



UDH
UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
Escuela de Post Grado

Doctorado en Derecho

TESIS

EL DELITO DE COLUSIÓN Y SU EXTENSIÓN A
SUBCONTRATISTAS DE SUMINISTROS AJENOS A LA
LICITACIÓN Y CONTRATO CON EL ESTADO, 2016 – 2017.

Optar el Grado Académico de:
DOCTOR EN DERECHO

AUTOR

Mtro. GARAY MERCADO, Martin Pedro

ASESOR

Dr. VILLARREAL BALBIN, Vladymir

Huánuco - Perú
2018



UDH
UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
<http://www.udh.edu.pe>

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
UNIDAD DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE
DERECHO Y CC.PP.


ACTA DE SUSTENTACIÓN DEL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

En la ciudad de Huánuco, Auditorio de la Universidad de Huánuco, a los veintidós días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, siendo las 17.00 horas, los Jurados, docentes en la Universidad de Huánuco, Dr. Uladislao ZEVALLOS ACOSTA, Presidente, Dr. Millen CARBAJAL VERAMENDI, Secretario, y Dra. Roció del Pilar CARRILLO ARTEAGA, Vocal, respectivamente; nombrados mediante Resolución N° 718-2018-D-EPG-UDH, de fecha dieciocho de diciembre del año dos mil dieciocho y el aspirante al Grado Académico de Doctor, **Mg. Martin Pedro GARAY MERCADO**.

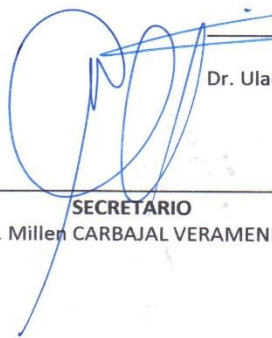
Luego de la instalación y verificación de los documentos correspondientes, el Presidente del jurado invitó al graduando a proceder la exposición y defensa de su tesis intitulada. "**EL DELITO DE COLUSIÓN Y SU EXTENSIÓN A SUBCONTRATISTAS DE SUMINISTROS AJENOS A LA LICITACIÓN Y CONTRATO CON EL ESTADO, 2016 - 2017**", para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, luego el Presidente del jurado comunicó el resultado, habiendo obtenido la nota **cuantitativa** de Buena con la calificación **cuantitativa** de (en letras) Dieciséis; al mismo tiempo recomendó a la Escuela de Post Grado, se le otorgue el grado académico de Doctor en Derecho, al graduando **Mg. Martin Pedro GARAY MERCADO**.

Se suscribe la presente Acta en tres originales y siendo las 19.00 horas, se da por concluido el acto académico de sustentación.



PRESIDENTE
Dr. Uladislao ZEVALLOS ACOSTA



SECRETARIO
Dr. Millen CARBAJAL VERAMENDI



VOCAL
Dra. Roció del Pilar CARRILLO ARTEAGA

DEDICATORIA

A mi padre Pedro Jacob Garay Figueroa y mi madre Cleri Consuelo Mercado Deza de Garay (+), por su apoyo material y espiritual.

A mi amada esposa Nancy Rosario, mis adorados hijos Pedro Fernando y Stephany Rosario, y mis queridos hermanos, fuentes de inspiración de nuestros esfuerzos, por estar a mi lado en aquellos momentos difíciles y hermosos de mí vida.

AGRADECIMIENTO

Manifiesto en primer lugar mi eterna gratitud al señor abogado y catedrático, Dr. Vladymir Villarreal Balbín, modelo de académico e investigador, por su crítico y constructivo acompañamiento de ésta tesis doctoral.

Del mismo, al equipo de académicos de la Facultad de Derecho por sus amables observaciones al mismo. Por último, a todas las personas que han hecho posible la presente investigación.

RECONOCIMIENTO

Mi reconocimiento al señor Rector Dr. **José Antonio Beraun Barrantes**, quien, con su labor destacada, viene forjando grandes profesionales en la Región de Huánuco.

ÍNDICE

	Pág
DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RECONOCIMIENTO	IV
INDICE	V-XI
RESUMEN	XII
SUMMARY	XIII
RESUMO	XIV
INTRODUCCIÓN	XV-XVI

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1	Descripción del problema	17
1.2	Formulación del problema	21
1.2.1	Pregunta principal	21
1.2.2	Preguntas específicas	21
1.3	Objetivo general	22
1.4	Objetivos específicos	22
1.5	Trascendencia de la investigación / Justificación	22
1.5.1	Justificación teórica	22
1.5.2	Justificación técnica	23
1.5.3	Justificación académica	23

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1	Antecedentes de la investigación	25
2.2	Bases teóricas	29
2.2.1	La administración pública	29
2.2.2	La corrupción	29
2.2.3	La colusión	30
2.2.3.1	Antecedentes	30
2.2.3.2	Norma vigente	30
2.2.3.3	Concertación del funcionario público con interesados	31
2.2.3.4	Bien jurídico	31
2.2.3.5	Teoría del delito	32
2.2.3.5.1	Tipicidad objetiva	32
2.2.3.5.2	Tipicidad subjetiva	33
2.2.3.5.3	Antijuridicidad	34
2.2.3.5.4	Consumación	34
2.2.3.5.5	Tentativa	34
2.2.3.5.6	Penalidad	34
2.2.4	El funcionario y servidor	34
2.2.5	La concertación	35
2.2.6	La defraudación	35

2.2.7	El perjuicio económico	35
2.2.8	El contratista	35
2.2.9	El subcontratista	36
2.2.10	Análisis de resolución judicial n° 25	36
2.2.11	Análisis de resolución judicial n° 31	38
2.3.	Bases filosóficas	39
2.3.1	Ontología de administración pública	39
2.3.2	El bien jurídico en la administración pública	39
2.3.3	El positivismo	40
2.3.3.1	El positivismo metodológico o como enfoque	40
2.3.3.2	El positivismo teórico	40
2.3.3.3	El positivismo ideológico	41
2.3.4	El convencionalismo	41
2.3.5	El pragmatismo	41
2.3.6	La ética	42
2.3.7	La dimensión social	42
2.3.8	El bien jurídico como límite punible del Estado	43
2.3.9	El patrimonio público como bien jurídico específico	43
2.3.10	La diversidad del bien jurídico	43
2.3.11	El bien jurídico en la jurisprudencia peruana	44
2.4	Definiciones conceptuales	44
2.4.1	Contratos	44

2.4.2	Suministros	44
2.4.3	Licitaciones	44
2.4.4	Ajustes	45
2.4.5	Interesados	45
2.5	Sistema de hipótesis	45
2.6	Operacionalización de variables	46

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1	Tipo de investigación	47
3.1.1	Enfoque	47
3.1.2	Alcance o nivel	47
3.1.3	Diseño	47
3.2	Población y muestra	48
3.2.1	Población	48
3.2.2	Muestra	48
3.3	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	48
3.3.1	Técnicas	48
3.3.2	Instrumentos	49
3.4	Técnicas para el procesamiento y análisis de la información	50
3.4.1	Interpretación de datos y resultados	50
3.4.2	Análisis y datos, prueba de hipótesis	50

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1	Relatos y descripción de la realidad observada	51
4.1.1	Encuesta aplicada a abogados penalistas	51
4.1.2	Encuesta aplicada a magistrados	52
4.2	Entrevistas, estadígrafos y estudios de casos	53
4.2.1	Procesamiento de los datos obtenidos de las encuestas	53
	Cuadro n° 01	53
	Cuadro n° 02	55
	Cuadro n° 03	57
	Cuadro n° 04	59
	Cuadro n° 05	61
	Cuadro n° 06	63
	Cuadro n° 07	65
	Cuadro n° 08	67
	Cuadro n° 09	69
	Cuadro n° 10	71
4.2.2	Procesamiento de los datos obtenidos de las entrevistas	73
	Cuadro n° 11	73
	Cuadro n° 12	75
	Cuadro n° 13	77
	Cuadro n° 14	79
	Cuadro n° 15	81

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1	En que consiste la solución del problema	83
5.2	Sustentación consistente y coherente de su propuesta	83
5.3	Propuesta de nuevas hipótesis	84
5.4	Aportes científicos	84
	Propuesta legislativa.	86

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

	Conclusiones	89
	Recomendaciones	90

CAPÍTULO VII

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

	Libros	91
	Revistas y periódicos de carácter académico	93
	Diccionarios especializados	94
	Consulta de internet	94
	Jurisprudencia	94

ANEXOS

	Cuestionario de Encuesta	
	Entrevista a magistrados	
	Matriz de consistencia	

. Resolución n° 25 - Loreto

Resolución n° 31 - Loreto

RESUMEN

Las proposiciones formuladas, han sido evaluadas por una muestra representativa de abogados en actividad y magistrados especializados, cuyos resultados empíricos a la hipótesis planteada: *es posible que pueda darse el delito de colusión entre el subcontratista ajeno al contrato, entre el Estado y el contratista, y/o se adicione como extensión del tipo para los subcontratistas en el delito de colusión*. De lo recabado no ocurre así, esto significa que inadecuado imputar un hecho al subcontratista ajeno al contrato primigenio. De la ficha de evaluación, mejor sería incorporar un segundo párrafo en el artículo 392° del Código Penal como extensión de punibilidad, y así evitar costo y logística al Estado, y que los abogados defensores sigan interponiendo medios de defensa en ese tenor.

La principal metodología fueron la observación sistemática de hechos ocurridos en juzgados de investigación preparatoria, salas de apelaciones y fiscalías especializadas anticorrupción, tomadas del cuestionario y entrevistas a los abogados penalistas y magistrados, corroboradas por la muestra estudiada. Al contradecir la hipótesis alternativa, queda aceptada las hipótesis principales, así como auxiliares en toda su extensión, así lo visualizamos en el cuadro general N° 01 y ss del acápite 4.3 de esta tesis.

Palabras claves: *Contrato, suministros, licitaciones, ajustes, interesados.*

ABSTRACT

The proposals formulated have been evaluated by a representative sample of active lawyers and specialized magistrates, whose empirical results to the hypothesis stated: it is possible that the crime of collusion could occur between the subcontractor outside the contract, between the State and the contractor, and / or is added as an extension of the type for subcontractors in the crime of collusion. What is collected does not happen this way, this means that it is inappropriate to impute a fact to the subcontractor outside the original contract. From the assessment sheet, it would be better to incorporate a second paragraph in Article 392 of the Criminal Code as an extension of punishability, and thus avoid cost and logistics to the State, and that defense lawyers continue to interpose defense means in that regard.

The main methodology were the systematic observation of events in preparatory investigation courts, appeals chambers and specialized anticorruption prosecutors, taken from the questionnaire and interviews with criminal lawyers and magistrates, corroborated by the sample studied. When contradicting the alternative hypothesis, the main hypotheses are accepted, as well as auxiliary hypotheses in all their extension, so we visualize it in the general picture No. 01 and ss of section 4.3 of this report.

Keywords: *Contract, supplies, tenders, settings, interested.*

RESUMO

As propostas formuladas foram avaliadas por uma amostra representativa de advogados ativos e magistrados especializados, cujos resultados empíricos para a hipótese afirmou: é possível que o crime de conluio poderia ocorrer entre o subcontratado fora do contrato, entre o Estado e o contratante, e / ou é adicionado como uma extensão do tipo para subcontratados no crime de conluio. O que é coletado não acontece dessa maneira, isso significa que é inapropriado atribuir um fato ao subcontratado fora do contrato original. A partir da ficha de avaliação, seria melhor incorporar um segundo parágrafo no artigo 392 do Código Penal como uma extensão da punibilidade, e assim evitar custos e logística para o Estado, e que os advogados de defesa continuem a interpor meios de defesa a esse respeito.

A metodologia principal foi a observação sistemática de eventos nos tribunais de investigação preparatórios, câmaras de apelação e promotores especializados em anticorrupção, extraídos do questionário e entrevistas com advogados e magistrados, corroborados pela amostra estudada. Ao contrariar a hipótese alternativa, aceitam-se as principais hipóteses, bem como as hipóteses auxiliares em toda a sua extensão, visualizando-a no quadro geral nº 01 e ss da seção 4.3 deste relatório.

Palavras-chave: *Contrato, suprimentos, propostas, configurações, interessados.*

PRESENTACIÓN

En un Estado Democrático y Social de Derecho se defienden los derechos más valiosos del ser humano. Siendo así, el derecho penal como última ratio reacciona restringiendo dichos derechos mediante los llamados por ley, es decir; mediante una organizada institucionalidad pública.

Siendo así, toda resolución dada por autoridad judicial tiene que argumentada con contenido constitucional. El cual no sólo constituye una exigencia jurídica, sino al igual, ético y social; toda vez que, “la falta de la pretensión de corrección de una decisión no solo es válida, sino defectuosa moralmente”¹.

Por ello, la elección del tema se ha realizado en referencia a los recursos impugnatorios de apelación de autos en el Distrito Judicial de Loreto, de continuas reflexiones y de experiencias profesionales vividas en mi labor como Fiscal Adjunto Superior Especializado Anticorrupción (T), medios incoados por los abogados de la defensa técnica y/o de oficio, interpongan medios de defensa –improcedencia de acción- a doquier, medios entendidos como racional, lógica y deductiva propios de los sistemas jurídicos donde priman las teorías normativas, donde el Juzgador está obligado no sólo a fallar conforme a ciertas normas pre-existentes y conocidas por las partes; sino a completar formulas sacramentales que en muchas ocasiones burocratizan el accionar de la justicia bajo el manto encubridor de una acción racional, única, completa y ciertamente compleja, cuya respuesta depende de distintos factores que son valoradas según la mirada particular de cada juez, por ello la necesidad de tener un sistema penal de justicia, que podría ser el propuesto por el investigador, habiendo planteado como problema. *¿Es posible que se pueda entender en el tipo penal de Colusión a particulares o subcontratistas de suministros*

¹ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. p. 209.

ajenos a la licitación y contrato con el Estado?. Dicho así, se propuso como meta establecer, que se incorpore un segundo párrafo en el artículo 392° como extensión del tipo del artículo 384° del delito de colusión, a los particulares que no suscriben contrato directo con funcionarios y/o servidores públicos, sino con el contratista.

El presente estudio se realizó conforme al siguiente esquema: **Capítulo I**, planteamiento de investigación, describe y plantea la problemática, los objetivos, su trascendencia y su justificación. **Capítulo II**, marco teórico, desarrolla los antecedentes, bases teóricas y filosóficas, definiciones conceptuales, colusión simple y agravada, concertación y defraudación, bien jurídico, sistema de hipótesis y operacionalización de las variables. **Capítulo III**, marco metodológico, desarrolla la metodología, tipo de investigación, diseño, población, muestra, instrumentos, técnicas, y análisis e información utilizados. **Capítulo IV** presenta los resultados, mediante los relatos y realidad observada, conjunto de argumentos organizados y entrevistas. **Capítulo V**, desarrolla los resultados, debidamente sustentados en forma consistente y coherente de la propuesta, y el aporte científico. **Capítulo VI**, expone las conclusiones, sugerencias, y alcanza una propuesta legislativa incorporatoria de la institución jurídica bajo análisis; también se detalla la bibliográfica de consulta.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:

El problema consiste que, en el delito de colusión, el acuerdo entre el intraneus frente al contratista, también se comprenda al subcontratista quien no pacta con el Estado, por lo que se deberá incorporar en el artículo 392° del Código Penal, un segundo párrafo como extensión de punibilidad.

Siendo así, podemos describir el problema planteado:

- Comprender a los subcontratistas de suministros ajenos al contrato con el Estado, como **extensión del tipo** artículo 392° del Código Penal (segundo párrafo), teniendo como base el artículo 384°, que permitirá imputar penalmente como extraneus (cómplice) al subcontratista.
- Falta de criterio argumentativo de los administrativos del derecho sobre el comportamiento típico del subcontratista.
- El fraude, se da antes en el momento y después de la obra.

Interesados, vale preguntarse: ¿Quiénes son? Son personas particulares que participan en las licitaciones públicas o privadas, y suministros²; asimismo, pueden ser las empresas nacionales o internacionales que postulan a las convocatorias públicas de licitación para realizar obras de interés nacional, regional, municipal y/o adjudicaciones directas de bienes diversos.

Cuando se señala a los interesados, se alude al contratista en forma lato, en razón que suscriben contrato con los **funcionarios públicos**, más no a particulares ajenos, es decir; los subcontratistas, literalmente en forma objetiva no menciona un acuerdo entre el **funcionario** y el **subcontratista**,

² BERNAL PINZÓN; J.; *Delitos contra la administración pública*, cit., pág. 138.

porque este último contrata con el contratista, y no con funcionario; estando que los abogados con desconocimiento al interponer medios de defensa, interpretan que el término interesados, refiere sólo al contratista y no al subcontratista, conllevando con ello gastos en logística y costos.

No existe norma alguna que señale al subcontratista, si bien haciéndose una interpretación sistemática, el término concertación del funcionario e interesado, es un término *numerus apertus*, es decir; la norma señala el concierto y el fraude entre funcionario e interesados, abarca tanto al contratista y subcontratista. Tan sólo existe doctrina en forma singular que hace mención al subcontratista, es decir; quienes participan en licitaciones públicas o privadas para contratar, “...los que han de ser el contratista o subcontratista, de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado³...” Si bien refieren el término “interesados” en el delito de colusión, valga la redundancia, son los contratistas, es decir; aquel proveedor **contratista** frente al **funcionario** público quien, concertándose y defraudando, perjudican al Estado, siendo acreedores de imputación penal.

Siendo así, de la mala praxis e interpretación errónea por los abogados y magistrados. Se comprenda directamente al subcontratista como extensión del tipo, de lo que se deberá incorporar otro párrafo en el artículo 392° del Código Penal.

