



FACULTAD DE DERECHO

**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE
DERECHO**

TESIS

**ANÁLISIS DEL SENTIDO O NUCLEO DE LA
PROHIBICIÓN PENAL PARA ADECUAR LA
TIPIFICACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN
INCOMPATIBLE EN LOS CONTRATOS U
OPERACIONES ESTATALES**

PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO:

Autor(a):

Bach. García Baldera, María Milagros.

Asesor:

Dr. Fernández Vásquez, José Arquímedes.

Línea de Investigación:

Derecho Público

Pimentel-Perú

2018

PRESIDENTE

Dr. Mario V. Chávez Reyes.

MIEMBRO

Mg. Fátima Del C. Pérez Burga.

MIEMBRO

Mg. Dante R. Failoc Piscoya.

DEDICATORIA

A Dios.

Por haberme permitido salir adelante, por guiarme y ayudarme a lograr los objetivos planteados.

A mi familia.

Por la tenacidad y perseverancia que los personifica, por el apoyo y la motivación constante que me ha permitido fortalecer mis valores y principios, convirtiéndome en una persona de bien.

AGRADECIMIENTO

A Dios por encaminar mi trayecto, de la misma manera a mi familia por ser mi sostén, mi soporte y mi aliciente para salir adelante, por último, agradezco a mis docentes y todas las personas que cooperaron para que pueda lograr mis metas, que me brindaron su apoyo, siendo constante y firmes.

Resumen

Los objetivos del presente trabajo fueron, analizar el sentido o núcleo de la prohibición penal para adecuar la tipificación de la Negociación Incompatible en los contratos u operaciones estatales, describiendo la conducta que constituye el interés del *intraneus*, en el proceso de contratación u operación estatal como delito de infracción de deber, analizando el bien jurídico, asimismo el ilícito penal como delito de peligro, de la misma forma la tipicidad objetiva y subjetiva del sujeto público, y la elaboración de propuesta legislativa sobre la reforma de la sección del artículo 399° del Código Penal. Los países de Colombia, Venezuela, Chile y Perú son los más perjudicados por los delitos contra la administración pública, obteniendo elevadas cifras de procesos judiciales en contra del *intraneus*. La presente investigación es cuantitativa, basándose en un diseño no experimental, transversal o transaccional de tipo analítico, descriptivo y deductivo; empleando para la respectiva recolección de datos encuestas. Los resultados señalan con un 75% que el ilícito es un delito de peligro abstracto, 72% debe demostrar las conductas objetivas y subjetivas que se consideran actos que revelen el interés indebido, 83% que es imprescindible que se remita el ilícito a figuras con las que guarde íntima conexión, 89% señala debería denominarse delito de gestión desleal, estipulando que es de prevalimiento. Concluyendo que es irrelevante si se lesiona directamente el patrimonio Estatal, por ser un delito de peligro abstracto, siendo importante la adecuada sistematización; siendo un delito de prevalimiento de interés indebido y mal uso del cargo.

Palabras Clave

Intraneus, interés indebido, peligro abstracto, deberes funcionales, ex-ante, prevalimiento.

Abstrac

The objectives of this paper were to analyze the meaning or core of the criminal prohibition to adapt the classification of the Incompatible Negotiation in the contracts or state operations, describing the conduct that constitutes the interest of the intraneus, in the contracting process or state operation as crime of duty infringement, analyzing the legal right, also the criminal offense as a crime of danger, in the same way the objective and subjective typicity of the public subject, and the preparation of a legislative proposal on the reform of the section of article 399° of the Code Penal. The countries of Colombia, Venezuela, Chile and Peru are the most affected by crimes against the public administration, obtaining high numbers of judicial processes against the intraneus. The present investigation is quantitative, based on a non-experimental, transversal or transactional design of analytical, descriptive and deductive type; Using for the respective data collection surveys. The results indicate with 75% that the crime is a crime of abstract danger, 72% must demonstrate the objective and subjective behaviors that are considered acts that reveal undue interest, 83% that it is essential that the crime be referred to figures with the that maintains intimate connection, 89% points should be called a crime of unfair management, stipulating that it is of prevalimiento. Concluding that it is irrelevant if the State heritage is directly harmed, as it is a crime of abstract danger, being important the adequate systematization; being a crime of misappropriation of undue interest and misuse of the position.

Keyword

Intraneus, undue interest, abstract danger, functional duties, ex-ante, prevalence.

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	10
1.1. Realidad Problemática.....	12
1.2. Antecedentes de estudio.....	14
1.2.1. Internacional.....	14
1.2.2. Nacionales.....	18
1.2.3. Local.....	21
1.3. Teorías relacionadas al tema.....	23
1.3.1. Contratación estatal.....	25
1.3.1.1. <i>Régimen de contratación estatal en el Perú: procedimiento administrativo contractual</i>	25
1.3.1.1.1. <i>Fase preparatoria</i>	26
1.3.1.1.2. <i>Fase de selección</i>	28
1.3.1.1.3. <i>Fase de ejecución</i>	31
1.3.1.2. <i>Contratación Estatal como espacio de mayor vulnerabilidad a la corrupción</i>	33
1.3.2. Delitos contra la administración pública.....	35
1.3.2.1. <i>Aspecto contractual de la administración pública en nombre del Estado</i>	35
1.3.2.2. <i>La administración pública como bien jurídico</i>	37
1.3.2.3. <i>Administración pública y derecho penal</i>	38
1.3.2.4. <i>El bien jurídico- penal Administración Pública</i>	39
1.3.3. Función pública.....	41
1.3.3.1. <i>Concepto de función pública</i>	41
1.3.3.1.1. <i>Características de la función pública</i>	43
1.3.3.2. <i>Definición de Funcionario y servidor públicos</i>	43
1.3.3.2.1. <i>Funcionario público</i>	43
1.3.3.2.1.1. <i>Potestades de los funcionarios públicos</i>	44
1.3.3.2.2. <i>Servidor Público</i>	45
1.3.3.2.2.1. <i>Elementos constitutivos del servidor público</i>	45
1.3.3.2.2.2. <i>Deberes del servidor publico</i>	46
1.3.3.2.3. <i>Funcionario y servidor público</i>	46
1.3.3.2.3.1. <i>Principios y deberes éticos</i>	47
1.3.4. Negociación incompatible.....	48
1.3.4.1. <i>Antecedentes legales</i>	48

1.3.4.3. <i>Infracción del deber</i>	52
1.3.4.3.1. <i>Complicidad única</i>	54
1.3.4.4. <i>Delito de peligro</i>	55
1.3.4.5. <i>Sujeto pasivo</i>	56
1.3.4.6. <i>Contrato u operación como objeto de hecho punible</i>	57
1.3.4.7. <i>Tipicidad objetiva</i>	58
1.3.4.7.1. <i>Interesar</i>	58
1.3.4.7.1.1. <i>Interesarse directamente</i>	61
1.3.4.7.1.2. <i>Interesarse indirectamente</i>	61
1.3.4.7.1.3. <i>Interesarse mediante acto simulado</i>	62
1.3.4.7.1.4. <i>Provecho propio o de terceros</i>	62
1.3.4.8. <i>Tipicidad subjetiva</i>	63
1.3.4.9. <i>Tentativa y consumación</i>	64
1.3.4.10. <i>Prescripción</i>	66
1.3.4.11. <i>La prueba en el delito de Negociación incompatible</i>	67
1.3.5. <i>Sistematización jurídica</i>	69
1.3.6. <i>Legislación Comparada</i>	71
1.3.6.1. <i>España</i>	71
1.3.6.2. <i>Colombia</i>	72
1.3.6.3. <i>Chile</i>	72
1.3.6.4. <i>Argentina</i>	73
1.3.6.5. <i>Federal</i>	73
1.4. <i>Formulación del Problema</i>	74
1.5. <i>Justificación e importancia del estudio</i>	74
1.6. <i>Hipótesis</i>	75
1.7. <i>Objetivos</i>	76
1.7.1. <i>Objetivo General</i>	76
1.7.2. <i>Objetivos Específicos</i>	76
II. <i>MATERIAL Y MÉTODO</i>	76
2.1. <i>Tipo y Diseño de Investigación</i>	76
2.2. <i>Población y muestra</i>	77
2.3. <i>Variables, Operacionalización</i>	81
2.4. <i>Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad</i>	82
2.5. <i>Procedimientos de análisis de datos</i>	82
2.6. <i>Criterios éticos</i>	82
2.7. <i>Criterios de Rigor científico</i>	83

III. RESULTADOS.....	84
3.1. Resultados en Tablas y Figuras.....	84
3.2. Discusión de resultados.....	84
3.3. Aporte científico.....	105
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	110

I. INTRODUCCIÓN

En la presente investigación titulada “Análisis del sentido o núcleo de la prohibición penal para adecuar la tipificación de la Negociación Incompatible en los contratos u operaciones estatales”, conocida también como delito de gestión desleal, infidelidad de funcionarios o interés particular en acto de oficio; existen posiciones diferentes entre diversos doctrinarios, en la que parte de ellos abarcan el hecho de que el ilícito penal afecta el Patrimonio del Estado, mientras que la otra parte por el contrario, manifiesta que abarca a la Administración del Estado por el hecho de que se configura como un delito de infracción de deber y de peligro, buscándose que el funcionario no recaiga en este tipo de delitos, en otras palabras, lo que se busca es la prevención del ilícito para no quebrantar el nexo entre el deber y las obligaciones, no interesándose de forma indebida por un interés personal, protegiendo la imparcialidad que debe existir en todo tipo de adjudicación, reprimiendo al *intraneus*, es decir, que el funcionario y servidor público lleven a cabo una eficaz, leal, adecuada, transparente e idónea elaboración, conclusión y ejecución de los contratos u operaciones en las que el agente público debe intervenir para que no existan posibilidades de recaer en actos que van en contra de la ley.

En el derecho Español este ilícito carece de utilidad práctica ya que difícilmente se recuerda o se reconoce un juzgamiento o una sentencia en un caso trascendente. Sin embargo en el contexto jurídico del Perú el Ministerio Público investiga y lleva a juicio diversos casos de negociación incompatible, alcanzando en muchos procesos sentencias condenatorias, existiendo una alta cifra negra de este delito, que supone el interesarse indebidamente en un proceso de contratación estatal.

En el código Penal Colombiano, artículo 409 se tipifica aquella conducta en la cual el funcionario y servidor público se interesa en provecho propio o de tercero, en cualquier contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, la cual se da en base a una actuación sigilosa y en sustancia preventiva, en cuanto al recelo y cautela, ya que los funcionarios asumen deberes y potestades en la contratación administrativa, para que sujeten su proceder funcional a garantizar los intereses generales de la colectividad, ya que si se pretende superponer los intereses de los particulares sobre los de la comunidad, se reprimirá con pena toda parcialidad del *intraneus* realizada por el funcionario o servidor público.

En Chile se concreta la figura con el empleado público que directa o indirectamente se interesa en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, en esta tipificación el bien jurídico protegido es la propia función administrativa, cuyo correcto desempeño exige que los intereses del Estado no se entremezclen con los intereses que el propio funcionario tenga en el contrato que ha de suscribir o la negociación en la que ha de participar a su nombre. Lo que se recalca también en la doctrina Chilena es que lo importante en la operación que se realice implique un conflicto de intereses público-privados en que el funcionario deba participar. La exigencia típica es que el funcionario tenga interés directo o indirecto en el contrato o negocio en que debe intervenir en razón de su cargo.

Al ser un delito complejo por el análisis correspondiente se debe realizar la pregunta, ¿Cómo adecuar la tipificación de la Negociación Incompatible en los contratos u operaciones estatales?, ya que el ilícito penal en mención obtiene relevancia jurídica, siendo que el *intraneus* al actuar en razón de su cargo, se interesa indebidamente en un beneficio ya sea propio o para un tercero, infringiendo los deberes funcionales que en estos acarrea; por ello es de gran importancia obtener alcances sobre el delito de negociación incompatible, ya que es un delito de infracción de deber, siendo realizado por el agente público a través de sus atribuciones, facultades o competencias que estos obtienen en razón de su cargo, analizando la adecuada sistematización del ilícito penal a través de la determinación del injusto a nivel dogmático y jurisprudencial, siendo importante describir la conducta que constituye el interés del *intraneus*, de igual manera analizar el bien jurídico que se pone en peligro con la configuración del ilícito penal, por ser un delito de peligro, asimismo analizar la tipicidad objetiva y subjetiva del *intraneus*, para la obtención de una propuesta legislativa sobre la reforma de la sección del delito de Negociación Incompatible.

1.1. Realidad Problemática.

El Delito de negociación incompatible, indica que la corrupción como tal daña o lesiona la realidad que se da por la conducta negativa de ciertos agentes, siendo Chile uno de los países más dañados por este actuar de funcionarios públicos, configurando el ilícito penal, pues es de conocimiento que antes del gobierno militar 1973, no se conocían significativos hechos delictuosos, pero en cuanto se reinstauro la democracia se han conocido cantidad de casos de funcionarios que incurren en estos delitos, los cuales está demás decir que son vergonzosos para la administración del Estado, puesto que desde ese momento se han realizado hechos ilícitos a vista y paciencia de todas las personas como contrataciones desventajosas, enriquecimiento de jefes de estado, sobresueldos, entre otros., y pues a pesar de los intentos vanos de gobiernos por combatir esta corrupción con la creación de convenios, aprobación de leyes, entre otros, no se ha logrado un cambio trascendental , por el contrario se ha visualizado muchos más hechos delictivos y de mayor envergadura.

Las instituciones omiten las normas, no planteando como debe de ser las leyes, realizando interpretaciones ambiguas o para el favorecimiento del interés personal generando actuaciones ineficaces e insuficientes con respecto a materia de contrataciones públicas, por ende, lo que se requiere es que se dé la importancia que merecen las legislaciones; es el caso de Venezuela, el cual exige directrices y lineamientos que acarreen una procedencia eficaz, con profesionalismo y ética, de esta manera lo que se busca es que se resuelvan los problemas que tiene la administración pública, es decir, que los actos que realiza el funcionario público en la contratación u operación Estatal, se dé de manera leal, conforme a lo dispuesto en la normatividad.

El tipo penal de negociación incompatible se da cuando interviene un funcionario o servidor público en una contrato u operación Estatal como ente interesado siendo parte del órgano del Estado, configurándose una auto contratación delictiva, pues interviene al contrato u operación por el cargo que este tiene, siendo la intervención del funcionario una prestación efectuada en promoción de sus propios intereses.

En Colombia entre los años 2005 y 2010 en un estudio realizado por la dirección de regalías de este país se reportó a los órganos de control 201.681 irregularidades, siendo que en el año 2009 se reportó 750 entidades territoriales con la mayor cantidad de funcionarios corruptos, quienes pues a través de contrataciones u operaciones de la administración pública

“saquearon” un aproximando de cuatro billones de regalías, siendo que en el departamento Nacional de Planeación se encontró la mayor cantidad de funcionarios que no realizaban sus labores de acuerdo a ley, como se puede apreciar, Colombia es uno de los países que tiene como característica las reglas informales pues la convivencia en este país es sumamente corrupta, ya que el narcotráfico, la guerrilla y toda clase de grupos disponen en el monopolio a la ley y al Estado, pues actúan solo importándoles el beneficio personal, y no para la sociedad.

En el Perú la corrupción está en su máximo tope ya que las cifras de procesos judiciales de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos oscilan a 209 denuncias a nivel del gobierno Nacional, 257 gobierno regional y en los gobiernos locales 992 son los funcionarios denunciados, en el periodo de enero a setiembre del 2016. (Zapata, 09 diciembre 2016, Perú 21, recuperado de Recuperado de: <https://peru21.pe/politica/cifras-corrupcion-peru-siguen-generando-preocupacion-235421>).

Siendo que el delito de Negociación Incompatible uno de los ilícitos predominantes dentro de los delitos contra la administración pública, por lo que se requiere un adecuado análisis e interpretación de su contenido además de su ubicación , ya que la sección IV del título XVII del código penal, agrupa aquellos injustos que supone una privatización del cargo público, cuando el funcionario o servidor público (*intraneus*), acepta, recibe, o solicita, donativo, ventaja y beneficio, para realizar un acto, en contravención a sus deberes funcionales, disvalor que constituye los tipos penales de cohecho; no obstante el legislador ha incluido en esta familia delictiva el tipo penal de negociación incompatible, siendo que se debe tener en claro que, lo que identifica a esta figura delictiva no es la mercantilización del cargo público, sino el manifiesto del prevalimiento de la actividad funcional. (Peña, 2013)

El ilícito penal al afectar los procesos de contratación y operación estatal, existiendo un abuso de cargo y la no afectación directa al patrimonio estatal debe ubicarse sistemáticamente dentro de los delitos próximos al delito de colusión, patrocinio ilegal, y otras figuras delictivas que forman parte de los procesos que al *intraneus* se le encomiendan, siendo que el sentido del delito y el núcleo de la prohibición penal y proporcional sería una ubicación sistemática correcta, remitiéndose a figuras y preceptos con que guarde una íntima conexión. (Castillo, 2015). Lo que se requiere es prevenir a través de la figura de negociación incompatible que el agente público realice una contratación ineficaz, fuera de ley e irresponsable, que conlleven a una desventaja y perjuicio a la sociedad y al Estado.

En la sentencia del Expediente N° 00017-2011- PI/TC (2012), afirma que los principios constitucionales que rigen la contratación pública se encuentran en “la transparencia en las operaciones, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores”, los cuales se ven vulnerados al momento en que el funcionario público haga prevalecer el interés unilateral, propio y particular para poder conseguir un resultado favorable para su persona o de terceros a través de la contratación u operación estatal.

1.2. Antecedentes de estudio.

1.2.1. Internacional.

Díaz. (2016), en su investigación en Salamanca-España, titulada “El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico Peruano”, se utilizó el instrumento de análisis de jurisprudencias y doctrinas de la necesidad político-criminal tanto del delito de colusión como el de negociación incompatible, también se hizo el respectivo análisis del bien jurídico protegido por los delitos antes mencionados, además se ha limitado el análisis a la realización de determinados elementos típicos, el cual deriva de la peligrosidad de la conducta que constituye un elemento tipo del injusto de los peligros abstractos, investigándose sobre los procedimientos administrativos de los regímenes de contratación del Estado.

La contratación estatal es un elemento fundamental para la parte económica, cultural, social y política del Perú, pero ha conllevado a que exista contrataciones desleales, ya que las sumas de dinero que invierte el Estado para las contrataciones no se maneja conforme a ley, y mucho menos con la respectiva transparencia que debe contraer, el cual acarrea cuantiosas pérdidas dinerarias perjudicando al Estado, recortando los Derechos de la población (ciudadanos), perdiendo también su legitimidad y falta de confianza de estos últimos a las autoridades y/o funcionarios que obtienen tal responsabilidad, trastocándose con el mal actuar de algunos funcionarios públicos los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, teniendo que mientras la primera requiere elementos subjetivos adicionales, la segunda no, por ende el Derecho administrativo carece de instrumentos para poder combatir los efectos que genera esta corrupción que se encuentra enraizada, por ello es de gran importancia la delimitación en el ámbito del Derecho Penal con respecto a los delitos de colusión y negociación incompatible, que parte desde la etapa preparatoria y de selección hasta la etapa de ejecución.

Carbonero G. (2010), en su investigación en Granada-España, titulada: “La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual”, se utilizó los instrumentos de análisis y recolección de información con respecto al estudio y desarrollo del proceso administrativo en los procedimientos de contratación Estatal, para así comprender su régimen jurídico actual, pues se habla de la protección y seguridad de la ecuanimidad y transparencia con la cual actúa la administración pública al realizar contrataciones con empresas, teniendo como punto principal el sistema vigente de procedimientos de contratación del sector público.

Las adjudicaciones en su conjunto deben ser procedimientos abiertos, es decir, toda contratación con el Estado sea cual sea su figura y monto debe ser pública, con la concurrencia posible de población, puesto que la ley los obliga a un procedimiento negociado, ya que existe una elevada cifra de procedimientos negociados sin ninguna justificación, por lo que se requiere que la actuación administrativa, conforme a ley, sea más efectiva e idónea para la satisfacción de los intereses generales.

Ilabaca M. (2012), en su investigación en Santiago- Chile, titulada: “Delito de negociación incompatible”, se utilizó los instrumentos de análisis del delito de negociación incompatible dentro ello la ubicación de los delitos de funcionarios y la evolución del sujeto activo que en este caso es el empleado público, también se conceptualizó los antecedentes históricos del delito antes mencionado, además del análisis de la objetividad jurídica específica, junto con las características de este delito y por último se da el desarrollo de la fase *iter criminis*.

El principal objetivo es indagar todo lo referente al delito de Negociación Incompatible, el cual está estipulado en el artículo. 240° del código penal de Chile; siendo que el delito en mención es cometido por funcionarios públicos, ya que no actúan con un y adecuado comportamiento, teniendo una participación perjudicial y por qué no decirlo “ilícita”, que pone en riesgo la administración pública, de esta forma el Estado ha ido limitando y fortaleciendo su normativa para evitar riesgos tanto en el desarrollo social, institucional y económico, penalizando aquellos hechos ilícitos que comente el funcionario público y que atenta contra bienes jurídicos del Estado, por ello es que se creó la figura de Negociación Incompatible, aunque es de menor desarrollo doctrinario, produciéndose una aplicación muchas veces contradictorias con los diferentes tipos penales.

Suarez G. (2010), en su investigación en Caracas- Venezuela, titulada: “Modelo del sistema de apoyo a las modalidades de contratación pública según lo establecido en la

legislación Nacional. Caso: defensa pública”. Se utilizó el instrumento de recolección de datos, análisis e interpretación, orientada a las fallas en los procesos de contratación pública, para proceder a modelar un sistema automatizado, pretendiendo dar solución a los problemas que se desarrollan en los procesos de contratación Estatal.

En Venezuela, la contratación Estatal no se lleva a cabo conforme a ley, puesto que la interpretación de la normativa es ambigua y se le da varias interpretaciones, requiriendo la más favorable para aquella que actúa de forma ilícita, siendo notable la falta de interés de aplicar adecuadamente los instrumentos legales, además de existir en la ley de contrataciones públicas algunos supuestos que brinda la menciona la ley en omitir lo establecido, acarreando una gran responsabilidad al saber que estos procedimientos están siendo realizado por personas poco capaces, deshonestas y sin ética profesional, por lo que a pesar de todo ello se requiere un sistema de apoyo a las modalidades de contratación, con el fin de que el funcionario cumpla con los artículos establecidos conforme a ley y que no se le dé una interpretación errónea u omisión de está y así poder combatir la corrupción de funcionarios públicos que está tomando cada vez más poder.

Mañalich R. (2015), en su investigación en Chile, titulada: “La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación”, se utilizó el instrumento de análisis para los presupuestos de imputación de la realización del tipo del dolo y de la consciencia de antijuricidad, examinándose la estructura típica del delito.

El delito de negociación incompatible es cometido por funcionarios públicos, pero para ello se requiere que el funcionario este habilitado para ejercer poder de decisión sobre algún interés, teniendo con este fin una obtención de una ventaja que le es indebida para sus funciones, ya que esta ventaja es incompatible con la obtención y promoción del interés que tiene el Estado como tal. Se realiza a través de un funcionario público, que interviene en asuntos o gestiones de interes propio, el cual puede realizarse a través de una persona interpuesta o sin mediación de persona alguna.

Serrano C. (2014), en su investigación en Bogotá-Colombia, titulada: “Corrupción en la contratación Pública en Colombia”, se utilizó el instrumento de análisis y revisión de bibliografía histórica, normativa, causas, consecuencias impacto económico, político y social, funciones administrativas, corrupción en los sectores económicos, entre otros, para tener conocimiento sobre la corrupción a nivel nacional y a los entes territoriales que impiden tener un sistema competitivo y proactivo.

La corrupción está enraizada en el país de Colombia ya que las relaciones contractuales que se dan en dicho lugar son a base de sobornos, afianzando un sistema jurídico totalmente débil y nefasto, ya que la normativa es interpretada conforme mejor le convenga a las autoridades de dicho lugar, siendo este uno de los estragos de desarrollo tanto económico, político y social, el cual no combate la pobreza, al contrario aumenta para que la corrupción sea aún más fuerte, siendo el robo continuado de los recursos públicos uno de los más trascendentales, favoreciendo al ya conocido delincuente de *cuello blanco* violentando a la normatividad en todos sus aspectos, teniendo como consecuencia un país de nadie, creando caos, pues no se combate a la mala función administrativa.

De León M., Martínez Q. y Rivas B. (2014), en su investigación en El Salvador, titulada: “La persecución penal de los delitos de corrupción cometido por funcionarios públicos en el Salvador”, se utilizó el instrumento de análisis de la normatividad en los que se desarrolló la promoción de la acción penal, con respecto a la corrupción y a la investigación de esta, analizándolo desde diversas perspectivas.

Los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública deben ser perseguidos penalmente, por cometer delitos de corrupción, puesto que no es un secreto que muchos funcionarios públicos han cometido delitos que atacan al Estado, sin embargo después de tiempo no han salido a la luz y mucho de ellos han sido olvidados, sin recibir castigo alguno por el mal actuar de estos funcionarios, valiéndose de artimañas para evadir la justicia, como el ocultarse o utilizando influencias para evitar ser procesador, no bastando las penas que se han tipificado puesto que al momento de actuar piensan que no serán descubiertos, y pues si lo son, de alguna manera evadirán toda responsabilidad, siendo catalogado como la transgresión de una norma o la obtención de un beneficio privado, entre otros.

1.2.2. Nacionales.

Ortiz G. (2013), en su investigación en Lima, titulada: “Elaboración de un manual de procedimientos para la elaboración de expedientes para contrataciones estatales para la empresa laboratorios del Sur S.A.”, se utilizó instrumento de evaluación, análisis y descripción de conceptos de contratación estatales y procesos de la misma, tanto en el Perú como a nivel mundial, principalmente en las entidades que realizan la verificación de las contrataciones en los distintos países y la ejecución que efectúa la empresa Laboratorios del Sur S.A., en la preparación de expedientes.

Existe una inadecuada interpretación de los procesos de contrataciones estatales, la cual no favorece para que los recursos económicos crezcan, no existiendo un personal capacitado para llevar a cabo los procesos de contrataciones, puesto que no se cumple con los requisitos establecidos en la norma. Con la elaboración del manual se llevaría a cabo una contratación transparente dentro del margen de ley lográndose un beneficio tanto para la empresa como para el Estado, puesto que es de vital importancia contar con una considerable carteta de proveedores, requiriendo a la persona capaz de realizar las actividades que el Estado necesita.

Capristan A. y Goicochea J. (2010), en su investigación en Trujillo, titulada: “La nueva ley de contrataciones del Estado: innovaciones y su implicancia en el contrato administrativo”, se utilizó instrumento inductivo-deductivo para el empleo de doctrina para las situaciones conceptuales; el método analítico- sintético para el respectivo análisis de los datos recolectados; y el método hermenéutico- jurídico para interpretar las normas contenidas.

Lo que se busca es el trato justo y equitativo que debe existir entre el Estado y el funcionario, debiendo ser el más favorable, el cual se realiza conforme a una gestión subordinada al interés público, utilizando la contratación estatal para el cumplimiento de los fines encomendados.

Mejia F. (2016), en su investigación en Puno, titulada: “Influencia de la ejecución de los procesos de contratación de bienes y servicios en el cumplimiento de metas presupuestarias de la municipalidad distrital de Santa Rosa periodos 2013-2014”, se utilizó instrumento cuantitativo, ya que se hizo uso de recolección de datos para poder establecer patrones de comportamiento y probar presunciones, además del uso de método analítico, descriptivo y deductivo, puesto el primero sirvió para el respectivo análisis de ejecución de los contratos de bienes y servicios, el segundo detalla los procesos de contratación y su

influencia en el cumplimiento de sus fines, y el ultimo para formular la hipótesis y conclusiones.

En las entidades no se aplica adecuadamente la implementación de reformas y estándares pilares, puesto que el sistema está pasando por un proceso de adaptación y modernización, por ende es de vital importancia que la municipalidad distrital de Santa Rosa tome en cuenta y trabaje con la ley N° 30225 y su reglamento, ya que existe una deficiente capacidad de generación de ingresos, con el cual se trabaja negativamente con respecto al cumplimiento de objetivos y metas, no demostrándose tal paridad con los proyectos que se deben de realizar o se estas realizando.

Aguilera B. (2016), en su investigación en Trujillo, titulada: “La teoría de la unidad del título de imputación y la persecución y representación penal de los delitos especiales cometidos por corrupción de funcionarios públicos”, se utilizó el instrumento inductivo-deductivo, puesto que permitió realizar inferencias sobre la impunidad absoluta y los delitos especiales, los cuales son cometidos por corrupción de funcionarios públicos al calificar la autoría y participación de estos para una represión penal de acorde con los principios y la ley, también se utilizó el instrumento analítico- sintético, en el cual se hizo el análisis respectivo para darle sentido común y unitario en soluciones acorde al derecho, siendo estas discusiones de resultado teóricos y jurisprudenciales.

No se puede dejar de lado la incidencia de los delitos de corrupción en Trujillo, distrito fiscal de La Libertad en el periodo enero-diciembre del año fiscal 2013 y de enero-noviembre del año fiscal 2014, refleja que se ha incrementado en un 50%, y que en el periodo enero-julio del 2015 superó al mismo periodo del 2013. Se tiene como fundamento jurisprudencial al pleno jurisdiccional nacional N° 2-2011/CJ/116 (2011) , en el cual se establecen los límites que debe estimar el juzgador para limitar la imputación de autores y de partícipes en los llamados delitos especiales, el cual no ha superado los estándares previstos ya que como vemos la corrupción de estos delitos continúan y con mayor frecuencia, indicando en el considerando 10° que, “el funcionario o servidor público, en cuanto a su responsabilidad penal se respalda en la infracción del deber, teniendo en cuenta que siempre será autor del delito contra la Administración Pública, requiriendo de los diferentes presupuestos que se necesitan para la determinación de la autoría de cada injusto”.

Zegarra B. (2016), en su investigación en Trujillo, titulada: “La responsabilidad política en los altos funcionarios del Estado”, se utilizó el instrumento de análisis de doctrina,

jurisprudencia, legislación, nacional y extranjera sobre la responsabilidad política de altos funcionarios.

Se divide la responsabilidad política de altos funcionarios en tres poderes, tanto en el poder legislativo, en el cual la potestad sancionadora tiene como naturaleza política, en el ámbito judicial, el cual engloba los delitos cometidos en contra de la administración pública; y el ámbito ejecutivo de naturaleza jurídico- Administrativo, que se basa en la disciplina, profesionalismo ético y responsabilidad de la administración pública.

En la naturaleza política se debe saber que se basa en un antejudio político y un juicio político, la primera se basa en la comisión de un delito por parte de los funcionarios, en el que el congreso actúa habilitando al poder judicial para que se proceda a procesarse penalmente; y el juicio político quien ha incurrido en infracción a la constitución, este procedimiento se inicia y termina en el congreso.

Quijada T.(2014), en su investigación en Lima, titulada: “La problemática real de las compras públicas”, se utilizó el instrumento de análisis de las teorías y comportamientos de las entidades públicas en sus diferentes ámbitos, ya que los problemas se presentan en todos los gobiernos a nivel nacional, siendo este un problema de norma, de gente y de gestión administrativa, no llevándose a cabo una adecuada contratación pública, como consecuencia existiendo una repercusión tanto en su calidad como en su nivel.

Es imprescindible el análisis de gestión administrativa de contrataciones de obras, ya que tal estudio ayuda a mejorar el nivel y calidad de contrataciones de obras públicas, para así desempeñar un cargo de funcionario conforme a ley y evitar errores, puesto que no se estudia detalladamente los instrumentos de gestión que se deben aplicar, por ende surge un desconocimiento y un actuar de manera equivocada y muchas veces premeditado un cargo que se debe llevar cuidadosamente y con responsabilidad, provocando crisis en el Estado, puesto que los funcionarios y servidores públicos no son los más idóneos en aplicar la norma en el sistema de administración.

Reyes R. (2017), en su investigación en Trujillo, titulado: “La imputación concreta en los delitos de negociación incompatible y cohecho en las sentencias emitidas por las salas penales de la provincia de Trujillo, en el periodo 2011-2015”, se utilizó el instrumento Inductivo-Deductivo, el cual se realizó para elaborar las conclusiones del trabajo de investigación; Analítico- Sintético, pues permitió disgregar y sintetizar la información recopilada; Exegético, requerido para el estudio de normas y textos legales en materia de corrupción de funcionarios; y por último el instrumento Hermenéutico- Jurídico, para la

respectiva interpretación de textos legales, con el propósito de precisar la deficiencia existente en la imputabilidad de los delitos de negociación incompatible y cohecho.

En las sentencias emitidas por la sala penal de la provincia de Trujillo en el periodo 2011-2015, los jueces superiores han influenciado en el desarrollo del análisis del caso concreto, tratando principalmente de garantizar los principios constitucionales de legalidad, debido proceso y derecho a la defensa del imputado, teniéndose en cuenta la debida motivación en las resoluciones judiciales, con respecto a los funcionarios públicos conexas con el delito de Negociación incompatible, influenciado como tal en la responsabilidad penal del imputado.

1.2.3. Local.

Falen C. y Tello H. (2012), en su investigación en Pimentel, titulada: “El delito de corrupción promovido dentro de la administración Pública que forma parte del Gobierno Regional de Lambayeque”. Se utilizó el instrumento de análisis documental, el cual consistió en la recolección de datos, fichas textuales y resumen, además de técnica de encuesta, teniendo como informantes a los jueces y autoridades para obtener los datos de dominio de variable.

Se centró en el empirismo aplicativo e incumplimiento en el delito de corrupción promovido dentro de la administración Pública que forma parte del Gobierno Regional, consistiendo en delimitar el bien jurídico protegido en la corrupción, recalando que la corrupción es una realidad criminógena peculiar.

Bobadilla R. y Ubillus N. (2016), en su investigación en Chiclayo, titulada “El control interno aplicable en la supervisión de los contratos administrativos bajo la modalidad de acuerdo marco”, se utilizó el instrumento de análisis y recopilación de datos, puesto que se realizó un análisis detallado del Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento Decreto Supremo 184-2008-EF, que se toma como aquellas normas que dieron inicio al desarrollo del ahora denominado acuerdo marco, teniendo en claro que la OSCE es la entidad encargada y responsable de la adjudicación de bienes y servicios al adquirir o convenir.

Según la tesis unitaria que adopta la doctrina peruana, la característica principal y/o primordial para que un contrato administrativo sea considerado como tal y no meramente un contrato es la “finalidad pública”, debiendo intervenir la entidad estatal pues contrae beneficios para la comunidad en general.

Paredes (2017), en su investigación en Lambayeque, titulada “Delitos de corrupción de funcionarios y servidores públicos en los gobiernos Regionales”, se utilizó el instrumento de análisis documental utilizando fichas textuales y de resumen, teniendo como fuente libros y documentos oficiales e internet, además el instrumento de recopilación de datos a través de un cuestionario teniendo como informantes a los responsables de aplicar las normas penales al igual que al público en general para recoger su percepción sobre el ilícito penal.

Las estadísticas a nivel nacional con respecto a los delitos de corrupción de funcionarios es elevado puesto que existen 30.913 casos de delitos de corrupción de funcionarios que se encuentran en trámite, de los cuales en la región de Lambayeque se investiga 1293 casos, siendo las entidades más afectadas son, las municipalidades distritales, los gobiernos regionales y la comunidad, generando una pérdida de 12.000 millones de soles anuales en el Perú, además indica que en el Perú los delitos más frecuentes de corrupción de funcionarios son en primer lugar el peculado y en segundo lugar la colusión, a diferencia de Lambayeque que en primer lugar se encuentra el delito de colusión, en segundo lugar el delito de peculado, y en tercer lugar el delito de peculado de uso.

Asimismo la sociedad reconoce los ilícitos penales como uno de los fenómenos de mayor impacto en la sociedad, siendo preocupante que la mayoría de personas de a pie no acudan a denunciar dicho acto antijurídico, debido a que no conocen los mecanismos para hacerlo, considerando que el proceso es una demora y que no es efectivo.

Colmenares y Fernández (2017), en su investigación en Lambayeque, titulada “La participación del extraneus en los delitos de corrupción de funcionarios y los supuestos para su calificación jurídica como parte esencial en la comisión de dichos ilícitos, a partir de los casos presentados en los juzgados penales de Chiclayo, año 2014- 2015”, se utilizó el instrumento de recolección de información de compilación de datos, siendo necesario el empleo de fuentes de información, tales como la observación de la problemática de sentencias que se encuentran o han sido resueltas en segunda instancia.

En los delitos de corrupción de funcionarios, entre ellos negociación incompatible y colusión, la ejecución del plan delictivo le corresponde al funcionario y servidor público, porque la decisión es fundamentalmente de los sujetos mencionados por ser un delito de *intraneus*, ya que se requiere del conocimiento y aceptación de estos. Siendo que en este ilícito penal se sanciona la deslealtad con la que se actúa, dicha deslealtad trae como consecuencia que la labor fundamental del estado como es el cumplimiento de servicios se

vea perjudicada directamente, pues o se deja de atender una meta presupuestaria, o se cumple de manera deficiente con el servicio.

1.3. Teorías relacionadas al tema.

a. Teoría del bien jurídico protegido.

El bien jurídico en el derecho penal; existen diferentes posiciones sin embargo se puede contemplar como aquel que busca el amparo fundamental de una sociedad determinada, a través del bien tutelado o protegido por el derecho como categoría límite al poder punitivo, brindando protección a los bienes jurídicos.

Lo que se identifica en el ilícito penal de Negociación incompatible no es el mercantilismo del cargo público, por el contrario, es el prevalimiento de la actividad funcional, buscando pues que el funcionario a través de sus deberes, potestades y responsabilidades, garantice el actuar del funcionario conforme al interés general de la sociedad, llevándose a cabo la contratación u operación estatal de acuerdo a ley y sin buscar algún interés particular o de terceros “*intraneus*”. (Cabrera, 2013, p. 649)

En el ilícito penal en mención no se protege al menos no directamente el patrimonio fiscal o el patrimonio Estatal o de un sector de ella, pues el delito existe al margen de si se comprueba una afectación y un perjuicio real al patrimonio estatal. (Castillo, 2015, p. 21)

El delito de negociación incompatible supone un adelantamiento de las barreras de intervención punitiva, puesto que no existe la acreditación de fraude, y mucho menos un perjuicio efectivo al conjunto de haberes, bienes y servicios pertenecientes al Estado, constituyendo un tipo penal de peligro. (Cabrera, 2013, p. 648).

Según la opinión de Castillo, A. (2015), en su libro El delito de Negociación Incompatible, afirma lo siguiente: “el bien jurídico protegido es la transparencia de los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos”. (p. 15)

Rigiéndose en los principios de libre competencia, transparencia, equidad e igual de oportunidades para efectuar una contratación u operación estatal de acuerdo a la normatividad, puesto que se protege la administración pública, más no el patrimonio estatal, ya que el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, pues se lleva a cabo de propia mano o a través de un tercero. La tipificación de los instrumentos objetivos y subjetivos para que se configure el ilícito penal.

El delito de negociación incompatible puede cometerse en cualquier etapa del contrato o la operación, por ejemplo, desde que se prepara las bases, el presupuesto, el cronograma de adjudicación hasta que se cumplan totalmente las cláusulas del contrato u operación pasando por la apertura de sobres o asignación de un determinado puntaje. Incluso algunos autores extienden la posibilidad de comisión al inicio de los estudios de factibilidad, la proyección de los resultados, etc. Siendo que el ilícito penal no puede cometerse cuando el contrato estatal se ha extinguido o se ha cumplido completamente. (Castillo, 2015, p.41)

El bien jurídico tutela es la administración Pública, que debe ser custodiada y protegida por el funcionario público quien tiene el principal objetivo de actuar de forma imparcial en las contrataciones estatales.

b. Teoría de infracción al deber

Roxin (1997), fundamenta que, “se entiende por delitos de infracción de deber en aquel cuya figura es el autor del ilícito penal, quien infringe el deber especial penal y participe quien interviene sin poseer ese deber especial” (p.338), [para que exista una infracción al deber debe existir elementos subjetivos y objetivos que demuestren que el ilícito penal recae sobre el artículo 399 del código penal.]

Se basa en que tanto el autor como el cómplice obtengan la unidad del título de imputación, haciendo referencia a que ha ambos se le imputará el mismo delito, por lo que el funcionario público por ser *intraneus*, será el autor del delito mientras que el *extraneus*, será el partícipe o cómplice del delito.

Caro (2010), señala con respecto a la teoría de Jakob que, “este fundamenta la infracción al deber en el injusto penal, puesto que la lesión de una institución positiva fundamenta la punibilidad del autor”. (p.71)

Se basa en los elementos subjetivos, mas no en los elementos objetivos, siendo contradictorio a nuestra legislación peruana, ya que para que esta teoría sea relevante deben existir elementos tanto subjetivos como objetivos, para la verificación correspondiente del hecho materia de punibilidad.

En otro punto se tiene la postura del autor y el partícipe, en el que el partícipe responderá por delitos diferente a los que corresponde el autor, por ser *extraneus*, siendo que un mismo hecho responderá por doble calificación jurídica.

1.3.1. Contratación estatal

1.3.1.1. Régimen de contratación estatal en el Perú: procedimiento administrativo contractual

En el Perú el Estado posee personalidad pública, es por ello que todos los contratos que están suscritos por el Estado son contratos estatales o contratos de la administración pública, que no es más que, “el acuerdo que se da entre dos o más partes [manifestación de voluntad] para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”, según el artículo 1351 del CC., Código Civil (2015). Este acuerdo de voluntades se da entre la administración pública y una persona jurídica o natural, que deciden contratar para realizar obras, bienes o servicios, asesorías, entre otros, perfeccionando tal contrato para un adecuado proceso, conforme a lo establecido en la ley.

El régimen de contrataciones está regulada en la Ley N° 30225, la nueva ley de contrataciones del Estado que deroga la ley N° 1017, el 09 de enero del 2016, comprendiendo a las entidades públicas que realizan contrataciones y operaciones estatales, con la voluntad de que el Estado se provea de bienes, servicios u obras, entre otros, por el cual se desembolsa un pago que proviene de fondos públicos, se estipula también las fases y etapas del proceso para regular estas contrataciones con el fin de llevar a cabo los procedimientos de forma legal, licita e imparcial, teniendo como finalidad maximizar los recursos públicos invertidos, siendo indispensable el cumplimiento de los fines de la Administración Pública, representada por el funcionario y servidor público, prevaleciendo los intereses públicos, requiriendo utilidades para la sociedad, es decir, rescatando un beneficio para los ciudadanos de a pie, siendo reconocidos los principios de libre competencia, competencia de postores, trato justo e igualitario, eficiencia, publicidad y transparencia de la contrataciones que surgieron en el Decreto Legislativo N° 1017 y que perduran en la nueva ley N° 30225.

