



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**“INEFICACIA DE LA ACUSACIÓN FISCAL POR DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE E INCIDENCIA EN LA
EXPEDICIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS DE LA SALA
PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA POR EL MISMO
DELITO EN EL PERIODO 2010-2015”.**

Tesis para optar el Título de Abogado.

Presentado por:

Bach. Wiber Jossef Vega Mendoza.

Asesor: Dr. Emilio Ivan Paredes Yataco.

Lima-Perú

Marzo 2017

DEDICATORIA

*A Flora, Primi, Joaquín y
Gloria.*

AGRADECIMIENTO

*A la Universidad Inca Garcilaso
de la Vega, por brindarme la
oportunidad de explorar nuevos
conocimientos.*

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	1
AGRADECIMIENTO.....	2
ÍNDICE DE TABLAS.....	6
ÍNDICE DE FIGURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I.....	10
1. EL PROBLEMA.....	10
1.1. Planteamiento del problema.....	10
1.2. Formulación del problema.....	11
1.2.1. Problema general.....	11
1.2.2. Problemas específicos.....	11
2. OBJETIVOS.....	11
2.1. Objetivo general.....	11
2.2. Objetivos específicos.....	12
3.HIPÓTESIS.....	12
3.1. Hipótesis general.....	12
3.2. Hipótesis específicas.....	12
4.Variables.....	13
4.1.Variable independiente.....	13
4.2.Variable dependiente.....	13
4.3.Cuadro de operacionalización de variables.....	13
5. JUSTIFICACIÓN.....	15
5.1.Justificación teórica.....	15
5.2.Justificación metodológica.....	15
5.3.Justificación práctica.....	15
5.4.Justificación social.....	16
CAPÍTULO II.....	17
2. MARCO TEÓRICO.....	17
2.1. Antecedentes teóricos de la investigación.....	17

2.1.1.	Antecedentes internacionales	17
2.1.2.	Antecedentes nacionales	21
2.2.	Bases Teóricas.....	25
2.2.1.	Fundamento de la Intervención del Derecho Penal en los delitos contra la administración pública.....	25
2.2.3.	Sentencia Penal	26
2.2.4.	Acuerdo plenario N° 001-2010/CJ-116, de fecha 16 de Noviembre del 2010.....	28
2.3.	Teorías Imperantes	29
2.3.1.	Teorías sobre los bienes jurídicos colectivos en los delitos contra la administración pública	29
2.3.2.	Teorías sobre el objeto de protección en los delitos contra la administración pública .	30
2.4.	Teoría Seleccionada	31
2.5.	Marco Histórico	31
2.5.1.	Origen del delito de negociación incompatible	32
2.5.2.	Evolución del delito de negociación incompatible en el derecho peruano	32
2.6.	Marco Jurídico.....	35
2.6.1.	El delito de negociación incompatible en el Código Penal Peruano	35
2.6.2.	Conducta típica del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del Cargo.....	35
2.6.4.	El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible previsto en el Código Penal peruano	43
2.6.5.	Finalidad del delito de negociación incompatible	46
2.6.6.	Jurisprudencia peruana sobre el delito de negociación incompatible.....	47
2.6.7.	Legislación y jurisprudencia comparada	51
2.6.8.	Diferencias del delito de negociación incompatible con otros delitos.....	53
2.7.	Marco Conceptual o Glosario de Términos Básicos.....	55
CAPÍTULO III		57
3.	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	57
3.1.	Tipo de investigación	57
3.2.	Diseño de investigación	57
3.3.	Universo, Población y Muestra.....	58
3.3.1.	Universo	58
3.3.2.	Población	58

3.3.3. Muestra	58
3.4. Métodos	60
3.6. Instrumentos.....	61
3.7. Procesamiento de datos y análisis de resultados	61
3.7.1. Procesamiento de datos.....	61
3.7.2. Análisis de resultados.....	100
3.7.2.1. Resultados.....	100
3.7.2.2. Contrastación de hipótesis	100
3.7.2.2.1. Con la hipótesis específica 2	100
3.7.2.2.2. Con la Hipótesis específica 1	101
3.7.2.2.3. Con la Hipótesis General de la investigación	103
3.8. Discusión	104
3.9. CONCLUSIONES.....	108
3.10. RECOMENDACIONES	109
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	111
ANEXOS.....	115
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA	115
ANEXO2: Guía de análisis documental	118
ANEXO 3.....	119
Tabla de contingencia que expresa los resultados de la aplicación del análisis documental a la muestra de la investigación (Tabla 4)	119
ANEXO4	120
Aplicación detallada de la guía de análisis documental a 22 expedientes absolutorios	120

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Operacionalización de Variable X.....	13
Tabla 2. Operacionalización de Variable Y.....	14
Tabla 3. Conformación de la muestra.....	59
Tabla 4. Resultado de aplicación de análisis documental.....	62
Expediente 01:	62

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Esquema de investigación	58
--	----

RESUMEN:

La presente investigación se orienta al análisis de la influencia que pueda tener la acusación fiscal del Ministerio Público por el delito de negociación incompatible en las sentencias que expida la Corte Suprema de Justicia; la misma que podrá ser condenatoria si la acusación fiscal es eficaz.

El Estado peruano, a través del Ministerio Público, viene utilizando al delito de negociación incompatible, previsto en el Art. 399° del Código Penal como figura subsidiaria de otros delitos contra la Administración Pública, entre ellos el delito de Colusión y Cohecho, por lo que se generan problemas de interpretación en el análisis del verbo rector “Interesarse”, siendo esta generalmente de carácter subjetivo.

La complejidad en la probanza del delito de colusión, llevó a que algunos fiscales, utilicen la figura típica de la negociación incompatible, cuya mayor posibilidad de probanza induce sin mayor dificultad a la apertura del inicio formal de la investigación, y que en la mayoría de los casos, la acusación fiscal deviene en ineficaz, obteniéndose como resultado sentencias absolutorias.

El tipo de investigación es aplicada e histórica, con método cualitativo, diseño no experimental correlacional, universo consistente en sentencias absolutorias, población de 75 sentencias, muestra no probabilística o intencional de 22 sentencias, nivel de investigación descriptivo y explicativo. Esta muestra fue sometida a los criterios de la guía de análisis documental, obteniéndose los siguientes resultados: El 77.27% de las sentencias, muestran falta de acervo probatorio; el 77.27% de las sentencias, muestran la existencia de pruebas endebles; el 100% de las sentencias muestran que en el proceso se presentaron pruebas de cargo y descargo; el 94.45% de las sentencias, muestran que el hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible; el 40.90% de las sentencias, muestran que hubo una mala calificación jurídica de los hechos.

PALABRAS CLAVE:

Acusación fiscal, ineficacia, negociación incompatible, sentencias absolutorias, prueba, administración pública, contratación estatal, delito, funcionario.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene ahínco en la influencia que pueda tener la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano para la expedición de la Sentencia que expida la Corte Suprema de Justicia; la misma que como se conoce, puede obtener como resultados principales, la condena o absolucón del imputado.

Indudablemente, para que la Corte Suprema de Justicia llegue a estos resultados, deben sustentarse en la prueba respectiva, la misma que en el proceso penal, corre a cargo del Ministerio Público como titular de la acción penal pública y que, previamente a la etapa del juicio en el proceso, le corresponde formular la acusación correspondiente, la misma que debe estar sustentada en la respectiva prueba de cargo.

De modo que si la acusación fiscal se encuentra debidamente sustentada en la prueba de un determinado delito y de la responsabilidad penal de su autor, no cabe duda que el proceso terminará en la Sentencia Condenatoria por parte de la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, si la acusación fiscal presenta insuficiencia probatoria o genera duda en el juzgador o existe una mala calificación jurídica de los hechos, el proceso culminará en la absolucón del acusado por parte de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, que la acusación fiscal será ineficaz.

Y esto es lo que actualmente acontece dentro del ámbito de los delitos contra la administración pública, en concreto en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. La acusación fiscal del Ministerio Público deviene ineficaz, puesto que la Corte Suprema de Justicia concluye absolviendo al funcionario o servidor público dentro del proceso penal respectivo.

El delito de negociación incompatible sanciona al funcionario o servidor público que indebidamente, de modo directo, indirecto o por acto simulado, se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su

cargo. El tipo legal de este delito, conjuntamente con otros que forman parte de los delitos contra la administración pública, constituye la respuesta que proporciona el ordenamiento jurídico peruano al fenómeno delictivo de la corrupción imperante en el ámbito de la contratación estatal o pública.

Lamentablemente, donde más impera la corrupción es en este ámbito de la contratación pública, donde se presta preeminencia a los intereses privados por sobre los intereses públicos. En el Perú, se considera que el delito de negociación incompatible conjuntamente con el de colusión, se encuentran entre los que son más denunciados, puesto que abunda en el ámbito de la contratación estatal, los casos de concertación para defraudar al Estado o donde los intereses privados se superponen a los estatales.

Por tal motivo, la acusación fiscal ineficaz del Ministerio Público que termina en sentencia absolutoria para los delitos de negociación incompatible no se condice con el esfuerzo del Estado peruano para luchar contra la corrupción, puesto que existe evidencia del delito, no obstante no se llega a condenar a su autor por problemas de interpretación del Ministerio Público, que no cuenta con criterios de interpretación suficientes que le permita solucionar los problemas de aplicación que presenta el bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible. Por lo que se hace necesario llevar a cabo la presente investigación, vía el examen de las sentencias absolutorias que por el delito antes mencionado ha expedido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del periodo 2010-2015 para averiguar las razones por las que nuestro más alto tribunal decidió de la manera como lo hizo.

Así, el desarrollo de la presente investigación, se inicia con el capítulo I, referido al planteamiento del problema y su formulación, los objetivos, las hipótesis, las variables y la justificación; el capítulo II, referido al desarrollo del marco teórico; el capítulo III, referido a la metodología de la investigación, las conclusiones y recomendaciones de la investigación.

CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

Desde hace algún tiempo, la figura delictiva de la negociación incompatible prevista en el artículo 399° del Código Penal Peruano viene siendo utilizada como figura subsidiaria por el Ministerio Público cuando este pretende sustentar su acusación fiscal por el delito de colusión, lo que ocurre supuestamente por la menor dificultad probatoria que implica el tipo penal de negociación incompatible, previsto en el Código Penal Peruano.

De esta manera, resultará más fácil la apertura de la etapa de investigación preparatoria en el proceso penal, puesto que bastará que existan indicios suficientes de la comisión del supuesto delito para que este no sea archivado por el Ministerio Público. No obstante, la Defensoría del Pueblo (2014), en su Informe Defensorial N° 168, señala que

la prueba del delito de colusión a nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema requiere de actos manifiestos o evidencias documentales contundentes; verificación que se estaría trasladando indebidamente al momento que el Ministerio Público debe decidir el archivo o apertura de la investigación, en desmedro de la prueba indiciaria (p.295).

Este mayor nivel de complejidad en la probanza del delito de Colusión ha llevado a que algunos fiscales hagan uso de la figura típica de la negociación incompatible, cuya mayor posibilidad de probanza lleva a que sea posible la apertura del inicio formal de la investigación. No obstante, los procesos penales respectivos en estos casos, están culminando en sentencias absolutorias a nivel de la Sala Penal de la Corte Suprema; por lo que surge la interrogante de saber si es que no se está dando un planteamiento equivocado de la acusación fiscal por el representante del Ministerio Público. No será que, ante la dificultad de probanza de la colusión, se esté utilizando equivocadamente el tipo penal de negociación incompatible, que no correspondería con la conducta delictiva que realmente ha ocurrido. Y lo perjudicial, es que con este actuar, se estaría propiciando la impunidad de determinado comportamiento delictivo.

Por ello es que resulta pertinente considerar la ineficacia de la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible que se ha presentado en el periodo 2010-2015; la misma que ha llevado a la expedición de sentencias absolutorias por la Sala Penal de la Corte Suprema en el mencionado periodo.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuál ha sido la incidencia de la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano por delito de negociación incompatible en la expedición de sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el mismo delito en el periodo 2010-2015?

1.2.2. Problemas específicos

¿Cómo ha sido la calificación jurídica de los hechos efectuada por el Ministerio Público respecto del tipo penal de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, que ha tornado ineficaz la acusación fiscal por este delito en el periodo 2010-2015?

¿Cuáles han sido los fundamentos jurídicos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para expedir sentencias absolutorias por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015?

2. OBJETIVOS

2.1. Objetivo general

Verificar cuál ha sido la incidencia de la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano por delito de negociación incompatible en la expedición de sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el mismo delito en el periodo 2010-2015.

2.2. Objetivos específicos

Verificar cómo ha sido la calificación jurídica de los hechos efectuada por el Ministerio Público respecto del tipo penal de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, que ha tornado ineficaz la acusación fiscal por este delito en el periodo 2010-2015.

Verificar cuáles han sido los fundamentos jurídicos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para expedir sentencias absolutorias por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015.

3.HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis general

Es perjudicial la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano por el delito de negociación incompatible en la expedición de sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el mismo delito, en el período 2010-2015.

3.2. Hipótesis específicas

Los fiscales penales peruanos han llevado a cabo una calificación jurídica errónea del hecho delictivo, encajándolo dentro del tipo legal de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, para sustentar la acusación fiscal por el mencionado delito, en el periodo 2010-2015.

La ausencia de actos que denoten un interés indebido y la falta de relación entre conducta delictiva y bien jurídico protegido constituyen los fundamentos jurídicos por los cuales la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expedido sentencias absolutorias por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015.

4. Variables

4.1. Variable independiente

Variable X: Ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano por el delito de negociación incompatible.

4.2. Variable dependiente

Variable Y: Sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015. (Variable dependiente).

4.3. Cuadro de operacionalización de variables

Tabla 1. Operacionalización de variable X

Variable X (Independiente)	Definición operacional	Dimensiones	Indicadores
Ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano por el delito de negociación incompatible.	Acusación fiscal presentada por el Ministerio público por delito de negociación incompatible culminó en la absolución del acusado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el periodo 2010-2015.	Por insuficiencia probatoria Por duda en el juzgador (indubio pro reo). Que el hecho denunciado no constituyó delito	<ul style="list-style-type: none">• Falta de acervo probatorio• Existencia de pruebas endebles• Existencia de pruebas de cargo y pruebas de descargo.• Conducta atribuida como delito de negociación incompatible no se

			<p>encuentra subsumida en el tipo penal previsto en el artículo 399° del Código Penal.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.
--	--	--	---

Fuente: Elaborado por el autor.

Tabla 2. Operacionalización de Variable Y

Variable Y (Variable dependiente)	Definición operacional	Dimensiones	Indicadores
Sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015.	22 Resoluciones judiciales de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que han absuelto al (los) imputado (s) por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015.	<p>17 Resoluciones judiciales de la Sala Penal de la Corte Suprema que proceden de la bibliografía especializada sobre el tema</p> <p>05 Resoluciones judiciales de la Sala Penal de la Corte Suprema</p>	4259-2008, 5083-2008, 613-2009, 661-2009, 1069-2009, 1124-2009, 2106-2009, 443-2010, 832-2010, 3030-2010, 578-2011, 2196-2011, 2641-2011, 2770-2011, 253-2012, 375-2012, 1024-2013.

		que proceden de la jurisprudencia sistematizada del Poder Judicial	00092-2011, 1608-2011, 00023-2012, 029-2014, 037-2014.
--	--	--	--

Fuente: Elaborado por el autor

Ecuación propuesta:

SACJSJ = f (IAFMP); donde:

SACJSJ = Sentencia absolutoria de la Corte Suprema de Justicia, se encuentra en función de la:

IAFMP = Ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público.

5. JUSTIFICACIÓN

5.1. Justificación teórica

Ampliar la frontera del conocimiento, proporcionándole debida aplicación a la figura típica de la negociación incompatible que sea concordante con sus actuales fundamentos doctrinarios y dogmáticos.

5.2. Justificación metodológica

Poner en evidencia los problemas de interpretación del tipo penal de negociación incompatible que recibe por parte del Ministerio Público Peruano y sugerir una solución que brinde una adecuada aplicación del tipo penal de negociación incompatible que sea concordante con sus actuales fundamentos doctrinarios y dogmáticos.

5.3. Justificación práctica

Brindar una solución a los problemas de interpretación que presenta el tipo penal de negociación incompatible por parte del Ministerio Público Peruano para que cese la

ineficacia que actualmente presenta la acusación fiscal por este delito en los procesos penales respectivos.

5.4. Justificación social

La debida interpretación que corresponde al tipo penal de negociación incompatible incidirá en una mejor aplicación del derecho no solo por parte de los miembros del Ministerio Público, sino para los demás operadores del Derecho, léase abogados, magistrados, estudiantes de Derecho, entre otros de interés.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes teóricos de la investigación

2.1.1. Antecedentes internacionales

Binci y Goñi (2016), en el trabajo titulado *La responsabilidad penal del funcionario público en el derecho argentino. Análisis jurisprudenciales*, mencionan la jurisprudencia generada por los tribunales argentinos respecto de la aplicación del artículo 265° del Código Penal Argentino, referido al delito de negociaciones incompatibles en el ejercicio de funciones públicas; así señalan respecto a este delito que el aspecto principal de la figura de negociaciones incompatibles radica en el desvío de poder que ejerce el funcionario, en perjuicio del necesario interés unilateral que debe animar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante y condicionando la voluntad de la administración por la inserción de un interés particular ("TEDESCO BALUT" del 16.9.1996). Agrega que resulta determinante para el análisis del delito mencionado recordar que el bien jurídico protegido es "...el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración pública en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad. La aplicación del artículo 265 del Código Penal Argentino no exige necesariamente que haya un perjuicio para el Estado, ni lucro personal del autor, sino que resulta suficiente la inclinación de esté demostrada en beneficio de un tercero en una negociación, aunque también salga favorecida la entidad estatal. El actuar interesado del funcionario pone en peligro o lesiona la imparcialidad de la administración pública y en consecuencia, el buen y debido desempeño de las funciones de la administración.

Cabe comentar la importancia de este antecedente para la investigación en cuanto precisa lo que resulta suficiente a la luz de la jurisprudencia argentina para que se configure el delito de negociación incompatible, esto es, que quede demostrada la actuación del funcionario público en función de un interés particular, no siendo necesario que se tenga que dar el perjuicio para el Estado, ni que exista lucro personal para el autor.