En tal virtud, en mi labor funcional, veo a menudo que los abogados defensores vía apelación de autos que por derecho les corresponde, interponen escritos de improcedencia de la acción. Muy a pesar que los magistrados analizan el término “interesados” como *numerus apertus*, estando que por más que el subcontratista no concerta con un funcionario público, son investigados y acusados. Estando que el proveedor **contratista** -extraneus- conforme al numeral tercero del artículo 425° Código Penal son considerados servidores públicos, y al subcontratar con terceros particulares al igual están inmersos como servidores públicos.

³ PEÑA CABRERA FREYRE, A.; *Derecho penal parte general*, pág. 323.

Siendo así y existiendo una norma extensiva de punibilidad, alcanzaría al igual al subcontratista y de estos con otros subcontratistas. En reiteradas oportunidades para sacar la vuelta al erario estatal, proveedores -contratistas- de modus operandi y evitar ser investigados, por más que contraten con particulares ajenos perjudicando al Estado, no solo estarían inmersos en hechos delictivos, sino al igual los subcontratistas.

A su vez, el artículo 35° Ley N° 30225 Contrataciones del Estado, describe: *el contratista subcontrata **previa autorización de la Entidad***. Sin embargo; los contratistas subcontratan con terceros ajenos, sin autorización alguna.

El Código Penal de 1991, vigente a la fecha, establece que el delito de Colusión se encuentra previsto en el artículo 384°, cuya última modificación fue por Ley N° 29758 que establece:

*“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”.*

Siendo así, el Código Penal de 1991, vigente a la fecha: Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal, los delitos contra la

Administración Pública, (**incorporar un segundo párrafo en el artículo 392°**) debiendo decir:

Artículo 392°. Extensión del tipo:

Están sujetos a lo prescrito en el artículo 384°, los que subcontratan directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concertándose con él contratista y defraudando patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado⁴.

En ese sentido, en un acto colusorio, no se requiere que se infrinja una norma, entendido en sentido amplio para englobar al reglamento, manual de funciones, directivas, a las recomendaciones de organismos de decisión o de supervisión, entre otros que tengan idoneidad para establecer pautas de decisión. Basta que incurra en una inconducta deberes funcionariales y que ocasione un riesgo prohibido que tenga idoneidad para defraudar el erario público, es decir; que se suma conscientemente un riesgo contrapuesto con los intereses utilizando soluciones de naturaleza y contenido distinto a los admitidos o aplicando un razonamiento cuyo alcance propio y específico resulta perjudicial para la institución⁵.

El presente proyecto pretende demostrar que sí es posible la concertación y el fraude patrimonial-, en donde, así como se da entre el Estado y el contratista, al igual alcance a los subcontratistas. Para lo cual, se deberá adicionar como **extensión de punibilidad**, que permita imputar objetiva y directa, responsabilidad penal como cómplice a los proveedores subcontratistas.

⁴ Párrafo a adicionarse en la Ley N° 28165, publicada el 10 de enero de 2004.

⁵ CACERES JULCA, Roberto. "El delito de colusión. Aspectos sustantivos y probatorios". Gaceta jurídica S.A., pág. 209.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Nuestro estudio se enuncia en los siguientes términos: **“El delito de colusión y su extensión a subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado 2016-2017”**.

Conceptualmente este problema significa incluir en el delito de colusión a los contratistas, que también alcanza como es evidente, al subcontratista y de estos sucesivamente por extensión, tipo base artículo 384° del Código Penal. En consecuencia, los fiscales anticorrupción y jueces penales garantes respectivamente, al aperturar diligencias preliminares, formalizar y continuar con la investigación preparatoria, acusar, así como decidir sobre un caso, respectivamente; deberán analizar y argumentar que sí es posible que al subcontratista se le investigue como extensión del tipo. Siendo necesario y debido al vacío normativo, planteo la siguiente pregunta:

1.2.1 Pregunta principal:

¿Es posible que se pueda entender en el tipo penal de colusión a particulares o subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado?

1.2.2 Preguntas específicas:

- 1) ¿Se afecta al principio de legalidad si se comprende en el delito de Colusión, a un subcontratista que fue ajeno al contrato entre el Estado y el contratista?
- 2) ¿Se afecta el principio de culpabilidad si se comprende en el delito de Colusión a un subcontratista que fue ajeno al contrato entre el Estado y el contratista?
- 3) ¿Es posible la incorporación al subcontratista de suministro ajeno a la licitación y contrato con el Estado, en el tipo penal de extensión

de punibilidad artículo 392° del Código Penal, teniendo como tipo base el artículo 384°?

1.3 OBJETIVOS GENERAL

Explicar si es posible que se pueda entender en el tipo penal de colusión a particulares o subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado.

1.4 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- 1) Explicar** si se afecta el principio de legalidad, si se comprende en el delito de colusión a un subcontratista que fue ajeno al contrato entre el Estado y el contratista.
- 2) Explicar** si se afecta el principio de culpabilidad si se comprende en el delito de colusión a un subcontratista que fue ajeno al contrato entre el Estado y el contratista.
- 3) Analizar** si es posible la incorporación al subcontratista de suministro ajeno a la licitación y contrato con el Estado, en el tipo penal de extensión de punibilidad artículo 392° del Código Penal, teniendo como tipo base el artículo 384°.

1.5 TRASCENDENCIA DE LA INVESTIGACIÓN

Se justifica, de conformidad a los puntos líneas consecuentes que fueron de sustento inicial:

1.5.1. Justificación teórica:

El término "interesados" están referidos a los proveedores contratistas y subcontratistas, sin embargo; en muchos distritos fiscales, los representantes del Ministerio Público incorporan como parte investigada (extraneus) tanto a contratistas y subcontratistas, asimismo, la doctrina

coincide sobre el particular. Para lo cual y una mejor efectividad de los abogados y magistrados, se debería incorporar como extensión que abarque al subcontratista. Ya que el tema a investigar permite analizar en profundidad la institución jurídica de la colusión frente al particular subcontratista quien no contrata directamente, lo que conlleva concretamente a formular la siguiente pregunta: ¿Es posible la incorporación al subcontratista de suministro ajeno a la licitación y contrato con el Estado, en el tipo penal de extensión de punibilidad en el Código Penal peruano, teniendo como tipo base el artículo 384°?.

El presente trabajo constituye un aporte a la doctrina penal, como extensión del tipo, respecto al subcontratista ajeno. Se adoptó elementos básicos que permitieron tomar decisiones para solucionar el problema del subcontratista como parte interesada, trayendo consigo relevancia teórica para futuras investigaciones.

1.5.2. Justificación técnica:

La teoría técnica está conformada por los siguientes temas: El contrato, suministro, licitación, operación semejante, interesados.

La tesis se justifica por cuanto tiene incidencia diaria, es decir; los abogados de la defensa libre, a menudo interponen medios de defensa - improcedencia de acción-, a favor de sus patrocinados subcontratistas.

1.5.3. Justificación académica:

El tema es teóricamente relevante, debemos de resaltar que traemos al debate la situación del subcontratista en el delito de colusión, quien, no contrata o acuerda directamente con el Estado en los convenios, licitaciones, suministros, adendas, entre otros; estando que, por celebrar contratos con el contratista, por interés personal, estarían inmersos.

Esta investigación coadyuvará para mejor aplicación; es decir será de gran valor fundamental para la sociedad huanuqueña y del Perú, por sus implicancias prácticas, contribuyendo que jueces y fiscales al participar

de audiencias de improcedencia de acción y/o juicio oral, tengan presente que los subcontratistas sean incorporados como extraneus.

Terminada la investigación, se logrará generalizar los resultados en principios y en un proyecto de ley, en beneficio del usuario litigante, teniendo en consideración que la presente se acciona en la inclusión del subcontratista como participe en el delito de colusión, debiendo incorporándose como extensión de punibilidad.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

La corrupción en el Perú surge en la colonia, es decir; con la invasión y conquista española (1532), donde la clase política gobernante era corrupta. En la actualidad, si bien la justicia se ha vuelto implacable con funcionarios y servidores cumpliendo a cabalidad su función como tal, al igual; la corrupción sigue impregnada en muchos sectores, fenómeno social latente en todo lugar donde conviven seres humanos, premunido de ventajas ilegales, en perjuicio del Estado.

Cecilia Blondet, citado por Rafael Quiroz (2013) señala a la corrupción: *como el mal uso del poder político burocrático por camarillas de funcionarios coludidos con terceros, en la obtención de ventajas económicas o políticas*. Es decir, la corrupción está impregnada en todo sector premunido de poder y la política, beneficiando a ciertas personas o grupos.

El delito de Colusión fue modificado por Ley N° 29758 del 21JUL2011, disgregando una colusión simple y una colusión agravada.

En una contratación pública de un lado está el Estado y del otro, el proveedor; la norma adjetiva respecto al delito de colusión señala el término *“interesados”*, sin embargo; no especifica a aquellos proveedores que acuerdan con el contratista, es decir, el subcontratista. En tal sentido, la forma de cómo se da esa interacción debe ser regulada y especificada, porque si se deja librados actos jurídicos entre contratista y subcontratista y

estos últimos a otro subcontratista, inevitablemente entrarían en connivencia perjudicando efectos y caudales del Estado.

Hoy, tenemos a los cuatro expresidentes ante la justicia, existe interés sobre la importancia de la rendición de cuentas y transparencia, función asignada en la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción. Existe más control en las instituciones, los medios de comunicación y sociedad civil que denuncian. La informática social es un gran activo para la denuncia y, con enorme esfuerzo, somos un país más moderno y democrático⁶.

Siendo la investigación un estudio descriptivo explicativo, no sólo pretende ser un estudio únicamente doctrinario sino también factual (jurisprudencia basado en los hechos) del problema existente, en relación a la determinación del particular ajeno como subcontratista al contrato primigenio originado entre el funcionario y el contratista; por lo que antes se recurrió a las principales bibliotecas y hemerotecas del país, así como informaciones de Internet., llegándose a determinar lo siguiente:

Antecedentes a nivel nacional:

Hugo Minaya Chirinos. Juliaca - Perú. (2015) realizó la tesis Doctoral titulada ***“Fundamentos para la aplicación de la prescripción especial al extraneus en delitos de colusión como medida para combatir las organizaciones ilícitas para delinquir en el Perú”***⁷. Llegando a las conclusiones:

- a) La colusión importa un injusto material, tendiente a defraudar las arcas del Estado. El comportamiento colusorio del funcionario (encargado de conducir la Licitación Pública) y el interesado (licitador), quiere decir, que estamos ante una conducta plurisubjetiva, donde el injusto material se basa en forma conjunta.

⁶ BLONDET MONTERO, Cecilia. *“Reseña del libro historia de la corrupción en el Perú de Alfonso Quiroz”*. Revista comentarios, pág. 5.

⁷ MINAYA CHIRINOS, Hugo. Tesis Doctoral. *“Fundamentos para la aplicación de la prescripción especial al extraneus en delitos de colusión desleal como medida para combatir las organizaciones ilícitas para delinquir en el Perú”*. Perú 2015.

- b) Cuando se hace alusión a una “concertación” anclamos en un concepto privativo de la co-delincuencia, cuando personas pactan realizar un acto antijurídico, dirigido a lesionar un bien jurídico.
- c) El injusto de colusión, parte, por tanto, del pacto doloso entre el funcionario y los interesados, mediante maniobras fraudulentas, trayendo como resultado un estado perjudicial para el erario estatal.

José Luis Mandujano Rubín. Huánuco - Perú. (2017) realizó la tesis titulada “**Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión**”⁸. Concluye:

- a) Se demostró que existe deficiencias estructurales en el artículo 384° del C.P., desde su denominación colusión simple y agravada, por su inconsistencia, en razón que la colusión sea merecedora de una sanción penal, requiere que se dé el acuerdo o concertación para defraudar o intentar defraudar, en perjuicio del patrimonio estatal, y ello, consecutivamente beneficiar de manera fraudulenta al proveedor o privado privilegiado, es decir, generar como consecuencia competencia ilegal o desleal.
- b) Otra deficiencia estructural no se uniformiza la identificación del bien jurídico, en razón de que el tipo penal vigente alberga dos tipos penales distintos, cuando lo sugerente es construir en relación al bien jurídico; siendo que el bien jurídico devendría en la protección la libre competencia de las compras públicas y la correcta contratación.
- c) El tipo penal actual que regula el delito de colusión es una muestra de una “pésima técnica legislativa al juntar los dos tipos penales distintos, configurando una figura legal similar con el delito de negociación incompatible y que al ser similar deberían excluirse”⁹.

⁸ MANDUJANO RUBIN, José L., Tesis. “*Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión*”. Perú 2017.

⁹ CASTILLO ALVA, José Luis. Pág. 63. Cfr. Abanto Vásquez. *Los delitos contra las entidades de la administración pública en el Ordenamiento jurídico penal peruano*. Cit. pág. 261.

Cabrera Freyre, Alonso R. Perú. (2013). Este jurista establece que el principio de imparcialidad, razonabilidad, objetividad y eficiencia, pueden ser quebrantados cuando el funcionario competente ha suscrito una licitación con una empresa inidónea sea por aspectos técnicos y financieros, configurando una infracción de índole administrativa. Empero, pueden presentarse conductas de mayor disvalor antijurídico, cuando el ente competente concierta voluntades criminales con particulares. Esta concertación es en principio lícita, anota ABANTO VÁSQUEZ, pues ésa es precisamente la función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes¹⁰.

Rojas Vargas, Fidel. Perú. (1988). Este jurista en este análisis y crítica jurisprudencial establece que, en la colusión el interesado es fundamental de su redacción típica, ya que de la técnica de construcción legislativa empleada no se entiende el delito si no se da la concertación (acuerdos previos confabuladores, tratativas ilegales, acuerdos no permitidos, etc.) entre el funcionario y el interesado o contratista. “Los interesados”, relaciona a quienes contratan (negociaciones nominadas o innominadas: licitaciones, adjudicaciones directas, concursos públicos, subastas, expropiaciones, privatizaciones, etc.).

Antecedentes a nivel internacional:

Ingrid Díaz Castillo. Salamanca - España (2016) realizó la tesis Doctoral titulada “**El Tipo de Injusto de los Delitos de Colusión**”¹¹. Concluye:

- a) Los delitos de colusión han traído múltiples problemas en su aplicación. Existen criterios diversos e incluso contradictorios sobre estos delitos, a nuestra consideración, respecto de lo que protegen.

¹⁰ ABANTO VÁSQUEZ, M.; *Los delitos contra la administración pública.*, cit., págs. 310-311 y 212.

¹¹ DIAZ CASTILLO, Ingrid. Tesis Doctoral. “*El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*”. Perú 2010.

- b) De ello se ha derivado el análisis formal de su configuración. Si se revisa la jurisprudencia, la acreditación de esto pasa por determinar el acuerdo del funcionario y particular. Sin embargo, nada se dice del comportamiento y el bien jurídico, situación que impide dotar de materialidad a la prohibición penal.
- c) En ese marco, quedan incluidas todas las fases previstas por los procesos administrativos de cada régimen: desde el inicio del acto contractual hasta su culminación.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. La Administración Pública.-

Es aquella actividad dada por funcionarios o servidores, encargados de poner en funcionamiento al Estado, estructurados a una jerarquía o niveles¹². Objetivamente, actividades realizadas por los agentes públicos y que constituye el desarrollo funcional. Y subjetivamente, órganos estatales, que abarca niveles, jerarquía, entidades, etc¹³.

2.2.2. La Corrupción.-

Opaca la gobernabilidad y los derechos humanos. Se encuentra enquistado de diversas formas en todo escenario, en lo social, político y económico. En síntesis, este flagelo afecta a la economía de los ciudadanos, como también sus derechos, el acceso a servicios públicos, y la confianza en sus funcionarios¹⁴.

¹² FERREIRA DELGADO, Francisco, “*Delitos contra la administración pública*”, Temis, pág. 4.

¹³ ALESSI y BAEZ MARTINEZ, citados por ROJAS VARGAS, Fidel, “*Delitos contra la administración pública*,” Grijley, Lima, 2002. pág. 8.

¹⁴ DECRETO SUPREMO N° 119-2012-PCM. *Plan nacional de lucha contra la corrupción. CAN 2012-2016*, pág. 4.

2.2.3. La Colusión.-

2.2.3.1 Antecedentes.-

De acuerdo al profesor Fidel ROJAS VARGAS, tiene antecedentes en legislaciones comparadas, fueron los artículos 400° y 401° del código penal español¹⁵, y artículo 265° del código penal argentino, fuentes que tomó en cuenta para su tipificación.

Percy GARCÍA CAVERO y José Luis CASTILLO ALVA, señalan que pese a todo, es posible advertir la similitud y entroncamiento de dicho delito con una figura próxima al Derecho español¹⁶. Tiene como fuente directa el artículo 344° del Código Penal de 1924.

2.2.3.2 Norma vigente.-

Se encuentra prescrito en el artículo 384° del Código Penal. Colusión simple y agravada.

Según indica el profesor Rojas Vargas, *“el núcleo del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidad y organismos sostenidos por éste mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros”*¹⁷, concordante con esta opinión doctrinaria la Ejecutoria Suprema del 04.JUL.2002 sobre la concertación y el perjuicio¹⁸.

¹⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra las entidades de la administración pública*. Editorial Grijley. 4ta. Edición enero del 2007. Pág. 405-406 66.

¹⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *El delito de colusión desleal en el Código Penal peruano*, Editorial Jurídica Grijley. E.I.R.L. Lima, 2008.

¹⁷ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos Contra la Administración Pública*, Ed. Grijley, 4ta edición, Lima, 2007, pág. 410.

¹⁸ Ejecutoria Suprema del 4/7/2002, Exp. N° 1402-2002-Tumbes.

