a la Entidad y como tal, sin importar con quien negocie o contrate, tiene la obligación de actuar en resguardo de los intereses del Estado, ello también de conformidad con los principios que regulan las contrataciones públicas.*

### **OBJETIVO ESPECÍFICO 2**

**Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.**

6. ¿De qué forma, el elemento objetivo "interesado" del Delito de Colusión puede recaer tanto en un funcionario público como en un tercero?

*El interesado, puede ser cualquier persona, sea este funcionario público o no, en ese sentido por ejemplo puede darse en el contexto de una concesión vial, en la que el funcionario de la entidad que hizo las veces de contratista concierta con el funcionario público de la entidad agraviada.*

7. ¿De qué manera, el bien jurídico que protege el Delito de Colusión podría ser vulnerado o afectado cuando exista un acuerdo colusorio entre funcionarios públicos que celebren un convenio interinstitucional o contrato entre entidades públicas?

*El bien jurídico protegido en el delito de colusión es el correcto funcionamiento de la administración pública, sin embargo contamos con bienes jurídicos específicos como son la legalidad, la probidad, la imparcialidad con la que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado. Asimismo también es bien jurídico el patrimonio del Estado. En ese sentido, se puede vulnerar el bien jurídico cuando dos funcionarios conciertan, realizan el acuerdo colusorio, en el que el convenio o contrato interinstitucional resulta ser favorable para la entidad contratada y perjudicial para la entidad que requiere el bien o servicio.*

8. ¿Es correcto que en el delito de colusión se extienda la sanción a quienes son funcionarios públicos, pero actúan en la condición de interesados?

*Sí es correcto, toda vez que bastará con acreditarse el concierto de voluntades entre los funcionarios públicos de distintas entidades, debiendo considerarse al interesado (es decir el contratista) como cómplice primario.*

OLGA CRISTINA SALAZAR OLIVARES  
Fiscal Adjunta Promoción  
Unidad Promoción Operativa Especializada en  
Licitación y Contratación de Prestación de Servicios  
Cuernavaca, México

.....

Sello



.....

Olga Cristina Salazar Olivares

## INSTRUMENTOS DE GUÍAS DE PREGUNTAS DE ENTREVISTA

### GUÍA DE ENTREVISTA

**TÍTULO:** El Delito de Colusión y el Funcionario Público que actúa en condición de interesado, Lima 2017.

**Entrevistada:** Celice Grace ARAUJO FLORES

**Cargo/Profesión/Grado académico:** Abogada Litigante

**Institución:** Abogada Independiente

### OBJETIVO GENERAL

Demostrar qué condición debe cumplir un funcionario público para ser considerado como "interesado" en el delito de colusión, Lima, 2017.

1. ¿De qué forma, el funcionario público a través de su entidad puede participar en el mercado brindando y ofreciendo productos y servicios?

*Los funcionarios públicos pueden actuar siempre que tengan la representación de la entidad y dentro de las funciones y/o atribuciones que le hayan sido reconocidas.*

2. ¿Puede ser posible aplicar el delito de colusión cuando se trata de contratos celebrados entre dos entidades públicas?

*No es común, pero puede darse el caso.*

3. ¿Cuándo el tipo penal de Colusión del Código Penal Peruano usa el término "interesado" se debe considerar que alude solo a un tercero o externo a la administración pública?

*El término interesado no se restringe al tercero o externo a la administración pública.*

## OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017

4. ¿Cuál es la posición de la teoría de infracción de deber frente a un interesado (en el delito de Colusión) que es parte de la administración pública?

*La teoría de infracción de deber usa el término de intraneus para el funcionario público y de extraneus para el proveedor; por lo que, entiendo que dicha teoría no ha tocado en específico este tema referido al interesado como funcionario público.*

5. Tomando en cuenta la categoría de extraneus que maneja la dogmática penal para los delitos de infracción de deber, ello significa que, en el delito de colusión ¿el interesado solo puede ser un tercero o externo a la administración pública?

*Considero que la teoría de infracción de deber así lo desarrolla; pero el término interesado puede ser mucho más amplio.*

6. ¿Si el funcionario o servidor público está obligado a actuar en forma parcializada cuidando los intereses de su entidad, debe de dejar de actuar de esa manera cuando contrata o negocia con un funcionario público de otra entidad?

*El funcionario público no puede dejar de actuar velando por los intereses de la institución a nombre de quien actúa.*

## OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.

7. ¿De qué forma, el elemento objetivo "interesado" del Delito de Colusión puede recaer tanto en un funcionario público como en un tercero?  
*Esto debería suceder cuando este funcionario actúa como proveedor del Estado y se concierta con el funcionario de la entidad contratante.*

8. ¿De qué manera, el bien jurídico que protege el Delito de Colusión podría ser vulnerado o afectado cuando exista un acuerdo colusorio entre funcionarios públicos que celebren un convenio interinstitucional o contrato entre entidades públicas?

*El bien jurídico es vulnerado cuando el funcionario público incumple el rol que le corresponde.*

9. ¿Es correcto que en el delito de colusión se extienda la sanción a quienes son funcionarios públicos pero actúan en la condición de interesados?

