



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**Criterios para delimitar la responsabilidad penal por el delito de
negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados
penales del distrito judicial de Lambayeque 2018-2020**

Autor:

Bach. Benites Davila Bryan Alonso

Asesor:

Dr. Hernández Canelo Rafael

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Fecha de sustentación: 04 de enero del 2024

LAMBAYEQUE, 2024

Tesis denominada “Criterios para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020”, presentada para optar el TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO.



Bach. Benites Davila Bryan Alonso

Autor



Dr. Hernández Canelo Rafael

Asesor

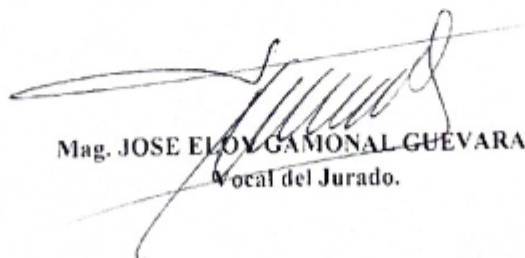
Aprobado por:



Dr. EZEQUIEL BALDELIO CHAYMRY CORREA
Presidente del Jurado



Dr. AMADOR NICOLAS MONDOÑEDO VALLE
Secretario del Jurado



Mag. JOSE ELOY GAMONAL GUEVARA
Vocal del Jurado.

DEDICATORIA

Estimados lectores, es con gran orgullo que dedico mi tesis a mi familia por el apoyo constante en mi desarrollo íntegro profesional y personal. Asimismo, quiero dedicar este trabajo a todos aquellos que desde su sector luchan por una sociedad basada en justicia íntegra.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer, como siempre y en primer lugar a Dios, asimismo deseo dar gracias también a los profesionales de mi casa superior de estudios que han contribuido a mi formación profesional, así como a los profesionales de la institución en la que laboro, el Ministerio Público, quienes con su experiencia y conocimientos han enriquecido mi formación en el derecho. En igual medida deseo expresar mi gratitud a mi asesor, el cual me brindó su tiempo, paciencia y sabiduría para guiarme en la elaboración de este trabajo. Gracias a su dedicación he podido adquirir los conocimientos necesarios para enfrentar los desafíos de mi carrera profesional.

Espero que mi investigación sea una pequeña contribución a la comunidad académica y profesional, y que pueda ser de utilidad para aquellos que se dedican al estudio y aplicación del derecho.



ACTA DE SUSTENTACIÓN

A C T A DE SUSTENTACIÓN PRESENCIAL N° 02-2024-UI-FDCP

Sustentación para optar el Título de ABOGADO de: **Bryan Alonso Benites Dávila**.

Siendo las 4:00 p.m. del día jueves 04 de enero del 2024 se reunieron en la Sala de simulación de audiencias 1 de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", los miembros del jurado evaluador de la tesis titulada: "**CRITERIOS PARA DELIMITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS JUZGADOS PENALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE 2018-2020**", designados por Resolución N° 168-2022-FDCP-VIRTUAL de fecha 10 de junio del 2022, con la finalidad Evaluar y Calificar la sustentación de la tesis antes mencionada, por parte de los Señores Catedráticos:

PRESIDENTE : Dr. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRY CORREA.

SECRETARIO : Dr. AMADOR NICOLÁS MONDOÑEDO VALLE.

VOCAL : Mag. JOSE ELOY GAMONAL GUEVARA

La tesis fue asesorada por Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO, nombrada por Resolución N°168-2022-FDCP-VIRTUAL de fecha 10 de junio del 2022.

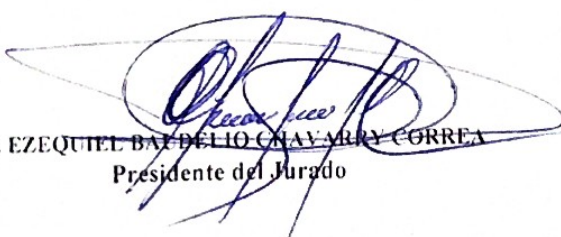
El acto de sustentación fue autorizado por Resolución N° de fecha .


La tesis fue presentada y sustentada por el bachiller **Bryan Alonso Benites Dávila** y tuvo una duración de 30 minutos. Después de la sustentación y absueltas las preguntas y observaciones de los miembros del jurado; se procedió a la calificación respectiva, obteniendo el siguiente resultado: APROBADO con la nota de 16 (Dieciséis) en la escala vigesimal, mención de Bueno.

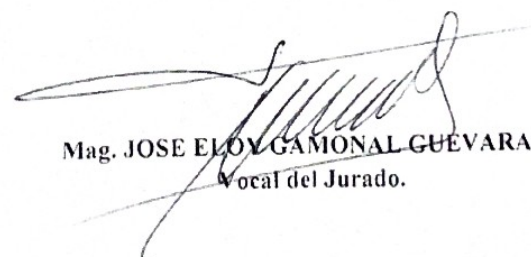
Por lo que queda APTO para obtener el Título Profesional de ABOGADO, de acuerdo con la Ley Universitaria 30220 y la normatividad vigente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Siendo las 5:15 p.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico tomando la juramentación respectiva y suscribiendo el Acta los miembros del jurado.

Lambayeque, jueves 04 de enero del 2024


Dr. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRY CORREA
Presidente del Jurado


Dr. AMADOR NICOLAS MONDOÑEDO VALLE
Secretario del Jurado


Mag. JOSE ELOY GAMONAL GUEVARA
Vocal del Jurado.

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

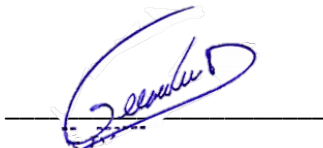
Yo, Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO, Docente/ Asesor de tesis/ Revisor del trabajo de investigación del bachiller en DERECHO Bryan Alonso Benites Dávila, Titulada CRITERIOS PARA DELIMITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS JUZGADOS PENALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE 2018-2020, luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 16% verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 08 de enero del 2024



Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
D.N.I.16465401
ASESOR



Bach. Bryan Alonso Benites Dávila

DNI: 74567187

Autor

CRITERIOS PARA DELIMITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS JUZGADOS PENALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE 2018-2020

INFORME DE ORIGINALIDAD

16%

INDICE DE SIMILITUD

19%

FUENTES DE INTERNET

2%

PUBLICACIONES

8%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	8%
2	pt.scribd.com Fuente de Internet	2%
3	vsip.info Fuente de Internet	1%
4	content.lpderecho.pe Fuente de Internet	1%
5	lpderecho.pe Fuente de Internet	1%
6	repositorio.unsch.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	www.scribd.com Fuente de Internet	1%
8	www.munilambayeque.gob.pe Fuente de Internet	1%



Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
D.N.I.16465401
ASESOR



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por **Turnitin**. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Brayan Alonso Benites Davila
Título del ejercicio: REVISIÓN DE TESIS
Título de la entrega: CRITERIOS PARA DELIMITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL PO...
Nombre del archivo: INFORME_FINAL_VRS_13_con_modificaciones_de_asesor.docx
Tamaño del archivo: 142.65K
Total páginas: 132
Total de palabras: 36,334
Total de caracteres: 194,199
Fecha de entrega: 15-ago.-2023 09:13a. m. (UTC-0500)
Identificador de la entre... 2146211757



Derechos de autor 2023 Turnitin. Todos los derechos reservados.

Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
D.N.I.16465401
ASESOR

INDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMEINTO	4
INDICE	5
RESUMEN	7
ABSTRACT.....	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I	
ASPECTOS METODOLÓGICOS	11
I.1. Realidad problemática	11
I.2. Formulación del problema.....	14
I.3. Justificación e importancia del estudio.....	14
I.3.1. Justificación del estudio.....	14
I.3.2. Importancia del estudio.....	15
I.4. Objetivos.	15
I.4.1. Objetivo General.	15
I.4.2. Objetivos Específicos.	16
I.5. Hipótesis	16
I.6. Variables.....	17
I.6.1. Variable independiente.	17
I.6.2. Variable dependiente.	17
I.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	17
I.7.1. Métodos	17
I.7.2. Técnicas	20
I.7.3. Instrumentos	21
I.7.4. Población y muestra.....	21
I.8. Antecedentes del problema.....	24
CAPÍTULO II	
EL DELITO DE NEEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	26
II.1. Delitos contra la administración pública.....	26
II.2. Aproximaciones Generales del delito de Negociación Incompatible.....	27
II.3. El delito de Negociación Incompatible como delito de peligro	30
II.4. El delito de Negociación Incompatible como delito especial propio.	34

II.5. El delito de Negociación Incompatible como delito de infracción de deber.....	36
II.6. Estructura típica	37
II.6.1. Tipo objetivo	37
II.6.2. Tipo subjetivo.....	58
II.7. Autoría y participación.....	59
II.8. Consumación y tentativa	62
II.9. Diferencias y semejanzas entre el delito de Negociación Incompatible y el delito de Colusión Desleal	62
II.10. Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal	63
CAPÍTULO III	
ANÁLISIS DE SENTENCIAS POR DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE....	68
CAPÍTULO IV	
DISCUSIÓN	77
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES.....	90
BIBLIOGRAFÍA	92
ANEXOS	94

RESUMEN

La finalidad del presente informe de investigación tuvo como finalidad establecer cuáles deben ser los criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020, para lo cual se han utilizado los métodos hermenéutico, exegético y doctrinario, arribando a la conclusión que los criterios que se deben aplicar a efectos de diferenciar un injusto penal de un injusto administrativo y determinar si concurre un interés indebido son: la gravedad, defecto administrativo no subsanable, que el hecho suponga un daño inminente para la administración y proscripción de responsabilidad objetiva, los mismos que han sido recogidos de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Palabras clave: interés indebido, negociación incompatible, injusto penal, injusto administrativo.

ABSTRACT

The purpose of this research report is to establish what the normative criteria should be to define criminal liability for the crime of incompatible negotiation in the sentences issued in the criminal courts of the Judicial District of Lambayeque 2018-2020, for which the hermeneutical, exegetical and doctrinal methods, arriving at the conclusion that the criteria that must be applied in order to differentiate a criminal injustice from an administrative injustice and determine if there is an undue interest are gravity, an administrative defect that cannot be corrected, that the fact supposes a imminent damage to the administration and proscription of objective liability, the same that have been collected from the jurisprudence of the Supreme Court

Keywords: undue interest, incompatible negotiation, unfair criminal, unfair administrative

INTRODUCCIÓN

La presente tesis estudia el tipo de injusto penal de negociación incompatible, comprendido en el artículo 399 del Código Penal, ubicado en el capítulo II denominado “delitos cometidos por funcionarios públicos”, abarcado por el Título XVIII del Código Penal peruano titulado Delitos contra la Administración Pública. El delito de negociación incompatible sanciona al funcionario o servidor público que, se interesa 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. Este delito constituye una respuesta a fin de proteger el bien jurídico que es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, y específicamente el bien jurídico protegido, que es la objetividad o imparcialidad del agente –especial- en el marco de contratos u operaciones en los que interviene en razón de su cargo, lo que significa procurar el beneficio del estado o ente público, antes que un beneficio indebido.