Ley 30225 (2014), ley de contrataciones estatales establece en su artículo 32 que, “El contrato debe celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo”.

Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a garantías, solución de controversias y resolución de

contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento. El reglamento establece los procedimientos, plazos y requisitos para el perfeccionamiento del contrato.

La ley de contrataciones Estatales se divide en tres fases:

1.3.1.1.1. Fase preparatoria

Ley 30225 (2014), “Los actos preparatorios son todas aquellas actuaciones destinadas a organizar la realización del proceso de selección”.

Álvarez (2014). Señala que, “la doctrina considera que los actos preparatorios no constituyen actos administrativos en sentido estricto ya que no produce un efecto juicioso inmediato, sino posiblemente tendrán efectos jurídicos a través del acto administrativo que se dicte posteriormente”. (p.13)

Sin embargo Frisancho (2015), señala que, “en esta fase ya existe el potencial suficiente para poner en peligro el bien jurídico penal de la administración pública; ya que un hallazgo en la fase del proceso de selección implica deficiencias e irregularidades en la fase de actos preparatorios.”

En esta fase la entidad pública a través de requerimiento, decide la adquisición de un bien, servicio u obra, en la cual se determina la formación de la voluntad contractual de la entidad con personas naturales o jurídicas que les pueda brindar los servicios requeridos, esta etapa está expresamente señalada en la ley N° 30225, solicitando que se brinde tal servicio para el bienestar de la administración público y el de la sociedad, pues se requiere para satisfacer ciertas necesidades de personalidad obligatoria o urgente para la convivencia pacífica de la sociedad.

Esta fase se subdivide en siete puntos, el cual se grafica en el siguiente esquema:

Etapas de la Fase Preparatoria

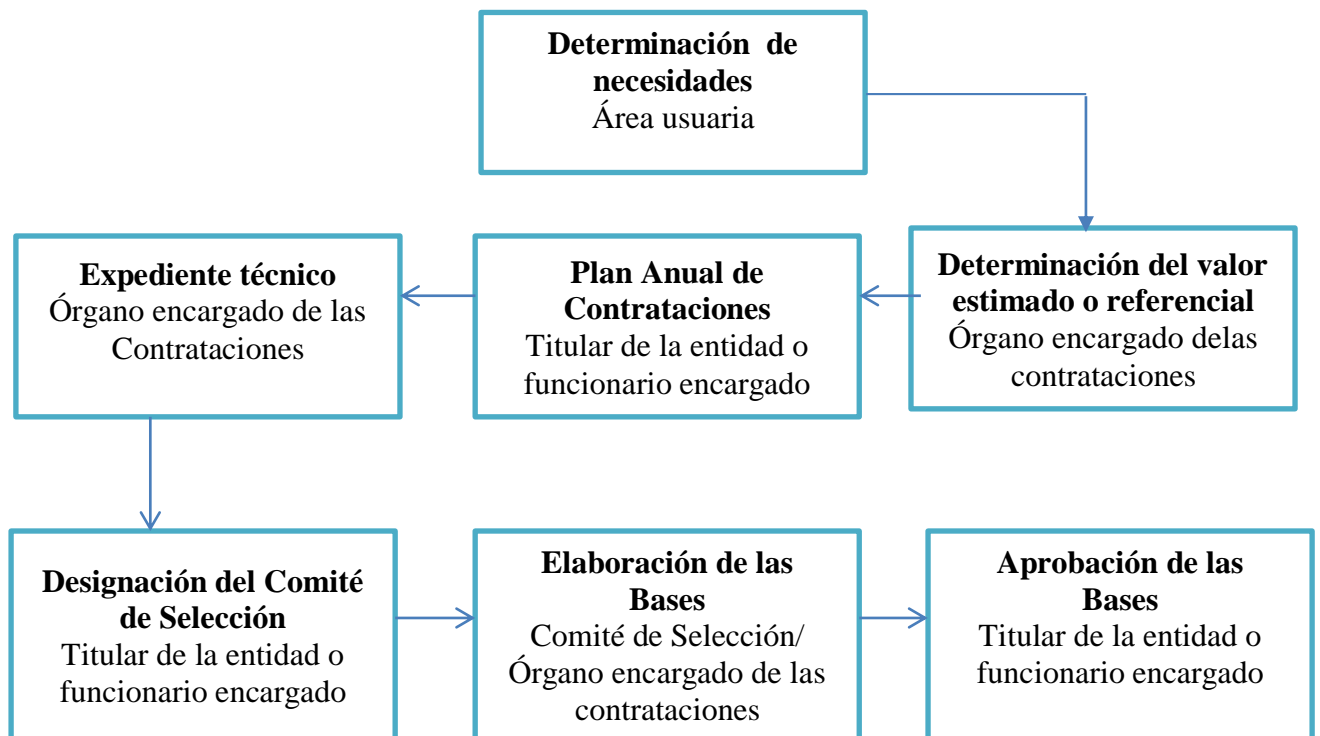


Figura 1. Fuente: (Díaz, 2016, p.36)

En cada una de estas etapas los funcionarios y servidores públicos pueden poner en peligro el bien jurídico Penal, al obtener un interés personal y no hacer prevalecer el interés de la entidad pública, como es el adquirir o contratar los bienes y servicios determinados, los cuales no son compatibles con los objetivos, las metas y los fines institucionales planteadas por las instituciones públicas y mucho menos en el Plan Operativo Institucional.

De esta forma lo que se requiere es que el funcionario o servidor público lleve a cabo la decisión de adquirir no apartándose, ni yendo en contra de los objetivos o resultados que quiere conseguir la entidad, protegiendo el bien jurídico penal Administrativa, evitando realizar concertaciones por el sujeto en provecho propio o de tercero. (Frisancho, 2015)

En la ley N° 30225, Artículo 12. Se estipula la Calificación exigible a los proveedores, en la que la Entidad califica a los proveedores utilizando los criterios técnicos y económicos. Siendo que los documentos del procedimiento de selección deben indicar los requisitos que deben cumplir los proveedores a fin de acreditar su calificación. Teniendo en cuenta que la

inclusión de requisitos es una de las modalidades que se utilizan para favorecer ilegalmente a proveedores y contratistas. (Díaz, 2016).

En el artículo 18 de la ya acotada ley se hace referencia al valor estimado y valor referencial, por lo que la entidad debe establecer el valor estimado de las contrataciones de bienes, servicios y valor referencial en el caso de consultorías y ejecución de obras, con el fin de establecer la aplicación de la presente ley y el tipo de procedimiento de selección, en los casos que corresponda, para no requerir compras que se saben innecesarias o perecibles, no recayendo en una vulneración de los requisitos o características arbitrarias e irracionales del producto, así como gestionar la asignación de recursos presupuestales necesarios.

Siendo que si no se lleva a cabo una adecuada y correcta determinación del valor referencial tendrá repercusiones al establecer el tipo de proceso de selección correspondiente y la asignación de los recursos presupuestales requeridos y necesarios, ya que de lo contrario favorecería las concertaciones ilícitas entre los usuarios de la entidad y los proveedores. (Frisancho, 2015)

1.3.1.1.2. Fase de selección

Cabe puntualizar que en este apartado se establecen modalidades para la selección del postor, ya que en esta fase se concluye con el otorgamiento de la buena pro y con el perfeccionamiento del contrato, es decir, la posterior firma del contrato. Esta fase en la nueva ley de contrataciones ley N° 30225 es denominada como procedimientos de selección o métodos de contratación Estatal.

Según el Artículo 21 los Procedimientos de selección son:

- a. Licitación pública y concurso público:
 - a) La licitación pública se utiliza para la contratación de bienes y obras;
 - b) El concurso público se requiere para la contratación de servicios.
- b. Adjudicación simplificada: es necesario para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras.
- c. Selección de consultores individuales: se demanda para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional

adicional, y en tanto que la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste.

- d. Comparación de precios: puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado.
- e. Subasta inversa electrónica: se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el listado de Bienes y Servicios Comunes.
- f. Contratación directa: Excepcionalmente, las entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en los siguientes supuestos:
 - 1. Cuando se contrate con otra Entidad.
 - 2. Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro.
 - 3. Ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada, que afecte o impida a la Entidad cumplir con sus actividades u operaciones.
 - 4. Cuando las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos, conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia requieran efectuar contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno.
 - 5. Cuando los bienes y servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor o un determinado proveedor posea derechos exclusivos respecto de ellos.
 - 6. Para los servicios personalísimos prestados por personas naturales, que cuenten con la debida sustentación.
 - 7. Para los servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o cualquier otro medio de comunicación.
 - 8. Para los servicios de consultoría, distintos a las consultorías de obra, que son la continuación y/o actualización de un trabajo previo ejecutado por un consultor individual a conformidad de la Entidad, siempre que este haya sido seleccionado conforme al procedimiento.
 - 9. Para los bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico

10. Para el arrendamiento de bienes inmuebles y la adquisición de bienes inmuebles existentes.
11. Para los servicios especializados de asesoría legal para la defensa de funcionarios, servidores o miembros de las fuerzas armadas y policiales
12. Cuando exista la necesidad urgente de la Entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo (...)
13. Para contratar servicios educativos de capacitación que cuenten con un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas, por parte de las entidades educativas que los brindan. Ley 30225 (2014)

Etapas de la Fase de Selección

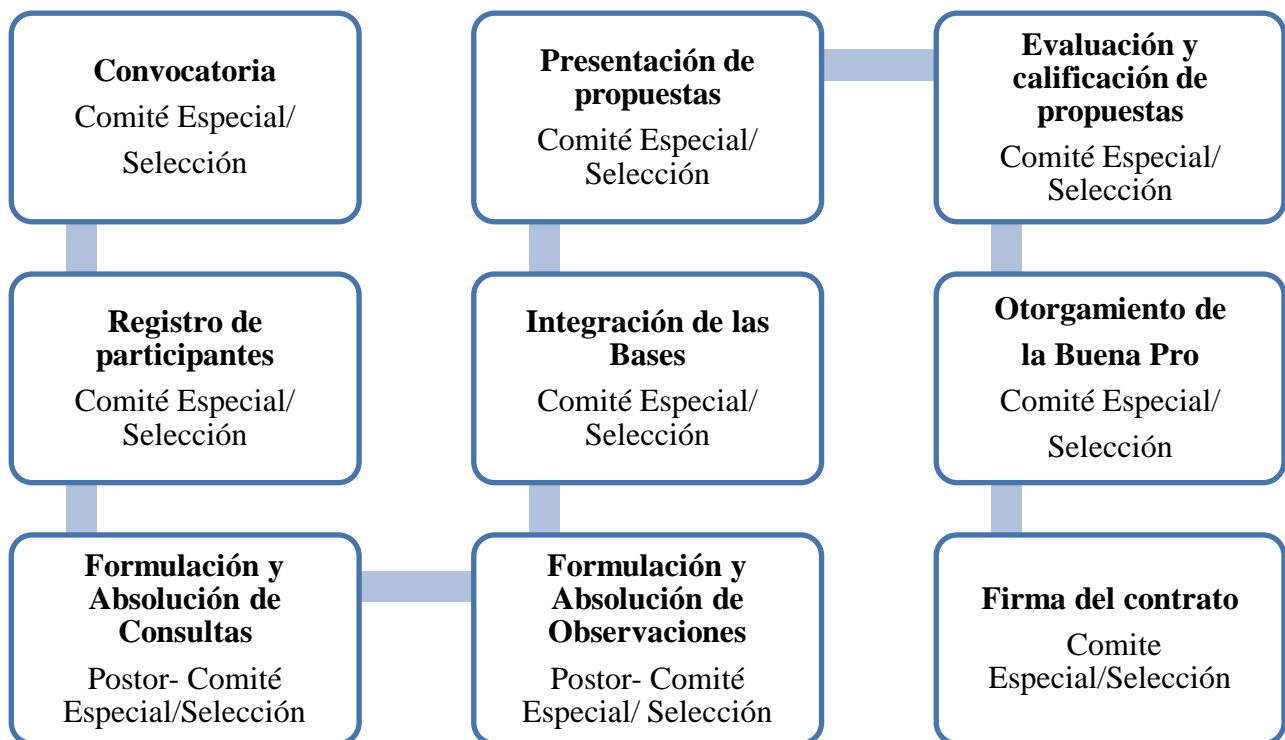


Figura 2. Fuente: (Díaz, 2016, p.45)

Los procesos antes mencionados tienen responsabilidad administrativa y/o penal cuando se concierta para favorecer un postor o contratista determinado, recayendo en esta

fase sus deberes, no verificando intencional y dolosamente el cronograma de convocatoria o dejando de verificar de manera dolosa la determinación de puntaje de todos los postores, como entregándole la buena pro a cierto postor que no cumple los requisitos establecidos por el comité especial, o siendo que este comité omite o integra tales requisitos para favorecer a un tercero, entre otros.

El Artículo 9° de la ley de contrataciones Estatales, indica que, es responsabilidad de todas aquellas personas que intervengan en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule con ésta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de efectuar contrataciones de manera eficiente, maximizando los recursos públicos invertidos y bajo el enfoque de gestión por resultados (...). Ley 30225 (2014)

De conllevar a la determinación de responsabilidad de las partes, quienes actúan con interés indebido, para favorecerse asimismo o a un tercero por las contrataciones, llevándose a cabo de acuerdo al régimen jurídico que los vincule con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades penales que correspondan.

En conclusión, esta fase comienza con la publicación de la convocatoria, prevista a ser realizada a través del SEACE (Sistema electrónico de contrataciones con el Estado). La intención de ello es dotar de transparencia el procedimiento y propiciar la participación de diversos postores a fin de contar con una variedad de opciones que permita elegir al postor que cumple con todos los requisitos de manera idónea. (Díaz, 2016.)

1.3.1.1.3. Fase de ejecución

En esta fase se cumple las prestaciones efectuadas en las etapas de preparación y selección antes mencionadas, en la que la persona jurídica o natural, llamémoslo postor ejecuta la obra, el suministro del bien o el prestar un servicio, siendo que la entidad Pública debe cumplir con el pago acordado, es decir, la contraprestación del contrato, acuerdo que se realizó en la fase de selección, para que ambas partes den por concluido el perfeccionamiento del contrato administrativo.

En esta fase el perfeccionamiento del contrato se da mediante el procedimiento en que las partes suscriben el documento que lo contiene.

El reglamento indica que para perfeccionar el contrato se requiere cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado.
- b. Garantía.
- c. Código de constancia interbancaria.
- d. Documento que acredite que cuenta con las facultades para perfeccionar el contrato.
- e. Contrato de Consorcio, en caso corresponda.(Instituto de Ciencias Sociales y Políticas Públicas, 2016)

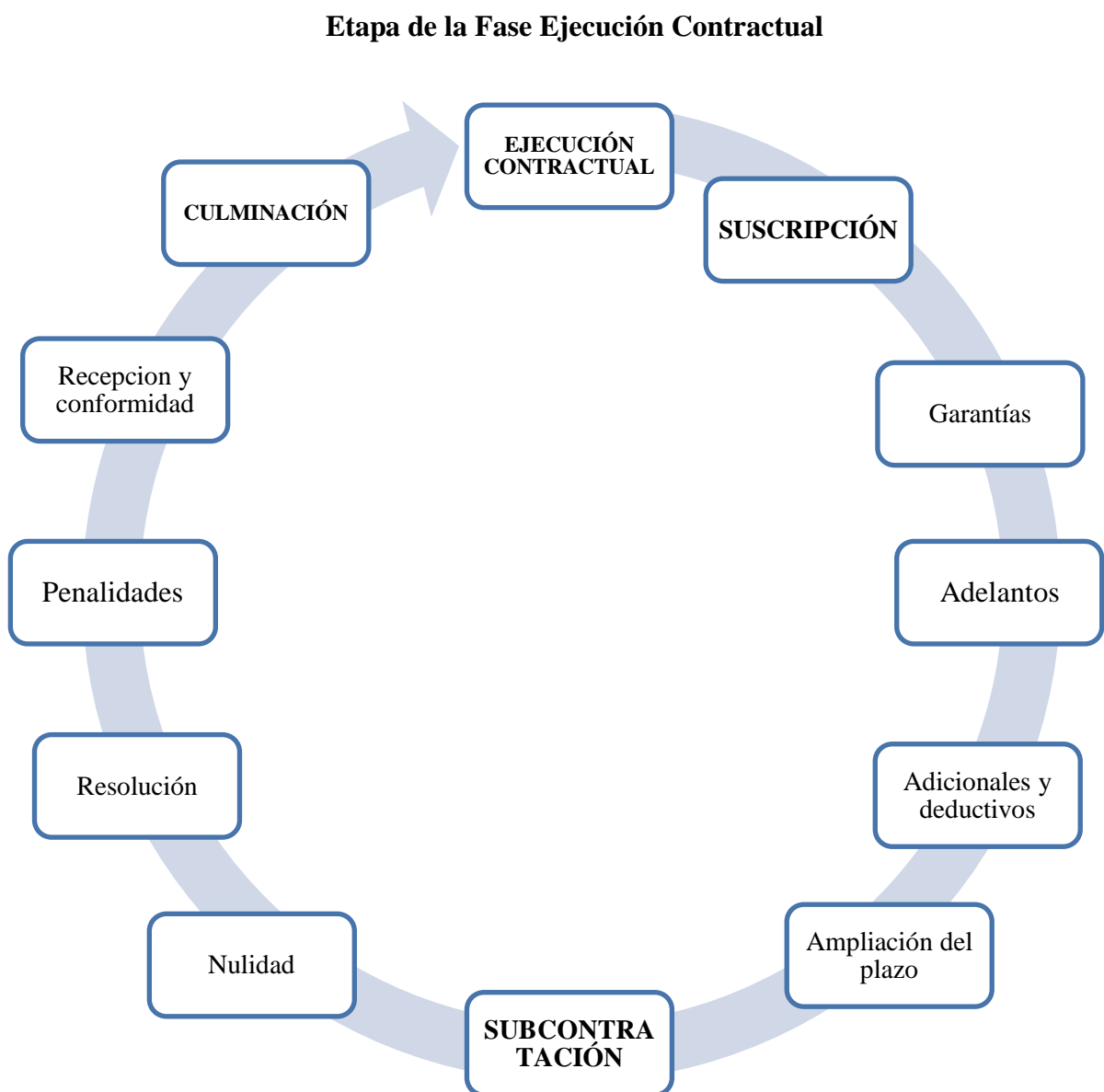


Figura 3. Fuente: producción propia

En la ley 30225, se acogen las contrataciones, regulándose los pagos adelantados, siendo causal para la modificación del contrato, comprendiendo la aceptación de

prestaciones adicionales en la que se ha dispuesto que el titular de la entidad pueda disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el veinticinco por ciento del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del mismo, ya que el costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio, de las condiciones y los precios pactados en el contrato, puesto que en el caso de las obras procede la ejecución de prestaciones adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del titular de la Entidad y en los casos en que sus montos no excedan el quince por ciento del monto del contrato original, además se tiene a la reducción de la prestación estas pueden realizarse hasta el límite del veinticinco por ciento del monto del contrato original; por último se tiene la ampliación del plazo contractual, la cual procede cuando se aprueba un adicional y se acredita que este requiere de mayor tiempo al acordado para su realización, se puede llevar a cabo también por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.

Con respecto a las reglas de actuación en cuanto al plazo, importa ya que a través de esta puede evitarse el pago de penalidades por incumplimiento. Por ejemplo, cuando existe un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento del monto del contrato, siendo que la recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del método de selección. La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, en caso el Comité no estuviese conforme con las subsanaciones, elevará un informe con todo lo actuado al titular de la entidad. (Díaz, 2016)

1.3.1.2. Contratación Estatal como espacio de mayor vulnerabilidad a la corrupción

La corrupción estatal, es el abuso del poder que obtiene el funcionario público, el cual es encomendado por el Estado, teniendo capacidades y competencias para que este sujeto pueda decidir en las contrataciones y operaciones estatales, actuando muchas veces de manera inidónea para beneficios e intereses particular, siendo un fenómeno que afecta las diversas actividades de los gobiernos nacionales, regional y local. Siendo que el ciclo de las

contrataciones estatales constituye el espacio de mayor vulnerabilidad para la corrupción, actuando en contra del bienestar de la sociedad, con fines personales. (Díaz, 2016)

Kuhn y Sherman (2014), Transparencia Internacional ha señalado que “pocas actividades gubernamentales crean tanta tentación u ofrecen tantas oportunidades para la corrupción en el sector público como es el ciclo de la contratación”. (p. 8),

La participación de empresas de propiedad de funcionarios gubernamentales, no debe de existir, puesto que la incorporación de estas para realizar cierta obra, abrirá camino a conflictos de intereses; como también la participación de empresas de propiedad estatal que compiten con empresas privadas, puesto que prevalecerá un favorecimiento para una de las partes. A lo anterior, se agrega la presencia de empresas fachada que sirven para encubrir a los verdaderos dueños, puesto que estos sujetos son parte de las contrataciones y operaciones estatales, obteniendo un beneficio en la contratación, que pueden ser por parte de los funcionarios públicos, servidores públicos o allegados de estos. (Kuhn y Sherman, 2014)

Siendo un mal que acarrea indudablemente al país y que dentro de ello afecta económico, político, cultural y socialmente los intereses de la comunidad, por lo que sus efectos son a grande escala nocivos ya que, el Perú se encuentra en una gran desventaja a comparación de otros países, siendo que la corrupción es tal, que buscan llenar las arcas de las personas que ocupan un cargo dentro de la administración estatal, distorsionándose la competencia, sostenibilidad, la reducción de la calidad, la seguridad de los proyectos públicos, la reducción de la probabilidad que los bienes, servicios u obras realmente satisfagan las necesidades de la sociedad, el distorsionamiento del cumplimiento de la ley como la alteración de las normas, de la misma forma debilita las bases institucionales y el deterioro de los valores, deberes y principios de la sociedad democrática y sus instituciones generando de esta forma pérdida de confianza de la población, ocasionando innumerables daños a la ciudadanía y al Estado, pues el Perú se encontró según las estadísticas, en el año 2017 en el puesto 96 de 176 países a nivel internacional, existiendo un gran índice de corrupción.

La corrupción en las contrataciones estatales trae consigo consecuencias multidimensionales, entre ellas encontramos:

- En lo económico; se da la disminución del presupuesto público, al momento en que se impide una recaudación regular, vulnerando las normas y reglamentos, incumpliendo los requisitos y el proceso que en éstas se estipula.

- En lo político; favorece los intereses privados o particulares del funcionario o servidor público, coadyuvando a la pérdida de legitimidad de la autoridad competente.
- En los Derechos Fundamentales; se impide el acceso igualitario a los servicios públicos por parte de los ciudadanos, además se deja en total abandono a la sociedad, puesto que no se busca soluciones para una convivencia pacífica, con condiciones adecuadas. (Díaz, 2016)

Siendo que el funcionario o servidor público, actúa en contra de sus funciones, realizando un uso indebido de poder excediendo en sus facultades, competencias y limitaciones que un cargo público o privado detenta, reemplazando la finalidad que da significancia a dicha posición para ser reemplazada por fines ajenos y que son conexos con la transgresión de disposiciones normativas, yendo en contra de las reglas fundamentales siendo un sujeto especial, por la envergadura que lo caracteriza. (Munive, 2017, consultado en <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-la-politica-nacional-de-integrid-decreto-supremo-n-092-2017-pcm-1565307-1/>)

1.3.2. Delitos contra la administración pública

1.3.2.1. Aspecto contractual de la administración pública en nombre del Estado

El significado de administración deriva de la voz latina *administratio* compuesta por *ad* y *ministrare* que tiene como representación el servir o cuidar, el cual era empleado entre los Romanos para referirse al acto o función de prestar un servicio a otras personas, siendo que la importancia de esta palabra la ocupa el vocablo *ministare*, que destaca por su significado de sirve o ayuda, derivado de esta última palabra *minister* refiriéndose al funcionario subordinado a la autoridad del *magister*, así como el servidor supeditado al funcionario público, cuya tarea se circunscribía a la realización de funciones subalternas. En cuanto al vocablo “*Publica*”, este tiene su raíz etimológica en *pul* que denota multiplicidad, pluralidad o amplitud, derivado en el griego la palabra *polis*, que implica ciudad o Estado, siendo imprescindible el significado de *populus*, que significa pueblo. (López, 1956)

Rojas (2007), “la administración pública es un conjunto estratégico y piramidal de subsistemas organizativos, no siempre homogéneos, que tiene en la constitución política y en las leyes, siendo su fundamento jurídico de existencia”. (p.6). Por ello, la administración

Estatal es importante dentro de un país, puesto que es el nexo para que el Estado busque y realice el bien común, llevando a cabo acciones concretas en beneficio de la sociedad. (Salazar, 2015)

Siendo una actividad que debe ser cumplida o realizada por funcionarios o servidores públicos, encargados de llevar un adecuado funcionamiento del Estado, actuando conforme a la normativa, orientado así al cumplimiento de sus fines y funciones, las cuales son encomendadas por el pueblo y para el pueblo, sometidos a una jerarquía o niveles correspondientes, que coadyuve al desenvolvimiento de sus funciones de acorde a la normativa. (Ferreira, 1995). Siendo que, “el ámbito de acción de los delitos contra la administración pública es la actividad contractual del Estado, ya que, en ambos casos, la concertación del interés indebido depende de que estos hayan sido realizados en el marco de un procedimiento de contratación”. (Díaz, 2016, p.194)

Desde una perspectiva teórica la administración pública es una ciencia o disciplina científica que se encarga del estudio de las organizaciones públicas de acuerdo al principio de legalidad, en la cual encuentra su legitimación jurídica, con el poder de donde emana su fuerza y al cual representa administrativamente, para la sociedad a la que sirve, y por la que trabaja y en la que demuestra su legalidad, obrando de una manera idónea en favor del Estado. (Rojas, 2007)

Objetivamente se dice que la administración pública es representada por agentes públicos que tienen funciones establecidas, realizando así un conjunto de actividades que constituyen el desarrollo de la comunidad, a través de una dinámica funcional; mientras que subjetivamente se constituye en órganos estatales, ya que está representada a través de niveles, jerarquías, entidades, cargos y oficios delimitados en su competencia. (Alessi y Baéz, 2002)

En el ámbito penal el legislador selecciona los artificios, afectaciones y perturbaciones más graves, ya que no toda actividad administrativa que acarrea una falta, podrá ser de índole penal, por ende, no toda conducta de incumplimiento, trasgresión o vulneración administrativa podrá constituir hechos punibles contra la administración pública, ya que el principio de legalidad amerita que el ilícito este estipulado en el código penal, no mitigando las funciones elementales del agente público que actué de acuerdo a los principios y deberes que rige la Administración pública como trabajadores del Estado, ya que si estos no cumplen con sus funciones o abusan de ellas ponen en peligro a la administración Estatal, obteniendo

pues la desconfianza e inseguridad social, siendo trascendental el actuar de estos individuos dentro del aspecto contractual de la administración pública en nombre del Estado, funcionario y servidor público.

La administración pública es una herramienta necesaria e imprescindible para la supervivencia del Estado, viéndose afectada en cuanto el funcionario y servidor público se ven inmersos en actos ilícitos que afecten a la administración pública, el Estado y la sociedad, ya sea por interés propio o de terceros, puesto que el agente público obtienen facultades, que el Estado le otorga a través de la autoridad correspondiente, quien le concede obligaciones, responsabilidad y competencias para el cumplimiento de las tareas encomendadas y para un adecuado desarrollo de la comunidad. Siendo imprescindible el actuar del sujeto público y de la empresa contratista, puesto que a través de la celebración del contrato depende la consecución de bienes o servicios para satisfacer las demandas sociales, es decir, la plena satisfacción del interés público de cada institución pública; esto dentro de un Estado constitucional y democrático cuya ideología parte de la cuestión social (Campos, 2007)

1.3.2.2. *La administración pública como bien jurídico*

Urquiza (2002), señala que, “la administración pública es un sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales con entidades particulares o con ciudadanos”. (p. 235)

Lo que se pretende custodiar es el adecuado funcionamiento de la Administración pública, esto es, la eficacia, imparcialidad, ecuanidad, honestidad y objetividad con la que se debe servir a los intereses generales, sin que se pretenda con ello exigir la perfección, la excelencia o lo impecable, si no el cumplimiento de los deberes funcionales, de acorde a la obligación que obtiene el sujeto público al laborar para una entidad del Estado. (Feijóo, 1999)

Para el derecho penal la administración pública como objeto jurídico de tutela penal, implica los siguientes elementos:

- i. Un pletórico marco de previsiones legales que regulen y resguarden las funciones y servicios públicos,
- ii. Un conjunto de principios rectores como es la imparcialidad, legalidad, rectitud, entre otros, que requiere la administración pública, para que el

funcionario o servidor realicen un oportuno desempeño, permitiendo determinar los ejes de protección penal en cada delito en concreto, dotando de normas el marco legal y la actividad funcional,

- iii. Un oportuno ejercicio de funciones y servicios públicos de conformidad a las atribuciones y competencias establecidas en las leyes y reglamentos, cumpliendo con deberes y obligaciones bajo pautas de corrección. (Rojas, 2007)

De esta manera se considera que los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra la administración Estatal, vulneran sus deberes funcionales, poniendo en peligro la objetividad, legalidad, imparcialidad y probidad en los procedimientos y decisiones, que conllevan un menoscabo de la Administración pública, puesto que el sujeto afecta a tal entidad incurriendo en un interés indebido por razón de su cargo.

Por ello, la administración pública como bien jurídico puede ser lesionado, cuando se altera, menoscaba o desestabiliza la regularidad del funcionario; como también puede ser la puesta en peligro o daño que se ocasiona para el desmedro de los deberes funcionales o hacia el patrimonio estatal, puesto que sin que exista un resultado lesionador del bien jurídico, se coloca a este bien en probable lesión, emanando desconfianza e inseguridad ciudadana.

1.3.2.3. Administración pública y derecho penal

Resulta de gran importancia delimitar el concepto de la administración pública siendo que desde el punto objetivo, se deduce que es la herramienta y conexión que constituye el mecanismo puente entre el Estado y la ciudadanía, el cual es imprescindible que se someta al ordenamiento jurídico para un adecuado servicio a la sociedad; y desde el punto subjetivo se considera la dimensión interna, es decir, su formación, a través de su estructura, sus niveles y jerarquía, que forma la entidad.

La relación del Derecho Administrativo con el Derecho Penal se manifiesta cuando el ordenamiento punitivo interviene con carácter de *última ratio* ante las actividades ilícitas de los funcionarios y servidores públicos. Se trata de una intervención cuyo designio principal es preservar el legal ejercicio de la administración pública y la confianza de los ciudadanos para que la labor de los funcionarios se realice en el cauce de la ley. (Frisancho y Peña, 2002, p.72)

El derecho penal es un medio de control represivo, siendo este un recurso aplicable según la gravedad del hecho y del acto ilícito cometido, presentándose la actuación dolosa, siendo que en este caso del funcionario o servidor público, transgreda los estándares de igualdad, eficacia y legalidad, sometidos en el ordenamiento jurídico para un adecuado desarrollo de la administración estatal, ya que los sujetos actúan en razón de su cargo a través de las funciones y competencias encomendadas al servicio de los intereses ciudadanos, obteniendo una política de gobierno responsable, a través de un adecuado direccionamiento.

Existe un objeto jurídico y específico como bien interés jurídicamente tutelada, el mismo que obedece a la protección de la administración pública en sentido amplio, mientras que, el segundo obedece la lesión o puesta en peligro de un valor o bien jurídico específico, en el cual tenemos:

1. Pautas de sujeción y sometimiento a la legitimidad y justicia, para un correcto ejercicio de funciones y servicios públicos,
2. Cumplimientos de los deberes del cargo,
3. Continuidad, persistencia, estabilidad y desenvolvimiento normal del ejercicio de las funciones,
4. Probidad, integridad y rectitud del sujeto público,
5. Seguridad, protección, custodia y defensa del patrimonio Estatal,
6. Ecuanimidad, imparcialidad y objetividad en la toma de decisiones (Rojas, 2007)

En conclusión el derecho penal protege las decisiones, acuerdos, modificaciones o negociaciones tomadas como parte de la formación y ejecución contractual, la cual está dirigida a la satisfacción de los intereses de la comunidad, ya que de lo contrario, se limitaría a la participación igualitaria de posibles postores en el ciclo de la contratación, y además se incurre negativamente en la ciudadanía. (Díaz, 2016)

1.3.2.4.El bien jurídico- penal Administración Pública

Etcheberry. (1997), indica que, “El legislador desea proteger la apariencia de imparcialidad y honestidad que rodea a la administración pública. Siendo que esta apariencia se ve lesionada si el funcionario se desdobra y representa su propio interés a la vez que el interés público”. (p. 248)

De esta forma el bien jurídico penal- administrativo debe alcanzar un perjuicio a la entidad pública cometido por el funcionario o servidor público, imponiendo o atribuyendo un ejercicio contrario a la responsabilidad y al deber que asume el agente público de acuerdo a sus funciones, facultades y capacidades, implicando una lesión o un desmedro de la confianza pública en el ejercicio de sus deberes fundamentales y constitucionales. Es por ello que los delitos contra la administración pública impiden, interrumpen o perturban la organización y el desarrollo correcto y apropiado de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de las funciones del agente.

Según el artículo 39 de la Constitución política del Perú, en su primer párrafo estipula que, “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación”. (Constitución política del Perú, 1993). Por lo que acarrea un desenvolvimiento intachable del funcionario y servidor público con respecto a la función pública que desempeña, realizándose un actividad prestacional dirigida a la satisfacción y bienestar de los intereses públicos, es decir, del Estado y la sociedad, protegiendo la imparcialidad, transparencia y eficacia de la administración pública, para la no configuración del ilícito mediante el concurso del Derecho Penal. (Frisancho, 2014)

Por ende al comprender el correcto y transparente ejercicio de la función pública con respecto al funcionario y servidor en función de su deber y de legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa, debiéndose mantener la imagen del aparato administrativo el cual debe estar adecuado a los principios del Estado de Derecho. (De Toledo, 1980). Salinas (2014), concuerda con este punto al señalar, “que la administración pública busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la Administración Pública, orientada siempre al logro de su fin último, el cual es el bien común”. (p. 4,5)

Requiriéndose de esta forma que el funcionario y servidor público proteja el correcto, normal y transparente ejercicio de la función Estatal, conforme al deber e interés del Estado, buscando mantener la imagen de un aparato administrativo de acorde a los principios del Estado de Derecho protegiéndose el bien jurídico genérico que es pues la puesta en peligro de manera directa la imparcialidad, transparencia, correcta y funcional aplicación de los fondos públicos y lealtad en el procedimiento.

La delimitación entre responsabilidad administrativa y penal están determinadas en base a:

1. La relevancia de las infracciones;
2. La concurrencia de dolo en el hecho materia de investigación;
3. En función a lo que determinen las normas y reglamentos de cada entidad estatal (Pública), donde los órganos de control del Estado deben realizar la valoración adecuada y pertinente. (Rojas, 2007, p. 61)

1.3.3. Función pública

1.3.3.1. Concepto de función pública

La función pública se caracteriza por comprender un conjunto de actividades de contenido jurídico, siendo dirigida por agentes públicos quienes adquieren atribuciones, facultades y capacidades, estando obligadas a seguir y respetar el cumplimiento de los fines de la administración pública, encontrándose legalmente previstas, siendo regulados a través de la normatividad puesto que es una actividad que el ordenamiento jurídico a través de la constitución y las leyes reserva a los órganos institucionales y se manifiesta a través de los órganos individuales como son los funcionarios públicos, pues es una institución de derecho público.

La ley del código de ética de la función pública, en su artículo 2º indica que, “se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. Ley 27815 (2002).

La noción y naturaleza de la función pública es vista desde las siguientes perspectivas:

- i. Concepción material del destino o teleológica: indica que existirá función pública cuando las actividades realizadas o por realizar cumplan su fin, es decir, se hallan destinadas para el prevalecimiento y desarrollo de los interés de la sociedad. Pueden ser:
 - i. Macro: atribuibles a los agentes públicos y a los órganos público estatales.
 - ii. No son necesariamente estos agentes quienes planeen, dirijan u ordenen, dejando la función a cargo de entidades privadas.
- ii. Concepción legal- formal: se da con la existencia de la función pública de acuerdo al régimen jurídico que regula la actividad de la entidad.

- iii. Concepción mixta o ecléctica: La función pública se lleva a cabo cuando las actividades son realizadas por organismos y agentes de naturaleza jurídica estatal. (Rojas, 2007)

Enmarcándose en las actividades que el Estado realiza, a través de sus órganos hallándose destinadas al interés de la sociedad llevándose a cabo a través de las gestiones realizadas por el funcionario público, primando el interés colectivo o el bien común; siendo reguladas por el régimen jurídico para un adecuado y transparente proceso, conllevando a obtener los fines planteados.

De esta forma Villegas (1951), indica que, “toda función pública implica una esfera de atribuciones limitada por el Derecho objetivo”. (p.226). Puesto que son asignadas atribuciones en su totalidad al agente público para la respectiva planeación y cumplimiento de determinados órganos identificados y determinados con fines de la administración pública. (Rojas, 2007). Asimismo Patrón (1998), señala que “la imagen de función pública se delimita a través de la práctica en la cual debe intervenir el gobierno, los trabajadores públicos (funcionarios y servidores), y el resto de la colectividad en base a principios de eficacia social, compromiso y participación”. (p.161 -162)

La función pública es el ejercicio de representación y actuación del funcionario y servidor público a favor de la administración pública, el cual está compuesto jerárquicamente por niveles, regulándose de esta forma las actividades de los sujetos los cuales están subordinados a la entidad pública, ya que las funciones que dirige dentro del marco de las normas legales y reglamentarias correspondientes, requieren de una población y autoridades responsables, actuando bajo la normatividad que los ampara, cumpliendo determinados trabajos o actividades en bienestar del Estado y de la sociedad, conllevando a realizar una labor adecuada y transparente y con el propósito de manejar el aparato estatal para el cumplimiento de sus fines, ofreciendo básicamente el servicio público.

La Ley del Código de Ética de la Función Pública señala en su Artículo 3, que, “los fines de la función pública son el Servicio a la Nación, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, y la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal (...) optimizando el uso de los recursos públicos”. Ley 27815 (2002)

1.3.3.1.1. Características de la función pública

La función pública se caracteriza principalmente por:

- a. Ser ejercicio de actividad al servicio de la Nación, desempeñadas por funcionarios y servidores públicos, asignándose mediante niveles y competencias.
- b. La función pública rigiere en la función jurisdiccional, legislativa y administrativa, viéndose en este ultimo la totalidad de los asuntos estatales.
- c. A las personas físicas denominadas funcionarios y servidores públicos se delega el ejercicio de la función pública, bajo formalidades que le otorga legitimidad en sus actos.
- d. La función pública se rigiere jurídicamente por leyes, reglamentos, ordenanzas, que deben ser conforme a ley y a la constitución.
- e. El ámbito de su competencia son los órganos y agentes públicos, planteándose deberes, obligaciones y derechos a los funcionarios públicos.
- f. La función pública es por su definición continua, institucional. y permanente.
- g. Se ha posibilitado una noción penal con respecto al funcionario y servidor público, por las existentes peculiaridades, con respecto al modo y ejercicio de la función. (Rojas, 2007)

1.3.3.2. Definición de Funcionario y servidor públicos

1.3.3.2.1. Funcionario público:

Es el sujeto más importante de la estructura jurídica estatal de un país, siendo aquella persona natural o física con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado, ocupando determinado status institucional, actuando con poder de decisión y de representación, en forma expresa, además, determina la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa puesto que es aquel agente que se encuentra especialmente ligado al Estado, por lo que se le asignan roles específicos con relación al deber que debe desempeñar con la aprobación y reconocimiento de la Nación y la ciudadanía, respondiendo positiva o negativamente frente a los órganos de control del Estado, siendo elegido por nombramiento, delegación o elección popular, y que premunido de poder de decisión ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos administrativos

procuran trabajar en pro de fines de interés social o estatal, para la realización del bien común.

La Constitución política del Perú, especifica en su Artículo 39 que, “los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden (...), y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes.” (Constitución Política del Perú, 1993)

Por ello, el funcionario público es aquella persona que por su envergadura actúa en representación de la comunidad, que tiene facultades para actuar en nombre del Estado conllevando a realizar ciertos actos para el bienestar de la administración pública, como es el caso de la contratación y operación estatal, interviniendo en el proceso para otorgarle la buena pro a personas jurídicas, o intervienen en la contratación de bienes y servicios, asesorías, entre otros, siendo especialistas en los procesos actuando con poder de convicción, para la realización del bien común, y obtener una adecuada relación entre la Administración Estatal y la sociedad.

1.3.3.2.1.1. *Potestades de los funcionarios públicos*

1. Imperativas, en virtud de las cuales la administración está dotada de elementos coactivos para hacer cumplir y prevalecer sus gestiones.
2. Reglamentarias, a fin de que las normas legales puedan ser complementarias y dispongan de una concreción actuante. Siendo que la administración debe estar dotada de mayor adaptabilidad al servicio.
3. Ejecutivas, para que sus decisiones legales y reglamentarias tengan el necesario poder restrictivo y coercitivo con miras a la protección de los derechos individuales y sociales.
4. Sancionadoras, obteniendo las fuerzas necesarias para que se posibilite en nuestra sociedad la obtención de respeto por las decisiones de quienes dirigen el Estado. Estas potestades sancionadoras se plasman en el derecho penal administrativo.
5. Jurisdiccional, como medios para darle solución a las cuestiones que afectan los derechos particulares frente a la propia administración. Bielsa y Berthelény (citado en Frisancho y Peña, 2002)

1.3.3.2.2. *Servidor Público:*

Es aquella persona natural que al igual que el funcionario público, también presta sus servicios al Estado, pero a diferencia de este último, actúa sin poder de decisión, siendo trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación en las tareas que realizan los funcionarios públicos, para la obtención de un correcto y apropiado cumplimiento del objetivo de la administración pública, logrando el bien común para la sociedad, encontrándose así en una relación de subordinación frente a los funcionarios. (Reyna, 2013)

De esta forma, se puede reafirmar que el servidor público se relaciona con la administración estatal mediante contratación voluntaria, siendo agente sin mando, que brinda al Estado sus dotes técnicos y profesionales, para una adecuada relación entre el Estado y el Funcionario público, actuando de manera precisa en ciertos actos.(Rojas, 2007)

Se deduce entonces que el servidor es aquel que brinda sus servicios al funcionario público, estando subordinado a éste, prestándole su apoyo y ciertos conocimientos en determinadas áreas, para un adecuado desenvolvimiento y desarrollo de los procesos, requiriendo de sus servicios para dilucidar cualquier duda o problema existente a través de su instrucción, formación y preparación profesional competente y capacitado.