Córdova (2013), en el trabajo de grado titulado *El delito de interés indebido en la celebración de contratos. Especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*, concluye por el carácter no necesariamente económico del interés indebido, pues lo que se sanciona es la actuación desviada del servidor público para cumplir con sus particulares intereses o de terceros. Asimismo, el bien jurídico específico protegido es el correcto ejercicio de la función pública en el campo de la contratación, función que los servidores públicos deben ejercitar conforme al interés general, con imparcialidad y objetividad.

Cabe resaltar el aporte de este antecedente en cuanto precisa lo que debe entenderse por interés indebido, que no se encuentra asociado necesariamente a la obtención de lucro por parte del funcionario, sino que aquel se configura por la actuación desviada del funcionario de lo que debe constituir el correcto ejercicio de sus funciones, para favorecer un interés personal o de terceros.

Díaz Castillo (2013), en el I coloquio internacional de investigadores en Derecho, cuyo cuarto bloque de comunicaciones y debates llevó como título *El tipo objetivo de los delitos de colusión, negociación incompatible y patrocínio ilegal en el marco de las contrataciones estatales*, señaló que en los procesos de contratación que celebra el Estado peruano a través de sus diversas entidades (Gobierno Central, gobiernos regionales, gobiernos locales, etc.); las contrataciones “arregladas”, constituyen actividades ilícitas cotidianas. Al respecto, son tres los delitos contemplados en el Código Penal Peruano que se vinculan a dichos acuerdos: La colusión, la negociación incompatible y el patrocínio ilegal. Estos delitos plantean una serie de problemas al momento de su aplicación por los operadores de justicia. La jurisprudencia peruana no ha establecido claramente cuál es el bien jurídico que estos tipos protegen; tampoco se ha determinado con precisión cuándo se configuran estos tipos que, como dificultad adicional, constituyen delitos de peligro abstracto. Por otro lado, debido a la tipificación realizada por el legislador parece que los delitos de negociación incompatible y patrocínio ilegal estuvieran comprendidos en el delito de Colusión; sin embargo, resulta común que los tres sean denunciados e incluso aplicados conjuntamente. También, la fórmula

de tipificación trae serios problemas al momento de establecer el límite entre un ilícito penal y uno administrativo.

Cabe destacar la pertinencia de este antecedente en cuanto pone a la luz el problema que actualmente tiene la jurisprudencia peruana donde no hay acuerdo respecto del bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible. La tipificación de este delito tampoco resulta clara en el Código Penal, se le confunde con el delito de colusión, inclusive la fórmula de tipificación no establece un claro deslinde respecto de lo que constituye un ilícito penal y el ilícito administrativo. He aquí que donde la utilidad de nuestra investigación que, al establecer una relación significativa entre la ineficacia de la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible y la sentencia absolutoria por el mismo delito de la Corte Suprema de Justicia, pondrá de manifiesto las falencias de la tipificación de la negociación incompatible en el Código Penal, y la necesidad de su reforma con una fórmula de tipificación adecuada, que es parte de la propuesta en la tesis.

Ilabaca (2012), en la memoria titulada *Delito de negociaciones incompatibles*, se planteó como objetivo hacer un análisis crítico de este delito, previsto en el artículo 240 del Código Penal Chileno, a la luz del derecho comparado y la escasa jurisprudencia existente en Chile. Concluyó que la doctrina y jurisprudencia le han atribuido un carácter eminentemente económico a este delito, tanto por su ubicación sistemática dentro del Código Penal, como por la sanción económica de multa porcentual asociada al interés que ilegítimamente se hubiere tomado en el contrato u operación. No obstante, señala que el delito de negociaciones incompatibles, al ser un delito de mera actividad, no requiere de la verificación de un resultado para su consumación, y por lo tanto, no se exige perjuicio patrimonial para el Estado. Es más, su consumación no impide a que eventualmente pueda resultar beneficiado el fisco. Culmina señalando que la “ratio legis” de este delito es evitar que la objetividad, la imparcialidad, la rectitud e integridad se vea comprometida por quienes ejercen determinada función, y que por tanto, exista un aprovechamiento de su posición para lograr fines particulares.

Interesante el aporte de este antecedente en cuanto a reafirmar que el delito de negociación incompatible es un delito de mera actividad, que no se encuentra asociado a que se produzca un resultado para su consumación. La objetividad, la imparcialidad, rectitud e integridad

como valores que debe manifestar el funcionario cuando ejerce correctamente sus funciones son desvirtuadas cuando este se aprovecha de su posición en pro de un fin particular.

Reyes (2009), en la memoria titulada *Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad*, se planteó como objetivo llevar a cabo un análisis sistematizado de los delitos de funcionarios que atentan contra la probidad administrativa, y que se encuentran tipificados en el Capítulo V Libro II del Código Penal. Para ello, acudió a la doctrina, jurisprudencia nacional y autores extranjeros, principalmente españoles, en consideración a que muchos de los tipos del Código Penal Español tienen gran similitud con los del Código Penal Chileno. Concluyó que el delito de negociación incompatible (Artículo 240), es un delito pluriofensivo, donde se protege el correcto ejercicio de la función pública, y los principios de transparencia e imparcialidad, con que deben actuar los funcionarios públicos en el proceso de toma de decisiones, en el desempeño de sus funciones. Asimismo, que esta figura hace referencia a un interés exclusivamente económico (concepto restringido). Que con este tipo penal se busca resguardar también los principios de transparencia e imparcialidad, es claro que dichos principios se ven vulnerados cualquiera sea el interés del funcionario que interviene, por lo que lo óptimo hubiera sido que el legislador adoptara un concepto amplio de interés.

Resulta destacable este antecedente en tanto hace un análisis del concepto de interés que maneja el Código Penal Chileno y se le critica que tenga un concepto restringido de interés, circunscrito al ámbito económico. Que los principios de transparencia e imparcialidad, que sustentan la correcta actuación del funcionario público, se ven vulnerados por el interés que evidencie el funcionario en su actuación, el mismo cuya manifestación trasciende el aspecto económico; lo que hace conveniente que se adopte en la legislación un concepto amplio de interés.

Sancinetti (1986), en la exposición titulada *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, lleva a cabo un análisis del artículo 265 del Código Penal Argentino referido al delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. Concluye que la utilidad social del delito se encuentra estrechamente vinculada con la idea de mantener a salvo la imparcialidad en las contrataciones del Estado. Agrega que el control político eficaz, la mejor actuación de los órganos de persecución penal y aplicación penal,

la interpretación adecuada del delito pueden constituir el medio idóneo para prevenir la delincuencia económica en el ámbito de la administración.

Cabe resaltar la importancia de este antecedente al poner de manifiesto el rol preponderante, tanto del gobierno (representado por el Poder Ejecutivo y también el Parlamento) en la adecuada formulación del tipo penal del delito de negociación incompatible; la eficaz actuación del Ministerio Público y la Policía Nacional para la persecución penal y combate del delito; finalmente, la labor del Poder Judicial a través de una interpretación adecuada del tipo penal, de modo que se pueda prevenir la comisión de este delito en el ámbito de la administración pública.

2.1.2. Antecedentes nacionales

Mandujano (2017), en la tesis titulada *Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión*, se planteó como objetivo general identificar y conocer el impacto de la imputación y prueba del delito de colusión y su relación con respecto a la impunidad. Para ello, utilizó como materiales el fenomenológico, etnográfico, y teoría fundada sobre la esencia del tipo de colusión y la aplicación al derecho comparado. También hizo uso de material bibliográfico para abordar la indagación con relación a las diversas clases de pruebas, y la identificación del tipo de prueba más adecuada para imputar el delito de colusión de manera concreta o necesaria. Concluyó que existen deficiencias estructurales en el artículo 384° del Código Penal, desde su denominación del tipo penal de colusión simple y agravada, que resultan inconsistentes; asimismo, que el tipo penal actual que regula el delito de colusión presenta una pésima técnica legislativa, generando una figura legal que guarda similitud con el delito de negociación incompatible previsto y que al ser similar deberían excluirse.

En este antecedente, se pone de manifiesto la similitud que presenta el tipo penal de colusión con el correspondiente al delito de negociación incompatible en el Código Penal Peruano, de modo que la pésima técnica legislativa que presenta el Código con la redacción de ambos tipos penales produce la confusión y errada aplicación por parte de la judicatura peruana; situación que urge ser corregida en el plazo más breve.

Aguilera (2016), en la tesis titulada *La teoría de la unidad del título de imputación y la persecución y represión penal de los delitos especiales cometidos por corrupción de*

funcionarios públicos, se planteó como objetivo principal determinar de qué manera la teoría de la unidad del título de imputación aplicada al momento de calificar la autoría y participación en los delitos especiales se expresa en la persecución y represión penal de los delitos cometidos por corrupción de funcionarios públicos. Para recabar la información teórica se hizo uso del método dogmático y la técnica del fichaje para lo referente a la información doctrinaria, y el método de interpretación auténtica para lo referente al estudio normativo; para la recopilación de datos de campo, se utilizó el método de análisis y síntesis y como instrumento, la guía de registro de datos para el acopio documental de toda la información relevante consignada en las carpetas fiscales de la fiscalía especializada. Los resultados obtenidos revelan que existe una cultura de impunidad ya que todos los casos resueltos son por archivo y son mínimos los casos de sentencia condenatoria para los infractores, el sustento jurisprudencial y doctrinario de la aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación se basa en el principio de la accesoriedad limitada contenida en el artículo 26° del Código Penal, por lo cual se debería aplicar la teoría de la infracción de deber donde se diferencia claramente la responsabilidad del intraneus y extraneus. Concluyó que la teoría de la unidad del título de imputación aplicada al momento de calificar la autoría y participación en los delitos especiales se expresa de manera negativa en la persecución y represión penal de los delitos cometidos por corrupción de funcionarios públicos, al fomentar la impunidad de los agentes delictivos (intraneus y extraneus); por ello, resulta necesario modificar el artículo 26° en donde se asuma la teoría de infracción de deber.

Cabe destacar la importancia de este antecedente que evidencia la necesidad de modificar el artículo 26°¹ del Código penal para que se asuma la teoría de la infracción del deber, de modo que la aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación deje de fomentar la impunidad de los agentes delictivos en los delitos de corrupción de funcionarios.

Enríquez (2016), en el artículo titulado: *El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado*, concluye que el agente público en este delito actúa faltando a su deber especial de lealtad y probidad durante el ejercicio del cargo desde el momento que busca obtener un beneficio patrimonial o extra patrimonial para él o para un

¹ Art. 26: Incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales.- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.

tercero vinculado a su persona. Esto quiere decir que el bien jurídico en este delito es de naturaleza inmaterial, puesto que lo que se afecta es el deber de lealtad y probidad, no la imparcialidad. Resulta lógico que el agente público asuma una posición cuando contrata con los particulares, siempre y cuando esta sea defender los intereses del Estado y no sus intereses personales.

Cabe destacar la relevancia de este antecedente en cuanto hace la precisión del carácter inmaterial del bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible; el correcto funcionamiento de la administración pública implica que el funcionario público cumpla las funciones que le corresponden con lealtad y probidad, en cuanto su actuación sea coherente en la defensa de los intereses del Estado, por eso la posición que asume en defensa de estos intereses cuando contrata con los particulares no concuerda con lo que es la imparcialidad, que implica no asumir posición alguna en favor de determinada parte, ya sea el Estado o los particulares.

Estudio de Abogados Díaz (2015), en el documento titulado *Art.399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo*, señala que de la redacción de este artículo puede colegirse que el interés estatal que se protege se encuentra vinculado con el poder político (o de gestión de intereses) con que cuentan los funcionarios públicos y con la prohibición explícita de que obtengan algún beneficio indebido en razón de dicho poder. Lo incompatible de la negociación estriba en su razón de ser que es el interés particular del funcionario, en detrimento del interés general y de los principios que de ello se desprenden, como por ejemplo, la transparencia en los contratos y operaciones comerciales donde el Estado actúa como parte. De esta manera, resulta lógico afirmar que el bien jurídico protegido es la objetividad y legalidad de los contratos u operaciones comerciales que la administración realiza.

En este antecedente, se destaca la incompatibilidad de las negociaciones que lleve a cabo el funcionario público para favorecer intereses personales o de terceros en detrimento de los intereses del Estado referidos a una actuación transparente en los contratos u operaciones comerciales donde participa como parte. El poder que ostenta el funcionario público le impide actuar con aprovechamiento indebido de su cargo. Le corresponde defender los intereses estatales y no los de índole personal; no obstante, la objetividad y legalidad de los

contratos se refieren en nuestra opinión, a atributos que se desprenden de la actuación coherente del funcionario con los deberes que le corresponden por la posición que ocupa, donde los ciudadanos esperan que haya un correcto funcionamiento de la administración pública en la prestación de los servicios públicos. Por tanto, es el correcto funcionamiento de la administración pública el bien jurídico protegido en la negociación incompatible y no la objetividad y legalidad de los contratos; los mismos que constituyen atributos de la actuación del funcionario que se derivan precisamente de un debido ejercicio de las funciones públicas que es lo que los ciudadanos esperan de la administración pública.

Díaz Castillo (2016), en la tesis doctoral titulada *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*, se planteó como objetivo suministrar criterios para la determinación del tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible. Es decir, establecer las condiciones bajo las cuales la concertación entre el funcionario público y el privado, como el interés para el beneficio particular, adquieren relevancia penal más allá de la mera descripción típica. Para ello, se debió sustentar la necesidad político-criminal de estos delitos, puesto que, si medidas menos lesivas a la penal podían afrontar el problema de la corrupción en el ciclo de la contratación estatal, el estudio de la colusión y la negociación incompatible no hubiera tenido fundamento. Al final, concluye que no obstante, el buen funcionamiento del sistema administrativo de sanción, el Derecho Penal sigue haciendo falta para afrontar los graves efectos que genera la corrupción en el ciclo de la contratación. Asimismo, que respecto a los delitos de colusión y negociación incompatible no se cuentan con criterios definidos respecto del bien jurídico que protegen.

En este antecedente, se resalta la relevancia penal que, para la configuración de la negociación incompatible, debe tener el hecho de que el funcionario público evidencie un interés para el beneficio de un particular; hecho que se sustenta en la necesidad político criminal que establezca la figura delictiva de la negociación incompatible por el problema de corrupción que se presenta en el proceso de la contratación estatal. No obstante, preocupa que no exista acuerdo entre los autores respecto del bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Fundamento de la Intervención del Derecho Penal en los delitos contra la administración pública

Según Chanjan:

En la actualidad, predomina el modelo del Estado Social de Derecho, cuya función ya no consiste en la protección de los derechos y libertades del individuo formalmente reconocidos, como ocurría en el Estado Liberal, sino que ahora le corresponde al Estado Social de Derecho la realización efectiva de los derechos fundamentales del individuo. Para ello, les corresponde a los poderes públicos la responsabilidad de otorgar prestaciones y servicios públicos adecuados a los individuos para satisfacer sus necesidades (2014, p.13).

Prosigue señalando el mismo autor que la administración pública es el nexo entre la sociedad civil y el Estado. El Estado como ente abstracto, cumple sus prestaciones sociales a través de la administración pública.

Señala Chanjan que:

Sólo el concepto dinámico u objetivo de la administración pública como función, vale decir del conjunto de conductas humanas o actividades que determinan como se distribuye y ejerce el poder público, resulta válido para la determinación del objeto de tutela en los delitos contra la administración pública (2014, p. 16).

Asimismo, el correcto funcionamiento de la administración pública resulta ser un valor constitucionalmente protegido, lo que se deduce del artículo 39° de la Constitución Política del Perú, según el Tribunal Constitucional Peruano.

Chanjan señala que:

Al Derecho le corresponde diseñar mecanismos que permitan a la administración pública cumplir con sus finalidades y corregir las distorsiones que se puedan presentar en su labor. Uno de estos mecanismos jurídicos es el Derecho Penal como instrumento de control social para la protección limitada de bienes jurídicos (2014, p. 19).

2.2.2. Bien jurídico genérico protegido en todos los delitos contra la administración pública

Dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, al ordenamiento penal le corresponde estar al servicio del ser humano y su dignidad; por eso, se considera que el fin primordial del Derecho Penal debe ser la protección de bienes jurídicos (Chanjan, 2014, pp. 21-22).

Asimismo, el Derecho Penal interviene en las conductas que se enmarcan dentro del funcionamiento de la administración pública para proteger, mediante efectos preventivos, los ataques más graves en contra del bien jurídico-penal.

Chanjan señala que:

El bien jurídico penal debe tomar en cuenta el aspecto ontológico-subjetivo del individuo con la protección y garantía de sus derechos fundamentales, así como el aspecto normativo objetivo referido a las valoraciones sociales y los fines preventivos del Derecho Penal (2014, p.27).

Agrega Chanjan, que “lo que merece la intervención penal se justifica en cuanto maximice la dignidad humana y su libre desarrollo en sociedad” (2014, p. 28).

2.2.3. Sentencia Penal

- **Definición**

Mediante la sentencia, un determinado órgano jurisdiccional emite un pronunciamiento, condenando o absolviendo al acusado. Constituye un acto que se rige por normas de derecho público, ya que emana de una autoridad pública y se impone no solo a las partes litigantes sino a todos los demás órganos del poder público.

Rioja manifiesta lo siguiente:

La sentencia es la resolución jurisdiccional de mayor jerarquía por la que se pone término a la pretensión punitiva del Estado, ya que a través de ella se decide la situación jurídica del acusado, ya sea condenándolo o absolviéndolo del delito por el cual se le sometió a un

proceso penal. Según Alberto Binder, sentencia es el acto judicial por excelencia que determina o construye la solución jurídica para esos hechos, solucionando o redefiniendo el conflicto social de base, que es reinstalado de un modo nuevo en el seno de la sociedad (2009, s/p).

- **Estructura de la sentencia**

Rioja menciona que

en la jurisprudencia peruana sobre la estructura de la sentencia en general, toda sentencia debe estructurarse en tres partes: i) Expositiva, en la que se narrará los hechos que hubieran originado la formación de la causa y que forman parte de la acusación fiscal, además se incorpora los datos generales del o los acusados; ii) Considerativa, en la que se expresa la motivación de la sentencia, pues en ella el órgano jurisdiccional desarrolla su apreciación sobre cada uno de los hechos y los elementos probatorios puestos a su consideración y en aplicación de los principios y normas pertinentes se llega a determinar la inocencia o culpabilidad del acusado; iii) Resolutiva o fallo, en la que se expresa la decisión del órgano jurisdiccional respecto a la situación jurídica del acusado, que puede ser una decisión absolutoria o condenatoria (2009, s/p).