Es común, que en circunstancias del desarrollo del proceso penal en lo que se imputa la comisión de este delito, se alegue que dicha conducta no tiene relevancia penal, sino que esta conducta irregular solo tiene transcendencia administrativa, y no puede ser abarcado por este tipo penal. Esta ocurrencia ha generado una problemática, pues muchas veces en la sentencias condenatorias o absolutorias emitidas en el Distrito Judicial de Lambayeque, no se analiza dicha invocación o tampoco se exponen criterios para desvirtuarla.

El presente trabajo de investigación postula un tema de derecho penal, esta investigación se divide en cuatro capítulos, en el primero, denominado “aspectos

metodológicos” se considera la realidad problemática, trabajos previos a nivel nacional, teorías relacionadas al tema, formulación del problema, justificación del estudio, hipótesis y objetivo de la investigación. En el segundo capítulo, marco teórico, denominado “El delito de negociación incompatible”, esta integrará la información recopilada y considerada relevante para la investigación. En el tercer capítulo, se analizará las sentencias recopiladas como muestra de la investigación. Posteriormente, en el cuarto capítulo, se discutirá lo contenidos en las sentencias relevantes para la presente investigación, exponiendo las conclusiones y cumpliendo con los objetivos y en base a los hallazgos encontrados se condesa recomendaciones que se originaron durante la realización del estudio. Finalmente, se consigna todos los autores los cuales han coadyuvado con sus estudios a nuestra investigación

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

I.1. Realidad problemática

Lo esperado por la ciudadanía es que cuando se acude a una institución pública - no precisamente a instituciones en las que se busca justicia-, es que las personas que laboran en ella se avoquen a hacer su trabajo. Ello implica cumplir con las funciones que les son asignadas, sin dejar de lado el concepto de servicio que se impone a la administración pública en el desarrollo de sus tareas. Por ello nos atrevemos a afirmar que sí todos hiciéramos lo que nos corresponde como trabajadores de las entidades del Estado, éste funcionaría de manera efectiva y eficaz y se convertiría realmente en un órgano de servicio a los ciudadanos.

Lamentablemente esto no es así, y casi con mucha frecuencia escuchamos noticias y publicaciones que dan cuenta precisamente del incumplimiento de funciones de parte de los servidores y funcionarios públicos, e incluso pululan las noticias en los que se acusa en varios sectores de hechos de corrupción y de aprovechamiento de los cargos.

Es por dicha razón que en determinados casos debe entrar a tallar el Derecho Penal utilizado por el Estado a través de su *ius puniendi* para sancionar conductas que constituyan delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, siempre teniendo en cuenta el Principio de Lesividad, esto es la relevante afectación de bienes jurídicos y que se trata de delitos de infracción de deber, los mismos que giran en torno al vínculo existente entre el sujeto cualificado y el deber jurídico especial que deriva de su rol social, distinto al resto de ciudadanos (funcionario o servidor público – administración pública)

Uno de estos supuestos es el abarcado por el delito de Negociación Incompatible, denominado también “aprovechamiento indebido del cargo” y últimamente “interés indebido en el marco de las Contrataciones Públicas”, tipificado en el artículo 384 del Código Penal¹ el cual sanciona a todo *“funcionario o servidor público que de forma directa, indirecta o simulada, en provecho propio o de tercero, se interesa por cualquier contrato u operación en el que interviene en razón de su cargo”*.

Como puede verse, de una interpretación literal del tipo penal podríamos suponer cualquier conducta en donde se verifique un interés por parte de un funcionario o servidor público en cualquier contrato u operación en el que interviene en razón de su cargo, lo que sería contrario al Principio de Ultima Ratio el cual implica que el Derecho Penal solo entra a tallar cuando otras formas de control social menos lesivos han fallado en la protección de bienes jurídicos, ello permite entender que existen injustos penales² e injustos administrativos³, siendo estos últimos los que no pueden ser abarcados por el tipo penal de Negociación Incompatible.

Dicha circunstancia ha generado una problemática en la judicatura a nivel nacional y también local, como lo es en el Distrito Judicial de Lambayeque, ya que en algunos casos los jueces aplican literalmente el tipo penal de negociación incompatible, sin discriminar si podemos encontrarnos ante un injusto penal o un injusto administrativo y otros buscan la aplicación de criterios que permitan

¹ Se encuentra regulado en la sección IV del CP, en el catálogo de delitos de corrupción de funcionarios, por lo que se constituye en una modalidad de corrupción.

² Son aquellos que están reservados para conductas que tienen relevancia penal y que constituyen la infracción de un deber

³ Son aquellos que obedecen a intereses administrativos cuya sanción (de carácter leve) se impone al sujeto que infringe una norma administrativa.

delimitar la responsabilidad penal, tanto desde la aplicación de los principios que informan al derecho penal, como los postulados que nos brinda la teoría general del delito.

Un intento de establecer criterios para delimitar cuando un supuesto de hecho ocurrido en la realidad encaja típicamente en el delito de Negociación Incompatible y no constituye sólo un injusto administrativo, es la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 231-2017-Puno, 2017, expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, la cual concluye que *“La sola infracción de una norma de carácter administrativo por parte de los funcionarios públicos no basta para que sean considerados autores de un injusto penal, sino que esta infracción debe estar acompañada de un peligro concreto para la administración pública. Por tanto, el elemento definidor para que la infracción de una norma administrativa sea catalogada como un injusto penal es la gravedad”*

En esta sentencia se establece que el delito de Negociación Incompatible es uno de peligro concreto, que elemento definidor para diferenciar entre un injusto penal y un injusto administrativo es la gravedad, criterios que permitieron emitir un fallo contrarios a primera y segunda instancia, decantándose por una absolución al verificar que no se estaba ante un injusto penal sino administrativo. Por otro lado, establece como criterio de verificación de la configuración de este delito que se trate de un hecho grave, y que esta gravedad defina si se trata de una infracción administrativa o del delito materia de análisis, ahora bien, surge la interrogante: ¿Cómo podría medirse la gravedad si tenemos en cuenta que el delito de negociación incompatible no exige la materialización de un perjuicio económico cuantificable?

La misma sentencia establece también que, para que un hecho pueda ser calificado como delito de negociación incompatible deslindándolo de una mera infracción de índole administrativo, además de la gravedad, debe verificarse también si el interés indebido del agente generaría un daño inminente para la administración pública o daño potencial.

Otro criterio para establecer si nos encontramos ante un delito de Negociación Incompatible, ha sido plasmado en la Cas. N° 23-2016-Ica, en donde se afirma que los defectos administrativos pasibles de ser subsanados carecen de relevancia penal, *contrario sensu*, consideramos que, si los defectos resultan ser insubsanables, debe tomarse entonces como un criterio importante a tomar en cuenta para estimar si puede subsumirse en el referido tipo penal.

En ese sentido, en la presente investigación se pretende establecer si en las sentencias emitidas por los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque durante el año 2018-2020, contándose ya con las resoluciones supremas antes mencionadas, se han establecido criterios para delimitar la responsabilidad penal en los casos por delito de Negociación Incompatible y asimismo brindar un aporte jurídico consistente en los parámetros o criterios que deben tenerse en cuenta para una correcta resolución de casos.

I.2. Formulación del problema.

¿Cuáles deben ser los criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020?

I.3. Justificación e importancia del estudio.

I.3.1. Justificación del estudio.

El presente trabajo de investigación se justifica en el sentido que tiene como finalidad establecer en qué medida deben aplicarse criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020, en ese sentido se pretende realizar un análisis de las referidas sentencias y en base a ello determinar cómo se está resolviendo en la judicatura respecto a este delito y si los jueces están aplicando literalmente el tipo penal en comento o en efecto realizan algún análisis orientado a establecer algún o algunos criterios o parámetros delimitadores.

I.3.2. Importancia del estudio.

La importancia del presente trabajo radica en que, de cara a nuestra actualidad nacional constituye un aporte a la comunidad jurídica ya que se trata de una problemática poco estudiada a nivel de investigaciones de pre grado y que resulta relevante a fin de verificar que, en efecto, al momento de emitirse los fallo o de resolver, los jueces deben aplicar y plasmar parámetros o criterios para delimitar la responsabilidad penal por el delito de Negociación Incompatible.

I.4. Objetivos.

En los objetivos se busca realizar una descripción de la finalidad principal que persigue la investigación, el motivo que le dará vigencia. De esta manera, para la presente investigación se han planteado los objetivos que guiarán el proceso de desarrollo, de acuerdo a los fines que se consideran conveniente:

1.4.1. Objetivo General.

Establecer cuáles deben ser los criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020.

I.4.2. Objetivos Específicos.

- Estudiar la teoría de la infracción de deber y aplicación a los delitos cometidos por funcionarios públicos.
- Desarrollar el concepto, alcance y límites del delito de negociación incompatible.
- Diferenciar entre el injusto administrativo y el injusto penal de cara a establecer la responsabilidad penal por el delito de Negociación Incompatible.
- Analizar las sentencias correspondientes a casos de delitos de Negociación Incompatible en el Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020, respecto a cómo vienen aplicando criterios para delimitar la responsabilidad penal por dicho delito.

I.5. Hipótesis

Las hipótesis no son más que proposiciones tentativas acerca de las relaciones entre dos o más variables y se apoyan en conocimientos organizados y sistematizados. Las hipótesis pueden ser más o menos generales o precisas, y abarcar dos o más variables; pero en cualquier caso son sólo afirmaciones sujetas a comprobación empírica, es decir, a verificación en la realidad. Puede existir hipótesis descriptivas de un valor o dato pronosticado –como es en el presente

caso-; correlacionales; de diferencia de grupos; y causales. Siendo la hipótesis en esta investigación, la siguiente:

Si se aplican criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020 **entonces** se podrá distinguir y limitar el injusto administrativo del injusto penal

I.6. Variables

I.6.1. Variable independiente.

Criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020.

I.6.2. Variable dependiente.

Sentencias por el delito de negociación incompatible.