1.3.3.2.2.1. *Elementos constitutivos del servidor público*

- i. Patrón y patrón (citado en Frisancho y Peña, 2002), indica que los elementos del servidor público son:
- ii. El requerir una acción, prestación o actividad para con la administración Pública en beneficio de la sociedad.
- iii. Una oportuna exigencia de carácter colectivo, es decir, en pro de la comunidad.
- iv. Un correcto Sistema jurídico normativo.
- v. Un organismo estatal encargado de actuar como función estable y mesurada.

1.3.3.2.2. Deberes del servidor público

La Ley del Código de Ética de la Función Pública en su Artículo 7 señala los Deberes del servidor público:

1. Neutralidad: Debe actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones demostrando independencia a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones.
2. Transparencia: Debe ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica.
3. Discreción: Debe guardar reserva respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones (...).
4. Ejercicio Adecuado del Cargo: Con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones el servidor público no debe adoptar represalia de ningún tipo o ejercer coacción alguna contra otros servidores públicos u otras personas.
5. Uso Adecuado de los Bienes del Estado: Debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional (..), sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados.
6. Responsabilidad: Todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral, asumiendo con pleno respeto su función pública. (...). Todo servidor público debe respetar los derechos de los administrados (...). Ley 27815 (2002)

1.3.3.2.3. Funcionario y servidor público

La Ley del Código de Ética de la Función Pública en su Artículo 4, señala:

- 4.1 (...) se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado.
- 4.2 Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto. (...). Ley 27815 (2002)

El código penal en su Artículo 425, especifica que se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos."
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley. Decreto Legislativo N° 635 (2016)

Se aprecia que los funcionarios y servidores públicos son aquellos que están reconocidos por ley, que por intermedio de elecciones populares, cargos públicos o de confianza, se le otorga facultades para que actué a nombre del Estado, siendo que para efectos penales la condición de funcionario o servidor público comienza o se establece desde el momento que se es designado por autoridad competente para ocupar un cargo público, ejerciendo tal cargo de forma idónea, actuando con destreza y eficacia para el bienestar de la sociedad y de la Administración Pública. No siendo necesario que el agente asuma realmente el cargo o que jure previamente, teniendo en cuenta que estos últimos aspectos solo son tomados en cuenta para efectos de la adquisición de Derechos laborales, como por ejemplo para el pago de remuneración o salario. (Salinas, 2014)

1.3.3.2.3.1.Principios y deberes éticos

La Ley del Código de Ética de la Función Pública, en su Artículo 6 hace referencia a los Principios y deberes de los servidores y funcionarios públicos

1. Respeto: ya que se adecua su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento.

2. Probidad: Actuando con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, (...).
3. Eficiencia: Brindando calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente.
4. Idoneidad: Entendida como aptitud técnica, legal y moral, es condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública. El servidor público debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.
5. Veracidad: Se expresa con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos.
6. Lealtad y Obediencia: Actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes que le imparta el superior jerárquico competente, en la medida que reúnan las formalidades del caso y tengan por objeto la realización de actos de servicio que se vinculen con las funciones a su cargo (...)
7. Justicia y Equidad: Teniendo permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido, actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con el administrado, con sus superiores, con sus subordinados y con la ciudadanía en general.
8. Lealtad al Estado de Derecho: El funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho (...). Ley 27815 (2002)

1.3.4. Negociación incompatible

1.3.4.1. Antecedentes legales

El delito de negociación incompatible apareció por primera vez estipulado en el artículo 201° del código penal del año 1863, el cual indicaba que, “ El funcionario o empleado público que directa e indirectamente se interesare en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 y multa de la renta de tres o noventa días, para que luego el legislador, en el año 1924 modificará el artículo, que estaría ubicado en el art.

345° del código, el cual a diferencia de la tipificación principal le asigna una pena no mayor a tres años.(Rojas, 2007)

Sin embargo, el ilícito penal paso a ser modificado en el año 1998, encontrándose regulado en el artículo 397° del código penal, en el cual se amplió la pena, indicando que, “el funcionar o servidor público que directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene en razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años. No obstante, en el 2004 fue modificada, reubicando el artículo en mención al número 399°, incrementando la penalidad, para que en el año 2013 se defina su contenido, quedando estipulado de la siguiente manera:

“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 la 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 cien ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”. (Decreto legislativo N°635).

1.3.4.2. Bien jurídico protegido: importancia y criterios para su determinación

El bien jurídico protegido es la transparencia en el proceso de contratación, operación y exclusiva promoción de intereses públicos, por parte de los funcionarios públicos que están ligados con el Estado, pues el funcionario y servidor público actúan en representación y en nombre de éste, buscando mantener incólume el perfil de la administración pública y de sus representantes ante la comunidad, protegiendo su integridad, probidad y rectitud, ya que los actos realizados abarca los contratos administrativos y operaciones estatales que son de contenido económico y de interés públicos, no poseyendo un alcance amplio e ilimitado, es decir, no abarca todos los actos administrativos. (Castillo, 2015)

(Soler, 1951)Por ende, la acción consiste en el desdoblamiento de la personalidad del funcionario de manera que, a un tiempo resulte intervenir en una relación de contrato u operación como parte interesada y como órgano del Estado. No siendo necesario que el funcionario tenga la plena potestad para decidir, bastando que concurra a formar la determinación sustancial o fijar la legalidad de la operación. (p. 213,214)

Es por ello que se protege además, el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exigiendo que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutelando la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, conservando la integridad y rectitud del funcionario. Considerando 10° segundo de la **Sentencia de Casación de Puno, N° 231 (2017)**

Siendo que, lo que se respalda a través del ilícito penal de negociación incompatible es el ejercicio de una adecuada función pública, que debe ser ejercida correcta y apropiadamente, puesto que es imprescindible el ejercicio debido o correcto de la función, que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema, ya que la administración pública está al servicio de la sociedad, actuando en favor de los intereses públicos.

La protección penal es de vital importancia para el deber de la administración y de sus agentes de servir a los administrados para que estos no sean vulnerados, protegiéndose la conducta lesiva para el cumplimiento del servicio público de forma adecuada. (Calle, 1997)

Por tanto, la importancia de este bien jurídico es proteger el proceso de contratación estatal desde su preparación, inicio, celebración hasta su ejecución, con el fin de que prime el principio de imparcialidad, probidad, lealtad, libre competencia administrativa, igualdad de oportunidad en los postores, equidad para los participantes, transparencia del proceso y la elección no arbitraria de terceros, evitando de esta forma que el funcionario o servidor público por razón de su cargo y abusando de sus derechos, con el poder que el Estado le emana para llevar a cabo procesos de contrataciones estatales, estos interfieran, manipulen y dirijan de forma arbitraria los contratos estatales y operaciones imponiendo su interés personal por encima del interés público.

Asimismo señala Reátegui (2015), que el bien jurídico tutelado es la imparcialidad con la que debe actuar el funcionario o servidor público cuando intervenga en las relaciones contractuales u operaciones, vinculándolo con la protección del patrimonio estatal. Soler (citado en Reátegui, 2015) ejemplifica el delito de Negociación incompatible indicando que es, un sujeto haga suministros, como proveedor, más baratos que los ofrecidos por otros. Ello no obstante, si ese proveedor es al mismo tiempo funcionario encargado de la proveeduría, constituyendo tal hecho al delito de aprovechamiento indebido de cargo. (p.711). Por tanto debe tenerse presente que es importante la custodia de los interés

económicos del Estado, ya que la figura se concretará cuando la actuación de un funcionario o servidor público se desdoble al representar tanto al Estado como a los intereses privados.

Señala además Castillo (2014) que, “en el delito de negociación incompatible no se protege, al menos no directamente, el patrimonio fiscal o el patrimonio de la administración pública o de un sector de ella”. (p.21), puesto que se requiere salvaguardar el deber y ejercicio de la función pública, no buscándose proteger ni asegurar el interés económico de la administración pública, sin embargo lo que se incrimina es el peligro determinado por el interés particular que compromete los fines de la administración. Si bien la configuración del hecho delictivo se da con la verificación de la conducta de un interés privado por parte del funcionario y servidor público, es decir, por la realización de ciertos actos que van en contra de sus deberes funcionales para obtener un beneficio para él o para terceras personas, en razón de su cargo, no es exigible la existencia de un beneficio económico, tampoco que exista un perjuicio real o potencial para el Estado pues este ilícito configura un delito de peligro, ya que, no hace falta una afectación directa al patrimonio de la administración pública o estatal, puesto que con el actuar del sujeto movido por un interés indebido ya se estaría recayendo en el ilícito penal.

La convención Interamericana contra la Corrupción prescribe en su artículo VI.I que “La presente convención es aplicable 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 sí mismo o para un tercero”, y según dicha convención en el punto 74, señala que en el código peruano encontramos la figura de colusión (artículo 384) y aprovechamiento indebido de cargo (artículo 399) que suponen la obtención ilícita de beneficios por parte del funcionario o servidor público.(Reátegui, 2015)

Rojas (2007), señala que el objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública. El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que antepone sus intereses a los de ella. (p.818).

En conclusión para que se genere el delito de Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, debe producirse un conflicto de compatibilidades entre

el funcionario o servidor público y la administración estatal, siendo funcionario o servidor público y al mismo tiempo existiendo interés en la negociación, ya que esté es parte estatal, siendo además que en su mérito se interese indebidamente orientando sus intereses en función personal o de terceros en cuanto a un contrato u operación el cual se celebre o sea ordenado por el Estado, produciendo tal actuar en contra del deber funcional, es decir, siendo adverso a los intereses de la administración pública.

1.3.4.3. Infracción del deber

La jurisprudencia de la corte suprema ha catalogado al ilícito penal de negociación incompatible como un delito de infracción de deber, por ser un delito especial, cometido por funcionarios y servidores públicos, siendo que la intervención se produce en el desarrollo de la función o del servicio.

Pariona (citado en salinas, 2014), indica que, “se entiende por delitos de infracción del deber a aquellos en los cuales la figura central (autor) del evento criminal se encuentra vinculado por un deber especial de carácter penal”. (p.16). Entonces es autor quien realiza una conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal, siendo aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito, infringiendo o incumpliendo un deber especial que, no les alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del acto criminal.

“Siendo el *intraneus* aquel sujeto que ha transgredido el deber especial mismo de su función en la administración pública, la figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas, quien lesione el deber especial contribuyendo al resultado por acción u omisión”. (Salinas, 2014, p.15). Por ende, “los delitos de infracción de deber son aquellas conductas en las que la autoría del funcionario o servidor público se ve caracterizada por el hecho de que abusen del deber especial que surge de su rol social, es decir en la función del *intraneus* en la administración pública, ocasionando una puesta en peligro de determinados bienes jurídicos” (Roxin, 1997, p. 323)

Por tanto se precisa que el delito de Negociación incompatible protege la legalidad del ejercicio del funcionario público, y asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional con respecto a la transparencia e imparcialidad, siendo que el bien jurídico que se pretende proteger se encuentra representado por principios y deberes, fundamentando este ilícito, como un delito especial siendo un deber por pertenecer a los delitos cometidos

funcionarios públicos , ya que no recae en toda persona, sino en aquellos sujetos calificados “*intraneus*”, siendo los únicos que pueden ser autores de determinados delitos.

Roxin (1997), indica que, “su figura central el delito de infracción del deber, es el autor, ya que el evento criminal se encuentra vinculado por un deber especial de carácter penal”. (p.338). conociéndose al autor mediato con el nombre de *intraneus*, mientras que el participe o cómplice se le denomina *extraneus*, ya que no está vinculado al deber especial.

Por ende, el autor será quien infrinja la ley penal, ya que el hecho ilícito ocasionando es un deber especial penal, por otro lado, el participe será quien interviene en el hecho sin poseer tal deber especial.

El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por el autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictivos particulares o *extraneus*. Considerando N° 11 del **Acuerdo plenario N° 2.2011/CJ-116 (2011)**.

De esta forma se deduce que los delitos contra la administración pública, responden por la comisión del delito especial cometido por el sujeto publico autor, pero como cómplices.

Según las formulas legislativas de los delitos contra la administración pública, aparte de la infracción del deber se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal. De modo que la sola infracción de un deber especial no es suficiente, se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos, ya que requiere también de un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal. Pariona (citado en salinas, 2014)

La teoría de Jakob, indica que con la sola existencia de elementos subjetivos se comprueba la infracción del deber, con la cual gran parte de doctrinarios no está de acuerdo, abalando la teoría de Roxin, quien indica que, para que exista infracción de deber, deben existir elementos subjetivos como objetivos, que lleven a verificar que se ha realizado el ilícito penal, aún más, teniendo presente que el ilícito es un delito de peligro. Y tampoco se avala el punto de Jakob en el que señala que, al participe o cómplice se le debe de imputar

otro delito por ser una persona *extraneus*, en efecto Pariona (citado en Salinas, 2014), indica que, “en el caso de los delitos especiales, el castigo de los partícipes adquiere características distintas, siguiendo la teoría de la ruptura del título de imputación” (p.19), ya que el ilícito penal solo considera al funcionario y servidor público como autor del hecho delictivo, atribuyéndose el hecho ilícito al *intraneus*, de esta forma el *extraneus* no puede asumir responsabilidad penal por este ilícito, no pudiendo determinarse con base en el delito de infracción del deber. Salinas (2014), “En consecuencia, el partícipe no podrá ser sancionado con el marco penal establecido para el delito de infracción al deber” (p.19), García (2008) “generando impunidad con respecto a los que ayudan o auxilian a la comisión del delito especial cometido por funcionario públicos” (p. 601). A lo cual Roxin responde, que un mismo hecho debe responder a una sola calificación jurídica, existiendo unidad del título de imputación, por lo que a los particulares se le debe de considerar como partícipe o cómplice en el ilícito penal.

Los particulares o *extraneus* en los delitos contra la administración pública, responden por la comisión del delito especial cometido por el sujeto público autor, pero como cómplices.

1.3.4.3.1. Complicidad única

Con relación a la infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la administración pública que realiza un funcionario o servidor público quien posee un deber especial penal, será simplemente cómplice según la teoría de infracción al deber, la complicidad es única.

Se debe diferenciar entre complicidad primaria o secundaria, siendo de gran importancia determinar, el apoyo o auxilio (aporte) que ha brindado el partícipe al autor en la comisión del ilícito penal, siendo no aplicable en los delitos especiales en la que al cómplice primario y secundario se le disminuirá prudencialmente la pena, ya que en los delitos especiales se direcciona la teoría infracción al deber, siendo cómplice o partícipe el *extraneus*.

Debe propiciarse que el juez al momento de aplicar la pena, el cómplice de un delito contra la administración pública de ningún modo debe de imponer una pena igual o mayor a la impuesta al actor del delito la pena para el cómplice, siendo esta menor a la pena del actor,

basándose en que la conducta del actor al haber cometido el delito infringiendo un deber especial penal, es más reprochable y reprobable que la conducta desarrollada por aquel que no infringió deber especial alguno. (Salinas, 2014)

1.3.4.4. Delito de peligro

Castillo (2015), indica que, “el delito de Negociación Incompatible es un delito de peligro y no un delito de resultado o daño”. (p. 30)

Puesto que importa un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. Considerando 10° tercero de la **Sentencia de Casación de Puno, N° 231 (2017)**

Si bien se habla de un delito de peligro, este sería un delito de peligro abstracto y no concreto, puesto que no hace falta que se realice un daño inminente al patrimonio estatal, pongamos de ejemplo que el funcionario X, lleva a cabo el proceso de contratación estatal, pero que al dar la buena pro favorece a una tercera persona, con un interés particular, siendo que esta tercera persona actuó de manera responsable, cumpliendo sus metas, no ocasionándole algún menoscabo a la administración o al Estado, es decir todo marcha adecuadamente, sin embargo la contratación no fue la correcta puesto que existieron intereses incompatibles entre el funcionario o servidor público y su tarea en la administración pública, siendo este un delito de peligro y pues no de resultado, sustentándolo y dando firmeza la corte suprema, en el considerando 6° de la **Ejecutora suprema R.N. N° 2068-2012 -Sala penal Transitoria (2013)**, la cual sostiene que, “el delito en mención es un delito de peligro abstracto, que no exige un perjuicio patrimonial concreto a la administración pública”.

De la misma forma la corte suprema ha sostenido que, un delito de peligro se consuma al comprobar el interés particular o personal del funcionario o servidor público en la contratación u operación estatal. El tipo penal no requiere que se genere un provecho económico para el sujeto activo (*intraneus*), ni un perjuicio para el Estado, teniendo en cuenta que con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro. Considerando 6° de la Ejecutora suprema R.N. N° 2068-2012 -Sala penal Transitoria (2013). **Autoría-sujeto activo**

El ilícito penal se considera como un delito especial puesto que solo debe ser cometido por funcionarios y servidores públicos, siendo que la corte suprema ha catalogado como “delito de infracción al deber”. Considerando 3° de la **Ejecutora suprema R.N. N° 1024-2013 Sala penal Transitoria (2013)**, sin embargo es de gran importancia puntualizar que para que se ejerza la autoría del delito de negociación incompatible, debe el funcionario tener las facultades, capacidades y competencias para intervenir en contratación con el Estado y operaciones.

Un sector de la doctrina considera, que si un funcionario o servidor público interviene directa o indirectamente en un contrato o en una operación, pero no cuenta con la competencia para impulsar eficazmente el interés personal o de tercero responderá como participe y no como autor del delito.(Castillo, 2015, p. 38). Entonces es necesario que dicho funcionario público cuente con las facultades y competencias para intervenir en el contrato u operación.

Fidel, (2014), señala que, “es sujeto activo el funcionario o servidor público con facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo”. (p.819)

De la misma forma Salinas (2014), menciona que, “se debe exigir que el agente sea funcionario o servidor público, además, se exige que cuente con una vinculación funcional ineludible con los contratos u operaciones que celebra el Estado objeto del delito”. (P.576)

Es decir, que si no se constata que el funcionario público tiene las atribuciones, facultades y funciones para celebrar un contrato u operación estatal no se estaría configurando el hecho punible, pues no se perfeccionaría el ilícito penal, ya que la condición del autor es la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón de su cargo. Por ello, los funcionarios o servidores públicos que no tiene la relación funcional exigible por el tipo penal y los extraños a la administración que colaboren o apoyen al sujeto público obligado, responderán por el mismo delito pero a título de cómplices. (Salinas, 2014, p. 577)

1.3.4.5.Sujeto pasivo

Salinas (2014), señala que, “El sujeto pasivo es el Estado, ya que es el representante o titular de la administración pública en sus diversas modalidades.”(p. 577)

1.3.4.6. Contrato u operación como objeto de hecho punible

El artículo 399 del código penal indica que el objeto de la conducta punible son los contratos u operaciones, por ello si se habla de otros actos administrativos diferentes al interés de contratar por parte del funcionario o servidor público, no encajaría en la figura expresa en el tipo penal.

Se debe tener presente que el “*contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial*”, según el artículo 1351 del código civil. Decreto Legislativo 295 (2015). Su naturaleza es bilateral, por ende es necesaria la concurrencia del agente público y de la persona natural o jurídica, en el cual el agente público o funcionario u servidor público tiene algún interés sacando provecho de forma directa, indirecta o por acto simulado ya sea para beneficio propio o de terceros.

Reátegui, (2016), exterioriza que, “el contrato es un acto jurídico mediante el cual una parte se compromete y responsabiliza para con la otra persona en cumplir una obligación, teniendo en cuenta que también dos o más partes pueden estar comprometidas a cumplir tal obligación, de ahí que el contrato tenga características especiales.” (p. 52).

Siendo imprescindible lograr el perfeccionamiento del contrato, en las que ambas partes, es decir, el Estado y el contratista logren un adecuado grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones realizadas por el Estado, obteniendo eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, actuando con total imparcialidad y legalidad, lo cual se sustenta con el artículo 76 de la Constitución Política del Perú (1993), indicando “Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.”

Por otro lado, con respecto a las operaciones realizadas por funcionarios o servidores públicos, en nombre de la entidad pública a diferencia de los contratos que son actos bilaterales, Salinas, (2014) indica que “se desarrolla de forma unilateral , es decir, se producen entre la administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido económico”. (p. 572)

Siendo las operaciones actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúne las características formales o bilaterales de los contratos. (Reátegui, 2016, p. 54)

En consecuencia, las operaciones estatales son disposiciones de naturaleza netamente económica, en las que la entidad pública actúa a título propio sin que ellas concurren en dos o más voluntades, tenemos por ejemplo la subasta de objetos secuestrados, incautaciones, expropiaciones, comisos, etc. Siendo imprescindible tener en cuenta que no es de suma importancia la etapa en la que se encuentre el contrato u operación estatal, estas podrían haberse ya pactado o estar en proceso de ejecución, pero si el contrato ya se ejecutó, ya se extinguió la relación jurídica, por lo que no será posible que se le impute al *intraneus* tal ilícito penal. (Reátegui, 2016)

1.3.4.7. Tipicidad objetiva

1.3.4.7.1. Interesar

El elemento normativo central del ilícito penal en mención es el interés, que constituye el núcleo rector del tipo penal de Negociación incompatible; el cual ha sido muy bien definido por la doctrina argentina, como, volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, es decir, la parcialidad con que un funcionario o servidor público puede asumir para obtener beneficios en favor del *intraneus* o de un tercero, querer que asuma una configuración basada en éste. Considerando trigésimo noveno, **Sentencia de Casación N° 67 (2017)**

Hugo (2002), El verbo rector del artículo 399° es “interesar”. El interesarse es participar en un contrato o negocio que interviene por razón del cargo, como necesario y favorable, anteponiendo una pretensión propia o particular, beneficiándose “a sí mismo” o a un tercero. Es decir, interviniendo como funcionario o servidor público y al mismo tiempo, como beneficiario o parte; bien sea directamente o a través de un tercero en cualquier contrato u operación. Esta última es la forma más usual empleada por el agente. (p. 187)

Interesarse es una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, es decir, buscar provecho, utilidad o ganancia para que el funcionario público obtenga un beneficio. En lo que corresponde al ilícito penal en análisis, es la existencia de una pretensión de parte, que beneficia al *intraneus* excediendo lo estrictamente administrativo y funcional, bastando el hecho de que el funcionario público se interese

indebidamente en los actos administrativos, pese a no ser parte formal del contrato u operación para que el delito se entienda como consumado, ya que el funcionario tiene principios que rigen la legitimidad de un contrato u operación velando y cuidando el debido funcionamiento de la administración pública. La ley exige que se obre en razón del cargo del funcionario público y no que la aceptación y decisión final de la propuesta dependa del funcionario, teniendo en cuenta que en el presente tipo penal no se castiga el negocio prohibido sino la incompatibilidad con sus funciones en la administración pública.

La muestra de un interés particular, ajeno a la función que cumple para la celebración de determinado contrato conlleva a la conclusión de un afán adicional al correcto desempeño de los funcionarios del Estado. Considerando 3º, de la **Sentencia de Casación de Puno, N° 231 (2017)**

Es por ello que el verbo rector es interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, la aceptación del término interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, la aceptación 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 los intereses particulares o de terceros. Nolasco, Velarde, Ayala y López (citado en Reátegui, 2015, p. 723)

El ilícito penal se puede cometer desde la etapa de preparación hasta la etapa de ejecución, siendo que este delito no puede cometerse cuando el contrato estatal se ha extinguido o se ha cumplido en su totalidad.

Desde el aspecto objetivo el interés puede darse:

- i. *En la etapa de Negociación del contrato o la operación*, solicitando que se acepte la propuesta de postor, que se le brinde información privilegiada, que se rechace la propuesta de los demás participantes, recibir los requerimientos, elaborar la solicitud de requerimiento, eligiendo al proveedor de acuerdo a la cotización que presentaba, además de dar el visto bueno para que la propuesta sea elevada a sus superiores jerárquicos, interviniendo el funcionario o servidor público condicionando interesadamente la voluntad negocial de la administración.

- ii. *Durante la Suscripción del contrato u operación estatal, se agiliza los trámites para que se acelere la entrega de la buena pro.*
- iii. *En la ejecución del contrato u operación, ampliando los plazos para el cumplimiento de las prestaciones, solicitando que se reciba productos de menor calidad o sustitución de un producto por otro a lo establecido.*
- iv. *En la liquidación, pago adicional por servicios, pedir que no se consigne omisiones o se formulen observaciones a la obra. (Castillo, 2015)*

Siendo importante mencionar, que el interés indebido es importante para la configuración del ilícito penal, pero es irrelevante en el momento que se lleva a cabo, ya que este interés se puede demostrar en cualquier etapa del iter contractual del proceso, ya sea en la convocatoria, contratación, licitación y adjudicación. Esto es, en las etapas previas, durante la celebración e incluso en su ejecución del contrato. De la misma manera, el interés indebido implica una mera infracción del deber especial positivo, teniendo dentro de ella la actuación contra la ley, omisión o abstención de la exigencia legal, etc., y también denota un peligro para los intereses económicos: patrimonio u órgano del aparato estatal.

No es necesario la firma del funcionario público en algún documento, lo prescindible es que el funcionario revele el interés que tiene a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto, entre otros, tenemos por ejemplo, la contratación de una empresa de propiedad del funcionario, donde ejerce la administración o donde puede contratar para sí mismo, o en el caso de que el funcionario contrate o vote por la contratación de una empresa donde tiene acciones a su nombre, o de la empresa donde ocupe un cargo, pero los supuestos más graves son aquellos en los que el funcionario adjudica contrataciones a grandes empresas o consorcios con quienes tiene acuerdos no demostrables, también se da cuando el funcionario luego de que cesa de la administración pública, aparece desempeñando cargo para una empresa privada quien promovía los interés de esta última sobre los interés de la administración pública, manifestándose resolviendo individual y colectivamente las contrataciones, además elaborando dictámenes, asesorando, preparando el expediente, aprobando o ratificando una propuesta, a través de una resolución favorable, participando de la votación de aprobación del contrato, intervenir en el cronograma de pagos, entre otros.

1.3.4.7.1.1. *Interesarse directamente*

Salinas (2014), indica, que “el funcionario que se interesa en el contrato u operación y realiza todos los actos necesarios para conseguir los resultados que busca, esto es, el beneficio indebido en su favor o de terceros que lógicamente tiene vínculos amicales, familiares o económicos”. (p. 569)

Por ello, el agente público que manifiesta sus intenciones e intereses personales o particulares, participando de manera activa en el hecho ilícito, proponiendo, tomando decisiones o teniendo injerencia en actos administrativos que lleven a cabo una contratación estatal incompatible por razón de su cargo.

1.3.4.7.1.2. *Interesarse indirectamente*

Salinas (2014), señala que, “se hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios para conseguir una ventaja indebida a su favor o a favor de terceros” (p. 569)

Castillo (2015), “los particulares obtienen la condición de cómplices por más trascendencia que tenga su aporte en la consumación del ilícito penal. A ello se agrega que interesarse indirectamente también comprende el hecho de que se posea un interés de obtener un beneficio indirecto”. (p. 66)

Siendo que el interesarse indirectamente acarrea el disvalor del acto que se mantiene cuando el agente público se interesa de manera directa como cuando actúa por intermedio de otra persona, incluso por la modalidad comisiva y la valoración objetiva de la conducta es posible afirmar que esta última forma de acción reviste mayor gravedad del injusto, en la medida que intervienen una pluralidad de agentes, se demuestra una actuación coordinada y organizada de parte del funcionario o servidor público, para realizar tan ilícito penal, realizando la actuación a través de una tercera persona, llevando a cabo tal acción para no comprometerse y al no encontrarse pruebas fehacientes de su participación, pues obtener la impunidad.

1.3.4.7.1.3. *Interesarse mediante acto simulado*

Se realiza con empresas que simulan tener una representatividad o titularidad distinta cuando realmente son propiedades del funcionario o servidor público, o están vinculadas a este, aparentando ser concordante con los intereses administrativos, cuando la realidad es que se está haciendo prevalecer los intereses personales, privados o particulares.

Castillo (2015), señala que, “hay simulación cuando el funcionario para favorecer a una empresa en una licitación crea una tercera empresa de fachada para dar la imagen de una supuesta, pero inexistente competencia y así cumplir con las bases establecidas”. (p. 69). Sin embargo la ley no castiga en esta modalidad típica la simulación *in personam*, sino más bien la simulación *in actum*. No se castiga a quien actúa mediante persona interpuesta o disimulada. (Salinas, 2014).

Comprendiéndose en el injusto penal en mención, actos realizados directa o indirectamente por el funcionario o servidor público pero que aparentan una determinada realidad o cierta situación. Creando un aspecto, apariencia o una virtualidad distinta a lo que a primera vista aparece (engaño, artificio), por ejemplo, se invita a participar de un concurso público a una persona jurídica inexistente, ficticia e inventada, interesándose en el contrato que puede favorecerlo.

1.3.4.7.1.4. *Provecho propio o de terceros*

El funcionario público o servidor público actúa por un beneficio o provecho con respecto a la contratación u operación con el Estado, en la cual planifica su intervención ya sea un provecho propio, como por ejemplo realizar una contratación con una empresa en la cual el funcionario o servidor público trabaja o en la cual es accionista o dueño, o para ayudar a terceros, como puede ser sus familiares, amigos o personas cercanas al sujeto público, debiendo existir vinculación entre estos.

Salinas (2014), indica que, “El actuar indebido del agente debe tener como objetivo un provecho o sacar ventaja patrimonial del contrato u operación en la cual interviene en razón del cargo que desempeña”. (p.570)

1.3.4.8. Tipicidad subjetiva

En este apartado se considera que el funcionario y servidor público el cual interviene en las contrataciones y operaciones estatales debe actuar con conocimiento de los elementos de tipo objetivo, interviniendo a través de un interés especial, siendo que este delito se trata de un delito meramente doloso, no bastando un comportamiento imprudente, si no requiere la irrogación de los deberes funcionales.

El dolo es un elemento necesario para demostrar una sustentada y adecuada prueba, y la respectiva motivación en las resoluciones judiciales, analizando porque cierta conducta es considerada como dolosa (elemento subjetivo), siendo necesario que se despeje cualquier duda que de esta resulte.

El dolo en el delito de negociación incompatible es necesario, ya que es importante demostrar o tener el conocimiento de que el funcionario o servidor público están interviniendo en una contratación u operación estatal, ya sea de manera directa o indirecta, obteniendo un interés o provecho propio o de un tercero, y que se realice ejerciendo su cargo con las facultades que de la investidura emanan. (Castillo, 2015)

Ejemplo de ello tenemos que el funcionario público interviene en una contratación u operación cuando se encontraba suspendido o inhabilitado por la razón que fuere para ejercer el cargo, difícilmente concurre en dolo (conocimiento) referido al actuar en razón de su cargo. No siendo necesario que el dolo abarque la conciencia de la afectación del patrimonio de la administración, ni la intención especial que se está obteniendo una determinada ventaja o benéfico, o que se esté actuando con ánimo de lucro. (Castillo, 2015, p. 105)

La configuración subjetiva de la conducta ilícita exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento, a sabiendas que tiene deberes de lealtad, y probidad los cuales debe de seguir y cumplir al celebrar contratos o realizar operaciones en representación y a favor del Estado, no obstante, voluntariamente actúa evidenciando interés particular con el firme objetivo de obtener un provecho indebido para sí o para tercero con el cual lógicamente tiene alguna vinculación. (Salinas, 2014)

Siendo necesario que el *intrañeus* obre en razón de su cargo con conocimiento e influencia en la contratación u operación estatal, siendo este un “interés indebido”, elemento trascendental y decisivo, aún más que el conocimiento de irregularidades administrativas.

(Castillo, 2015). Por ende, el delito de negociación incompatible se configura a través de una infracción de ejecución dolosa, admitiéndose claro está el dolo directo, puesto que el agente público, tiene como fin el lucro, y sabe que está actuando en razón de su cargo para intervenir en una contratación u operación de manera directa o indirecta, ya sea en provecho propio o de tercero y que se realiza ejerciendo el cargo de funcionario o servidor público.

La doctrina nacional considera que el delito de Negociación incompatible es punible por dolo considerándose según el autor Castillo Alva

- i. *Dolo de primer grado*; en el cual es necesaria la intención del *intrañeus* o el propósito deliberado de lesionar el bien jurídico, implicando que el autor persigue lo que es la actuación típica, el resultado o ambos a la vez, existiendo una realización directa del autor con las consecuencias principales, existiendo intencionalidad.
- ii. *Dolo de segundo grado*; en el que se indica de que el *intrañeus* no quiere cometer el ilícito penal, de lo contrario se obrara con intención, tampoco se cuenta con conocimiento seguro de que tal acto se producirá de manera irremediable, siendo que el autor sabe que su conducta (activa u omisiva) realiza los elementos objetivos de tipo, siendo que el actor prevé las consecuencias que pese a no seguirlas, no quererlas o no desearlas, pero seguramente se reproducirán. Castillo (2015)

Este delito no admite la comisión imprudente o culposa, ya que no tiene por qué abarcar un perjuicio económico a la administración pública, no se requiere que el *intrañeus* pretenda o cause un perjuicio, siendo que el móvil de lucro es posible en estos delitos, sin perjuicio para nadie, por ejemplo, si el proveedor obtiene un contrato de licitación con el Estado a precios totalmente ventajosos, beneficiándose tanto el proveedor como el propio Estado, no causa perjuicio a alguna de las partes, sin embargo, esta situación no deja de ser típica pues ya se ha producido la incompatibilidad en el ejercicio del cargo.

1.3.4.9. Tentativa y consumación

A efectos de computar el plazo de prescripción del delito de negociación incompatible se debe de tomar en cuenta la firma del último contrato o la suscripción de la última adenda al contrato, siendo esta un apéndice en el cual se agrega información a cierto escrito, en este caso a un contrato. Siendo esta jurisprudencia contradictoria doctrinariamente ya que es

relativa la suscripción del contrato, puesto que lo imprescindible es que el funcionario público exteriorice su interés a través de cualquier acto con relación a la contratación y operación estatal, muy al margen de que si se suscribe o no el contrato.

Sin embargo, Castillo (2015) , especifica que, “se requiere que el contrato se suscriba, o llegue a buen término, de manera obligatoria., siendo posible que nunca llegue a concretarse de manera definitiva y que el injusto se entienda cometida de manera acabada y suficiente”. (p. 138). Salinas (2014), agrega que, “para la consumación del ilícito penal no se requiere verificar que la conducta del agente logró causar real perjuicio patrimonial a la administración pública, no siendo necesario verificar si el agente obtuvo la ventaja indebida perseguida”. (p. 578)

Lo trascendental en este hecho punible tal como lo señalan los autores arriba mencionado, es que, el acto por el cual se refleja el interés del funcionario o servidor público debe producirse necesariamente dentro de un ámbito estrictamente temporal, mientras se encuentra vigente el acto o la operación, ya sea en el procedimiento de preparación, selección o ejecución, de tal manera que cuando hay interés en un acto inexistente o en un acto que ya culminó, acabo, cerró o se canceló, no puede haber tentativa ni delito consumado de negociación incompatible.

Salina (2014), “al indicarse que se trata de un delito de mera actividad o de peligro, es imposible que la conducta se quede en grado de tentativa”. (p. 579)

Por lo tanto es complicado aceptar la posición de que exista tentativa el los delitos contra la administración pública ya que se trata de actos que requieren lograr algún beneficio en el contrato u operación estatal, manifestándose un interés privado por parte del funcionario o servidor público, interviniendo en el contrato u operación estatal, actuando dolosamente siendo causal de un desarrollo favorable para cometer el ilícito penal, de esta forma si el funcionario o servidor público intervienen cuando ya no tienen tal cargo o cuando perteneciendo a la administración pública ya no cuenta con las competencias que le pueden hacer influir o intervenir, el hecho será atípico, salvo que haya dejado indicaciones expresas o actos administrativos o de otra índole que conlleven al ilícito penal.

No es tentativa el caso en que el funcionario interviene mediante un acto objetivo, pero el contrato u operación no se llega a concretar por múltiples razones, como es la intervención

del órgano de control, desistimiento de las partes, etc. Por el contrario, se trata ya de un delito consumado. (Castillo, 2015, p. 141)

1.3.4.10. Prescripción

Teniendo en cuenta que el hecho punible es un delito de peligro, el cual no exige un perjuicio directo al patrimonio del Estado, bastando el interés e inobservancia de la imparcialidad del funcionario o servidor público para configurar el ilícito.

Por lo que la prescripción toma como referencia al artículo 80 del código penal (2017), el cual indica que, “la acción penal proscribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito”; y según el artículo 83 del mismo libro dice, “que si la pena es privativa de la libertad como plazo extraordinario debe agregarse una mitad, in fine del artículo en mención”; haciendo hincapié en el artículo 80 in fine del citado código, dice, “En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica”. Código penal (2017)

Siendo este delito que protege el adecuado funcionamiento de la administración pública, no protegiendo directamente al patrimonio del estado, sino, al interés del funcionario o servidor público con respecto a una contratación u operación estatal, por lo que no es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción.

Tal como lo sustenta la jurisprudencia de la corte suprema, la cual ha sostenido que, pese a que los procesados tenían la calidad de funcionarios públicos, no corresponde duplicar el plazo de prescripción en aplicación de lo normado en el último párrafo del artículo 80 del código sustantivo, pues conforme a lo señalado en el acuerdo plenario número uno-dos mil diez- CJ-ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre del dos mil diez, se advierte que el bien jurídico tutelado en el delito en comentó, no se encuentra vinculado directamente con el patrimonio público, sino, con el correcto funcionamiento de la administración pública propiamente dicho. Considerando 3º tercero de la Ejecutoria **Suprema R.N. N° 3001-2011-Sala Transitoria (2012)**.

Asimismo la Ejecutoria Suprema señala que, el tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que **NO ES APLICABLE LA DUPLICIDAD DE PLAZO**

DE PRESCRIPCIÓN prevista en el artículo 80 *in fine* del código penal, recurso acusatorio debe Desestimarse y así se declara. Considerando 5º tercero de la Ejecutoria **Suprema R.N. N° 2068-2012-Sala Transitoria (2013)**.

1.3.4.11. *La prueba en el delito de Negociación incompatible*

Es imprescindible ya que se debe acreditar de manera esencial y relevante el interés indebido, que pues tiene el funcionario o servidor público en el proceso de contratación u operación estatal, ya que la diferencia entre un proceso penal y administrativo, es que la primera se encarga de probar rigurosamente la comisión de un ilícito penal, con los elementos subjetivos y objetivos que de esta recae, mientras que la segunda, se encarga de ver las irregularidades administrativas de manera simple y básica, siendo un proceso disciplinario o sancionador. Requiriéndose en el proceso penal del delito de negociación incompatible que se demuestre el interés indebido, el cual debe ser probado de manera estricta y fehaciente, siendo indispensable en el proceso la prueba directa e indiciaria para que se pueda fundar la responsabilidad penal de *intraneus*, entre los cuales tenemos:

- Las irregularidades administrativas, como la infracción de la ley de contrataciones del Estado, la festinación de algunos trámites obligatorios, entre otros.
- Efectuar la contratación directa y sin limitación previa de ciertos funcionarios, ejemplo de ello, tenemos a los consultores de ejecución de obras.
- Infringir el artículo 20 de la ley de contrataciones estatales, en las que queda Prohibición de fraccionamiento, se encuentra prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual, de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección, de evadir la aplicación de la presente Ley y su reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.(Ley 30225) Al permitir tal fraccionamiento.

- Iniciar el proceso de contratación estatal sin autorización del jefe de la entidad pública competente de la entidad.
- El presidente del comité especial comunica a la autoridad máxima de la entidad estatal la imposibilidad que el citado comité se reúna por falta de quórum, debido a que dos de sus miembros no pueden concurrir por enfermedad, por lo que se solicita la cancelación de los procesos de selección que se encontraban publicado en el SEACE.
- La cancelación de los procesos de selección por parte de la autoridad máxima de la entidad estatal mediante un acto administrativo, por ejemplo una resolución de alcaldía
- La designación de un nuevo comité especial permanente por parte de la autoridad máxima de la entidad estatal en la que se ordena que tal acto administrativo se publique en el SEACE (Sistema Electrónico de contrataciones del Estado), sin embargo, la nueva convocatoria y sus bases no se publicaron en el registro del SEACE, dicha omisión intencional limitó a que los postores a quienes se les dirigió las invitaciones resultan los adjudicados con la buena pro, esto es, la deliberada omisión perjudicó a otras posibles ofertantes que no tuvieron conocimiento de la nueva convocatoria
- Realizar un proceso de contratación vulnerando las normas de austeridad presupuestal, no contar con un informe técnico y/evaluación de la subgerencia de recursos humanos o con el conocimiento de las áreas involucradas como establece el reglamento interno de trabajo y directivas. No contando con capacitación técnica relacionada al área, el cargo o experiencia.
- No se toma en cuenta el cuadro de perfiles del cargo por nivel ocupacional, el funcionario servidor público no cuentan con capacitación técnica relacionada al área, de la misma manera tampoco cuenta con la experiencia o demás requisitos.
- El no realizar alguna solicitud de cotización, ya que se aparenta la participación de otros postores
- Cuando se elige a un tercero como proveedor, siendo que este no era proveedor formal de la entidad pública, al no figurar ni estar inscrito como proveedor.

- Cuando se presentan documentos falsos de cotización, órdenes de compra y facturas, en las que se verifica por ejemplo que contienen deficiencias, entre ellas tenemos en cuanto al rubro de la empresa, domicilio, entre otros, y el funcionario o servidor público conocen de estos documentos sin embargo los admiten.
- El aceptar las cotizaciones de empresas que no están registradas en la base de datos de contribuyentes.
- El hecho de falsificar firmas y sellos de otro funcionario para lograr culminar el proceso de contratación
- El permitir el cambio de postor considerando irregularmente como ganadora a una persona que no participen en el proceso de contratación
- En los procesos de contratación se otorga la buena pro a una empresa que se encontraba en el sexto lugar respectivamente, sin que se haya respetado el orden de prelación. (Reátegui, 2016, p.79-84)

1.3.5. Sistematización jurídica

Nuestro desarrollo dentro de la sociedad se encuentra regulado por un sistema normativo; por lo tanto, la producción legislativa deber ser adecuado a la realidad social, emitiéndose normas, homogéneas, claras, transparentes, coherentes y entendibles, que le permitan a los ciudadanos tener una mayor seguridad jurídica; de esta manera se logrará una mejor convivencia dentro la sociedad, así mismo se fomentará el desarrollo y perfeccionamiento de la doctrina y jurisprudencia, teniendo en cuenta el interés común de los ciudadanos, basándose en un sistema garantista propio de un Estado Derecho y Democrático.

Es por ello que, la sistematización jurídica va a permitir establecer los lineamientos para un apropiado cuerpo normativo, con la finalidad de sistematizar la legislación a efectos de lograr su unidad y coherencia normativa y de esta manera garantizar la estabilidad y seguridad jurídica en el Perú. Todo ello se logrará teniendo en cuenta una eficiente aplicación de la técnica legislativa.