*Una interpretación extensiva está prohibida, pero en este caso, el delito de colusión no necesita una interpretación de ese tipo, porque la condición de interesado puede ser asumida por cualquier persona, un tercero o un funcionario público.*

Celice Grace Araujo Flores,  
ABOGADA  
REG. CAL 48348

.....  
Sello



.....  
ARAUJO FLORES, Celice Grace

## INSTRUMENTOS DE GUÍAS DE PREGUNTAS DE ENTREVISTA

### GUÍA DE ENTREVISTA

**TÍTULO:** El Delito de Colusión y el Funcionario Público que actúa en condición de interesado, Lima 2017.

**Entrevistada:** Daniel Fausto BORJAS SAAVEDRA

**Cargo/Profesión/Grado académico:** ex Secretario Judicial 42° Juzgado Penal de Lima

**Institución:** Poder Judicial / Corte Superior de Lima

### OBJETIVO GENERAL

Demostrar qué condición debe cumplir un funcionario público para ser considerado como “interesado” en el delito de colusión, Lima, 2017.

1. ¿De qué forma, el funcionario público a través de su entidad puede participar en el mercado brindando y ofreciendo productos y servicios?

*En mi concepto, no existe tal posibilidad toda vez que los funcionarios públicos nos encontramos prohibidos de ejercer función distinta a la que el Estado nos otorga en base a la confiabilidad que se nos otorga.*

2. ¿Puede ser posible aplicar el delito de colusión cuando se trata de contratos celebrados entre dos entidades públicas?

*No es posible.*

3. ¿Cuándo el tipo penal de Colusión del Código Penal Peruano usa el término “Interesado” se debe considerar que alude solo a un tercero o externo a la administración pública?  
*Efectivamente, solo puede un tercero a la administración pública.*

### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

**Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017**

4. ¿Cuál es la posición de la teoría de infracción de deber frente a un interesado (en el delito de Colusión) que es parte de la administración pública?  
*No existe, porque se trata de un tercero que no es parte de la administración pública, por lo tanto no infringe ningún deber; el único que infringe el deber es el funcionario público que quebranta su deber de lealtad.*
5. Tomando en cuenta la categoría de extraneus que maneja la dogmática penal para los delitos de infracción de deber, ello significa que, en el delito de colusión ¿el interesado solo puede ser un tercero o externo a la administración pública?  
*Correcto, solo puede ser un tercero.*
6. ¿Si el funcionario o servidor público está obligado a actuar en forma parcializada cuidando los intereses de su entidad, debe de dejar de actuar de esa manera cuando contrata o negocia con un funcionario público de otra entidad?  
*No, para nada, su deber se mantiene, frente a cualquiera.*

**OBJETIVO ESPECÍFICO 2**

**Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.**

7. ¿De qué forma, el elemento objetivo “interesado” del Delito de Colusión puede recaer tanto en un funcionario público como en un tercero?  
*Eso sucede cuando existe la concertación (pacto de clandestinidad) y sólo puede recaer sobre un tercero.*

8. ¿De qué manera, el bien jurídico que protege el Delito de Colusión podría ser vulnerado o afectado cuando exista un acuerdo colusorio entre funcionarios públicos que celebran un convenio interinstitucional o contrato entre entidades públicas?

*Cuando se quebrante el principio de confiabilidad y lealtad pero siempre cuando una de las partes sea un tercero.*

9. ¿Es correcto que en el delito de colusión se extienda la sanción a quienes son funcionarios públicos pero actúan en la condición de interesados?

*El tercero no puede actuar en su condición de funcionario público.*

.....  
Sello

.....  
BORJAS SAAVEDRA, Daniel Fausto

## INSTRUMENTOS DE GUÍAS DE PREGUNTAS DE ENTREVISTA

### GUÍA DE ENTREVISTA

**TÍTULO:** El Delito de Colusión y el Funcionario Público que actúa en condición de interesado, Lima 2017.

**Entrevistada:** Martha Ingrid GONZALES REYES

**Cargo/Profesión/Grado académico:** Analista de Compliance / Abogada / Magister en Regulación de Servicios Públicos

**Institución:** Privada

### OBJETIVO GENERAL

Demostrar qué condición debe cumplir un funcionario público para ser considerado como "interesado" en el delito de colusión, Lima, 2017.

1. ¿De qué forma, el funcionario público a través de su entidad puede participar en el mercado brindando y ofreciendo productos y servicios?

*Lo debe hacer en ejercicio de sus funciones siempre que dicha actividad sea subsidiaria de acuerdo a la Constitución; es decir el Estado interviene en la economía ofreciendo productos y servicios que no son brindados por los privados; o en donde exista un interés público relevante; siempre que en ambos casos cuente con autorización de Ley expresa para participar en el mercado.*

2. ¿Puede ser posible aplicar el delito de colusión cuando se trata de contratos celebrados entre dos entidades públicas?