I.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

I.7.1. Métodos

El método es una serie de procedimientos que sigue el investigador con una finalidad específica, que permita demostrar o desechar su hipótesis o contestar sus interrogantes para la búsqueda científica de conocimiento,

I.7.1.1. Métodos generales

Método Inductivo - Deductivo. Este método permitirá abordar el problema partiendo de datos particulares para llegar a conclusiones generales; en la presente investigación se iniciará por la definición de las variables que conforman el problema, sus alcances, hasta

llegar a su manifestación en la práctica jurídica. Respecto del método deductivo se partirá de cuestiones genéricas para llegar a conclusiones particulares y así analizar diversas aristas del fenómeno jurídico materia del problema.

Método Analítico – Sintético: Se analizará la doctrina nacional especializada en derecho procesal penal que coadyuvará a un análisis minucioso del delito de Negociación Incompatible, su alcance, límites y relaciones con el derecho administrativo.

1.7.1.2. Métodos específicos.

Método Hermenéutico: Este método será de gran importancia en la presente investigación, ya que se podrá interpretar legislación vigente sobre el tema materia de investigación, contenida en el ordenamiento penal peruano.

La **hermenéutica jurídica**, abarca al campo teórico y práctico, en el sentido el sujeto no solo interpreta la norma, sino que también puede explicarla.

Método Exegético: El método exegético permitirá analizar diversos dispositivos legales aplicados al tema de estudio, entre los cuales está el Código Penal (Presidencia de la República del Perú, Decreto Legislativa N°635, 1991), Código Procesal Penal (Presidencia de la República del Perú, Decreto Legislativo N°957, 2004) y Ley 31288 (Congreso de la República del Perú, 2021), Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la CGR.

Método Doctrinario: Se aplicará este método en la presente investigación para seleccionar aquella información que contenga bases doctrinarias indispensables para dotar de rigor científico – epistemológico a la presente investigación.

Método lógica-jurídica:

La lógica jurídica es la lógica especial aplicada como sub-clase de Lógica Deóntica⁴, tiene como objeto el tratamiento cognoscitivo a las categorías del conocimiento lógico-jurídico, que son fundamentalmente: la norma jurídica, el concepto jurídico, el juicio jurídico y la proposición jurídica, la naturaleza coimplicante de la imputación jurídica, la inferencia jurídica, la argumentación jurídica. En ese sentido, a través de este método permitirá analizar el real sentido de la norma, respecto a de los que busca sancionar la normal penal y la administrativa.

Método histórico: se centra en el análisis de la evolución y desarrollo histórico de las normas legales y las instituciones jurídicas. Este método busca comprender el derecho en su contexto histórico, examinando cómo las leyes y las prácticas legales han evolucionado a lo largo del tiempo.

Método de análisis:

Análisis Jurídico-Doctrinal: Este método implica el estudio detallado de la doctrina legal relacionada con el delito de

⁴ Deriva del caso genitivo griego «déontos»: del deber (nominativo «déon»: deber) y de la desinencia «ico»: relativo a. La Lógica Deóntica es una rama de la lógica que se encarga del estudio de las normas y de las ideas normativas.

negociación incompatible. Podrías haber revisado textos legales, tratados, y jurisprudencia relevante para establecer un marco teórico.

Análisis de Jurisprudencia: Se trata de examinar las decisiones judiciales previas relacionadas con el delito en cuestión. Podrías haber seleccionado sentencias clave y analizado cómo los magistrados han interpretado y aplicado la ley en casos similares.

Estudio de Casos: Puedes haber llevado a cabo un estudio detallado de casos específicos, analizando las circunstancias fácticas, los argumentos presentados y los criterios normativos aplicados en cada caso.

I.7.2. Técnicas

Documentales: Esta técnica permitirá recopilar diversa información doctrinaria contenida en revistas académicas, libros, entre otros, sobre las definiciones relacionadas con el tema de la investigación. El instrumento aplicado serán las fichas bibliográficas.

Observación: Esta técnica será utilizada para observar cuál el fenómeno jurídico materia de estudio. El instrumento aplicado será la guía de observación, en donde se registrará los hechos observados por el investigador.

Matriz de análisis:

Herramienta la cual permite comparar y contrastar diferentes aspectos de las sentencias, como los hechos del caso, los argumentos presentados y los criterios normativos aplicados. Esto facilita la identificación de similitudes y diferencias.

I.7.3. Instrumentos

Fichas de Análisis de Sentencias: Crea fichas estructurados que te permitan registrar información clave de cada sentencia, como los hechos del caso, los argumentos presentados y los criterios normativos aplicados.

Matrices de Codificación: Ayudará a categorizar y codificar información específica de las sentencias. Se podrá identificar la presencia de criterios normativos particulares o patrones recurrentes.

Base de Datos Jurídica: se utiliza bases de datos jurídicas especializadas -online- que te permitan organizar y gestionar eficientemente la información de las sentencias, facilitando búsquedas y análisis específicos.

I.7.4. Población y muestra

Cuando en una investigación nos referimos a la población, se entiende que, conforme lo precisa Hernández Sampieri y otros, 2014 la población se centra en “qué o quiénes”, es decir, en los participantes objetos de estudio, lo cual depende del planteamiento y los alcances de la investigación.

La población en el presente trabajo está constituida por veinte (20) sentencias emitidas por el juzgado penal del Distrito Judicial de Lambayeque, respecto de los casos judicializados por parte la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, conformada por trece fiscales anticorrupción; por la presunta comisión del delito de Negociación Incompatible durante el periodo 2018 al 2020 y de los cuales se emitieron sentencia condenatoria o absolutoria.

Tabla N°01

Población de sentencias emitidas respecto de los casos judicializados en el periodo 2018 al 2020

CASO JUDICIALIZADO	AÑO DE SENTENCIA	NÚMERO DE SENTENCIAS POR AÑO
2018-2020	2018	9
	2019	3
	2020 (*)	8
	TOTAL	20

Nota: Total extraído del Sistema de Gestión Fiscal de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque, reporte de la carga fiscal a la fecha, la cual muestra las investigaciones fiscales con sentencia.

()Se agrega este periodo las sentencias expedidas en el año 2021, respecto de casos judicializados en el periodo bajo análisis.*

La muestra en el presente trabajo de investigación está constituida por siete (07) sentencias emitidas por el juzgado penal del Distrito Judicial de Lambayeque, respecto de los casos judicializados por parte la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, conformada por trece fiscales anticorrupción; por la presunta comisión del delito de Negociación Incompatible durante el periodo 2018 al 2020, las cuales representan el 35% de la población, lo cual es una muestra valida según el autor Valbuena Felix en su libro Metodología de la Investigación científica.

Para la selección de la muestra se ha tomado en cuenta los siguientes criterios:

- El delito analizado es del delito de negociación incompatible tipificado en el art. 399 del Código Penal Peruano.
- El periodo analizado es desde el 2018 al 2020.
- Respecto de la competencia judicial correspondiente al delito bajo análisis, se debe indicar que con sede Chiclayo se sitúa el 10° Juzgado Penal Unipersonal Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios con la condición de supraprovincial

y con competencia por la especialidad en todo el distrito judicial, que comprende las provincias de Chiclayo, Ferreñafe, Lambayeque, Cutervo, Jaén y San Ignacio.

- Los expedientes y sentencias analizadas tienen en su mayoría sentencia firme, de los cuales seis procesos tienen sentencia de segunda instancia y dos cuentan con recurso de casación.

En cuanto a la selección de la muestra, los mismos autores sustentan que las muestras probabilísticas son esenciales en los diseños de investigación transeccionales, tanto descriptivos como correlacionales-causales, donde se pretende hacer estimaciones de variables en la población. Estas variables se miden y se analizan con pruebas estadísticas en una muestra, de la que se presupone que ésta es probabilística y que todos los elementos de la población tienen una misma probabilidad de ser elegidos. Los elementos muestrales tendrán valores muy parecidos a los de la población, de manera que las medidas en el subconjunto nos darán estimados precisos del conjunto mayor.

Bajo el procedimiento de selección de muestra probabilísticas aleatorias las unidades de análisis o los elementos muestrales se eligen siempre aleatoriamente para asegurarnos de que cada elemento tenga la misma probabilidad de ser elegido.

Tabla N°02

Muestra de sentencias emitidas respecto de los casos judicializados en el periodo 2018 al 2020.

Expediente	Sentencia de primera instancia	Sentencia de apelación	de	Sentencia de nuevo juicio	Sentencia de casación
686-2016	Si	Si	-	-	-
10198-2016	Si	Si	-	-	-

1959-2016	Si	-	-	-
1823-2016	Si	Si	-	Si
2697-2018	Si	Si	-	-
367-2017	Si	Si	Si	-
12041-2018	Si	Si	-	-
TOTAL	7			

Nota: Las muestras probabilísticas aleatorias seleccionadas si bien son contadas por unidades, en dichos procesos se han emitido más de una sentencia debido a los recuso impugnatorios interpuestos.

I.8. Antecedentes del problema

Díaz (2016) en su tesis doctoral *“El tipo de injusto de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible en el Ordenamiento Jurídico Peruano”* en la Universidad de Salamanca, concluyó que No existen parámetros sólidos para delimitar cuando estamos antes infracciones administrativas y cuando estamos ante la comisión de delitos, siendo que una forma de diferenciarlos sería la intensidad requerida de la conducta en relación al bien jurídico. De ese modo tenemos que, mientras los delitos de colusión y negociación incompatible requieren de elementos subjetivos adicionales, las infracciones administrativas no.

Huaynate, F. (2019) en su tesis *“El efecto regulatorio del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios o servidores públicos en las operaciones y contratos celebrados por razón de su cargo”* de la Universidad Continental, se ha planteado como objetivo principal determinar cuáles son los efectos jurídicos y prácticos que se han dado por la regulación del tipo en análisis, de ser el caso estos efectos sean negativos, teóricamente buscaremos otorgar solución a ellos; arribando a la conclusión que es un efecto negativo de la regulación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, la denominación otorgada en el artículo 399 del Código Penal, porque, genera confusión cuando el operador jurídico que la va a utilizar, realiza una interpretación literal del mismo.

Arbildo (2019) en su tesis *“El principio de Legalidad en el delito de Negociación Incompatible y la aplicación del Principio de Accesoriedad, y la unidad de título de imputación en el extraneus”* de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, se planteó como objetivo principal determinar si la aplicación del principio de accesoriedad, y la teoría de unidad de título de imputación en el *extraneus*, vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018, arribando a la conclusión que no existe uniformidad en las sentencias, como tampoco doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema, en relación a la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, y que la aplicación del principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación en el *extraneus*, vulnera el principio de legalidad.