Es por ello que al analizar el artículo 399 del código penal Castillo, J. (2015), señala que “la ubicación sistemática correcta debería sido el agrupar al delito de Negociación

incompatible con las figuras que suponen una afectación de los procesos de contratación estatal”. (p.14)

Este ilícito penal es cometido por funcionarios públicos, conocido como *intraneus* el cual debe vulnera el principio de imparcialidad para ejecutar el ilícito, perse a tener el concepto claro que el legislador actuó omitiendo el bien jurídico protegido incluyendo incorrectamente este delito, en la ya acotada sección, siendo inoportuna e inadecuada la ubicación puesto que la posición correcta seria dentro de las infracciones próximas al delito de colusión, patrocinio ilegal y otras figuras que forman parte de los delitos que afectan netamente los procesos de contratación estatal.

Reátegui, J. (2014), indica que, una reforma del código penal debería entender correctamente el sentido del delito y núcleo de la prohibición penal y proporcionarle una ubicación sistemática correcta, remitiéndola a figuras afines y preceptos con lo que guarda una íntima conexión, pues no se trata de un caso de corrupción gubernamental en sentido estricto, sino de un prevalimiento y mal uso del cargo para favorecer intereses de terceros.

Castillo, J. (2015), el delito de negociación incompatible no comprende a todos los actos administrativos en los que interviene el funcionario público por razón de su cargo, ni abarca todos los actos jurídicos en los que puede participar de manera directa o indirecta, su alcance, se circunscribe a los contratos administrativos y a las operaciones estatales, de contenido económico. (p. 20)

Castillo, J. (2015), se castiga el abuso y el interes privado que promueve el funcionario, el cual debe ser concreto y especifico con relación a una operación o contrato, tratándose de un contrato de derecho Público o un contrato estatal, orientándose en beneficio de una persona natural o persona jurídica, poniéndose de manifiesto un interés indebido a favor propio o de terceros. (p. 58)

1.3.5.1.Técnica legislativa

Se le considera como el arte y la destreza para realizar una correcta y eficaz elaboración de la ley; la misma que está conformada por procedimientos, formulaciones, reglas, estilos debidamente ordenadas y sistematizadas.

Siendo que para la aprobación de una ley esta debe contener ciertos requisitos:

- a) Homogeneidad: sus disposiciones deberán guardar relaciones entre ellas, por lo que se deberá evitar incluir materias diferentes que no forman parte del objeto de la ley.

- b) Completitud: el objeto de la ley deberá tratarse en toda su magnitud, no admitiéndose legislación complementaria, salvo que la materia lo amerite.
- c) Unidad: conforma un texto único e totalmente independiente.
- d) Coherencia: deberá presentar en dos tipos de formas:
 - 1. Coherencia Formal: se refiere a la terminología a utilizar, a que deberá contener los conceptos en forma clara y precisa para evitar ambigüedades.
 - 2. Coherencia Material: se refiere a la parte argumentativa, estructural y lógica de la ley, por lo tanto se descarta frases redundantes y contradictorias.
- e) Imparcialidad: no se deberá admitir aquellos criterios que sean subjetivos o se encuentren parcializados.

1.3.6. Legislación Comparada

1.3.6.1.España

TÍTULO XIX- Delitos contra la Administración pública

CAPÍTULO IX- De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función.

Artículo.- 439 .-*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 y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años. Código Penal y Legislación Comparada (2018)*

Como se puede observar en la legislación española, el punto principal no es pues la negociación, sino más bien el aprovechamiento que existe por parte de la autoridad o funcionario público cometiendo un abuso al ejercicio de su función a través de las facultades y competencias que se les designa, interviniendo en razón de su cargo, estando dentro de los delitos contra la administración pública.

1.3.6.2.Colombia

TITULO XV- Delitos Contra La Administración Pública

CAPÍTULO IV. De la Celebración Indevida de Contratos

Artículo 409.- Interés indebido en la celebración de contratos. 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 sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses. Código Penal Colombiano, Ley 599(2000).

Como se señala en el código penal de Colombia, el verbo rector es el interesarse en un aprovechamiento propio o de un tercero por parte del servidor público, existiendo pues un aprovechamiento indebido de cargo al intervenir en una contratación u operación estatal.

1.3.6.3.Chile

Sesión VI- Fraudes y exacciones ilegales.

Artículo. 240.- Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficio públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiera tomado en el negocio.

1° El empleo público que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en razón de su cargo. (...). Código Penal Santiago (1874)

Artículo 240 bis.- Las penas establecidas en el artículo presente serán también aplicadas al empleado público que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase del contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere

influencia en éste para obtener una decisión favorable a sus intereses. (...). Código Penal Santiago (1874)

El código penal chileno, especifica el empleado público que en razón de su cargo se interesa en contrataciones u operaciones, ya que este es el encargado de velar por los intereses de la administración pública, ya que pues los contratos y operaciones se realicen de acuerdo a ley sin beneficiarse por un interés particular ya sea propio o de terceros.

1.3.6.4.Argentina

TITULO XI - Delitos Contra la Administración Pública

Capítulo VIII - Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

Artículo 265.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, *el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.* Código Penal de la Nación de Argentina, Decreto 3992(1984)

La legislación Argentina indica también que el *intraneus*, es decir, el funcionario público es quien realiza o comete tal ilícito penal a través de la intervención que obtiene por razón de su cargo, del cual se dependen facultades para que pueda intervenir en un contrato u operación estatal, con el interés de beneficiarse personalmente o beneficiar a un tercero.

1.3.6.5.Federal

TITULO DECIMO- Delitos Cometidos por Servidores Públicos

CAPITULO VIII- Ejercicio abusivo de funciones

Artículo 220.- Comete el delito de ejercicio abusivo de funciones:

El servidor público que en el desempeño, de su empleo, cargo o comisión, indebidamente otorgue por sí o por interpósita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, efectúe compras o ventas o realice

cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte;(...) Al que cometa el delito de ejercicio abusivo de funciones se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a doce años de prisión, multa de trescientas veces a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a doce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Código Penal Federal (1931)

El código Federal, específico como figura del ilícito penal a aquel servidor público que desempeña un ejercicio abusivo a sus funciones, por el obrar indebidamente en las competencias que se le asignan.

1.4. Formulación del Problema.

¿Cómo adecuar la tipificación de la Negociación Incompatible en los contratos u operaciones estatales?

1.5. Justificación e importancia del estudio.

El delito de negociación incompatible es cometido por funcionarios o servidores públicos (*intraneus*), en lo que respecta a la contratación y operación estatal, tipificándose cuando el *intraneus* actúa con interés a favor de él o de terceros, dejando de lado la protección de los intereses de la administración Pública, obteniendo una conducta constitutiva en un interés privado, que es en donde radica la incompatibilidad funcional.

El ilícito penal se efectúa a través de contratos y operaciones estatales, con relevancia económica, bajo los principios de constitucionalidad y con objetividad, garantizando el adecuado funcionamiento de la administración pública, para delimitar el ilícito penal, ya que el *intraneus* no debe realizar actos de contratación con interés personal ya sea propio o para un tercero, actuando contra los deberes funcionales, yendo en contra de la imparcialidad, probidad y lealtad, configurando la incriminación del peligro determinado, por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración.

Por consiguiente es de trascendencia realizar una adecuada ubicación sistemática del artículo 399° del código penal, para obtener como resultado un apropiado análisis e interpretación doctrinal y jurisprudencial, puesto que el delito en mención fue erróneamente ubicado por el legislador, ya que está considerado en el título XVIII de delitos contra la administración pública, capítulo I de delitos cometido por funcionarios públicos, pero en la sección IV denominada corrupción de funcionarios, debiendo estar ubicada en la sección II de Concusión por ser sustancial entenderse correctamente el sentido y núcleo del ilícito penal de Negociación Incompatible, proporcionándole una apropiada ubicación sistemática, consignándola en las figuras que tienen afinidad y preceptos que guarden relación, por ser un delito *ex ante*, que busca la prevención de daño o lesión al patrimonio Estatal, por ello es que se basa en el correcto actuar del *intraneus* en razón de su cargo, respetando los deberes funcionales que se le fueron asignados, no buscando un provecho propio o para un tercero, siendo denominado como un delito abstracto, de infracción de deber; además de que su figura corresponde a los procedimientos de las contrataciones y operaciones Estatales, siendo indispensable para que exista un sustento coherente y razonables en las sentencias expedidas por el Poder Judicial, llevándose a cabo un adecuado análisis del injusto penal.

Los beneficiarios son: el sector de la administración pública que corresponde a la labor del funcionario y servidor público en cuanto a la contratación u operación estatal, la cual debe ejecutarse de forma transparente, imparcial, objetiva, veraz y eficaz. Por otro lado están los jueces y fiscales anticorrupción, quienes actúan conforme a ley, ya que se debe realizar la interpretación de la normativizada de manera coherente con respecto al bien jurídico y conducta del autor.

1.6. Hipótesis.

El análisis del sentido o núcleo de la prohibición penal adecuaría la tipificación de la Negociación incompatible en los contratos u operaciones Estatal.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo General

Analizar el sentido o núcleo de la prohibición penal para adecuar la tipificación de la Negociación Incompatible en los contratos u operaciones estatales.

1.7.2. Objetivos Específicos

- I. Describir la conducta que constituye el interés del funcionario y servidor público en el proceso de contratación y operación estatal que recae en el delito de negociación incompatible como delito de infracción de deber.
- II. Analizar el bien jurídico que se pone en peligro en la configuración del delito de negociación incompatible con la intervención del funcionario y servidor público en el proceso de contratación y operación estatal.
- III. Analizar el delito de Negociación incompatible, como un delito de peligro.
- IV. Analizar la tipicidad objetiva y subjetiva en el delito de Negociación Incompatible.
- V. Elaboración de propuesta legislativa sobre la reforma de la sección del artículo 399° del código penal.

II. MATERIAL Y MÉTODO

2.1. Tipo y Diseño de Investigación

2.1.1. Tipo

1. Descriptiva: los estudios descriptivos miden, evalúan o recolectan datos para describir en forma fehaciente el estudio realizado, contando con información confiable con respecto a todos aquellos aspectos jurídicos con relación a los aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno que se va a investigar.
2. Analítica: consiste en descomponer el objeto de estudio dividiendo cada una de las partes del todo estructurado para observar detenidamente y estudiar sus causas, naturaleza y efectos.

2.1.2. Diseño de Investigación

1. **No experimental:** se lleva a cabo sin manipular premeditadamente las variables, puesto que no se modifican o varían intencionalmente, realizándose a través de la observación de los fenómenos que se presentan en el contexto natural de la investigación para después analizarlo.
2. **Transaccionales o transversales:** para obtener y rescatar información imprescindible sobre el análisis, para así poder medir la percepción que se tiene sobre el trabajo realizado en el campo.

2.2. Población y muestra.

2.2.1. Población

Para la presente investigación, se ha considerado a la población vinculada al ámbito laboral, (teniendo en cuenta los criterios de Inclusión y Exclusión), esta Comunidad Jurídica estará constituida por Magistrados anticorrupción, funcionarios Públicos de la Municipalidad Distrital de Pacora y también por los abogados especialistas del ICAL en los temas del derecho penal. Todos estos miembros laboran en el ámbito jurisdiccional del Distrito Judicial de Lambayeque; tal como se puede apreciar en las siguientes tablas:

Tabla N° 01

Distribución de la población de especialistas del ICAL

Especialidad	Cant.	%
Penal	3297	40.00
Civil	2474	30.00
Laboral	824	10.00
Administrativo	412	5.00
Comercial	247	3.00
Constitucional	247	3.00
Ambiental	165	2.00
Notarial	412	5.00
Tributario	165	2.00
Total	8243	100.00

Fuente: La Autora, ICAL

Tabla N° 02

Comunidad Jurídica

Descripción	Cantidad	%
Funcionarios de la Municipalidad	18	0.55
Magistrados	15	0.45
Abogados especialista	3297	99.00
Total (N)	3330	100.00

Fuente: La Autora

La población estará conformada N = 3330 personas

2.2.2. Muestra

Para determinar la muestra en el presente proyecto de investigación, se aplicará la siguiente fórmula:

$$\text{Fórmula: } N = \frac{Z^2 P Q N}{E^2 (N-1) + Z^2 P Q}$$

El número total de abogados en Colegio de Abogados es de 8243, el 40% son abogados especialistas en Derecho Penal, es decir, existen 3297 abogados en la ciudad de Lambayeque.

Donde:

Z = 1.96 Valor al 95% de confianza

P = 0.15 Probabilidad conocida

Q = 0.85 Valor (1-P)

E = 0.05 Error máximo permisible

N = 3330

$$\Rightarrow n = \frac{1.96^2 (0.15)(0.85)(3330)}{0.05^2 (3330-1) + 1.96^2 (0.15)(0.85)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416)(0.15)(0.85) (3330)}{(0.0025)(3329) + (3.8416) (0.15) (0.85)} \Rightarrow n = \frac{(3.8416) (0.1275) (3330)}{8.3225 + 0.489804}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(0.4898) (3330)}{8.8123} \Rightarrow \frac{1631.05}{8.8123} \quad n = 185$$

Tabla N° 03

Distribución de la muestra de la Comunidad Jurídica

Descripción	Cantidad	%
Funcionarios de la Municipalidad	1	0.50
Magistrados	1	0.50
Abogados especialista	183	99.00
Total (n)	185	100.00

Fuente: La Autor

2.3. Variables, Operacionalización.

VARIABLES	DEFINICION CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES	TECNICAS/ INSTRUMENTO
<p>(VARIABLE INDEPENDIENTE)</p> <p>El sentido o núcleo de la prohibición penal</p>	<p>El ilícito penal es realizado por funcionarios públicos, siendo un delito <i>ex ante</i> que protege la transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de intereses públicos, siendo un delito de infracción al deber y delito de peligro abstracto, en la que debe ejercer el <i>intraneus</i> incompatibilidad funcional, menoscabando el deber funcional de la administración pública, no requiriendo un menoscabo directo del patrimonio estatal.</p>	<p>-DELITO DE INFRACCIÓN AL DEBER</p> <p>-DELITO DE PELIGRO</p> <p>-INCOMPATIBILIDAD FUNCIONAL</p>	<p>-DOCTRINA</p> <p>-JURISPRUDENCIA</p> <p>-SENTENCIAS</p>	<p>Encuesta (Cuestionario)</p>
<p>(VARIABLE DEPENDIENTE)</p> <p>Tipificación de la Negociación incompatible</p>	<p>La adecuada tipificación del delito de Negociación incompatible para un correcto análisis sería dentro de las infracciones próximas al injusto penal, por lo tanto al referirse a una adecuada ubicación sistemática remitiéndola a figuras afines y preceptos con los que guarde una particular relación la interpretación sería apropiada, aún más siendo un delito de prevalimiento y mal uso del cargo por lo que debería denominarse delito de gestión desleal o aprovechamiento indebido del cargo.</p>	<p>-SESIÓN II DEL CODIGO PENAL</p> <p>-AFECTACIÓN DE LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN U OPERACIÓN ESTATAL</p>	<p>- DOCTRINA</p> <p>-JURISPRUDENCIA</p> <p>-SENTENCIAS</p>	<p>Encuesta (Cuestionario)</p>

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.

2.4.1. Análisis de documentos: técnica basada en recolección de información, selección de documentos y leer a profundidad el contenidos de los elementos seleccionado con el propósito de analizar el material recolectado y extraer el contenido materia de estudio.

2.4.1.1. Encuesta: es un método de investigación y recopilación de datos utilizados para obtener información, el cual se realizará a través de un cuestionario con la finalidad de extraer y recolectar información confiable, válida y objetiva.

2.4.2. Estadística descriptiva: a través de esta técnica se va a determinar y posteriormente se llegará a explicar que los resultados obtenidos de las encuestas corresponden a una descripción analítica de cada uno del ítem como producto de la información gráfica estadística obtenida que corresponde a la información brindada por parte de los encuestados.

2.5. Procedimientos de análisis de datos.

El respectivo análisis de datos se realizó a través de encuestas (cuestionarios) las cuales se tabularon en esquemas que permiten al investigador explicar los resultados que se obtuvieron en la presente investigación, utilizando programas informáticos para validar las preguntas y respuestas.

Siendo que, se requiere del procedimiento basado en la selección de datos de acuerdo a los objetivos planteados en la presente investigación, para sintetizarlos en tablas y gráficos con su respectivo análisis e interpretación de acuerdo a la base numérica y porcentual validándose los datos obtenidos

2.6. Criterios éticos

1. **Confiabilidad:** puesto que las fuentes de investigación empleadas fueron estrictamente verídicas, siendo que la información recopilada en gran mayoría es de reconocidos juristas.

2. **Responsabilidad:** se asumió compromiso para poder realizar el trabajo, obteniendo cumplimiento de las obligaciones, llevando a cabo el estudio con diligencia, seriedad y prudencia.
3. **Respeto:** en el presente trabajo se respetó las opiniones, comentarios y posiciones de autores, y encuestados, siendo el respeto un valor supremo de la sociedad
4. **Autenticidad:** se es sincero y coherente en el trabajo realizado puesto que se plasmó las ideas de acorde a la indagación que se llevó a cabo
5. **Veracidad:** ya que recae tal pretensión en un discernimiento válido, y fidedigna, trabajando con normas de calidad, siendo veraz en el contenido, actuando de buena fe con los conocimientos que se pudieron recabar.
6. **Profesionalidad:** es sinónimo de seriedad, aplicación, pericia, honradez y eficacia, característica esencial que despeña cierta persona en el desarrollo de un trabajo.

2.7. Criterios de Rigor científico.

1. **Propiedad intelectual:** protege los intereses de los creadores de un producto intelectual respecto a escritos que tienen una mera importancia y relevancia con respecto a la autoría de ciertas creaciones para su respectiva protección.
2. **Derecho de autor:** es el Derecho de los creadores, por ende es característico las normas que avalan derechos morales, éticos y patrimoniales.
3. **Derecho de cita:** permite incluir en trabajos realizados fragmentos que son ajenos, es decir, que le pertenecen a otros escritores o doctrinarios pero que a la par ayudan para fortalecer el trabajo que se está realizando para que los enunciados sean más comprensibles o para referirse a opiniones o apreciaciones de otro autor de forma auténtica.
4. **Consentimiento informativo:** conlleva a la intención de participar voluntariamente en la investigación, para realizar el respectivo estudio en dicha investigación, recolectando y analizando información para posteriormente poder obtener resultados fehacientes, terminando en conclusiones que avalen el estudio realizado.

III. RESULTADOS

3.1. Resultados en Tablas y Figuras

3.1.1. Descripción de resultados

3.1.1.1. Resultados respecto a :

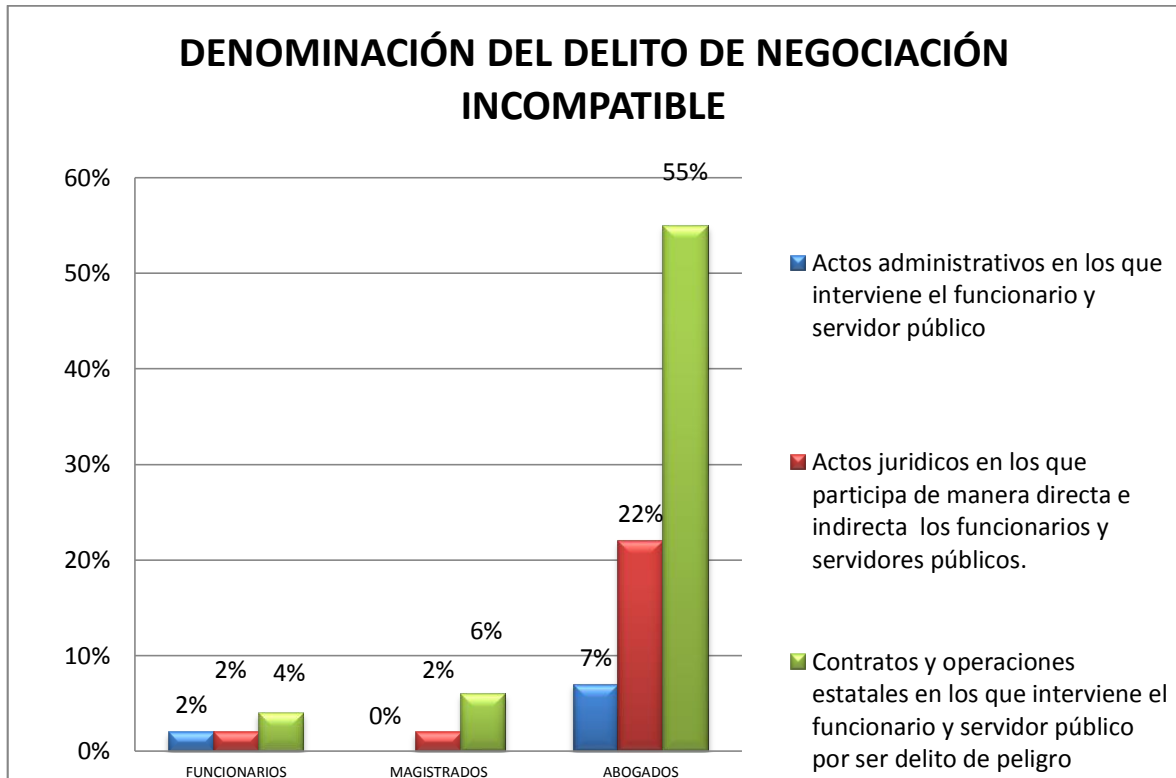
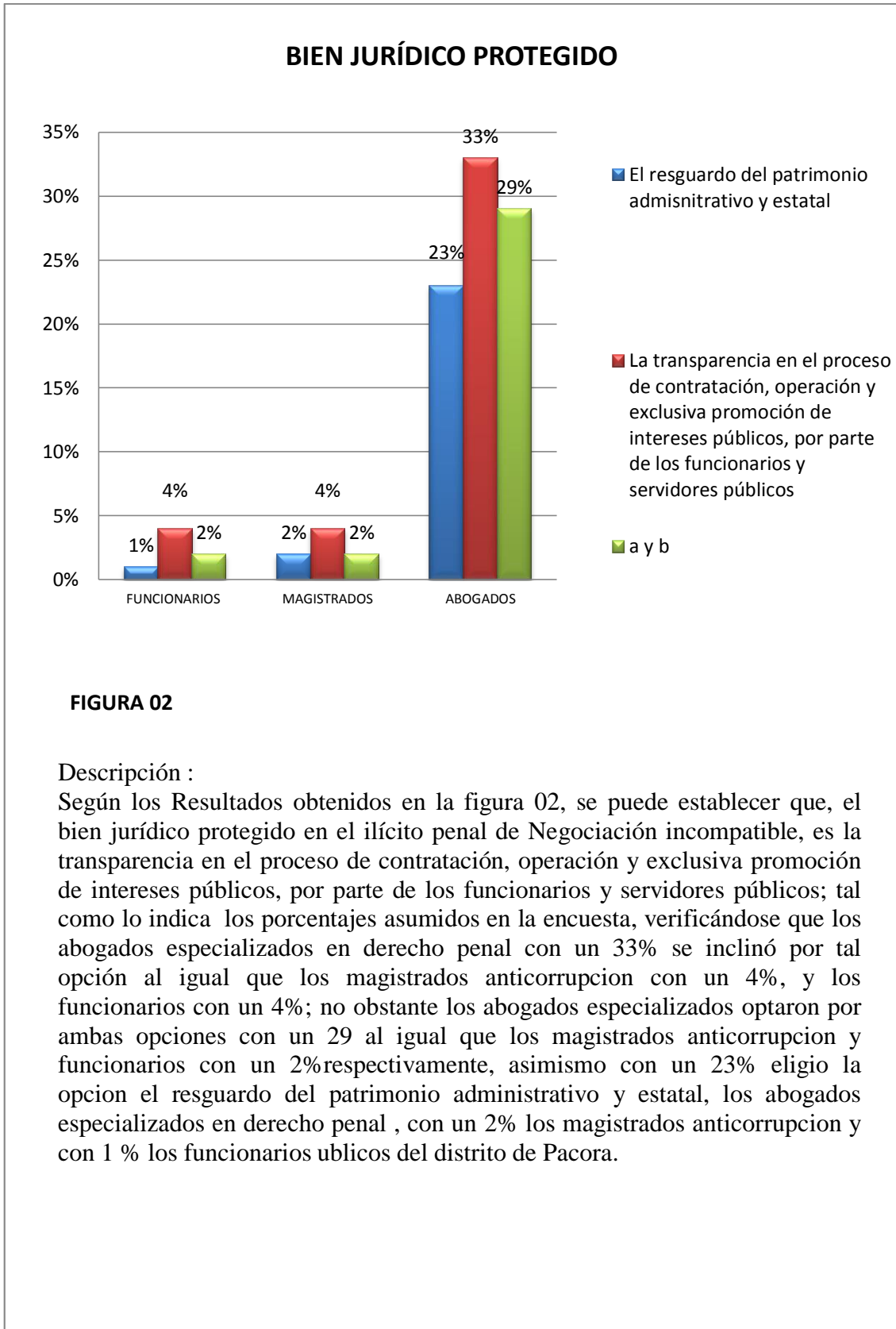


FIGURA 01

Descripción:

Según los Resultados obtenidos en la figura 01, se puede establecer que, los contratos administrativos y operaciones estatales de contenido económico en los que interviene el funcionario y servidor público por ser delito de peligro, es el concepto fundamental del ilícito penal, ya que los abogados especializados en derecho penal con un 55% avala tal posición, en parte los Magistrados con un 06%, y los funcionarios del distrito de Pacora con un 4% rescataron tal opción en su totalidad, mientras que la otra fracción optaron por la segunda opción la cual se refiere a que el delito de Negociación incompatible involucra a los actos jurídico en los que participa de manera directa e indirecta los funcionarios y servidores públicos, siendo que los los abogados especializados avalaron tal alternativa con un 22%, mientras los magistrados y funcionarios con un 2% respectivamente, por tanto la minoría elige la primera opción de Actos administrativos en los que interviene el funcionario con un 7% abogados especializados en materia penal y los funcionarios públicos de la Municipalidad distrital de Pacora con 2%.

3.1.1.2.Resultados respecto a :



3.1.1.3.Resultados respecto a :

CONFIGURACIÓN DEL INJUSTO PENAL

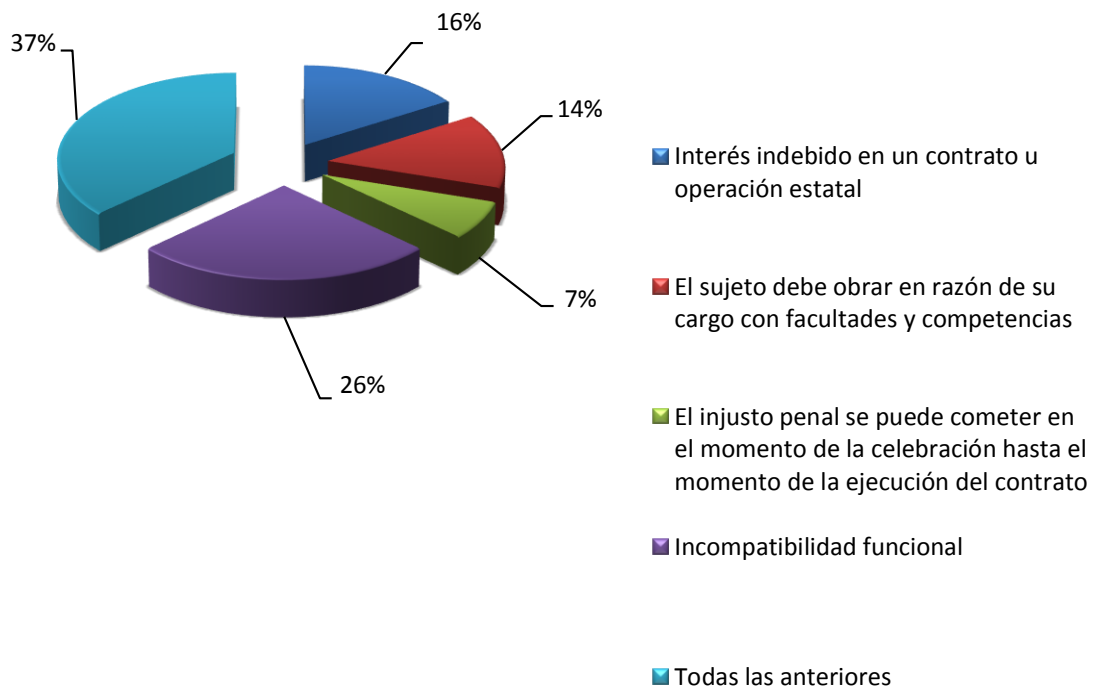
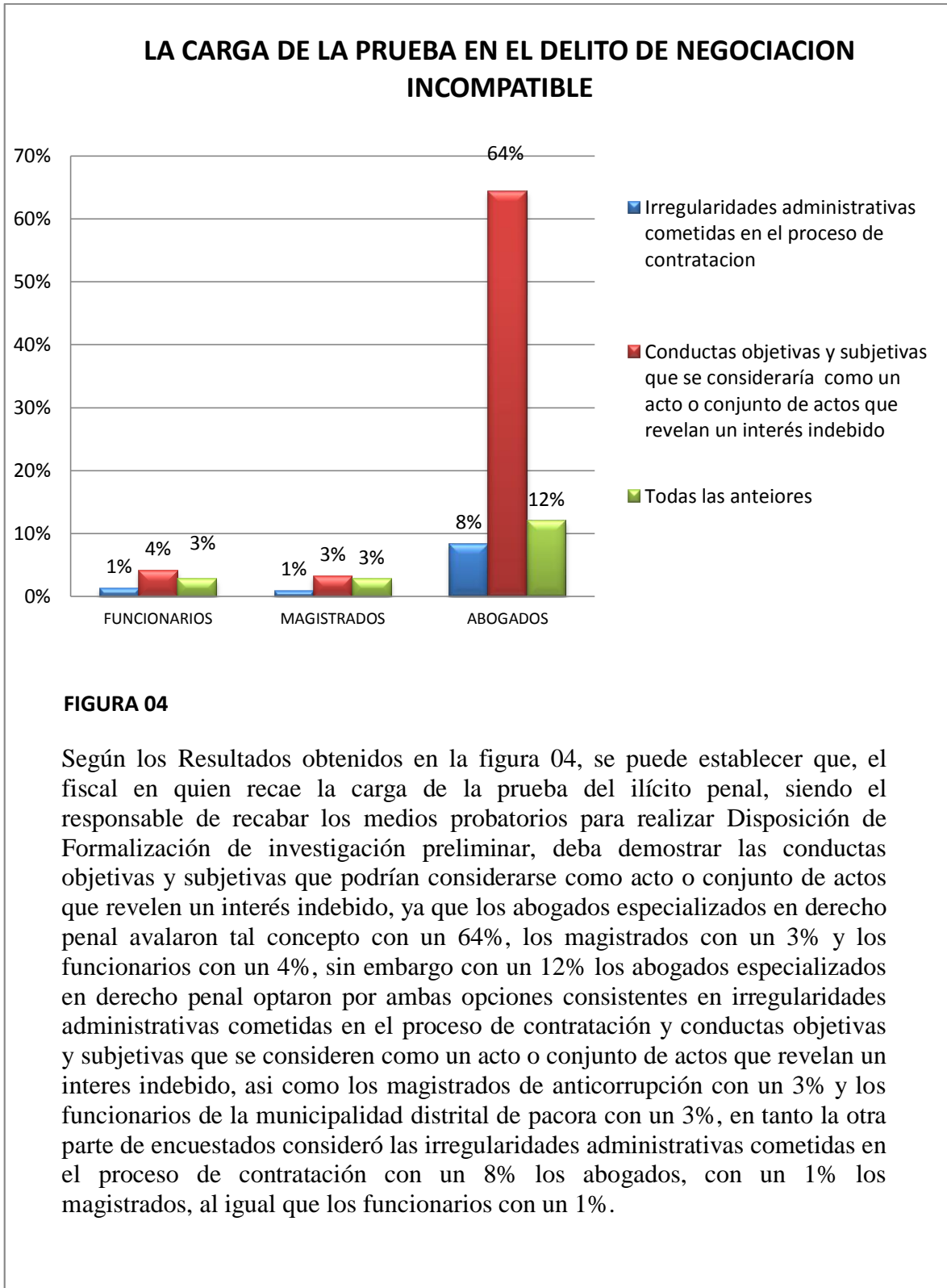


FIGURA 03

Descripción:

Según los Resultados obtenidos en la figura 03, se puede establecer que, para que se configure el injusto penal, se debe considerar el interés indebido en un contrato u operación estatal, el sujeto debe obrar en razón de su cargo con facultades y competencias, el injusto penal se puede cometer en el momento de la celebración hasta el momento de la ejecución del contrato y la incompatibilidad funcional con un 37%, mientras que un 26% indicó que se debe considerar la incompatibilidad funcional, un 16% el interés indebido en un contrato u operación estatal, asimismo con un 14% indica que el sujeto debe obrar en razón de su cargo con facultades y competencias, por último el injusto penal se puede cometer en el momento de la celebración hasta el momento de la ejecución del contrato con un 7%.

3.1.1.4. Resultados respecto a :



3.1.1.5.Resultados respecto a :

CALIFICACION DEL SUJETO EN EL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE SEGUN SUS DEBERES Y RESPONSABILIDADES FUNCIONALES

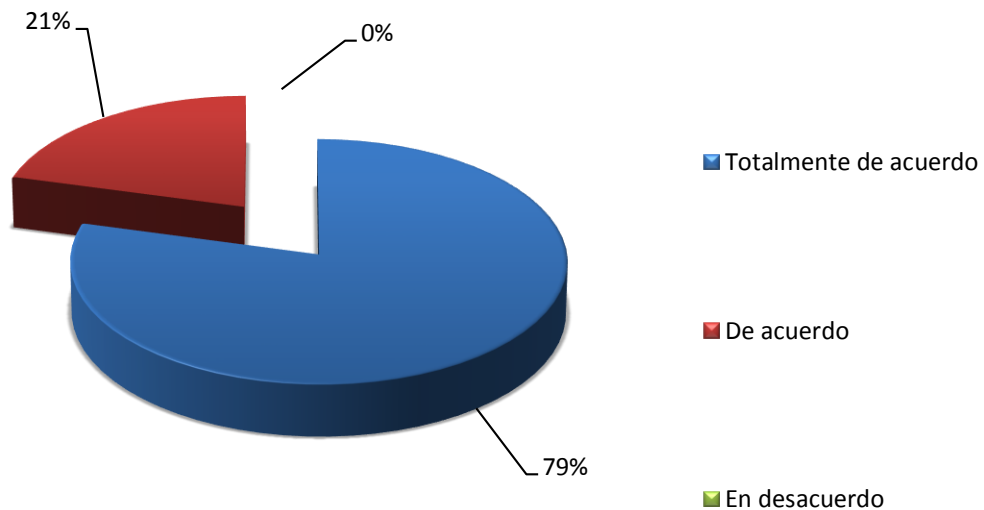


FIGURA 05

Descripción:

Según los Resultados obtenidos en la figura 05, se puede establecer que, el legislador exige la calidad de funcionario y servidor público, ya que los individuos que califican para el ilícito penal deben estar sujetos a deberes y responsabilidades funcionales que son infringidos en la comisión del delito, estando totalmente de acuerdo un 79% de los encuestados entre ellos tenemos a los abogados especializados en derecho penal, los magistrados del area de anticorrupción, los funcionarios de la Municipalidad Distrital de Pacora, asimismo un 21% estuvo de acuerdo; a diferencia de un 0% que estuvo en desacuerdo con la premisa arriba señalada.

3.1.1.6.Resultados respecto a:

PRINCIPIOS RECTORES DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PUBLICO AL REALIZAR CONTRATACIONES Y OPERACIÓN ESTATALES

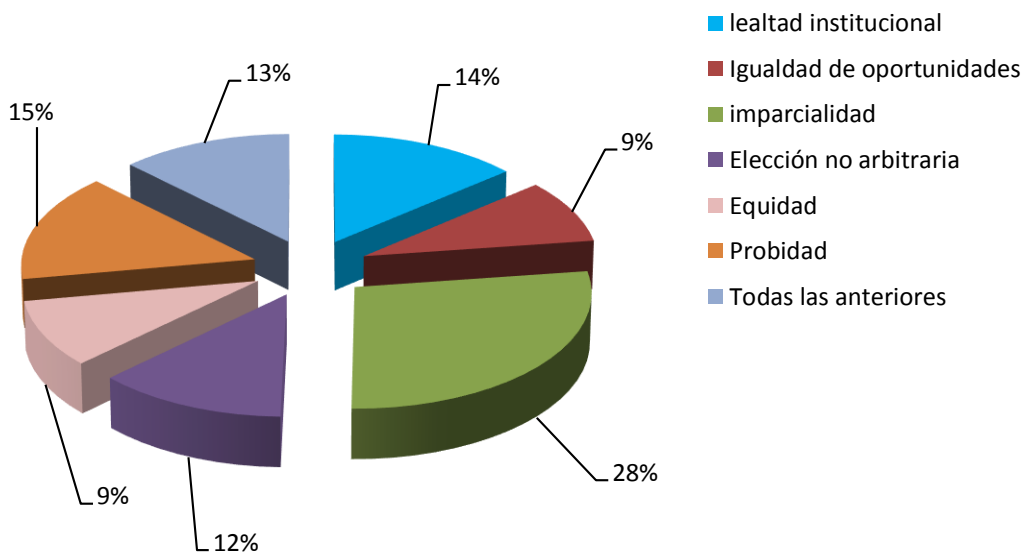
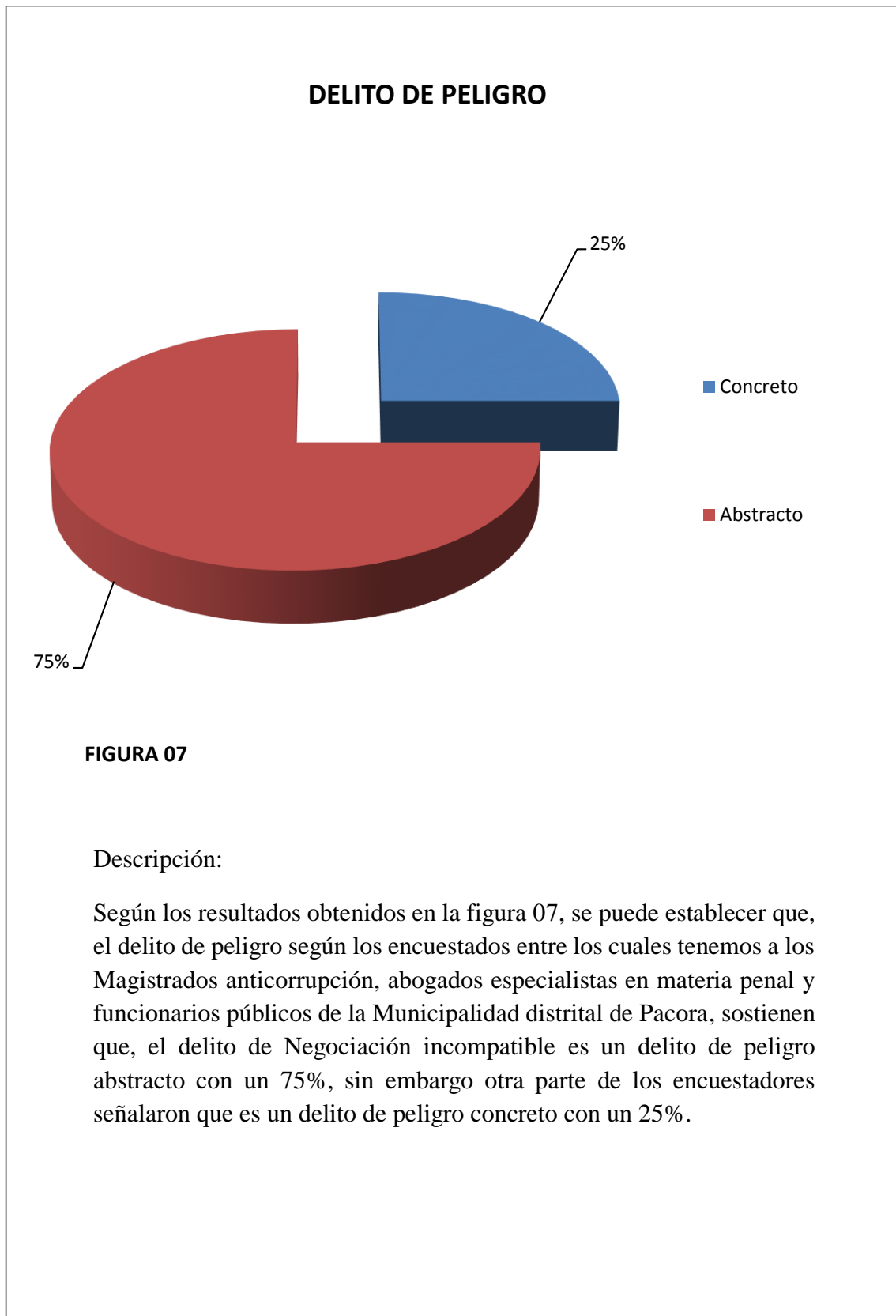


FIGURA 06

Descripción:

Según los Resultados obtenidos en la figura 06, se puede establecer que, los principios rectores que rigen la función pública al momento de realizar la contratación y operación estatal son, con un 28% el principio de imparcialidad, con el 15% el principio de probidad, con un 14% el principio de lealtad institucional, asimismo con el 13% la opción que acarrea todas las alternativas (lealtad institucional, igualdad de oportunidades, imparcialidad, elección no arbitraria, equidad y probidad), además con un 12% elección no arbitraria, por último con 9% igualdad de oportunidades y equidad.

3.1.1.7.Resultados respecto a :



3.1.1.8. Resultados respecto a :

SUJETOS IDONEOS PARA LA CAPACITACION Y EVALUACION DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

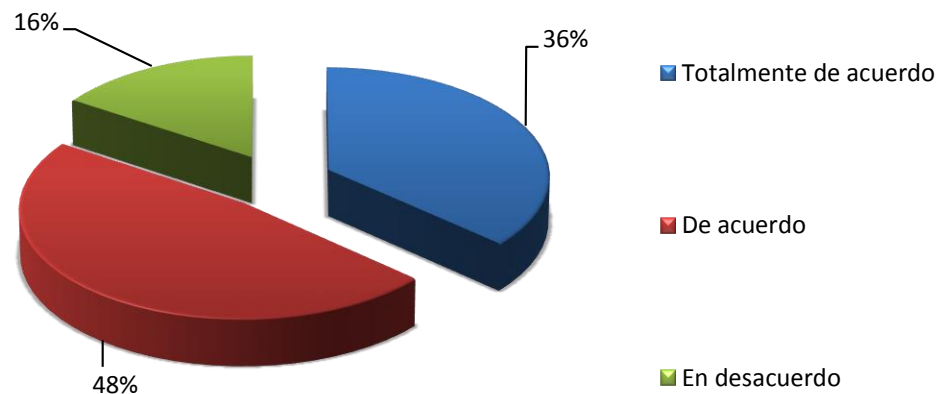


FIGURA 08

Descripción:

Según los Resultados obtenidos en la figura 08, se puede establecer que, los funcionarios públicos son los sujetos idóneos para la capacitación y evaluación de los contratos públicos, ya que el 48% de los encuestados entre ellos Magistrados de anticorrupción, abogados especializados en materia penal y funcionarios públicos de la Municipalidad de Pacora estuvieron totalmente de acuerdo, asimismo el 36% estuvieron de acuerdo, sin embargo un 16% de los encuestados estuvo en desacuerdo.