2.2.3.3 Concertación del funcionario público con interesados.-

El “acuerdo colusorio”, constituye lo básico y esencial para este tipo penal, de nada serviría la comprobación de lo contrario¹⁹.

El jurista Percy García Caveró sostiene -citando al jurista español Etxebarria Zarrabeitia- que “*la conducta típica requiere que el ente competente acuerde con particulares en la suscripción de un contrato con la finalidad de defraudar al Estado*”²⁰.

A su vez, Ramiro Salinas Siccha refiere que no se trata de castigar cualquier concertación, sino la que trae consigo perjuicio Económico para el Estado, ya sea, como sucede por lo general, porque se paga más por un bien de una determinada calidad o por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes²¹.

2.2.3.4 Bien jurídico.-

Cautelar el prestigio e intereses de la administración con idoneidad moral, celo profesional frente a actos de corrupción.

Asimismo, la asignación de recursos en las operaciones contractuales que el ente estatal lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones²². Esta posición se encuentra respaldada parcialmente por la Ley de Contrataciones del Estado²³, artículo 4°, el cual señala los principios que deben orientar el actuar del funcionario en las contrataciones.

Debe partirse que los recursos del Estado se ven reflejada en la entrega de servicios públicos, defraudación que conlleva un

¹⁹ Cfr. REQUEJO SANCHEZ, Césil Hedelmar. *El delito de Colusión*. En Actualidad Jurídica N° 180, Gaceta Jurídica, noviembre, 2008, pág. 128. *Sostiene que, si el acuerdo colusorio no se configura y sólo se da la defraudación y consecuente perjuicio, estaríamos frente al tipo de peculado, de este modo si el perjuicio para el Estado y sus intereses no fueran en virtud de este elemento, estaríamos ante otro delito, pero no frente al tipo de colusión.*

²⁰ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, Ob. Cit, p. 37. Comentando a Xavier ETXEBARRIA ZARRABEITIA en su libro *Fraudes y Exacciones Ilegales*.

²¹ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal: parte especial*. 2a edición, Lima, Grijley, 2007, pág. 247

²² GUIMARAY MORI, Erick. (2011, octubre). *La tipificación penal del delito de colusión*. Boletín Anticorrupción, N° 7, p. 4. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre-2011-n07.pdf>

²³ Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017.

incorrecto desempeño del funcionario en el uso de sus actuaciones²⁴.

2.2.3.5 Teoría del delito.-

Pactar causando daño a terceros, en doctrina se tiene como nomen iuris colusión desleal²⁵, colusión ilegal²⁶.

2.2.3.5.1 Tipicidad Objetiva en el delito de colusión desleal

El injusto típicamente es cuando el funcionario o servidor, se concierta con particulares en convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, defraudando a alguna entidad estatal.

Elementos objetivos:

Sujeto activo.- Pueden ser autores, el funcionario o servidor por razón de su cargo y comisión especial, que tenga facultad de decisión.

Sujeto pasivo.- El Estado, que involucra a los poderes del Estado, gobiernos locales y regionales²⁷.

Colusión simple. Para configurarse el delito de colusión simple, basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el erario del Estado, es decir; un acuerdo ilegal.

Colusión agravada. Se configura cuando se causare perjuicio efectivo al patrimonio estatal²⁸.

Según Salinas Siccha, la colusión simple y agravada se diferenciaran por los verbos rectores, en la simple “concertar” y la

²⁴ CARRIÓN, Juan Elías / CÁCERES JULCA, Roberto. *El delito de colusión: Aspectos sustantivos y procesales*, Lima (Idemsa), 2011, pág. 29.

²⁵ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. Grijley, 2008

²⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª ed. Grijley, Lima, 2002.

²⁷ ABANTO VASQUEZ, Manuel. “*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*”. Palestra: Lima, 2003, pág. 310.

²⁸ BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERDE, Leonardo. *Gaceta Penal & Procesal Penal. Delitos de Corrupción de Funcionarios*.

agravada “defraudare”²⁹. En la simple, el peligro al patrimonio es potencial, en tanto, la agravada el perjuicio es real y efectivo³⁰.

2.2.3.5.2 Tipicidad Subjetiva: Elemento Subjetivo: Dolo

El tipo penal de colusión, es una infracción eminentemente dolosa³¹, dolo directo, esto es, la voluntad y conocimiento del accionar del agente, se determinará si el procesado actuó con dolo al concertarse, y si se produjo este resultado o no.

La doctrina considera posible su comisión solo con una forma particular de dolo como es el dolo directo³², es decir, conocer y querer los elementos “concertar”, “ilegalidad” y “fraude” que evidencian la intencionalidad del autor³³; determinando que el concierto para defraudar, resulta impensable con dolo eventual³⁴.

Opinión contraria es la defendida por Castillo Alva, quien sostiene que *“sin que pueda negarse que efectivamente el sentido social del concierto representa un comportamiento básicamente intencional como lo puede ser el engaño en la estafa o la violencia en el robo; bien puede aceptarse dicha acción como dolo eventual en la medida y capacidad concreta de la lesividad del comportamiento respecto al perjuicio”*³⁵.

²⁹ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. Comentando a Xavier ETXEBARRIA ZARRABEITIA en su libro *Fraudes y Exacciones Ilegales*.

³⁰ GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*. Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. pág. 68

³¹ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit., p. 171. Por el término dolo, se entiende el querer, dominado por el saber de la realización del tipo objetivo, esto es, aquel conocimiento y voluntad de la realización del tipo. Cfr. VILLA STEIN, Javier, Ob. Cit., 253; En Argentina se señala que subjetivamente la negociación incompatible (o colusión desleal para nosotros) es dolosa, de modo que el error y la ignorancia esenciales, aun culpables, excluyen la aplicación del Art. 265 del Código Penal Argentino, debiendo mediar un móvil económico. FONTÁN Señala además que el dolo no tiene por qué abarcar un perjuicio a la administración pública, que el delito tampoco tiene por qué causar o perseguir. El móvil de lucro es perfectamente posible sin perjuicio para nadie. Cfr. FONTAN BALESTRA, Carlos, Ob. Cit., págs. 965-966.

³² Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit., p. 422; SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit., pág. 263

³³ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. Cit., p. 316.

³⁴ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit., p. 422.

³⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit. p. 172.

2.2.3.5.3 Antijuridicidad en el delito de colusión

Conforme a lo dado legislativamente en la colusión simple o agravada, no es dable que se dé alguna causa de justificación, ya que la conducta típica se realiza con dolo directo.

2.2.3.5.4 Consumación en el delito de colusión

La colusión simple opera cuando el ente interviene en acuerdos ilegales con particulares defraudando el erario del Estado, bastará que se verifique el acuerdo colusorio o ilegal.

2.2.3.5.5 Tentativa en el delito de colusión

Como delito de mera actividad, no se da la tentativa.

2.2.3.5.6 Penalidad en el delito de colusión

Colusión simple, pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Colusión agravada, con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

2.2.4. El Funcionario o servidor.-

Los siguientes: *1. Carrera administrativa. 2. Cargos políticos o de confianza, incluso de elección popular. 3. Independientemente del régimen laboral mantiene vínculo laboral de cualquier naturaleza con entidades del Estado. 4. Administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente. 5. Miembros de Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y 6. Los demás indicados por la constitución y la Ley³⁶.*

³⁶ Artículo 425° del Código Penal peruano.

2.2.5. La Concertación.-

La concertación, “ponerse de acuerdo el funcionario con el interesado, no solo basta el pedido, sino que se haya efectivizado”. (Puig, 2000, p. 337).

La Corte Suprema ha sostenido a la “concertación” como el “acuerdo entre dos o más partes”³⁷.

2.2.6. La Defraudación.-

Como manifiesta (ROJAS, 2007. p. 410), es la consecuencia del quebrantamiento de roles encargados por los llamados por ley, al producirse engaño al interés público³⁸.

2.2.7. El Perjuicio Económico.-

Daño económico sufrido por el organismo público en concreto, como resultado del acto ilícito de la concertación³⁹, lo cual lleva a excluir otra clase de daños, como el daño al prestigio estatal o a un supuesto daño moral⁴⁰.

2.2.8 El Contratista.-

El término con que se designa al contratista, llamado también *extraneus*, hace referencia al contrato que realiza con el

³⁷ Ejecutoria Suprema R.N. N° 3611-2002, del 16 de mayo del 2003, en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, Ob. Cit., pág.176.

³⁸ Jurisprudencia -Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 12360-2010. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

³⁹ *Ibídem*, p. 141-142; Castillo Alva señala además que debe desterrarse la idea de que el delito de colusión ilegal supone siempre el perjuicio económico al Estado porque no se aceptó la oferta más económica para la adquisición de producto, en el sentido de más barata o más cómoda, debido a que las compras y adquisiciones estatales también se guían por otros principios que dado el caso pueden llegar a adquirir mayor peso y valor como la ponderación de la calidad del bien, su duración, el mantenimiento que se ofrece, las condiciones de entrega, cuando se trata de productos de alta sensibilidad, porque cumple la finalidad que se propuso al convocar a licitación o concurso público. Asimismo, señala que no siempre la compra de un bien a un precio menor es una buena compra, puesto que a dicho bien le puede faltar las condiciones de calidad apropiada. El pago de un precio superior por un bien puede estar justificado según las circunstancias.

⁴⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit., p. 144.

constructor, promotor o cliente para dichas obras. Brinda materiales, equipos (vehículos, etc)⁴¹.

2.2.9 El Subcontratista.-

Es una persona contratado por un contratista general para llevar a cabo una obra específica como parte del proyecto general, muchos subcontratistas laboran para las mismas empresas. De lo que permite a los subcontratistas se especialicen aún más en sus habilidades⁴².

2.2.10. Análisis de la Resolución Nro. 25⁴³.

Auto que resuelve la excepción de improcedencia de la acción.

Vistos: Medio de defensa formulado por los imputados **Eduardo Manuel Maguiño Arenaza, Edgar Danilo Ortiz Muñoz y Werner Saúl Guevara Vargas**, mediante escritos presentados el 04JUN2014, oralizados en acto de audiencia de fecha 30MAY2016, habiendo este Despacho reservado su pronunciamiento para esta oportunidad, después de sometido a debate con el señor Fiscal, la réplica y contra réplica respectivas.

Considerando:

El hecho deriva de lo siguiente: En fecha 19JUN2007, se suscribió el “Convenio entre el Ministerio de Vivienda, el GOREL y SEDALORETO S.A.”, mediante acciones conjuntas para la obtención del financiamiento del proyecto “Mejoramiento y Ampliación de Agua Potable, de Iquitos”. Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 135-2008-EF del 19 de noviembre de 2008, se aprobó la operación de endeudamiento externo a ser acordada entre la República del Perú y Japón Internacional Cooperation Agency – JICA, por ¥6,660´000,000,00 (seis mil seiscientos

⁴¹ <https://es.wikipedia.org/wiki/Contratista>

⁴² <https://es.wikipedia.org/wiki/Subcontratista>

⁴³ Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Maynas. Expediente N°: 00303-2014-30-1903-JR-PE-02, Iquitos 03 de junio del 2016.

sesenta millones de Yenes Japoneses), destinada a financiar el proyecto mencionado, cuya ejecución estaría a cargo del GOREL y el OPIPP.

De la participación de los subcontratistas

En cuanto al imputado **Werner Saúl Guevara Vargas**, Consultor de Proyectos de Inversión, Empresas, I&SCGSA (Infraestructura & Servicios Contratistas Generales S.A.), INALRE (Inversiones Regionales S.A.C.) e INFISE S.A., (I&SCGSA) **tuvo dos subcontratos** en el Alcantarillado; y, (INALRE) **un subcontrato** para proveer material concreto; siendo el imputado Werner Saúl Guevara Vargas, el accionista mayoritario en la empresa I&SCGSA, e INALRE, su cónyuge es la accionista mayoritaria, como tal sería el presunto responsable y líder del referido grupo de empresas. (INFISE S.A.) que tenía como Gerente General al ciudadano Ángel Rafael Ortíz Rodríguez, OPIPP en el año 2010, al Fiscal le hace deducir que se haya posibilitado el ingreso a ese grupo empresarial **como subcontratistas** de la International Walter & Electric Corp.

Lo señalado por el abogado defensor, en sus argumentos coincidentes señala que **Eduardo Manuel Maguiño Arenaza, Edgar Danilo Ortiz Muñoz y Werner Saúl Guevara Vargas** han tenido la condición de subcontratistas; el subcontrato suscrito donde éstos pertenecen **no han tenido vínculo contractual algo**, que, en todo caso, el vínculo contractual se ha dado **Electric Corp. Perú (CONTRATISTA)** -representado por Wang Kuan- y el GOREL, siendo así, de existir irregularidades o presuntas conductas ilícitas de colusión, no es extensible a sus patrocinados, sino únicamente a la empresa China o sus representantes.

Síntesis: Al respecto, si bien los subcontratistas no han suscrito contrato, empero sí han participado en su ejecución, para este Despacho sí encajaría la participación de los subcontratistas como cómplices primarios en la investigación.

RESUELVE: DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN, accionada por el abogado defensor

de los imputados Eduardo Manuel Maguiño Arenaza, Edgar Danilo Ortiz Muñoz y Werner Saúl Guevara Vargas.

2.2.11. Análisis de la Resolución Nro. 31⁴⁴

Auto que resuelve recurso de apelación de improcedencia de la acción.

Resolución materia de impugnación:

Viene en apelación la resolución número veinticinco de fecha 03JUN2016, que ha resuelto infundada la excepción de improcedencia de acción formulada por los imputados Eduardo Manuel Maguiño Arenaza, Edgar Danilo Ortiz Muñoz y Werner Saúl Guevara Vargas, por la presunta comisión del delito de colusión en agravio del GOREL - Estado Peruano.

Consideraciones de la Sala Penal de Apelaciones:

Conforme a los fundamentos precedentes, tenemos que respecto de Werner Saúl Guevara Vargas, habría admitido ser accionista de la empresa I&SCG S.A., INALRE S.A.C.; e INFISE S.A., apreciándose que dicho grupo empresarial prestó servicios como subcontratistas materia de proceso penal, siendo que Ángel Rafael Ortiz Rodríguez se desempeñó como Gerente de INFISE S.A., quien posteriormente se habría desempeñado como Director de OPIPP en el año 2012; respecto de Eduardo Manuel Maguiño Arenaza se desempeñó como Gerente I&SCG S.A., empresa subcontratista nominado, conforme se tiene de ella, la Carta N° 002/AG-I&CSCG SA-2013, de fecha 26JUL2013 de la carpeta fiscal. En cuanto a Edgar Danilo Ortiz Muñoz Gerente INALRE S.A.C., participó como subcontratista de Electronic Corp. Perú en la obra materia de investigación. Al haberse atribuido irregularidades le alcanzaría también responsabilidad penal.

⁴⁴ Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Loreto, Expediente N° 00303-2014-30-1903-JR-PE-02, Iquitos 14 de noviembre del 2016.

Síntesis: Siendo así, tenemos que lo imputado a los impugnantes es el de **colusión** de lo señalado por el A quo, si bien exige un agente cualificado (funcionario o servidor público), del mismo, señala que dicha conducta la realizará mediante concierto con interesados [donde calza perfectamente el contratista y el subcontratista.

DECISIÓN.

Primero.- DECLARAR INFUNDADA la apelación.

Segundo.- CONFIRMAR la resolución número veinticinco de fecha tres de junio de dos mil dieciséis.

2.3 BASES FILOSÓFICAS

2.3.1 Ontología de administración pública.

El término ONTOLOGÍA proviene del estudio de la filosofía, que se encarga de la naturaleza y organización de la realidad, lo que “existe” en el campo del derecho.

El poder ejecutivo, legislativo, judicial, gobiernos regionales, locales, etc., personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, componen la Administración Pública en el Perú⁴⁵.

2.3.2 El bien jurídico en la administración pública.

En doctrina penal existen diversas posiciones, siendo estos:

- **La probidad, dignidad, integridad, rectitud.** Características que todo funcionario cuenta para laborar.
- **Las expectativas, basadas en las normas.** Prescritas⁴⁶.

⁴⁵ Artículo 1. De la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley 27444.

⁴⁶ REAÑO PESCHIERA, José. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima, págs. 29-30. Esta perspectiva teórica es planteada por JAKOBS, Günther, citado por VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS,

- **El correcto y regular funcionamiento de la administración.**
Esta postura predomina en la jurisprudencia.

2.3.3 El positivismo.

El positivismo una corriente desarrollada a partir del S. XIX en Europa. Existen diversas particularidades de positivismo jurídico como ha destacado particularmente Norberto Bobbio⁴⁷. Clasificó el positivismo en tres versiones fundamentales:

2.3.3.1 El positivismo metodológico o como enfoque

Sostiene básicamente la llamada tesis de la separación entre Derecho y moral, Una cosa es el Derecho que es y otra que debe ser, es decir cuál es su mérito o demérito. En estas se dan:

- La tesis de la neutralidad.-** Describe el Derecho sin introducir valoraciones morales, ideológicas, etc.
- La tesis de las fuentes sociales.-** El Derecho positivo.
- La tesis de la discreción.-** El Derecho es una obra falible. La falibilidad técnica del Derecho se da de sus imprecisiones terminológicas y conceptuales, de sus antinomias y lagunas⁴⁸.

2.3.3.2 El positivismo teórico

El Derecho soluciona los problemas. Esta visión se basa en dos ideas conexas: i) se niega los problemas de lagunas, antinomias, vaguedad y ambigüedad, y ii) se defiende una teoría de la interpretación formalista, que considera al juez una boca que pronuncia literalmente la ley.

Fernando. *Los delitos contra la administración pública. Teoría general*. Universidad de Santiago de Compostela, pág. 35.