Bajo Fernandez & Bacilgalupo Saggese (2008) en su artículo *“Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito”* concluye que el Derecho administrativo sancionador y Derecho penal, ha de respetar los principios que inspiran el Derecho penal, porque ambas ramas jurídicas tienen un mismo sentido retributivo. Esto significa que los principios de legalidad, culpabilidad, personalidad de las sanciones, principio del hecho, etc., han de cumplirse en el derecho administrativo sancionador. Asimismo, concluye que de las infracciones y sanciones tributarias debe regirse conforme a los principios propios del Derecho penal, por cuanto la sanción tributaria requiere imputación subjetiva.

CAPÍTULO II: EL DELITO DE NEEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

II.1. Delitos contra la administración pública

En nuestra norma penal, exactamente en el libro segundo, título XVIII del Código Penal (Presidencia de la República del Perú, Decreto Legislativo N°635, 1991), denominado “delitos contra la administración pública” y en su capítulo II “Delitos cometidos por funcionarios públicos (Artículo 376 al 401)”, contemplan tipos penales considerados especiales al ser delitos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal Delito especial en sentido complejo: este enfoque va más allá de la decisión formal del legislador de delimitar el número de autores a través del tipo penal, y busca encontrar el fundamento en el que descansa la restricción del círculo de autores. En otras palabras, a diferencia del concepto en sentido simple, hace referencia a la razón por la que el legislador decidió que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores del delito especial. Sin embargo, has razones más profundas y discutidas de los fundamentos en el que descansa la restricción del círculo de autores, que serán desarrollas posteriormente.

En la aplicación y subsunción de hechos en esta clase de delitos especiales, se han podido evidenciar, uno de ellos, el tipo penal de la negociación incompatible prevista en el artículo 399° del Código Penal Peruano, viene siendo usado como una opción subsidiaria, a los demás tipos penales que requieren parecieran ser más complejos al momento de acreditar su comisión, como podría ocurrir frente al delitos de colusión o cohecho. Es decir, resulta viable a través de la prueba

indiciaria probar el verbo rector de este tipo penal, como es el interés indebido del funcionario o servidor público.

II.2. Aproximaciones Generales del delito de Negociación Incompatible

En las legislaciones extranjeras el tipo penal de negociación incompatible recibe diversos nombres, por ejemplo, en España se le ha denominado como “negociaciones prohibidas” o en Colombia como “interés ilícito en la celebración de contratos”. Por otra parte, en la legislación nacional se ha identificado a este ilícito con el *nomen iuris* de “aprovechamiento indebido de cargo” ubicándolo sistemáticamente en la Sección IV “Delitos de Corrupción de funcionarios”. A decir verdad, el desarrollo legislativo que tuvo este tipo penal tuvo sus orígenes en el Código Penal de 1863, luego en el Código Penal de 1924 y, posteriormente, en el de 1991, reformando su estructura legal en los siguientes términos:

Art. 397.- El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

De lo anterior, se puede evidenciar el carácter de imprecisión respecto al elemento típico de “interés” debido a que el texto legal no señala mayor claridad sobre qué tipo de interés debe de tener el funcionario o servidor público al momento de formar parte de las contrataciones estatales para configurar el tipo penal. Sin embargo, esta problemática fue superada en el año 1999 al publicarse la Ley N° 27074 incorporando la palabra “indebidamente”, reformando el texto legal del art. 397 del mismo cuerpo normativo de la siguiente manera:

Art. 397.- El funcionario o servidor público que **indebidamente** en forma directa o indirecta o por acto simulado **se interesa** por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años. [resaltado agregado]

Posteriormente, se publicó la Ley N° 28355 (06/10/2004) ubicando al tipo penal de negociación incompatible en el art. 399 del Código Penal 1991, donde se mantiene hasta la actualidad. Asimismo, modificó la estructura típica del delito al añadir el vocablo “en provecho propio o de tercero” adicionando un elemento distinto al dolo (tendencia interna). No obstante, la modificación dejó algunas lagunas interpretativas al momento de añadir la palabra “provecho”, empero, la doctrina y la jurisprudencia se ha encargado de esbozar el término ya antes señalado.

Al respecto, Rosales (2021) ha señalado que:

Si bien la reforma no precisó la naturaleza del provecho pretendido, desde entonces la opinión mayoritaria de la doctrina nacional y sendas decisiones de la Corte Suprema sostienen que tiene que ser económico, en tanto el hecho delictivo tiene lugar en el marco de actividades de esta condición como son los contratos u operaciones estatales. (P. 30)

Además, se agravó la consecuencia jurídica del delito, incrementándola desde los 4 años hasta los 6 años de pena privativa de libertad y, añadió la inhabilitación conforme al art. 36 inc. 1 y 2 del Código Penal. Por último, se publicó la Ley N° 30111, la cual, va a incorporar la pena de días-multas como consecuencia jurídica del injusto penal, obteniendo el texto normativo que hoy en día conocemos:

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

Al respecto, este injusto penal ha sufrido diversas modificatorias, no solo en el supuesto de hecho, sino también, en su consecuencia jurídica. No obstante, el tipo penal aún necesita ser desarrollado en su plenitud. Por otra parte, realizando un análisis general al texto legal del art. 399 del Código Penal podemos señalar que “(...) la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado”. (Soler, 951, p. 213). Del mismo modo, nuestra Corte Suprema en su R.N. N° 3365-2013 citando al Prf. Ramiro Salinas Siccha nos da unos breves alcances sobre el delito in comento:

El delito de Negociación Incompatible se configura cuando el agente, en su condición de funcionario o servidor público, se interesa de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado, Se entiende que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos jurídicos es por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública, su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para terceros. (F. 4)

Al respecto consideramos, a diferencia de lo acotado por el autor y referenciado por la Corte Suprema que no necesariamente puede tratarse de un provecho patrimonial, así ha quedado establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 1765-2019-Lima, 2022, en donde ha quedado sentado que si bien es cierto no se puede descartar el beneficio económico como el que despierta el interés indebido propio o de tercero por parte del funcionario o servidor público, no necesariamente constituye un elemento constitutivo del tipo penal, ya que no todos los delitos cometidos por funcionarios públicos buscan provecho patrimonial.

Aun cuando, existe diversa literatura sobre este tipo penal, es importante seguir perfeccionándola en razón a evitar impunidad. Por ello, nos centraremos en desarrollar la estructura típica del delito de negociación incompatible o de aprovechamiento indebido de cargo.

II.3. El delito de Negociación Incompatible como delito de peligro

Los tipos penales se pueden clasificar según el principio de lesividad⁵, ya sea por delitos de lesión o de peligro. En el primero, nos encontramos con los tipos penales más comunes, los cuales, se les exigirá una materialización de su lesividad en los bienes jurídicos tutelados (algunas veces puede ser el mismo objeto del delito). Ahora, en el segundo tipo penal se requerirá simplemente la acción del sujeto agente, la cual, se considera –de por sí- una conducta riesgosa para el bien jurídico. En éste último, se dividen en dos tipos de peligros: i) peligro abstracto; y ii) peligro concreto. Respecto, a “los delitos de peligro concreto, se castiga una conducta en la eventualidad de que sea peligrosa, en tanto en los de

⁵ El Art. IV del Título Preliminar del Código Penal estipula que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

peligro abstracto, por la probabilidad de que lo sea”. (como se cita en Zaffaroni,1981, p. 259)

Ahora, cuando hablamos del delito de negociación incompatible, la doctrina y la jurisprudencia nacional han concluido que estamos ante un delito de peligro. En ese sentido, Abanto (2003) sostiene que estamos ante “un adelantamiento de las barreras del Derecho penal con el objeto de prevenir (mediante una figura de peligro) que un funcionario atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública”. (P. 506). De igual modo, nuestra Corte Suprema en su Casación N° 18-2017 ha señalado que “constituye un delito de peligro que no requiere la existencia de un perjuicio patrimonial para el Estado”. (F. 5)

En ese mismo sentido, nuestro Tribunal Supremo ha dejado en claro que:

Debido a su naturaleza del delito de peligro [del delito de negociación incompatible]; su realización no se encuentra supeditada en 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 posibilidad. 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 norma 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. (Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 67-2017-Lima, 2017, f. 37)

De lo anterior, podemos concluir que indiscutiblemente el tipo penal de negociación incompatible es de peligro, sin embargo, el problema no radica en

identificar qué tipo de delito es, sino, que tipo de peligro constituye ¿abstracto o concreto? Al respecto, el Prf. Castillo (2015) nos dice que:

El hecho de que el delito sea un delito de peligro, y no de daño, no quiere decir que siempre y en todos los casos se debe generar un riesgo de lesión, real, inminente y grave para el patrimonio estatal. Por ello, se trata de un delito de peligro abstracto y no de un delito de peligro concreto. (pp. 30-31)

Sin embargo, el criterio de nuestra Suprema se torna en sentido opuesto al de nuestra doctrina, [véase la Casación 231-2017]:

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

Contrario a esta postura Urquiza (2002) señala que el delito de negociación incompatible es de peligro abstracto debido a la relación del bien jurídico protegido:

Los delitos contra la Administración Pública pertenecen a los llamados delitos supraindividuales, ya que por su naturaleza se trata de delitos con redacción de estos bienes jurídicos institucionales. Consecuentemente, la técnica para la

redacción de estos tipos penales es la aplicada para los delitos de peligro abstracto. (p. 249)

Por nuestra parte, consideramos que se trata de un delito de peligro concreto, no de daño o resultado efectivo en perjuicio de la Administración Pública, pero si el riesgo que genera debe ser de gran entidad para la inminencia de su materialización, esto es la transgresión de los deberes funcionales y con ello la afectación al normal desenvolvimiento de la Administración Pública. De otro lado, tampoco es necesario verificar si el sujeto activo obtuvo la ventaja indebida que pretende obtenerse, pues, en muchas ocasiones pueden concurrir ventajas patrimoniales para el Estado.

En otras palabras el propósito de lograr la ventaja para el agente u ocasionar perjuicio patrimonial en perjuicio del Estado con la actuación de aquel es un aspecto que debe quedar en un segundo plano, ya que lo realmente importante es cerciorar la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido, sustentado en el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su obligación encomendada, como lo es el de celebrar contratos u operaciones en virtud a la función que ostentan.

Queda sentando entonces que al establecer que se trata de un delito de mera actividad o peligro completo resulta imposible admitir la tentativa. Así por ejemplo Abanto (2003) afirma lo señalado previamente, pero refiere que si bien es improbable no es del todo imposible, pues nos encontramos ante actos ejecutivos a obtener una ventaja en los contratos u operaciones en donde intervenga el funcionario o servidor agente, en representación del Estado, en donde ya se ha puesto de manifiesto el interés particular y se podría decir que

estamos ante una consumación, en igual sentido puede ocurrir con las proposiciones verbales que acarrearán deliberadamente a un desarrollo causal a favor del interés privado.