3.1.1.9. Resultados respecto a :

ADECUADA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

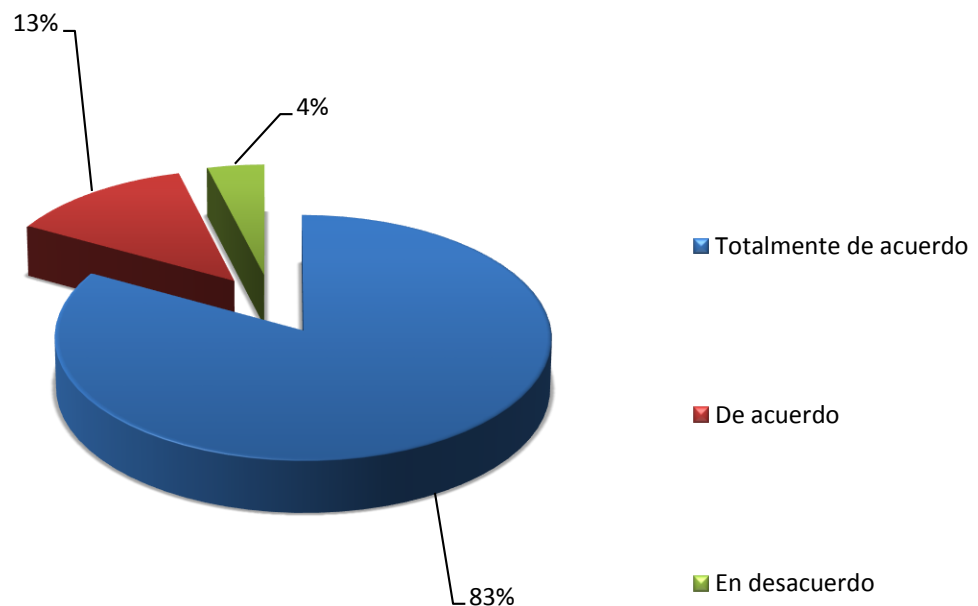


FIGURA 09

Descripción:

Según los Resultados obtenidos en la figura 09, se puede establecer que, la ubicación sistemática correcta del delito de negociación incompatible es remitiéndola a figuras afines y preceptos con los que guarda una íntima conexión, por lo que debe ser agrupadas dentro de las infracciones próximas al delito de colusión, patrocinio ilegal y otras clases de delitos que suponen la afectación de los procesos de contratación estatal con 83% de aprobación con un totalmente de acuerdo, asimismo con un 13% de acuerdo, sin embargo con un 4% en desacuerdo.

3.1.1.10.Resultados respecto a :

**DEBERÍA DENOMINARSE DELITO DE GESTIÓN DESLEAL,
ESTIPULANDOSE QUE ES DE PREVALIMIENTO**

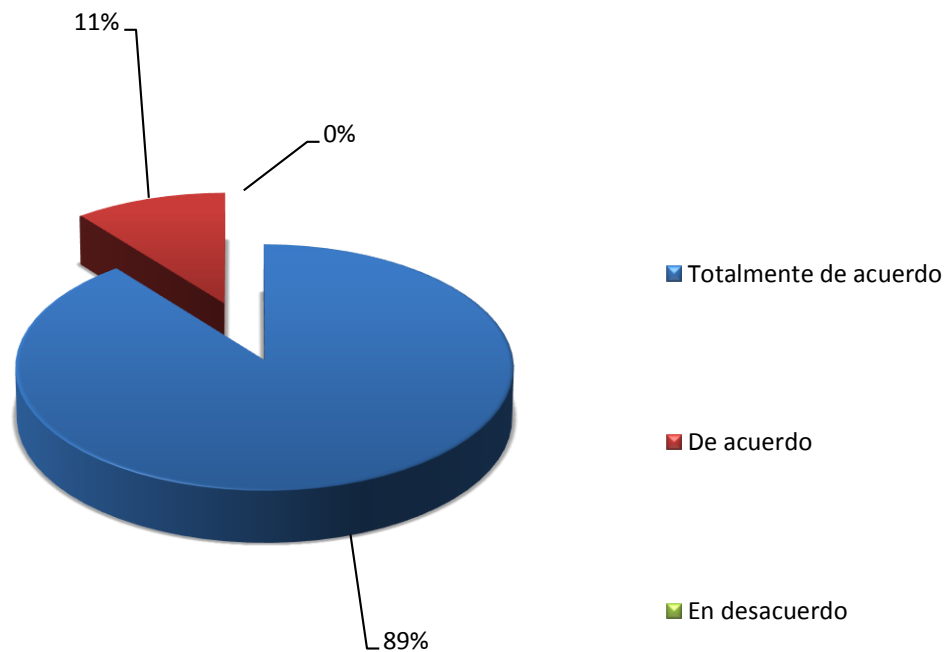


FIGURA 10

Descripción:

Según los Resultados obtenidos en la figura 10, se puede establecer que, el delito estipulado en el artículo 399° del código penal, delito de negociación incompatible debería denominarse delito de gestión desleal, estipulándose además que es un delito de prevalimiento, para un adecuado análisis de la figura con un 89% los magistrados anticorrupción, los abogados especializados en materia penal y los funcionarios públicos en la Municipalidad de Pacora están totalmente de acuerdo, asimismo con un 11% están de acuerdo.

3.2. Discusión de resultados

3.2.1. Describir la conducta que constituye el interés del funcionario y servidor público en el proceso de contratación y operación estatal que recae en el delito de negociación incompatible como delito de peligro y de infracción al deber.

El 55% de los abogados especializados en materia penal, un 6% los Magistrados anticorrupción asimismo un 4% los funcionarios públicos de la Municipalidad distrital de Pacora, sostienen que el delito de negociación incompatible comprende los contratos y operaciones estatales de contenido económico en los que interviene el funcionario y servidor público por ser delito de peligro, siendo el concepto fundamental del ilícito penal (Figura 01), el 37% opina que para que se configure el injusto penal, se debe considerar primordialmente el interés indebido en un contrato u operación estatal, el sujeto debe obrar en razón de su cargo con facultades y competencias, el injusto penal se puede cometer en el momento de la celebración hasta el momento de la ejecución del contrato y la incompatibilidad funcional (Figura 03), asimismo el 28% establece que el principio rector que rige al funcionario y servidor público al momento de realizar la contratación y operación estatal es el principio de imparcialidad (Figura 06) por ende al describir la conducta podemos analizar la adecuada ubicación sistemática que con un 83% aprueba que el artículo 399° del código penal debería remitirse a figuras afines y preceptos que guarden una íntima conexión (Figura 09).

Los encuestados respondieron de acuerdo a su conocimiento de las leyes penales vigentes, sus alcances y sus deficiencias, así como por su experiencia adquirida en el ejercicio de su función, por lo que obtiene consistencia los antecedentes que se hacen mención; indicando que el ilícito penal establece la peligrosidad de la conducta que constituye un elemento tipo del injusto de los peligros abstractos, investigándose sobre los procedimientos administrativos de los regímenes de contratación del Estado, señala que la contratación es meramente un elemento fundamental para la parte económica, social y política del Perú, establece además que existe un límite entre el Derecho penal y el derecho administrativo, teniendo que mientras la primera requiere elementos subjetivo adicionales, la segunda no, por ende el Derecho Administrativo carece de instrumentos para poder combatir los efectos que genera esta corrupción que se encuentra enraizada,

indicando que este ilícito parte desde la etapa preparatoria y de selección hasta la etapa de ejecución. (Díaz, 2016)

Se tiene como fundamento jurisprudencial al pleno jurisdiccional nacional N°2-2011/CJ/116 (2011), en el cual se establecen los límites que debe estimar el juzgador para limitar la imputación de autores y de partícipes en los llamados delitos especiales, el cual no ha superado los estándares previstos ya que como vemos la corrupción de estos delitos continúan y con mayor frecuencia. (Aguilera, 2016)

El delito de negociación incompatible no comprende todos los actos administrativos en los que interviene el funcionario público por razón de su cargo, ni abarca todos los actos jurídicos en los que puede participar de manera directa o indirecta, su alcance en realidad se circunscribe a los contratos administrativos y las operaciones estatales de contenido económico, puesto que se ventilan intereses públicos. (Castillo, 2015.)

El objeto del delito de negociación incompatible debe estar dado al funcionario o servidor público por razón de su cargo, el cual tiene asignado al interior de la administración pública. (Salinas, 2009)

Se ha comprobado con los antecedentes de la investigación que se está ante un delito de aprovechamiento indebido del cargo de funcionario y servidor público quien obra en razón de su cargo, configurándose el delito de negociación incompatible teniendo un interés indebido dentro de la contratación y operación estatal.

En este sentido, se ha logrado establecer que, para que se constituya el delito de negociación incompatible debe existir un interés particular en el oficio, es decir que los sujetos del ilícito deben de tener funciones y competencias las cuales infringe con la conducta que obtienen para constituir un interés privado por parte de estos, constituyendo la incompatibilidad funcional pues no cumplieron con su rol, sus deberes, responsabilidades y funciones, debiendo actuar con probidad y lealtad.

El injusto penal se puede cometer en el momento de la celebración hasta el momento de la ejecución del contrato debiendo acreditarse las conductas subjetivas y objetivas que nacen de los actos cometidos por el individuo.

Se infiere que, el injusto penal de negociación incompatible tutela la contratación y operación estatal por lo que se encuentra sistemáticamente mal ubicado el

artículo 399 del código penal, ya que este debería corresponder a la sección II, puesto que debe existir elementos que conlleven a la confirmación de conductas que demuestren el desmedro de las funciones, responsabilidades y obligaciones del funcionario u servidor público.

Con referencia al pleno jurisdiccional nacional N° 2-2011/CJ/116 (2011) que hace mención la autora Aguilera, en los considerandos N°09 de la misma indica que, el autor del delito de infracción de deber no puede ser cualquier persona, si no aquella que tiene deberes funcionales, tales como el funcionario o servidor público que ocupa un status especial (*intraneus*), y pues como se mencionó líneas arriba, mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. Por ello es imprescindible conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. Por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra, y el considerando N°11, el cual hace referencia a este tipo de delito especial el cual restringe el círculo de autores por ser un delito de infracción de deber y de peligro, pero se admite la participación del *extraneus* como inductor o cómplice puesto que no ostenta la obligación especial de un funcionario o servidor público. Siendo importante que para fundamentar adecuadamente esta perspectiva en torno a la accesoriedad de la participación en la jurisprudencia nacional actual considera dominante y homogénea la posesión de la unidad de título de imputación para resolver la situación en la que recae el *extraneus*. Esta posición, sostiene:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor en este caso el del funcionario o servidor público que infringe el deber especial.

Es por ello que la participación del cómplice (*extraneus*) no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho materia de punibilidad, por lo que es dependiente del hecho principal. No poseyendo autonomía y configuración del hecho delictivo propia.

El presente resultado coopero en la verificación de la hipótesis en la medida de que, en lo concerniente a la delimitación del ilícito penal de negociación incompatible,

es importante estudiar la dogmática, puesto que pese a que el legislador consideró pertinente ubicar el ilícito dentro del título de los delitos de corrupción de funcionarios, junto a los delitos de tráfico de influencias, cohecho y enriquecimiento ilícito, sesión IV, siendo que la ubicación sistemática correcta debería haber sido agruparlo en la sesión II, capítulo II, delitos cometidos por funcionarios públicos tales como colusión, patrocinio ilegal y otras figuras afines que suponen la afectación de los procesos de contrataciones estatales, puesto que se señaló que el ilícito penal comprende los contratos y operaciones estatales que son llevados a cabo por funcionarios y servidores públicos que tienen facultades y competencias, interviniendo de forma directa, indirecta o por acto simulado dentro de proceso, ya que es un delito de peligro abstracto dado que basta con que la conducta sea la puesta en peligro del mismo, la peligrosidad de la conducta que se exige es ex ante, siendo un delito especial, por ser los sujetos “*intraneus*”, los partícipes *extraneus* como no ostenta tal obligación serán cómplices del ilícito penal considerando la unidad del título de imputación, ya que al *extraneus* no se le impondrá otro ilícito independiente al ocasionado, si no se le reputará el mismo ilícito penal, ya que es dependiente del hecho principal de infracción del deber, es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal. Estando dentro de un delito contra la administración pública, en los cuales el autor es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial, configurándose principalmente el interés indebido por parte de los individuos, teniendo como principales principios de probidad y lealtad.

3.2.2. Analizar el bien jurídico que se pone en peligro con la configuración del delito de negociación incompatible.

En el aspecto del bien jurídico protegido del ilícito penal de Negociación incompatible es la transparencia en el proceso de contratación, operación y exclusiva promoción de intereses públicos, por parte de los funcionarios y servidores públicos, tal como lo indica el porcentaje asumido por la encuesta con un 33% los abogados especializados en materia penal, asimismo con un 4% los magistrados anticorrupción y los funcionarios públicos respectivamente (Figura 02), el 79% indican que el legislador exige la calidad de funcionario y servidor público, ya que los individuos que califican para el ilícito penal deben estar sujetos a deberes y responsabilidades funcionales que son infringidos en la comisión del delito (Figura 05), y el 48% señala que los funcionarios

públicos son los idóneos para la capacitación y evaluación de los contratos públicos (Figura 08).

Los encuestadores arriban a la conclusión líneas arriba señalada en base a la doctrina, jurisprudencia y en la experiencia del ejercicio de la profesión por lo que se obtiene coherencia con respecto a los antecedentes, que señalan que, el incumplimiento en el delito de corrupción promovido dentro de la administración Pública, consistiendo en delimitar el bien jurídico protegido en la corrupción, recalcando que la corrupción es una realidad criminógena peculiar, siendo que se entiende por criminógena toda conducta anormal, que estudia a aquellas conductas antisociales, siendo esta singular. (Falen y Tello, 2012),

El delito de negociación incompatible es cometido por funcionarios públicos, pero para ello se requiere que el funcionario este habilitado para ejercer poder de decisión sobre algún interés, teniendo con este fin una obtención de una ventaja que le es indebida para sus funciones, ya que esta ventaja es incompatible con la obtención y promoción del interés que tiene el Estado como tal. Se realiza a través de un funcionario público, que interviene en asuntos o gestiones de inertes propio, el cual puede realizarse a través de una persona interpuesta o sin mediación de persona alguna. (Mañalich, 2015)

En el delito de negociación incompatible no se protege el patrimonio fiscal o el patrimonio de la administración pública o de un sector de ella, pues el delito existe al margen de si se comprueba una afectación y un perjuicio para el patrimonio estatal. No se pune un frade patrimonial consumado o tentado, no buscándose proteger ni asegurar el interés económico de la administración pública, incriminándose el peligro determinado, por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración. (Castillo, 2015, p. 21-22)

De los antecedentes de investigación arriba citados se puede acotar que no se requiere de un daño o lesión inminente hacia el patrimonio estatal, lo que se requiere es que exista un detrimento a las responsabilidades y obligaciones del funcionario y servidor público, actuando en contra de sus funciones, obteniendo un interés indebido por parte del sujeto, ya sea a favor propio o de tercero, interesándose a razón de su cargo, siendo un delito especial “*intraneus*” de infracción al deber

por lo que se ha determinado que solo aquellos funcionarios que tienen las facultades y competencia para llevar a cabo una contratación y operación estatal serán punibles al igual que aquellos servidores que tienen tal facultades, y que puedan realizar abusos funcionales, siendo que el orden jurídico le impone al sujeto el deber de abstenerse o interesarse con fines particulares o privados en las contrataciones y operaciones estatales en las cuales interviene en razón de su cargo, además de que estos deben de regirse al código de ética de funcionarios y servidores públicos N° 27815 , debiendo tener un adecuado desempeño respetando la legalidad del ejercicio de sus funciones, asegurando se esta manera los deberes de lealtad institucional y probidad funcional.

El sujeto del delito de negociación incompatible, es decir el *intraneus*, no es cualquier funcionario o servidor público, si no aquellos que en razón de su cargo cometan este ilícito penal, es decir, deben tener competencias y facultades dentro del proceso de contratación y operación estatal, haciendo hincapié en que no es necesario que la aceptación y decisión final de la propuesta dependa de este, por ejemplo tenemos a los casos en que el funcionario contrata con la administración, ya sea a través de una empresa o de su propiedad, o al servidor público que es requerido para dar su opinión sobre cierta área de la cual se va a contratar, especificando pautas que ponen en ventaja a una empresa sobre otra, o aquel funcionario que contrata o vota a favor de un empresa que es accionista, dueño u ocupa algún cargo, también se da en los casos en que el funcionario se interesa por la adjudicación de las contrataciones a grandes empresas o consorcios , con quien les une acuerdos o pactos no demostrables.

Siendo que la fiscalía de anticorrupción de funcionarios es la adecuada para poder recabar los adecuados medios probatorios, ya que es indispensable reunir los elementos subjetivos como objetivos que demuestren la imputabilidad de un delito a los sujetos, además de ser delitos especiales, en lo que la carga probatoria es más compleja, que en los delitos comunes.

Este resultado coadyuva en la verificación de la hipótesis en lo que concierne a analizar el bien jurídico protegido, siendo el funcionario y servidor público los idóneos para la capacitación y contratación del estado como sujetos de delitos especiales “*intraneus*”, que por ser un delito de prevalimiento y mal uso del cargo que se le ostenta, no actuando con transparencia en el proceso de contratación u operación estatal, por parte de los funcionarios públicos ya que este ilícito penal no protege al menos

no directamente lo que es el patrimonio estatal, lo que protege en si es la exclusiva promoción de intereses públicos, por parte de los funcionarios públicos, el correcto funcionamiento de la administración pública, respetando los deberes y responsabilidades del mismo funcionario o servidor público, ya que se puede beneficiar al Estado con las obras, servicios, asesorías que se realizaron sin embargo existe una lesión inminente hacia las funciones que tiene el individuo como sujeto de un deber especial, existiendo un menoscabo a las responsabilidades y obligaciones, siendo un delito de peligro abstracto, ya que como se mencionó, no hace falta un riesgo para el patrimonio Estatal.

3.2.3. Analizar el delito de Negociación incompatible, como un delito de peligro.

El 75% de los encuestados entre los cuales tenemos a magistrados, así como los funcionarios y servidores públicos, y abogados especializados en materia penal, quienes sostienen que es un delito de peligro abstracto. (Figura 07)

la contratación Estatal no se lleva a cabo conforme a ley, estableciendo requisitos favorable para aquella que actúa de forma ilícita, siendo notable la falta de interés de aplicar adecuadamente los instrumentos legales, acarreado una gran responsabilidad al saber que el *intraneus* infringe los deberes funcionales, poniendo en peligro la administración pública, ya que el funcionario y servidor público representan al Estado a través de las capacidades que el Estado les emana, por lo que se requiere un análisis adecuado de la ley, con el fin de que el funcionario cumpla con los artículos establecidos y que no se le dé una interpretación errónea u omisión de está y así poder combatir la corrupción de funcionarios públicos que está tomando cada vez más poder. (Suarez, 2010)

Lo que se busca es el trato justo y equitativo que debe existir entre el Estado y el funcionario, debiendo ser el más favorable, el cual se realiza conforme a una gestión subordinada al interés público, utilizando la contratación estatal para el cumplimiento de los fines encomendados. (Capristan y Goicochea, 2010)

El delito de negociación incompatible es un delito de peligro mas no de resultado, siendo que al ser un delito de peligro no siempre genera daños o lesiones inminente o real para el patrimonio del Estado, siendo por ello que se habla de un delito de peligro abstracto, ya que puede que la administración o el Estado haya obtenido cierta ventaja o beneficio, o el servicio haya cumplido holgadamente sus metas, pero aun así

subsistirá el delito, bastando que los intereses sean incompatibles con respecto a las funciones que el *intraneus* acarrea, no siendo necesario que existan intereses contrapuestos (Castillo, 2015)

De la investigación antes reseñada, es posible evidenciar que en el delito de Negociación incompatible, no es necesario que exista un daño o lesión inminente al patrimonio del Estado, ya que no es un delito de resultado; pudiendo aseverarse que es un delito de peligro, siendo un delito de peligro abstracto, más no concreto.

Por lo anterior ha quedado demostrado que no se requiere la irrogación de un perjuicio patrimonio estatal, buscando que el *intraneus* preserve los deberes funcionales tutelando la legalidad del ejercicio de la función pública, el cual busca proteger y asegurar los deberes de lealtad y probidad funcional, prohibiendo el irregular desempeño que puede existir en la función del *intraneus* al obtener competencias y facultades para realizar contratos y operaciones estatales en provecho propio de tercero, ya que es un delito ex ante, es decir de modo anterior a la ejecución del acto funcional, existiendo un conflicto de interés que llegue pues a comprobar que existe el ilícito penal estando en capacidad de reconocer y de ser individualizado previamente y de manera clara por el funcionario o servidor público .

Se trata de un delito de peligro abstracto, más no concreto, puesto que no se requiere un peligro inminente para el patrimonio estatal, al contrario, muchas veces hay una ganancia o un beneficio para el Estado sin embargo el funcionario y servidor público, no allá cumplido con el proceso de contratación u operación estatal, estipulado en la ley N° 30225, teniendo un interés particular bastando para que se configure el ilícito penal, no exigiendo la irrogación de un peligro inminente a la esfera patrimonial que los intereses sean incompatibles, de esta forma no se requiere que se produzca un provecho inminente lo que se requiere es que exista un interés indebido del *intraneus*, siendo que no se requiere generar un riesgo de lesión, real, inminente y grave para el patrimonio estatal, e inclusive es posible que la administración estatal obtenga un provecho o beneficio determinado.

En este sentido, los resultados corroboran con la comprobación de la hipótesis, en medida que el hecho punible trasciende el ámbito del patrimonio estatal, por ser un delito de peligro abstracto, estableciéndose en los delitos que vulneran, quebrantan o

infringen los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por el funcionario y servidor público en virtud del desempeño de su cargo, lesionando los deberes específicos que acarrearán en la contratación y operación estatal, realizando un desmedro a los deberes funcionales, así pues el objeto específico radica en mantener íntegra la imagen del funcionario y servidor público ante la ciudadanía, resultando deplorable que el *intraneus* de una imagen con doble expectativa, la de servir al estado y la de servirse indebidamente en provecho propio de terceros, obteniendo ventajas funcionales indebidas.

3.2.4. Analizar la tipicidad objetiva y subjetiva en el delito de negociación incompatible.

El 64% de los abogados especializados en materia penal, 3% Magistrados anticorrupción y 4% funcionarios públicos de la municipalidad distrital de Pacora informantes indico que, el fiscal en quien recae la carga de la prueba del ilícito penal, siendo el responsable de recabar los medios probatorios para realizar Disposición de Formalización de investigación preliminar y continuación del proceso, deba demostrar las conductas objetivas y subjetivas que podrían considerarse como acto o conjunto de actos que revelen un interés indebido (Figura 04), asimismo el delito de Negociación incompatible debería denominarse delito de gestión desleal, estipulándose que es un delito de prevalimiento según los encuestados con 89% totalmente de acuerdo (Figura 10).

Los encuestados, arribaron a la conclusión señalada, a base de su experiencia práctica en materia pena, específicamente en delitos cometidos por funcionarios públicos, así como su formación teórica profesional, el cual tiene relación con respecto a los antecedentes adquiridos, en los que se indica que, el delito de Negociación Incompatible, es cometido por funcionarios públicos, ya que no actúan con un adecuado e intachable comportamiento, teniendo una participación perjudicial y por qué no decirlo “ilícita”, que pone en riesgo la administración pública, de esta forma el Estado ha ido limitando y fortaleciendo su normativa para evitar riesgos tanto en el desarrollo social, institucional y económico, penalizando aquellos hechos ilícitos que comente el funcionario público y que atenta contra bienes jurídicos del Estado, por ello es que se creó la figura de Negociación Incompatible, aunque es de menor desarrollo doctrinario, produciéndose una aplicación muchas veces contradictorias con los diferentes tipos penales. (Ilabaca, 2012)

En los delitos de corrupción de funcionarios la ejecución del plan delictivo le corresponde al funcionario y servidor público, siendo fundamental, porque la decisión es fundamentalmente de los sujetos mencionados por ser un delito de *intra-neus*, ya que se requiere del conocimiento y aceptación de estos. Siendo que en este ilícito penal se sanciona la deslealtad con la que se actúa, dicha deslealtad trae como consecuencia que la labor fundamental del estado como es el cumplimiento de servicios se vea perjudicada directamente, pues o se deja de atender una meta presupuestaria, o se cumple de manera totalmente deficiente con el servicio. (Colmenares y Fernández, 2017)

De los antecedentes señalados se verifica que, el tipo subjetivo señala que el funcionario y servidor público para cometer el ilícito penal debe actuar con conocimiento, ya que es un delito inminentemente doloso, además de que el funcionario tenga un interés indebido y particular, ya sea para él o para terceros, esto se debe a que el dolo es un elemento integrante y constitutivo del tipo penal, por lo que se debe de motivar la acusación y la sentencia de acuerdo a aspectos objetivos, siendo necesario que existan elementos de convicción que despeje cualquier duda esencial o razonable, con la que exista certeza de que se ha cometido tal hecho punible.

En tal sentido se ha establecido que es necesario tener conocimiento de que se está interviniendo en una contratación y operación estatal ya sea de manera directa, indirecta o por acto simulado, ya sean en provecho propio o de tercero (tipo objetivo), siendo realizada en ejercicio de su cargo de funcionario o servidor público, es necesario y de trascendencia que el funcionario o servidor público tenga conocimiento e influya en el proceso de contratación específica del interés indebido del autor, ya que el tipo objetivo se analiza detalladamente lo que corresponde a la autoría, siendo un delito especial contra la administración pública y de infracción al deber, además de los comportamientos típicos, como tales tenemos el interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, siendo propio del cumplimiento objetivo de los deberes del funcionario y servidor público con respecto a su cargo con la finalidad de obtener un provecho económico indebido a favor de este o de terceros, siendo primordial que el fiscal a cargo del caso, deba demostrar de manera estricta que existió un interés indebido por parte de los sujetos; teniendo presente que puede existir un interés estatal desde el momento de la etapa de convocatoria, en la etapa de evaluación de propuestas, en la etapa de otorgamiento de la buena pro, en la etapa de contratación, hasta el momento de la etapa

de ejecución de la misma, teniendo en cuenta que tal delito es de mal uso del cargo y de prevalimiento, el cual consta de que el sujeto del delito en este caso el *intraneus* se aprovecha de una situación ventajosa de superioridad o potestad en el ejercicio de sus funciones, siendo importante mencionar que para la configuración del ilícito penal basta que se verifique la conducta que constituye el interés privado, es decir, no es un delito en el que requiere que el funcionario público acuerde con la empresa x para que obtenga la buena pro, es decir no existe una negociación entre las partes, lo que existe es una gestión desleal por parte del *intraneus*, siendo donde radica la incompatibilidad funcional, no exigiéndose la existencia de un provecho económico a favor del sujeto activo ni perjuicio potencial o real para el estado por tratarse de un delito de peligro, teniendo en claro que no se trata pues de un caso de corrupción gubernamental en sentido estricto, sino de un prevalimiento y mal uso del cargo; puesto que la codicia o el ánimo de lucro no integran la tipicidad objetiva ni subjetiva del delito por lo que no deben ser tomados en cuenta en la delimitación de la infracción penal; tal como hace mención Castillo(2015), “es posible que el tercero favorecido sea una persona natural o jurídica, completamente ajena, desconocida y sin trato previo con el funcionario y en estas circunstancias darse por probado el injusto penal referido”. (p. 24).

Por ello, el presente resultado coopera en la verificación de la hipótesis en lo que concierne a la tipicidad objetiva y subjetiva en la conducta del funcionario y servidor público, ya que al reunir los medio probatorios el Ministerio Publico debe demostrar tales elementos como el de interesarse indebidamente a favor de su cargo, obteniendo un beneficio para sí mismo o para terceros, recabando medios probatorios que motiven la acusación y la sentencia. Se caracteriza por ser un delito doloso, además de tener un interés indebido, teniendo conocimiento de que su actuar es ilegal e incorrecto y sin embargo procede yendo en contra de sus deberes funcionales, por ejemplo cuando el funcionario para favorecer a cierto postor (empresa), en una licitación presenta a una tercera empresa como fachada para dar la imagen de una supuesta empresa pero inexistente y así cumplir con las bases o requisitos establecidos. Estableciendo las modalidades típicas de interesarse de manera directa, de manera indirecta y por acto simulado puesto que además se trata de un delito de prevalimiento por la gestión desleal del funcionario o servidor público dentro de la contratación estatal.

3.3. Aporte científico

PROYECTO DE LEY N°.....

LEY PARA LA MODIFICACION SISTEMATICA DEL ARTICULO 399° DEL CODIGO PENAL, SOBRE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.

La estudiante de la Universidad Señor de Sipán que suscribe la presente, María Milagros García Baldera, ejerciendo el Derecho a la iniciativa legislativa que confiere el artículo N° 107 de la Constitución Política del Perú, y el artículo N° 2, inciso “b” de la ley N° 2300 “Ley de los Derechos de participación y control ciudadano”, propone el siguiente proyecto de ley;

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado, en su artículo 2, inciso 1, reconoce el Derecho al libre desarrollo de la persona humana, por lo que se concibe al ciudadano como sujeto autónomo de Derecho, obteniendo una esfera de organización propia de su ámbito vital, por consiguiente, se trata de un sujeto responsable de las consecuencias lesivas que pueda derivar de dicho comportamiento.

Que, a la actualidad el Delito de Negociación Incompatible ha sido debate de diferentes juristas a nivel Nacional, existiendo una complejidad tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, ya que el fondo del injusto se emerge en una discusión sobre un delito de peligro abstracto o concreto, pues se encuentra en una inadecuada ubicación en el Código Penal Peruano.

Que, lo que se debe de entender del ilícito penal es su sentido y núcleo de prohibición, proporcionándole una adecuada ubicación sistemática, para un apropiado análisis e interpretación de la ley obteniendo sentencias debidamente motivadas.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

Existe un error en la sistematización del artículo 399° del código penal, pese a que el legislador pertinente considero ubicar el ilícito penal dentro de la sección de corrupción de funcionarios, aun señalando el artículo en mención que “el funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta

o por acto simulado se interesa en provecho propio o tercero por cualquier CONTRATO U OPERACIÓN ESTATAL en que interviene por razón de su cargo (...)", por lo que se puede apreciar que la ubicación sistemática de la misma es inadecuada, por ello es que existen interpretaciones erradas con respecto a este artículo ya que cierta parte de los doctrinarios y la jurisprudencia indican que debe existir un peligro inminente, un peligro concreto, una lesión para el patrimonio estatal, sin embargo una parte mayoritaria de la doctrina, sustentado por la jurisprudencia, indican que este ilícito es un delito de peligro abstracto, de infracción al deber por lo que no se estaría perjudicando al patrimonio estatal, al menos no directamente, ya que es posible inclusive que la administración haya obtenido algún beneficio, sin embargo lo que se estaría perjudicando y menoscabando son los principios y deberes del funcionario y servidor público, ya que estos tienen facultades y competencias que deben de cumplir; sin embargo, el *intraneus* contraviene de estas facultades y competencias para cometer tal ilícito, obteniendo una conducta constitutiva en un interés indebido ya sea para provecho propio o de terceros donde radica la incompatibilidad funcional implicando una mera infracción del deber del funcionario y servidor público, aunándose que la denominación de delito de "Negociación incompatible" no es el correcto puesto que no existe un acuerdo entre las partes es decir, entre el *intraneus* y las empresas que postulan para obtener la buena pro, ya que consiste en el desdoblamiento de los deberes funcionales del sujeto en la contratación u operación estatal, no brindando transparencia es los procesos por lo que debería denominarse delito de gestión desleal; asimismo al incluir en el primer párrafo la palabra prevalimiento nos llevaría a un adecuado análisis del ilícito penal, ya que el funcionario público actúa en razón a un aprovechamiento de una situación representativa de superioridad, actuando según la potestad que el Estado le infiere.

Tal como señala Castillo, quien indica que la ubicación sistemática del delito de Negociación incompatible es incorrecta; puesto que pese a que el legislador vigente consideró pertinente ubicar el delito de Negociación incompatible en los delitos de corrupción de funcionarios, lo cierto es que la ubicación sistemática correcta, que debe ser agrupada en las infracciones próximas al delito de colusión, patrocinio ilegal y otras figuras delictivas que forman parte de la clase de delitos que suponen una afectación de los procesos de contratación estatal, entendiéndose correctamente el sentido del delito y el núcleo de la prohibición penal, proporcionarle una ubicación sistemática correcta, remitiéndola a figuras afines y preceptos con los que guarde una íntima conexión, pues no se trata de un caso de corrupción gubernamental en sentido estricto, sino de un prevalimiento y mal uso del cargo para favorecer intereses de terceros. (Castillo, 2015, p. 14)

Cabrera señala que, la coherencia y plenitud constituyen dos pilares básicos de todo ordenamiento jurídico, el cual aspira a proporcionar un listado de conductas, cuya sistematicidad es importante a efectos

de garantizar un marco coherente de interpretación normativa, [indicando que existe una ubicación sistemática errónea puesto que se trata de figuras que protegen a un bien jurídico distinto], ya que, la sección IV del título XVIII del CP, agrupa aquellos injustos que suponen una privatización del cargo público, cuando el funcionario o servidor público (*intraneus*), acepta, recibe o solicita, donativo, ventaja y beneficio, disvalor que constituye los tipos penales de cohecho, no obstante el legislador ha incluido en esta familia delictiva un tipo penal que aleja de la sustantividad anotada, al incorporar el delito de Negociación Incompatible, según la cual el funcionario o servidor público se interesa de forma indebida, en provecho propio o de tercero, en cualquier contrato u operación en que interviene en razón de su cargo, siendo que, lo que se identifica en esta figura no es la mercantilización del cargo público, sino el manifiesto del prevalecimiento de la actividad funcional.(Cabrera, 2013, p.1319)

Salinas menciona que el delito de Negociación Incompatible tiene similitudes con el delito de Colusión defraudatoria contenida en el artículo 384° del Código Penal, con la diferencia de que el delito de Negociación Incompatible no requiere la concertación ni la existencia de perjuicio. (Salinas, 2014, p.565)

Además se debe tener presente que los delitos de corrupción de funcionarios por tener tal carácter existe en ellos la duplicidad de la pena, según el artículo 80 del código penal, siendo que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para tal delito, si es privativa de libertad (...), del mismo artículo se infiere *in fine* que en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica, lo que no le correspondería a este ilícito penal por no tener contenido netamente patrimonial, por lo que al analizarlo se llega a la conclusión de que este ilícito penal esta sistemáticamente mal ubicado, ya que se ha referido que, por su propia configuración e incluso por su ubicación correspondería a la sesión II, capítulo II De delitos contra la administración pública, siendo que la norma penal importa un adelantamiento a las barreras del derecho penal con el objetivo de prevenir tal hecho delictivo.

Por lo expuesto se Permite establecer una ubicación sistemática del delito de Negociación incompatible idóneo, apropiado y razonable, ya que el bien jurídico protegido es la transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los interés públicos, puesto que no es un delito de mercantilización de cargo público, sino la manifestación de prevalecimiento de las actividades funcionariales, requiriendo un aprovechamiento indebido del cargo.

ANÁLISIS COSTO/BENEFICIO

El presente proyecto no irroga gastos económicos por parte del Estado, no afectando el presupuesto de las entidades públicas.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN NUESTRA LEGISLACIÓN NACIONAL

Los efectos de la vigencia de la presente norma en la legislación peruana, se ven reflejados en los beneficios que genera a los jueces y fiscales anticorrupción de funcionarios para un adecuado análisis e interpretación de las normas penales, brindando una seguridad jurídica, obteniendo una coherente motivación de resoluciones judiciales.

Requiriéndose la incorporación de una solución a la problemática identificada, es decir, que exista un análisis coherente y adecuado para la figura del delito de negociación incompatible ya que, tal como se ha advertido líneas arriba, existen diferentes interpretaciones del ilícito penal no teniendo uniformidad en el estudio, entendiendo que el hecho delictivo se caracteriza por ser un delito especial, que es cometido por funcionarios y servidores públicos “*intraneus*”, teniendo un interés indebido que lleva a vulnerar sus deberes y funciones, que a través de las contrataciones u operaciones estatales infringen la ley penal pues existen elementos objetivos y subjetivos que llevan a la demostración del tal hecho, no ocasionándole un daño al patrimonio estatal, sino ocasionándole tal daño a su cargo puesto que existiría una incompatibilidad funcional, que llevaría a ocasionar tal ilícito, además de ser un delito que no requiere de duplicidad, por no ocasionar una lesión o un daño inminente al patrimonio del Estado, por lo que corresponde darle un mayor énfasis a la interpretación de este ilícito penal, para que se pueda imputar tal delito de acuerdo a las leyes sin vulnerar los derechos del imputado.

Propone a consideración del Congreso de la República el siguiente Proyecto de Ley;

El Congreso;

La presente iniciativa no deroga expresamente ningún dispositivo legal, por el contrario modifica sistemáticamente su ubicación con los preceptos que guarda una íntima conexión.

“Ley para la modificación sistemática del delito de Negociación Incompatible”

TITULO XVIII

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPITULO II

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

SECCIÓN II

CONCUSION

ARTICULO 384.- Delito de Gestión desleal o aprovechamiento indebido de cargo.

El funcionario o servidor público que 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 con prevalimiento y 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.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

1. El delito de Negociación Incompatible comprende los contratos u operaciones estatales de contenido económico, interviniendo el funcionario o servidor público, en los cuales se ventilan intereses públicos, siendo un delito de infracción de deber, ya que el *intraneus* debe obrar en razón de su cargo, teniendo un interés indebido ya sea propio o para un tercero, realizando una incompatibilidad funcional, pues vulnera los principios de probidad y lealtad institucional, siendo que el Estado le otorga facultades, competencias y capacidades, para que obren de manera idónea en los procesos, para el bienestar del Estado, la Administración pública y la sociedad.
2. El bien jurídico protegido en el delito de Negociación incompatible es la transparencia en el proceso de contratación, operación estatal y exclusiva promoción de interés Público, siendo indispensable que los funcionarios y servidores públicos quienes llevan a cabo los procesos de contratación u operación estén sujetos a deberes y responsabilidades funcionales que son emanados por el Estado.
3. Se debe demostrar las conductas objetivas y subjetivas del *intraneus*; con respecto al primero debe existir un interés indebido directo, indirecto o por acto simulado, en provecho propio o de un tercero, mientras que en la conducta subjetiva el funcionario o servidor público debe actuar con conocimiento, es decir, con dolo, siendo un elemento integrante y constitutivo de tipo penal, en el cual el *intraneus* debe intervenir en razón de su cargo, siendo que el ilícito penal se puede cometer desde la celebración hasta la ejecución del contrato, ya que, después de esta fase no se puede imputar tal ilícito, buscándose la protección de los principios de probidad y lealtad.
4. El ilícito penal en mención, es un delito de peligro abstracto, por lo cual no se requiere una lesión o daño directo al Patrimonio Estatal; lo que se requiere es que el funcionario o servidor público (*intraneus*), realice u ocasione un desmedro a los deberes funcionales, ya que por el cargo que obtienen están

dotados de facultades y competencias dentro de un contrato u operación estatal, actuando con interés indebido ya sea propio o para un tercero, siendo un delito de peligro ex ante, más no de resultado, además no ocasiona una lesión al patrimonio.

5. El delito de Negociación Incompatible requiere un análisis detallado, ya que en base al principio de sistematización, se encuentra erróneamente ubicado, por ser un delito que protege las contrataciones y operaciones estatales, realizadas en nombre del cargo que obtiene el funcionario y servidor público, buscando la prevención (ex ante), y por lo señalado en línea arriba, además de no existir la duplicidad de la pena, puesto que no se afecta al patrimonio estatal, tan como lo indica el artículo 80 del código penal *in fine* “en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica”, por lo expuesto este ilícito penal no atenta contra el patrimonio del estado al menos no directamente, siendo que la ubicación pertinente debería ser en la sección II concusión, mas no en la sección IV corrupción de funcionarios.

4.2. RECOMENDACIONES

1. A través de la investigación fiscal, se debe determinar si el actuar o la conducta del funcionario o servidor público es una conducta que conlleva a una infracción netamente administrativa, o acarrea una lesión al bien jurídico protegido en el código penal, ya que la actividad probatoria no puede encauzarse en recoger irregularidades administrativas, requiriendo que en el proceso penal existan actos que revelen un interés indebido en la contratación u operación estatal, identificando si el funcionario o servidor público actuó dentro de sus funciones, es decir, si tenía la capacidad para intervenir en el proceso de contratación u operación estatal, sin importar si el agente tomó la última decisión, actuando con intereses indebidos, configurándose el delito de negociación incompatible.
2. Se recomienda que el poder judicial a través de los jueces anticorrupción, uniformice en las sentencias emitidas el bien jurídico que se pone en peligro en la configuración del ilícito penal, emitiendo en sus considerandos un dictamen en el que defina si el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto como precedente vinculante, además, que prescriba de igual forma que el delito en mención es de prevailecimiento y mal uso del cargo, ya que gran mayoría de doctrinarios indican que no afecta, ni lesiona directamente al patrimonio estatal, toda vez que ocasiona un desmedro a los deberes funcionales.
3. El representante del Ministerio Público debe motivar fehacientemente los elementos de tipo objetivos y subjetivos del delito de negociación incompatible en las disposiciones, acreditando un interés indebido directo, indirecto o por acto simulado, ya que el interesarse es fundamental y predominante en la actividad probatoria del fallo, de igual manera debe exhibir el elemento constitutivo del tipo penal, el dolo, siendo evidente que el *intraneus* actuó en razón de su cargo, correspondiéndole al fiscal demostrar afirmativamente y de manera suficiente que actuó con un interés indebido y contrario al orden jurídico.
4. Los jueces deben efectuar un severo y estricto control de razonamiento probatorio, exhibiendo y explicando el razonamiento probatorio que conecta las violaciones a la ley administrativa con la prueba de cada uno de los elementos

tipos, identificando el interés indebido del *intraneus*, ya que no siempre se realiza una lesión al patrimonio Estatal, al menos no directamente.