  
MARTHA INGRID GONZALES REYES  
ABOGADA  
C.A.L. N° 44460

No, el tipo penal requiere que exista un acuerdo para defraudar al Estado. Si tenemos en cuenta que el artículo 43° de la Constitución Política del Perú señala que el Estado es uno e indivisible; entonces no es posible que el Estado se defraude así mismo. Sin embargo, dicha conducta puede constituir otro tipo de ilícito de tipo administrativo, en tanto a actividad empresarial pública no pública estaría recibiendo el mismo tratamiento legal que la actividad empresarial privada (práctica anticompetitiva).

3. ¿Cuándo el tipo penal de Colusión del Código Penal Peruano usa el término “Interesado” se debe considerar que alude solo a un tercero o externo a la administración pública?

*Yo creo que el “interesado” debe ser necesariamente un tercero particular.*

#### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

**Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017**

4. ¿Cuál es la posición de la teoría de infracción de deber frente a un interesado (en el delito de Colusión) que es parte de la administración pública?

*Entiendo que dicha teoría no ha realizado ese análisis.*

5. Tomando en cuenta la categoría de extraneus que maneja la dogmática penal para los delitos de infracción de deber, ello significa que, en el delito de colusión ¿el interesado solo puede ser un tercero o externo a la administración pública?

*Desde la perspectiva de esa teoría, debería ser así. La interpretación del delito regulado en el Código Penal debe ser en conjunto con las demás normas del sistema jurídico. El bien jurídico protegido en el delito de Colusión es “asignación eficiente de los recursos públicos en operaciones contractuales del*

  
MARTHA INGRID LONZALES REYES  
ABOGADA  
C.A.L. N° 44460

*Estado”; cuando participan dos entidades públicas, la transferencia de recursos puede ser ineficiente, pero nunca se perjudica el patrimonio del Estado puesto que lo que deja de percibir una, lo recibe la otra.*

6. ¿Si el funcionario o servidor público está obligado a actuar en forma parcializada cuidando los intereses de su entidad, debe de dejar de actuar de esa manera cuando contrata o negocia con un funcionario público de otra entidad?

*El funcionario público, siempre debe actuar respetando los deberes inherentes a su función, sin importar de quien se trata o con quien contrata.*

#### OBJETIVO ESPECÍFICO 2

**Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.**

7. ¿De qué forma, el elemento objetivo “interesado” del Delito de Colusión puede recaer tanto en un funcionario público como en un tercero?

*No creo que sea posible. El caso más cercano sería el de un funcionario público que se desempeña en una Asociación Público-Privada que cuenta tanto con participación estatal como privada. Sin embargo, desde mi punto de vista, el delito del funcionario público sería primario, respecto de la entidad que representa.*

8. ¿De qué manera, el bien jurídico que protege el Delito de Colusión podría ser vulnerado o afectado cuando exista un acuerdo colusorio entre funcionarios públicos que celebran un convenio interinstitucional o contrato entre entidades públicas?

  
MARTHA INGRID GONZÁLES REYES  
ABOGADA  
C.A.L. N° 44460

*El bien jurídico no se ve afectado porque la re-asignación "ineficiente" va de una entidad pública a otra; que al final del día, constituyen el mismo patrimonio. La única forma es que el funcionario público obtenga un beneficio personal; y en ese caso, el tipo penal sería otro y estaría en función de la entidad a la que representa, no a la entidad que contrata de forma ineficiente.*

9. ¿Es correcto que en el delito de colusión se extienda la sanción a quienes son funcionarios públicos pero actúan en la condición de interesados?

*El delito puede ser imputado un funcionario público siempre que intervenga como interesado a título personal y privado.*

MARtha INGRID GONZALES REYES  
ABOGADA  
C.A.L. N° 44460



Sello

GONZALES REYES, Martha Ingrid

## INSTRUMENTOS DE GUÍAS DE PREGUNTAS DE ENTREVISTA

### GUÍA DE ENTREVISTA

**TÍTULO:** El Delito de Colusión y el Funcionario Público que actúa en condición de interesado, Lima 2017.

**Entrevistada:** Edwin Giraldo Machado

**Cargo/Profesión/Grado académico:** Abogado

**Institución:** Abogado independiente

### OBJETIVO GENERAL

**Demostrar qué condición debe cumplir un funcionario público para ser considerado como “interesado” en el delito de colusión, Lima, 2017.**

1. ¿De qué forma, el funcionario público a través de su entidad puede participar en el mercado brindando y ofreciendo productos y servicios?

*El funcionario público siempre actúa en representación del estado y por tanto puede participar en convenios, contratos y servicios con la otra parte contractual que es representado por un particular “privado”.*

### OBJETIVO ESPECÍFICO 1

**Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017**

4. ¿Cuál es la posición de la teoría de infracción de deber frente a un interesado (en el delito de Colusión) que es parte de la administración pública?

*Si el funcionario público en uso de su cargo concierne con el fin de defraudar al estado este funcionario está infringiendo su deber (es decir el hecho punible) dado que el estado le asigna un cargo público y por tanto está dentro de los cánones constitucionales del estado de derecho de la función administrativa.*

5. Tomando en cuenta la categoría de extraneus que maneja la dogmática penal para los delitos de infracción de deber, ello significa que, en el delito de colusión ¿el interesado solo puede ser un tercero o externo a la administración pública?