Resulta particular lo manifestado por Rojas (2002) quien refiere que si es posible la tentativa si el acto de interesarse admite fragmentación y un iter espaciado.

II.4. El delito de Negociación Incompatible como delito especial propio.

Dentro de la teoría del delito, existe una clasificación de los delitos según la cualidad del autor exigida por el tipo (formal).

En ese sentido, los delitos comunes son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona, sin necesidad de poseer una cualidad o condición especial. Así, “los tipos penales ordinariamente hacen referencia al autor utilizando expresiones como “aquel que”, “quien”, “el que”, Un ejemplo claro el tipo básico de homicidio.

Por su parte, los delitos especiales “son aquellos tipos penales que requieren de un determinado sujeto o en los que la realización del tipo solo puede ser realizada por determinados autores respecto de los que se concreta especialmente un deber”. Se trata, entonces, de aquellos delitos en donde el sujeto activo, a quien se le atribuye el hecho punible, es un individuo que reúne una condición o cualidad distinta al resto de ciudadanos y que lo obliga al cumplimiento de un deber determinado.

A su vez, los delitos especiales se distinguen en propios e impropios: es la clasificación clásica en el ámbito de los delitos especiales. Desde este enfoque se argumenta que en los delitos especiales propios la conducta viene descrita de

manera tal que solo puede ser autor el sujeto que ostente la característica exigida por el tipo, mientras que en los delitos especiales impropios la lesión al bien jurídico se encuentra en todos los casos castigada por la ley en un tipo común. Los delitos especiales propios son los que “describen una conducta solo punible a título de autor cuando es realizada por ciertos sujetos, de modo que otros que la ejecuten no serán autores de este ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta”; como ejemplo se tiene que solo puede cometer delito de prevaricato el juez o el fiscal. Esta circunstancia se genera en razón de que no cuentan con un delito común paralelo.

Los delitos contra la Administración Pública –cometidos por funcionarios públicos–, tal como el caso del delito de Negociación Incompatible constituyen delitos especiales, pues la cualificación del sujeto como funcionario o servidor público se halla configurada en el tipo penal

En cambio, los delitos especiales impropios “cuentan con un tipo común paralelo, en estos casos la calificación especial, ordinariamente solo configura una circunstancia que da mayor gravedad al hecho”. Ejemplo de ello es el delito de parricidio frente al delito de homicidio, ambos tienen como bien jurídico protegido la vida, pero el primero solo puede ser cometido por quien reúna la condición de ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia con la víctima. Otro caso de delitos especiales impropios sería el delito de peculado frente al hurto o apropiación ilícita, la concusión frente a la coacción o la colusión frente a la estafa o defraudación.

II.5. El delito de Negociación Incompatible como delito de infracción de deber

Roxin, dentro de los cánones de las teorías de la imputación objetiva ha estimado una clasificación de los delitos según la forma de vinculación del obligado (sujeto cualificado o condicionado) con el deber infringido (material), a la cual nos circunscribimos, así como por Jakobs (delitos de organización y delitos de infracción de deber).

Claus Roxin distingue entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber. Según este autor, en un delito de dominio un sujeto es autor: “i. Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción - autoría); ii. si hace que se ejecute el hecho mediante otro, cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás, o que es sustituible a la voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad - autoría mediata); y iii. si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional - coautoría)

Los delitos de infracción| de deber, según Roxin, “son tipos penales en los que la autoría se caracteriza por el hecho de que alguien se aprovecha de, o incumple un deber emanado de su papel social, realizando así una lesión típica de un bien jurídico”, siendo irrelevante si este tenía o no dominio del hecho en cualquiera de las formas de autoría enumeradas líneas arriba, siendo el elemento básico en la autoría de estos delitos la infracción de un deber especial.

Tenemos entonces que en los delitos de infracción de deber, el sujeto se encuentra obligado a un deber especial propio de su rol en la sociedad, ello sin dejar de lado que “la infracción de deber es punible para proteger un determinado

bien jurídico”, en el caso de los delitos funcionariales, “los sujetos cualificados tienen el deber especial de lealtad, de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública, que es el bien jurídico que se busca proteger.

II.6. Estructura típica

El tipo penal, in comento, ha sufrido varias modificaciones. La última de ellas fue con la Ley N° 30111 (23 de noviembre de 2013) reformando el texto legal en los siguientes términos:

Art. 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

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

En ese sentido, procederé a desarrollar cada uno de los elementos típicos del presente delito.

II.6.1. Tipo objetivo

II.6.1.1. Sujeto Activo

Nuestra jurisprudencia nacional ha desarrollado que:

El tipo penal exige la concurrencia de alguna calidad o cualidad especial, por ello constituye un “delito especial propio”. Como ya se anotó solo podrán cometer este delito funcionarios y servidores

públicos que reúnen las características de la relación funcional exigidas por el tipo penal (razón de su cargo), esto es, que tenga facultades y competencias internas que le permitan intervenir en cualquiera de las fases de la contratación u operación pública. (Exp. 00183-2011-4-18-26-JR-PE-02)

Asimismo, nuestra Suprema ha señalado que también se exige que el sujeto agente cuente “con una vinculación funcional ineludible con los contratos u operaciones que celebra el Estado objeto del delito”. (R.N. N° 3365-2013, c. 4).

Por otro lado, nuestra doctrina nacional ha señalado que es posible que en estos delitos intervengan personas que no ostenten el grado de funcionario o servidor público. “En tal sentido, estas personas que colaboran –dolosamente- en la realización del delito de negociación incompatible; y si bien no tienen la calidad especial de funcionarios o servidores públicos, son igualmente responsables porque tienen la calidad de cómplices *extraneus*”. (Reátegui 2016, pp. 35-36)

II.6.1.2. Bien jurídico tutelado

El bien jurídico protegido por este tipo penal de manera genérica es el “correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública” (Ugaz. y Ugaz Heudebert, F. 2017, p. 126); y de manera específica, “radica en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a los de ella”. (Rojas Vargas, F. 2007) (p. 818)

En ese sentido, nuestra Corte Suprema ha establecido que:

Sumilla: (...) En los delitos contra la administración pública, se busca una protección funcional de la misma, no como objeto en sí, sino como organización que debe cumplir fines trascendentes de servicio público y resolución de problemas colectivos. En el caso del tipo penal de negociación incompatible se parte del hecho que, en efecto, como primera línea de protección se encuentra la funcionalidad de la administración pública, cuya eficiencia y eficacia se ve vulnerada por la actuación irregular del funcionario o servidor público que se interesa en el procedimiento en curso, pero ello en modo alguno significa que el objeto jurídico específico de protección sea el patrimonio del Estado. (R.N. N° 677-2016)

II.6.1.3. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de forma general será el Estado mismo debido al bien jurídico que se está tutelando. Sin embargo, cuando nos referimos al sujeto pasivo de forma específica, el Prf. Rojas (2007) señala que “las diversas reparticiones públicas o estrictamente estatales pueden constituirse en sujetos pasivos específicos directamente afectados en grado de peligro por el comportamiento ilícito del funcionario o servidor público, y a quienes beneficiará la reparación civil”. (p. 820)

II.6.1.4. Conducta típica

El delito de negociación incompatible se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa o se inclina de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados por

cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. “Se asume que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos jurídicos es por razón del cargo que desempeña dentro de la Administración Pública, siendo su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para terceros (Salinas, El delito de Negociación Incompatible en nuestro sistema jurídico, 2015)

Al respecto se tiene que en el Recurso de Nulidad N° 4096-2009-Junin de fecha 19 de octubre de 2010 se estableció que en esta clase de ilícitos penales el funcionario o servidor debe formar parte de la entidad pública y por ello su actuación debe ser la de interesarse en los contratos u operaciones que celebra u ordene el Estado; no obstante dicho sujeto cualificado encamina su interés de cara a su ámbito personal, surgiendo de este modo una incompatibilidad entre este interés y su deber funcional, es decir acciona en forma contraria a los intereses del Estado, para quien trabaja y a quien representa en las operaciones contractuales.

Por otro lado, en la Casación N° 799-2017-Callao de fecha 30 de enero de 2018, la Sala Penal Permanente resuelve respecto a una situación de hecho en donde se condenó a un funcionario público por el delito de Negociación Incompatible en primera y segunda instancia, al haberse acreditado el hecho y la responsabilidad del condenado. Así se detalló que el imputado en su condición de Gerente de CORPAC se interesó en forma indebida, en su calidad de Gerente de Operaciones de Aeropuerto de CORPAC (Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A.) siendo dicho interés indebido y directo así como a favor de terceros, en la ejecución del contrato N° NGL-095.2010.P.S

de fecha 13 de enero de 2011 – Sede Tacna, el cual fue celebrado entre CORPAC y el Consorcio Word Security Services y otros. A consecuencia de este interés indebido se expidieron una serie de directivas que favorecieron indebidamente al consorcio contratista, y en ese sentido se le inaplicó a dicho consorcio la sanción correspondiente al haber incumplido las cláusulas previstas en el contrato. Bajo esos lineamientos la Corte Suprema ratificó la decisión de las dos instancias y declaró infundado el recurso de casación.

Ahora bien, en lo concerniente a la estructura del tipo penal de Negociación Incompatible, es necesario analizar los elementos normativos y descriptivos del tipo que subyacen del mismo, por lo que se detallará a continuación, conforme sigue:

➤ **Interés indebido**

En cuanto al término interesar, Salinas (2019) refiere que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo, siendo que en el caso de la conducta típica del delito materia de análisis quiere decir que el autor en forma especial y particular le importa, se compromete, se orienta en forma sospechosa o se involucra en un contrato u operación que lleva a cabo el Estado con *extraneus*, con el propósito de conseguir una ventaja a favor propio o de personas ajenas.

Por su parte Rojas (2002) hace alusión al término “interesar” como el hecho de poner interés particular en la operación, el cual a menudo no es impuesto, sino surge del propio funcionario o

servidor; estos supuestos pueden darse en los momentos preparatorios del contrato u operación, en el proceso de ejecución o en la fase final y puede ocurrir de diversas formas y modalidades.

Para Creus (1990) hablar de interesarse en términos del delito de Negociación Incompatible implica avocar sobre el contrato o negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa, esto es desear que el negocio ostente una específica configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él patrocinándolos, sean para su propio beneficio o de terceros.