⁴⁷ BOBBIO, N., "Sul positivismo giuridico", *Revista di Filosofia*, LII, 14 (1961); reimpresso en BOBBIO, N., *Guisnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milán, 1965 (3.a ed. 1977), pp. 101-126.

⁴⁸ Vid. GARCIA FIGUEROA, Alfonso J. "*La argumentación el Derecho*", Capítulo IV, Lima – Perú., Editorial Palestra. - *Cuestión de principios*, AMAG - Fundamentos de la filosofía del Derecho 2015, pág. 220-221.

2.3.3.3 El positivismo ideológico

Solo describe el Derecho, no prescribir o proscribir su obediencia, es una cuestión normativa⁴⁹.

2.3.4 El convencionalismo.

El Filósofo Ronald WORKIN⁵⁰, indica “La ley es la Ley. Su tarea es aplicarla y no cambiarla para adaptarla a sus propias éticas o convicciones políticas”. Leída palabra por palabra, no dice casi nada y por cierto, nada polémico. El convencionalismo insiste en que toda comunidad política compleja posee dichas convenciones.

2.3.5 El pragmatismo.

El pragmatismo como concepción del Derecho no estipula cuáles de todas estas distintas visiones de una buena comunidad son seguras y atractivas (convencionalismo y positivismo). Apoya a que los jueces decidan según su criterio. Será mejor para la comunidad (justa y feliz) que cualquier otro programa alternativo que requiere coherencia. Si los jueces cumplen sólo aquellos estatutos que aprueban, esto haría fracasar el objetivo pragmático porque no mejoraría las cosas, sino que las empeoraría. El pragmatismo debe ser una interpretación aceptable de nuestra práctica legal, si resulta que nuestros jueces declaran que los ciudadanos tienen derechos legales sólo o principalmente, cuando un juez pragmático cohibido pretende que sí los tienen, el pragmatismo podría ser mucho menos radical en la práctica que en teoría⁵¹.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ WORKIN, Ronald. *Filosofía del Derecho. El Imperio de la Justicia* “De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. España, pág. 90.

⁵¹ WORKIN, Ronald. *Filosofía del Derecho. El Imperio de la Justicia* “De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. España, pág. 116.

2.3.6 La Ética.

La ética, libertad convertido en mundo existente y naturaleza de la mente. Lo Ético (Ethos), *virtud, honestidad*⁵².

2.3.7 La dimensión social.-

Son dos los autores representativos de esta corriente: Birbaum y Von Liszt. El primero asume una posición iusnaturalista, según la cual, el bien jurídico se da con aquellos objetos surgidos de la naturaleza. Von Liszt, en cambio, defiende una orientación político-criminal de bien jurídico, según la cual, estos surgen de lo social y se constituyen en realidades necesarias para su desenvolvimiento⁵³.

En palabras de Roxin, “el Derecho penal procura a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio - políticas de libertad de los ciudadanos”⁵⁴. En segundo lugar, porque las tesis de Birbaum y Binding no permite determinar lo protegido, pues en realidad, terminan remitiendo al legislador⁵⁵.

⁵² FEDERICO HEGEL, Guillermo. (1968). *Filosofía del derecho. La ética*. Biblioteca filosófica. Vol. 5. Editorial Claridad S. A. Buenos Aires. págs. 150 y 153.

⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1997, pág. 137.

⁵⁴ ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en: HEFENDHEL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 446. En el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, pág. 227.

⁵⁵ En el caso de BIRBAUM, la alusión a todos los objetos surgidos de la naturaleza es bastante amplia, pero, además, como ha explicado HORMAZÁBAL, aun cuando la formulación siguiera los escrúpulos liberales del autor, se enmarcó en los postulados de la Escuela Histórica del Derecho. Por tanto, el bien jurídico no era extraído de la naturaleza, sino que era entendido como producto histórico nacido del espíritu del pueblo, que el Estado debía valorar. HORMAZÁBAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, págs. 11-28.

2.3.8 El bien jurídico como límite punible del Estado.-

Para Von Liszt, la realidad en la sociedad y no el legislador determina los objetos que merecen protección penal; ya que, el Derecho no crea bienes jurídicos, los encuentra y les dota de categoría jurídica⁵⁶. De esta forma, se constituyen en “realidades o fines para una vida social libre y segura que garantice los derechos del individuo, o para para la consecución de tal fin”⁵⁷.

2.3.9 El patrimonio público como bien jurídico específico.-

Para Castillo Alva, el bien jurídico es el patrimonio, pero no frente a cualquier ataque, frente a comportamientos defraudatorios entre funcionario y particulares, interesados en procedimientos de contratación del Estado⁵⁸.

2.3.10 La diversidad del bien jurídico.-

La doctrina peruana ha entendido mayoritariamente que el delito de colusión no protege un único bien jurídico, sino al igual otros bienes específicos, delito pluriofensivo.

Para Rojas Vargas, el delito de colusión tiene por finalidad “...el aseguramiento de los intereses patrimoniales...”⁵⁹.

En esa línea, Salinas Siccha afirma que “...que el sustento de la prohibición no está en perjuicio al sistema económico, sino en el irregular desempeño funcional en el manejo del patrimonio público...”⁶⁰.

⁵⁶ OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 44.

⁵⁷ ROXIN, Claus., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, op. cit., pág. 448.

⁵⁸ CASTILLO ALVA, J., “Colusión ilegal”, en: GARCÍA CAVERO, P. y J., CASTILLO ALVA, J., *El delito de colusión*, Grijley, Lima, 2008, págs. 77-78. En el mismo sentido, FRISANCHO APARICIO, M. y F., ÁNGELES GONZÁLES, *Código Penal. Comentado - concordado - anotado. Jurisprudencia*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1988, pág. 3240; MONTROYA VIVANCO, Y., “Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código penal peruano”, en: Gaceta Jurídica, T. 171, N° 25, febrero, 2008.

⁵⁹ ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 406.

⁶⁰ SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 274.

2.3.11 El bien jurídico en la jurisprudencia peruana.-

El Poder Judicial ha postulado diversos bienes. Ha señalado, por ejemplo, que “es la actuación del deber que impone el cargo y asegurar la imagen institucional”⁶¹. De otra parte, se ha señalado que “concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública”⁶².

Se ha señalado también que protege “el desarrollo de la Administración, afectada cuando el funcionario infringe deberes de lealtad, honestidad e imparcialidad”⁶³. Desde otra perspectiva, “el bien jurídico lo encontraríamos en el prestigio de la administración pública”⁶⁴.

2.4. DEFINICIONES CONCEPTUALES

2.4.1 Contratos.- Acuerdo formal que celebra el ente estatal con particulares para provisión de bienes, prestación de servicios⁶⁵, entre otros⁶⁶.

2.4.2 Suministros.- Son acuerdos entre el ente estatal con los particulares, para proporcionar prestaciones de servicios y otros⁶⁷.

2.4.3 Licitaciones.- Es un acuerdo en donde se elige a aquel proveedor que se encuentre en mejores condiciones de idoneidad para realizar obras y prestar servicios, así como condiciones económicas ventajosas⁶⁸.

⁶¹ Expediente N° 1531-92, en: SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., pág. 275.

⁶² Expediente N° 1296-2007. En el mismo sentido, Expediente 20-2003-AV, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 69.

⁶³ R.N. 3307-2008, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 70.

⁶⁴ Expediente N° 34432-2010-17, en: GUIMARAY MORI, E., *Compendio jurisprudencial sistematizado*, op. cit., pág. 69.

⁶⁵ Así tenemos por ejemplo el transporte de bienes, programas de asesoramiento nacional o internacional, etc. Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, Ob. Cit., p. 417.

⁶⁶ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, Ob. Cit., p. 251.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, Ob. Cit., p. 251.

2.4.4 Ajustes.- Son los reajustes que se dan en las contrataciones en general, así se ajustan precios, plazos, remuneraciones, servicios, etc⁶⁹.

2.4.5 Interesados.- Enmarca a todos quienes contrata, pueden ser contratistas, extraños absolutos (extraños) o relativos, en este último caso cuando los contratistas son empresas mixtas⁷⁰.

2.5. SISTEMA DE HIPÓTESIS

a) Hipótesis:

1. Hipótesis de investigación

H_i: “Es posible entender en el tipo penal de colusión, a particulares o subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado”.

2. Hipótesis Secundarias

H_{e1} = No se afecta el principio de legalidad, con relación al subcontratista siempre y cuando éste haya tenido participación en la ejecución de la obra.

H_{e2} = No se afecta al principio de culpabilidad en la sentencia condenatoria al subcontratista, toda vez que, si bien fue ajeno al contrato, pues si tuvo participación en la ejecución del contrato.

⁶⁹ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima., p. 421.

⁷⁰ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel, Ob. Cit., p. 415.

H_{e3}: = Si es posible la incorporación del subcontratista de suministro ajeno a la licitación y contrato con el Estado, en el tipo penal de extensión de punibilidad artículo 392° del Código Penal, teniendo como base el artículo 384.

b) Sistemas de variables:

a₁: Variable Independiente (X)

a. Delito de colusión.

a₂: Variable Dependiente (Y)

b. Particulares o subcontratistas de suministros.

2.6. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES (Dimensiones e Indicadores)

VARIABLES	Definición Operacional de Variables	Dimensión	Indicadores	Instrumentos
V.I. (x) Delitos de colusión.	Sanciona al funcionario o servidor, que, cuando intervienen por razón de su cargo o comisión especial, concertándose con los interesados en los contratos, suministros, licitaciones, con la intención de defraudar los intereses del Estado.	1. Funcionarios públicos. 2. Servidores públicos.	1. Defraudar al Estado. 2. Contrato, suministros, entre otros. 3. Perjuicio económico.	1. Encuestas y entrevistas.
V.D. (y) Particulares o subcontratistas de suministros.	Proveedores que han participado en las licitaciones o que han hecho saber su interés en contratar los suministros ⁷¹ , los subcontratistas, conforme a ley ⁷² .	3. Personas naturales. 4. Personas jurídicas.	1. Subcontratista 2. Ejecución de obras. 3. Responsabilidad penal.	2. Encuestas y entrevistas.

⁷¹ BERNAL PINZON, J.; *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 138.

⁷² PEÑA CABRERA FREYRE, R.; *Derecho Penal, parte especial*, cit., p. 323.

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

3.1.1. Enfoque.

El estudio por sus características es una investigación *básica*⁷³. La investigación tiene propósitos teóricos - prácticos inmediatos bien definidos; se investiga para actuar, transformar, modificar o producir cambios en una institución normativa.

3.1.2. Alcance o nivel.

Descriptiva – explicativa en una primera etapa, y finalmente se hizo una investigación *analítica*, cuando se contrastó con nuestra hipótesis en investigación.

3.1.3. Diseño.

Por la naturaleza del estudio, corresponde al diseño **No experimental, transversal**, cuyo esquema es:

Recolección de datos – Única

M ----- O

En la cual:

- M** es la muestra de estudio, en el momento de la recolección de datos.
- son los resultados de la observación: porcentajes, tasas, frecuencias de los indicadores, etc.

⁷³ ZEVALLOS ACOSTA, Uladislao. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Universidad de Huánuco. Huánuco- Perú, pág. 65.

3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.2.1 Población(N)

La **población**, es *homogénea y estática*, las cuales está conformadas por abogados penalistas y magistrados especializados anticorrupción del Distrito Judicial de Loreto, los años 2016 al 2017.

3.2.2 Muestra (n)

La **muestra** representativa está definida en forma *probabilística*,⁷⁴ seleccionada mediante métodos aleatorios y está conformada por 50 profesionales entre abogados penales y magistrados especializados del Distrito Judicial de Loreto los años 2016 al 2017, lo que equivaldrá al 100% de la población, e igual se utilizará el muestreo intencional para los administradores de justicia por ser finita, para ello se ha aplicado la siguiente fórmula:

$$\text{Muestra} = \frac{Z^2 N pq}{E^2 (N-1) + Z^2 pq}$$

u = tamaño de la muestra

q = 1 – p

p = proporción de la población

N = tamaño de la población

E = error muestral (5% o 10% límites)

Z = desviación normal para un determinado nivel de confianza aceptable (1.96 o 1.64)²

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.3.1 Técnicas. –

Se recurrió a:

⁷⁴ WIMMER, Roger D, y DOMINICK, Joseph R. “Una muestra no probabilista no se rige por las reglas matemáticas de la probabilidad”. Op. cit., p. 68

- **Entrevistas:** Mediante guías de preguntas se recabó las “opiniones” de magistrados y abogados, respecto del tema de estudio.
- **Encuestas:** Se recabó “información” de magistrados y abogados respecto del tema de estudio.
- **Estadísticas:** Se utilizó cuadros estadísticos, lo que proporcionó “características”.
- **Análisis de Datos, Bibliográfico y de Casos:** Se utilizó los libros, páginas virtuales, los cuales nos proporcionó las diferentes “posiciones” sobre el tema, gracias a la estructura del pensamiento y su fundamentación.

3.3.2 Instrumentos.-

Se empleó el cuestionario de encuestas, con cinco preguntas y cinco alternativas, pésimo, malo, regular, bueno, excelente, para ambas variables, porque es el instrumento de investigación más adecuado ya que permite una respuesta directa, mediante la hoja de preguntas proporcionada a cada uno de los encuestados.

En la recolección se aplicó en concordancia con nuestro diseño de investigación, la encuesta o surbey mediante cuestionario, la entrevista estructurada y la observación objetiva in situ, con el empleo de las guías respectivas, así como doctrina y jurisprudencia en general. Toda vez que, se tuvo que analizar, estudiar y contrastar las distintas posiciones.

Las principales técnicas empleadas son:

- La **encuesta** o surbey teniendo como instrumento el cuestionario.
- La **observación** sistemática, proponiendo como instrumento básico de esta técnica a las fichas sociales sobre el intraneus y

extraneus, libros, libreta de apuntes y de algunos medios mecánicos como el internet (páginas virtuales y casos).

- Cuadros estadísticos.

3.4. TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE LA INFORMACIÓN

3.4.1 Interpretación de datos y resultados

El presente punto, se resolvió conforme a lo diseñado.

3.4.2 Análisis y datos, prueba de hipótesis

Fueron ingresados a la base del programa estadístico ordenadas, tabuladas y analizadas de acuerdo a las variables de estudio. La recolección, tabulación, se realizó mediante el programa estadístico SPSS v. 21.0

CAPITULO V

RESULTADOS

Partiendo del procedimiento de datos, obtenidos del seguimiento de las encuestas en base al cuestionario y entrevista aplicado a los Magistrados; el mismo que ha sido organizado y sistematizado en las tablas de frecuencia simple, interpretada y analizada, en base a ella.

Luego de la revisión crítica de los datos reducidos a su mínima expresión numérica se ha procedido a la presentación, interpretación, análisis, discusión y falsación de los hechos empíricos con las teorías y antecedentes nacionales y locales relacionados al presente estudio tal como vemos a continuación:

4.1 RELATOS Y DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD OBSERVADA.

4.1.1 Encuesta aplicada a abogados en materia penal:

Del 100% de encuestados, el 88% conoce el término de colusión, que el término interesados descrito, **no** alude al subcontratista, asimismo el 76% refieren que el que artículo 384° del CP no tiene una imputación acertada respecto del subcontratista ajeno, la norma interpreta como numerus apertus, al igual no es específica, así como **sí** se debe incorporar otro párrafo en el artículo 392° del CP., del delito de Colusión, como base el artículo 384° - extensión de punibilidad-.

Del mismo, un 46% manifiestan que **sí** se afectaría el principio de culpabilidad y de legalidad, si se comprendiera al subcontratista ajeno, el 76% consideran que, de incorporarse otro párrafo como extensión del tipo, **sí** coadyuvaría a una mejor argumentación y

aplicación, respecto al particular o subcontratista de suministro ajeno en el contrato primigenio del Estado y contratista.

4.1.2 Encuesta aplicada a Jueces y Fiscales:

Del 100% de jueces encuestados, el 60% manifestaron que **sí** afectaría el principio de culpabilidad, si se comprendiera a un particular o subcontratista ajeno; el 40% no se afectaría. Asimismo, 64% manifestaron que **sí** se afectaría el principio de legalidad, el 36% expresaron de manera negativa.

Del mismo, veintidós (22) 88% manifestaron que es factible incorporar un párrafo respecto al particular o subcontratista, el 12% expresaron de manera negativa, es decir; que no es factible. Por otra parte, el 28% manifestaron el término interesados alude al subcontratista, teniendo presente que el contratista es quien contrata con el Estado, y el 72% expresaron de manera negativa es decir creen que no, el término interesados no alude al subcontratista. Asimismo, el 64% manifestaron que existe una mala praxis en abogados penalistas, al interponer masivamente medios de defensa; el 36% se expresaron de manera negativa.