- **Sentencia Penal absolutoria**

Torrado señala que la sentencia penal absolutoria procede

en aquellos eventos en donde el juez considere ciertos los argumentos dados por el imputado en su defensa o que no se hayan logrado probar las acusaciones de la Fiscalía. De manera que, en materia penal, los principales efectos de la sentencia absolutoria serán tener por cierto de manera definitiva (cuando se trata de sentencia ejecutoriada) la no culpabilidad del acusado por los hechos imputados, lo que ocasiona la imposibilidad de que en el futuro se le vuelva a juzgar por los mismos hechos, lo que debe quedar registrado en el pasado judicial del acusado (2002, pp.111-112).

2.2.4. Acuerdo plenario N° 001-2010/CJ-116, de fecha 16 de Noviembre del 2010.

Se hace mención de este acuerdo referido a problemas actuales de la prescripción y que como primer tema, desarrolló el referido a la duplicación del plazo de prescripción de los delitos, cuando estos son de mayor gravedad, como los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado. El mayor reproche se sustenta en la afectación del normal funcionamiento de la administración pública, la seguridad de los bienes que pertenecen a la administración pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde el punto de vista de las obligaciones del cargo y de la función que ejerce y abusa.

Resulta importante señalar que este acuerdo plenario protege al patrimonio público vulnerado por los funcionarios o servidores públicos, conforme a la interpretación que resulta del artículo 41° de la Constitución Política del Perú, por lo que no todos los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos tienen contenido patrimonial, por tanto, se tendrá que analizar si el tipo legal respectivo cumple con el supuesto requerido para que se duplique el plazo de prescripción, esto es que la afectación de los bienes jurídicos tutelados se encuentren directamente vinculados con el patrimonio público o afectan al correcto funcionamiento de la administración pública, como el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, etc., desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado y por lo tanto excluidos de la aplicación del acuerdo plenario. Por lo que, para el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, no opera la duplicidad del plazo de prescripción, de acuerdo al Art. 80² del Código Penal, puesto que no afecta el patrimonio del Estado.

² Plazos de prescripción de la acción penal.

2.3. Teorías Imperantes

2.3.1. Teorías sobre los bienes jurídicos colectivos en los delitos contra la administración pública

Ahora bien, a los bienes jurídicos que son protegidos por los delitos contra la administración pública, cabe clasificarlos dentro de una categoría especial que se denomina bienes jurídicos colectivos.

Existen dos teorías sobre los bienes jurídicos colectivos:

a) Teoría monista

Establece la importancia y predominio de los bienes jurídicos individuales sobre los bienes jurídicos colectivos. Solo los bienes jurídicos individuales merecen protección penal.

b) Teoría dualista

Establece la distinción entre los bienes jurídicos individuales y los bienes jurídicos colectivos. No existe entre ambos, relación derivativa o de jerarquía.

Tiene como exponente a Tiedemann para quien los bienes jurídicos colectivos son resultado de la evolución social, donde se generan diversos intereses que comprenden no solo los de la persona individualmente considerada, sino que toman en cuenta intereses de la sociedad considerada como un todo (Chanjan, 2014, pp. 30-31).

“Los bienes jurídicos colectivos se caracterizan por su aprovechamiento por la sociedad en su conjunto” (Chanjan, 2014, p.33).

“Los bienes jurídicos colectivos promueven o favorecen la participación del individuo en la sociedad a través de la existencia de condiciones macro sociales necesarias para su coexistencia libre y pacífica” (Mayo, 2003, p.318).

Ahora bien, los bienes jurídicos colectivos se clasifican en bienes institucionales, bienes colectivos propiamente dicho y bienes de control. Nos interesa los bienes jurídicos institucionales como aquellos que “se refieren a la preservación de determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema” (Chanjan, 2014, p.34).

Así se considera que los delitos contra la administración pública protegen un bien jurídico institucional denominado “correcto funcionamiento de la administración pública”. “Se protege la función pública mediante vías procedimentales de actuación administrativa (de carácter institucional) para que todos y cada uno de los miembros de la sociedad puedan resolver sus conflictos o efectivizar sus intereses” (Chanjan, 2014, p.35). Lo que caracteriza a esta clase de delitos es la infracción de los deberes jurídicos propios de la condición de funcionario estatal y el abuso de los poderes públicos que deben ejercer los funcionarios de la administración.

2.3.2. Teorías sobre el objeto de protección en los delitos contra la administración pública

a) Teoría del quebrantamiento de expectativas en la administración pública

Formulada por Jakobs, se asienta en la idea de que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos, sino las expectativas normativas de la sociedad. Por eso, los delitos contra la administración pública, en tanto constituyen delitos de infracción del deber, se centran en la expectativa social de asegurar que los funcionarios públicos cumplan con el deber de observar las normas estatales para la correcta administración de las funciones públicas.

b) Teoría de la protección a la fidelidad del Estado (deber del cargo)

Estos delitos funcionariales constituyen una deslealtad contra el Estado y su estructura. Lo que sustenta la punición según esta teoría es el incumplimiento de deberes administrativos que se le imponen al funcionario público en el ejercicio del cargo.

c) Teoría de la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública

En este delito, la razón de la punición no se sustenta en el correcto desempeño del cargo público, sino en la imagen, dignidad o prestigio en sí mismo.

d) Teoría del correcto funcionamiento o funcionalidad de la administración pública

“Constituye la doctrina mayoritaria hoy en día, por la cual se protege la tarea constitucional de la administración pública consistente en servir con eficacia,

coordinación, imparcialidad, jerarquía y objetividad o legalidad a la administración pública” (Chanjan, 2014, p.39).

2.4. Teoría Seleccionada

Se considera que esta última teoría está más acorde con el modelo peruano de Estado Social y Democrático de Derecho, que toma en cuenta la relación Estado (administración estatal) - Ciudadano y atiende el aspecto prestacional del funcionamiento de la administración pública que permita el ejercicio efectivo de los derechos de los ciudadanos.

Martínez señala que:

La mera infracción del funcionario a sus deberes no amerita la intervención penal, puesto que una posición subjetivista del delito (relación funcionario-administración) no legitima la participación del Derecho Penal, basta la intervención del Derecho Administrativo Sancionador (2016, p. 12).

Chanjan señala que:

El bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” constituye un bien jurídico genérico o mediato que resulta útil para sustentar las razones político – criminales de la intervención penal en la administración pública; permite sistematizar los tipos penales funcionariales específicos; puede servir como criterio a tomar en cuenta para medir la gravedad del hecho y determinar la pena aplicable, en la medida que el delito incide mediatamente en el “correcto funcionamiento de la administración pública” y menoscaba el bien jurídico directamente protegido (2014, pp. 48-49).

2.5. Marco Histórico

En décadas pasadas, se consideraba a la administración pública como un poder sacrosanto que se debía proteger por sí mismo, como si fuera un ente superior a los ciudadanos. El Derecho Penal protegía distintos aspectos de este poder, tales como el “honor”, la “intangibilidad”, el “prestigio”. Así existía el delito de desacato (art. 374 y siguientes) del Código Penal, que era el acto de injuria dirigida contra un funcionario público, que era considerado un atentado contra el “honor” o “decoro” de la función pública. También se

consideraban figuras delictivas que hoy atentan contra otros bienes jurídicos, así el “ejercicio ilegal de la profesión”, que era de acuerdo a la concepción antigua, un atentado contra el monopolio de las instituciones públicas de reconocer el ejercicio de las profesiones con el otorgamiento de títulos. Hoy se ha cambiado de concepción, resultando incompatible con un Estado de Derecho que la administración pública merezca una protección por sí misma y no en cuanto a los servicios que debe prestar a los administrados. Por eso, modernamente sólo interesa proteger su correcto funcionamiento de la administración pública (Abanto, 2001, pp.1-2).

2.5.1. Origen del delito de negociación incompatible

Según Sancinetti, “en su raíz hispánica, este delito nació confundido entre los delitos de fraude y exacciones ilegales, como se sigue llamando el capítulo pertinente del Código Penal Español vigente” (1986, p.882).

Según Castillo Alva,

En el derecho latinoamericano y español sostiene que el delito de negociación incompatible no tiene utilidad práctica, tanto desde el punto de vista preventivo general como desde la perspectiva preventivo especial, puesto que no se recuerda o reconoce el juzgamiento o sentencia en un caso relevante; situación que no ocurre en el Perú, donde el Ministerio Público investiga y lleva diversos casos de negociación incompatible (2015, pp. 13-14).

2.5.2. Evolución del delito de negociación incompatible en el derecho peruano

En el Código Penal de 1924, respecto de los delitos contra la administración pública, asume como modelos los códigos penales de: Argentina (1922), Uruguay (1889), Italia (1889), España (1870). Abarcaba los siguientes capítulos I “Abuso de autoridad” (arts. 337 al 342), Capítulo II “ Concusión”(artículos 343 al 345), Capítulo III “ Peculado” (artículos 346 al 348), Capítulo IV “Corrupción de funcionarios” (arts. 349 al 353),

Capítulo V “Prevaricato” (Artículos 354 al 357), Capítulo VI “ Denegación y retardo de justicia” (arts. 358 al 361), Capítulo VII “ Delitos de empleados postales y de telégrafos” (artículo 362) y el Capítulo VIII “Violación de secretos de empleo y profesión” (artículo 363) (Aguilera, 2016, p.10).

Como puede verse, en el Código Penal de 1924, aún no se regulaba la figura penal de la negociación incompatible.

En su primera redacción, el tipo penal se encontraba regulado en el artículo 397° del Código Penal de 1991, con el nombre de aprovechamiento indebido de cargo, de la siguiente manera:

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado, se interesa por cualquier contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cinco años”.

Luego, se modifica el Código Penal con el artículo 1° de la Ley N° 28355, de fecha 06 de Octubre del 2004, con lo que se trasladó el delito al artículo 399° del Código Penal con el nombre de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y el siguiente texto:

“El funcionario o servidor público que indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.

Finalmente, el artículo 399° del Código Penal, es modificado por el artículo 1° de la Ley 30111 (6/11/2013), quedando con el siguiente texto:

“El funcionario o servidor público que indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los

incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa” (Enríquez, 2016, pp. 78-79).

Reátegui señala que

Desde el punto de vista técnico, sería mejor llamarlo delito de “aprovechamiento indebido del cargo” en vez de delito de “negociación incompatible” puesto que este último implicaría necesariamente que se haya iniciado un proceso de negociación entre el funcionario público y aquella persona que debe intervenir en un contrato u operación. Y como se encuentra regulada esta figura en el artículo 397 del Código Penal no se hace necesario que el funcionario público haya llegado efectivamente a un acuerdo con la otra persona en todos los términos del contrato u operación. Lo que existe es un indebido aprovechamiento del cargo por parte del funcionario público y en el marco de ese cargo que ostenta, se logre interesar directa o indirectamente para fines personales o de tercero vinculado al funcionario en un negocio jurídico (2017, 908-909).

Asimismo, los sucesivos cambios antes descritos de la figura típica de este delito han mantenido la misma estructura fáctica, solo se ha producido el cambio en la consecuencia jurídica. Ahora, la pena mínima de este delito es de cuatro años de pena privativa de libertad y la pena máxima, que antes era de cinco años, ahora lo es de seis años. De modo que las reformas producidas tienen como objetivo que el juez penal aplique como medida cautelar, la prisión preventiva en todos los casos, también se podrá aplicar pena efectiva, puesto que el marco penal supera los cuatro años de pena privativa de libertad. Finalmente, antes de la reforma legal del año 2004, el delito de negociación incompatible era una modalidad de cohecho, que no resultaba pertinente puesto que se presupone una “contraprestación” en tanto que la negociación incompatible no debería exigirla (2017, pp. 917-918).

2.6. Marco Jurídico

2.6.1. El delito de negociación incompatible en el Código Penal Peruano

El delito de negociación incompatible quedó ubicado en la sección IV del Código Penal peruano llamada “ Delitos de corrupción de funcionarios”, luego de la reforma legal que se dio en el año 2004, con la Ley N° 28355.

De esta manera, al quedar en esta ubicación, se considera al delito de negociación incompatible como una forma de corrupción gubernativa que comete intencionalmente el funcionario o servidor público, para “arreglar” ilícitamente las relaciones contractuales u otro tipo de operaciones comerciales en donde el funcionario intervenga por razón de su cargo (Reátegui, 2017, p. 893).

La Convención Interamericana contra la Corrupción señala en su artículo VI. 1 que la Convención se aplica a los siguientes actos de corrupción:

[...] c: La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para si mismo o para un tercero (Reátegui, 2017, p.894).

Y la misma Convención señala en su punto 74 que en el Código penal peruano se encuentran las figuras de la colusión (artículo 384) y del aprovechamiento indebido del cargo (artículo 397) que implican la obtención ilícita de beneficios por parte del funcionario o servidor público.

2.6.2. Conducta típica del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del Cargo

La legislación utiliza una fórmula genérica en el tipo de este delito para referirse a la forma en que el funcionario público muestra su interés en determinado contrato u operación.

- **El interés**

Según Castillo Alva,

Significa buscar provecho, utilidad o ganancia o dar parte a uno en un negocio o comercio en el que puede lograr un beneficio. También significa tomar parte en los negocios o intereses ajenos, como si fueran propios. En el delito de negociación incompatible, se presenta como una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional para favorecer y patrocinar fines que no son los de la administración pública. No requiere que el funcionario público actúe de manera efectiva y real como parte en el contrato u operación, sino que lo hace como si fuera parte. Por eso, resulta suficiente que el funcionario se interese indebidamente en los actos de la administración para que se consume el delito (2015, pp.39-40).

El interés en la negociación incompatible para ser típico penalmente, tiene que ser indebido, es decir opuesto al ordenamiento jurídico.

Reátegui señala que

El término “indebido” fue introducido mediante la Ley N° 27074, del 26 de Marzo de 1999 con el objetivo de “limitar” las conductas de funcionarios o servidores públicos que siendo interesadas a primera vista en relación a determinados contratos u operaciones no formarían parte de la tipicidad objetiva del artículo 399 del Código Penal, desde que estas conductas tenían que ser necesariamente contrastadas con todo el sistema legal y reglamentario donde se desempeña el funcionario o servidor público. Agrega más adelante que aun cuando no estuviera expresamente la frase “indebido” en el interés para el delito de negociación incompatible, se tendría que aplicar el artículo 20 inciso 8 del Código penal que regula una causal de eximente penal por el ejercicio regular de un derecho, cargo o actuaciones amparadas en una ley u oficio (2017, p.p. 933-934).

Ahora bien, dentro del proceso de la contratación estatal, “el interés estatal se puede presentar en la etapa de convocatoria, en la etapa de evaluación de propuestas, en la etapa de otorgamiento de la buena pro o en la etapa de la contratación” (Castillo Alva, 2015, p.41).

Para Montoya,

El interés se debe entender como que el funcionario o servidor público orienta sobre el contrato u operación económica de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración, es decir, con el interés general. Por el contrario, el funcionario manifiesta un interés particular que entra en colisión o contradicción con el interés que el Estado tiene sobre dicho negocio (2015, p. 133).

Respecto de la manifestación del interés, se considera que puede operar mediante un acto propio de las funciones del funcionario o se puede tratar también de acciones transgresoras de sus funciones. La conducta mediante la cual se manifiesta el interés admite dos formas: Abuso del cargo, que se manifiesta en el desconocimiento por parte del funcionario de las funciones de sus subordinados, asumir competencias impropias, imponer criterio u opinión respecto de decisiones que influyan en el proceso de contratación u otra operación comercial en la que el Estado actúa como interesado. Actuación del funcionario interesado, que sin competencia actual en contrato u operación, lleva a cabo gestiones que lo llevarán a las contrataciones públicas de su interés (Montoya, 2015, p. 133)

El interés asume las siguientes modalidades típicas:

De manera directa, que ocurre cuando el funcionario de manera personal y activa, evidencia el interés que promueve a través de actos externos y objetivos, que pueden ocurrir en cualquiera de las etapas del proceso de contratación. De manera indirecta, cuando se vale de otras personas para el favorecimiento de intereses particulares. No se hace necesario que los terceros reciban una determinada utilidad o ventaja. Mediante acto simulado, comprende aquel acto realizado directa o indirectamente por el funcionario, que aparenta una determinada realidad o situación. La finalidad es que el acto tenga una apariencia o virtualidad distinta a lo que a primera vista parece (Castillo Alva, 2015, pp. 64-68)

El interesarse por razón del cargo, se refiere a un marco de restricción determinado que ha fijado la Ley, señalando que solo y exclusivamente, puede ser autor del delito de negociación incompatible el funcionario que se interesa en el contrato u operación en razón a su cargo. Esto quiere decir que el funcionario debe tener las facultades y

competencias para intervenir en los contratos u operaciones (Castillo Alva, 2015, pp. 83-84).

Desde nuestro punto de vista, existen dos tipos de interés en el ámbito de la contratación pública cuando se hace referencia al delito de negociación incompatible, donde solo uno de ellos se encuentra relacionado con la figura típica de la negociación incompatible.

Así tenemos el interés general de la administración, de procurar que se lleve a cabo la actividad contractual del Estado, de modo correcto para favorecer el bienestar social. De modo que todos aquellos que actúen en el ámbito de la administración pública, deben sujetarse a los principios de la administración pública para lograr finalidades coherentes con ese interés general. Esto en razón de procurar el correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico protegido en esta clase de delitos.

El otro tipo de interés es un interés particular, indebido, que se condice con las reglas y principios de la administración, puesto que busca finalidades particulares, opuestas al interés general, y su manifestación con el mero hecho de que un funcionario se interese en un determinado contrato u operación lesiona el interés general y las finalidades que busca la administración con la celebración y ejecución del contrato. Este interés particular refleja una negociación incompatible con el interés general y los principios que de él se desprenden, como la transparencia en la celebración de los contratos y operaciones en donde el Estado actúa como parte.