Ahora bien, interesarse no en todas las veces va a traducirse en un riesgo para el peculio de la Administración Pública, así por ejemplo, si el interés que tuvo el funcionario o servidor público en la operación o contrato que estaba a su cargo y por el que representaba al Estado, favoreció y no perjudicó a éste, de todos modos la conducta se habría materializado, por tanto, se trataría de una acción típica, jurídica y culpable. Recordemos que el bien jurídico protegido por este delito no es el patrimonio del Estado sino el correcto y adecuado funcionamiento de la Administración Pública; en ese sentido como refiere Castillo (2008) “Si el sujeto público se interesa indebidamente en contratos en los que actúa en representación de la administración, para sacar provecho económico para sí o para terceros, la conducta es típica, siendo irrelevante si con tales actos la administración se vio favorecida” (p.513).

El legislador cuando incorporó el elemento típico de “interés indebido” no precisó con mayor detalle a que se refería con ese interés. Este problema se puede encontrar en legislaciones extranjeras, como lo refleja la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C. 128/03 donde señala que la aplicación del término de interés indebido se:

(...) vulnera el principio de legalidad porque no califica la clase de interés que castiga, solo lo limita a que sea en provecho propio o de un tercero. Advierte que, con apoyo en la denominación del tipo penal, podría aducirse que éste castiga únicamente el interés indebido. Sin embargo, la norma no define cuál es esa clase de interés, dejando tal definición al capricho del operador jurídico.

No obstante, nuestra jurisprudencia ha desarrollado su definición en nuestro sistema jurídico peruano:

El interesarse indebidamente debe entenderse como un desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en el que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero, a la vez, representa intereses particulares, con los cuales pretende sacar un provecho personal o a favor de un tercero. (R.N. N° 351-2015, f. 3.2)

Cabe citar el Recurso de Nulidad N° 373-2007-Lima del 4 de julio de 2007, en donde se ha definido al interés indebido como “un desdoblamiento en la actuación del agente del ilícito penal de

negociación incompatible, ya que, en el marco de los contratos y operaciones en los que interviene, el autor actúa como funcionario representante de la Administración Pública, pero a la vez, representa intereses particulares con el cual pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último, lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la Administración Pública, por lo tanto, es dentro de estos márgenes que debe ser entendido el interés indebido.

Por otro lado, en el Recurso de Nulidad N° 4096-2009-Junín de fecha 19 de octubre de 2010 en donde se señala que “en esta clase de tipos penales el funcionario o servidor público ejecuta una intervención legítima, en relación de las facultades de su función o cargo en la Administración Pública; que el hecho de intervenir primigeniamente es legítimo, posteriormente el interés individual evidenciado es ilegal y se inscribe en el marco del sistema de incompatibilidades del sujeto agente; que en gran medida se puede establecer que el funcionario o servidor público debe ser parte del aparato estatal y en tal circunstancia actuar e interesarse en los contratos que ejecute o realice el Estado; no obstante, dicho sujeto cualificado encamina su interés en función personal, convirtiéndose así en incompatible dicha intervención con su función pública.

Para Castillo (2008) pueden ser actos objetivos a través de los que puede evidenciarse el interés del sujeto cualificado no solo se lleva

a cabo resolviendo personal o conjuntamente la contratación, sino desarrollando dictámenes, asesorando, preparando el expediente técnico, aprobando o confirmando una propuesta. Además se verifica con la proposición, decisión, confirmación, cambio, rescisión y nulidad, etc. No es indispensable que el sujeto cualificado suscriba individualmente algún documento. La manera en que puede revelarse el interés es mediante las recomendaciones, votos, peticiones, defensa de un proyecto, recepción de una dieta, inclusive en una orden del día.

De igual forma, nuestra doctrina ha señalado que “el desvalor del acto en este delito yace, pues, en el hecho que el funcionario o servidor público vulnera su deber de imparcialidad en el contexto de su intervención en un acto de la administración.” (Rosales, 2021, p.129). De lo anterior, se refiere a la conducta típica del funcionario o servidor público al momento de interesarse indebidamente en la participación de una contratación u operación estatal para obtener algún provecho para sí mismo o un tercero.

Claro está, que cuando nos referimos al elemento típico de “interés indebido” hablamos de la voluntad desviada que tiene el sujeto agente especial para realizar el negocio. Ese es el sentido que da el precepto prohibitivo del art. 399 del Código Penal. De lo contrario, estaríamos solamente ante una irregularidad administrativa.

Asimismo, en el Recurso de Casación, Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 243-2020-Lambayeque, 2022, la Corte

estableció que el interés indebido se halla vinculado con el dolo que exige este delito, pues la existencia de un error, no puede ser tomado como único indicio para acreditar la concurrencia de un interés indebido por parte del funcionario público, el cual implica sobreponer el interés privado y dejar de lado el interés de la ciudadanía, ello implica que actuar mediante error no puede equipararse a actuar con dolo.

Es decir, para determinar que un hecho tiene relevancia penal, es necesario el examen de imputación objetiva. Como señala Castro Cuenca, 2009, si se trata de conductas que han creado un riesgo prohibido para el bien jurídico, se estará ante un delito típico; sentido contrario, sí, la conducta encaja en alguno de los supuestos de ausencia de creación de un riesgo prohibido, será atípica.

En igual sentido en la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 23-2016-Ica, 2017 se ha establecido que la existencia de observaciones al proceso de contratación misma no es suficiente para acreditar un interés indebido que conlleve al funcionario a manifestar un deseo de intervenir en el desarrollo del proceso de adquisición.

La posibilidad de poner en peligro y generar un daño inminente, como parte del principio de Lesividad también es analizada en la Cas N° 231-21017, en el sentido de que el interés indebido no puede enmarcarse en un supuesto de irregularidades de carácter administrativo, sino que debe tratarse de conductas que tengan la

capacidad de producir un perjuicio grave para la Administración Pública. En todo caso, sancionar penalmente la ocurrencia de una infracción administrativa implicaría la validación de la responsabilidad objetiva proscrita en el Derecho Penal.

Ahora bien, en el recurso de nulidad N° 785 – 2018 – Lima se establece que, si bien las infracciones administrativas no permiten por si mismas acreditar directamente la comisión del delito de Negociación Incompatible, si puede ser tomado como un indicio que debe ser debidamente corroborado, junto a otros indicios, máxime si tenemos en cuenta que esta clase de delitos mayormente no cuentan con prueba directa por ser subrepticios, oculto adrede para no ser develado el interés indebido.

El interés particular indebido que manifiesta en sujeto cualificado puede concretarse hasta en tres modalidades:

➤ **Interesarse de manera directa**

Nuestra Corte Suprema refiere que cuando se trata de la participación del funcionario o servidor público de forma directa “pone en manifiesto sus pretensiones particulares indebidas al participar como funcionario en un contrato u operación estatal” (R.N. N° 2641-2011, c. 3). Es decir, el mismo sujeto agente participa y evidencia su voluntad de favorecer a sí mismo o a un tercero al momento de realizar el contrato u operación.

Rojas (2002) señala que la tipicidad objetiva implica que el sujeto activo de manera individual y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y lleva a cabo, todos los actos administrativos indispensables para obtener los resultados que

busca, es decir, la ventaja indebida en su favor o de particulares que lógicamente ostentan parentesco o amistad o relaciones económicas con aquél (p. 589)

Es decir, implica que el agente individualmente hace evidenciar sus intenciones personales, ya sea en la etapa de la propuesta, celebración, confirmación, cambio, ejecución, etc del contrato u operación.

Interesarse significa que el funcionario o servidor es en paralelo interesado individualmente en el contrato u operación, el agente que intercede debido a su función. El sujeto activo en este tipo penal es lo que se denomina habitualmente juez y parte. Al desenvolverse de esa manera, el sujeto activo omite los principios de imparcialidad y transparencia, esto es el funcionario o servidor se parcializa en su beneficio particular y en ese orden de ideas, ya no es probo en su actuar sino que su conducta se torna ambigua con el propósito de no colocarse en evidencia.

En la forma en que aparece plasmada la técnica legislativa no es probable la comisión por omisión, o meramente por un dejar de hacer o dejar pasar aun cuando el sujeto activo tiene una postura de garante o el deber de interceder en el proceso de contratación. Por ello si se evidencia algún acto de omisión similar a los indicados, los hechos se configurarán en otro delito como por ejemplo, omisión de actos funcionales.

➤ **Interesarse de manera indirecta**

Cuando nos referimos del interés indebido del funcionario o servidor público de manera indirecta sobre contratos u operaciones hablamos del interés del sujeto agente “en forma impersonal, es decir, aquí el autor tendrá que valerse de otras personas, para lograr la ejecución de un determinado contrato o varios contratos u otro de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata” (Reátegui, 2016, p. 51). Este provecho puede ser a favor del mismo sujeto agente o a un tercero, con el cual puede tener lazos amicales, familiares, etc.

En esta forma, el sujeto activo (siempre funcionario o servidor público) no ejerce su actuación directamente sobre los funcionarios o servidores a cargo de la ejecución de los contratos u operaciones, siendo que para ello se agencia de personas intermediarias, los mismos que pueden ser *extraneus* u otros sujetos de la función pública a fin de conseguir su objetivo, esto es un beneficio indebido a favor propio o de terceros. Entonces se tiene que el sujeto sugiere o incide en otro actor de la función pública, quien ejerce sus funciones representando al Estado en la realización de contrato u operaciones a través de otra persona que además puede ser un particular u otro funcionario.

Rojas (2002) refiere que “intermediarios no pueden ser autores, pues siempre actúan como cooperadores o cómplices y, según sea el supuesto, pueden formar parte de los instrumentos que emplea el sujeto activo, que en esta caso sería autor mediato”

En el mismo orden de ideas, Castillo (2008) señala que esta forma configurativa se ocasiona cuando se emplea a otras personas para favorecer o beneficiar intereses de particulares. No hace falta si son sujetos de la función pública o *extraneus*, sin embargo estos ostentan la posición de cómplices del delito y no de autores o coautores en virtud a la teoría de unidad de imputación, en donde solo el sujeto cualificado por ser funcionario o servidor público y que tenga una relación con el objeto materia de protección puede ser autor, y no los que no tengan dicha calidad, aunque su aporte sera indispensable o importante. A ello se puede añadir que interesarse indirectamente también abarca el hecho de que ostente un interés de conseguir una ventaja en forma indirecta.