5. El legislador debe realizar la respectiva modificatoria del artículo 399° del código penal, ya que no se trata de un delito gubernamental de forma estricta, sino, que por el contrario es un delito de prevalimiento y mal uso del cargo, por ser un delito de infracción de deber de parte del funcionario y servidor público (*intraneus*), en las contrataciones u operaciones Estatales, puesto que el sentido del ilícito penal y el núcleo de la misma requiere una adecuada vinculación, para un análisis del delito de Negociación incompatible pertinente, apropiado y adecuado , por lo que debe remitirse a las figuras y preceptos con los que guarde íntima conexión, correspondiente a la sección II denominada concusión y no en la sección IV de delito de corrupción de funcionarios, puesto que forman parte de la clase de delitos que suponen una afectación de los procesos de contratación u operación Estatal.

REFERENCIAS

- Acuerdo plenario N° 02-2011-CJ-116/Lima (2011)
- Alessi y Baéz M. (2002), *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima, Perú. Editorial: Grijley
- Álvarez, A. (2014), *Manual de auditoria en las contrataciones del Estado*. Lima, Perú: Pacifico Editores.
- Aguilera, B. (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 obtener el título de abogado). Universidad privada Antenor Orrego. Trujillo, Perú.
- Bobadilla, R. y Ubillus N. (2016). *El control interno aplicable en la supervisión de los contratos administrativos bajo la modalidad de acuerdo marco*. (Tesis para obtener el título de abogado. Lambayeque.
- Cabrera, P. (2013). *Derecho Penal- Parte Especial*. Lima, Perú: Moreno SA.
- Castillo, A. (2015). *El delito de Negociación Incompatible*. Lima- Perú: Instituto Pacifico SAC.
- Campos M. (2006), *Contratación pública y corrupción -un análisis particular de los Principios rectores de la contratación administrativa*. (05 abril 2006). Recuperado de file:///C:/Users/milagritos/Downloads/9743-13744-1-PB.pdf
- Calle, C. y Sotomayor, A. (1997), *el delito del interes ilícito en la celebración de contratos*. Revista estudios de Derecho. Universidad de Antioquia. Medellin.
- Capristan, A. y Lopez, G. (2010). *La nueva ley de contrataciones del Estado: innovaciones y su implicancia en el contrato administrativo*. (Tesis de licenciatura). Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo, Perú.
- Carbonero, G. (2010). *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual*. (Tesis doctoral). Universidad de granada. España.
- Caro, J. (2010). *Normativismo e imputación jurídico - penal. Estudios de Derecho penal funcionalista* (1a Edición). Lima, Perú: ARA editores.
- Creus, C. (1996). *Derecho Penal - Parte Especial*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Código Penal y Legislación Comparada. Códigos Electrónicos, Boletín oficial del Estado, Madrid, España, 06 setiembre de 2018.
- Código Penal Colombiano, Ley 599, Diario oficial número 44.097, Colombia, 24 julio de 2000.
- Código Penal Santiago, BCN Legislación Chilena. Chile, Santiago, 12 Noviembre de 1874.
- Código Penal de la Nación de Argentina, Decreto 3992, Sistema Argentino de Información Jurídico. Argentina, Buenos Aires, 21 Diciembre 1984.
- Código Penal Federal, Diario Oficial de la Federación, México, Federal, 14 Agosto de 1931.
- Colmenares, U. y Fernández, M. (2017), *La participación del extraneus en los delitos de corrupción de funcionarios y los supuestos para su calificación jurídica como parte esencial en la comisión de dichos ilícitos, a partir de los casos presentados en los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014-2015*. (Maestría). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque, Perú.
- De León, M., Martínez Q. y Rivas, B. (2014). *La persecución penal de los delitos de corrupción cometido por funcionarios públicos en el Salvador*. (Tesis de licenciatura). Universidad de el Salvador. El salvador.
- De Toledo, O. (1980), *Prevención de Funcionario Público*. Madrid: Editorial España.
- Decreto legislativo N°635. Código Penal. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, Décimo segunda Edición oficial: Mayo 2016.
- Decreto legislativo N°295. Código Civil. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, Décimo sexta Edición oficial: Marzo 2015.
- Díaz, C. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca. España.
- Etcheberry, A. (1997), *Derecho Penal, Parte especial, tomo IV, 3era edición*. Chile: Editorial Jurídica del Chile.
- Expediente N° 00017-2011.PI/TC (2012)

- Falen, C. y Tello, H. (2012). *El delito de corrupción promovida dentro de la administración pública*. (Tesis para obtener el título de abogado). Pimentel, Chiclayo.
- Feijóo, S. (1999), *Delitos contra la administración Pública en el Código penal español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas*, En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 7/8. P.701. Lima, Perú.
- Ferreira D. (1995), *Delitos contra la Administración Pública, 3ª ed.*, Bogota, Colombia: Editorial Temis.
- Frisancho, A. (2015), *La corrupción en la Contratación del Estado- Un análisis del delito de colusión y negociación incompatible*. Lima, Perú: Institución Pacifico SAC.
- Hugo A. (2002). *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*. Lima, Perú; Gaceta Jurídica.
- Ilabaca, M. (2012). *Delito de negociaciones incompatible*. (Tesis de licenciatura). Universidad de Santiago. Chile.
- Instituto de Ciencias Sociales y Políticas Públicas. (2016). *La etapa de ejecución contractual en la Nueva Ley de Contrataciones*. Recuperado de : <http://incispp.edu.pe/blog/la-etapa-de-ejecucion-contractual-en-la-nueva-ley-de-contrataciones/>
- Kühn, S. y Sherman, L. (2014), *Combatir la corrupción en las compras públicas. Una guía práctica, Transparencia Internacional*. Berlín.
- Ley N° 30225.Ley de constataciones con el Estado. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 06 enero de 2016.
- Ley N° 27815.Ley del código de ética de la función Pública. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 13 agosto de 2002.
- Mañalich, R. (27 de Mayo del 2015). *La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación*. p 2, 7. Universidad de Chile.
- Mejía, F. (2016). *Influencia de la ejecución de los procesos de contratación de bienes y servicios en el cumplimiento de metas presupuestarias de la Municipalidad distrital de Santa Rosa, periodos 2013-2014*. (Tesis para obtener el título de abogado). Universidad nacional del Altiplano. Puno, Perú.

- Munive, (2017). *Política Nacional de Integridad*. Recuperado <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-la-politica-nacional-de-integrid-decreto-supremo-n-092-2017-pcm-1565307-1/>
- Ortiz, G. (2013). *Elaboración de un manual de procedimientos para la elaboración de expedientes para contrataciones estatales para la empresa Laboratorios del Sur S.A.* (Tesis de licenciatura). Universidad Peruana de Ciencias Políticas. Lima, Perú.
- Paredes, G. (2017), *Delitos de Corrupción de Funcionarios y Servidores Públicos en los Gobiernos Locales*. (Maestría). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque, Perú.
- Pleno Jurisdiccional Nacional N° 2-2011/CJ/116 (2004)
- Quijada, T. (2014). *La problemática real de las compras públicas*. ACQUIRE-Publicum juris. (12 junio 2014). Recuperado <http://www.acpuju.com/2014/06/articulo-la-problematica-real-de-las-compras-publicas/>.
- R.N. N° 2068-2012/Lima (2013)
- R.N. N° 3001-2011/Tacna (2012)
- Reátegui, S. (2014). *Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración Pública*. Lima-Perú: Jurista Editores.
- Reategui.S. (2015), *Delitos Contra la Administración pública en el Código Penal*. Lima, Perú. Juristas Editores.
- Reategui, S. (2016), *El delito de Negociación Incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima, Perú: Editorial Lex & Iuris.
- Reyes, R. y Vílchez, G. (2017). *La imputación concreta en los delitos de Negociación Incompatible y Cohecho en las sentencias emitidas por salas penales de la provincia de Trujillo, en el periodo 2011-2015*. (Tesis para obtener el título de abogado). Trujillo, Perú.
- Rojas, V. (2007), *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Editorial Juridica Grijley.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, parte general- Tomo I*. Madrid, España: Editorial civitas.
- Salinas S. (2014), *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Editorial Grjley, Iustitia.

- Sentencia de Casacion N° 231-2017/Puno (2017)
- Sentencia de Casacion N° 67-2017/Lima (2017)
- Serrano, C. (2014). *Corrupción en la contratación pública en*
- Serrano, C. (2014). *Corrupción en la contratación pública en Colombia*. (Tesis de Grado de Especialista). Universidad de Bogotá, D.C. Colombia.
- Soler., S. (1951). *Derecho Penal Argentino- Tomo V*. Buenos Aires.
- Suarez, G. (2011). *Modelo del sistema de apoyo a las modalidades de contratación Pública según lo establecido en la legislación Nacional. Caso: defensa pública*. (Tesis de Grado de Especialista). Universidad de Caracas. Venezuela.
- Urquiza, O. (01 setiembre 2002), *Tutela Penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública año VII-VIII, N°12*. p.235. Lima, Perú
- Vasquez, T. (2016), *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima, Perú: Grijley.
- Zapata, M. (2016). *Cifras de corrupción en el Perú siguen generando preocupación*. Perú 21. Recuperado de: <https://peru21.pe/politica/cifras-corrupcion-peru-siguen-generando-preocupacion-235421>
- Zegarra, B. (2016). *La responsabilidad política en los altos funcionarios del estado*. (Tesis para obtener el grado de Maestro). Universidad Nacional de Trujillo. Perú.

ANEXOS:

UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPAN SAC

ESCUELA DE DERECHO

**ENCUESTA: ANALISIS DEL SENTIDO O NUCLEO DE LA PROHIBICION
PENAL PARA ADECUAL LA TIPIFICACIÓN DE LA NEGOCACION
INCOMPATIBLE EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES ESTATALES**

INSTRUCCIONES: Lea cuidadosamente las preguntas y responda la alternativa que crea conveniente, sus respuestas nos ayudara a comprender mejor la problemática que genera la contratación y operación estatal que es efectuada por funcionarios públicos, recayendo en el ilícito penal de Negociación incompatible, para realizar un adecuado análisis.

DATOS GENERALES

FUNCIONARIOS PÚBLICOS

MAGISTRADOS

ABOGADOS ESPECIALISTA EN MATERIA PENAL

a) Para Ud. el delito de Negociación Incompatible comprende:

- a) Todos los actos administrativos en los que interviene el Funcionario y Servidor Público
- b) Todos los actos jurídicos en los que pueda participar de manera directa e indirecta los Funcionarios y servidores Públicos
- c) Los contratos administrativos y operaciones estatales de contenido económico en los que interviene el Funcionario y servidor Público por ser delito de peligro.

b) Para Ud. El bien jurídico protegido en el delito de Negociación Incompatible es:

- a) El Patrimonio administrativo y estatal

- b) la transparencia en el proceso de contratación, operación y exclusiva promoción de intereses públicos
- c) a y b
- c) Para que se configure el injusto penal cuál de los siguientes supuestos considera usted que debe cumplirse? (puede marcar más de una opción)**
 - a) Interés indebido en un contrato u operación estatal
 - b) El sujeto debe obrar en razón de su cargo con facultades y competencias
 - c) El injusto penal se puede cometer en el momento de la celebración hasta el momento de la ejecución del contrato
 - d) Incompatibilidad funcional
 - e) Todas las anteriores
- d) Considera Ud. que el fiscal en quien recae la carga de la prueba y la acreditación de los intereses particulares en el delito de Negociación incompatible deba demostrar:**
 - a) Las irregularidades administrativas cometida en el proceso de contratación
 - b) Las conductas objetivas y subjetivas que podrían considerarse como un acto o conjunto de actos que revelan un interés indebido
 - c) Todas las anteriores
- e) Ud. cree que la razón por la que el legislador exige la calidad de funcionario y servidor público para la autoría del delito de aprovechamiento indebido se debe a que este sujeto tiene deberes y responsabilidades funcionales que son infringidos con la comisión del delito de negociación incompatible.**
 - a) Totalmente de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) En desacuerdo
- f) Que principios vulnera el funcionario y servidor público al momento de realizar contrataciones y operaciones estatales, el cual recae en el ilícito penal de Negociación Incompatible. (puede marcar más de una opción)**
 - a) Imparcialidad
 - b) Igualdad de oportunidades
 - c) lealtad
 - d) Elección no arbitraria

- e) Equidad
 - f) Probidad
 - g) Todas las anteriores
- g) Ud. considera que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro:**
- a) Concreto
 - b) Abstracto
- h) Considera Ud. que el Funcionario público es el idóneo para realizar la capacitación y evaluación de las contrataciones publicas**
- a) Totalmente de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) En desacuerdo
- i) Cree Ud. Que para un adecuado análisis del delito de Negociación incompatible debe realizarse una adecuada ubicación sistemática del ilícito, agrupándolo dentro de las infracciones próximas de los delitos de colusión, patrocinio ilegal y otras figuras que formen parte de la clase del delito que supone la afectación de los procesos de contrataciones estatales?**
- a) Totalmente de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) En desacuerdo
- j) Considera que para comprender la figura estipulada en el artículo 399 del código penal, debería denominarse delito de gestión desleal o aprovechamiento indebido de cargo, más no de Negociación Incompatible, estipulándose también que es un delito de “Prevalimiento”?**
- a) Totalmente de acuerdo
 - b) De acuerdo
 - c) En desacuerdo

Muchas gracias

TEMA: “ANÁLISIS DEL SENTIDO O NÚCLEO DE LA PROHIBICION PENAL PARA ADECUAR LA TIPIFICACIÓN DE LA NEGOCACION INCOMPATIBLE EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES ESTATALES”

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA ¿Cómo adecuar la tipificación de la negociación incompatible en los contratos u operaciones estatales?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS P1: ¿En qué momento se configura el delito de negociación incompatible en la contratación y operación estatal? P2: ¿Qué bien jurídico pone en peligro el delito de negociación incompatible?</p>	<p>OBJETIVOS GENERALES Analizar el sentido o núcleo de la prohibición penal para adecuar la tipificación de la negociación incompatible en los contratos u operaciones estatales.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS O1: Describir la conducta que constituye el interés del funcionario y servidor público en el proceso de contratación y operación estatal que recae en el delito</p>	<p>El análisis del sentido o núcleo de la prohibición penal adecuaría la tipificación de la negociación incompatible en los contratos u operaciones estatales.</p>	<p>INDEPENDIENTE: El sentido o núcleo de la prohibición penal: el ilícito penal es realizado por funcionarios públicos, en el aspecto de contratación y operación estatal, buscándose con esta investigación que se delimite el bien jurídico tanto de los intereses directos como indirectos dentro de la contratación, ya sea en la etapa de preparación, inicio, celebración y ejecución, siendo que este hecho</p>	<p>TIPO Y DISEÑO Analítica: consiste en descomponer el objeto de estudio separando cada una de las partes del todo para observar y estudiar las causas, la naturaleza y los efectos. Deductivo: utiliza el razonamiento para obtener conclusiones generales y posteriormente realizar explicaciones particulares. No experimental: se lleva a cabo sin manipular premeditadamente las</p>

<p>P3: ¿El delito de negociación incompatible genera un riesgo de lesión al Patrimonio Estatal?</p> <p>P4: ¿Cómo se debe demostrar los elementos de tipo objetivo y subjetivo en la conducta del funcionario y servidor públicos?</p> <p>P5: ¿Qué propuesta se plantearía para una adecuada interpretación de la normatividad?</p>	<p>de negociación incompatible como delito de infracción de deber.</p> <p>O2: Analizar el bien jurídico que se pone en peligro con la configuración del delito de negociación incompatible</p> <p>O3: Analizar el delito de Negociación incompatible, como un delito de peligro</p> <p>O4: Analizar la tipicidad objetiva y subjetiva en el delito de Negociación Incompatible</p> <p>O5: Elaboración de propuesta legislativa sobre la reforma de la sección del artículo 399° del código penal.</p>		<p>delictivo es de interés personas menoscabando la función Administrativa, mas no el patrimonio estatal.</p> <p>DEPENDIENTE:</p> <p>La tipificación de la negociación incompatible: se requiere de una adecuada ubicación sistemática del injusto penal, en la que se deba de agrupar dentro de las infracciones próximas a este delito que formen parte de la clase de delitos que suponen la afectación de los procesos de contratación estatal.</p>	<p>variables, puesto que no se modifican o varían intencionalmente, realizándose a través de la observación de los fenómenos que se presentan en el contexto natural de la investigación para después analizarlo.</p> <p>Transaccional o transversal: para obtener y rescatar información imprescindible sobre el análisis, para así poder medir la persecución que se tiene sobre el trabajo realizado en el campo.</p>
--	---	--	--	---

Jurisprudencia del Delito de Negociación Incompatible

1. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 231-2017 -PUNO

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA

Recurso de casación interpuestos por los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huaman Mamani y José Haytara Carreón, contra la sentencia de 26 de octubre del 2016, emitida por la Sala penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmó por MAYORIA la sentencia de primera instancia de 11 de julio de 2016, que los condenó por el delito contra la administración pública- Negociación Incompatible, en agravio del Estado, con un **VOTO DISCORDANTE**, indicando el Sr. Juez Supremo, Sequeiros Vargas, que, el interés mostrado por los sentenciados, que fue reconocido por el tribunal superior, conllevan a la gestión de actos que no corresponde con su rol de funcionario o servidor público, existiendo un interés particular ajeno a la función que cumplen, por lo tanto es erróneo analizar el ilícito penal solo de manera objetiva, por lo que debe ser evaluado además desde un enfoque subjetivo con el que procedió el imputado.

Lima, catorce de septiembre de dos mil diecisiete.

VISTOS: En audiencia pública, los recursos de casación interpuestos por los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, y José Haytara Carreón; contra la sentencia de 26 de octubre de 2016, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmó la sentencia de primera instancia de 11 de julio de 2016, que los condenó por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado; a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad, así como la pena conjunta de inhabilitación por un periodo de tres años; y fijó, en diez mil soles, el monto que por concepto de reparación civil, deberán abonar en forma solidaria a favor de la parte agraviada. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Cevallos Vegas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero.- Formulado el requerimiento acusatorio, de fecha veintiséis de junio de dos mil trece, subsanado en el escrito de fecha treinta de julio de dos mil catorce, el Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de veintidós de julio dos mil quince, dictó

auto de enjuiciamiento en contra de los acusados como autores por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública-delitos cometidos por funcionarios públicos, en la forma de corrupción de funcionarios- negociación incompatible, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Melgar, representada por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Puno, habiendo el Ministerio Público solicitado las siguientes penas: Bernardo Natividad Meza Álvarez, cinco años de pena privativa de libertad; José Haytara Carreón, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; José Domingo Choquehuanca Soto, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y Helard Huamán Mamani, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, además de tres años de inhabilitación para los acusados y el pago de diez mil soles por concepto de reparación civil.

Segundo.- A través de la resolución de treinta y uno de agosto de dos mil quince, el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, dispuso la citación a juicio oral, realizándose las sesiones en los meses de marzo, mayo, junio, julio de dos mil dieciséis.

Tercero.- Mediante sentencia de once de julio de dos mil dieciséis, el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, condenó a Bernardo Natividad Meza Álvarez, a cinco años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad y a José Haytara Carreón, José Domingo Choquehuanca Soto, y Helard Huamán Mamani, a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad efectiva; así como la pena conjunta de tres años de inhabilitación de los acusados y el pago de diez mil soles de forma solidaria por concepto de reparación civil, y reglas de conducta.

Cuarto.- Los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón apelaron dicha sentencia y su recurso fue concedido. En segunda instancia, la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, mediante sentencia de veintiséis de octubre dos mil dieciséis, confirmó la sentencia de primera instancia de once de julio de dos mil dieciséis, en todos sus extremos.

Quinto.- Contra dicho fallo, las defensas técnicas de los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, interpusieron sus respectivos recursos de casación. Mediante resolución de dieciocho de noviembre de dos mil diecisiete, la Sala Penal de Apelaciones- Sede Penal Juliaca, concedió los recursos de casación interpuestos.

Sexto.- Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de fecha doce de abril de dos mil diecisiete, que declaró: i) Inadmisibles los recursos de casación interpuestos por los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por las causales 1 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

Séptimo.- Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia con los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día doce de septiembre de dos mil diecisiete, a las once de la mañana.

CONSIDERANDO

ASPECTOS GENERALES

Primero.- De conformidad con la Ejecutoria Suprema de doce de abril de dos mil diecisiete –calificación de casación–, obrante en fojas doscientos veintitrés del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, fueron declarados bien concedidos los recursos de casación excepcionales, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; interpuestos por los sentenciados José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, referida a la errónea interpretación de la Ley penal-artículo 399 del Código Penal-delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

1. Imputación Fáctica

Segundo.- El Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Melgar, mediante informe especial N° 004-2011-2-0462-MPM/OCI, detectó irregularidades en el proceso exonerado de adquisición de semillas de alfalfa, dactilys e inoculante; así, mediante informe de 04 de mayo de 2010, Walter Colque Agramonte, director encargado de desarrollo agropecuario del área usuaria, habría remitido las cantidades y especificaciones técnicas a la Gerencia Municipal para la formulación del expediente de contratación de Proyecto de Inversión Pública, fortalecimiento de la asistencia técnica a productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar, indicó las cantidades y especificaciones técnicas; sin embargo, este no fue incorporado al proceso de selección para la compra de los productos señalados, se transgredió el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala que el expediente de contratación se inicia con el requerimiento del área

usuaria, que debe contener las características de lo que se va a contratar, estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, disponibilidad presupuestaria y el tipo de proceso de selección.

El 12 de noviembre de 2010, el acusado Helard Huamán Mamani, presidente del Comité Especial del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 028-2010, en la segunda convocatoria derivado del proceso de la Licitación Pública 02-2010, emitió un informe dirigido al Alcalde de la Municipalidad Meza Álvarez; indicando que los postores no cumplieron con las especificaciones técnicas mínimas requeridas en las bases, por lo que el comité llegó al acuerdo unánime de declararlo desierto, solicitando al jefe del pliego la cancelación definitiva del proceso de selección, agudizándose más el proceso de adquisición de las semillas, en el que el comité especial incluyó requisitos técnicos adicionales de los insumos, sin consentimiento del área usuaria.

El 23 de noviembre de 2010, para la elaboración del expediente de contratación, a la empresa Agro veterinaria el Altiplano de la ciudad de Ayaviri, Alabama S.A. y la empresa Favetza S.A.C por un valor referencial de S/1,517, 592.00 soles; cabe preciar que la empresa Agro veterinaria el Altiplano, ofreció los precios más bajos de alfalfa e inoculante, a pesar que no consignaba actividades de comercio exterior importador o exportador, como sí lo hacían las empresas Favetza S.A.C. y Alabama S.A. y a quienes se requirió la cotización vía oficio, resaltándose que esta última cotizó los precios más altos.

Con memorando de 24 de noviembre de 2010 el alcalde de la Municipalidad comunicó al economista Helard Huamán Mamani, la aprobación del expediente de contratación, mediante Decreto de Urgencia 78-2009, el mismo que no resultaba ser aplicable porque contemplaba la adquisición de bienes hasta por el monto de S/550,000. 00 y valor referencial de la adquisición de la semilla de alfalfa, dactylis e inoculante por el monto de S/1, 592,000.00 soles. El 3 de diciembre de 2010 se realizó la sesión de concejo municipal extraordinario, en el que no se tomó en cuenta que la situación de desabastecimiento inminente sólo puede ser en forma parcial para resolver el periodo corto de desabastecimiento y luego se proceda con los procesos normales que corresponden de acuerdo a ley.

El ex alcalde Bernardo Natividad Meza Álvarez, a través de la resolución de alcaldía 766-2010 de 06 de diciembre de 2010, resolvió aprobar la exoneración del proceso para la adquisición de los insumos, dispuso la adquisición de semilla alfalfa mediante un proceso exonerado, y se resolvió designar al comité especial para llevar a cabo la exoneración del

proceso, este fue integrado por el economista Helard Huamán Mamani (presidente), José Haytara Carreón (primer miembro titular) y el ingeniero José Domingo Choquehuanca Soto (segundo miembro titular). A pesar que los artículos 21 y 22 del Decreto Legislativo 1017 y el artículo 129 y 133, 134 del Decreto Supremo 184-2008, establecían que el proceso debía ser convocado en forma regular; sin embargo, se llevó a cabo a sabiendas de que tal modalidad era irregular.

En conclusión, se atribuye a Bernardo Natividad Meza Álvarez, haberse interesado directa e indebidamente en violación del principio de imparcialidad, en el proceso de exoneración número 001-2010 MPA, en su condición de alcalde y presidente del Concejo Municipal de la provincia de Melgar que presidía del 2007 al 2010 por haber emitido la resolución de alcaldía de 6 de diciembre de 2010 aprobando el proceso exonerado y autorizar a la unidad de abastecimiento la preparación del expediente de contratación mediante un comité especial, para la adquisición de la semilla de alfalfa, dactylis e inoculante para los proyectos de fortalecimiento de la asistencia técnica de productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar e instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades, pese a que no procedía la exoneración por desabastecimiento. Se imputó a los investigados Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón y José Domingo Choquehuanca Soto, ex miembros del comité especial, haberse interesado directa e indebidamente, en violación al principio de imparcialidad en el proceso exonerado 001-2010-MPM-A en provecho de la Empresa Alabama S.A. al haber suscrito el acta de apertura de sobre-proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A (primera convocatoria) de 14 de diciembre de 2010, otorgándole la buena pro para la adquisición de semillas de alfalfa, dactylis e inoculante para los proyectos antes referidos, vía proceso de exoneración, pese a que de acuerdo con el informe técnico 185-2010-DDAE-MPM, anteriormente, se convocó el proceso de adquisición hasta en cuatro oportunidades hecho que desvanece la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible que exige el primer párrafo del artículo 22 de la Ley de Contrataciones del Estado para considerar desabastecimiento y el primer párrafo del artículo 129 del Reglamento del Decreto Legislativo 1017.

2. Fundamentos de la sentencia de primera instancia

Tercero.- El Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, condenó a los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, señalando lo siguiente: i) Se encuentra acreditado que Bernardo Meza Álvarez era

alcalde de la Municipalidad de Melgar el año dos mil diez, mientras que Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, funcionarios de la citada Municipalidad. **ii)** El Comité Especial impuso requisitos técnicos adicionales en las bases, sin el consentimiento del área usuaria, transgrediéndose el artículo cuarenta y uno del Reglamento de Ley de Contrataciones que establece que cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria. **iii)** En los cinco procesos de selección que se llevaron a cabo, deliberadamente, se mantuvo la modificación irregular de las bases a pesar de las observaciones de los postores, provocando el retraso premeditado, conduciendo la adquisición vía proceso exonerado, para ello, prepararon un nuevo expediente de contratación, incluyendo los requerimientos adicionales. **iv)** A pesar de no existir documento formal alguno para la adquisición adicional de semilla de alfalfa, dactylis e inoculante para el distrito de Santa Rosa, dio opinión favorable sobre la disponibilidad presupuestal. **v)** La OCI (Oficina de Control Institucional) cuestionó que el Comité en tiempo récord (el mismo día de instalado el comité especial), solicitó al Gerente Municipal, la elevación y aprobación de las bases del proceso exonerado, cuando habitualmente es solicitado al titular del pliego (alcalde). **vi)** La OCI determinó que existió un perjuicio económico hasta por el importe de doscientos catorce mil doscientos cuarenta y seis soles con veinte céntimos. **vii)** No se dio la situación de desabastecimiento toda vez que no podía existir este en el mercado de los insumos, sino que los acusados pedían requisitos que no podían cumplir los proveedores como que la semilla sea del año. **viii)** No era necesario nombrar un comité para el proceso de exoneración, debido a que tratándose de este tipo de proceso bastaba que el titular del pliego designe a una empresa para que provea los insumos. **xi)** El día catorce de diciembre de dos mil diez, se generó la orden de compra, sin embargo, los documentos demostraron que el consentimiento de la buena pro, fue publicado en el SEACE el diecisiete de diciembre de dos mil diez, además, no se había firmado aun el contrato entre la entidad y el proveedor lo que demuestra el interés de favorecer a la empresa. **x)** Los acusados en su condición de funcionarios se interesaron para favorecer a la empresa ALABAMA S.A., al considerar especificaciones técnicas no requeridas por el área usuaria.

3. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

Cuarto.- La sentencia de vista emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román, confirmó la sentencia de primera instancia, señalando los siguientes fundamentos:

i) Respecto al delito de negociación incompatible, basta que el funcionario público se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del

contrato u operación para que este se entienda consumado. Interesarse indebidamente conlleva a la gestión de actos que no corresponden con el rol de un funcionario público. **ii)** En el caso del procesado Helard Huamán Mamani, quien era presidente del comité especial del proceso de exoneración, se interesó directa e indebidamente, al haber suscrito el acta de apertura de sobre proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A, dándole la buena pro a la empresa ALABAMA, que habría cotizado los precios más altos para la adquisición de semillas, y se convocó hasta en cuatro oportunidades lo que desvanece la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, además, si bien negó que haya existido modificación a las bases, tampoco se acreditó que no haya existido, el procesado tenía conocimiento que por la cuantía de los bienes a adquirirse no procedía a realizar exoneración sino un proceso de licitación, tenía pleno conocimiento que no se presentó la situación de desabastecimiento inminente y extraordinaria, en conclusión demostró interés indebido en el proceso de exoneración, incumplió su deber de imparcialidad al otorgar la buena pro a una empresa que incumplió con las especificaciones requeridas. **iii)** Respecto al impugnante José Domingo Choquehuanca Soto, debe precisarse que al haber sido contratado como asesor externo de la Municipalidad Provincial de Melgar tenía un vínculo laboral con dicha entidad, fue elegido por el Alcalde como segundo miembro del comité especial para el proceso de exoneración, tenía poder de decisión, no le es aplicable el principio de prohibición de regreso, tenía conocimiento que el proceso no se encontraba permitido, sabía que la empresa ALABAMA S.A., fue postora en anteriores procesos de licitación pero no se otorgó la buena pro al no cumplir con las especificaciones técnicas, sin embargo, la invitaron para que participe en el proceso exonerado, ello corrobora su interés de favorecer a la empresa citada. **iv)** En cuanto al procesado José Haytara Carreón, primer miembro del comité especial, tuvo participación en el segundo y tercer proceso de licitación no ejecutados, la defensa señaló que la imputación no fue clara, concreta y precisa sino genérica, no definiéndose su grado de participación, sobre ello, debe precisarse que la imputación fue en calidad de autor directo, no existiendo ningún tipo de vulneración, además, al igual que los miembros del proceso, se interesó de manera directa e indebidamente, en otorgarle la buena pro a la empresa. **v)** Los sentenciados tienen la calidad de funcionarios públicos con competencia directa sobre el proceso exonerado, se interesaron de forma directa e indebida violando el principio de imparcialidad, favoreciendo a la empresa ALABAMA S.A

4. Agravios de los recurrentes

Recurso de casación del sentenciado José Domingo Choquehuanca Soto

Quinto.- Este procesado alega como causales, las previstas en los incisos 1, 3 y 4 del Código Procesal Penal. Invocando, además, el inciso 4 del artículo 427 del mismo cuerpo normativo, sobre el desarrollo de doctrina jurisprudencial. Refiere como argumentos lo siguiente: **i)** La finalidad indebida, como elemento subjetivo del tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo 399 del Código Penal, no ha sido materia de prueba en el proceso penal: la Sala Superior no identificó ni valoró lo referido a la tipicidad subjetiva, es decir, el elemento adicional al dolo, que es el interés particular indebido con el firme objetivo de un provecho indebido para sí o para un tercero. Todos los elementos, deben ser materia de prueba en el proceso penal, en el caso de autos no se identificó el verbo rector “interés indebido”; tampoco el elemento de “provecho propio o de tercero”, que es uno de tendencia interna trascendente y la ventaja patrimonial. Por ello, la Corte debe desarrollar los alcances del tipo subjetivo del delito de negociación incompatible. **ii)** Se vulneró el principio de imputación necesaria, por la falta de adecuación correcta de su conducta al tipo penal; no se acreditó el elemento del “provecho para sí o para un tercero”, además, de no establecerse el aporte esencial y la ejecución efectuada por el impugnante.

Recurso de casación del sentenciado Helard Huamán Mamani

Sexto.- El procesado en su recurso de casación refiere lo siguiente: **i)** Se debe determinar si el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo requiere del elemento subjetivo adicional al dolo, y si está referido a que el autor tenga como finalidad el obtener un provecho económico para sí o para terceros. **ii)** No se realizó una correcta interpretación del Decreto Legislativo N.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, el que debe ser interpretado. En el proceso de exoneración, el imputado Huamán Mamani ha participado como Presidente en el Comité Especial del Proceso de exoneración N.º 001-2010-MPM-A, designado mediante Resolución de Alcaldía N.º 767-2010-MPM/A, actuó conforme con sus competencias según lo establecido en el artículo 24 de la Ley de Contrataciones del Estado. **iii)** Debe interpretarse el apartado a) del inciso 2 del artículo 422 del Código Procesal Penal, determinando los criterios de admisión de prueba nueva, en el procedimiento de apelación de sentencias, a la luz de los derechos fundamentales de defensa eficaz y prueba.

Recurso de casación del sentenciado José Haytara Carreón

Séptimo.- El impugnante alega lo siguiente: **i)** Se afectó su derecho de defensa y al debido proceso, en tanto que, se le atribuyó la condición de autor directo del delito, de manera genérica, cuando el artículo 23 del Código Penal, señala las categorías de autor mediato,

inmediato y coautoría. En este sentido, es necesario desarrollar si en las etapas del proceso penal se puede considerar a un imputado la calidad de autor de manera genérica, sin precisar si es mediato, inmediato o coautor, y si en el delito de negociación incompatible y tratándose de varios imputados quienes se han repartido roles, debería imputárseles como coautores. **ii)** Debe desarrollarse doctrina jurisprudencial en cuanto al delito de negociación incompatible, por cuanto existen vacíos en su interpretación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Sobre errónea interpretación de la Ley

Octavo.- El recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistémica con el ordenamiento jurídico.

Noveno.- Como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, el aspecto sobre el cual este Supremo Tribunal debe efectuar precisiones a fin de resolver el recurso de casación interpuesto, es si en el presente caso se ha realizado una interpretación errónea del artículo 399 del Código Penal-delito de negociación incompatible; concretamente sobre: **i)** Los elementos normativos del tipo de negociación incompatible: “interesarse” y “provecho propio o de tercero”. **ii)** La relación funcional del funcionario o servidor público con el contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo.

2. El delito de negociación incompatible

Décimo.- El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, está ubicado en la sección IV del Código Penal - Delito de corrupción de funcionarios, por lo que se constituye en una modalidad de corrupción, lo que significa que la conducta del agente debe poseer dicha orientación, por ello, se descarta, prima facie, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa.

Décimo primero.- El artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, lo regula del siguiente modo: “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 [...]”.

3. Bien jurídico protegido y naturaleza del tipo penal

Décimo segundo.- El bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en

la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella.

Décimo tercero.- Debido a que el tipo no exige un perjuicio efectivo para la administración, se constituye en un delito de peligro, que importa un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. Debe precisarse que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico - el correcto funcionamiento de la administración pública-.

Décimo cuarto.- Como lo ha señalado un sector de la doctrina, lo que también es acogido por este Supremo Tribunal, al constituirse el delito en uno de peligro concreto, debe respetarse el principio de lesividad, en ese sentido, la represión de la acción debe estar condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. Debido a ello, el delito de negociación incompatible no debe sancionar cualquier tipo de acciones, que puedan significar el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, del cual se deduzca la orientación de un “interés indebido”, sino solo aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública.

Décimo quinto.- En consecuencia, este ilícito penal, debe ser interpretado restrictivamente, en tanto que, el solo incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado –como se alega en la mayoría de casos en que se presume la comisión de este delito–, que no produzca siquiera un riesgo, o que este no sea inminente para el correcto funcionamiento de la administración pública, no puede ser reprimido, una interpretación contraria a ello, significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello, conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio, de ahí que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, debe ser interpretado de conformidad con los principios de lesividad, ultima ratio (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal.

4. El interesarse indebidamente en provecho propio o de tercero

Décimo sexto.- La conducta típica de este ilícito penal está constituida por el “interés indebido”; el verbo rector “interesarse”, ha sido considerado por el sector mayoritario de la doctrina, como “volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste”; y será indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Este actuar, no debe ser entendido como “parcializarse” por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo.

Décimo séptimo.- Ello debe ser entendido así, por cuanto, con la modificación del artículo 399 del Código Penal, mediante la Ley N° 28355, de 6 de octubre de 2004, se incluyó adicional al “interés”, el elemento típico “provecho propio o de tercero”, es decir, el interés es sancionable siempre que implique un “provecho” para el funcionario público o tercero. A pesar que ha sido discutida la naturaleza de este provecho, debe aclararse que en definitiva, posee una connotación económica, ello, en tanto que el contrato u operación en el que interviene el agente también lo tiene; por ello, se señaló que a pesar que el tipo no exige un perjuicio – económico– efectivo, sí requiere un riesgo para el patrimonio estatal, por lo que solo será sancionada la conducta idónea para tal fin.

Décimo octavo.- El Código Penal, establece tres formas en que se manifiesta el interés indebido: **a)** Directamente, que significa que el sujeto activo, exteriorice su interés mediante conductas activas, actos externos y objetivos. **b)** Indirectamente, se produce cuando el sujeto activo, realiza su conducta a través de otras personas o intermediarios. **c)** Por acto simulado, en este supuesto el agente, aparenta que su accionar es imparcial y en pro de la Administración Pública, cuando no es así realmente.

5. Vinculación funcional del agente con el contrato u operación

Décimo noveno.- La regulación de la norma exige como requisito típico el estatus formal de funcionario o servidor público, y que la actuación realizada deba estar en razón al ejercicio de su cargo, ello implica una relación específica vinculada al ámbito de su competencia funcional, el agente actúa en función a las prerrogativas de su cargo. De ahí que su intervención en los contratos que realice el Estado siempre los realiza por imperio de la Ley.

Vigésimo.- En ese sentido, la Corte Suprema, en diversos pronunciamientos ha establecido que dicha relación funcional, debe ser entendida no solo cuando el funcionario tenga esta condición, sino que: “es necesario que cuente con las facultades y competencias para

intervenir en los contratos u operaciones, es decir, posea el poder para participar en ellos”¹⁰, también se define como “aquel funcionario que tiene legítimamente a su cargo el contrato u operación”

Vigésimo primero.- En consecuencia, el agente activo debe ser un funcionario con competencia para intervenir en los contratos u operaciones estatales, ello, por cuanto, solo es posible que se interese indebidamente, en provecho propio o de tercero, si es que se encuentra dentro de su ámbito funcional, las decisiones que materializarán su interés indebido, que recaerá en su propio provecho o de otro.

6. Sobre el caso concreto materia del presente recurso de casación

Vigésimo segundo.- La Sala Penal de Apelaciones condenó a los recurrentes Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, como autores del delito de negociación incompatible, imputando que se interesaron directa e indebidamente vulnerando el principio de imparcialidad en el proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A, en provecho de la empresa Alabama S.A. Cabe señalar que los impugnantes actuaron como funcionarios públicos de la Municipalidad de Melgar, miembros del comité de adjudicación del proceso de exoneración, en cumplimiento de la orden emanada mediante Resolución de Alcaldía N.º 767-2010-MPM-A, del exalcalde de la Municipalidad de Ayaviri – Melgar, Bernardo Natividad Meza, quien los designó, por lo que la actuación se circunscribió en ese ámbito. La sentencia de segunda instancia, indicó que: “‘interesarse indebidamente’, conlleva a la gestión de actos que no se corresponden con el rol del funcionario, quien muestra preocupación por un interés privado”; ello no es correcto, pues este Tribunal aclaró, que siempre el interés se manifestará dentro del ámbito funcional, y por ende, del rol del sujeto activo, la Sala confunde “rol” e “interés en la función pública”.

Vigésimo tercero.- Tanto la imputación como la sentencia materia de grado dan cuenta de las presuntas irregularidades en las que habrían incurrido los encausados, por lo que, para demostrar el “interés indebido”, se adujo la infracción del artículo 10 el primer párrafo del artículo 22 de la Ley de Contrataciones del Estado, así como y el primer párrafo del artículo 129 del Reglamento del Decreto Legislativo 1017; referidos específicamente a la formación del expediente de contratación con el requerimiento del área usuaria, el proceso de selección y los casos en los que se configura la situación de desabastecimiento, supuesto en el cual es posible exonerar el proceso de selección y que el Estado realice una contratación directa, como se hizo en el presente caso. **Vigésimo cuarto.-** Para la configuración del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, se requiere que los agentes

se interesen indebidamente en provecho de un tercero, este Supremo Tribunal advierte lo siguiente:

A. Respecto al proceso de exoneración, el 9 de diciembre de 2010, el comité conformado por los impugnantes, realizó una reunión con el fin de evaluar los requerimientos técnicos y seleccionar a la empresa que se invitará para la exoneración –de conformidad con el artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado–, como consta de fojas cuatrocientos cuarenta y dos, para lo cual analizaron las ofertas de cada empresa postora (Corpagro S.A.C., AGP S.A.C., Asociación Granja Don Bosco Prelatura de Ayaviri y Alabama S.A.); los motivos por los que se descartaron a las primeras tres empresas, fueron por la existencia de un intento de corrupción a uno de los funcionarios de la Municipalidad, la segunda por incumplimiento de un contrato en un proceso de 2008, la tercera porque no reportaba importación de semillas; por lo que, finalmente, se acordó invitar a la empresa Alabama S.A., pues cumplió con presentar todos los documentos exigidos en las bases del proceso. Se aprobó la elevación al titular de la entidad la propuesta de las bases y la convocatoria al proceso de exoneración N.º 001-2010-MPM.A., indicándose el cronograma para la convocatoria, registro de participantes, recepción de propuestas y otorgamiento de la buena pro, que se realizaría desde el 10 hasta el 14 de diciembre de 2010.

B. En cuanto a la situación de desabastecimiento, obra de fojas quinientos cuarenta y seis, la opinión N.º 017-2010-MPM-A/AVLE, de 2 de diciembre de 2010, realizada por el asesor legal externo que, determinó que es procedente la exoneración del plazo de convocatoria del proceso de selección, así también, se adjuntó el informe N.º 185-2010-DDAE-MPM, de 30 de noviembre de 2010, donde se especificó los gastos en los que incurrieron los beneficiarios para la siembra de las semillas requeridas –cuya distribución debía efectuarse a partir del 15 de octubre hasta el 30 de noviembre de 2010 y la instalación desde el 15 de noviembre de 2010 al 15 de enero de 2011– en 1500 hectáreas del distrito de Ayaviri, y a nivel provincial a los distritos de Cupi, Llalli, Santa Rosa y Antauta, los cuales ascendían a S/330, 000. 00 soles.