El funcionario público no debe actuar con desinterés; todo lo contrario, debe actuar con interés muy marcado que es el de proteger los intereses de la administración, vale decir el interés económico administrativo. Por eso, es que necesariamente a todo funcionario que, por razón de su cargo o de sus funciones, debe intervenir en la celebración del contrato se le exige legalmente que se interese en el mismo, es decir que lleve a cabo todos los actos necesarios para garantizar que se cumpla a cabalidad los términos y exigencias legales. De modo que si el funcionario no se interesa por el trámite y resultado del contrato que tiene a su cargo, estará incumpliendo los deberes propios del cargo, lo que le podría acarrear algún tipo de responsabilidad (Reátegui, 2017, p. 928).

Reátegui señala que

Para que se produzca el delito de negociación incompatible, debe darse un conflicto de incompatibilidades. Se es funcionario público y, al mismo tiempo, se encuentra interesado en la negociación. No se castiga el negocio prohibido sino la incompatibilidad con la función. El funcionario es parte estatal y, en esa condición actúa y se interesa en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado. Pero si el funcionario orienta su interés en función personal para obtener provecho o para procurarlo a terceros, se torna incompatible esta injerencia con su rol personal. Así la actuación ilegal del funcionario público atenta contra su deber de actuar a favor de los intereses de la administración pública (2017, pp. 909-910).

- **Elementos que conforman la descripción típica del delito**

Según la doctrina, existen tres elementos objetivos en la descripción típica de este delito previsto en el artículo 399° del Código penal, a saber:

i. Interés indebido (directo, indirecto o simulado) del funcionario, en provecho propio o de un tercero; ii. La presencia de un contexto de contratación pública (contratos y operaciones); iii. La intervención del funcionario, por razón de su cargo (Chanjan, 2014, p. 186).

Enríquez señala que:

El interés indebido debe ser uno ilegal, no permitido que será constatado y calificado por el Juez en cada caso concreto. El interés puede aparecer en cualquier etapa del proceso de contratación pública. Asimismo, el interés no se reduce al aspecto económico patrimonial, puesto que el interés particular o personal del funcionario se puede manifestar de diversas formas, no necesariamente tiene que ser patrimonial (2016, p.80).

Para Díaz Castillo:

La fórmula del interés indebido que utiliza el artículo 399° del Código Penal, respecto de su contenido, no ha sido definida con exactitud, tampoco existe un criterio único. Así, desde la óptica jurisprudencial, puede abarcar conductas tan generales como la de

importar algo, tener un interés distinto a la de la administración; llevar a cabo actos que difieren con el deber encomendado al funcionario público y efectuar conductas que evidencien la preponderancia del interés privado sobre el interés público. Desde el punto de vista de la doctrina, tampoco ha habido un aporte sustancial, puesto que se asemeja la conducta con un provecho o utilidad, que el tipo penal no exige para su configuración. También que interesarse significa tomar parte en intereses ajenos como si fueran propios, con lo que se deja de lado la parte de la norma en que dice que el funcionario actúa por interés propio. Seguidamente, señala la obligación de interpretar la fórmula típica del delito de negociación incompatible en armonía con la Constitución Política, de modo que el interés indebido se exteriorice a través de conductas objetivas en la realidad. Así, resulta pertinente señalar los actos que evidencian un interés indebido en los contratos y operaciones públicas. De ese modo, se podrá sancionar aquellos actos del funcionario que exterioricen un interés parcializado con el que busca favorecerse o favorecer a terceros. Es ese fin que persigue el interés, el que coloca en peligro la actividad contractual del Estado (2016, pp. 304-308).

Según Guimaray:

El desvalor penal de la conducta radica en que el agente lleva a cabo conductas de interés que nacen en razón de su cargo, lo que se puede interpretar de dos maneras: i. Mediante el abuso de su cargo, que se viabiliza con el desconocimiento de las funciones de sus subordinados o asumiendo competencias que no le corresponden o imponiendo su criterio u opinión en decisiones que tienen que ver con la participación del Estado en el proceso de contratación u otra operación comercial. ii. Que la frase “en razón de su cargo” también abarca las gestiones que el funcionario público puede hacer, sin tener competencia actual en la contratación u operación respectiva, para viabilizar contrataciones públicas de su interés (2012, p.12)

- **Sujeto activo**

Se llama así al funcionario o servidor público que tiene el deber especial de actuar con lealtad y probidad en el ejercicio de las funciones que desempeña. Asimismo, le corresponde obrar “en razón del cargo” que alude a las competencias y atribuciones que

tiene el funcionario o servidor público dentro de la estructura normativa. Resulta preciso señalar que autor del delito será solo aquel que posea e infrinja el deber especial antes aludido, las demás personas que intervengan en el delito y no posean este deber especial solo serán cómplices (Enríquez, 2016, pp. 86-87).

Resulta importante señalar que en los delitos de negociación incompatible, como cualquier otro delito contra la administración pública, pueden contar con la participación de numerosas personas que se ubican en distintos puestos o momentos en el evento delictivo; estas personas no tendrán la calidad de funcionario o servidor público, pero han coadyuvado para la realización del acto incompatible. En este sentido, a estas personas que han tenido una participación colaborativa dolosa en la ejecución del delito de negociación incompatible, deberán asumir responsabilidad en la calidad de cómplices extraneus (artículo 25 del Código Penal) por la colaboración prestada en la realización del delito de negociación incompatible (Reátegui, 2017, p. 919).

- **Sujeto pasivo**

Serán aquellas reparticiones públicas o estatales que resultan directamente perjudicadas en grado de peligro por los actos u omisiones del funcionario o servidor público y a quienes beneficiará la reparación civil respectiva.

Seguidamente, se considera necesario dar algunos alcances sobre el concepto de funcionario o servidor público y las funciones que cumple, a nivel del derecho administrativo.

Para el concepto y funciones del servidor público a efectos administrativos, se toma en cuenta lo previsto en la Ley N° 30057, Ley SERVIR, del año 2013, que estableció un régimen laboral único para las personas que prestan servicios en las entidades de la administración pública. Así la Ley N° 30057 introduce el concepto de servicio civil y señala al trabajador público como servidor civil, al mismo que se le clasifica en los siguientes grupos: Funcionario público, Directivo público, Servidor Civil de Carrera, servidor de actividades complementarias. El artículo 3 de la norma define a cada uno de ellos de la siguiente manera: Funcionario público. Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del estado. Directivo público, es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización,

dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial. Servidor civil de carrera, es el servidor civil que realiza funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y administración interna de una entidad. Servidor de actividades complementarias, es el servidor civil que realiza funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad. Asimismo, resulta aplicable la Ley N° 27815, Código de Ética de la Función Pública, en cuyo artículo 4° se define al servidor público como todo funcionario o servidor de las entidades de la administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos que sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado. En la norma antes señalada, se da una concepción amplia de la definición de servidor público, la misma que abarca a un mayor número de personas, con independencia del régimen laboral o jurídico de la entidad (Rodríguez, 2015, pp. 37-39).

2.6.3. Tipicidad subjetiva

El delito de negociación incompatible constituye una infracción dolosa, que admite el dolo directo y eventual, no hay infracción culposa en este delito, según el artículo 12° del Código Penal.

Para la consumación del delito de negociación incompatible, solo requiere evidenciar que hubo un interés indebido del funcionario o servidor público en los contratos y operaciones en que intervino por razón de su cargo. Esto quiere decir, que se debe probar que su conducta estuvo orientada a obtener un beneficio patrimonial o extra patrimonial con los resultados de los contratos y operaciones en los que interviene por razón de su cargo. No será necesario que se haya dado la celebración del contrato u operación, ni tampoco que se produzca algún tipo de perjuicio para el Estado. Se trata de un delito de simple actividad y de peligro, donde se castiga el interés tendencioso e ilícito del funcionario o servidor público (Enríquez, 2016, p.88).

Respecto de lo anterior, se hace necesario hacer una diferencia entre los conceptos de peligro concreto y peligro abstracto. En primer lugar, cabe señalar que los delitos de peligro

son aquellos que implican la probabilidad de lesión del bien jurídico, que se diferencian de los delitos de lesión, que suponen su menoscabo.

Ahora bien, los delitos de peligro a su vez se pueden clasificar en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. La diferencia estriba en el alcance de la acción peligrosa que, tratándose de delitos de peligro concreto, implica un peligro de lesión inmediata o próxima al bien jurídico, en tanto, en los delitos de peligro abstracto, existe un peligro lejano de lesión. Por tanto, para estos últimos, la peligrosidad típica de la acción basta para su penalización, sin que en el caso concreto, se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro. Los delitos de peligro abstracto constituyen delitos de mera actividad, que se conforman con que la conducta sea peligrosa en general para determinado bien jurídico (Díaz Castillo, 2016, pp. 217-218).

El tipo penal de la negociación incompatible prevé que se tenga que acreditar algunos elementos subjetivos distintos del dolo; nos referimos al interés indebido **en provecho propio o de tercero**. Esto requiere que el sujeto activo no solo tiene que conocer y querer efectivamente todos los elementos objetivos del tipo penal, también habrá de acreditar, en el proceso penal, el móvil del lucro del agente en la ejecución de la conducta típica: el proceso de negociación y ejecución de los contratos u otro tipo de operaciones comerciales, que por razón del cargo, intervenga el funcionario o servidor público. De esta manera, se admite con esto, la verificación de los elementos subjetivos distintos al dolo (Reátegui, 2017, pp. 952-953).

2.6.4. El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible previsto en el Código Penal peruano

Según Guimaray, de la redacción del artículo 399° del Código Penal peruano referido al delito de negociaciones incompatibles, se desprende que:

El interés estatal a proteger se vincula con el poder político o de gestión de intereses de los funcionarios públicos y con la prohibición explícita que obtenga algún beneficio indebido en razón del mencionado poder. Agrega que la incompatibilidad de la negociación radica en el interés particular del funcionario público que se contrapone con el interés general y los principios que de ello se dependen. Pone como ejemplo, la

transparencia que debe haber en los contratos y operaciones comerciales en las que el Estado es parte. Por eso, resulta lógico afirmar que el bien jurídico protegido es la objetividad y legalidad de los contratos y operaciones comerciales que la administración lleva a cabo (2012, p.11).

Para Castillo, el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es:

La transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos, que debe guiar la actuación del funcionario público en los actos propios de su cargo cada vez que interviene en los contratos en nombre y representación del Estado (2015, p. 15).

Agrega Castillo que:

Se pretende desarrollar los procesos de contratación estatal con objetividad, en base a los principios constitucionales y legales que inspiran los contratos públicos. No puede haber intervención ni interferencia ilícita del funcionario público que valiéndose de su cargo o especial posición en la contratación estatal pueda dirigirla a su antojo. Todo esto, al margen de si es que resulta afectado el patrimonio estatal o que se pueda verificar un perjuicio económico, luego de la contratación (2015, p.16).

Según Reátegui

Como el delito de aprovechamiento indebido consiste en una forma de corrupción de funcionarios públicos, su objeto de protección jurídico- penal no será de naturaleza económica-financiera, pese a que el interés debe dirigirse a un negocio jurídico determinado (contrato u operación), donde es obvio que habrá algún beneficio económico para el funcionario público o tercera persona vinculada a él; el negocio jurídico solo será el marco contextual referencial de la conducta típica, pero el fundamento material del injusto típico será el aprovechamiento indebido del cargo por parte del funcionario público bajo la forma de interés en un negocio jurídico. De modo que por esto es que se podrá reprimir penalmente al funcionario aun cuando luego se frustre la suscripción o ejecución del contrato u operación (2017, p. 896).

Enríquez señala que:

El delito de negociación incompatible tiene como objeto específico de tutela, la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes, el bien jurídico especial es el deber de lealtad y probidad del funcionario o servidor público durante el ejercicio de las funciones que desempeña en razón del cargo, para mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía (2016, p. 85).

Agrega este autor que:

El bien jurídico en este delito es de naturaleza inmaterial, vale decir que no está fijado en un interés económico-patrimonial que afecte las arcas del Estado peruano, sino que se concretiza el interés inmaterial en el proceso de negociación que lleva a cabo el funcionario o servidor público en las contrataciones u operaciones donde interviene por razón de su cargo. No resulta relevante para el delito que haya una afectación o un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado (2016, p. 86).

Díaz Castillo crítica que:

No se ha dado la debida importancia al aspecto material del delito de negociación incompatible. La doctrina y jurisprudencia peruana solo analiza los elementos típicos del delito, pero no establece la relación de lesividad entre la conducta peligrosa y el bien jurídico, como fundamento de su punición. Agrega que no basta la realización de la conducta interesada para señalar que pone en peligro el ciclo de contratación estatal. Se hace necesario que el interés esté dirigido a favorecer el interés particular sobre el público, de manera que la parcialidad del funcionario o servidor público afecte la objetividad de la actividad contractual del Estado y ponga en riesgo la mencionada actividad(2013, pp. 270-271).

2.6.5. Finalidad del delito de negociación incompatible

Para Ilabaca:

Consiste en resguardar la imparcialidad en el ejercicio del cargo, sea público o de aquellos privados señalados en el tipo penal, y con ello la protección a los intereses públicos (o eventualmente privados respecto de los otros sujetos) que puedan verse afectados con el pre valimiento directo o indirecto de la posición que ostentan respecto del cargo que se les ha encomendado a los sujetos activos que la ley señala (2012, p.39)

Para Aguilera:

El delito de negociación incompatible busca proteger el deber de lealtad y prioridad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón de la administración. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando los intereses del Estado al que representa. De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente público lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad en la celebración de contratos u otras operaciones que le han sido encomendados o confiados en razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública (2016, p.44).

Reátegui señala que

La imparcialidad de la administración pública debe vincularse con la protección del patrimonio estatal. Así, si un funcionario público ofrece un trato especial a un administrado, pero sin poner en peligro los intereses económicos del Estado, no se podrá hablar de un delito de negociación incompatible, sino de una infracción del principio de imparcialidad previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Habrá delito de negociación incompatible cuando la actuación del funcionario público se desdobra al representar tanto al Estado como a los intereses privados. La naturaleza de los intereses privados debe ser conforme a la opinión dominante de la doctrina nacional, de carácter económico (2017, p. 901).

2.6.6. Jurisprudencia peruana sobre el delito de negociación incompatible

Díaz Castillo, señala que:

La jurisprudencia peruana menciona que los delitos contra la administración pública poseen un bien jurídico categorial que agrupa a todos los tipos contenidos en el título XVIII del Código Penal. También reconoce que en cada tipo deberá identificarse un bien jurídico específico. Así en sus diversas instancias, el Poder Judicial ha ratificado como bien jurídico categorial al correcto funcionamiento de la administración pública. No obstante, en la determinación del bien jurídico específico no existe un criterio uniforme en las diversas instancias del Poder Judicial. En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se indica que en el delito de negociación incompatible, se cautela la legalidad del ejercicio de la función pública con el fin de asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional. En cambio, para la Sala de apelaciones de la Corte Superior de Justicia, se cautela la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus funcionarios que anteponen sus intereses a lo de la administración. Otro criterio que resulta preponderante por su reiteración es aquel que protege la imparcialidad de los funcionarios públicos en la toma de decisiones (2013, pp. 177-181).

Existe jurisprudencia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia que ha señalado lo siguiente sobre el delito de negociación incompatible:

Se trata de un tipo penal que exige la concurrencia de alguna calidad o cualidad especial, por eso constituye un “delito especial propio”. Y es que solo podrán cometer este delito los funcionarios y servidores públicos que reúnan las características de relación funcional exigida por el tipo penal (razón de su cargo), vale decir que debe tener facultades y competencias internas que le permitan intervenir en cualquiera de las fases de la contratación u operación pública³

³ Sentencia de fecha 08 de Febrero de 2013, del expediente 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Respecto del verbo rector “interesarse” en el delito de negociación incompatible, la Corte Suprema ha señalado (Incidente N° 37-2005-LL.Caso CONAPA) lo siguiente:

La acepción del término interesarse es el de “injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (...) interesarse es, pues volcar sobre el negocio de que se trata una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnando intereses particulares o terceros (...)”⁴

Respecto de los contratos u operaciones en el marco del delito de negociación incompatible, la Corte Suprema ha señalado.

...cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible, comprende aquellas situaciones en las que la administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual en similar condición, frente a un tercero sea este una persona natural o jurídica-, mientras que la operación, se entiende como aquellos actos unilaterales que se producen entre la administración pública y su administrados, condicionados a que tales actos, tengan un contenido económico....si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito por hermenéutica jurídica ⁵.

La estructura típica del delito de negociación incompatible no permite la intervención del tercero (extraneus). La participación de un tercero en un delito de infracción depende de que la misma sea incluida en la redacción típica: es el caso de los denominados delitos de participación necesaria (cohecho, colusión). Vigésimo Octavo. El delito de negociación incompatible es un delito de infracción del deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial –normativizado-, que sólo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un

⁴ Consultado de NOLASCO, José, VELARDE, Juan, AYALA, Erika, LOPEZ, Reiser; Manual de Litigación en delitos gubernamentales, Ara editores, Lima, 2011, p.356

⁵ R.N. Nro. 1328-2011-PUNO, de fecha nueve de Mayo de dos mil doce, expedido por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

proceso de contratación o de adquisición. La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos... *Trigésimo*. La estructura típica del delito de negociación incompatible, no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo. El tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado – de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública. *Trigésimo primero*. El delito de negociación incompatible tiene una naturaleza subsidiaria, dado que, por su configuración típica, se presenta cuando no se da otras conductas previstas en esta sección. Si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como un cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del estado, entonces realizará una colusión. El delito de negociación incompatible, queda reservado para aquellos casos en que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara, constituiría un delito independiente⁶.

La prescripción de la acción penal en el delito de negociación incompatible. Quinto. Si bien el Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, referido a la dúplica de los plazos de la

⁶ Casación N° 841-2015-Ayacucho, del 24-05-2016.

prescripción, está orientado al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal; sin embargo, no todos los delitos allí comprendidos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público. *Sexto*. El delito de negociación incompatible trata de un delito de mera actividad y peligro, siendo el bien jurídico protegido el normal funcionamiento de la administración pública, específicamente el hecho de garantizar la imparcialidad del funcionario o servidor público frente a los administrados en general, por tanto en este tipo penal no existe necesariamente una afectación al patrimonio estatal, por consiguiente, no resulta aplicable el supuesto de dúplica del plazo de prescripción previsto en el último párrafo del art. 80° del Código Penal. Aunado a ello se tiene que la ubicación del delito de negociación incompatible está ubicada en la sección IV del Código Penal, que hace alusión a los delitos de corrupción de funcionarios, por tanto, dicho ilícito penal no protege directamente el patrimonio del Estado⁷.

Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa carecen –por sí solos- de relevancia para el Derecho Penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia- sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa. Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen

⁷ R.N.N° 2464-2014-Lima, del 09-06-2015.

acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal⁸.

El delito de negociación incompatible, previsto en el art. 399 del Código Penal, es uno de peligro concreto, y de acuerdo con el principio de lesividad, su configuración está condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. Debido a ello, no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, sino que serán típicas aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública⁹.

2.6.7. Legislación y jurisprudencia comparada

El Código Penal Español regula el delito de negociación en su artículo 439, con el siguiente tenor:

La autoridad o funcionario público que debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años”. Así, en el Código español el verbo rector es el aprovechamiento del funcionario dirigido directamente a los negocios o actuaciones comerciales (Reátegui, 2017, p. 913).

El Código Penal de Francia (1810), en su artículo 175 señala:

Todo funcionario, oficial público o agente de gobierno que, ya abiertamente, ya por actos disimulados, ya por medio de otras personas, hubiese tomado o recibido un interés cualquiera con “ motivo de las actas, adjudicaciones, empresas o arriendos cuya administración o vigilancia estuvieren en todo o en parte en su poder en el momento de celebrarse será condenado a un mínimo de seis meses o un máximo de dos años de

⁸ Casación N° 841-2015- Ayacucho, del 24-05-2016.

⁹ Casación N° 231-2017-Puno, del 14-09-2017.

prisión y sufrirá además multa cuyo máximo será la cuarta parte de las resoluciones y de las indemnizaciones, y cuyo mínimo será la dozava parte de las mismas. Se le declarará además incapacitado durante toda su vida para ejercer ningún cargo público. La presente disposición será aplicable a todo funcionario o agente del gobierno que hubiere tomado un interés cualquiera en un negocio cuyo pago o liquidación estuviere a su cargo” (Reátegui, 2017, pp. 913-914).

El Código Penal de Portugal (1982) reprime el delito de negociación incompatible con el siguiente tenor legal, en el artículo 427:

El funcionario que, con intención de obtener para sí o para un tercero participación económica ilícita, lesionare en un negocio jurídico los intereses patrimoniales que corresponde, en razón de sus funciones, administrar, fiscalizar, defender o liquidar, será penado con prisión de hasta 4 años y multa de 30 a 90 (Reátegui, 2017, p. 914).

En el ámbito latinoamericano, tenemos el Código Penal Chileno, que en la última modificación realizada al tenor del artículo referido al delito de negociación incompatible (artículo 240), quedo como sigue:

El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado el negocio (Reátegui, 2017, p.p. 914-915)

El Código Penal Argentino reprime el delito de negociaciones incompatibles en su artículo 265 con el siguiente tenor:

Sera reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo (Reátegui, 2017, p.915).

En Colombia, se encuentra regulado en el artículo 409° de su Código Penal, el delito de interés indebido en la celebración de contratos, cuyo tenor es:

El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años (Córdova, 2013, p.7).

Así se sanciona la conducta del servidor público que actúa con desviación de poder en la celebración de un contrato o en una operación vinculada con este, en la que debe intervenir por razón del cargo o de sus funciones. El bien jurídico específico tutelado es el correcto ejercicio del servicio público en el campo de la contratación, que los servidores públicos deben ejercitar conforme al interés general.

Córdova señala que para la Corte Suprema de Colombia:

Lo que se protege es la corrección y transparencia en el ejercicio de la función pública, cuando se ejerce a través de la contratación estatal. Los servidores públicos se encuentran obligados a respetar los principios de moralidad, transparencia, objetividad e igualdad, al margen de la influencia de intereses individuales y de la corrupción (2013, pp. 13-14).

La Jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional de Colombia entiende al interés indebido como aquel que se opone al interés general o al bien común en el ejercicio de la función de los servidores públicos relacionada con los contratos estatales. Se trata de un interés de carácter personal o individual que busca el beneficio propio o de un tercero (Córdova, 2013, p.26).

2.6.8. Diferencias del delito de negociación incompatible con otros delitos

Enríquez señala que, en la práctica suele confundirse el delito de negociación incompatible con la colusión ilegal o el cohecho, cuando se trata de tipos penales distintos.

Así:

Si bien es cierto, estos delitos se desenvuelven dentro del mismo ámbito que es la contratación administrativa, el delito de colusión exige se acredite el fraude o la concertación del funcionario público con los particulares, lo que no sucede en el delito de

negociación incompatible. Por otro lado, el cohecho exige la existencia de un beneficio patrimonial para el funcionario público, lo que resulta irrelevante para el delito de negociación incompatible (2016, p. 77).

En el delito de negociación incompatible, el bien jurídico protegido es de naturaleza inmaterial, no es relevante para este delito que haya una afectación económico-patrimonial, por ejemplo de las arcas del Estado (en estos casos, se aplicará la colusión o el peculado). Se trata de un interés inmaterial que se concreta en el proceso de negociación que lleva a cabo el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones en las que interviene por razón de su cargo (Enríquez, 2016, p. 86)

Reátegui señala que

La descripción típica del delito de negociación incompatible radica en que el funcionario solo se interese indebidamente por los contratos, al margen de las personas que estén involucradas en la relación contractual con el Estado. Por tanto, no se expresa en el tipo penal antes mencionado que el funcionario o servidor público llegue efectivamente a un acuerdo contractual con la otra parte suscribiente, puesto que si esto ocurre se estaría ante el supuesto de otro delito contra la administración pública, que es el de colusión, de mayor gravedad en términos de sanción penal (Reátegui, 2017, p. 922).

El pleno jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Lima uniformizó criterios para distinguir entre los delitos de colusión desleal y negociación incompatible donde se dieron las siguientes posiciones:

La primera posición parte por reconocer la ausencia de nexos comunicantes entre los tipos penales de colusión desleal y negociación incompatible que permitan su calificación como tipos penales autónomos y por lo tanto, permitan sostener la posibilidad de formular imputaciones conjuntas.

La segunda posición plantea la imposibilidad de proponer imputaciones conjuntas por los delitos de colusión desleal y negociación incompatible, por lo que la opción debe darse por establecer cuál de los tipos penales resulta aplicable al caso concreto, permitiéndose, en todo caso la formulación de imputaciones alternativas.

...por el principio de especialidad, el tipo legal de negociación incompatible resulta ser más genérico. Y la colusión por ser un delito más específico, subsume de manera más completa la conducta delictiva. Por tanto, si no puede probarse la existencia de un acuerdo colusorio, o no hay indicios para suponer que el interés indebido privado se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que subsidiariamente será aplicado (Reátegui, 2017, pp. 964-965).

2.7. Marco Conceptual o Glosario de Términos Básicos

Acusación fiscal

Es la solicitud fundamentada que realiza el Fiscal ante la autoridad competente (en nuestro caso a la Corte Suprema de Justicia) para que se juzgue a determinada persona por considerarla responsable de un delito o falta cometida y se le imponga la pena prevista en la Ley.

Administración pública

Es el conjunto de instituciones y organizaciones de carácter público que se dedican a la administración o gobierno de los asuntos de un Estado.

Bien jurídico

Alude a una realidad que resulta valorada socialmente por su vinculación con la persona humana y su desarrollo.

Contratación pública

Alude a un tipo de contrato en el que una de las partes es un órgano de la administración pública que actúa como tal y que se encuentra sometido a un régimen jurídico que pone al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la administración.

Extraneus

Es la persona que resulta cómplice de un delito de infracción de deber.

Funcionario público

Es aquella persona que se encuentra comprendida en la carrera administrativa. También comprende a aquellos que ocupen cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. Incluye a quienes tienen vínculo contractual o laboral de cualquier naturaleza con entidades del Estado, incluyendo las sociedades de economía mixta.

Intraneus

Es la persona que responde como autor en un delito de infracción de deber.

Tipo penal

Constituye la descripción de una conducta activa u omisiva, la misma que es establecida como delito en el presupuesto jurídico de la Ley penal.

CAPÍTULO III

3. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo de investigación

Se trata de una investigación aplicada e histórica, puesto que la tesis se orienta a poner de manifiesto un problema práctico existente en la realidad; en este caso referido a la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público por el delito de negociación incompatible, que llevó a la expedición de sentencias absolutorias por parte de la Corte Suprema de Justicia en el periodo 2010-2015.

El enfoque es cualitativo, puesto que el propósito es examinar la forma en que los individuos perciben y experimentan los fenómenos que los rodean, profundizando en sus puntos de vista, interpretaciones y significados (Punch, 2014).

3.2. Diseño de investigación

En la presente investigación se utilizó el diseño no experimental transeccional correlacional; el mismo que, según Hernández:

Describen relaciones entre dos o más categorías, conceptos o variables en un momento determinado. Se trata también de descripciones, pero no de categorías, conceptos, objetos ni variables individuales, sino de sus relaciones, sean estas puramente correlacionales o relaciones causales. Lo que se mide-analiza (enfoque cuantitativo) o evalúa-analiza (enfoque cualitativo) es la asociación entre categorías, conceptos, objetos o variables en un tiempo determinado. (Hernández, 2012, p.184).

El esquema de la investigación es el siguiente:

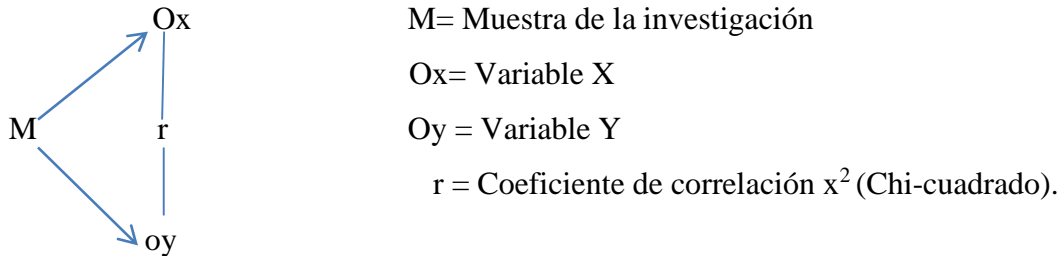


Figura 1. Esquema de investigación

3.3. Universo, Población y Muestra.

3.3.1. Universo

Estará constituida por sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en el periodo 2010-2015.

3.3.2. Población

Total de 75 sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en el periodo 2010-2015, recabadas de la jurisprudencia sistematizada del Poder Judicial y de bibliografía especializada sobre el tema.

3.3.3. Muestra

Por el carácter accesible se seleccionó 22 sentencias, con muestra no probabilística o intencional.

Tabla 3. Conformación de la muestra

Número	Resolución	Año	Órgano	Fecha
1	4259-2008	2010	Sala Penal Corte Suprema	09/04/2010
2	5083-2008	2010	Sala Penal Corte Suprema	20/01/2010
3	613-2009	2010	Sala Penal Corte Suprema	15/03/2010
4	661-2009	2010	Sala Penal Corte Suprema	10/03/2010
5	1069-2009	2010	Sala Penal Corte Suprema	23/02/2010
6	1124-2009	2010	Sala Penal Corte Suprema	07/06/2010
7	2106-2009	2010	Sala Penal Corte Suprema	16/06/2010
8	443-2010	2011	Sala Penal Corte Suprema	19/04/2011
9	832-2010	2011	Sala Penal Corte Suprema	17/05/2011
10	3030-2010	2012	Sala Penal Corte Suprema	31/01/2012
11	00092-2011	2013	Corte Superior de Justicia	10/06/2013
12	578-2011	2012	Sala Penal Corte Suprema	29/02/2012
13	1608-2011	2011	Sala Penal Corte Suprema	08/01/2011
14	2196-2011	2012	Sala Penal Corte Suprema	12/9/2012
15	2641-2011	2010	Sala Penal Corte Suprema	23/02/2010
16	2770-2011	2012	Sala Penal Corte Suprema	12/09/2012
17	00023-2012	2013	Corte Superior de Justicia	15/10/2013
18	253-2012	2013	Sala Penal Corte Suprema	13/02/2013
19	375-2012	2013	Sala Penal Corte Suprema	07/03/2013
20	1024-2013	2013	Sala Penal Corte Suprema	23/10/2013

21	029-2014	2014	Fiscalía de la Nación	06/05/2014
22	037-2014	2014	Fiscalía de la Nación	12/09/2014

Fuente: Elaborado por el autor

3.4. Métodos

En la presente investigación, se utilizaron métodos generales tales como:

- Análisis
- Síntesis

El método analítico significa que se descompone el todo en las partes que lo integran para estudiar de modo exhaustivo cada una de esas partes, así como las relaciones entre cada una de ellas y con el todo (Falcón, 2013, p.1).

El método sintético significa la reconstrucción, la integración de las partes al todo, pero no se trata de una reconstrucción mecánica, se quiere comprender la esencia del total, sus aspectos y relaciones básicas (Falcón, 2013, p.2).

El nivel de la investigación es de carácter descriptivo y explicativo. Al respecto, Hernández señala que:

La investigación descriptiva se efectúa cuando se desea describir, en todos sus componentes principales, una realidad....investigación explicativa: es aquella que tiene relación causal; no sólo persigue describir o acercarse a un problema, sino que intenta encontrar las causas del mismo (2012, p.2).

Dentro del orden de ideas antes señalado, se describió la relación entre la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público por el delito de negociación incompatible y la expedición de sentencias absolutorias por el mismo delito por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el periodo 2010-2015. Asimismo, se buscó explicar las razones

de la ineficacia de la acusación fiscal planteada por el Ministerio Público Peruano por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015.

3.5. Técnicas

Se utilizó como técnica de recolección de datos, la observación y el análisis documental de las sentencias absolutorias que forman parte de la muestra de la investigación, conforme a la guía de análisis documental que forma parte de los anexos de la tesis (Anexo 1).

3.6. Instrumentos

Se utilizó como instrumento la guía de análisis documental, cuyo objetivo fue verificar la existencia de lo perjudicial que representa la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano por el delito de negociación incompatible en la expedición de sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el mismo delito, en el período 2010-2015. Este análisis documental contó con cinco (05) criterios de observación (Anexo 02).

También se utilizó como instrumento la tabla de contingencia que expresa los resultados de la aplicación del análisis documental (Anexo 03).

En la presente investigación se complementó con la aplicación detallada de la guía de análisis documental a los 22 expedientes objeto de investigación (Anexo 04).

3.7. Procesamiento de datos y análisis de resultados

3.7.1. Procesamiento de datos

Aplicación del análisis documental a las sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema por delito de Negociación incompatible del periodo 2010-2015, que conforman la muestra de la presente investigación.

Tabla 4. Resultado de aplicación de análisis documental

Análisis 01:

EXPEDIENTE R.N. N° 4259-2008

José Rodríguez- Municipalidad Distrital de Aguas Verdes

SALA/JUZGADO Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

MATERIA Delito contra la Administración pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo.

ACUSADO José Luis Rodríguez López

FECHA Lima, 09 de Abril del 2010

HECHOS

Se imputa al encausado que, en su condición de trabajador de la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes, como Ingeniero de Sistemas de la red de cómputo, encargándose del mantenimiento y reparación de computadoras de la referida entidad edil, suscribiéndose para ello contratos de locación de servicios, aprovechándose de ese vínculo contractual con la entidad edil, dada su condición de servidor público, constituye una empresa privada COMPUPLANET SCRL para presuntamente, de manera indebida, intervenir indirectamente a fin de beneficiar a su aludida empresa haciéndola ganadora de la buena pro en el proceso de adquisición de cuatro computadoras por parte de la entidad edil.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		

c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal del imputado por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

No se ha llegado a establecer con suficiencia la responsabilidad penal del encausado quien alega no haber participado directa ni indirectamente en la adquisición de computadoras adquiridas por la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes, versión que ha sido corroborada por el Gerente Municipal y Jefe de Abastecimiento de la mencionada entidad del Estado; que el encausado sólo proporciono las características de las computadoras a adquirir, más no tuvo incidencia ni sugirió en la decisión de la empresa ganadora.

DECISIÓN

La Sala declaró NO HABER NULIDAD en la Sentencia de fecha 18 de Julio del 2008 que absolvió a José Luis Rodríguez López como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado.

Análisis 02:

EXPEDIENTE R. N. N° 5083-2008

Eddy Romero y otros – Santuario histórico de Macchu Picchu y el Estado

SALA/JUZGADO Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

MATERIA Delito contra la Administración pública- negociación incompatible o

aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado. Delito
 contra el patrimonio cultural- destrucción y alteración de bienes del
 patrimonio cultural prehispánico y omisión de deberes de funcionario
 público.

ACUSADOS Eddy Oscar Romero Pascua, Cecilia Carolina Castillo Pretell, Gustavo
 Alfredo Manrique Villalobos, Héctor Augusto Walde Salazar

FECHA Lima, 20 de Enero del 2010.

HECHOS

El encausado Manrique Villalobos en su condición de Director Departamental del Instituto Nacional de Cultura autorizó a la productora Castillo Pretell (que no cumplía con los requisitos exigidos) el ingreso a la ciudadela Inca de Macchu Picchu para la producción del spot publicitario de una compañía de cerveza en el sector del Intihuatana, con el resultado final de daño irreversible de la estructura lítica.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La Acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que acrediten la responsabilidad penal de los encausados por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, además de que hubo una mala calificación jurídica de los hechos, debiendo ser estos encuadrados dentro del tipo legal del delito contra el patrimonio cultural- omisión de deberes de funcionario público.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que el extremo absolutorio referido al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se sustenta en que los elementos del tipo penal de este delito no concurren en el presente caso puesto que la conducta realizada por los encausados Manrique Villalobos y Walde Salazar fue la de incumplir deberes funcionales, al no exigir la satisfacción de los requisitos para llevar a cabo una filmación en la ciudadela de Macchu Picchu, y que al final, ocasionó el fatal resultado. No se evidenció la existencia de un interés de ambos por obtener un provecho para sí o para otro.

DECISIÓN

La Sala declaró NO HABER NULIDAD en la Sentencia del uno de Octubre del 2008, en cuanto absolvió a Gustavo Alfredo Manrique Villalobos y Héctor Augusto Walde Salazar de la Acusación formulada en su contra por delito contra la Administración Pública- negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado.