No cabe duda que el disvalor de la acción es notable tanto cuando el actor público se interesa de manera directa como cuando lo hace en forma indirecta a través de otra persona, siendo que a criterio del presente estudio consideramos que incluso la última de las modalidades es más reprochable que la primera, en el sentido que participa una pluralidad de personas que coadyuvan a la comisión del ilícito, apreciándose una resolución criminal coordinada, siendo que esta coordinación y la intervención de una persona intermediaria tiene que ver en la mayoría de casos con el afán de no ser vinculado y de lograr de esa manera que el hecho quede impune.

➤ **Interesarse mediante actos simulados**

Para Rojas (2002):

“Interesarse a través de acto simulado implica que el sujeto activo ante los funcionarios a cargo de la celebración de contratos u operaciones evidencia un interés especial simulando interceder por los intereses del Estado, no obstante, en realidad es que quiere velar por sus propios intereses” (p. 589)

Es decir, en apariencia su accionar está dirigido a interceder por los intereses de la Administración Pública, sin embargo lo que pretende es defender sus intereses personales, así a través de esta forma de comisión, el sujeto activo ostenta un interés propio en la negociación de los contrato con empresas que aparentan tener titularidad o representatividad distinta, y o real es que le pertenecen al funcionario o servidor agente, o en una pluralidad de situaciones ficticias o con empresas fachadas.

Abanto (2003) considera que el acto simulado “es una forma indirecta de interesarse, pues lo que se quiere es aparentar que es otro el interesado cuando en realidad el interesado es el funcionario encargado de celebrar el contrato u operación, por ejemplo, la inclusión en un pacto de negocios de una empresa inexistente.

Por tanto, debe entenderse que la norma penal lo que sanciona en esta figura comisiva es la simulación del acto y no la simulación de la persona, es decir no sanciona penalmente a quien actúa mediante persona interpuesta o disimulada.

Como anota Castillo (2008):

“Hay simulación cuando el funcionario para favorecer a una empresa en la cual se entiende tiene interés particular directo, en

una licitación crea una tercera empresa de fachada para dar la imagen de una supuesta, pero falsa competencia y así cumplir con las bases establecidas” (p. 594)

La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2641-2011-Lambayeque del 11 de agosto de 2021 ha establecido que el interés simulado consiste en que los contratos u operaciones se llevan a cabo con empresas que aparentan tener una personalidad propia cuando en realidad están vinculadas al funcionario o servidor público a cargo de realizar dicho contrato u operación en plena representación del Estado, es decir se simula una actuación de conformidad con los intereses de la Administración Pública, pero en verdad lo que se quiere superponer en forma subrepticia son los intereses propios o privados.

Nuestra jurisprudencia entiende por acto simulado a:

Los contratos u operaciones que se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o están vinculadas a éste; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de la administración pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares. (R.N. N° 2641-2011, F. 3)

Un ejemplo, sería cuando X [entiéndase que es un funcionario o servidor público con competencia y facultades en una contratación estatal] crea una empresa fantasma “con la finalidad de que

compita en una licitación y, de esta manera cumplir con las bases establecidas” (Castillo, 2009 citado en Quispe 2019, p. 127).

➤ **Provecho Propio o de Tercero**

El sujeto activo orientado actúa orientado por el beneficio indebido que se propone a conseguir del negocio, siendo que esta actuación no debida del sujeto activo debe estar encaminada a alcanzar un objetivo, esto es a lograr una ventaja pecuniaria del contrato u operación en que interviene a raíz de la función que desempeña en la Administración Pública.

Esta ventaja que se busca lograr puede darse en favor del mismo agente activo o de un tercero, pero respecto a estos terceros, el funcionario o servidor que comete el delito debe tener alguna clase de vinculación, sea de afinidad, parentesco, amistad, sentimental, etc. Por ello cuando el tipo penal hace alusión a terceros, estos de forma indispensable deben tener una vinculación con el sujeto público, no es posible por tanto que el sujeto activo se interese en forma personal o particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños o que no ostentan ningún vínculo con él.

Sobre lo mismo Castillo (2008) sostiene que:

“El móvil, la motivación o el impulso que guía el actuar del sujeto público al interesarse en un acto público en el cual interviene debido a su cargo, puede ser variado, de este modo es posible que se trate de una motivación afectiva (ayudar a un hijo, a la esposa, a la amante, al sobrino), amical, ambición personal de compadrasgo, etc.

A criterio del suscrito, establecer que el beneficio sea con quien tiene una vinculación, amical, sentimental o de consaguinidad, es una requisito que no contempla el tipo, sin embargo el conocimiento de la esta vinculación, permitiría –como indicio fuerte- evidencia el interés del funcionario o servidor público.

➤ **Objeto material del delito: contratos u operaciones**

Para entender el concepto de contrato debemos remitirnos a su acepción legal tipificado en el art. 1351 del Código Civil⁶. Según el Prf. Torres (2012):

“El contrato es, por tanto, un acto o negocio jurídico por cuanto con él las partes autorregulan sus intereses patrimoniales, pero se distingue de otros actos jurídicos patrimoniales, sobre todo, por la necesaria presencia de dos o más partes, que no equivale a la presencia de dos o más sujetos”. (p. 19)

Sin embargo, cuando nos referimos a contratos celebrados entre un agente público y un particular, estamos ante la figura de un contrato público. Al respecto, la jurisprudencia ha mencionado que en el delito de negociación incompatible:

(...) no es punible la intervención del agente público en los actos administrativos, sino aquellos actos irregulares dentro del marco de un proceso de contratación pública que pongan de manifiesto un interés indebido a favor propio o de un tercero. Y es que, a

⁶ “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

diferencia del contrato privado, la Administración actúa unilateralmente a título singular (subastas, licitaciones, adjudicaciones, servicios personales, etc.) y como persona pública. (Exp. 00183-2011-4-1826-JR-PE-02)

Por otro lado, las operaciones “son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos (licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc.)” (Reátegui Sánchez, J. 2016) (p. 54). Asimismo, siguiendo con los aportes del Prf. Reátegui (2016) nos dice:

(...) el negocio jurídico solo se tratará de un marco contextual referente de la conducta típica, pero no se tratará del fundamento material del injusto típico, que lo será el “aprovechamiento indebido” del cargo por parte del funcionario público bajo la forma de interés en un negocio jurídico, y lo más interesante de esta figura es que se llega a reprimir penalmente al funcionario aun cuando finalmente se frustre por ejemplo la suscripción o la misma ejecución del contrato u operación. (p.15)

➤ **Relación Funcional**

Salinas (2019) señala que:

“El objeto del delito de Negociación Incompatible debe estar confiado al sujeto activo en razón del cargo que ostenta y tiene designado en el marco de la función pública. Este ámbito resulta un elemento objetivo preponderante del delito en hermenéutica

jurídica, pues si en un hecho concreto este elemento no concurre, el tipo penal no se configura, aun cuando haya evidente detrimento patrimonial del Estado con la actuación del sujeto activo” (p.684)

En el delito en comento es condición *sine qua non* que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al sujeto activo en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que ostenta en la función estatal. Como refiere Rojas (2002) “estas facultades o funciones están previstas por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública” (p. 590)

En cuanto a la modalidad esta relación funcional puede darse en forma inmediata y mediata, la primera de ellas se verifica cuando el sujeto agente esta directamente a cargo de la celebracion de los contratos u operaciones o solo puede tener esta potestades por orden jurídica o disposición funcional, mientras que el segundo supuesto se evidencia cuando es otro el funcionario o servidor subordinado del sujeto agente, a quien se le ha delegado la participación de modo directo en el contrato u operación.

Coincidimos con Castillo (2015) cuando estima que la inexistencia de vínculo funcional del actor público con los contratos y operaciones no implica que el hecho va a quedar desprovisto de sanción penal, puesto que es posible que sea castigado a título de cómplice de la acción ejecutada por aquel agente que si cuente con vínculo funcional.

Mediante este elemento objetivo del tipo penal se puede verificar que el bien jurídico protegido por este delito no es necesariamente el patrimonio del Estado, sino que el interés jurídicamente tutelado son los deberes de garantía y confianza específicos que deben adoptar e internalizar los funcionarios o servidores públicos en razón a la función que desenvuelven en la Administración Pública, por ende quedan excluidos aquellas vulneraciones a deberes generales del cargo.

Al respecto, refiere Rojas (2002) que:

“No podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público, sino solo aquel que posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones en razón del cargo. Esta prescripción contemplada por el tipo penal descarta a todos los funcionarios o servidores públicos que solo obedecen o cumplen mandatos o delegaturas sin estar referenciados en las obligaciones de la función.

Al respecto en el Recurso de Nulidad N° 253-2012-Piura de fecha 13 de febrero ha señalado que:

“No es suficiente para la materialización de este tipo penal, que el sujeto activo del delito solo reúna la cualidad especial de funcionario o servidor público, pues es indispensable que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones, esto es, ostente la posición y la competencia para intervenir en una contratación u operación. De esta forma se tiene que lo que condiciona la calidad de autor no es

entonces la calidad de funcionario o servidor, sino la intervención en los actos jurídicos regulados en función al cargo.

II.6.2. Tipo subjetivo

II.6.2.1. Elemento distinto al dolo (tendencia interna-trascendente)

Estos tipos de delitos requieren de una intención especial. Según Jescheck y Weigend (2002) “esta intención especial consiste en la búsqueda de un resultado diferente al exigido típicamente y que, por ende, no es exigente para la consumación del delito, debiendo entenderse sólo para efectos de llenar el tipo”. (citado en Villavicencio, 2006, p. 375)

Respecto al tipo penal de negociación incompatible, el sujeto agente debe interesarse indebidamente en las contrataciones estatales para obtener algún beneficio propio o para un tercero. Es decir, el funcionario o servidor público debe tener como finalidad obtener un provecho personal o para un tercero, solo en ese supuesto, se podría satisfacer todos los elementos del tipo.

II.2.6.2.2. Dolo

“El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del Derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito”. (Muñoz. y García 2010, p. 267)

Ahora, respecto al delito de negociación incompatible nuestra jurisprudencia y doctrina nacional ha dejado por sentado que este tipo penal solo admite conductas netamente dolosas, sin

posibilidad de un dolo eventual. Conforme se puede apreciar en el Exp. 00031-2017-7-5201-JR-PE-02:

F. 25.- Elementos del dolo eventual que de ningún modo aparecen en el delito de negociación incompatible por la misma estructura de la fórmula legislativa recogida en el artículo del CP.

F. 26.- Que, en este caso, debemos dejar establecido también que el delito de negociación incompatible es netamente doloso, por tanto, no cabe la comisión por culpa. La configuración subjetiva de la conducta ilícita requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de 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 propio indebido para sí o para un tercero con el cual lógicamente tiene alguna vinculación. Por ello, es posible afirmar conforme lo explica el profesor Manuel Abanto Vásquez, que con relación a la tipicidad subjetiva en este delito solo es posible el dolo directo, pues los actos de interés privado y, sobre todo, bajo la modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos.