4.2 ENTREVISTAS, ESTADÍGRAFOS Y ESTUDIOS DE CASOS

4.2.1 Procesamiento de los datos obtenidos de las encuestas.

Cuadro N° 01

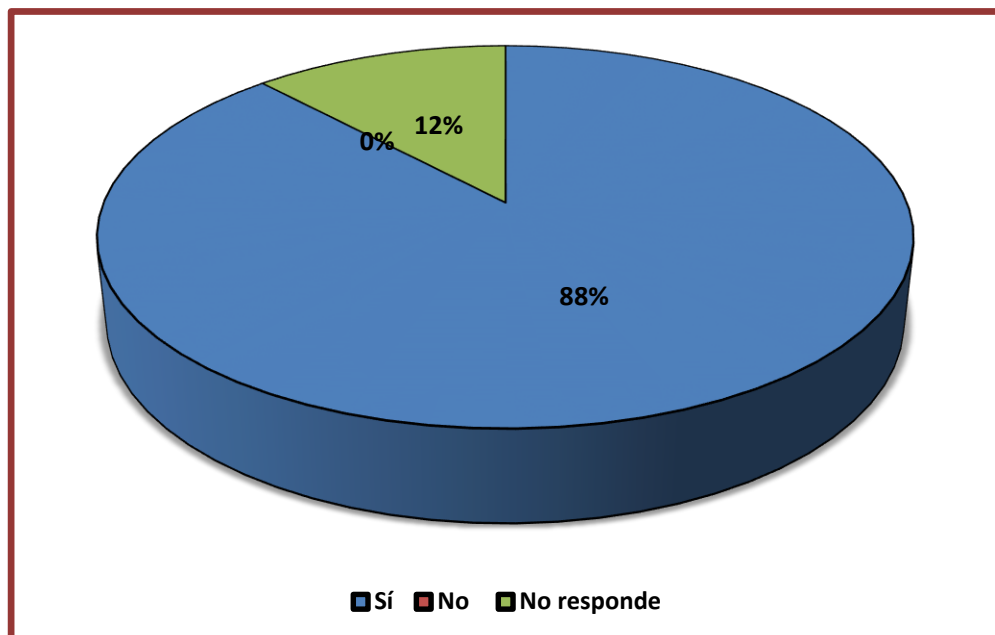
Muestra si el abogado o magistrado tiene conocimiento sobre el delito de Colusión que regula el código Penal.

1. Marque con un "x" la respuesta correcta.	Respuesta:		Total	
	f	%	f	%
Sí	22	88	25	100
No	0	0		
No responde	3	12		

Fuente: pregunta N° 01
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 01

¿Tiene conocimiento sobre el delito de Colusión que regula el Código Penal?



Fuente: cuadro N°01
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De lo observado, a la pregunta si tiene conocimiento, los encuestados expresaron: veintidós (22), 88% manifestaron que si tienen conocimiento sobre el delito de Colusión que regula el Código Penal; tres (03), 12 % no responden de manera positiva o negativa.

Por lo que podemos concluir que si tiene conocimiento del presente.

Cuadro N° 02

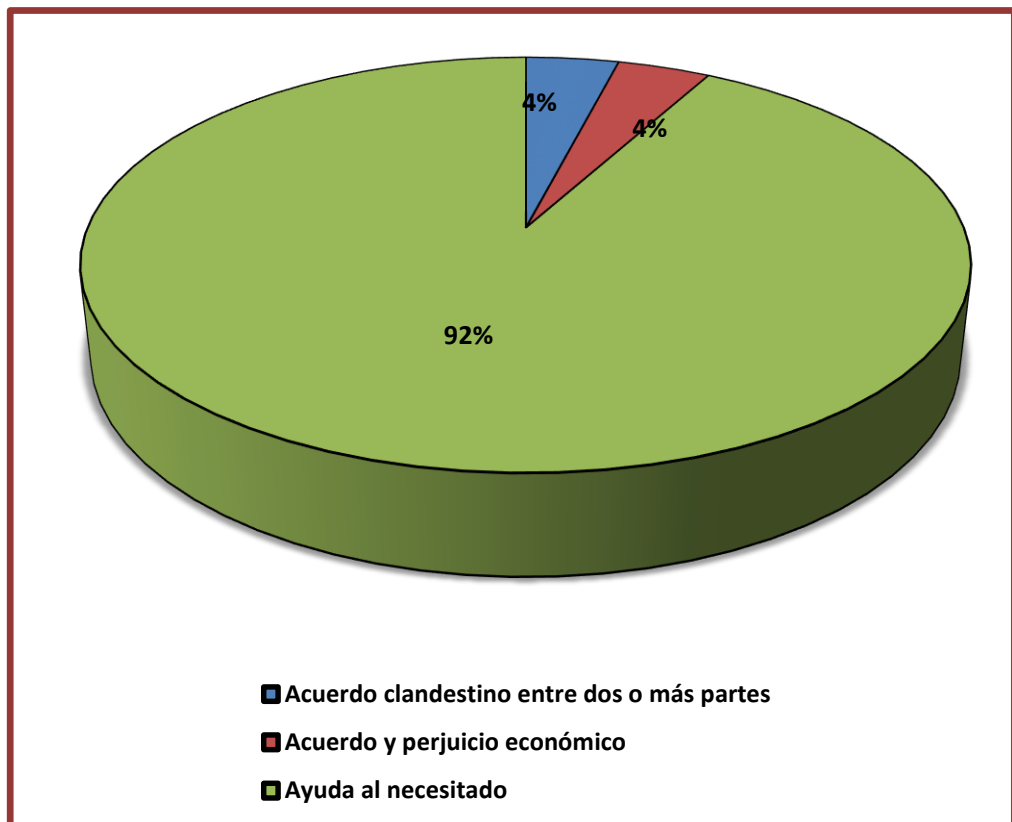
Muestra cómo el abogado o magistrado califica la concertación y defraudación en el delito de colusión desleal.

3. Marque con una "X" la respuesta INCORRECTA.	Respuesta:		Total	
	f	%	f	%
Acuerdo clandestino entre dos o más partes	1	4	25	100
Acuerdo y perjuicio económico	1	4		
Ayuda al necesitado	23	92		

Fuente: pregunta N° 02
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 02

¿Cómo califica la concertación y defraudación en el delito de colusión desleal?



Fuente: cuadro N°02
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De la realidad observada a la pregunta, cómo el abogado o magistrado califica la concertación y defraudación marcando la respuesta INCORRECTA, expresaron: uno (06), 4% manifestaron que a su parecer es un acuerdo clandestino entre partes; uno (01) o sea también el 4% manifestaron es un acuerdo y perjuicio económico; y veintitrés (23) que representan el 92% manifestaron que es una ayuda al necesitado.

Por lo que podemos concluir que, en un gran porcentaje, están de acuerdo en la **incorrecta** calificación que se da al concierto y fraude en la colusión entendido como un acuerdo y perjuicio económico.

Cuadro N° 03

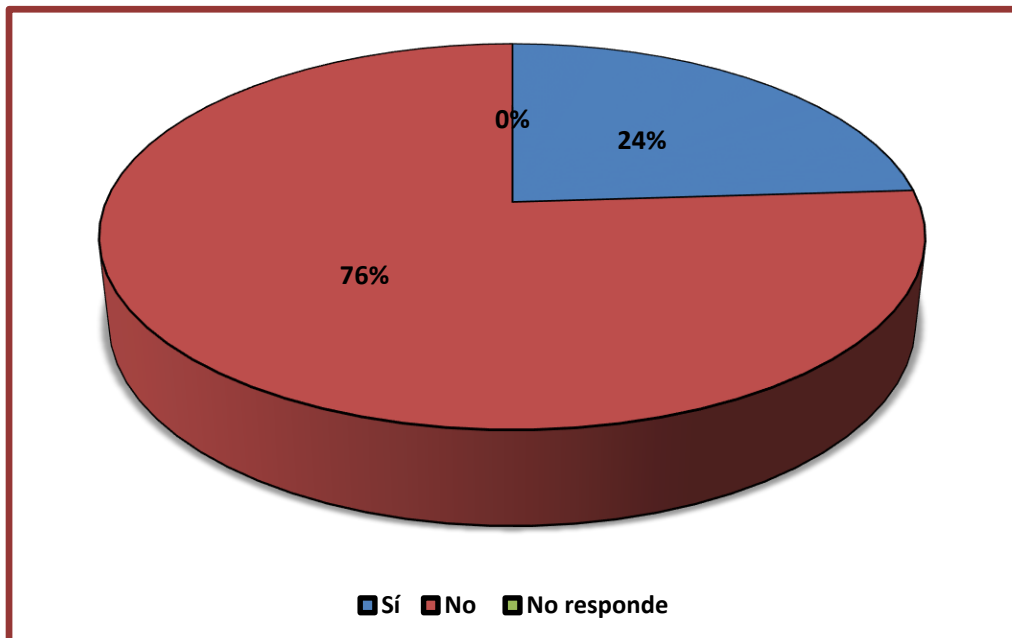
Muestra la consideración del abogado o magistrado respecto a si el artículo 384° del Código Penal, tiene una imputación acertada respecto del subcontratista de suministros ajeno a la licitación y contrato con el Estado.

3. Marque con un "x" la respuesta correcta.	Respuesta:		Total	
	f	%	f	%
Sí	6	24	25	100
No	19	76		
No responde	0	0		

Fuente: pregunta N° 03
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 03

¿Considera Ud., que el artículo 384° del Código Penal, tiene una imputación acertada respecto del subcontratista de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado?



Fuente: cuadro N°03
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De la realidad observada a la pregunta si el artículo 384° del CP, tiene una imputación acertada respecto del subcontratista de suministros ajeno, abogados y magistrados expresaron: seis (06), 24% manifestaron de manera positiva es decir que el citado tiene una imputación acertada respecto del subcontratista; diecinueve (19), 76% manifestaron de manera negativa.

De lo manifestado podemos concluir que la mayoría de encuestados consideran que artículo 384° del CP., **no** tiene una imputación acertada respecto del subcontratista de suministros ajeno.

Cuadro N° 04

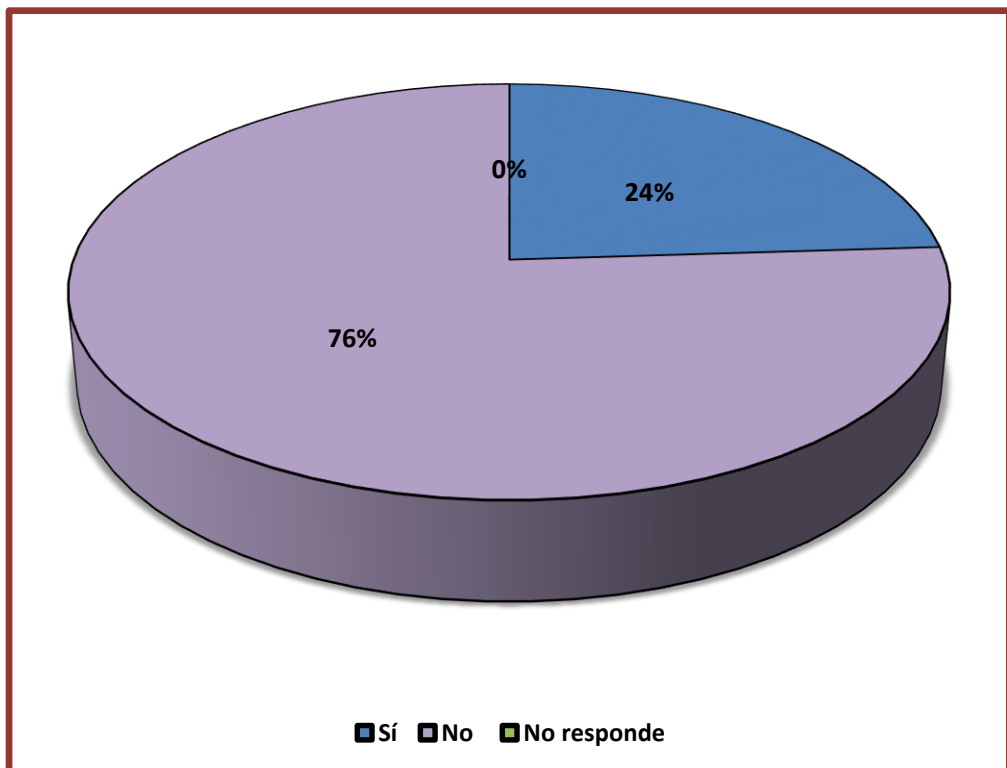
Muestra la consideración del abogado o magistrado respecto del término interesados.

4. ¿Estima Ud., si el término interesados descrito en el artículo 384° del Código Penal peruano, alude al subcontratista?	Respuesta:		Total	
	<i>f</i>	%	<i>f</i>	%
Sí	6	24	25	100
No	19	76		
No responde	0	0		

Fuente: pregunta N° 04
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 04

¿Estima Ud., si el término interesados descrito en el artículo 384° del Código Penal peruano, alude al subcontratista?



Fuente: cuadro N°04
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

¿Si el término interesados descrito alude al subcontratista?, los encuestados expresaron: cinco (06), 24% manifestaron que a su parecer el término interesados descrito en el artículo 384° del Código Penal peruano, sí alude al subcontratista; mientras que diecinueve (19), 76% manifestaron que a su parecer el término interesados descrito, no alude al subcontratista.

De lo observado podemos concluir que la mayoría de los encuestados, consideran que el término interesados descrito, **no** alude al subcontratista.

Cuadro N° 05

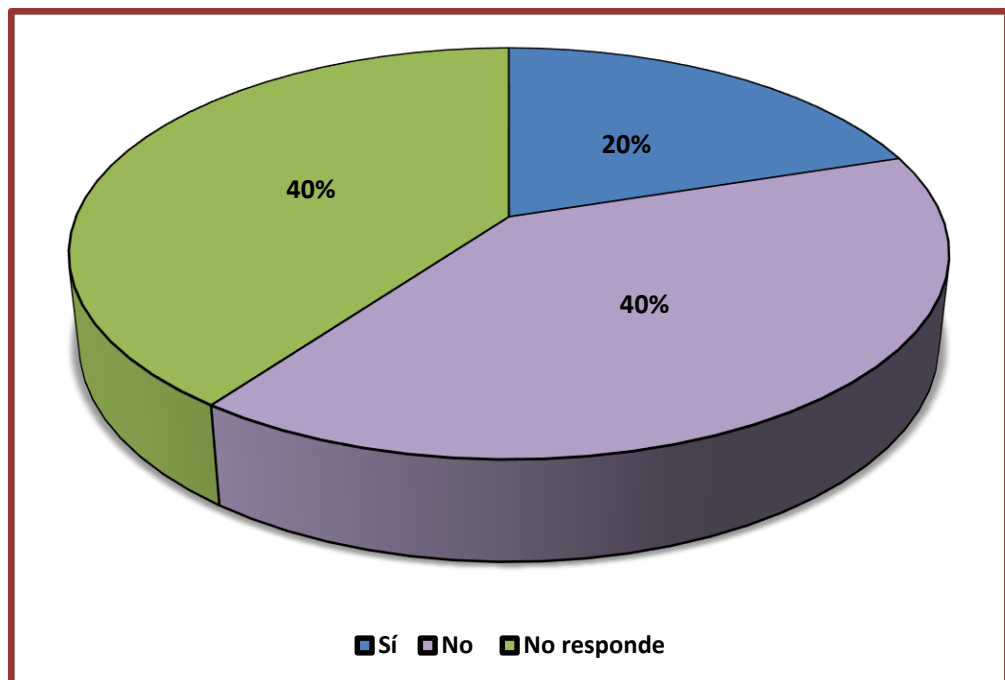
Muestra la respuesta del abogado o magistrado respecto a si en un proceso penal, en cuántas oportunidades ha formalizado investigación a subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado, en delitos de colusión.

5. Marque con una "x" la respuesta correcta.	Respuesta:		Total	
	<i>f</i>	%	<i>f</i>	%
Sí	5	20	25	100
No	10	40		
No responde	10	40		

Fuente: pregunta N° 05
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 05

¿En los procesos penales, en cuántas oportunidades ha formalizado investigación a subcontratistas ajenos?



Fuente: cuadro N°05
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De lo expresado a la pregunta a si en procesos penales, ¿en cuántas oportunidades ha formalizado investigación a subcontratistas ajenos?, abogados y magistrados se expresaron: cinco (05), 20% manifestaron de manera positiva, es decir; que sí ha formalizado investigación a subcontratistas; diez (10), 40% manifestaron de manera negativa. Del mismo modo diez (10), 40% no respondieron ni tuvieron ninguna acotación respecto al tema.

Podemos concluir que un buen porcentaje consideran que no ha formalizado investigación a subcontratistas.

Cuadro N° 06

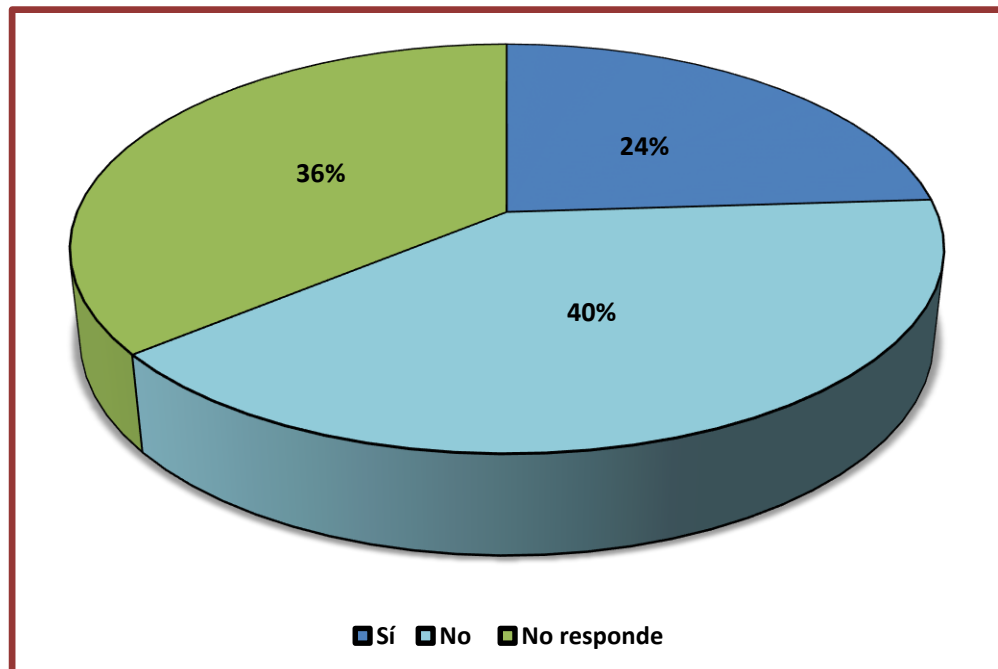
Muestra la respuesta del abogado o magistrado respecto a si en incidentes de medios de defensa, ha declarado infundadas improcedencias de acción incoados por investigados subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado.