Análisis 03:

EXPEDIENTE R.N. N° 613-2009

Walter Hernán Mendoza Castro- Municipalidad Provincial de
Chanchamayo - El Estado peruano- Primitiva Ortega de Villegas

SALA/JUZGADO Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

MATERIA Delito contra la negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo Delito contra el Patrimonio-Estafa.

ACUSADO Walter Hernán Mendoza Castro

FECHA Lima, 15 de Marzo del 2010.

HECHOS

Que el acusado, en su condición de Alcalde de Chanchamayo, tuvo un supuesto interés en expedir una Resolución de Alcaldía, en cuya virtud la Municipalidad de la cual era Alcalde otorgó licencia de construcción a la empresa TIM PERÚ sobre un terreno de propiedad de su conviviente.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal del imputado por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que no se advierte que la Licencia otorgada por la Municipalidad de Chanchamayo se encuentre relacionada con algún contrato u operación en el que estuviera participando el encausado en razón de su cargo. Los hechos se refieren a la expedición de un acto administrativo de otorgamiento de Licencia de Construcción, que resulta ser un supuesto ajeno al previsto en la descripción típica del delito de negociación incompatible. Respecto del contrato de compraventa y de arriendo mencionados en el expediente, en ninguno de ellos participó el acusado.

DECISIÓN

La Sala declaro HABER NULIDAD en la Sentencia de fecha 03 de Diciembre del 2008, en el extremo que condenó a Walter Hernán Mendoza Castro como autor del delito contra la Administración Pública- negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; reformándola, lo ABSOLVIERON de la acusación fiscal formulada en su contra.

Análisis 04:

EXPEDIENTE R.N. N° 661-2009

Albino Bendezú y otros- Municipalidad de San Isidro

SALA/JUZGADO Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

MATERIA Delito contra la Administración Pública- negociación incompatible o
aprovechamiento indebido del cargo

ACUSADOS Albino Bendezú Bendezú y Otros

FECHA Lima, 10 de Marzo del 2010

HECHOS

Que el Informe especial de la Contraloría General de la República respecto de obras ejecutadas por la Municipalidad de San Isidro en los años 1997, 2000 y 2001 concluyó que

los acusados aprobaron valorizaciones, reintegro y la liquidación final de la obra, sin contar con solicitud y autorización de trabajos habituales. Se recepcionó la obra con participación del residente de obras sin constatar el metraje realmente ejecutado, con lo que se favoreció a los contratistas, que se beneficiaron con el pago por metrados no ejecutados.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.	}	
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.	}	
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		}
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.	}	
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.	}	

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La Acusación Fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que acrediten la responsabilidad penal de los encausados por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, además de que hubo una mala calificación jurídica de los hechos, debido a que los miembros del Comité Especial, al omitir un acto de su función, tuvieron responsabilidad por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que el ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, abarca todos los procedimientos de un proceso de contratación pública.

Que se ha acreditado que ninguno de los acusados intervino en el proceso de contratación, sino en la ejecución y recepción de la obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado.

Que no existe actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal de negociación incompatible. La omisión de un acto de función acarrea responsabilidad por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible.

DECISIÓN

La Sala declaró NO HABER NULIDAD en la Sentencia, en el extremo que absolvió a Albino Bendezú Bendezú y otros de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en perjuicio de la Municipalidad de San Isidro.

Análisis 05:

EXPEDIENTE R.N. N° 1069-2009

Ezequiel Mandamiento Grados- Municipalidad de Huaura-Huacho

SALA/JUZGADO Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

MATERIA Delito contra la Administración Pública-negociación incompatible

ACUSADO Ezequiel Mandamiento Grados

FECHA Lima, 23 de Febrero del 2010

HECHOS

Que durante los años 2003 y 2004, el encausado como jefe de la Oficina de Tránsito y Transporte Público de la Municipalidad Provincial de Huaura-Huacho, adquiría de manera directa 14 placas para motocicletas al proveedor Valdivia Sánchez cuando este tipo de adquisiciones se llevaban a cabo por intermedio de la oficina de Logística de la municipalidad agraviada. También, durante su gestión hubo pérdida y duplicidad de los stickers que la municipalidad agraviada otorgaba a los vehículos de transporte de su localidad previo pago de los respectivos derechos.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		1

b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal calificó como delito de negociación incompatible la conducta del encausado ocurrida en Diciembre del 2003 y Enero del 2004, cuando todavía no estaba vigente este tipo legal como tal (en esa fecha solo existía como aprovechamiento indebido del cargo-artículo 397 del Código Penal). Recién con la Ley N° 28355, del 06 de Octubre del 2004, se le denominó como negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en el artículo 399 del Código Penal Peruano.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que los hechos imputados se dieron en fecha anterior-Diciembre del 2003 y Enero del 2004-a la entrada en vigencia del tipo penal de Negociación incompatible, conforme al artículo 399 del Código Penal, modificado por Ley 28355, de fecha 06 de Octubre del 2004; por tanto, en aplicación del principio de legalidad, procede su absolución.

DECISIÓN

La Sala declaró **NO HABER NULIDAD** en la Sentencia de fecha 30 de Diciembre del 2008, en el extremo que absuelve a Ezequiel Mandamiento Grados de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública-negociación incompatible-en agravio de la Municipalidad de Huaura-Huacho; declararon **NULA** la propia Sentencia en la parte que absuelve a Ezequiel Mandamiento Grados de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración pública-Peculado en agravio de la Municipalidad de Huaura-Huacho; **MANDARON** se realice un nuevo juicio oral.

Análisis 06:

EXPEDIENTE R.N. N° 1124-2009

Máximo Gutiérrez Carrillo- Estado peruano

SALA/JUZGADO Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

MATERIA Delito contra la Administración Pública en la modalidad de aprovechamiento indebido del cargo y abuso de autoridad

ACUSADO Máximo Gutiérrez Carrillo

FECHA Lima, 07 de Junio del 2010.

HECHOS

Que en el mes de Marzo del 2010, la docente Huaylla Cáceres fue contratada por el ex Director de la Unidad de Gestión Educativa Local - Sucre, bajo el denominado contrato de trabajo de personal docente para las instituciones educativas públicas, tomando posesión del cargo como profesora; sin embargo, el encausado al asumir el cargo de Jefe de Personal de la Unidad de Gestión Educativa Local de la Provincia de Sucre, no le renovó el contrato, aduciendo desconocimiento de la situación laboral de la referida docente.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		

d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal del imputado por el delito contra la administración pública en la modalidad de aprovechamiento indebido del cargo y abuso de autoridad.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que el delito de aprovechamiento indebido del cargo tiene su origen en la no renovación del contrato a la docente Huaylla Cáceres, se estima que podría constituir infracción de índole administrativa, pero no de naturaleza penal; asimismo, de la compulsión de las pruebas no se advierte que el encausado haya actuado dolosamente ni que haya tenido reuniones clandestinas con su coencausado o se hubiera interesado directa o indirectamente mediante acto simulado en no renovar contrato a la docente, sino que su intervención estuvo obligada por el cargo que ocupó, por lo que se le aplica la presunción de inocencia.

DECISIÓN

La Sala declaró NO HABER NULIDAD en la Sentencia de fecha 29 de Diciembre del 2008, que falló absolviendo a Máximo Gutiérrez Carrillo de la acusación fiscal por la comisión del delito contra la Administración pública en su modalidad de aprovechamiento indebido del cargo y abuso de autoridad en agravio del Estado.

Análisis 07:

EXPEDIENTE R.N. N° 2106-2009

Iván Palomino Rojas y otro- Gobierno Regional del Callao.

SALA/JUZGADO Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

MATERIA Delito de Colusión, delito de negociación incompatible o

aprovechamiento indebido del cargo, delito de Falsificación de documentos.

ACUSADOS Iván Palomino Rojas y otro

FECHA Lima, 16 de Junio del 2010

HECHOS

Que los encausados Palomino Rojas y otros como miembros del comité especial encargado de los procesos de Licitación Pública y Concurso Público de bienes y servicios así como de los procesos de adjudicación, pese a conocer que la empresa “Inversiones Magda Sociedad anónima” de propiedad de la cónyuge de Congresista no podía ser postor ni contratar con el Estado, se interesaron en que dicha empresa participe como postor y gane la Adjudicación Directa Selectiva de la Región Callao para la adquisición de lubricantes y grasas, etc. para el proyecto piloto “El Mirador”, a consecuencia de lo cual obtuvo un beneficio global de índole económico.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal del imputado por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

El tribunal de contrataciones y adjudicaciones del Estado ha declarado que a la fecha de celebración de los contratos, el Congresista no era accionista de dicha empresa, así como que la restricción para ser postor está relacionada con el ámbito de la jurisdicción al que pertenece el Congresista- el gobierno regional del Callao no está supeditado ni forma parte del ámbito de la jurisdicción del Congreso. Por tanto, concluye que los cargos de negociación incompatible y falsificación de documentos carecen de relevancia penal.

DECISIÓN

La Sala declaró NO HABER NULIDAD en la Sentencia que absolvió a Iván Palomino Rojas y Otro de la Acusación fiscal formulada en su contra por delito de Colusión ilegal, Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, falsificación de documentos en agravio del Gobierno Regional del Callao.

Análisis 08:

EXPEDIENTE R.N. N° 443-2010

Lorenzo Justiniano Pariacuri Tantarico y Otro- Municipalidad
Provincial de Rioja

SALA/JUZGADO Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

MATERIA Delitos contra la Administración Pública-peculado culposo y negociación
incompatible.

ACUSADOS Lorenzo Justiniano Pariacuri Tantarico y Otro

FECHA Lima, 19 de Abril del 2011.

HECHOS

Se le imputa al procesado Pariacuri Tantarico que, en su calidad de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Rioja, ordeno un pago a favor de su coprocesado Emiliano Burga Saldaña por la compra de cuatro llantas usadas de una motoniveladora y que la documentación se regularizaría posteriormente. Interviniendo también el Gerente Municipal Huayama Rinza, quien dio la conformidad para la adquisición.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal del imputado por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que no se ha acreditado en autos la existencia de un interés particular yuxtapuesto al interés del Estado o en desmedro de este, por parte del procesado Pariacuri Tantarico, en su actuación como Alcalde Provincial de Rioja.

DECISIÓN

La Sala declaró NO HABER NULIDAD en la Sentencia de fecha 30 de Octubre del 2009 que absolvió al procesado Pariacuri Tantarico de la Acusación fiscal formulada en su contra por los delitos contra la Administración Pública-peculado culposo y negociación incompatible.

Análisis 09:

EXPEDIENTE R.N. N° 832-2010.

Roberto Neptali Solano Sandoval-El Estado y Mario Mendoza Puescas.

SALA/JUZGADO Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

MATERIA Delito contra la Administración Pública en la modalidad de corrupción de funcionarios-negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

ACUSADO Roberto Neptali Solano Sandoval

FECHA Lima, 17 de Mayo del 2011

HECHOS

El acusado en su condición de Secretario Judicial, mediante una resolución simulada ordena la desafectación y entrega de vehículo a Manuel Gerardo Ruiz Zelada, llegándose a determinar que dichos documentos no fueron formulados y suscritos por el magistrado de la causa, sino por el referido encausado, quien aprovechándose indebidamente de su cargo y por medio fraudulento indujo a error al titular del juzgado, no dando cuenta de todos los actuados en la instrucción.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

Hubo una mala calificación jurídica de los hechos en la acusación fiscal, que determinó la absolución del acusado por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que respecto del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en el presente caso no existe operación o contrato que el Estado haya celebrado, pues el agente actúa en el ámbito de la administración de justicia como servidor judicial, atribuyéndosele la falsificación de firma del Juez en la Resolución y Oficio en que dispone la entrega de vehículo, supuesto de hecho ajeno a la actividad contractual que realiza el Estado, por lo que los hechos no encajan en la figura típica de la negociación incompatible.

DECISIÓN

La Sala declaro NO HABER NULIDAD en la Sentencia de fecha 20 de Enero del 2010 que absolvió a Roberto Neptali Solano Sandoval por la comisión del delito contra la administración pública-corrupción de funcionarios-negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

Análisis 10:

EXPEDIENTE R.N.N. 3030-2010

Nerio Hernán Lázaro Aquino y Otro- El Estado y Jorge Escobar
Casapoma

SALA/JUZGADO Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

MATERIA Delito contra la administración pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.
Delito contra el Patrimonio-Apropiación ilícita

ACUSADO Nerio Hernán Lázaro Aquino y Otro

FECHA Lima, 31 de Enero del 2012

HECHOS

Que se atribuye a Nerio Hernán Lázaro Aquino y otro, en su condición de exfuncionarios de la Municipalidad distrital de El Tambo, que durante la convocatoria a concurso público por Adjudicación Directa Selectiva se otorgó la buena pro a la empresa Casapoma S.C,R.L., que empezó a realizar las obras haciendo un desembolso económico determinado, pero por extrañas razones, el acusado Lázaro Aquino otorgó la buena pro en la misma fecha a la empresa Inversiones Lucero; ante esta eventualidad, las empresas adjudicatarias formularon un compromiso notarial en que la empresa Inversiones Lucero efectuara un reembolso económico y que el representante de la Municipalidad se comprometió a hacer cumplir a que esta empresa reembolse el monto invertido por la empresa I.C.C.S.A., lo que hasta la fecha no se ha cumplido, a pesar de las cartas notariales cursadas.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

Hubo una mala calificación jurídica de los hechos en la acusación fiscal, que determinó la absolución del acusado por el delito contra la administración pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que en cuanto al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, no se ha advertido que haya la voluntad por parte del encausado de nombrar como ganador a alguna de las empresas concursantes; todo lo contrario, su intención estuvo dirigida a tratar de cumplir con sus obligaciones como funcionario encargado del mencionado concurso público, desvirtuándose así una afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido, esto es, el normal funcionamiento de la administración pública.

DECISIÓN

La Sala declaro NO HABER NULIDAD en la Sentencia de Fecha 08 de Junio del 2010 que absolvió de la acusación fiscal a Nerio Hernán Lázaro Aquino por delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

Análisis 11:

EXPEDIENTE R. N. N° 578-2011

Julio Cesar Mungi Nuñez- Municipalidad Distrital de Monobamba y el Estado

SALA/JUZGADO Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

MATERIA Delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo- omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales.

ACUSADO Julio Cesar Mungi Nuñez

FECHA Lima, 29 de Febrero del 2012

HECHOS

Se imputa al encausado Mungi Nuñez que, en su calidad de Alcalde de la Municipalidad de Monobamba, convocó a un cabildo abierto a las principales autoridades y a los funcionarios de la empresa minera San Ignacio de Morococha para llegar a un acuerdo respecto al pago de la deuda tributaria que tenía la mencionada empresa a favor de la Municipalidad de Monobamba.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		

b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

Hubo una mala calificación jurídica de los hechos en la acusación fiscal, que determinó la absolución del acusado por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que la conducta del encausado no se subsume en el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo toda vez que el cabildo convocado no tenía como sustento la celebración o existencia de contrato alguno, menos aún la realización de determinada operación económica. Se trató de actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones que se habían realizado con el fin de exigir el pago de la deuda que la empresa minera mantenía con la Municipalidad.

DECISIÓN

La Sala declaró HABER NULIDAD en la Sentencia de fecha 02 de Noviembre del 2010, en el extremo que condenó a Julio Cesar Mungi Nuñez como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio de la Municipalidad Distrital de Monobamba y del Estado: y REFORMANDOLA ...ordenaron la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados, así como el archivamiento definitivo del proceso, con lo demás que contiene y los devolvieron.

Análisis 12:

EXPEDIENTE R. N. N° 2196-2011

Santo Díaz Mundaca y otro-Municipalidad Distrital de Chongoyape y el Estado

SALA/JUZGADO Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

MATERIA negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y colusión

ACUSADO Santo Díaz Mundaca y otro

FECHA Lima, 18 de Mayo del 2012

HECHOS

Se le imputa al encausado Díaz Mundaca, que en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Chongoyape celebró actos jurídicos con representante legal de empresa privada, sin contar con la autorización del Consejo Municipal.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		

e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		
---	--	--

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

Hubo una mala calificación jurídica de los hechos en la acusación fiscal, que determinó la absolución del acusado por el delito contra la administración pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que no se ha acreditado que el acusado haya actuado con interés indebido, puesto que los contratos celebrados surgieron como consecuencia de la deuda tributaria que la empresa tenía con la institución agraviada y por la necesidad que tenía esta última de adquirir un predio para la puesta en marcha de un proyecto municipal. Que a lo sumo, hubo omisión de autorización, acto que no encuadra en la figura típica de la negociación incompatible.

DECISIÓN

La Sala declaró NO HABER NULIDAD en la Sentencia del 18 de Enero del 2011, que absolvió de la Acusación fiscal al acusado Díaz Mundaca del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

Análisis 13:

EXPEDIENTE R.N. N° 2641-2011.

Marco Antonio Ohama Paredes y Otro-Sociedad de Beneficencia de Chiclayo.

SALA/JUZGADO Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

MATERIA Delito contra la administración pública-Negociación incompatible.

ACUSADOS Marco Antonio Ohama Paredes y Otro.

FECHA

Lima, 10 de Agosto del 2012.

HECHOS

Que el Informe especial de Contraloría General de la República menciona que los acusados cometieron una serie de irregularidades en los procesos de adquisición, contratación y ejecución de servicios de arrendamiento de bienes inmuebles y uso oficial de vehículos de la Sociedad de Beneficencia Pública de Chiclayo.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal del imputado por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que no se ha acreditado en el proceso que los acusados hayan actuado bajo un interés particular, las irregularidades que menciona el informe especial de la Contraloría son de índole administrativa, que se ventilan en la jurisdicción extra-penal.

DECISIÓN

La Sala declaró NO HABER NULIDAD en la Sentencia de fecha 30 de Junio del 2011 que absolvió a los procesados Marco Antonio Ohama Paredes y Otros, de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de negociación incompatible.

Análisis 14:

EXPEDIENTE R. N. N° 2770-2011

Marco Antonio Rojas Granados y Otro- Municipalidad Distrital de la
Unión Estado Peruano

SALA/JUZGADO Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

MATERIA Delito de aprovechamiento indebido del cargo

ACUSADOS Marco Antonio Rojas Granados y Otro

FECHA Lima, 12 de Setiembre del 2012

HECHOS

Se imputa al Acusado Rojas Granados que, en su condición de Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de la Unión en el año 2003, autorizó indebidamente el pago de adelantos, sin contar con los informes favorables del Inspector de Obra, ocasionando un pago irregular y sin fundamento al contratista.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.]	

b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal del imputado por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que la omisión del informe favorable del Supervisor de la Obra no constituye indicio suficiente para la acreditación del delito de negociación incompatible, puesto que no cualquier irregularidad de índole administrativa resulta idónea para configurar el delito materia del juicio.