*Si, el "Extraneus" siempre se va calificar la actuación del "otro" quiere decir un externo de la función pública, un partícipe. Tal como lo señalan en algunas jurisprudencias y doctrinas que el extraneus siempre va responder por cualquier otro tipo injusto que realiza el autor.*

6. ¿Si el funcionario o servidor público está obligado a actuar en forma parcializada cuidando los intereses de su entidad, debe de dejar de actuar de esa manera cuando contrata o negocia con un funcionario público de otra entidad?

*No, el funcionario público de acuerdo a su cargo especial podrá contratar siempre en cuando cuide los intereses de su entidad que es del estado, es por eso que se le asigna un cargo especial.*

#### OBJETIVO ESPECÍFICO 2

**Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.**

7. ¿De qué forma, el elemento objetivo “interesado” del Delito de Colusión puede recaer tanto en un funcionario público como en un tercero?

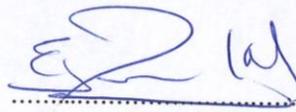
*Ambos actúan distintos, el primero porque es funcionario público “infringe deber”, segundo; el que actúa como un tercero no se le puede calificar como un delito especial por tanto que no tiene un deber.*

8. ¿De qué manera, el bien jurídico que protege el Delito de Colusión podría ser vulnerado o afectado cuando exista un acuerdo colusorio entre funcionarios públicos que celebran un convenio interinstitucional o contrato entre entidades públicas?

*No se puede defraudar el mismo Estado.*

9. ¿Es correcto que en el delito de colusión se extienda la sanción a quienes son funcionarios públicos, pero actúan en la condición de interesados?

*No, el funcionario público nunca dejará de serlo siempre tendrá una función especial. Por ende, puede contratar con un particular que no tiene deber simplemente concerta y es externo a la administración pública.*



Edwin Giraldo Machado  
ABOGADO  
Reg. CAL N° 99318

## Anexo 03 Análisis Doctrinario, Jurisprudencial Y Normativo

### TITULO

"El delito de Colusión y el funcionario público que actúa en condición de interesado, Lima, 2017".

### OBJETIVO JURIDICO GENERAL

Demostrar qué condición se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, Lima, 2017.

La configuración del delito de colusión en forma casi unánime se establece que la calidad de extraneus siempre recae sobre un particular (interesado).

Según Rojas, (p.82) define en su manual operativo el delito contra la administración pública:

Que los funcionarios públicos o servidores públicos que actúan en nombre del Estado deben hacerlo en representación del mismo y ser parte para proteger o promover sus intereses y lograr los óptimos beneficios resultantes de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros con la otra parte contractual representada por los particulares (que nuestra norma penal llama los "interesados").

ROJAS en otra de sus obras, agrega:

En el delito de colusión es importante que la concertación dolosa e ilegal se realice entre el funcionario público y el contratista. El contratista juega aquí un papel de importancia, ya que sin su presencia y aporte como cómplice doloso en el delito no se configura el delito de colusión desleal, no pudiendo configurarse este delito en el concierto de solo funcionarios y/o servidores públicos.

Safinas, 2016 (p.12y13) señala que:

El funcionario público es una persona natural que trabaja para el estado prestando sus servicios, teniendo una responsabilidad en su desempeño de su cargo con autoridad en gestión pública de la administración y determina, ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa.

Esto quiere decir que el servidor o empleado público siempre es subordinado por el funcionario público, dado que el funcionario público o sus superiores le asigna sus funciones a través de un manual de funciones que existe en toda dependencia del Estado y por tanto debe cumplirlo.

## OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 1

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017.

Según Salinas 2016 (p.320) también desarrollo la participación del extranjero, estableciendo que es un tercero, sin aclarar si cabe que ese tercero pueda ser un funcionario público que actúa en representación de una entidad o empresa estatal:

Evidentemente la concertación, implica mucho los pactos ilícitos del agente público con los intereses dadas que al concertar existen diferentes tipos de modalidades contractuales como a modo de ejemplo podemos decir que los precios pueden ser simulados o sobrevalados, o se deriva directamente de las operaciones ventajosas con la única finalidad de obtener intereses particulares o para otros fines. Lo dicho cuando se refiere la palabra "interesado", sin duda, se refiere a los particulares o personas jurídicas o naturales que negocian con el Estado. Por medio de ellas, el Estado adquiere bienes, servicios y realiza obras en beneficio de los administrados.

Y, agrega el mismo autor que:

Para que se configure el delito será necesario la realización de dos contratos, de sujetos distintos que puede ser tanto el funcionario público o el servidor público y como tercero los llamados "interesados" que pueden ser personas naturales o personas jurídicas que negocian con el Estado y que deben tener de contratar con el Estado (p.334)

## OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad público puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017

Según Salinas (2016 319 y 320) considera lo siguiente:

Que el funcionario público o servidor público actúa de manera defraudatoria cuando sucede una celebración o ejecución de un contrato con un particular, tratando de que las condiciones del contrato sean menos ventajosas para el estado. La determinación del menor desventajosa de las condiciones contractuales no puede hacerse desligada del concreto momento de la negociación, así como de la posición contractual del Estado.