6. Marque con una "x" la respuesta correcta.	Respuesta:		Total	
	f	%	f	%
Sí	6	24	25	100
No	10	40		
No responde	9	36		

Fuente: pregunta N° 06
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 06

¿En incidentes de medios de defensa, ha declarado infundadas improcedencias de la acción incoados por investigados subcontratistas?



Fuente: cuadro N°06
Elaboración: El tesista

Interpretación.

De lo expresado a la pregunta a si en incidentes de medios de defensa, ha declarado infundadas medios de defensa incoados por investigados subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado, los encuestados se expresaron: cinco (06), 24% se manifestaron de manera positiva es decir que en incidentes de medios de defensa, sí se ha declarado infundadas improcedencias incoados por investigados subcontratistas; diez (10), 40% se manifestaron de manera negativa es decir que en incidentes de medios de defensa, no ha declarado infundadas improcedencias incoados por investigados subcontratistas. Asimismo, nueve (09), 36% no respondieron ni tuvieron ninguna acotación respecto al tema.

Podemos concluir que un buen porcentaje consideran que, en incidentes de medios de defensa, **sí** se ha declarado infundadas improcedencias incoados por investigados subcontratistas.

Cuadro N° 07

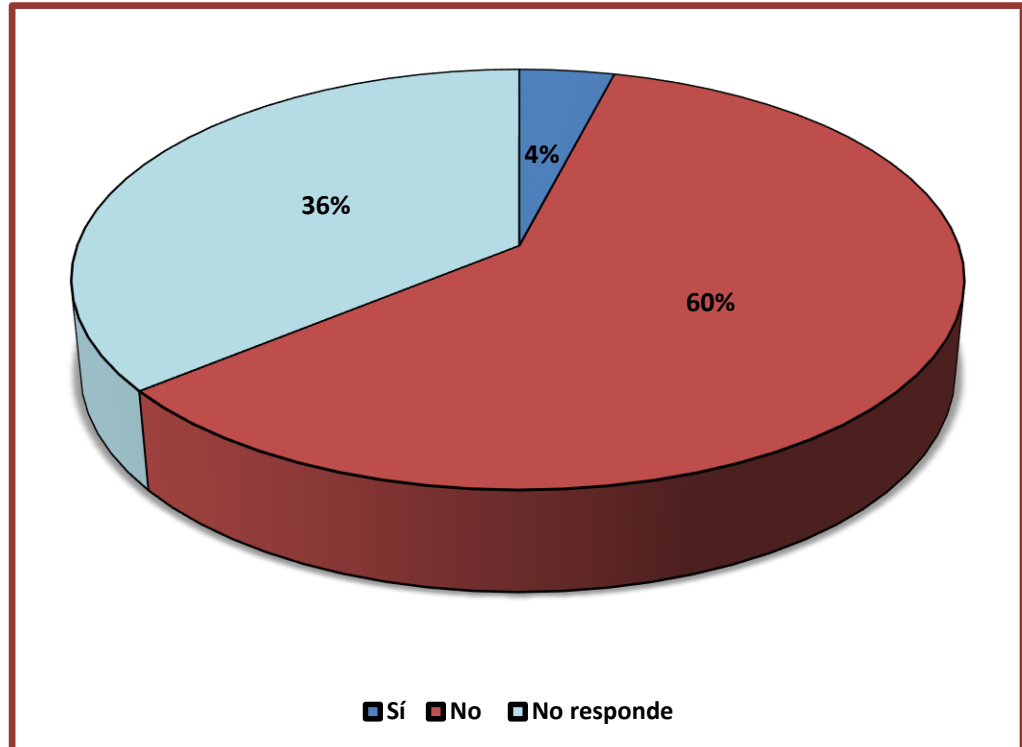
Muestra la respuesta del abogado o magistrado respecto a si en procesos penales, ha condenado a subcontratistas.

7. Marque con una "x" la respuesta correcta.	Respuesta:		Total	
	f	%	f	%
Sí	1	4	25	100
No	15	60		
No responde	9	36		

Fuente: pregunta N° 07
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 07

¿En procesos penales, ha condenado a subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado?



Fuente: cuadro N°07
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De lo expresado a la pregunta a si en procesos penales, ha condenado a subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato, los encuestados se expresaron: uno (01), 04% se manifestaron de manera positiva es decir consideran que, en procesos penales, sí se ha condenado a subcontratistas; quince (15), 60% se manifestaron de manera negativa. Asimismo, nueve (09), 36% no respondieron ni tuvieron ninguna acotación respecto al tema.

Podemos concluir que un buen porcentaje consideran que, en procesos penales **sí** se ha condenado a subcontratistas.

Cuadro N° 08

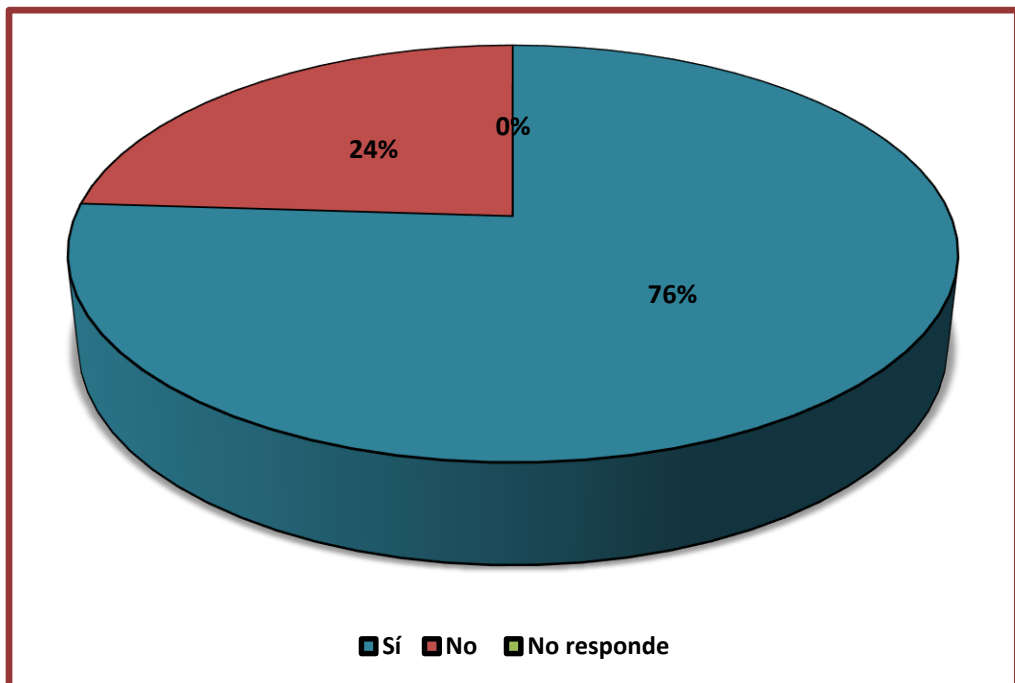
Muestra la consideración del abogado o magistrado respecto a incorporar un segundo párrafo en el artículo 392° del CP., del delito de Colusión, teniendo como base el artículo 384°.

8. Marque con una "x" la respuesta correcta.	Respuesta:		Total	
	f	%	f	%
Sí	19	76	25	100
No	6	24		
No responde	0	0		

Fuente: pregunta N° 08
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 08

¿Considera Ud., la incorporación de un segundo párrafo en el artículo 392° del CP., teniendo como tipo base el artículo 384°?



Fuente: cuadro N°08
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De lo expresado en el gráfico N°08 a la pregunta a si incorporar un segundo párrafo en el artículo 392° del CP., en el delito de Colusión, teniendo como base el artículo 384°, los encuestados muestran sus consideraciones: diecinueve (19), 76% se manifestaron de manera positiva es decir que sí se debe incorporar; seis (06), 24% se manifestaron de manera negativa.

Podemos concluir que un buen porcentaje consideran que **sí** se debe incorporar.

Cuadro N° 09

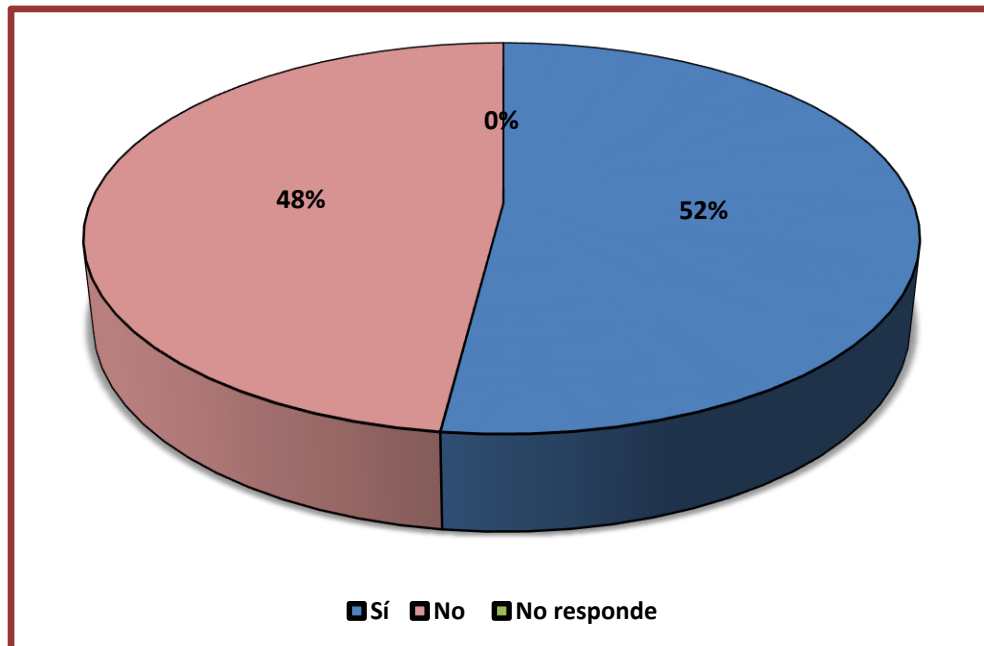
Muestra la respuesta del abogado o magistrado respecto a si se afectaría el principio de culpabilidad y de legalidad, si se comprendiera en el delito de colusión al particular o subcontratista de suministros que fue ajeno al contrato con el Estado.

9. Marque con una "x" la respuesta correcta.	Respuesta:		Total	
	f	%	f	%
Sí	13	52	25	100
No	12	48		
No responde	0	0		

Fuente: pregunta N° 09
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 09

¿Considera Ud., que se afectaría el principio de culpabilidad y de legalidad, si se comprendiera en el delito de colusión al particular o subcontratista?.



Fuente: cuadro N°09
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De lo observado a la pregunta a si se afectaría el principio de culpabilidad y de legalidad, si se comprendiera en el delito de colusión al particular o subcontratista de suministros que fue ajeno a la licitación y contrato con el Estado, los encuestados se expresaron: trece (13), 52% se manifestaron de manera positiva es decir que sí se afectaría dichos principios; doce (12), 48% se manifestaron de manera negativa.

De lo manifestado podemos concluir que un buen porcentaje consideran **sí** se afectaría si se comprendiera al particular o subcontratista de suministros ajeno.

Cuadro N° 10

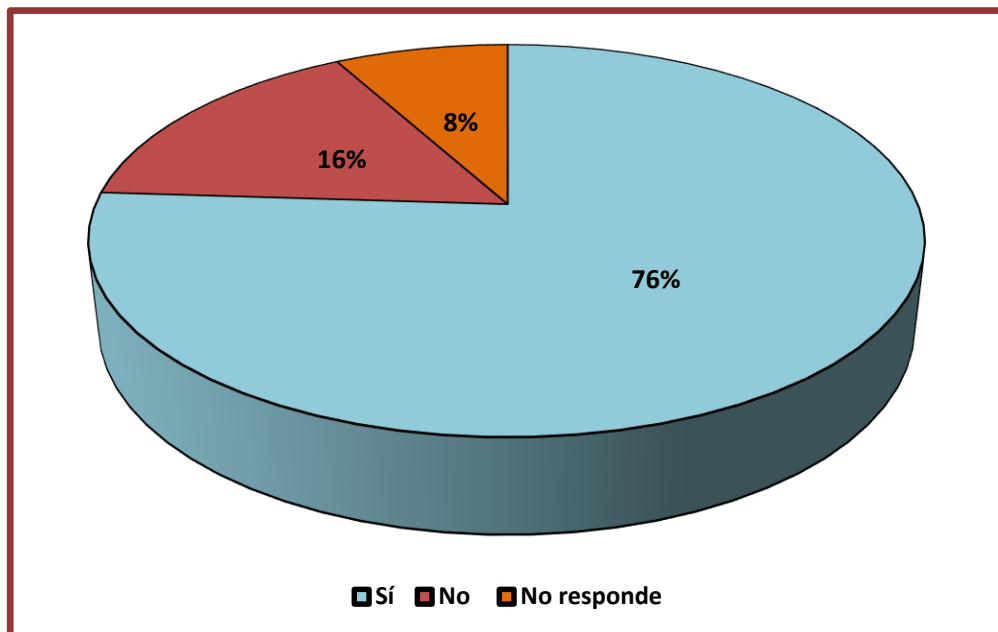
Muestra la consideración del abogado o magistrado respecto a que, de incorporarse un párrafo como extensión del tipo, para el delito de colusión, coadyuvaría a una mejor argumentación y aplicación, respecto al particular o subcontratista de suministros ajeno al contrato con el Estado.

10. Marque con una "x" la respuesta correcta.	Respuesta:		Total	
	<i>f</i>	%	<i>f</i>	%
Sí	19	76	25	100
No	4	16		
No responde	2	8		

Fuente: pregunta N°10
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 10

¿Considera Ud., que, de incorporarse un párrafo como extensión del tipo coadyuvaría a una mejor argumentación y aplicación, respecto al particular o subcontratista de suministros ajeno?



Fuente: cuadro N°10
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De lo expresado a la pregunta a si de incorporar un párrafo como extensión del tipo, para el delito de colusión, coadyuvaría a una mejor argumentación y aplicación, respecto al particular o subcontratista de suministros ajeno en la licitación y contrato con el Estado, los encuestados se expresaron: diecinueve (19), 76% se manifestaron de manera positiva es decir que de incorporarse un párrafo como extensión del tipo, si coadyuvaría a una mejor argumentación y aplicación, respecto al particular o subcontratista de suministros ajeno; cuatro (04), 16% se manifestaron de manera negativa; dos (02), 08% no respondieron ni tuvieron ninguna acotación respecto al tema.

De lo manifestado podemos concluir que un buen porcentaje consideran que, de incorporarse un párrafo como extensión del tipo, **sí** coadyuvaría a una mejor argumentación y aplicación, respecto al particular o subcontratista de suministros.

4.2.2. Procesamiento de las fichas de entrevista aplicados.

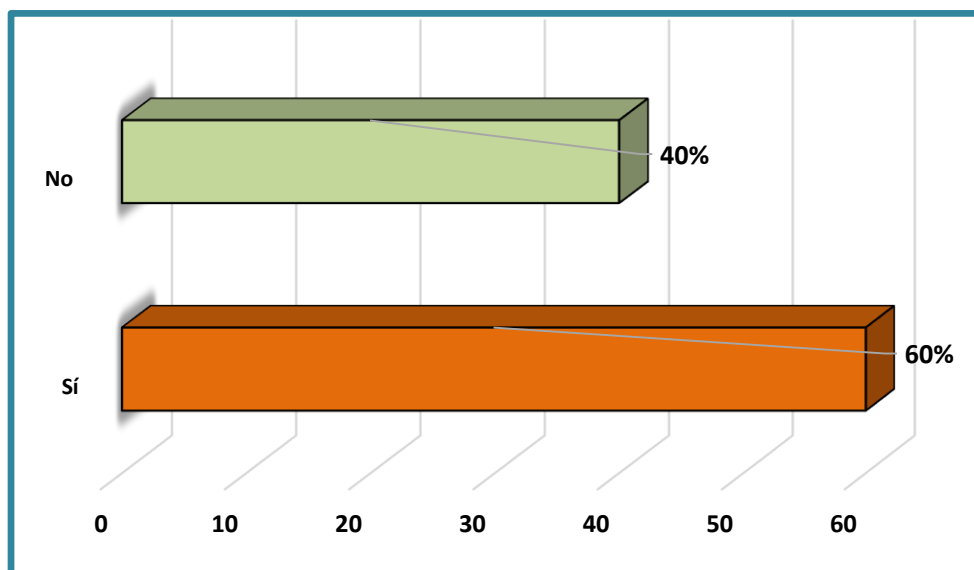
Cuadro N° 11

1. ¿Cree Ud., que se afectaría el Principio de Culpabilidad, si se comprendiera en el delito de Colusión, a un particular o subcontratista de suministros ajeno en la licitación y contrato con el Estado?.	Respuesta:		Total	
	<i>f</i>	%	<i>f</i>	%
Sí	15	60	25	100
No	10	40		

Fuente: pregunta N° 11
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 11

¿Cree Ud., que se afectaría el principio de culpabilidad, si se comprendiera a un particular o subcontratista ajeno?



Fuente: cuadro N°11
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De lo observado a la pregunta si se afectaría el principio de culpabilidad, si se comprendiera a un particular o subcontratista de suministros ajeno al contrato con el Estado, los magistrados y abogados se expresaron: quince (15), 60% se manifestaron de manera positiva es decir creen que sí afectaría si se comprendiera a un particular o subcontratista de suministros; diez (10), 40% se expresaron de manera negativa

Por lo que podemos concluir que un buen porcentaje creen que **sí** se afectaría, si se comprendiera a un particular o subcontratista de suministros ajeno.