DECISIÓN

La Sala declaro NO HABER NULIDAD en la Sentencia del 19 de Julio del 2011 que absolvió a los procesados de la acusación fiscal como autores del delito de aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado y de la Municipalidad Distrital de la Unión.

Análisis 15:

EXPEDIENTE R. N. N° 253-2012.

José Manuel Chávez Sandoval y otro – Estado y Municipalidad Distrital de Yamango.

SALA/JUZGADO Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

MATERIA Delito contra la Administración Pública en la modalidad de aprovechamiento indebido del cargo.

ACUSADO José Manuel Chávez Sandoval y otro.

FECHA Lima, 13 de Febrero del 2013.

HECHOS

Se imputa a los procesados haber incurrido en una serie de irregularidades en la adquisición de insumos para el programa del Vaso de Leche de la Municipalidad Distrital de Yamango; así otorgaron la buena pro a postores no aptos, quienes presentaron documentación incompleta, sin sustento legal, consideraron un valor referencial superior al mercado, causando un perjuicio económico de 72,030.30 nuevos soles.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal de los acusados por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que pese a las irregularidades antes mencionadas, no se ha advertido la presencia de interés particular así como el exceso de cargos o funciones en los procesados que se encuentre orientado a finalidades no funcionales, apreciándose que las omisiones o falta de cumplimiento de los dispositivos legales para la adquisición de bienes obedecieron al desconocimiento de las normas por tratarse de una gestión edil nueva y la premura por obtener el abastecimiento necesario por la presencia de las lluvias en la zona; todo lo cual corresponde que sea ventilado en la vía administrativa.

DECISIÓN

La Sala acordó declarar NO HABER NULIDAD en la Sentencia del 03 de noviembre del 2011 que absolvió a los encausados de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de aprovechamiento indebido del cargo.

Análisis 16:

EXPEDIENTE R. N. N° 375-2012.

Michael Francois Portier Balland- Municipalidad Provincial de
Carabaya Estado peruano.

SALA/JUZGADO Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

MATERIA Delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

ACUSADO Michael Francois Portier Balland.

FECHA Lima, 07 de Marzo del 2013.

HECHOS

Se imputa al procesado el haber suscrito, en forma irregular, órdenes de compra con proveedores impedidos por Ley, de contratar con el Estado, obviando las etapas del proceso de selección y Adjudicación de Menor Cuantía para bienes y servicios.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal del acusado por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que no existe evidencia de que el acusado se haya interesado en forma directa o indirecta en la contratación del proveedor, puesto que al firmar los contratos no tuvo a la vista la documentación que acreditaba vínculo familiar, ya que correspondía a otras oficinas llevar a cabo esa verificación previa.

DECISIÓN

La Sala declaró NO HABER NULIDAD en la Sentencia del 25 de Octubre de 2011 que absolvió a Michael Francois Portier Balland de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible.

Análisis 17:

EXPEDIENTE R. N. N° 1024-2013.

Rómulo Alex Marañón Barraza- Ex –Consejo Transitorio de Administración Regional de Ica y el Estado peruano.

SALA/JUZGADO Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

MATERIA Delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible.

ACUSADO Rómulo Alex Marañón Barraza.

FECHA Lima, 23 de Octubre del 2013.

HECHOS

El acusado, en su calidad de Secretario Técnico de la ex –CTAR-ICA, solicitó mediante memorándum la rebaja o desactivación de otros proyectos, para viabilizar que se priorice y asignen recursos a determinado proyecto, a pesar de que este proyecto carecía de declaratoria de viabilidad.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		

b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal del acusado por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Negociación incompatible.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que no se ha acreditado dentro del proceso, que hubo interés directo o indirecto del acusado dentro del contrato u operación con el contratista, con el consiguiente beneficio indebido a su favor o de tercero.

DECISIÓN

La Sala declaró NO HABER NULIDAD en la Sentencia del 30 de enero del 2013, que absolvió a Rómulo Alex Marañón Barraza de la acusación fiscal en su contra como cómplice primario en el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible en agravio del Estado y del ex –Consejo de Administración Regional de Ica.

Análisis 18:

EXPEDIENTE 00092-2011-6-1826-JR-PE-01

Carlos Renato Moreno Chacón y otros-El Estado Peruano

SALA/JUZGADO Sala Penal de Apelaciones-Corte Superior de Justicia de Lima

MATERIA Negociación incompatible

IMPUTADO Carlos Renato Moreno Chacón y otros

FECHA Lima, 10 de Junio del 2013.

HECHOS

Se atribuye a Carlos Renato Moreno Chacón y otros que, como integrantes de la Comisión Evaluadora del Proceso de Selección CAS para la contratación de dos médicos gastroenterólogos del Hospital Nacional Arzobispo Loayza, el haberse interesado, de manera directa e indebida, generando dolosamente condiciones necesarias para favorecer en la contratación de determinada postulante para dicho cargo, quien resultó ganadora de 1 de las dos plazas asignadas.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLIQUE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal del imputado por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

De todo lo actuado en el proceso- prueba indiciaria y la elaboración del examen escrito el mismo día que se evaluó a los postulantes- se advierten irregularidades que no tienen contenido penal, las mismas que pudieron evitarse con un accionar diligente que todo miembro de un comité de evaluación debe observar.

DECISIÓN

La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima por unanimidad resolvió REVOCAR la Sentencia de fecha 01 de Febrero del 2013 en el extremo que condena a Carlos Renato Moreno Chacón como autor del delito contra la Administración Pública- negociación incompatible en agravio del Estado...y REFORMANDOLA: ABSOLVIERON a Carlos Renato Moreno Chacón de la acusación fiscal formulada en su contra como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado; en consecuencia dispusieron el ARCHIVO DEFINITIVO de lo actuado y la anulación de los antecedentes que se hubieran generado en su contra.

Análisis 19:

EXPEDIENTE R. N. N° 1608-2011.

Antero Evelio Saavedra Medina y Otro-Municipalidad de Hualgayoc-
Bambamarca- El Estado peruano.

SALA/JUZGADO Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

MATERIA Delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación
incompatible – Peculado.

ACUSADO Antero Evelio Saavedra Medina y Otro

FECHA

Lima, 08 de Noviembre de 2011

HECHOS

El acusado en su condición de Alcalde Municipal, contrató los servicios de Filiberto Díaz Alarcón para que implemente y levante las recomendaciones efectuadas por el Órgano de Control Interno de la Municipalidad, sin realizar el proceso de selección correspondiente, además que el servicio no estaba presupuestado, ocasionando perjuicio económico de 32,000 nuevos soles.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal del imputado por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que, no se ha llevado a cabo una debida apreciación de los hechos atribuidos a Saavedra Medina ni hubo compulsas apropiadas de los medios probatorios recabados en el proceso. Asimismo, hubo una valoración sesgada del Informe Especial de la Contraloría y del Informe Pericial; razón por la cual se decide llevar a cabo un nuevo juicio oral para lograr un total esclarecimiento de los hechos.

DECISIÓN

La Sala ha decidido declarar NULA la Sentencia, de fecha 20 de Enero del 2011, que absolvió de la acusación fiscal a Antero Evelio Saavedra Medina por delito contra la Administración Pública-negociación incompatible y MANDARON se realice un nuevo Juicio Oral por otra Sala Penal Superior.

Análisis 20:

EXPEDIENTE 00023-2012-5-1826-JR-PE-03.

Blanca Rosa Paredes Córdova-Estado Peruano.

SALA/JUZGADO Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

MATERIA Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

ACUSADO Blanca Rosa Paredes Córdova

FECHA 15 de Octubre del 2013

HECHOS

Se imputa a la acusada que, en su condición de administradora judicial de la empresa Sociedad Anónima Industrial Comercial Peruana SACIP celebra un contrato de Asociación en participación entre la empresa SACIP y la empresa Camal de Yerbateros, de su propiedad, poniéndose a disposición de esta última, la infraestructura, los bienes y el personal, por lo que habría existido un interés particular de la acusada en celebra esta operación, la misma que no tuvo autorización judicial alguna.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.	}	

b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE MOTIVOS

La acusación fiscal no estuvo sustentada en pruebas suficientes que hubieran acreditado la responsabilidad penal de la acusada por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que, en el transcurso del proceso no ha sido probado el actuar doloso de la acusada, tampoco ha sido probado que el interés de la acusada en celebrar el contrato antes mencionado haya sido en provecho de esta o de tercero, todo lo cual no desvirtúa la presunción de inocencia que consagra a su favor la constitución peruana.

DECISIÓN

La Sala penal de apelaciones resolvió CONFIRMAR por unanimidad, la sentencia de fecha 10 de Julio del 2013, en el extremo que falla absolviendo a la acusada de la imputación penal en su contra como presunta autora del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible.

Análisis 21:

EXPEDIENTE Ingreso N° 029-2014.

Cenaida Cebastiana Uribe Medina – Estado peruano

SALA/JUZGADO Fiscalía de la Nación

MATERIA Delito contra la Administración Pública en la modalidad de patrocinio ilegal y negociación incompatible

IMPUTADO Cenaida Cebastiana Uribe Medina

FECHA 06 de Mayo del 2014

HECHOS

Se atribuye a la imputada que en la visita realizada a la Institución Educativa Emblemática Alfonso Ugarte habría presionado a su Director para favorecer a la empresa Punto Visual S.A. con la renovación del contrato de alquiler que tenía la empresa para colocar paneles publicitarios en la mencionada institución educativa.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de Negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

No existen pruebas suficientes que acrediten que la Congresista Cenaida Cebastiana Uribe Medina haya cometido el delito de negociación incompatible.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Que, no se ha verificado en los actuados de la investigación, elementos que acrediten que la imputada, valiéndose de su alto cargo, indebidamente en forma directa, indirecta o por acto simulado, se haya interesado, en provecho propio o de tercero por la renovación del contrato de la empresa punto visual con la IE Alfonso Ugarte.

DECISIÓN

Se resuelve NO HA LUGAR a formular denuncia constitucional contra la Congresista Cenaida Cebastiana Uribe Medina por la presunta comisión de los delitos contra la Administración Pública en las modalidades de patrocinio ilegal y negociación incompatible.

Análisis 22:

EXPEDIENTE Investigación N° 037-2014.

Julio Cesar Gagó Perez – Estado peruano.

SALA/JUZGADO Fiscalía de la Nación-Ministerio Público.

MATERIA Delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal.

IMPUTADO Julio Cesar Gagó Perez

FECHA 12 de Septiembre del 2014

HECHOS

Diversos programas periodísticos informaron que el Congresista Gago Pérez, accionista junto con sus hermanos de la empresa Maquinarias Jaam S.A., luego de jurar al cargo, habría seguido contratando con el Estado a través de la empresa Copy Depot S.A.

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de Negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

Hubo una mala calificación jurídica de los hechos, la misma que determinó la absolución del imputado por los delitos de patrocínio ilegal y negociación incompatible

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Se ha acreditado que el Congresista Gago Pérez no resulta competente para intervenir de alguna manera en las contrataciones de las entidades estatales que celebraron contratos con la empresa Copy Depot; por tanto, no concurre en su persona, la condición de obligado especial que exige el artículo 399 del Código Penal. La denuncia debe ser desestimada por falta de subsunción típica.

DECISIÓN

Se dispone NO HA LUGAR A FORMULAR DENUNCIA CONSTITUCIONAL contra el Congresista Julio Cesar Gago Pérez por la presunta comisión de los delitos de patrocínio ilegal y negociación incompatible en agravio del Estado.

3.7.2. Análisis de resultados

3.7.2.1. Resultados

Respecto de los criterios de observación aplicados a las resoluciones absolutorias que forman parte de la muestra en la tesis, se constató lo siguiente:

a. Falta de acervo probatorio

En 17 resoluciones, falta el acervo probatorio suficiente que sustente la acusación fiscal por delito de negociación incompatible (77.27% del total).

b. Existencia de pruebas endebles

En 17 resoluciones, las pruebas resultan endebles para sustentar la acusación fiscal por delito de negociación incompatible (77.27% del total).

c. Existencia de Pruebas de cargo y descargo en el proceso

En las 22 resoluciones examinadas (100% del total), no consta que haya simultáneamente pruebas de cargo y descargo en el respectivo proceso.

d. El hecho denunciado no constituye delito de Negociación incompatible

En 21 resoluciones examinadas (95.45% del total), se constató que el hecho denunciado no constituyó delito de negociación incompatible.

e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos

En 09 resoluciones examinadas (40.90% del total), se constató que hubo una mala calificación jurídica de los hechos.

3.7.2.2. Contrastación de hipótesis:

3.7.2.2.1. Con la hipótesis específica 2:

El enunciado de esta hipótesis es como sigue:

La ausencia de actos que denoten un interés indebido y la falta de relación entre conducta delictiva y bien jurídico protegido constituyen los fundamentos jurídicos por los cuales la

Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha expedido sentencias absolutorias por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015.

Al respecto, los resultados del análisis documental efectuado a las resoluciones absolutorias revelan que en 9 de ellas (40.90% del total) hubo una mala calificación jurídica de los hechos por parte de los miembros del Ministerio Público. Así, la ausencia de actos que denoten un interés indebido se manifiesta en aquella resolución donde la conducta delictiva se caracterizó por ser omisiva dentro de la etapa de ejecución y recepción de la obra por la no constatación del metraje realmente ejecutado (R.N.N°661-2009), pese a ello fue calificada como delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. De modo similar, en aquellos casos donde hubo incumplimiento de deberes funcionales (R.N. N° 5083-2008) o el agente actuó dentro del contexto de la Administración Pública (R. N. N° 832-2010) o que el funcionario público carecía de facultades de decisión o manejo de las decisiones como cometido de sus funciones por razón del cargo (R.N. N° 1024-2013) que evidencian la falta de relación entre la conducta delictiva y el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

Asimismo, en las 13 resoluciones restantes (59.09% del total) no hubo mala calificación de los hechos, sino que el hecho denunciado no constituyó delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo por no contar con el acervo probatorio suficiente o tener pruebas endebles.

Por tanto, las constataciones efectuadas revelan un cumplimiento parcial de lo señalado en la hipótesis específica 2 de la investigación.

3.7.2.2.2. Con la Hipótesis específica 1:

El enunciado de esta Hipótesis es como sigue.

Los fiscales penales peruanos han llevado a cabo una calificación jurídica errónea del hecho delictivo, encajándolo dentro del tipo legal de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, para sustentar la acusación fiscal por el mencionado delito, en el periodo 2010-2015.

El examen de las Resoluciones que conforman la muestra de la presente investigación ha constatado que en 9 de ellas (40.90% del total) hubo una calificación jurídica errónea del hecho delictivo, el mismo que fue encajado dentro del tipo legal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, pese a que no le correspondía este tipo legal, sino otro diferente.

Así tenemos como ejemplo, los considerandos de algunas de las resoluciones revisadas:

R.N. N°5083-2008 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema), que en su considerando décimo segundo señala lo siguiente:

Que en relación al extremo absolutorio, la sentencia se encuentra arreglada a Ley. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, requiere para su configuración que el funcionario público se interese en forma directa o indirecta, en provecho propio o de tercero, en cualquier contrato u operación en que interviene. Estos elementos del tipo penal no concurren en el presente caso, pues la conducta realizada por los encausados fue la de incumplir con sus deberes funcionales, al no exigir la satisfacción de los requisitos para realizar una filmación en la ciudadela de Machu Picchu, lo que a la postre ocasionó el fatal resultado. No existe evidencia de que haya existido un interés de parte de los encausados para obtener un provecho para sí o para otro, por lo que la absolución dictada se encuentra conforme a lo actuado (Castillo, 2015, p. 192).

R.N. N°661-2009(Sala Penal Permanente de la Corte Suprema), que en sus considerandos cuarto y quinto señala lo siguiente:

Cuarto: Que se acredita que ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación, sino en la ejecución y recepción de obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado. Quinto: Que para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible, se tiene que establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento

de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del comité especial omite un acto de su función podrá ser responsable por la omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible (Castillo, 2015, pp. 178-179).

No obstante, tal como ha sido señalado para la hipótesis anterior, existen 13 resoluciones que representan 59.09% del total, donde no hubo calificación jurídica errónea de los hechos, sino prueba insuficiente del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, como sustento de la sentencia absolutoria.

Por eso, es que se considera que hubo un cumplimiento parcial de lo señalado en la hipótesis específica 1 de la presente investigación.

3.7.2.2.3. Con la Hipótesis General de la investigación:

El enunciado de la hipótesis general de la investigación es como sigue

Es perjudicial la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano por el delito de negociación incompatible en la expedición de sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el mismo delito, en el período 2010-2015.

De lo confirmado en las hipótesis específicas 1 y 2 de la investigación, se puede señalar respecto de la revisión de las sentencias absolutorias que conforman la muestra de la investigación que, al no haber sido probado por el Ministerio Público que el funcionario o servidor público actuó con un interés distinto al de la administración; tampoco que se llevaron a cabo actos contrarios al deber encomendado al funcionario público; que el delito se llevó a cabo dentro del ámbito de la contratación pública u operación administrativa; tampoco que el funcionario o servidor público actuó con desconocimiento de las funciones de sus subordinados, ni que asumió competencias que no le correspondían y que no hubo dolo directo o indirecto en la actuación del funcionario público; todo lo cual ha conllevado a que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, disponga la absolución de los presuntos implicados en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

Asimismo, de la calificación jurídica errónea que tuvo el Ministerio Público en la tipificación de la conducta delictiva como negociación incompatible cuando correspondía

otra figura legal, conforme a las resoluciones antes citadas, que llevaron a expedir una sentencia absolutoria en aquellas. Todo lo que confirma, a nuestro juicio, la existencia de una relación significativa entre la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público, que no llegó a probar los extremos de su acusación por negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y por haber efectuado un planteamiento inadecuado de la figura típica aplicable y que ha llevado a que las respectivas sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema tuvieran un resultado negativo, consistente en la absolución de los imputados, en el periodo 2010-2015.