1.-1

En consecuencia, no es cualquier concertación si en se tiene que verificar si una concertación lo único que busca es perjudicar y tener consecuencias económicas negativas, ya sea, por la gestión, porque se paga más por un producto de una deteriorada calidad o porque no paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo consultado entre las partes. Lo cuestionable es la conducta de cualquier funcionario público en el acuerdo contractual, fingir y doloso con el interesado para obtener un provecho en perjuicio del Estado.

Por supuesto que no puede considerarse una mala o pluma negociación, que puede realizarse en cualquier tipo de contrato, con las condiciones que deben existir para configurar el delito de Colusión.

Aun cuando en muchos casos, una deficiente negociación pueda traer consecuencias nocivas para una institución, esa deficiencia no necesariamente debe ser penada, pues para que se pueda establecer la existencia del delito de Colusión es necesario que las condiciones desventajosas provengan del actuar doloso de las personas que manejan la negociación contractual o la ejecución contractual.

Tampoco es necesario que el interesado (extraneus) ofrezca un beneficio patrimonial al funcionario de la entidad contratante, ni tampoco que el propio interesado tenga una finalidad económica. Los beneficios de los funcionarios públicos busquen u obtengan, cada cual, no tienen que ser ventajas económicas; pues en estricto, *“la colusión no es un delito propiamente patrimonial sino uno de infracción de deber que tiene directa relación con la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa”*.

## **INSTRUMENTOS DE ANÁLISIS DOCUMENTAL: NORMATIVO**

### **TITULO**

“El delito de Colusión y el funcionario público que actúa en condición de interesado, Lima, 2017”.

### **OBJETIVO JURIDICO GENERAL.**

Demstrar qué condición se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, Lima, 2017.

### **DELITO DE COLUSION.**

Según el artículo 384° del Código Penal peruano señala lo siguiente:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado conierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, inhabilitación, según corresponda, conforme los incisos 1,2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa”.

Según el artículo 60° de la Constitución Política del Perú “Pluralismo Económico:

La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

### OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 1

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017.

Según el Decreto Legislativo N° 1163 aprueba disposiciones para el fortalecimiento del Seguro Integral de Salud en su artículo 4° De Los Convenios y Contratos:

La transferencia de fondos o pago que efectúa el Seguro Integral de Salud (SIS) requiere la suscripción obligatoria de un convenio o contrato pudiendo tener una duración de hasta tres (3) años renovables. En los convenios y contratos suscritos con las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPRESS) públicas y privadas respectivamente, podrán establecerse diferentes modalidades y mecanismos de pago.

Adicionalmente, el Seguro Integral de Salud (SIS) podrá realizar convenios de Gestión directamente con asociaciones civiles sin fines de lucro que desarrollen acciones de cuidado en salud.

Los convenios y contratos con las IPRESS, así como con otras IAFAS, podrán sujeción al costo integral de prestación.

Decreto Supremo N° 006-2010-SA Aprueba el Reglamento de la Ley N° 29344 Ley Marco de Seguro Integral de Salud, en su artículo 4° señala lo siguiente:

"Que las afiliados tienen libertad de elección para escoger entre las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud (IAFAS) y que exista libertad de competencia entre las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPRESS) y las instituciones de salud pueden ser contratados con prestadores de salud que pueden ser públicos, privados o mixtos".

Decreto Supremo N° 030-2014-SA aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1163 y disposiciones para el fortalecimiento del Seguro Integral de Salud, el artículo 12° señala lo siguiente:

"Autoriza que los convenios que se suscriban con instituciones prestadoras de salud públicas (IPRESS) con administradores de fondos de salud públicos (IAFAS) sea para transferir fondos como para pagar las prestaciones de salud que reciben los asegurados."

### OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017

Según el artículo 26 del Código Penal, regula la circunstancia de participación:

"Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de otros autores o partícipes del mismo hecho punible"

Es decir, en la dogmática y en las jurisprudencias sostiene que no existe la posibilidad del coautor como autor de delito de infracción de deber y solo debe de ser sancionado el partícipe si comete un hecho antijurídico por parte del autor.

## INSTRUMENTOS DE ANÁLISIS DOCUMENTAL: JURISPRUDENCIAL

### TÍTULO

"El delito de Colusión y el funcionario público que actúa en condición de interesado, Lima, 2017".

### OBJETIVO JURIDICO GENERAL

Demstrar qué condición se debe cumplir para que un funcionario público sea considerado como interesado en el delito de colusión, Lima, 2017.

Según la Corte Suprema de Justicia de La República VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Perenes Permanente y Transitoria Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 se ha pronunciado lo siguiente: Si bien hace una extensiva alusión al extraneus, diferenciándolo siempre del autor, por el deber funcional que tiene éste, frente a la inexistencia del deber funcional en el otro.