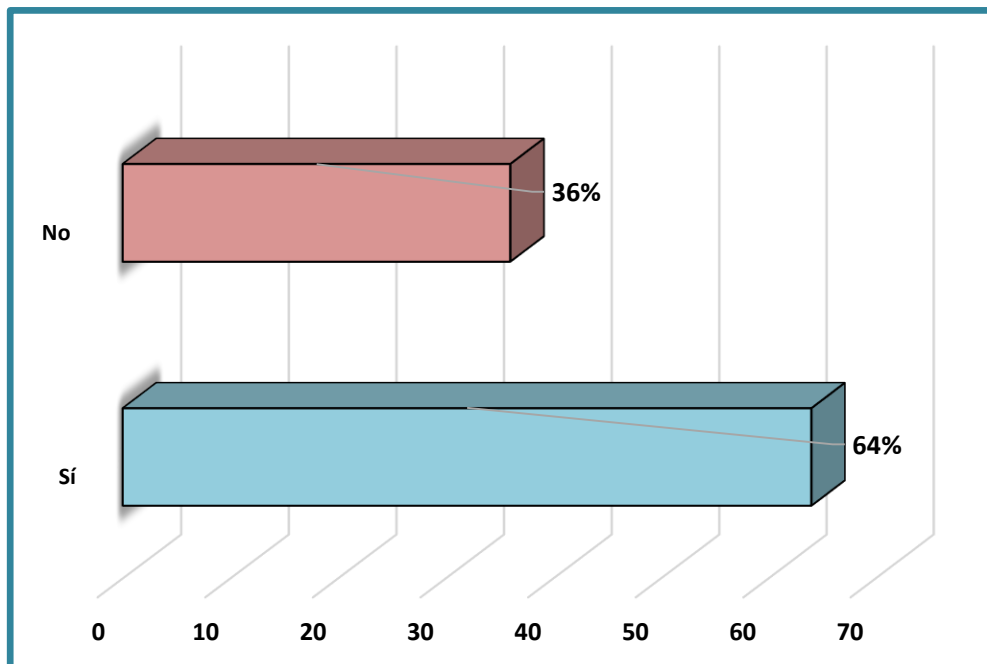
Cuadro N° 12

2. ¿Cree Ud., que se afectaría el principio de legalidad, si se comprendiera en el delito de Colusión, a un particular o subcontratista de suministros ajeno en la licitación y contrato con el Estado?.	Respuesta:		Total	
	<i>f</i>	%	<i>f</i>	%
Sí	16	64	25	100
No	09	36		

Fuente: pregunta N° 12
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 12

¿Cree Ud., que se afectaría el principio de legalidad, si se comprendiera a un particular o subcontratista de suministros ajeno?



Fuente: cuadro N°12
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De lo observado a la pregunta si se afectaría el principio de legalidad, si se comprendiera en el delito de Colusión, a un particular o subcontratista de suministros ajeno al contrato con el Estado, los Magistrados y Abogados se expresaron: dieciséis (16), 64% se manifestaron de manera positiva es decir creen que sí se afectaría si se comprendiera a un particular o subcontratista de suministros ajeno; nueve (09), el 36% se expresaron de manera negativa.

Por lo que podemos concluir que un buen porcentaje creen que **sí** se afectaría si se comprendiera a un particular o subcontratista de suministros ajeno.

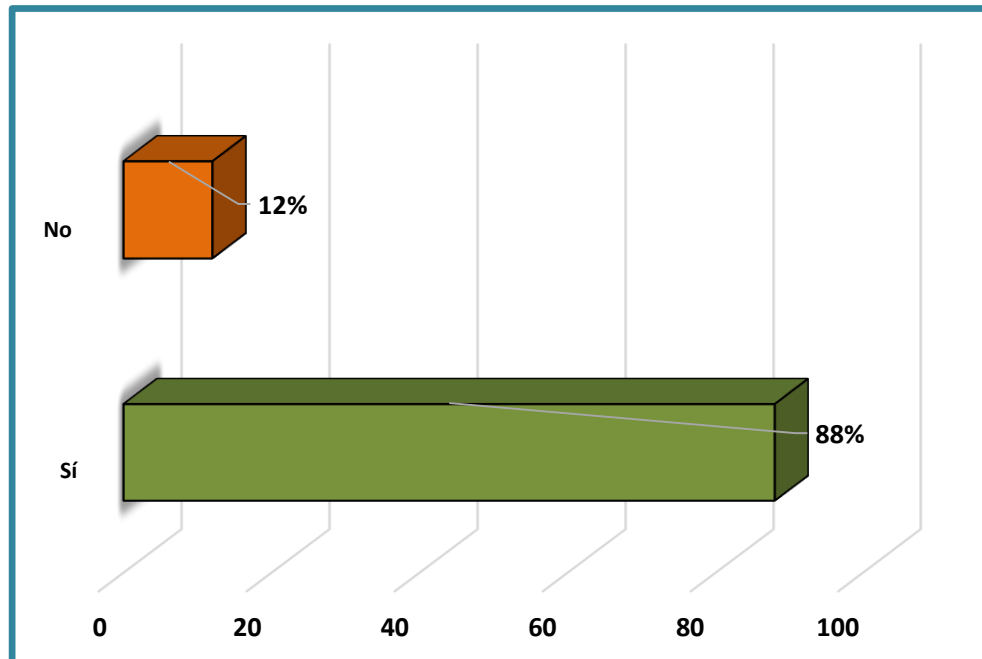
Cuadro N° 13

3. ¿Cree Ud., que es factible incorporar un párrafo, para el delito de colusión respecto al particular o subcontratista de suministros ajeno en la licitación y contrato con el Estado?.	Respuesta:		Total	
	<i>f</i>	%	<i>f</i>	%
Sí	22	88	25	100
No	03	12		

Fuente: pregunta N° 13
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 13

¿Cree Ud., que es factible incorporar un párrafo respecto al particular o subcontratista de suministros ajeno?



Fuente: cuadro N°13
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De lo observado a la pregunta si es factible incorporar un párrafo para el delito de colusión respecto al particular o subcontratista ajeno en la licitación y contrato con el Estado, Magistrados y Abogados se expresaron: veintidós (22), 88% se manifestaron de manera positiva es decir creen que sí es incorporar respecto al particular o subcontratista ajeno; tres (03), 12% se expresaron de manera negativa.

Por lo que podemos concluir que un buen porcentaje creen que **sí** es factible incorporar un párrafo, respecto al particular o subcontratista ajeno.

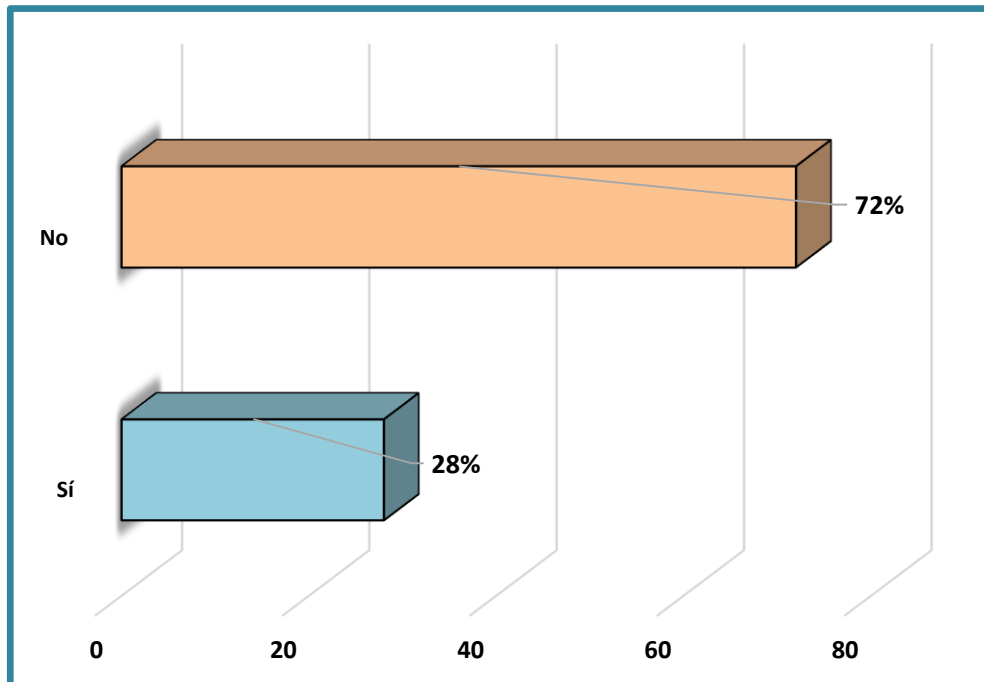
Cuadro N° 14

5. ¿Cree Ud., que el término interesados alude al particular o subcontratista de suministros ajeno en la licitación y contrato con el Estado, teniendo presente que quien contrata es el contratista?	Respuesta:		Total	
	<i>f</i>	%	<i>f</i>	%
Sí	07	28	25	100
No	18	72		

Fuente: pregunta N° 14
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 14

¿Cree Ud., que el término interesados alude al particular o subcontratista de suministros ajeno, teniendo presente que quien contrata es el contratista?



Fuente: cuadro N°14
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De lo observado a la pregunta, el término interesados alude al particular o subcontratista de suministros ajeno en la licitación y contrato con el Estado, teniendo presente que quien contrata, es el contratista, los Magistrados y Abogados se expresaron: siete (07), 28% se manifestaron de manera positiva es decir creen que sí; dieciocho (18), 72% se expresaron de manera negativa es decir creen que no.

Por lo que podemos concluir que un buen porcentaje creen que **no**, que el término interesados **no** alude al particular o subcontratista de suministros ajeno.

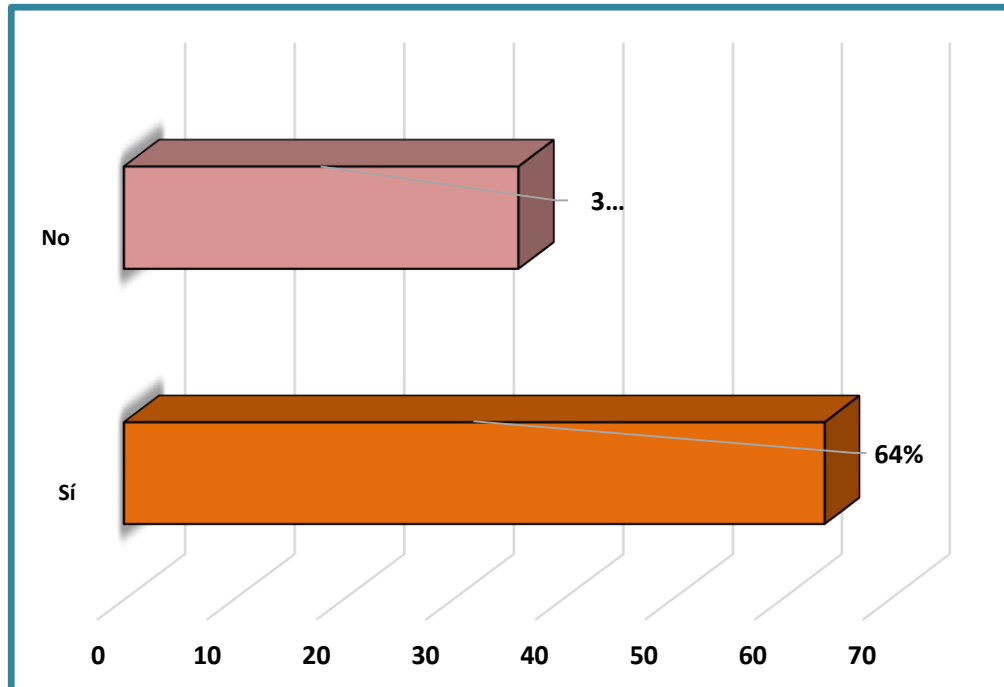
Cuadro N° 15

5 ¿Cree Ud., que existe una mala praxis en hombres el derecho, al interponer masivamente medios de defensa -improcedencia de la acción-, o debería existir una norma al respecto?	Respuesta:		Total	
	<i>f</i>	%	<i>f</i>	%
Sí	16	64	25	100
No	09	36		

Fuente: pregunta N° 15
Elaboración: El tesista.

Gráfico N° 15

¿Cree Ud., que existe una mala praxis en hombres del Derecho, al interponer masivamente medios de defensa -improcedencia de la acción-, o debería existir una norma al respecto?



Fuente: cuadro N°15
Elaboración: El tesista.

Interpretación.

De lo observado a la pregunta a si existe una mala praxis en hombres del Derecho, al interponer masivamente medios de defensa -improcedencia de la acción-, o debería existir una norma al respecto, los Magistrados y Abogados se expresaron: dieciséis (16), 64% se manifestaron de manera positiva es decir creen que sí existe una mala praxis en los hombres del Derecho, al interponer masivamente medios de defensa -improcedencia de acción y debería existir una norma al respecto; nueve (09), 36% se expresaron de manera negativa.

Por lo que podemos concluir que un buen porcentaje creen que existe una mala praxis en los hombres del Derecho, al interponer masivamente medios de defensa -improcedencia de la acción-, y debería existir una norma al respecto.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

5.1 EN QUÉ CONSISTE LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

Conforme al problema planteado la tesis que lleva por título: *“El delito de colusión y su extensión a subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado 2016-2017”*, se propuso como interrogante principal: ¿Es posible que se pueda entender a particulares ajenos?.

En ese sentido, conforme a los resultados estadísticos obtenidos, podemos definir que la hipótesis está en concordancia con lo obtenido por la investigación, debiéndose incorporar otro párrafo en el artículo 392° del CP., como extensión del tipo, en relación al delito de colusión preceptuado en el artículo 384° de lo acotado, de acuerdo como se evidencia en los gráficos estadísticos descritos.

5.2 SUSTENTACIÓN CONSISTENTE Y COHERENTE DE SU PROPUESTA

Del arribo de la investigación, lograr y tener una solución efectiva al problema planteado, se presenta un proyecto de ley, sobre la incorporación de un párrafo en el artículo 392° del Código Penal como extensión del tipo, a fin que se regule la situación jurídica del subcontratista en el delito de colusión.

5.3 PROPUESTA DE NUEVAS HIPÓTESIS

Se comprobó la hipótesis general, pues de los 50 profesionales tomados como muestra, la mayoría coinciden en que sí es posible que se pueda incorporar al particular o subcontratista de suministros ajeno en el delito de colusión, tipo penal base 384° del CP., como extensión de punibilidad, y evitar costo y logística en el Poder Judicial y Ministerio Público, toda vez que los abogados defensores, sigan interponiendo medios de defensa –improcedencia de acción-, conllevando con ello dilatar la investigación, lo que resulta innecesario, tal y como podemos comprobar luego del trabajo de investigación y resultados obtenidos.

5.4 APORTES CIENTÍFICOS

Después de haber realizado la presente tesis y dado validez a nuestras hipótesis, es prescindible un cambio de adición sustancial respecto al extraneus subcontratista en el delitos de colusión, ya que en la praxis funcional y laboral, en el delito de colusión tipificado, el subcontratista es imputado por el verbo rector “interesados” como numerus apertus-, sin embargo, conforme al resultado de la investigación, no es específico dicho término, en la que abogados haciendo una interpretación literal interponen medios de defensa, subcontratistas quienes no manifiestan su deseo de laborar con funcionarios y/o servidores públicos, conllevando que el aporte es incorporar un párrafo en mención a la actividad del subcontratista.

El Código de 1991 vigente a la fecha, sería de la siguiente manera: Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal, los delitos contra la Administración Pública, **(incorporando un párrafo en el artículo 392°)** debiendo decir:

Artículo 392°.- Extensión del tipo:

Están sujetos a lo prescrito en el artículo 384°, los que subcontratan directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concertándose con él contratista y defraudando patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado⁷⁵.

Considero que, con este aporte la situación jurídica de proveedores subcontratistas, será más eficaz, en donde los abogados defensores, interpondrán medios de defensa eficaces y así evitar audiencias judiciales en vano, a sabiendas que el juzgador resolverá en contra.

Considerar lo contrario y dejarse como ésta plasmado, sería permitir malgasto en las arcas del Estado, así como vulneración de derechos fundamentales del subcontratista. Del mismo, cuando hace alusión a una “concertación” anclamos en un concepto privativo de la co-delincuencia, es decir; cuando personas pactan realizar un acto antijurídico.

Somos conscientes de la poca investigación a nivel nacional e internacional del presente tema, dejando abierta la puerta para profundizar y extender la temática en cuestión.

Siendo así, consideramos, en suma, un avance científico social el presente trabajo, esperando que sea de utilidad para los académicos, pero sobre todo a aquellos llamados a dar leyes, para quienes incluso hemos elaborado un proyecto de ley que garantice la buena y mejor aplicación de una sindicación penal a ajenos al contrato principal.

⁷⁵ Párrafo a adicionarse en la Ley N° 28165, publicada el 10 de enero de 2004.

PROYECTO DE LEY Nro. xxx

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

El Código Penal de 1991, vigente a la fecha, establece en el Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal, los delitos contra la Administración Pública, delito de colusión artículo 384°, cuya última modificación fue por Ley N° 29758 que establece la colusión y la colusión agravada.

Siendo así, la corrupción esta enquistada en la gobernabilidad e instituciones que avasalla los derechos de las personas. Esta premunido de varias formas, en lo social, político y económico del país, afectando el acceso a servicios como educación, salud o justicia.