C. La especificación técnica que modificó el comité especial, se refirió a los porcentajes de germinación y pureza de las semillas, al respecto los impugnantes han sostenido que se hizo, en función del apartado 6 del artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece entre las competencias del comité, el integrar las bases, la misma normativa, en el artículo 60, refiere que: “Las Bases Integradas que se publiquen en el SEACE incorporarán obligatoriamente las modificaciones que se hayan producido como

consecuencia de las consultas, observaciones y/o Pronunciamiento”; es decir, las bases estándar, establecidas originalmente podrían incorporar requisitos técnicos adicionales que considere el comité especial, como se hizo en el presente caso.

D. La variación de cantidades se produjo en razón a que los insumos fueron requeridos para dos proyectos: “Fortalecimiento de la asistencia técnica de Productores Agropecuarios del distrito de Ayaviri, Provincial de Melgar” e “Instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades de la Provincia de Melgar”, ello, a mérito del informe N.º 172-2010-DDA-MPM, de 10 de noviembre de 2010, de fojas quinientos setenta y dos, de José Haytara Carreón, quien comunicó que por acuerdo se incorporó a dichos distritos.

E. Mediante acta de 30 de noviembre de 2010, indicaron que no es posible convocar mediante el Decreto de Urgencia N.º 078-2009, a una licitación pública, por lo que a través de la Resolución de Alcaldía N.º 766-2010-MPM/A. de 6 de diciembre de 2010, se aprobó la exoneración del proceso para la adquisición de semillas de alfalfa, dáctyls e inoculante para los proyectos: “Fortalecimiento de la asistencia técnica de Productores Agropecuarios del distrito de Ayaviri, Provincial de Melgar” e “Instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades de la Provincia de Melgar”.

Vigésimo quinto.- La interpretación que sostuvo la Sala, para condenar a los impugnantes, fue la siguiente: “El tipo no solo exige que el beneficio sea a título personal o tercero sino lo relevante es que su actuación haya infringido los deberes especiales positivos que favorecen los intereses de la administración pública [...] basta que el funcionario encause su conducta más allá de lo debido, poniendo en riesgo su imparcialidad”. “Es suficiente que el funcionario se interese indebidamente en los actos de la administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”.

Vigésimo sexto.- Al respecto, se requiere dar contenido a estos elementos normativos, por lo que se ha establecido en los fundamentos anteriores que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no se configura con el solo incumplimiento de normas de carácter administrativo, que si bien podrían constituir una conducta ilegal, no siempre será delito; sino que es necesario que el interés indebido, sea en provecho propio o de tercero –este último es el que se acusa– y, principalmente, que no es suficiente que el sujeto activo “encause su conducta más allá de lo debido”, como lo ha citado la Sala, pues no es un delito de peligro abstracto sino uno de peligro concreto, por ende, el actuar de los sujetos activos, debe ser de tal entidad que signifique un riesgo inminente para el Estado, en el caso, para la Municipalidad provincial de Ayaviri – Melgar.

Vigésimo séptimo.- No obstante, de lo expuesto, se advierte que la sentencia que condenó a los recurrentes, se basó fundamentalmente en el incumplimiento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como de su Reglamento y atribuyó el provecho de tercero, bajo el hecho que el comité especial atribuyera la buena pro a la empresa Alabama S.A., ante ello, los impugnantes han respondido, en sus recursos así como en el informe oral de 23 de agosto del año en curso, que sus decisiones se fundamentaron en diversas estipulaciones de dicha norma, citada en el considerando vigésimo cuarto. De ahí, que para la configuración del citado ilícito penal, no basta, la realización de acciones contrarias a la normativa administrativa que rige el contrato u operación, sino que es necesario que ese interés constituya un peligro concreto para el correcto funcionamiento de la Administración Pública y no como uno de peligro abstracto, que solo implicaría que se configure la conducta con el solo “interés”, sin tomar en cuenta el elemento “en provecho de tercero”.

Vigésimo octavo.- En ese sentido, revisados los autos se aprecia, que el proceso de exoneración mediante el cual se contrató a la empresa ALABAMA S.A., no significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado, tampoco obra pericia que así lo haya establecido; por el contrario la suma egresada por la Municipalidad se justificó con la adquisición de los insumos ofrecidos por la empresa Alabama S.A., a quien se le exoneró del proceso de selección, con el fin de satisfacer una necesidad para la comunidad de Ayaviri y demás distritos, en caso de no hacerlo habría ocasionado un perjuicio a los pobladores quienes habrían invertido en la preparación de la tierra para la siembra de las señaladas semillas.

Vigésimo noveno.- Asimismo, si bien se cuestiona que la base jurídica de dicho proceso era errónea, no lo son los procedimientos de formación de los actos administrativos cuestionados, y si lo fueran, la conducta sería ilícita –injusto administrativo– pero no delictiva.

Trigésimo.- En consecuencia, la conducta de los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Haytara Carreón, no es típica, por lo que de conformidad con el principio constitucional de presunción de inocencia; debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta.

Trigésimo primero.- De otro lado, el inciso uno del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal, establece que cuando en un proceso hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde, no sean exclusivamente personales. En el caso de autos, el procesado Bernardo Natividad Meza

Álvarez –a quien esta Suprema Sala, declaró inadmisibile su recurso de casación, mediante ejecutoria de doce de abril de dos mil diecisiete– se encuentra en la misma situación jurídica que los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón por cuanto, como indicó la acusación fiscal y la sentencia recurrida, este en su calidad de Alcalde de la Municipalidad, conjuntamente con los procesados impugnantes José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Haytara Carreón, se interesaron indebida y directamente en provecho de la empresa Alabama S.A., incurriendo en la comisión del ilícito de negociación incompatible.

Trigésimo segundo.- Al respecto, como se ha establecido en los considerandos décimo tercero y décimo cuarto, el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto, que implica la idoneidad de la conducta del sujeto activo para poner en riesgo a la Municipalidad, lo que en el caso concreto no se ha determinado, en consecuencia, debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta; por lo que corresponde extender los efectos de la decisión de este recurso de casación al citado procesado Meza Álvarez.

Trigésimo tercero.- Finalmente, dicho ilícito penal tipifica que el interés debe ser en provecho propio o de tercero, este último se habría configurado según la Fiscalía, no obstante, en el expediente no obra indicio que acredite de forma indubitable que el actuar de los agentes se habría realizado para obtener un provecho en tanto que, como se aprecia, la empresa Alabama S.A., cumplió finalmente, con la adquisición de semillas. Por lo que, el tipo penal no debe considerarse realizado si del comportamiento no se dieron las circunstancias propias para poner en peligro la administración pública.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **POR MAYORÍA** declararon: **I. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la Ley Penal: artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal - delito de negociación incompatible; en consecuencia **CASARON** la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 26 de octubre de 2016, que confirmó la de primera instancia de 11 de julio de 2016, que los condenó por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado; a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad, así como la pena conjunta de

inhabilitación por un periodo de tres años; y diez mil soles, como monto por concepto de reparación civil, que deberán abonar en forma solidaria a favor de la parte agraviada.

II. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 11 de julio de 2016, y reformándola: absolvieron a José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado.

III. EXTENDIERON la fundabilidad de la presente decisión en todos sus extremos, respecto al procesado Bernardo Natividad Meza Álvarez, de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal; en consecuencia, **CASARON** la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 26 de octubre de 2016, que confirmó la de primera instancia de 11 de julio de 2016, que lo condenó por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado; a cinco años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 11 de julio de 2016, y reformándola; absolvieron a Bernardo Natividad Meza Álvarez, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado.

IV. ORDENARON la inmediata libertad de los citados encausados siempre y cuando no subsistan contra ellos, orden de detención emanada de autoridad competente. Oficiándose para tal efecto vía Fax a la Sala Penal Superior respectiva.

V. MANDARON la anulación de los antecedentes judiciales y policiales que se hubieren generado en contra de los citados encausados, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso.

VI. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

VII. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas por licencia de la señora Jueza Suprema Pacheco Huancas.

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

CV/Rlc

VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SEQUEIROS VARGAS

VISTOS: los recursos de Casación interpuestos por José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón; con los recuados que se adjuntan al cuaderno de casación; y OÍDO el informe oral.

FUNDAMENTOS DISCORDANTES

PRIMERO. MATERIAS PARA EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Las materias para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial propuestas por los recurrentes, se hallan genéricamente enfocadas en la necesidad de desarrollo de los elementos normativos del tipo de negociación incompatible “interesarse” y “provecho propio o de tercero”, y sobre la relación funcional del funcionario o servidor público con el contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo.

SEGUNDO. LOS MOTIVOS CASACIONALES

El motivo invocado se halla previsto en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, abarca tres supuestos:

- Indebida aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
- Errónea interpretación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
- Falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

El planteamiento casacional, se enfoca en la errónea interpretación asignada a dos elementos del injusto penal de negociación incompatible. Esta causa de casación se produce únicamente cuando, por antonomasia, existe una interpretación correcta de los mencionados elementos; sin embargo dicho supuesto de fundabilidad no se puede afirmar, dado que sobre la materia

no existe un fundamento que vincule a uno u otro órgano jurisdiccional a seguir determinada línea o interpretación.

TERCERO. EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El tipo penal sometido a juicio abarca múltiples supuestos típicos o proposiciones fácticas, que se hallan determinados por elementos normativos. El interés mostrado por los ahora sentenciados, que fue reconocido por el Tribunal Superior, conlleva a la gestión de actos que no se corresponden con su rol del funcionario o servidor público. La muestra de un interés particular, ajeno a la función que cumple para la celebración de determinado contrato conlleva a la conclusión de un afán adicional al correcto desempeño de los funcionarios del Estado. Si el interés se muestra durante el cumplimiento de sus funciones, existe una doble infracción, tanto administrativa, así como penal toda vez que se está aprovechando el ejercicio de la función para un interés personal. La naturaleza de la previsión legislativa de los delitos contra la administración pública radica en la protección de múltiples bienes jurídicos, entre ellos el correcto desempeño de los funcionarios Públicos a favor de quienes el Estado delega representación.

En el delito de negociación incompatible sanciona a un funcionario o servidor público que se interesa por un contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. Por ello, sostener que un funcionario se interesa por un contrato sin infringir sus funciones constituiría una apariencia. Lo concreto es que ningún funcionario o servidor público, a corto, mediano o largo plazo se puede beneficiar personalmente con las decisiones que asuma, toda vez que ello distaría del interés de la función pública. Los funcionarios que se hallan a cargo de la dirección o elección de las adquisiciones del Estado, más allá de los fines políticos que tenga una entidad, debe cumplir el principio de legalidad estipulado en el apartado 1.1 del artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo General que obliga a las autoridades administrativas a actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo a los fines para los que fueron conferidas. La generación de excepciones a partir de las normas constituye una mala justificación para alcanzar los fines políticos de una entidad. El funcionario público encargado de los órganos de línea, asesoramiento y dirección siempre deben vincular su proceder con la norma administrativa. No es adecuado en un Estado de Derecho, ni para el Estado que asumió múltiples decisiones de combate contra la corrupción justificar el quebrantamiento de la norma penal en meras infracciones administrativas, desde luego el reproche de estas últimas no es trascendente o equiparable a la infracción penal; sin embargo la diferencia entre una u

otra, más allá del análisis objetivo que se brinde, debe ser evaluado desde el enfoque subjetivo con el que procedió el imputado.

Por ello, a nivel casacional, dadas las limitaciones de este recurso, no es posible aseverar que determinada conducta fue o no dolosa, toda vez que ello esencialmente requiere actividad probatoria ya fue establecida por dos órganos jurisdiccionales con dicha capacidad. En ese sentido únicamente correspondería la confirmación del fallo proveniente de sede superior, o en su defecto fijar un criterio y bajo dichos alcances ordenar un nuevo juzgamiento en el que se actúe prueba en función a las pautas metodológicas o de interpretación que brinde el tribunal Supremo. En ese sentido, considero que la causa de fundabilidad prevista, no reúne la entidad suficiente para declarar que el Tribunal Superior de Puno incurrió en una errónea interpretación al evaluar el proceder de los sentenciados, pues dicho razonamiento estuvo justificado en base a pruebas actuadas en juicio oral, y a los siguientes indicios:

1. El oficio N° 241-2010, emitido por el Órgano de Control Institucional en el que advierte el riesgo de la contratación indica que la Resolución que aprobaba el proceso de exoneración, contravenía tanto el artículo veintidós de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo ciento veintinueve del Reglamento de la Ley de Contrataciones, toda vez que la cuantía de los productos exonerados superaban los límites previstos para la exoneración.
2. La Resolución de Alcaldía N° 766-2010-MPM/A, fue expedida el seis de diciembre de dos mil diez, aprobando el proceso exonerado y mediante Resolución de Alcaldía N° 767-2010- MPM/A, designó a los miembros del comité especial. Nótese que estas resoluciones se expidieron veinticinco días antes de que culminara el periodo de gobierno municipal.
3. Previa a la exoneración del proceso, se realizaron cinco procesos que de licitación cuyo final fue la declaratoria de desiertos o nulos. Estos antecedentes muestran la ausencia de necesidad para exonerar el proceso de selección por causal de desabastecimiento inminente.
4. Se designó como empresa proveedora, a Alabama S.A. la cual ofertaba diferencialmente mayores en comparación de las otras empresas como Agro Veterinaria “El Altiplano”; y no consideraron que dicha empresa también tuvo antecedentes de incumplimiento en la presentación de requisitos, como la licencia de funcionamiento. Sobre este último extremo la Sala Superior indica que durante el proceso no se acreditó que la empresa Alabama hubiera cumplido con la presentación de todos sus requisitos o con subsanar esta observación.

5. El Comité no justificó las razones objetivas que conllevaron a elegir como proveedora a la Empresa Alabama; sino fueron meras especulaciones que no se subsumen en los supuestos de desabastecimiento por el cual exoneraron el proceso.

DECISIÓN DISCORDANTE

Por estas razones, **MI VOTO** es porque:

I. SE DECLARE NULO el concesorio de recurso de Casación expedido por Ejecutoria Suprema de doce de abril de dos mil diecisiete.

II. SE DECLAREN INFUNDADOS los recursos de casación, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial interpuestos por los sentenciados José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytará Carreón, por el motivo casacional previsto en el inciso 3 del artículo 429 del NCPP, errónea interpretación del artículo 399 del Código Penal; y en consecuencia ratificar en todos sus extremos la Sentencia de Vista N.º 106-2016, expedida por los integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román, de la Corte Superior de Justicia de Puno que los condenó como autores del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado.

III. DISPONER el archivo definitivo de lo actuado, y se remitan los autos al Tribunal de origen para los fines correspondientes, sin perjuicio de leer estos fundamentos en la Audiencia de Lectura de Sentencia Casatoria.

S.S.

SEQUEIROS VARGAS

COMENTARIO: en los Fundamentos de sentencia de segunda instancia utilizan palabras que llevan al punto en precisión, sin embargo subjetivamente la segunda sala penal transitoria en el recurso de casación interpuesto lo interpretan de una manera discordante con la sentencia emitida en primera instancia, la cual fue confirmada por sala penal de apelaciones de la sede San Ramón de la Corte Superior de Justicia de Puno. En la que señala Sancinetti, que debido a que el tipo penal no exige un perjuicio efectivo para la administración pública, se constituye pues un delito de peligro.

Siendo que en la presente sentencia los imputados tienen la calidad de funcionarios públicos con competencia directa sobre el proceso quienes se interesaron en forma directa e indebida violando el principio de imparcialidad, favoreciendo a la empresa ALAMA S.A.

De igual manera señalan que, el bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exigiendo que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutelando la transparencia e imparcialidad de los funcionario y

servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario. De esta forma la norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la administración pública que pueda significar un riesgo para ella. Siendo que el tipo penal no exige un perjuicio efectivo para la administración, constituyéndose en un delito de peligro.

El Fundamento del recurso de Casación, es que la sala aprecia que el proceso de exoneración mediante el cual se contrató a la empresa ALAMO S.A, no significa un peligro efectivo para el patrimonio del Estado, aun cuando se presentó las cotizaciones más altas, mediante el decreto de urgencia N° 78-2009, el mismo que no resulta ser aplicable por que la consignación de la empresa es mayor al monto estipulado que es de S/.555,000.00,y aún más se presentaron empresas con un menor monto, y el comité no justificó las razones objetivas que conllevaban a elegir como proveedor a la empresa ALABAMA, siendo que posteriormente se realizó una sesión extraordinaria de concejo municipal en la que omitieron que la situación de desabastecimiento inminente es en forma parcial para resolver tal problema en un periodo corto de desabastecimiento y luego proceder con los procesos normales, pero se llevó a cabo este proceso de manera irregular, además se consideró especificaciones técnicas no requeridas por el área usuaria, pudiéndose observar que existe un interés indebido en razón del cargo del funcionario público, para obtener un interés, ya que todos los elementos probatorios recopilados llevan a tal conclusión, pues a sabiendas que con la ley 1017, ahora ya derogada tenía un tiempo estipulado para subsanar y seguir con el proceso de acuerdo a ley, el cual no se cumplió, además que la OCI (oficina de control interno) determinó que existió un perjuicio económico, y que no se dio la situación de desabastecimiento toda vez que no podía existir este en el marco de los insumos, sino que los acusados pedían requisitos que no podían cumplir los proveedores, para lo cual se designó a los miembros del comité especial, 25 días antes de culminar el periodo de gobierno gubernamental; y según el historial, previo proceso de exoneración, se realizaron cinco procesos más de licitación los cuales fueron declarados en desierto o nulos.

Sin embargo la sala penal transitoria declara FUNDADA POR MAYORIA el recurso de casación revocando la sentencia de primera instancia emitida por el juzgado mixto unipersonal y penal liquidador de la provincia de Melgar de la corte superior de justicia de puno, por el delito de negociación incompatible.

Existiendo un **VOTO DISCORDANTE**, puesto que como indica el juez Sequeiros Vargas, la naturaleza de la previsión legislativa de los delitos contra la administración pública radica en la protección de múltiples bienes jurídicos, entre ellos el correcto desempeño de los funcionarios públicos a favor de quienes el Estado delega representación.

El delito de negociación incompatible sanciona a un funcionario o servidor público que se interesa por un contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. Por ello, sostener que un funcionario se interesa por un contrato sin infringir sus funciones constituirá una apariencia. Lo concreto es que ningún funcionario o servidor público, a corto, mediano, o largo plazo se pueda beneficiar personalmente con las decisiones que asuma, toda vez que ello distaría del interés de la función pública; obtenido un interés particular ajeno a esta, conllevando a un incorrecto desempeño de los funcionarios del Estado.

2. SENTENCIA DE CASACIÓN N° 67-2017 -LIMA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA

El delito de negociación incompatible es un tipo subsidiario, de peligro, no cabe la modalidad omisiva respecto al elemento normativo “interesarse directamente”, por cuanto, en el caso concreto, significaría reprimir penalmente la conducta del imputado por el solo incumplimiento de normativa de carácter administrativo, de ahí que dicho tipo penal debe interpretarse en función de los principios de ultima ratio del Derecho Penal (subsidiariedad y fragmentariedad).

Lima, once de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS: En audiencia pública; los recursos de casación interpuestos por el sentenciado Jorge Luis Vergel Polo y por las empresas Consorcio DHMONT & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., contra la sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; y revocó dicha sentencia en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y reformándola, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Ventura Cueva.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. El Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, formuló acusación penal, de fecha uno

de julio de dos mil trece, contra: **a)** Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Pedro Elmer Morales Gonzales en calidad de autores de los delitos contra la Administración Pública negociación incompatible y omisión de actos funcionales, y contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones en documentos, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República. **b)** Ricardo Mont Ling, Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi, en calidad de cómplices primarios del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República. **c)** Miguel Alcides Saldaña Rojas, en calidad de autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso, en agravio del Estado representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República y de Carlos Alberto Foronda Claussi.

Segundo. Con fecha nueve de julio de dos mil trece, se integró la acusación de uno de julio de dos mil trece. Respecto al tercero civil, se indicó que mediante resolución de cuatro de julio de dos mil doce, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dispuso la incorporación como terceros civilmente responsables, a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L., por lo que, la reparación civil que, eventualmente se determine deberá ser asumida por éstas de modo solidario, conjuntamente con el acusado Ricardo Mont Ling, respecto de la primera empresa; y respecto de la segunda, con los acusados Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi.

Tercero. El Segundo Juzgado de investigación Preparatoria Especializado en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, mediante resolución de uno de junio de dos mil quince, dictó auto de enjuiciamiento en los siguientes términos, contra:

a) Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, en calidad de autores de los delitos contra la Administración Pública-negociación incompatible y omisión de actos funcionales, y por el delito contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones de documentos en agravio del Estado. **b)** Ricardo Mont Ling y Carlos Alberto Foronda Claussi, en calidad de cómplices primarios del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado. **c)** Miguel Alcides Saldaña Rojas, como cómplice primario del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible en agravio del Estado y como autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso en agravio del Estado y Carlos Alberto Foronda Claussi.

El Juez solicitó se le imponga a Jorge Luis Vergel Polo, seis años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años. A Jorge Luis Núñez Smith, cinco años y seis meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años; a Ricardo Mont Ling y Carlos Alberto Foronda Claussi, cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años; y contra Miguel Alcides Saldaña Rojas, seis años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años.

Indicó como terceros civilmente responsables a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C e HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Asimismo, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, sustentó su pretensión resarcitoria en la suma de quinientos treinta y un mil trescientos cincuenta y seis soles, que deberá ser abonada por los acusados Núñez Smith, Vergel Polo, Mont Ling, Saldaña Rojas, y Foronda Claussi, de forma solidaria a favor del Estado, conjuntamente con los terceros civilmente responsables DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Por otro lado, respecto al daño causado en agravio de Carlos Alberto Foronda Claussi, el Ministerio Público sustentó su pretensión resarcitoria en la suma ascendente a tres mil soles por el daño extra patrimonial causado, que deberá abonar el acusado Miguel Alcides Saldaña Rojas de forma solidaria a favor del Estado, conjuntamente con el tercero civilmente responsable HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Cuarto. A través de la resolución de veinticinco de agosto de dos mil quince, el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, dispuso la instalación del juicio oral, realizándose en las sesiones en diversas fechas de los meses de septiembre, octubre, noviembre, diciembre de dos mil quince, y enero, febrero, marzo, abril y mayo de dos mil dieciséis.

Quinto. Mediante sentencia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, falló: **i)** Declarando que la conducta imputada por el Ministerio Público a los procesados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, como presuntos autores del delito contra la Administración Pública-omisión de actos funcionales, tipificado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, y la conducta imputada contra los mismos, como presuntos autores del delito contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones en documentos, tipificado en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Penal, se adecúan a la conducta imputada por el delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible, prevista en el artículo trescientos

noventa y nueve del Código Penal, en agravio del Estado. **ii)** Declarando a Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República. A Carlos Alberto Foronda Claussi, como cómplice primario del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado; como tales, se les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por tres años e inhabilitación por el plazo de tres años. **iii)** Absolviendo a Miguel Alcides Saldaña Rojas de la imputación penal en su contra, como presunto cómplice primario del delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible, y como presunto autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso, en agravio del Estado. **iv)** Declarando fundada, en parte, la pretensión del actor civil en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi, así como respecto de los terceros civilmente responsables, empresa DHMONT & CG & M S.A.C. y empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L.; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil, deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria, precisándose proporciones predeterminadas de pago por cada uno de los citados, en razón a los hechos dañosos: siete por ciento corresponde a Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, seis por ciento del monto total, que deberá abonar el sentenciado Carlos Alberto Foronda Claussi, sesenta por ciento, deberá abonar la empresa DHMONT & CG & M S.A.C., y veinte por ciento deberá abonar la empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Sexto. Los sentenciados Carlos Alberto Foronda Claussi, Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables Consorcio DHMONTH & CG & M S.A.C e HIDROINGENIERÍA S.R.L., apelaron dicha sentencia y su recurso fue concedido. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, **CONFIRMÓ** la de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; **REVOCÓ** el extremo que declaró a Carlos Foronda Claussi como cómplice primario del delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible en agravio del Estado, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años, **REFORMÁNDOLA LO**

ABSOLVIERON de dicha imputación; **REVOCÓ** dicha sentencia en el extremo que declaró fundada, en parte, la pretensión del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y **REFORMÁNDOLA**, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S. A. C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA.

Séptimo. Ante dicho fallo, las defensas técnicas de los sentenciados Jorge Luis Vergel Polo, Jorge Luis Núñez Smith y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S. R. L., interpusieron sus respectivos recursos de casación contra la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante resolución de dieciocho de enero de dos mil diecisiete, la Primera Sala Penal de Apelaciones resolvió admitir los recursos de casación interpuestos por Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S. R. L., e inadmisibles el recurso de casación de Jorge Luis Núñez Smith, señalando que: “No precisó puntualmente el desarrollo de doctrina jurisprudencial que se pretende”.

Octavo. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de veintiuno de marzo de dos mil diecisiete, que declaró bien concedidos los recursos de Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C, e HIDROINGENIERÍA S. R. L.

Noveno. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia con los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día once de julio de dos mil diecisiete, a horas diez y cincuenta de la mañana.

CONSIDERANDOS

ASPECTOS GENERALES

Primero. De conformidad con la Ejecutoria Suprema de veintiuno de marzo de dos mil diecisiete –calificación de casación–, obrante a fojas ciento dieciocho del cuadernillo formado en esta instancia, fueron declarados bien concedidos los recursos:

A) Por las causales previstas en los incisos uno y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-vulneración de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales.

B) Para desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de errónea interpretación de la Ley Penal, artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal-delito de negociación incompatible, sustentada en la causal prevista en inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

1. Imputación Fáctica

Segundo. El requerimiento Fiscal de acusación penal, describió los siguientes hechos: Mediante Decreto de Urgencia número cero cero cuatro-dos mil nueve, publicado el diez de enero de dos mil once, se creó el “Programa Nacional de Recuperación de Instituciones Públicas Educativas Emblemáticas y Centenarias”, donde se incluyó la ejecución de la obra: “Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura Educativa y Equipamiento de la I.E. diez setenta- Melitón Carbajal”, habiéndose aprobado el expediente técnico de esta obra por Resolución Jefatural número seiscientos veintinueve-dos mil nueve-ED, de veintitrés de abril de dos mil nueve, contando con la conformidad de la Jefatura de Estudios y Proyectos de la OINFE (Oficina Nacional de Infraestructura Educativa), previa recomendación de un equipo de profesionales revisores, con un costo a suma alzada de dieciocho millones novecientos setenta y seis mil cuatrocientos sesenta y un mil soles con cuarenta céntimos(S/18,976,471.40).

Al amparo del mencionado Decreto de Urgencia, el Ministerio de Educación, previa exoneración del proceso número cuarenta-dos mil nueve-ED/U.E ciento ocho, suscribió de modo directo el contrato de obra nominado “Contrato número setenta y ocho-dos mil nueve-ME7SG-OGAUA-APP de veinticinco de mayo de dos mil nueve con el CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C.”, representado por Ricardo Mont Ling, por la cantidad señalada, con un plazo de ejecución de doscientos setenta días calendarios y bajo el sistema de contratación a suma alzada.

Asimismo, previa exoneración del proceso número cuarenta y cuatro-dos mil nueve-ED/U.E ciento ocho, el Ministerio de Educación, suscribió de modo directo el “Contrato

número ciento veinticuatro-dos mil nueve ME/SG-OGA-UA-APP de siete de agosto de dos mil nueve con la empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L.”, representado por Miguel Alcides Saldaña Rojas, para la supervisión de la obra antes indicada, por el monto de trescientos sesenta y siete mil quinientos sesenta y siete con veinte céntimos, por un plazo de ejecución de trescientos días calendarios.

2. Imputación específica al recurrente Jorge Luis Vergel Polo

Tercero. Se imputó a Pedro Elmer Morales Gonzales, jefe de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, Jorge Luis Vergel Polo, Jefe del Área de Obras de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, y Jorge Luis Núñez Smith, Coordinador en el Área de Obras-Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento de la OINFE, que en su condición de funcionarios públicos, orientaron sus actos de gestión apoyados por intereses distintos a los de la entidad pública (Oficina de Infraestructura Educativa) a la que representaban, transgrediendo los términos contractuales y la normatividad vigente: Decreto Legislativo número mil diecisiete, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento), Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro-dos mil ocho-EF y el contrato número setenta y ocho-dos mil nueve-M/SG-OGA-UA-APP, para cuyo efecto, eludieron sus obligaciones, emitiendo pronunciamientos en las que omitieron hechos relevantes en cuanto a la ejecución del cambio de material de techo y piso del gimnasio, por parte del CONSORCIO DHMONT; haciendo caso omiso a la opinión de asesoría jurídica, incluso continuaron con darle el trámite, dando conformidad a la solicitud del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluían los componentes cuestionados; el cambio de material en la cobertura del gimnasio de “policarbonato translúcido celular de ocho milímetros a polipropileno (calaminón); así como el cambio de material del piso del gimnasio de parquet a piso laminado”, lo que originó la aprobación irregular del presupuesto adicional de la obra. Ello ocasionó perjuicio al Estado, porque liberaron al contratista Consorcio DHMONTH de la obligación de instalar dichos materiales, por la suma de doscientos sesenta y nueve mil setecientos veinticinco soles (S/269,725.00) y generaron un importe indebido por pagar de doscientos sesenta y un mil, seiscientos treinta y dos soles con veinte céntimos (S/261,632.20), por la construcción e instalación, por parte de la empresa DHMONT, representado por el imputado Mont Ling. Mediante este accionar, se interesaron de manera directa, en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material. Para estos efectos, se contó con la participación dolosa de Ricardo Mont Ling, Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto

Foronda Claussi, toda vez que su participación en calidad de representante legal de la empresa DHMONT & CG & M S.A.C., y representantes de la empresa supervisora HIDROINGENIERÍA S.R.L. respectivamente, era imprescindible para que se aprobara indebidamente el adicional de obra número ocho.

3. Fundamentos de la sentencia de primera instancia

Cuarto. El Tercer Juzgado Unipersonal de Lima, condenó al procesado Jorge Luis Vergel Polo, señalando lo siguiente: **i)** Se ha probado en el juicio que los funcionarios públicos Vergel Polo y Núñez Smith, estuvieron en la posibilidad de anular la realización de trabajos diferentes a los planos. **ii)** El procesado Vergel Polo procedió con disfuncionalidades en el ejercicio de su cargo, tanto más, cuando sus deberes se encontraban vinculados a trámites adicionales, así respecto a su contrato administrativo de servicios (CAS) de veintinueve de marzo de dos mil diez, se estipulaba aprobar, revisar, evaluar los expedientes relacionados a la liquidación de obras, valorizaciones, presupuestos adicionales, teniendo vinculación con los cambios de material de techo y piso del gimnasio, pues pertenecía al área de obras de OINFE. **iii)** Se interesó indebidamente en provecho de terceros ajenos a la entidad que representaba, en el caso, al Ministerio de Educación, en la operación que intervino por razón de su cargo. **iv)** Se debe tener en cuenta que sus conductas se enmarcaron en omisiones funcionales o de rol, como contenido de aquel “interés indebido en provecho de terceros”, que no necesariamente se decanta por un despliegue funcional positivo (acciones, actuaciones), sino también por uno negativo, es decir, en relación a omisiones.

Respecto a la reparación civil de los terceros civilmente responsables, DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., argumentó: **i)** Ambas empresas suscribieron contratos con el Ministerio de Educación, la primera a través de su representante legal Ricardo Mont Ling, y la segunda a través de Miguel Saldaña Rojas. **ii)** Ambas empresas tuvieron un operador directo en la obra, quienes las representaba, como Martín Sarmiento Guerra y Carlos Foronda Claussi, quienes vulneraron su rol en cuanto a la ejecución de trabajos en el techo y piso del gimnasio de la institución educativa. **iii)** Ambas empresas no cumplieron con sus respectivas obligaciones contractuales.

4. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

Quinto. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, condenó al recurrente Vergel Polo, señalando lo siguiente: **i)** Si bien es cierto, desde el cargo que desempeñaba, como ha alegado, no aprobó ni autorizó los adicionales; también lo es que transgrediendo

los términos contractuales y la normativa vigente y, sin tener en cuenta la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica, continuó con el trámite del presupuesto adicional número ocho, efectuado por el contratista consorcio DHMONT & CG & M S.A.C. **ii)** El procesado insistió en dar en conformidad el adicional de obra número ocho, sosteniendo que consideraba pertinente la aclaración y solicitó se envíe nuevamente de asesoría para su pronunciamiento final. **iii)** El recurrente Vergel Polo, omitió consignar en su informe que el contratista ya había ejecutado la instalación del techo y piso laminado.

Respecto a la reparación civil de los terceros civilmente responsables, DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., argumentó: **i)** Luego de establecer los hechos de responsabilidad contractual de los terceros civilmente responsables, en razón a que suscribieron contratos con el Ministerio de Educación. **ii)** Al no haber encontrado responsabilidad en el procesado Foronda Claussi, que genere consecuencias jurídico-civiles, debe recomponerse la distribución porcentual del pago de la reparación civil, fijada en la sentencia de primera instancia.

5. Agravios de los recurrentes

De la empresa consorcio DHMONT & CG & M S. A. C.

Sexto. La empresa DHMONT & CG & M S. A. C., fundamentó su recurso de casación con los siguientes argumentos: **i)** El Ministerio Público requería la condena de Ricardo Mont Ling (Gerente General); como cómplice primario del delito de negociación incompatible; sin embargo, no existió proceso penal en su contra; y ningún representante ni subordinado de la empresa se encuentra procesado. **ii)** El juez de primera instancia incorporó a la empresa como tercero civilmente responsable, fundamentándose en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, que señala: “Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo”. **iii)** La Sala señaló que HIDROINGENIERÍA y CONSORCIO DHMONT & CG & M S. A. C., suscribieron contratos con el Ministerio de Educación, respectivamente, a través de sus representantes legales, surgiendo responsabilidad civil, por parte de dicha empresa, a partir del no cumplimiento de sus obligaciones ante el Ministerio de Educación. **iv)** Se vulneraron las normas que garantizan el principio de congruencia procesal, sobre la inaplicación del inciso uno del artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, la debida motivación de las resoluciones judiciales, y la cosa juzgada. **v)** El consorcio DHMONT ejecutó la totalidad de la obra; sin embargo, existe pendiente el presente proceso judicial, sobre una adenda al contrato; pues

en la relación contractual, el Estado debió entregar al contratista un expediente técnico, indispensable para ejecutar la obra; pero le entregaron uno con errores. **vi)** La sentencia, no se pronunció sobre los argumentos de la parte civil e incorporó hechos distintos a los invocados por dicha parte; incorporando además nuevos fundamentos, el de “incumplimiento contractual”. **vii)** El actor civil (Procurador Público de la Contraloría General de la República) estableció en su pedido, que debe condenarse a la reparación civil al CONSORCIO DHMONT, debido al accionar de su gerente general, Ricardo Mont Ling; es decir, estableció una responsabilidad vicarial, basada en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil. **viii)** El Gerente General de la empresa, Ricardo Mont Ling, ha sido excluido del proceso penal, por sentencia del Quinto Juzgado Constitucional, que declaró fundado un proceso de amparo; cosa juzgada que desconoce la sentencia de vista, por cuanto han juzgado su conducta y emitido pronunciamiento, sin haber ejercido su derecho de defensa, sancionando a su empresa con el pago de la reparación civil.

De la empresa HIDROINGENIERIA S. R. L.

Séptimo. La defensa técnica de la citada empresa, alega como causales, las previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, expresando los siguientes argumentos: **i)** Se vulneró la prohibición de reforma en peor, pues se aumentó el monto de la reparación civil sin que el Procurador haya impugnado. **ii)** No se respondió su cuestionamiento, sobre la falta de verificación del elemento de la responsabilidad civil: nexo causal entre la actuación dependiente de la Empresa y los supuestos daños ocasionados al Estado, pues la modificación del informe de la Empresa en el presupuesto adicional de Obra número ocho, produjo la ruptura del nexo causal. **iii)** Existe ilogicidad en la sentencia de vista, pues no obstante haberse señalado que se trata de un caso de responsabilidad extracontractual; luego, el extremo que fijó la reparación civil se basó en un supuesto de responsabilidad contractual.

Del sentenciado Jorge Luis Vergel Polo

Octavo. El recurso de casación interpuesto por el recurrente se fundamenta en que: **i)** El informe número mil ciento ochenta y ocho-dos mil diez-ME/VMGI-OINFE—OBRAS, fue ofrecido y admitido en la etapa intermedia y, por un error del Ministerio Público, no se oralizó, por lo que no debió ser incorporado al proceso; sin embargo, este documento sirvió para sustentar una sentencia condenatoria. **ii)** La Sala de Apelaciones vulneró las garantías de derecho de defensa, derecho a la prueba y a la verdad, al no admitir la prueba testimonial de Wilber García Vera y Antonio Chumpitaz Peraldo, quienes evaluaron y aprobaron los

cambios de especificaciones del expediente técnico; con esas declaraciones se pretendió probar que el recurrente laboraba en el área de proyectos y no en el de obras. **iii)** Existe un contraindicio muy sólido, esto es, que el área competente para tomar la decisión de los materiales originales, fue el de proyectos, conforme lo especificó el “Manual para la ejecución de obras”. **iv)** Se vulneró la garantía de la presunción de inocencia y violación de la libertad de ejercicio de la función pública, vulneración del principio de culpabilidad y prohibición de ser sancionado por el hecho de un tercero. **v)** Las pruebas indirectas actuadas no reflejan el incumplimiento de las funciones del recurrente, en relación a los hechos generadores del reproche penal. La Sala, repitiendo el error del juez de primera instancia, consideró que se cometió el delito de negociación incompatible, cuando el autor incumplió su rol funcional, es decir, su conducta fue totalmente neutra. **vi)** La Corte Suprema debe desarrollar doctrina jurisprudencial, sobre la correcta interpretación del artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, que tipifica el delito de Negociación Incompatible, a fin de determinar si el tipo penal puede configurarse a través de una conducta omisiva, o solo puede cometerse por acción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales

Noveno. El inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y el artículo trescientos noventa y cuatro, inciso tres del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, señalan que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial, en ese sentido, garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso.

Décimo. El Tribunal Constitucional, en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho, queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. b) Falta de motivación interna del razonamiento. c) Deficiencias en la motivación externa. d) La motivación insuficiente. e) La motivación sustancialmente incongruente. f) Motivaciones cualificadas.

Décimo primero. De igual forma, la Corte Suprema, en la sentencia casatoria número ocho-dos mil siete-Huaura, de trece de febrero de mil ocho, señaló que el recurso casación no configura una nueva y tercera instancia; al contrario, al ser un recurso extraordinario, tiene

facultades limitadas a motivos tasados; por ende, no se pueden valorar las pruebas, pero sí se puede hacer un control de la motivación de las resoluciones judiciales.

Décimo segundo. Respecto a la vulneración de esta garantía; la defensa técnica de la empresa consorcio DHMONT & CG & M S. A. C., sostuvo que el actor civil, Procurador Público de la Contraloría General de la República, estableció en su pedido que debe condenarse a la reparación civil al citado consorcio, debido al accionar de su Gerente General, es decir, estableció una responsabilidad vicarial, basada en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, sin embargo, las sentencias no motivaron debidamente esta responsabilidad.

Décimo tercero. De otro lado, la defensa de la empresa supervisora HIDROINGENIERIA S. R. L., en su recurso correspondiente, argumentó que la sentencia fue expedida con manifiesta ilogicidad, porque pese a que la resolución objeto de apelación determinó que este era un caso de responsabilidad civil extra contractual, por aplicación del artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil; sin embargo, la sentencia materia de recurso estableció la reparación, en un supuesto de responsabilidad contractual.

Décimo cuarto. En síntesis, ambas empresas cuestionaron que fueron incluidas como terceros civilmente responsables, en razón a la imputación generada a sus representantes legales; sin haberse acreditado previamente que se cumplieron los requisitos para vincular esta responsabilidad con la del tercero. El defecto de motivación que alegan en concreto, es la falta de motivación externa.

Décimo quinto. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, que las deficiencias en la motivación externa, justificación de las premisas: “se presenta cuando un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento”.

El tercero civilmente responsable

Décimo sexto. El Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, en su fundamento jurídico número veinticuatro, estableció que la reparación civil se presenta como una institución de naturaleza jurídica-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido. Procesalmente, está informada por los principios dispositivo y de congruencia[...] a tono con la naturaleza

privada de la responsabilidad civil ex delicto, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal, el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.

Décimo séptimo. La reparación civil puede accionarse contra el tercero civilmente responsable, que es definido como aquella persona natural o jurídica, que sin haber participado en la comisión del hecho punible, interviene en el proceso penal a efectos de responder económica y solidariamente a favor del agraviado; por lo cual, debe tener una relación especial con el imputado y con el delito.

Décimo octavo. El Título V de la Sección IV del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, contempla sobre este sujeto procesal, estableciendo en su artículo ciento once lo siguiente: “1. Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil. 2. La solicitud deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100-102, con indicación del nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico con el imputado”.

Décimo noveno. Es decir, el Código Procesal Penal citado, contiene como presupuestos para ser considerado como tercero civilmente responsable, lo siguiente: a) Acreditar la existencia de responsabilidad civil generada como consecuencia del delito. b) La responsabilidad debe tenerla conjuntamente con el imputado, lo que significa, la necesidad de su vínculo jurídico con el imputado.

Vigésimo. Respecto al primero, debe precisarse que el fundamento de la responsabilidad civil, que genera la obligación de reparar, es la existencia de un daño de naturaleza civil, causado por un ilícito penal, que no puede identificarse como ofensa penal. De ahí que, el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido. En este sentido, como lo señaló la Corte Suprema a través del Recurso de Nulidad número mil novecientos sesenta y nueve-dos mil dieciséis, en su fundamento jurídico vigésimo: “La reparación civil abarca el resarcimiento del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, cuya funcionalidad debe corresponderse con las consecuencias directas y precisas que el delito generó a la víctima, por lo que su estimación debe ser proporcional al daño causado”.

Vigésimo primero. Ahora bien, para determinar la existencia de la responsabilidad civil y que ésta recaiga sobre el imputado o sobre el tercero civilmente responsable, se deben presentar los siguientes elementos: a) El hecho causante del daño está constituido por la

conducta del agente, que en su accionar afectó al bien jurídico. b) El daño o perjuicio. c) Relación de causalidad, que se constituye en el nexo o vínculo existente entre la acción y el resultado. Producido el daño o constatada su materialidad, es necesario determinar si existió un causante. d) Factores de atribución de responsabilidad, subjetivos (dolo y culpa) y objetivos (riesgo y peligro creados). Vigésimo segundo. Sobre el segundo, para incorporar a una persona como tercero civilmente responsable, es necesaria la existencia de un vínculo jurídico con el imputado. Ahora bien, este vínculo jurídico, es interpretado desde la normativa prevista en el Código Civil, contenida en el artículo mil novecientos ochenta y uno, que prevé lo siguiente: “aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio de su cargo o en cumplimiento del servicio respectivo”.