11°. Nos señala que el tipo de delito restringe el círculo de actores, pero a la vez admite la participación del "extraneus", es decir la participación del extraneus en los delitos de funcionarios siempre va responder por cualquier tipo injusta que realice el autor que infringe el deber especial.

Finalmente, el acuerdo plenario concluye que la participación del extraneus no tendrá autonomía por más que en un primer momento realice la conducta punible siempre será dependiente al hecho principal.

12°. Se le llama partícipe los que forman parte del hecho "la acción del deber", es decir el hecho punible. El artículo 20° del Código Penal establece que la participación tiene como regla las circunstancias y cualidades que pueda afectar la responsabilidad de algún autor o partícipe más no se excluye la de otros autores del mismo hecho punible.

De tal manera que en la doctrina se sostiene que si imposible de esa posibilidad como autor de un delito de infracción de deber. Finalmente, este acuerdo plenario señala que el partícipe solo será sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

Según el Tribunal Constitucional Declaro fundada demanda de inconstitucionalidad en extremo referido a la modificación del artículo 384° del Código Penal a través de la Ley N° 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión "patrimonialmente"

EXP. N° 00017-2011-P9/TC  
LIMA  
FISCAL DE LA NACIÓN

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de mayo de 2012, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hasi, Vergara Goddi, Mesa Ramírez, Bustos Collings, Celso Hays y Elio Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

## I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación, don José Antonio Peláez Bardales, contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modifican el artículo 384 del Código Penal (delito de colusión) y el artículo 401 del Código Penal (delito de tráfico de influencias).

## FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

## HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del artículo 384° del Código Penal a través de la ley N° 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión "patrimonialmente".
2. En consecuencia, los jueces de la justicia ordinaria, de conformidad con lo precisado en el fundamento N° 37 de la presente sentencia, cuando se invoque la referida disposición no podrán considerar el término "patrimonialmente".
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA

URVIOLA HANI

VERGARA GOTELLI . . .

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

CALLE HAYEN

ETO CRUZ

797546-1

Es decir, esta sentencia en su fundamento jurídico 18 en la cual señala que: "(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública (...); asimismo, ABANTO VASQUEZ, afirma que "(...) en la "colusión" (art. 384 CP) la conducta colusoria (...) no va referida a todo el patrimonio de la administración pública sino solamente a aquel que está en juego en el proceso de contratación pública". Es lo que se denomina el contexto contractual.

## OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 1

Determinar cómo el funcionario público en condición de interesado incurre en una infracción de deber en el delito de colusión, 2017

La Cuarta Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R.N.N 2065-2008-Lima, del 05 de octubre del 2009 señala lo siguiente:

Cuarto. - Los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como "infracción de deber" es decir el sujeto (especial) adquiere deberes, aseguramiento y fomento del bien jurídico, por su parentesco con el bien jurídico específico, los que pueden manifestarse institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores contra la administración pública), por vinculaciones paternofiliales, de confianza o jurídicas, etc. Al quebrarse esta obligación automáticamente incurre en una infracción de deber.

Según la Corte Suprema de Justicia de La República VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 se ha pronunciado lo siguiente: Si bien hace una extensiva alusión al delito de infracción de deber, diferenciándolo siempre del autor que no puede ser cualquier persona sino aquel funcionario público o servidor público, entonces nuestra hipótesis es que ese interesado también puede ser un funcionario público.

9°. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor

del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

10°. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio -claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

## OBJETIVO JURÍDICO ESPECÍFICO 2

Considerar que el funcionario público que tiene la condición de interesado y que representa a una entidad pública puede ser denunciado por el delito de colusión, 2017.

Según la SALA PENAL TRANSITORIA. R.N. N° 3237-2010-JUNÍN en su foja 8 para que se configure el tipo señala lo siguiente:

Para lograr la optimización, configuración del delito de Colusión desleal, se requiere de la existencia de más de dos voluntades:

- (I) funcionario o servidores públicos; y (II) terceros interesados. Lo cierto es que la incorrecta adecuación típica que muchas veces se da por parte del titular de la acción penal, configurar la vulneración de los derechos de los procesados.

El delito de colusión, por tanto, es un delito que refleja una modalidad típica referenciada, en la medida que solo se castiga una exclusiva modalidad comisiva, como es la concertación del funcionario público con el interesado. Se trata de un delito de convergencia, que para su realización requiere la existencia de más de dos voluntades (...). De tal manera que cuando falta este requisito, se imponen la atipicidad de la conducta.