En nuestro país, como al igual en otros países vecinos, autoridades se han visto procesados por actos de corrupción. Corrompiéndose con proveedores, concertándose y perjudicando al Estado, sea en convenios, suministros, licitaciones, adendas; en donde estos últimos en muchas ocasiones subcontratan con otros proveedores, de lo que haciendo una interpretación extensiva del verbo rector “interesados”, se les comprenden como extraneus. Sin embargo, conforme al estudio de campo realizado, operadores opinan que mejor sería que se incorpore un párrafo respecto al subcontratista como extensión del tipo, para una mejor diferenciación y aplicación del Derecho.

Fiscales especializados anticorrupción, han cumplido con su labor cada vez que han sido llamados por el juzgador en audiencias sobre incidentes, interpuestos por los abogados defensores. Sin embargo, desde la entrada del presente proyecto, abogados defensores, harían un rol más efectivo al no interponer por interponer medios de defensa innecesarias, conllevando retardo en el proceso, a sabiendas que sus pretensiones no van a proceder, toda qué vez que subcontratistas como extraneus si se vieran incurso en esos delitos, serían procesados con una norma más específica, es decir; como extensión del tipo.

Siendo así, de la interposición de medios de defensa en forma maliciosa, a pesar que los subcontratistas tienen responsabilidad, el Juez tendrá la posibilidad discrecional de adoptar la medida más ajustada a Ley.

ANÁLISIS DEL COSTO – BENEFICIO La presente Ley no va a generar ningún costo económico, puesto de que al procedimiento de incorporar un párrafo en el artículo trescientos noventa y dos en el CP., se va regular la situación jurídica del subcontratista de suministros ajeno a la licitación y contrato primigenio. Siendo así, al ser específico, por una parte, no habrá mayores gastos en costo, logístico, y por otra, no se interpondrían recursos o medios de defensa innecesarios, conllevando con ello no programar y llevar audiencias en vano.

Los beneficios de esta normativa son considerables, no pudiendo realizarse una cuantificación exacta, debido al ahorro considerable de la administración. Pero, consideramos que los principales favorecidos de la ley, no sólo abogados defensores, sino al igual los administradores del Derecho, llámese juez y fiscal, quienes ya no acudirían a audiencias innecesarias, y la sociedad.

LEY No..... EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR CUANTO: El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente: Artículo 392. Agréguese al Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal peruano, Delitos contra la Administración Pública, Ley n° 28165, incorporando un párrafo en el artículo 392, para la solución del caso puesto a debate;

ARTÍCULO 392° Extensión del tipo:

Están sujetos a lo prescrito en el artículo 384°, los que subcontratan directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concertándose con él contratista y

*defraudando patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado*⁷⁶.

Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación.

Dado en la ciudad de Lima, a los xxx días del mes de xxx del año 2018.

⁷⁶ Párrafo a adicionarse en la Ley N° 28165, publicada el 10 de enero de 2004.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

El delito colusión, se da antes durante y después, modus operandi de los subcontratistas, quienes, a fin de evitar de una sindicación, concertándose suscriben contrato con contratistas y no con el Estado, perjudicando al Estado, estarían inmersos en hechos delictivos en como extraneus.

No afecta el principio de legalidad, puesto que no se hace referencia en forma objetiva la concertación entre el funcionario y subcontratista, ya que ésta última contrata con contratista, y no con el funcionario y/o servidor público.

No afecta al principio de culpabilidad, puesto que los interesados, esta se refiere a los contratistas en forma lato, ya que es quién contrata con los funcionarios públicos, más no a los particulares ajenos, es decir; los subcontratistas.

Si se puede incorporar en el artículo 392° del CP., al subcontratista, tipo penal base artículo 384° como extensión de punibilidad, y así se evitará costo y logística en el Poder Judicial y Ministerio Público, porque los abogados defensores, sigan interponiendo medios de defensa en ese tenor.

RECOMENDACIONES

Que se comprenda a los particulares de suministros ajeno, como **extensión del tipo** artículo 392° del CP., (segundo párrafo), tipo base artículo 384° del acotado, lo que permitirá imputar responsabilidad penal como extraneus.

Reconocer que el concierto y fraude, se da en la suscripción del contrato, ejecución y culminación, para así conllevar a un mejor entendimiento por parte de los administradores del derecho.

A los administradores del derecho y los abogados defensores se le recomienda mayor y mejor criterio argumentativo al precisar el comportamiento típico del subcontratista.

Se sugiere adicionar un párrafo en el artículo 392° del CP., como extensión de punibilidad, el término “interesados” no solo alcanza al contratista sino al igual a los subcontratistas.

CAPÍTULO VII

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

LIBROS

- BERNAL PINZON, Jesús. (1965). *Delitos contra la administración pública*, Bogotá. Editorial TEMIS.
- BOBBIO, N., (1961) “Sul positivismo giuridico”, *Revista di Filosofia*, LII, 14; reimpresso en BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milán, 1965 (3ra ed. 1977).
- BUSTOS RAMÍREZ, J., (1997). *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona.
- CABALLERO ROMERO, Alejandro. (2008). *Innovaciones en las guías metodológicas de maestría y doctorado*. Lima, Instituto Alen Caro E.I.R.L. Primera Edición.
- CACERES JULCA, Roberto. (2016). *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y probatorios*. Lima. Gaceta Jurídica.
- CARRUITERO LECCA Francisco, (2004). *Filosofía del Derecho, Selección de Lecturas*. Lima.
- CAPPELLETTI, M, L. (1974). *Educazione del giurista dell Università*, Milano, Giugffre.
- DIAZ CASTILLO, Ingrid. (2010) realizó la tesis Doctoral titulada “*El tipo de injusto de los delitos de colusión en el ordenamiento jurídico peruano*”.
- FEDERICO HEGEL, Guillermo. (1968). *Filosofía del derecho. La ética*. Biblioteca filosófica. Vol. 5. Editorial Claridad S. A. Buenos Aires.

- FERREIRA DELGADO, Francisco. (1995) *“Delitos contra la administración pública”*, 3a Ed., Temis, Bogotá.
- GARCIA FIGUEROA, Alfonso J. (2005) *“La argumentación el Derecho”*, Capítulo IV, Lima – Perú., Editorial Palestra. *Cuestión de principios*, AMAG, Fundamentos de la Filosofía del Derecho 2015.
- HUGO ALVAREZ, Jorge. (2002). *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, 2da edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- MANDUJANO RUBIN, José Luís (2017). Tesis: *Problemas de imputación y en el delito de colusión*. Universidad de Huánuco.
- MINAYA CHIRINOS, Hugo. (2015). *Fundamentos de la prescripción al extraneus en delitos de colusión*. Tesis para optar el grado de doctor en derecho. Juliaca. Perú.
- MONTOYA VIVANCO, Iván. *“Manual sobre delitos contra la administración pública”*. En. IDEHPUCP, Lima, 2015.
- OLAIZOLA NOGALES, I., (1999). *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ORE GUARDÍA, Arsenio. (2012). *Jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo Código Procesal Penal*, Volumen 2, AMAG, Lima.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. (2013). *Derecho penal parte general*, Lima, Idemsa. Tomo V. Segunda Edición.
- PEREZ LUÑO, Antonio. (2005). *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía del Derecho*. Lima. 2005.
- REAÑO PESCHIERA, José. (2009). *Formas de intervención en los delitos de peculado*. Lima: Jurista Editores.
- REQUEJO SANCHEZ, Césil Hedelmar. (2008). *El delito de Colusión*. En Actualidad Jurídica N° 180, Gaceta Jurídica.

- ROJAS VARGAS, Fidel. (2002). *Delitos contra la administración pública*, Lima, Editorial Grijley, 3ra edición.
- ROXIN, Claus. (2007). *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*. Madrid.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. (2007). *Derecho penal: parte especial*. 2da. edición, Lima, Grijley
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. (2014). *Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica N.º 1*, Impreso por: HERAL MOL S.R.L. Lima. 1ª edición.
- WIMMER, Roger D, y DOMINICK, Joseph R. (1996). *La investigación científica. Una introducción a sus métodos*. Bosch. Casa Editorial. 1ª Edición.
- WORKIN, Ronald. (1992). *Filosofía del Derecho*. España.
- ZEVALLOS ACOSTA, Uladislao. (2009). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Universidad de Huánuco. Huánuco- Perú.

REVISTAS Y PERIÓDICOS DE CARÁCTER ACADÉMICO

- BLONDET, Cecilia. (2013). “Reseña del libro “Historia de la corrupción en el Perú” de Alfonso Quiroz”. En Revista Argumentos, Edición N° 2, mayo. Disponible en: <http://revistaargumentos.iep.org.pe/articulos/resena-del-libro-historia-de-la-corrupcion-en-el-peru-de-alfonso-quiroz/> ISSN 2076-7722.

DICCIONARIOS ESPECIALIZADOS

- FERRATERO MONTES, José. (1982). *Diccionario de Filosofía*. Editorial Roda. Perú.

CONSULTAS DE INTERNET

- Expediente N° 00017-2011-PI/TC. (Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>; fecha de consulta: 25.05.2016).
- GUIMARAY MORI, Erick. “La tipificación penal” En: Boletín Anticorrupción, N° 7, octubre 2011, p.4. Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupción/boletin/octubre_2011_n07.pdf
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [ubicado el 9.IX. 2009]. Obtenido en: http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=defraudar.

JURISPRUDENCIA

- Expediente N° 1531-92, en: SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la administración pública*, op. cit., pág. 275.
- Expediente N° 1296-2007. En el mismo sentido, Exp. 20-2003-AV, GUIMARAY MORI, E., Compendio jurisprudencial sistematizado, op. cit., pág. 69.
- Expediente N° 34432-2010-17, GUIMARAY MORI, E., Compendio jurisprudencial sistematizado, op. cit., pág. 69

A N E X O S

MODELO DE ENCUESTA

TEMA: “El delito de colusión y su extensión a subcontratista de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado, 2016 - 2017”

Importante:

- Estimado magistrado, abogado, la presente encuesta ha sido propuesta para adquirir importantes datos, los cuales están basadas en sus respuestas.
- Se ruega se responda con sinceridad y seriedad a cada pregunta, conformada por esta encuesta. Desde ya, se expresa **nuestra mayor gratitud.**
- La identidad del encuestado es anónima.
- Marque con un “X” la **respuesta correcta.**

CUESTIONARIO:

- 1. Tiene conocimiento sobre el delito de Colusión que regula el Código Penal?**
Si ()
No ()
No responde ()
- 2. Cómo califica el concierto y fraude en el delito de colusión. Marque la respuesta INCORRECTA.**
Acuerdo clandestino entre dos o más partes ()
Acuerdo y perjuicio económico ()
Ayuda al necesitado ()
- 3. Considera Ud., que el artículo 384° del Código Penal, tiene una imputación acertada respecto del subcontratista de suministros ajeno a la licitación y contrato con el Estado?**
Si ()
No ()
No responde ()
- 4. Estima Ud., si el término interesados descrito en el artículo 384° del Código Penal peruano, alude al subcontratista de suministros ajeno a la licitación y contrato con el Estado?**
Sí ()
No ()
No responde ()

5. **En procesos penales, en cuántas oportunidades ha formalizado investigación a subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado, en delitos de colusión?.**
Sí ()
No ()
No responde ()
6. **¿En incidentes de medios de defensa, ha declarado infundadas improcedencias de acción incoadas por investigados subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado?.**
Sí ()
No ()
No responde ()
7. **¿En procesos penales, ha condenado a subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado ?.**
Sí ()
No ()
No responde ()
8. **Considera Ud., la incorporación de un segundo párrafo en el artículo 392° del CP., en el delito de Colusión, teniendo como tipo base el artículo 384°?.**
Sí ()
No ()
No responde ()
9. **Considera Ud., que se afectaría los principios de culpabilidad y de legalidad, si se comprendiera en el delito de colusión al particular o subcontratista que fue ajeno a la licitación y contrato con el Estado?.**
Sí ()
No ()
No responde ()
10. **Considera Ud., que de incorporarse un segundo párrafo como extensión del tipo, para el delito de colusión, coadyuvaría a una mejor argumentación y aplicación, respecto al particular o subcontratista de suministros ajeno a la licitación y contrato con el Estado?.**
Sí ()
No ()
No responde ()

**MODELO DE ENTREVISTA A MAGISTRADOS DEL PODER
JUDICIAL Y MINISTERIO PÚBLICO**

**TEMA: “El delito de colusión y su extensión a
subcontratista de suministros ajenos a la licitación y
contrato con el Estado, 2016 -2017”**

Importante.

- La presente entrevista ha sido propuesta para adquirir importantes datos, los cuales están basadas en sus respuestas.
- La identidad del entrevistado es reservada.
- Se ruega se responda con sinceridad y seriedad a cada pregunta, conformada por esta encuesta. Desde ya, **se expresa nuestra mayor gratitud.**

ENTREVISTA:

1. **¿Cree Ud., que se afectaría el Principio de Culpabilidad, si se comprendiera en el delito de Colusión, a un particular o subcontratista de suministros ajeno en la licitación y contrato con el Estado?.**

Si ()

No ()

Por qué?

Comentario:.....

.....

.....

2. **¿Cree Ud., que se afectaría el Principio de Legalidad, si se comprendiera en el delito de Colusión, a un particular o subcontratista de suministros ajeno en la licitación y contrato con el Estado?.**

Si ()

No ()

Por qué?

Comentario:.....

.....

.....

3. **¿Cree Ud., que es factible la incorporación de un segundo párrafo, para el delito de colusión respecto al particular o subcontratista de suministros ajeno en la licitación y contrato con el Estado?.**

Si ()

No ()

Por qué?

Comentario:.....

.....

.....

4. **¿Cree Ud., que el término interesados alude al particular o subcontratista de suministros ajeno en la licitación y contrato con el Estado, teniendo presente que quien contrata con el Estado, es el contratista?**

Si ()

No ()

Por qué?

Comentario.....

.....

.....

5. **¿Cree Ud., que existe una mala praxis en los operadores del Derecho, al interponer masivamente medios de defensa - improcedencia de la acción-, o debería existir una norma específica al respecto?**

Si ()

No ()

Por qué?

Comentario:.....

.....

.....

.....

Muchas gracias.

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: “El delito de colusión y su extensión a subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado, 2016-2017”

I. Problema	II. Objetivo	III. Hipótesis	V. Variables e indicadores	V. Metodología
<p style="text-align: center;">Problema General.</p> <p>¿Es posible que se pueda entender en el tipo penal de colusión a particulares o subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado?</p> <p style="text-align: center;">Problemas Específicos.</p> <p>A. ¿Se afecta al Principio de Legalidad si se comprende en el delito de Colusión, a un subcontratista que fue ajeno a contrato entre el Estado y el contratista?</p> <p>B. ¿Se afecta el Principio de Culpabilidad si se comprende en el delito de Colusión a un subcontratista que fue ajeno al contrato entre el Estado y el contratista?</p> <p>C. ¿Es posible la incorporación al subcontratista de suministro ajeno a la licitación y contrato con el Estado, en el tipo penal de extensión de punibilidad artículo 392° del Código Penal, teniendo como tipo base el artículo 384°?</p>	<p style="text-align: center;">Objetivo General.</p> <p>Explicar si es posible que se pueda entender en el tipo penal de colusión a particulares o subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado.</p> <p style="text-align: center;">Objetivos Específicos.</p> <p>A. Explicar si se afecta el principio de legalidad, si se comprende en el delito de colusión a un subcontratista que fue ajeno al contrato entre el Estado y el contratista.</p> <p>B. Explicar si se afecta el principio de culpabilidad si se comprende en el delito de colusión a un subcontratista que fue ajeno al contrato entre el Estado y el contratista.</p> <p>C. Analizar si es posible la incorporación al subcontratista de suministro ajeno a la licitación y contrato con el Estado, en el tipo penal de extensión de punibilidad artículo 392° del Código Penal, teniendo como tipo base el artículo 384°.</p>	<p style="text-align: center;">Hipótesis General.</p> <p>Es posible entender en el tipo penal de colusión, a particulares o subcontratistas de suministros ajenos a la licitación y contrato con el Estado.</p> <p style="text-align: center;">Hipótesis Específicas</p> <p>A. No se afecta el principio de legalidad, con relación al subcontratista siempre y cuando éste haya tenido participación en la ejecución de la obra.</p> <p>B. No se afecta al Principio de Culpabilidad, si se comprende en la sentencia condenatoria al subcontratista, toda vez que, si bien fue ajeno al contrato, pues si tuvo participación en la ejecución del contrato.</p> <p>C. Si es posible la incorporación del subcontratista de suministro ajeno a la licitación y contrato con el Estado, en el tipo penal de extensión de punibilidad artículo 392° del Código Penal, teniendo como base el artículo 384.</p>	<p>Variable Independiente. X: Delito de colusión.</p> <p>Variable Dependiente. Y: Particulares o subcontratistas de suministros.</p> <p>Indicadores de la Variable Independiente.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Funcionarios públicos. - Servidores públicos. <p>Indicadores de la Variable Dependiente.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Personas naturales. - Personas jurídicas. 	<p>Tipo de Investigación. - Básica.</p> <p>Diseño de la Investigación: - No experimental de tipo transversal.</p> <p>Esquema: M ----- O</p> <p>En la cual: M = es la muestra de estudio. O = son los resultados de la observación.</p> <p>Población. - Abogados en materia penal, Jueces y Fiscales especializados.</p> <p>Muestra. - Constituido por 50 profesionales.</p> <p>Método de investigación: Científico - Descriptivo.</p> <p>Técnica recolección de datos: Entrevista. Encuesta. Análisis documental. Fichaje de información doctrinaria.</p> <p>Instrumento recolección datos: Guía de Preguntas. Cuestionario. Cuadros estadísticos.</p>