3.8. Discusión

La confirmación de la hipótesis de la investigación, referida a lo perjudicial de la ineficacia de la acusación fiscal planteada por el Ministerio Público respecto del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en las sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema en el periodo 2010-2015, donde no se llegó a probar los extremos de la acusación fiscal en los respectivos procesos y se presentaron casos de calificación jurídica errónea de la figura típica del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, prevista en el artículo 399° del Código Penal nos lleva a plantear como una de las medidas a llevar a cabo, la de modificar el tenor del artículo antes citado, puesto que se considera que está llevando a una interpretación confusa por parte de algunos miembros del Ministerio Público Peruano, con incidencia en los demás operadores del derecho.

El texto del artículo 399° del Código Penal se encuentra redactado de la siguiente manera:

Art. 399°.- El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Se considera que el texto normativo no tiene una redacción clara que corresponda a las características conceptuales que corresponden al delito de negociación incompatible. Tal

como se encuentra redactado el tipo legal vigente, con la palabra “indebidamente” puesta al comienzo del artículo, se advierte la puesta en énfasis de una actuación indebida del funcionario o servidor público, que alude al incumplimiento de deberes por su parte, donde bien puede dar la idea de omisión de deberes funcionales, supuesto diferente al de la negociación incompatible y que ha llevado a confusiones en los miembros del Ministerio Público, conforme a la casuística antes descrita.

Por eso, se considera que debe haber un cambio en la descripción típica de este delito, en el tenor del artículo 399° del Código Penal, que considere en primera línea al verbo rector interesar, que corresponde al concepto doctrinario de la negociación incompatible, de modo que no hayan más confusiones en la aplicación de esta figura por parte del Ministerio Público Peruano.

Así, con este cambio propuesto, el tenor del artículo 399° del Código Penal quedaría redactado de la siguiente manera:

El funcionario o servidor público que se interesa indebidamente, de modo directo o indirecto o por acto simulado, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Por otro lado, se requiere un mayor conocimiento y capacitación, principalmente de los miembros del Ministerio Público Peruano sobre el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y su distinción de otras figuras típicas delictivas, que también suelen aplicarse en el ámbito de la contratación pública, como el delito de colusión que se caracteriza por la existencia de un acuerdo de voluntades entre el funcionario o servidor público y en particular para defraudar al Estado. No obstante, tampoco tiene una redacción feliz, lo que lleva a la confusión con la negociación incompatible; así el artículo 384° vigente, del Código Penal (Colusión simple y agravada) tiene el siguiente tenor:

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 directamente, 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.

Por tanto, ante esta redacción infeliz, confusa del tipo legal de la colusión prevista en el artículo 384° del Código Penal, se propone el siguiente tenor, colocando en un lugar preponderante al verbo rector concertar, que es el que define y distingue a esta figura de las otras.

El funcionario o servidor público que concerta, de modo directo o indirecto, con los interesados, 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, 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, concertando directamente con los interesados, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, defrauda patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

De esta manera, con una redacción más clara en el tenor de las figuras típicas de la negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y de la colusión simple y agravada en el Código Penal Peruano; el mayor conocimiento y capacitación de los fiscales peruanos, sobre todo en la manera de obtener medios probatorios que sustenten ambas figuras típicas, se considera que no habrá más confusiones de los operadores del derecho en su aplicación, principalmente de los miembros del Ministerio Público Peruano, lo que redundará

en la adecuada tipificación legal de la conducta delictiva, una actividad probatoria eficiente y la eficacia de la acusación fiscal planteada.

Asimismo, la mejora en la fórmula de tipificación de estos delitos permitirá distinguir de manera clara, el ilícito penal de los ilícitos administrativos, que llevan a la imposición de sanciones en los administrados, generalmente, de índole pecuniario, a diferencia del ilícito penal, que por la gravedad de las conductas, lleva a la imposición de sanciones más drásticas como las penas privativas de libertad.

Finalmente, se debe tomar en cuenta el rol fundamental que cumplen aquí, tanto el Poder Judicial como el Poder Legislativo, en la formulación adecuada de los tipos penales, cuya redacción ambigua y confusa revela la falta de especialistas en el área que puedan apoyar con una buena redacción del tipo legal y cumplir adecuadamente este rol fundamental, del cual dependerá también la eficaz actuación del Ministerio Público y la Policía Nacional, quienes tienen que aplicar estas normas, también del Poder Judicial encargado de darle una interpretación adecuada.

3.9. CONCLUSIONES

3.9.1. Los resultados de la investigación plantean la pertinencia de llevar a cabo dos medidas; primero, la reforma en el tenor del artículo 399° del Código Penal peruano, referido al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; la segunda, reforzar el conocimiento y capacitación de los miembros del Ministerio Público Peruano en la manera de obtener medios probatorios que sustenten adecuadamente la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

3.9.2. La redacción del texto normativo del artículo 399° vigente del Código Penal Peruano referido al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo resulta ser poco clara, no corresponde a las características conceptuales y doctrinarias del mencionado delito.

3.9.3. La confusión imperante que genera la aplicación conjunta de las formulas típicas de la negociación incompatible y colusión al mismo hecho delictivo, obedece también a una infeliz redacción del artículo 384° del Código Penal peruano referido a la colusión simple y agravada.

3.9.4. La mejora en la fórmula de tipificación de estos delitos traerá como consecuencia que se pueda distinguir también, de manera clara, el ilícito penal de los ilícitos administrativos, que llevan a la imposición de sanciones en los administrados, generalmente, de índole pecuniaria, a diferencia del ilícito penal que, por la gravedad de la conductas, lleva a la imposición de sanciones más drásticas como las penas privativas de libertad.

3.9.5. Se debe tener presente el rol fundamental que cumplen aquí, tanto el Poder Judicial como el Legislativo, en la formulación adecuada de los tipos penales, cuya redacción ambigua y confusa revela la falta de especialistas en el área que puedan apoyar con una buena redacción del tipo legal y cumplir adecuadamente este rol fundamental, del cual dependerá también la eficaz actuación del Ministerio Público y la Policía Nacional quienes tienen que aplicar estas normas, así como del Poder judicial encargado de darle una interpretación adecuada.

3.10. RECOMENDACIONES

3.101. Llevar a cabo un cambio en la descripción de la formula típica del delito de negociación incompatible prevista en el artículo 399° del Código Penal; cambio que debe considerar en primera línea al verbo rector interesar antepuesto a la palabra indebido, de modo que el interés indebido corresponda al concepto doctrinario de la negociación incompatible.

3.102. Llevar a cabo un cambio en la descripción de la formula típica del delito de colusión, que dé énfasis y coloque en lugar preponderante del texto, al verbo concertar, que es el que define y distingue a esta figura penal de las demás, aplicables al ámbito de la contratación pública.

3.103. Que exista un mayor conocimiento y capacitación, principalmente de los miembros del Ministerio Público Peruano sobre la manera de obtener medios probatorios adecuados que sustenten la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible y para que puedan distinguir este delito, de otras figuras típicas que suelen aplicarse en el ámbito de la contratación pública, como es el caso del delito de colusión. Esta capacitación podría provenir del mismo Ministerio Público y de otras instituciones como la Academia de la Magistratura, el Ministerio de Justicia, los Colegios de Abogados, entre otros.

3.104. Se debe tener presente la aplicación del principio del Derecho Penal como ultima ratio dentro del ámbito de la contratación pública, cuyas normas se justificarán para casos graves de corrupción y la aplicación de medidas menos severas, principalmente de índole administrativo, se podrán justificar en cuanto representen una solución efectiva al problema planteado.

3.105. Que existan más especialistas que apoyen al Poder Legislativo y Poder Judicial en la redacción del tipo legal de las figuras delictivas aplicables en el marco de la contratación pública, así como con conocimientos criminológicos que permitan emitir un mejor diagnóstico sobre la problemática de la contratación estatal y las figuras delictivas más aplicadas.

3.106 Que se lleven a cabo acuerdos plenarios que establezcan la correcta interpretación del delito de negociación incompatible y el análisis del verbo rector “interesarse”.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Abanto, M. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código penal Peruano*. Lima: Palestra.
- Aguilera, C. (2016). *La teoría de la unidad del título de imputación y la persecución y represión penal de los delitos especiales cometidos por Corrupción de Funcionarios públicos (Tesis para Abogado)*. Trujillo: Universidad privada Antenor Orrego.
- Binci, M., Goñi, G. (2016). *La responsabilidad penal del funcionario público en el derecho argentino. Análisis jurisprudenciales*. Seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes. Recuperado de www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_binlar262.pdf
- Castillo, J. (2015). *El delito de Negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacifico.
- Castro, M. (2003). *El proyecto de investigación y su esquema de elaboración*. Caracas: Uypal
- Córdova, F. (2013). *El delito de interés indebido en la celebración de contratos. Especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido* (trabajo de grado). Medellín: Universidad EAFIT.
- Chanjan, R. (2014). *La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso* (Tesis para Abogado). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Díaz, I. (2013). *El tipo objetivo de los delitos de Colusión, negociación incompatible y patrocinio ilegal en el marco de las contrataciones estatales*. 4to bloque de Comunicaciones y debates. I coloquio Internacional de investigadores en Derecho, 29 de Noviembre 2013, Universidad de León, Facultad de Derecho.

Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de Colusión y Negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano* (Tesis de doctorado). Universidad de Salamanca, Salamanca. Recuperado de https://gredos.usal.es/ispul/bitstream/10366/131865/1/ddpg_diazcastilloi_tipoinjustodelitocolusion.pdf

Enríquez, V. (2016). El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de contrataciones del Estado. *Gaceta penal* n° 79. Enero, pp. 77-89.

Estudio de Abogados Díaz (2015). *Art. 399.- Negociación incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo*. Recuperado de <https://estudioabogadosdiaz.wordpress.com/2015/07/03/art-399-negociación-incompatible-o-aprovechamiento-indebido-de-cargo/>

Falcón, J. (2013). *Método analítico-sintético*. Recuperado de <https://prezi.com/aj70161na2bb/método-analítico-sintético/>

Guimaray, E. (2012). *Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación Incompatible. Dato anticorrupción*. Recuperado de idehpucp.pucp.edu.pe/inp-content/uploads/2012/07/apuntes.de-tipicidad.pdf

Hernández, M. (2012). *Tipos y niveles de investigación*. Recuperado de [Metotologiadeinvestigacionmarisol.blogspot.com/.../tipos-y-niveles-de – investigación](http://Metotologiadeinvestigacionmarisol.blogspot.com/.../tipos-y-niveles-de-investigacion)

Ilabaca, F. (2012). *Delito de negociaciones incompatibles* (Memoria). Universidad de Chile, Santiago. Recuperado de repositorio.uchile.ci/bitstream/handle/2250/112854/de-ilabaca_f.pdf?sequence=1

Mandujano, J. (2017). *Problemas de imputación y prueba en el delito de Colusión* (Tesis para Magister). Huanuco: Universidad de Huánuco.

Martínez, R. (2016). *El bien jurídico penalmente protegido en el delito de Colusión*. Recuperado de perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160308_04.pdf

Mayo, B. (2003). Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos. *Revista Peruana de ciencias penales*, n° 17.

Montoya, I. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto de democracia y derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de [idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/manual-sobre-delitos-contra-la-administración-publica](http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/manual-sobre-delitos-contra-la-administracion-publica).

Reátegui, J. (2017). *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*. Lima: Jurista editores E.I.R.L.

- Reyes, J. (2009). *Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad*. (Memoria para Licenciado). Universidad de Chile, Santiago. Recuperado de repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-reyes-J/pdfamont/de-reyes-j.pdf
- Rioja, A. (2009). *La Sentencia*. Recuperado de blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2009/12/14/la-sentencia/
- Rodríguez, G. (2015). *El concepto de funcionario público en el derecho penal y la Problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la administración Pública* (Tesis de Maestría). Pontificia Universidad Católica, Lima.
- Sancinetti, M. (1986). *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones Públicas*. Recuperado de [dialnet-negociacionesincompatiblesconelejerciciodefuncione-46294\(1\).pdf](http://dialnet-negociacionesincompatiblesconelejerciciodefuncione-46294(1).pdf)
- Torrado, A. (2002). *Principales problemas de la acción civil dentro del proceso Penal* (Trabajo de grado). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

ANEXOS

ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: Ineficacia de la Acusación fiscal por delito de negociación incompatible e incidencia en la expedición de sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el mismo delito en el periodo 2010-2015”.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	VARIABLES DIMENSIONALES	METODOLOGÍA
<p><u>PROBLEMA GENERAL</u></p> <p>¿Cuál ha sido la incidencia de la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano por delito de negociación incompatible en la expedición de sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el mismo delito en el periodo 2010-2015?</p> <p><u>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</u></p> <p>¿Cómo ha sido la calificación jurídica de los hechos efectuada por el</p>	<p><u>OBJETIVO GENERAL</u></p> <p>Verificar cuál ha sido la incidencia de la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano por delito de negociación incompatible en la expedición de sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el mismo delito en el periodo 2010-2015.</p> <p><u>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</u></p> <p>Verificar como ha sido la calificación jurídica de los hechos efectuada por el Ministerio Público respecto</p>	<p><u>HIPÓTESIS GENERAL</u></p> <p>Es perjudicial la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano por el delito de negociación incompatible en la expedición de sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el mismo delito, en el período 2010-2015.</p> <p><u>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</u></p> <p>H₁: Los fiscales penales peruanos han llevado a cabo una calificación jurídica errónea del hecho delictivo, encajándolo dentro del tipo legal de negociación incompatible previsto en el</p>	<p><u>Variable X (Variable Independiente):</u></p> <p>Ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público peruano por el delito de negociación incompatible.</p> <p><u>Variable Y (Variable dependiente):</u></p> <p>Sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el delito de negociación</p>	<p><u>Tipo de investigación</u></p> <p>Aplicada e Histórica. El enfoque es cualitativo.</p> <p><u>Diseño de la investigación</u></p> <p>Diseño no experimental, transeccional, correlacional</p> <p><u>Universo</u></p> <p>Sentencias absolutorias de la Sala Penal de la</p>

<p>Ministerio Público respecto del tipo penal de negociación Incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, que ha tornado ineficaz la acusación fiscal por este delito en el periodo 2010-2015?</p> <p>¿Cuáles han sido los fundamentos jurídicos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para expedir sentencias absolutorias por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015?</p>	<p>del tipo penal de negociación Incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, que ha tornado ineficaz la acusación fiscal por este delito en el periodo 2010-2015.</p> <p>Verificar cuáles han sido los fundamentos jurídicos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para expedir sentencias absolutorias por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015.</p>	<p>artículo 399° del Código Penal, para sustentar la acusación fiscal por el mencionado delito, en el periodo 2010-2015.</p> <p>H₂: La ausencia de actos que denoten un interés indebido y la falta de relación entre conducta delictiva y bien jurídico protegido constituyen los fundamentos jurídicos por los cuales la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expedido sentencias absolutorias por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015.</p>	<p>incompatible en el periodo 2010-2015.</p>	<p>Corte Suprema de Justicia, por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en el periodo 2010-2015.</p> <p><u>Población</u></p> <p>75 resoluciones absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en el periodo 2010-2015,</p> <p><u>Muestra</u></p>
--	---	---	--	---

				<p>Por el carácter accesible se seleccionó 22 sentencias, con muestra no probabilística o intencional.</p> <p><u>Métodos</u> Análisis. Síntesis.</p> <p><u>Técnicas</u> Técnica de recolección de datos, la observación y el análisis documental.</p> <p><u>Instrumentos</u> Guía de análisis documental. Tabla de contingencia. Aplicación detallada de la guía de análisis documental</p>

Fuente: Elaborado por el autor

ANEXO 2: Guía de análisis documental

GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

Objetivo:

Verificar la existencia de lo perjudicial que representa la ineficacia de la acusación fiscal del Ministerio Público Peruano por el delito de negociación incompatible en la expedición de sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el mismo delito, en el período 2010-2015.

Criterios de observación:

- a.** Falta de acervo probatorio de la acusación fiscal.
- b.** Existencia de pruebas endebles en la acusación fiscal.
- c.** En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.
- d.** Hecho denunciado no constituye delito de negociación incompatible.
- e.** Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.

Fuentes de información:

22 resoluciones absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por el delito de negociación incompatible en el periodo 2010-2015.

ANEXO 3

Tabla de contingencia que expresa los resultados de la aplicación del análisis documental a la muestra de la investigación (Tabla 4)

1= SI 2= No

Resoluciones absolutorias	Falta de acervo probatorio a	Existencia a pruebas endebles b	Pruebas cargo y descargo C	Hecho denunciado atípico d	Mala calificación jurídica e
4259-2008	1	1	2	1	2
5083-2008	1	1	2	1	1
613-2009	1	1	2	1	1
661-2009	1	1	2	1	1
1069-2009	2	2	2	2	2
1124-2009	1	1	2	1	2
2106-2009	1	1	2	1	2
443-2010	1	1	2	1	2
832-2010	2	2	2	1	1
3030-2010	2	2	2	1	1
00092-2011	1	1	2	1	2
578-2011	2	2	2	1	1
1608-2011	1	1	2	1	2
1024-2013	1	1	2	1	1
2196-2011	2	2	2	1	1
2641-2011	1	1	2	1	2
2770-2011	1	1	2	1	2
00023-2012	1	1	2	1	2
253-2012	1	1	2	1	2
375-2012	1	1	2	1	2
029-2014	1	1	2	1	2
037-2014	1	1	2	1	1

ANEXO 4

Aplicación detallada de la guía de análisis documental a 22 expedientes absolutorios

EXPEDIENTE	
SALA/JUZGADO	
MATERIA	
ACUSADO	
FECHA	
HECHOS	

CRITERIOS DE OBSERVACIÓN

Criterio de Observación	Si cumple	No cumple
a. Falta de acervo probatorio de la Acusación Fiscal.		
b. Existencia de pruebas endebles en la Acusación Fiscal.		
c. En el proceso se presentaron pruebas de cargo y pruebas de descargo.		
d. Hecho denunciado no constituye delito de Negociación incompatible.		
e. Hubo una mala calificación jurídica de los hechos.		

EXPLICACIÓN DE LOS MOTIVOS

.....

.....

.....

FUNDAMENTOS DEL FALLO

.....

.....

.....

DECISIÓN

.....

.....

.....