## Anexo 4 Validación de Instrumentos



### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

**I. DATOS GENERALES**

1.1. Apellidos y Nombres: Marez Rabanal Xaxio Gonzalo  
 1.2. Cargo e institución donde labora: docente Temático de la Universidad César Vallejo  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Cuja de Preguntas de Encuesta  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Roxo Ramirez Evelyn Stefani

**II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN**

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

**III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD**

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

**IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :**

95 %

Lima, 28 de junio del 2018

*[Firma]*  
 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 40511374 Telf. 985595522

### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

#### I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Trojillo Pajuelo Michael Lincoln  
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente Metodólogo  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Preguntas de Entrevistas  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Flores Ramirez Evelyn Stevani

#### II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

#### III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

#### IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %
------

Lima, ..... del 2018

  
FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 44953968 Telf.: 940295144

### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

#### I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Mavez Rabanal Xavio Gonzalo  
 1.2. Cargo e institución donde labora: docente Temático de la Universidad César Vallejo  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Preguntas de Endocuita  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Florencia Ramírez Evelyn Stefani

#### II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

#### III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

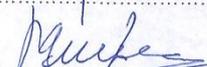
- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

#### IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %
------

Lima, 28 de mayo del 2018

  
 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 40512324 Telf. 985595522

**VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO**
**I. DATOS GENERALES**

1.1. Apellidos y Nombre: Castro Rodríguez Liliau Lealy  
 1.2. Cargo e institución donde labora: DT  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Instrumento de Guía de Embeusita  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Flore Romero Evelyn Stefan

**II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN**

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.													X
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.													X
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													X
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.													X
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.													X
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.													X
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.													X

**III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD**

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación


**IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :**

	%
--	---

Lima, ..... del 2018

*[Handwritten Signature]*

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

*Liliau Lealy Castro Rodríguez*

DNI N° *429778046* Telf: *980712526*

ABOGADA C.A. *33382*

### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

**I. DATOS GENERALES**

1.1. Apellidos y Nombres: LA TORRE GUERRERO ANGEL FERNANDO  
 1.2. Cargo e institución donde labora: COORDINADOR DE RESPONSABILIDAD SOCIAL  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: GUIA DE PREGUNTAS DE ENTREVISTAS  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: FLORES RIVERA EVELIN STEFANI

**II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN**

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												✓	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												✓	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												✓	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												✓	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												✓	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												✓	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												✓	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												✓	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												✓	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												✓	

**III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD**

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

**IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :**

95 %
------

 Lima, 28 De Junio del 2018

  
 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

 DNI No. 0966844 Telf.: 980758984

## VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

### I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Lilian Lesly Castro Rodríguez  
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docentes de la Universidad Cesar Vallejo  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Análisis de Entrevista  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Evelin Stefani Flores Ramírez

### II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												✓	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												✓	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.													✓
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												✓	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												✓	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												✓	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												✓	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos											✓		
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.													✓
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.													✓

### III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

### IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %
------

Lima 10 diciembre del 2018

*[Firma manuscrita]*

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No..... Telf:.....

*42977746 980712506*

## VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

### I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: La Torre Guerrero Ángel Fernando  
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docentes de la Universidad Cesar Vallejo  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Análisis de Entrevista  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Evelín Stefani Flores Ramírez

### II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												✓	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												✓	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												✓	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												✓	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												✓	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												✓	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												✓	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												✓	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												✓	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												✓	

### III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si

### IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima, 10 diciembre del 2018

*[Firma]*  
FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 9994899 Tel. 980 25 8944

### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

#### XVII. DATOS GENERALES

- 17.1. **Apellidos y Nombres:** La Torre Guerrero Ángel Fernando  
 17.2. **Cargo e institución donde labora:** Docentes de la Universidad Cesar Vallejo  
 17.3. **Nombre del instrumento motivo de evaluación:** Guía de Análisis Normativo  
 17.4. **Autor(A) de Instrumento:** Evelin Stefani Flores Ramírez

#### XVIII. ASPECTOS DE VALIDACIÓN:

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. PRESENTACIÓN	Responde a la formalidad de la investigación.												✓	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												✓	
3. ACTUALIDAD	Considera información actualizada, acorde a las necesidades reales de la investigación.												✓	
4. INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías.												✓	
5. COHERENCIA	Existe coherencia entre los objetivos y supuestos jurídicos.												✓	
6. METODOLOGÍA	La estrategia responde a una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												✓	
7. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												✓	

#### XIX. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
- El instrumento no cumple con los requisitos para su aplicación

Si

#### XX. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

95 %
------

Lima, 10 de 2018

*[Firma]*  
 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No... 09961844 Telf... 980258949

### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

#### I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Chavez Rabanal Mario Gonzalo  
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente Temático de la Universidad Cesar Vallejo  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Instrumentos de Análisis Documental  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Flore Ramuz Evelyn Stefani

#### II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.													✓
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.													✓
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.													✓
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.													✓
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													✓
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.													✓
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.													✓
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos													✓
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.													✓
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.													✓

#### III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

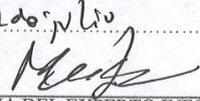
- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

#### IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

75 %

Lima, 20 de Julio del 2018

  
FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 481171 Telf. 97516522

**VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO**

**V. DATOS GENERALES**

5.1. Apellidos y Nombres: Lilian Lesly Castro Rodríguez

5.2. Cargo e institución donde labora: Docentes de la Universidad Cesar Vallejo

5.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Análisis Normativo

5.4. Autor(A) de Instrumento: Evelin Stefani Flores Ramírez

**VI. ASPECTOS DE VALIDACIÓN:**

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. PRESENTACIÓN	Responde a la formalidad de la investigación.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.													X
3. ACTUALIDAD	Considera información actualizada, acorde a las necesidades reales de la investigación.													X
4. INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías.													X
5. COHERENCIA	Existe coherencia entre los objetivos y supuestos jurídicos.													X
6. METODOLOGÍA	La estrategia responde a una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.													X
7. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

**VII. OPINIÓN DE APLICABILIDAD**

- El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
- El instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

**VIII. PROMEDIO DE VALORACIÓN:**

100 %
-------

Lima, 10 de 2018

*Evelin*

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No..... Telf:.....

*9977596 80712524*

### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

#### XIII. DATOS GENERALES

- 13.1. **Apellidos y Nombres:** La Torre Guerrero Ángel Fernando  
 13.2. **Cargo e institución donde labora:** Docentes de la Universidad Cesar Vallejo  
 13.3. **Nombre del instrumento motivo de evaluación:** Guía de Análisis Documental  
 13.4. **Autor(A) de Instrumento:** Evelin Stefani Flores Ramírez

#### XIV. ASPECTOS DE VALIDACIÓN:

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. PRESENTACIÓN	Responde a la formalidad de la investigación.												✓	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												✓	
3. ACTUALIDAD	Considera información actualizada, acorde a las necesidades reales de la investigación.												✓	
4. INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías.												✓	
5. COHERENCIA	Existe coherencia entre los objetivos y supuestos jurídicos.												✓	
6. METODOLOGÍA	La estrategia responde a una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												✓	
7. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												✓	

#### XV. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
- El instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si

#### XVI. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

93 %

Lima, 10 de 2018

  
 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 09961844      Telf.: 980758844

### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

#### XXI. DATOS GENERALES

- 21.1. **Apellidos y Nombres:** La Torre Guerrero Ángel Fernando
- 21.2. **Cargo e institución donde labora:** Docentes de la Universidad Cesar Vallejo
- 21.3. **Nombre del instrumento motivo de evaluación:** Guía de Análisis Jurisprudencial
- 21.4. **Autor(A) de Instrumento:** Evelin Stefani Flores Ramírez

#### XXII. ASPECTOS DE VALIDACIÓN:

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. PRESENTACIÓN	Responde a la formalidad de la investigación.												✓	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												✓	
3. ACTUALIDAD	Considera información actualizada, acorde a las necesidades reales de la investigación.												✓	
4. INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías.												✓	
5. COHERENCIA	Existe coherencia entre los objetivos y supuestos jurídicos.												✓	
6. METODOLOGÍA	La estrategia responde a una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												✓	
7. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												✓	

#### XXIII. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
- El instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si
No

#### XXIV. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

95 %

Lima, 10 de 2018



### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

**IX. DATOS GENERALES**
**9.1. Apellidos y Nombres:** Lilian Lesly Castro Rodríguez

**9.2. Cargo e institución donde labora:** Docentes de la Universidad Cesar Vallejo

**9.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación:** Guía de Análisis Jurisprudencial

**9.4. Autor(A) de Instrumento:** Evelin Stefani Flores Ramírez

**X. ASPECTOS DE VALIDACIÓN:**

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. PRESENTACIÓN	Responde a la formalidad de la investigación.													✓
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.													✓
3. ACTUALIDAD	Considera información actualizada, acorde a las necesidades reales de la investigación.												✓	
4. INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías.												✓	
5. COHERENCIA	Existe coherencia entre los objetivos y supuestos jurídicos.												✓	
6. METODOLOGÍA	La estrategia responde a una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												✓	
7. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												✓	

**XI. OPINIÓN DE APLICABILIDAD**

- El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
- El instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

**XII. PROMEDIO DE VALORACIÓN:**

100 %
-------

Lima, 10 de 2018

Diciembre.

**FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE**

DNI No..... Telf.:.....

2/2077746 980712526

### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

**I. DATOS GENERALES**

- 1.1. **Apellidos y Nombres:** Lilian Lesly Castro Rodríguez  
 1.2. **Cargo e institución donde labora:** Docentes de la Universidad Cesar Vallejo  
 1.3. **Nombre del instrumento motivo de evaluación:** Guía de Análisis Doctrinal  
 1.4. **Autor(A) de Instrumento:** Evelin Stefani Flores Ramírez

**II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN:**

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. PRESENTACIÓN	Responde a la formalidad de la investigación.													X
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.													X
3. ACTUALIDAD	Considera información actualizada, acorde a las necesidades reales de la investigación.											X		
4. INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías.											X		
5. COHERENCIA	Existe coherencia entre los objetivos y supuestos jurídicos.												X	
6. METODOLOGÍA	La estrategia responde a una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												X	
7. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

**III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD**

- El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
- El instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

**IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN:**

100 %
-------

Lima, 10 de 2018

*Dionisa*

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No..... Telf:.....