Vigésimo tercero. Esta figura regula la denominada responsabilidad vicarial; constituida como un criterio de imputación, para definir la relación que existe entre el responsable y el sujeto que causó el daño; en este sentido, puede afirmarse que existe un vínculo jurídico cuando se presenta: **a)** Una relación de subordinación del tercero. **b)** Que el subordinado cause daños. **c)** Que el daño se realice en el ejercicio de un cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. De ahí, que como lo afirma un sector de la doctrina “la norma solo ha sido concebida para los casos en que, el actuar ilícito ha sido realizado por una persona que se encuentra bajo las órdenes de otra, ejecutando solo las decisiones de esta última”.

Sobre el caso concreto materia de recurso de casación

Vigésimo cuarto. Ahora bien, sobre la situación del primer impugnante, la sentencia materia de grado atribuyó la reparación civil al consorcio DHMONT & CG & M S.A.C., incluyéndolo como tercero civilmente responsable, pues la imputación fiscal calificó la conducta de Ricardo Mont Ling, representante legal de dicho consorcio, como la de cómplice primario del delito de negociación incompatible.

Vigésimo quinto. La Procuraduría Pública, para fundamentar su pedido de incorporación de esta empresa, como tercero civilmente responsable, sostuvo que por haber participado en la comisión de los hechos se han generado daños y perjuicios al Estado, en tanto, la responsabilidad civil le es inherente. Por su parte, el Juzgado se basó en lo contenido en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil; mientras que la sentencia de segunda instancia, señaló que “la determinación de la responsabilidad civil no está basada solamente en el mandato legal, sino que deriva del hecho que el imputado vulneró el bien jurídico con su accionar”.

Vigésimo sexto. Revisadas las piezas procesales del presente proceso, se advierte que Ricardo Mont Ling, representante legal del Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C., mediante requerimiento de acusación penal de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa, se le atribuyó la calidad de cómplice primario del delito de negociación incompatible y, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de uno de junio de dos mil quince, dictó el auto de enjuiciamiento en contra el citado Mont Ling en dichos términos. Sin embargo, antes del inicio del juicio oral fue excluido del proceso no siendo juzgado ni condenado, ni tuvo la condición de procesado hasta finalizar la presente causa, en su escrito la defensa refiere que mediante el Proceso de Amparo de treinta de enero de dos mil quince, emitido por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, declaró fundada la demanda de Ricardo Mont Ling, contra el Poder Judicial, declarando la nulidad de la resolución de nueve de octubre de dos mil trece, dictada por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, por la afectación de los derechos a la debida motivación.

Vigésimo séptimo. Pese a ello, la sentencia de primera instancia declaró fundada la pretensión del actor civil, en relación al tercero civilmente responsable, Gerente General de la empresa DHMONT & CG & M S.A.C. Asimismo, la sentencia de segunda instancia declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, respecto al citado consorcio y aumentó el monto de la reparación civil

Vigésimo octavo. En ese sentido, estando a que no se incluyó en el proceso a Ricardo Mont Ling, representante legal del Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C. y, por ende, no se determinó el daño resarcible económicamente que habría causado, respecto del cual deba responder su empleadora; entonces, no existió la relación de causalidad (causaefecto); que constituye uno de los presupuestos para la aplicación de la reparación civil; esto es, que se haya presentado el daño y que una vez producido o constatada su materialidad, se determine si existió un causante, lo que no se cumplió porque el imputado, Gerente General de la mencionada Empresa, fue excluido del proceso.

Vigésimo noveno. Este mismo razonamiento, corresponde aplicar para el caso de la empresa Supervisora HIDROINGENIERIA S. R. L., debido a que, se le incluyó como tercero civilmente responsable del delito de negociación incompatible, por la imputación recaída en Carlos Alberto Foronda Claussi, Supervisor de Obra de esta empresa. Respecto a este procesado, la sentencia de primera instancia lo condenó como cómplice primario del citado delito; empero la Sala de Apelaciones revocó dicha condena; y reformándola, lo absolvió de dicha imputación. No obstante esta absolución, la sentencia de vista no explica el por qué,

luego de haber absuelto al imputado, se le impuso un monto de reparación civil a la empresa empleadora de dicho procesado, si no se determinó el hecho causante del daño civil, siendo inexistente el factor de atribución, relacionado con el actuar doloso; los cuales sustentarían la responsabilidad civil de la empresa Supervisora y que es fundamento de la responsabilidad civil ex delicto; lo que en el caso no sucedió.

Trigésimo. En consecuencia, la sentencia materia de grado vulneró la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales; por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez, por cuanto a pesar de que estableció la obligación del pago de la reparación civil a las empresas recurrentes; sin embargo, no precisó los fundamentos de su imposición, pues para realizar un análisis jurídico sobre la declaración del tercero civilmente responsable; era necesario dilucidar, en primer lugar, sobre qué hechos lesivos se hace esta declaración de responsabilidad, que en el caso no se determinaron, debido a que no existió el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y el agente que lo hizo. Si bien, la afectación a la motivación, implicaría la nulidad del proceso; sin embargo, advirtiéndose que en el proceso no existen los elementos indispensables para la atribución de responsabilidad a los terceros civilmente responsables; corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, para evitar dilaciones indebidas y perjuicio a las partes; por lo que corresponde declarar improcedente la pretensión del actor civil, respecto a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Trigésimo primero. De otro lado, la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones incrementó el monto de la reparación civil, impuesta en primera instancia a la empresa impugnante HIDROINGENIERÍA S.R.L., a pesar que el actor civil, constituido por la Procuraduría no recurrió; por lo que vulneró el principio dispositivo, que señala que la sentencia no podrá sobrepasar el monto pedido por el Fiscal y, en su caso, por la parte civil. En este principio, la pretensión civil encuentra su límite, de ahí que toda variación, en contra de los responsables sin que haya recurrido la parte afectada implica una mutatio libeli prohibida por la normativa Procesal Penal y Procesal Civil.

II. Sobre la errónea interpretación de la Ley Penal

El delito de negociación incompatible

Trigésimo segundo. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tiene como fuente el artículo doscientos sesenta y cinco del Código Penal Argentino, ambos contienen como fuente común al artículo cuatrocientos treinta y nueve del Código

Penal Español, que a diferencia de nuestra legislación, el primero lo ubica en un capítulo independiente sobre negociaciones incompatibles. En este sentido, su ubicación ha sido cuestionada por la doctrina nacional, proponiéndose incluso la creación de una sección específica para las negociaciones incompatibles.

Trigésimo tercero. Nuestro legislador, lo situó en la sección IV del Código Penal-Delito de corrupción de funcionarios, por lo que constituye una modalidad de corrupción, por ende, la conducta del sujeto activo se desenvuelve con esa orientación; es decir, en la utilización de potestades públicas para el interés privado, que difiere del general que se encuentra constituido por mandato legal¹¹, por ello, se descarta, prima facie, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa.

Trigésimo cuarto. El artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, lo tipifica del siguiente modo: “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 [...]”.

Análisis del tipo penal

Trigésimo quinto. En razón a la configuración y ubicación del delito de negociación incompatible, en la Sección IV del Código Penal, referida a corrupción de funcionarios; es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, es decir, no exige un perjuicio efectivo a las arcas estatales, sino que resguarda el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mediante el actuar imparcial del servidor o funcionario que se desenvuelve en dicha operación.

Trigésimo sexto. Es un delito de peligro, que importa un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. En consecuencia, el bien jurídico que se protege es la imparcialidad de los funcionarios, en la toma de decisiones, las cuales se dirigen en función a la labor pública que ejercen. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública, que pueda significar un riesgo para ella

Trigésimo séptimo. Debido a su naturaleza de delito de peligro; su realización no se encuentra supeditada a la lesión efectiva de un bien, sino que la relación entre el peligro y la realización del mal futuro, se encontrará en un nexo de posibilidad¹⁴. Al constituir un adelantamiento al poder del Estado, debe ser debidamente interpretado y aplicado en el caso

concreto, de tal forma que no se castigue el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa estatal, que contravendría los principios de ultima ratio (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal, sino que se verifique el interés particular del sujeto activo, por ello, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva.

Trigésimo octavo. No cabe punir meros comportamientos, que signifiquen solo actuaciones parciales por parte del presunto sujeto activo, porque significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello, conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio. En consecuencia, cuando el sujeto especial no cumple con las obligaciones de su cargo, en colisión con los intereses del Estado, corresponde evaluar su conducta, primero, a nivel administrativo; y solo cuando reúna las características de relevancia y cumplimiento del injusto, deberá intervenir el Derecho Penal.

Trigésimo noveno. El elemento normativo central del delito de negociación incompatible es el “interés”, que constituye el núcleo rector del tipo penal; este “interesarse”, ha sido muy bien definido por la doctrina argentina, como “volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste”¹⁵. Entonces, debemos indicar que el interés debe ser entendido como el procurar del sujeto activo, que su intervención se produzca en dirección a la obtención de un beneficio; dicha pretensión, excede por supuesto, lo estrictamente administrativo y funcional, entendido como el mero incumplimiento de alguna normativa que regule su actuar.

Cuadragésimo. Es indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Dicha acción, siempre va a implicar un riesgo para el patrimonio de la Administración Pública; sin embargo, no basta una mera infracción del “deber de abstención” del funcionario público, sino que su interés debe ser considerado como una intervención a su favor en la obra que esté a cargo.

El interesarse directa o indirectamente o por acto simulado

Cuadragésimo primero. Este interés, puede manifestarse, conforme lo prescribe el Código Penal, de tres formas: **a)** Directamente, lo que significa que sea a título personal, es decir, el mismo sujeto activo coloca en evidencia su pretensión de favorecerse a sí mismo o a un tercero de la obra o contrato. **b)** Indirectamente, en este supuesto, el sujeto activo materializará dicho interés a través de un intermediario, que podría ser un funcionario o no. **c)** Por acto simulado, que alude también a una forma indirecta de interesarse, por cuanto, el

sujeto activo, aparentará que su intervención será en pro de la Administración Pública, pero en realidad no es así.

Cuadragésimo segundo. En este sentido, la normativa es clara en definir estas tres modalidades, las mismas que se realizarán con motivo de la intervención del servidor o funcionario, en una determinada obra o contrato. Respecto a la modalidad de comisión de este delito; la doctrina mayoritaria, se ha decantado por afirmar que dicha intervención solo puede materializarse a través de una acción positiva, pero también existe un sector minoritario de la doctrina que acoge la posibilidad que el interés indebido pueda configurarse con una omisión, en la modalidad de simulación, que puede significar admitir comportamientos omisivos con carga intencional comisiva¹⁹.

Cuadragésimo tercero. Al respecto, este Supremo Tribunal, considera, en función de lo señalado anteriormente, que el delito de negociación incompatible, debe interpretarse desde un enfoque restrictivo, en aras de proteger la presunción de inocencia del imputado; que solo se desvirtuará cuando existan medios probatorios que acrediten de forma indubitable la comisión del tipo penal; por ello, se acoge la postura mayoritaria, que afirma que es posible la configuración del delito de negociación incompatible, respecto a “interesarse directamente e indirectamente”; solo mediante actos positivos. En tanto que el juzgador, deberá analizar si en determinado caso, una conducta omisiva, podría adecuarse al elemento normativo “interesarse por acto simulado”; por cuanto la configuración del tipo penal de negociación incompatible, no obedece a meros incumplimientos administrativos, que solo podría constituirse en defecto en la administración interna, no siendo merecedora de una sanción penal.

Cuadragésimo cuarto. Ello es así, toda vez que, en determinados casos puede darse, incluso, la posibilidad que el agente realice una conducta negligente, que aunque infrinja la normativa administrativa, no tendrá relevancia suficiente, para merecer una sanción de carácter penal, o, en todo caso, las conductas omisivas podrían ser reprimidas, por ejemplo, con otros tipos penales, como el delito de omisión de actos funcionales, siempre, dependiendo de la valoración del juzgador, en el caso concreto; por supuesto, luego de acudir a una vía menos gravosa.

Cuadragésimo quinto. En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad número dos mil setecientos setenta-dos mil once, de doce de septiembre de dos mil doce, señaló: “Cabe indicar que el omitir en un inicio el

Informe Favorable del Supervisor de la Obra, no constituye, por sí solo, un indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible”.

Naturaleza de la relación funcional

Cuadragésimo sexto. El tipo penal, sanciona al funcionario público que interviene por razón de su cargo; esto significa que no puede ser autor, cualquier funcionario, sino solo aquel que posee facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones en las que interviene. En este sentido, el sujeto activo de este delito, será solo quien tenga legítimamente a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública, ello permitirá que su conducta califique en el tipo penal.

Cuadragésimo séptimo. El fundamento de ello, es que al ser un delito especial propio, tutela la imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos, en la toma de decisiones propias; por lo tanto, exige este estatus y que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo. Por ello, ante la comisión del delito de negociación incompatible, la doctrina se ha referido a una especie de “desdoblamiento de la conducta”, por cuanto, el sujeto activo actúa como funcionario representante de la Administración Pública, pero también representando a sus intereses personales. Es decir, “interesarse” debe implicar que el agente público, sea al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario, que interviene en él por razón de su cargo. Momento de la comisión del delito

Cuadragésimo octavo. Respecto al momento en el cual se puede producir el interés del sujeto activo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han coincidido en señalar que la configuración del injusto penal, puede tomar lugar en diversas etapas del contrato u obra, esto es, en la fase preparatoria del contrato administrativo, en el curso del proceso de selección, en su fase de ejecución y liquidación.

Cuadragésimo noveno. De ahí que, únicamente el delito de negociación incompatible no podría cometerse cuando el contrato estatal se hubiera extinguido o cumplido completamente²², siendo válido, por el contrario, que en las siguientes etapas, como la negociación, suscripción, ejecución y liquidación pueda presentarse el interés indebido.

Sobre el caso concreto materia del presente recurso de casación

Quincuagésimo. Revisadas las piezas procesales del presente proceso, la imputación concreta que se le hace al procesado Jorge Luis Vergel Polo, es “la de haber omitido tanto en su informe número mil trece-dos mil diez ME/VMGI-OINFE-OBRAS, de dieciséis de julio de dos mil once, y en el informe número mil ciento ochenta y ocho-dos mil diez-ME/VMGI-OINFEOBRAS, de diecinueve de agosto de dos mil diez, el hecho que el

contratista CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C., ya había ejecutado la instalación de la cobertura (techo) de calaminón, en lugar de la cobertura de policarbonato y piso laminado en lugar de piso de parquet, en el ambiente del gimnasio de la institución educativa Melitón Carbajal”. Mediante este accionar, se interesó de manera directa, en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material. Ello ocasionó perjuicio al Estado, porque liberaron al contratista Consorcio DHMONT de la obligación de instalar dichos materiales, por la suma de doscientos sesenta y nueve mil setecientos veinticinco soles (S/269,725.00) y generaron un importe indebido por pagar de doscientos sesenta y un mil, seiscientos treinta y dos soles con veinte céntimos (S/261,632.20), por la construcción e instalación, por parte de la empresa DHMONT, representado por el imputado Mont Ling.

Quincuagésimo primero. De lo expuesto, debe precisarse lo siguiente; la Fiscalía imputa concretamente –principio acusatorio– que el procesado Jorge Luis Vergel Polo, se interesó directamente en el contrato de ejecución de obra, interviniendo en provecho de las empresas CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L. Es decir, calificó la conducta como negociación incompatible dentro del elemento normativo del tipo “interesarse directamente”.

Quincuagésimo segundo. No obstante, como lo especifica la imputación, la conducta del procesado recurrente, de interesarse directamente, se habría realizado a través de la omisión de señalar en el informe correspondiente, los cambios de materiales del piso y del techo del gimnasio de la institución educativa “Melitón Carbajal”. Es por ello, que inicialmente dicho procesado fue denunciado por los delitos de negociación incompatible, omisión de funciones y omisión de consignar datos en los documentos; pero la sentencia de primera instancia, en aplicación de un presunto concurso aparente de leyes, subsumió su conducta únicamente en el primer ilícito (negociación incompatible), sobre esta nueva configuración del tipo, se lo condenó en segunda instancia.

Quincuagésimo tercero. Al respecto, el delito de negociación incompatible abarca tres modalidades: el interesarse directa, indirectamente o mediante acto simulado. Al procesado Jorge Luis Vergel Polo se le imputó la primera modalidad; esto es, interesarse directamente y en provecho de terceros; supuesto que se configura mediante un acto comisivo, no pudiendo configurarse dicho delito a través de una conducta omisiva; la que sería posible solo en los casos de interés simulado, dependiendo del caso concreto, sin embargo, el procesado Vergel Polo no fue denunciado por esta modalidad.

Quincuagésimo cuarto. De otro lado, el sujeto activo de negociación incompatible, será solo quien tenga a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública; es decir, ello permitirá afirmar que por dicho motivo, intervino en estos, dirigiendo su accionar siempre en provecho propio o de terceros. El acusado Vergel Polo, venía desempeñándose como Jefe del Área de Obras de la Oficina de Infraestructura-OINFE, perteneciente al Ministerio de Educación, en mérito al Contrato Administrativo de Servicios número tres-dos mil diez-MED-UE. ciento ocho, suscrito con el Ministerio de Educación-Programa Nacional de Infraestructura Educativa, en cuyo requerimiento de servicios materia este contrato, se señalaban sus actividades a desempeñar, entre las que se encontraban: coordinar, supervisar, evaluar y controlar las actividades técnicas y/o administrativas que desarrolla la OINFE, en relación a las obras a ejecutarse o en ejecución.

Quincuagésimo quinto. De ello, se desprende que su labor era fiscalizadora y no de dirección, no teniendo poder de decisión de firmar contratos de obra ni de modificar los términos de éstos, de tal forma que resultara beneficioso para los terceros. Además, los órganos de mérito no analizaron el elemento subjetivo del delito de negociación incompatible, por cuanto, en las respectivas sentencias, no se aprecia fundamento alguno sobre la conducta subjetiva del procesado Vergel Polo, de haber realizado con dolo directo la acción de favorecer a las empresas contratistas; y, tampoco especificó los motivos que habría tenido dicho procesado para favorecer a las mencionadas empresas, sobre todo, si se tiene en cuenta que actuó en representación del Ministerio de Educación y, se vinculó con la obra, como empleado contratado por el Ministerio de Educación bajo el régimen CAS.

Quincuagésimo sexto. Al respecto, la Sala de Apelaciones señaló que su interés directo se realizó mediante la omisión en la consignación de datos relevantes en su informe; incumpliendo de esta forma lo estipulado en las normas administrativas que regulaban sus funciones (Decreto Legislativo número mil diecisiete, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro-dos mil ocho-EF y su Contrato Administrativo de Servicios número setenta y ochodós mil nueve-M/SG-OGA-UA-APP). Este mero incumplimiento de normas administrativas, per se, no constituye delito de negociación incompatible; se requiere para ello, que en la conducta del agente concurren todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal.

Quincuagésimo séptimo. Finalmente, la no ejecución de la obra por parte de los contratistas del Estado, de acuerdo con las cláusulas del respectivo contrato, que habría causado

perjuicios económicos al Estado; no siempre se debe resolver a través del Derecho Penal, por cuanto, los contratantes pueden responder civilmente, cuando incumplen sus obligaciones contractuales. En este sentido, si el contratista DHMONT & M S.A.C., no cumplió con los términos de su contrato, al cambiar los materiales del piso y techo del gimnasio de la Institución Educativa “Melitón Carbajal”, y que este hecho no fue advertido por el procesado Vergel Polo; en tal caso, cualquier responsabilidad civil, puede reclamarse en la vía correspondiente.

Quincuagésimo octavo. En consecuencia, no habiéndose acreditado la comisión del delito de negociación incompatible, ni la responsabilidad del procesado Jorge Luis Vergel Polo, debió aplicarse el principio constitucional de presunción de inocencia; por lo que debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta omisiva.

Quincuagésimo noveno. De otro lado, el inciso uno del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal, establece que cuando en un proceso hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorece a los demás, siempre que los motivos en que se funde, no sean exclusivamente personales. En el caso de autos, el procesado Jorge Luis Núñez Smith –a quien la Primera Sala Penal de Apelaciones declaró inadmisibles sus recursos de casación mediante resolución de dieciocho de enero de dos mil diecisiete– se encuentra en la misma situación jurídica del procesado Jorge Luis Vergel Polo, por cuanto, como indicó la acusación fiscal, ambos actuaron conjuntamente en la ejecución del contrato de obra, como Coordinador y Jefe en el Área de Obras de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, respectivamente, imputándoseles la autoría del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado; dado que presentaron pronunciamientos en los que omitieron hechos relevantes en cuanto a la ejecución del cambio de material de techo y piso del gimnasio del Colegio “Melitón Carbajal”, por parte del CONSORCIO DHMONT & M S.A.C.; la acusación señaló que mediante este accionar se interesaron de manera directa en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material.

Septuagésimo. Al respecto, como se ha establecido en los considerandos cuadragésimo tercero y cuadragésimo cuarto, el delito de negociación incompatible abarca tres modalidades; en el caso concreto, se le imputó al procesado Jorge Luis Núñez Smith la primera modalidad, “interesarse directamente” y en provecho de terceros, supuesto que solo se configura mediante un acto comisivo, no siendo posible tipificar dicho delito mediante de

una conducta omisiva; en consecuencia, debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta omisiva; por lo que corresponde extender los efectos de la decisión de este recurso de casación al citado procesado Núñez Smith.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **A. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Luis Vergel Polo, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la Ley Penal, respecto al artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal-delito de negociación incompatible; en consecuencia **CASARON** la sentencia del quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta.

I. Actuando en sede de instancia: REVOCARON la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, y reformándola: absolvieron a Jorge Luis Vergel Polo, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado.

II. DISPUSIERON la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales que se hubieren generado en contra del precitado encausado, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso; con lo demás que al respecto contiene.

B. FUNDADO los recursos de casación interpuestos por el CONSORCIO DHMONT & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., por las causales previstas en los incisos uno y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, Vulneración de la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales; en consecuencia **CASARON** la misma sentencia, en el extremo que revocó la de primera instancia en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y reformándola, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis

Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA.

I. Actuando en sede de instancia: REVOCARON la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis; y reformándola declararon IMPROCEDENTE la pretensión civil formulada por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República, respecto a los terceros civilmente responsables DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L.

II. EXTENDIERON la fundabilidad de la presente decisión en todos sus extremos, respecto al procesado Jorge Luis Núñez Smith, de conformidad con el artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal; en consecuencia, **CASARON** la sentencia del quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que lo condenó, como autor del delito contra la Administración Pública negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, y reformándola: absolvió a Jorge Luis Núñez Smith, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S. HINOSTROZA PARIACHI

VENTURA CUEVA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

COMENTARIO: condenaron al sentenciado Jorge Luis Vergel Polo jefe de área de obra de infraestructura educativa OINFE, siendo que en primera y segunda instancia se le impuso el delito de negociación incompatible por su condición de funcionario público, orientando sus actos hacia un interés distinto a los fines de la administración estatal, por tanto eludió sus obligaciones y deberes, omitiendo hechos relevantes en cuanto a su ejecución, al devenir de una aprobación irregular del presupuesto adicional de la obra, sin embargo, en imputado aludió que el informe número mil ciento ochenta y ocho-dos mil diez-ME/VMGI-OINFE—OBRAS, fue ofrecido y admitido en la etapa intermedia y, por un error del Ministerio Público, no se oralizó, por lo que no debió ser incorporado al proceso; sin embargo, este documento sirvió para sustentar una sentencia condenatoria, no admitiendo la prueba testimonial de Wilber García Vera y Antonio Chumpitaz Peraldo, quienes evaluaron y aprobaron los cambios de especificaciones del expediente técnico.

La primera y segunda instancia indico que el imputado incumplió su rol funcional, indicando que la conducta de este fue neutra, a lo que la sala penal permanente indico que no existen medios probatorios que indiquen que intervino para el favorecimiento propio y de terceros, puesto que se presentaron las pruebas pertinentes, manifestando el imputado que no pudiendo demostrar un interés indebido por parte de este, siendo que la fiscalía omitió pruebas testimoniales de los servidores públicos, por lo que las pruebas indirectas actuadas no reflejan el incumplimiento de las funciones del recurrente

Por ello se indica que el delito de negociación incompatible que importa un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal no exige un perjuicio efectivo a las arcas estatales, con el objeto de prevenir (ex ante), siendo el núcleo rector del tipo penal el interesarse, ya sea directamente, indirectamente o por acto simulado, conlleva a que el denunciado Jorge Luis Vergel Polo se le imputó interesarse directamente y en provecho de terceros; supuesto que se configura mediante un acto comisivo, no pudiendo configurarse dicho delito a través de una conducta omisiva; la que sería posible solo en los casos de interés simulado.

Por tanto, la norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública, que pueda significar un riesgo para ella, no castigándose el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa estatal, que contravendría los principios de ultima ratio y la proporcionalidad de la represión penal, sino que se verifique el interés particular del sujeto activo, por ello, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva,

existiendo una relación entre el peligro y la realización del mal futuro que recae en tres comportamientos típicos, resguardándose el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mediante un actuar imparcial del servidor o funcionario que se desenvuelve en dicha operación. Sin embargo, no basta una mera infracción del “deber de abstención” del funcionario público, sino que su interés debe ser considerado como una intervención a su favor en la obra que esté a cargo.

Por lo expuesto es que, no habiéndose acreditado la comisión del ilícito penal de manera idónea, no existiendo una adecuada motivación de la sentencia de primera y segunda instancia es que se declaró la posterior absolución por atipicidad de su conducta omisiva, revocando la pena.

3. R.N. N°2068-2012

SALA PENAL TRANSITORIA

En los delitos contra la administración pública se debe tener en cuenta que no todos estos ilícitos tienen una afectación netamente patrimonial, por lo que se debe analizar cada tipo legal, para establecer si cumple con los presupuestos establecidos, para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados, vinculado al desmedro patrimonial del Estado. El delito de negociación incompatible es un delito de peligro, siendo que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la administración pública, ya que importa un adelantamiento a la barrera del derecho penal con el fin de prevenir, para que el *intraneus* no actúe con parcialidad. Es un tipo legal que no protege directamente al patrimonio del estado por lo que no es aplicable la duplicidad de plazo de prescripción prevista en el artículo 80°, parte *in fine* del código penal.

Lima, diecinueve de abril de dos mil trece.

VISTOS: Recurso de nulidad interpuesto por el procurador público adjunto especializado en delitos de corrupción contra el auto superior de fojas 2141, del 04 de mayo del 2012, que, de oficio, declaro extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Guillermo Rengifo Sandoval, Luis Alberto Battistini del Águila (Autores), Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez (cómplices primarios), por delito de negociación incompatible en agravio del Estado, corporación peruana de aeropuertos y aviación comercial sociedad anónima CORPAC.

CONSIDERANADO

PRIMERO: que el señor procurador en su recurso formalizado alega que el delito de negociación incompatible afecta al patrimonio del Estado por lo que debe aplicarse la duplicidad de plazo de prescripción.

SEGUNDO: que la acusación atribuye a los acusados Guillermo Rengifo Sandoval, ex gerente de logística de CORPAC, Luis Alberto Battistini del Águila, ex jefe del área de adquisidor de bienes y servicios del CORPAC y presidente del comité especial permanente de adquisiciones, haber favorecido los intereses de la empresa V&M servicios generales, constituida por los acusados Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández

Ramírez, para que se beneficien en diferentes adquisiciones de menor cuantía realizada por CORPAC entre los meses de marzo a setiembre del 2004. En efecto según la acusación se interesaron indebidamente en ocho adquirentes de menor cuantía por un monto de diez mil sesenta y ocho dólares con setenta y cinco centavos de dólar, siendo que con ese objetivo, los imputados Rengifo Sandoval y Bastistini Del Águila, inscribieron a la aludida empresa en el registro principal de proveedores de CORPAC, pese a que nunca contrato con el Estado, omitieron comunicar las contrataciones efectuadas con la institución al consejo superior de contrataciones y adquisiciones del Estado. CONSUCODE y la comisión para la promoción de la pequeña y micro empresa. PROMPYME no ejercieron el control posterior de las adquisiciones realizadas y autorizaron diversas órdenes de compra para la adquisición de repuestos de cómputo sin cumplir los procedimientos legalmente establecidos para la adquisición de bienes de menor cuantía, tipificando el delito de negociación incompatible, tal como figuraba en la denuncia fiscal.

TERCERO: el delito en mención se cometió en los meses de marzo y setiembre del 2004, siendo que si se toma como referencia en artículo 80 del código penal la acción prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para tal delito, si es privativa de la libertad, al que como plazo extraordinario debe agregarse una mitad conforme al artículo 83 in fine del código penal. Que al ya haber transcurrido siete años y medio , la pena prescribió, ya que para ese entonces el delito de negociación incompatible estaba estipulado en el artículo 397, el cual indicaba que la pena era de dos a cuatro años, con la nueva modificatoria la pena del delito de negociación incompatible ahora estipulada en el artículo 399 del código penal, la pena es de no menor de cuatro ni mayor de seis años, por lo que los encausados Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez, como cómplices primarios, prescribió la pena.

CUARTO: el artículo 80 in fine del código penal, indica que en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica.

QUINTO: el delito de negociación incompatible es un delito que no requiere una irrogación de un perjuicio al patrimonio estatal, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal, ya que importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal, con la intención de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio de Estado, aprovechándose indebidamente de su cargo y de la función pública, el objeto que se tutela en el correspondiente ilícito penal, por ello es de trascendencia la

imparcialidad de los sujetos, en la toma de decisiones propias ya sea para favorecer así mismo o a un tercero, en estricta relación a la función pública que desarrolla evitando cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajena al interés de la administración pública en la contratación y operación estatal.

El ilícito penal estipulado en el artículo 399 del código penal es el tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que **NO ES APLICABLE LA DUPLICIDAD DE PLAZO DE PRESCRIPCIÓN** prevista en el artículo 80 *in fine* del código penal, recurso acusatorio debe Desestimarse y así se declara.

DECISION: declararon **NO HABER NULIDAD**, en el auto recurrido de fojas dos mil ciento cuarenta y uno, declarando extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Guillermo Rengifo Sandoval, Luis Alberto Battistini del Águila (autores), Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Hugo Hernández Ramírez (cómplices primarios por delito de negociación incompatible en agravio del Estado CORPAC.

COMENTARIO: Según la ejecutoria suprema, se señala que los imputados se interesaron en forma indebida en ocho adquisiciones de menor cuantía para favorecer a la empresa denominada V&M Servicios Generales, por un monto total de diez mil sesenta y ocho dólares con setenta y cinco centavos de dólar, inscribiendo a la empresa en mención en el Registro Principal de Proveedores de CORPAC, muy a pesar que nunca contrató con el Estado, además no se ejerció el control posterior de las adquisiciones realizadas, siendo que autorizaron diversas órdenes de compra para la adquisición de repuestos de cómputo sin cumplir los procedimientos legalmente establecidos para la adquisición de menor cuantía. Se debe tener en cuenta que, luego de sucedido los hechos ya habían pasado un aproximado de siete años, para lo cual se pidió la prescripción del ilícito, puesto que para los delitos de corrupción de funcionarios la prescripción se duplica. Por lo cual tomándose como referencia el primer párrafo del artículo 80° del Código Penal, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, al que como plazo extraordinario debe agregarse una mitad conforme al artículo 83° *in fine* del Código Penal. Señalando el artículo 80° *in fine* del Código Penal, que, en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica. Por lo que al ser sustentada se indicaría que el plazo de prescripción extraordinaria sería de quince años y, por ende, a la fecha la acción penal no estaría prescrita.

Sin embargo el delito de Negociación Incompatible no se duplica su condena puesto que no tiene contenido patrimonial, es decir, el Estado no sufre algún menoscabo, lesión o daño al patrimonio, por lo que no son tutelados directamente con el patrimonio público. Siendo que el delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública.

Esta figura lo que busca es la prevención *ex ante*, obteniendo un adelantamiento a las barreras del Derecho penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública. Empero, indican en un punto aparte que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal, en lo cual no estoy de acuerdo, ya que deben existir deberes funcionales vulnerados en razón de su cargo, los cuales se debe demostrar tanto objetiva como subjetivamente, puesto que, aunque no se ocasione un daño inminente al patrimonio estatal, existen interés indebido que se pueden llegar a demostrar.

Tal como lo sostiene Creus, quien indica que, la norma tiende a eliminar cualquier factor de perturbación de las actuaciones imprescindible o equidistante que debe guardar el funcionario público en los contratos u operaciones en que intervenga con respecto a la administración Estatal. Es por ello, que se debe evitar inclusive cualquier sospecha de parcialidad, pudiendo verse favorecido por el cargo que ostenta y en la calidad en que actúa. (Creus, 1996)

De igual forma Peña, sustenta que, el delito en mención supone un adelantamiento de las barreras de intervención punitiva. (Peña, 2013, p.647)

4. ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116

Los delitos contra la administración pública, por ser delitos especiales restringe el círculo de los autores, es por ello que solo será autor quien tenga la denominación de funcionario o servidor público, mas no un tercero, el que responderá como cómplice o participe ya que no ostenta la obligación especial de infracción de deber.

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica

y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señorita Ana Cecilia Hurtado Huaila del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y los señores Percy García Cavero y Raúl Pariona Arana.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor LECAROS CORNEJO, con la participación de la señora BARRIOS ALVARADO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. Determinación del problema

6°. En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó que la prescripción es el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal por un delito incriminado, y se explicó de manera extensa la aplicación del último párrafo del artículo 80° del Código Penal: la dúplica de la prescripción en el caso de “Delitos contra la

Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos”, contenida en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del mismo cuerpo legal.

7°. No obstante, la participación de los *extraneus* en esta clase de delitos plantea interesantes problemas en torno al cómputo del plazo de la prescripción. Surge pues como tema de debate la cuestión relativa a la aplicación de la dúplica de los plazos de prescripción también para el *extraneus*. La trascendencia de este asunto resulta evidente, por lo que se hace necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (*intraneus*) o, en su caso, del partícipe: inductor o cómplice (*extraneus*), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación.

En este contexto, bien podría suceder que los primeros -autores- no alcancen la prescripción, pero sí los segundos -partícipes- .

8°. El análisis de esta situación será fijado sobre el concepto de delito contra la Administración Pública, para luego de manera general indicar los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la intervención del *extraneus* en esta clase de delitos, y, finalmente, sobre la base de esos elementos conceptuales, abordar la solución del problema propuesto.

§ 2. Análisis dogmático

9°. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros - denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública

y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

10°. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “*extraneus*”, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “*extraneus*”. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

12°. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la comunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: “Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

13°. Con base a las explicaciones anotadas y las normas generales sobre accesoriedad de la participación, es preciso determinar si las reglas de la dúplica de los plazos de prescripción previstas en el artículo 80° CP, y aplicables a los “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos” que afectan el patrimonio del Estado, también alcanzan a los sujetos -*extraneus*- que no ostentan el deber especial.

14°. En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó lo siguiente: “la duplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacía el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa [...] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica un mayor desvalor de la acción [...] y resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas”.

15°. Ahora bien, el Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80° CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste.

16°. De la lectura de estas dos proposiciones es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen los funcionarios y servidores públicos por el poder que ostentan. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*.

17°. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intraneus* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la

prescripción, pues con ello se va a conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88° CP que estatuye “La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible”.

18°. En suma, los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá la dúplica del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que legalmente sólo corresponde al autor.

19°. Se estima que lo precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, sólo responden por el delito de infracción deber en calidad de inductores o cómplices -sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó-, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor. En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal.

III. DECISIÓN 20°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON: 21°.

ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos 16° al 19°. **22°.** **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo

22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

COMENTARIO: Del acuerdo plenario se infiere que, se le denomina al autor del ilícito penal como *intraeus*, ya que obtienen la calificación de delitos especiales, mientras que se le designa *extraneus* al tercero que no ostenta esa obligación especial, ya sea participe o cómplice, quien no tiene el carácter especial por la no obtención de competencia y funciones que del cargo se deriva. Sin embargo, son partícipes porque forman parte del hecho referido a la acción del infractor del deber, siendo imprescindible indicar que en los delitos de infracción de deber el autor no puede ser cualquier persona sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre el deber que ostenta.

Considerándose en la doctrina peruana dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “*extraneus*”, tal posición sostiene que al terero o cómplice no se le procesara por otro delito muy distinto al que se llevó a cabo, indicando que un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes, por ello el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial, no constituyendo una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Siendo apropiado para la respectiva protección de los principios de lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito.

Un punto importantes es la duplicidad del plazo de prescripción para el *intraeus*, debiendo mencionar el artículo 80° *in fine* del Código Penal estipulando que, se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado.

5. R.N. N° 3001-2011-TACNA

SALA PENAL TRANSITORIA

Que, se aprecia que el delito de Negociación Incompatible con el Ejercicio de Funciones Públicas, conforme a la norma penal vigente a la fecha de los hechos, se encontraba sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años; por lo que al realizarse el cómputo del plazo de prescripción ordinario y extraordinario, se tiene que este es de siete años y medio; resultando que pese a que los procesados tenían la calidad de funcionarios públicos, no corresponde duplicar el plazo de prescripción en aplicación de lo normado en el último párrafo del artículo ochenta del Código sustantivo el bien jurídico tutelado en el delito en comento, no se encuentra vinculado directamente con el patrimonio público, sino, con el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicho; máxime, si en su descripción no se incluye como elemento del tipo la relación funcionarial entre el intraneus y el objeto material del delito, cuya presencia resulta esencial para la aplicación de la duplicidad del plazo prescriptorio, esto es en función a la vinculación con el patrimonio estatal.

Lima, quince de noviembre de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Tello Gilardi; el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público Anticorrupción, Procurador Público de la Municipalidad agraviada y por el señor Fiscal Superior; contra la sentencia de folios dos mil quinientos, del veintiuno de julio de dos mil once, que absolvió de la Acusación Fiscal a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Walter Hipólito Zegarra Rivera, Nicanor Quispe Copa, Norma Pilar Choque Chin y Edgar Alberto Miranda Quispe, como autores del delito contra la Administración Pública - Negociación Incompatible con el Ejercicio de Funciones Públicas-, en agravio del Estado; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que, según la acusación fiscal de folios dos mil doscientos siete, aclarada a folios dos mil doscientos veinticuatro, se imputa a los procesados Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Walter Hipólito Zegarra Rivera, Nicanor Quispe Copa, Norma Pilar Choque Chiri y Edgar Alberto Miranda Quispe, funcionarios públicos de la Municipalidad Distrital del Alto Alianza de la provincia de Tacna, haber actuado

irregularmente en el proceso de adquisición de dos camionetas Pick Up, Chevrolet, a través de un supuesto proceso de selección realizado desde la etapa de surgimiento de la necesidad de los bienes, que conllevó a que se determinara al ganador el mismo día, esto es el doce de febrero de mil novecientos noventa y ocho, autorizado por Nicanor Quispe Copa, Edgar Miranda Quispe - Jefe de la Unidad de Abastecimiento - así como por Walter Zegarra Rivera - Director Municipal -, además dicho proceso fue respaldado con documentos de cotización y propuestas técnicas tramitadas con anterioridad al surgimiento de la necesidad del bien, haciendo ver que la empresa beneficiada con la buena pro era CANEPA y CIA Sociedad Anónima representada por Guido Cánepa Dávila y Vio la empresa C&C, a la cual se le habría hecho entrega de dinero en calidad de anticipo, hechos que el Concejo Municipal desconocía y que recién toma conocimiento en sesión extraordinaria del veinte de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Segundo: Que, el Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho Penal, es decir aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado. Así entonces la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho; es por ello que el *iuspuniendi* Estatal frente a comportamientos que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos no es ilimitado, sino por el contrario, está determinado de acuerdo a ciertas condiciones, siendo una de ellas, el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito, el mismo que de verificarse en la realidad, impide que el Estado despliegue su actividad persecutoria y sancionadora contra quienes quebranten las normas jurídico - penales.

Tercero: Que, siendo así se aprecia que el delito de Negociación Incompatible con el Ejercicio de Funciones Públicas, conforme a la norma penal vigente a la fecha de los hechos, se encontraba sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años: por lo que al realizarse el cómputo del plazo de prescripción ordinario y extraordinario, se tiene que este es de siete años y medio; resultando que pese a que los procesados tenían la calidad de funcionarios públicos, no corresponde duplicar el plazo de prescripción en aplicación de lo normado en el último párrafo del artículo ochenta del Código sustantivo, pues conforme a lo

señalado en el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez - CJ -ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre del dos mil diez, se advierte que el bien jurídico tutelado en el delito en comento, no se encuentra vinculado directamente con el patrimonio público, sino, con el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicho; máxime, si en su descripción no se incluye como elemento del tipo la relación funcionarial entre el íntraneus y el objeto materia del delito, cuya presencia resulta esencial para la aplicación de la duplicidad del plazo prescriptorio, esto es en función a la vinculación con el patrimonio estatal.

Cuarto: Que, siendo así, se advierte que a la fecha de expedición de la sentencia recurrida, la acción penal había prescrito, situación que ha sido advertida también por el señor Fiscal Supremo; por lo que al amparo del inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales debe declararse la nulidad de la recurrida; por estos fundamentos: declararon.

HABER NULIDAD en la sentencia de folios dos mil quinientos, del veintiuno de julio de dos mil once, que absolvió de la Acusación Fiscal a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Walter Hipólito Zegarra Rivera, Nicanor Quispe Copa, Norma Pilar Choque Chiri y Edgar Alberto Miranda Quispe, como autores del delito contra la Administración Pública - Negociación Incompatible con el Ejercicio de Funciones Públicas-, en agravio del Estado; reformándola: declararon **FUNDADA** la excepción de prescripción de la acción penal a favor de los procesados Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Walter Hipólito Zegarra Rivera, Nicanor Quispe Copa, Norma Pilar Choque Chiri y Edgar Alberto Miranda Quispe; en el proceso penal que se les sigue por delito contra la Administración Pública - Negociación Incompatible con el Ejercicio de Funciones Públicas-, en agravio del Estado; **MANDARON:** se anulen los antecedentes policiales y judiciales de los procesados generados por estos hechos y se proceda una vez ello al archivo definitivo de estos autos en el modo y forma de ley en donde corresponda; y los devolvieron.

LECAROS CORNEJO

BARRIOS ALVARADO

VILLA BONILLA

TELLO GILARDI

SANTA MARÍA MORILLO

COMENTARIO: que ya al haber pasado siete años desde el computo de la pena, no corresponde la duplicidad del plazo de prescripción según el artículo 80 *in fine* del código

penal, puesto que el bien jurídico tutelado en el delito comentado, no se encuentra vinculado directamente con el patrimonio público si no a los deberes funcionales del funcionario y servidor público, es decir, al correcto funcionamiento de la Administración Pública a través del *intraeius*; siendo imprescindible la función correspondiente respecto a la vinculación con el patrimonio estatal.