II.7. Autoría y participación

La doctrina y la jurisprudencia han calificado al delito de negociación incompatible como un delito especial propio y de infracción del deber. Debido a que en estos delitos “existe la dificultad de que el dominio del hecho sería

insuficiente para caracterizar al autor, pues solamente se considera autor al que le incumbe el cumplimiento de un deber especial”. (Villavicencio, 2019, p. 108) Así lo manifiesta el Prf. Rosales. (2021) señalando que:

El delito de negociación incompatible, por su estructura típica, debe ser concebido también como un “delito de infracción de deber”, toda vez que se protege aquí el deber de imparcialidad del funcionario o servidor público frente a la posibilidad de que surja en el desempeño de su rol algún tipo de interés indebido (...) De tal manera que solo podrá ser autor quien sea titular de dicho deber y en dicho ámbito. (p. 170)

Del mismo modo, nuestra Corte Suprema ha establecido en su R.N. N° 722-2013-TACNA lo siguiente:

Nos encontramos ante un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminem laede*, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común –al menos parcialmente- con un beneficiario (...) Estos deberes y expectativas tiene un contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, son titulares de un estatus especial. (f. 3)

Respecto, a la coautoría, esta figura solo se podrá configurar cuando ambos sujetos tengan la condición especial del tipo penal y el mismo grado de intervención en los hechos ilícitos. Ahora, el problema se delimita cuando nos encontramos frente a figuras como la autoría mediata. Según señala el Prf. Villavicencio Terrones, F. (2019):

En cuanto a la autoría mediata, también intervendría un intermediario sin cualificación. Tal es el caso de los delitos de infracción de deber propios, que exigen una determinada calidad en el sujeto para ser autor. El problema surge cuando el ejecutor es un no cualificado o *extraneus*, en tanto el hombre de atrás es un cualificado o un *intraneus*. Es obvio que el *extraneus* no puede ser autor, pues carece de la calificación a pesar de tener el dominio del hecho. Por otro lado, el *intraneus* no puede ser instigador, pues ello implica la existencia de un autor cualificado, y el *extraneus* no lo es. (p. 108)

En esta situación, la doctrina ha establecido que es posible que el intermediario no responda penalmente si se llegara a verificar que fue utilizado como “instrumento” por el hombre de atrás, el cual, tendrá la calidad de autor directo. Por otro lado, cuando intervengan terceros particulares, éste solo responderá como cómplice o instigador de ser el caso.

Respecto a la participación en la Casación N° 1765-2019-Lima se ha establecido que no existe restricción alguna para atribuirle responsabilidad penal accesoria a título de cómplice a todo aquel que realice un aporte contributivo, accesorio, durante la fase ejecutiva del delito de negociación incompatible, mientras que en la Casación número 841-2015/Ayacucho la Corte se decantó por negar dicha posibilidad.

En lo que concierne a la participación del tercero o *extraneus*, no coincidimos en la aplicación de la Casación número 841-2015/Ayacucho, del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, por cuanto, conforme lo establece el Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, 2011, del seis de diciembre de dos mil once, sobre la actuación de terceros en delitos contra la

Administración Pública en su fundamentos jurídico 11 y 12, a título de cómplice, sobre la tesis de la unidad de título de imputación, es válida la participación de terceros, por cuanto un mismo hecho no podría ser reputado bajo la figura de dos tipos penales diferentes, en razón de los partícipes, tanto más si se reputa la participación del tercero como dependientemente del hecho principal, por tanto, no se le adjudica que infrinja el deber por cuanto no es funcionario público pero sí puede responder a título de cómplice.

II.8. Consumación y tentativa

Ya se ha establecido que el delito de Negociación Incompatible constituye un delito de mera actividad o de peligro, por lo tanto, no es necesaria la materialización de un resultado. De otro lado al ser así su naturaleza -de peligro- no cabe la tentativa.

II.9. Diferencias y semejanzas entre el delito de Negociación Incompatible y el delito de Colusión Desleal

Tabla N°03

Diferencias y similitudes entre el delito de negociación incompatible y el de colusión desleal.

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y COLUSIÓN DESLEAL SIMPLE	
SIMILITUDES	DIFERENCIAS
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Ambos delitos hacen referencia a la sanción por cualquier operación económica en la que el Estado participe como parte. ✓ En ambos delitos se sanciona al funcionario o servidor público que interviene por razón de su cargo. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ La conducta típica en la negociación incompatible es “interesarse”, mientras que en la colusión simple la conducta típica es “concertar”

-
- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ✓ Se sanciona al funcionario que directa o indirectamente interviene o se interesa por cualquier operación económica en la que el Estado participe como parte. ✓ No se requiere de un perjuicio patrimonial al Estado. ✓ Son delitos de infracción del deber. ✓ Son delitos de peligro abstracto. ✓ Son delitos que sancionan el conflicto entre intereses privados y estatales. | <ul style="list-style-type: none"> ✓ En la negociación incompatible el “interesar” se da de manera unilateral, mientras que el “concertar” es un delito de encuentro; es decir, requiere de una bilateralidad. |
|--|--|
-

Nota: De autoría del investigador.

II.10. Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal

En el presente acápite trataremos un tema muy polémico en la doctrina y jurisprudencia, delimitar cuando estamos ante un comportamiento que amerite una sanción administrativa o una sanción jurídico-penal. Al respecto, el Prf. Mayo Calderón, B. (2021) refiere que:

Para delimitar las conductas que deben ser castigadas por el Derecho penal de aquellas otras que solo merecen ser castigadas por el Derecho administrativo, el legislador utiliza diferentes criterios. En ocasiones emplea criterios objetivos mientras que en otras utiliza criterios que introducen un componente valorativo, cuya concreción corresponde al intérprete. Así, por ejemplo, en relación con la protección del bien jurídico colectivo «funciones del tributo» el legislador acude a una cuantía económica. Asimismo, en relación con algunas conductas que lesionan el bien jurídico «seguridad del tráfico», el legislador hace referencia a un determinado índice de velocidad o tasa de alcohol. Por el contrario, introduce criterios con un componente valorativo, cuya concreción corresponde al

intérprete, por ejemplo, en relación con la protección del bien jurídico «medio ambiente» o respecto a determinadas conductas que lesionan el bien jurídico «seguridad del tráfico». (p. 231)

En ese sentido, es fundamental precisar que el principio de mínima intervención penal va significar una barrera que limitará el ejercicio del derecho penal frente a conductas que no lo ameriten. Nuestra Corte Suprema en su R.N. N° 3004-2012-CAJAMARCA, señaló que:

Sumilla: En aplicación del principio de mínima intervención el ejercicio del Ius Puniendi debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, que carece de sentido la intervención del Derecho Penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos que permiten la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad

Claro está, que cuando nos referimos al delito de negociación incompatible, no solo bastaría con tener irregularidades administrativas, sino también otros actos ilícitos o una serie de indicios que ameriten una sanción jurídica-penal. Así lo estableció nuestro Tribunal de Justicia en reiteradas jurisprudencias [véase Casación 841-2015, Ayacucho y Exp. 00525-2014-4-1826-JR-PE-03]. De lo contrario, sancionar penalmente –a priori- a un agente público por presentar defectos administrativos en la contratación u operación estatal a su cargo, implicaría una afectación al principio de mínima intervención del Derecho Penal, debido a que se necesitaría un “plus de injusto” para justificar la sanción penal.

Por otro lado, el Prf. Rosales Artica [ya citado en el presente trabajo] establece que:

La diferencia entre el injusto administrativo y el penal para efectos de la comisión del delito de negociación incompatible yace en el hecho que el primero se configura con la sola transgresión objetiva de la norma administrativa; mientras que en el caso del segundo tendremos que establecer si el agente estatal infringió su deber de imparcialidad al aprovecharse del cargo para fines particulares. (p. 71) (2021)

En el caso peruano, la responsabilidad administrativo-funcional ha sido regulada actualmente por la Ley N° 31288, anteriormente por la Ley N° 27785 y la Ley N° 29622 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM -estas normas establecen infracciones administrativas graves y muy graves que deberá investigar, juzgar y sancionar la Contraloría General de la República- las mismas que fueron derogadas en el año dos mil dieciocho.

La vigente Ley N° 31288 - Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la contraloría general de la república, en el cual en su artículo once tipificas dichas conductas, las cuales tienen una redacción similar a los tipos penales de los delitos cometidos por funcionarios público como es:

11.9. Actuar en forma parcializada en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su función, dando lugar a un beneficio, propio o de tercero, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como muy grave.

Cabe precisar que, con semejante tenor de esta infracción, estaba situada en el artículo siete, del derogado decreto supremo N°023-2011-PCM, que sancionaba lo siguiente:

7.h) Actuar parcializadamente en contra de los intereses del Estado, en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su cargo, función o comisión, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero. Esta infracción es considerada como muy grave.

Redacción que se asemeja al delito que es materia de análisis, más aún a fin de graduar sus sanciones por responsabilidad administrativa funcional, la ley vigente lo hace de acuerdo a los criterios siguientes: a) La gravedad de la infracción cometida, considerando el daño al interés público. b) La existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción. c) El perjuicio causado o efecto dañino producido por la comisión de la infracción. d) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción. e) La reiteración o reincidencia en la comisión de la infracción. f) Las circunstancias de la comisión de la infracción. g) La conurrencia de infracciones. h) El grado de participación en el hecho imputado.

El límite respecto de una conducta correspondiente de una infracción administrativa, desde luego no es el delito analizado, sino una conducta correspondiente infracción administrativa será su límite con cualquier tipo penal en el que se sancione a funcionario o servidor público en función al verbo rector correspondiente al delito analizado, como es en el caso del R.N. N°785-2018, el cual en su considerando décimo indica que si bien Corte Suprema en decisiones

precedentes estimó que las infracciones administrativas no necesariamente tienen correspondencia simétrica en una norma de carácter penal, estas tienen virtualidad de acreditar indiciariamente determinadas conductas, como por ejemplo las que atentan contra la administración pública (colusión, peculado, negociación incompatible, entre otras), en atención al número de estas irregularidades, su gravedad y el proceder de los funcionarios legalmente autorizados para conceder la buena pro y, de corresponder, también a través de conductas posteriores.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE SENTENCIAS POR EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

A continuación, se presentarán los cuadros referentes a las muestras obtenidas, consistentes en siete (7) sentencias relativas al delito de Negociación Incompatible emitidas por el Subsistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Lambayeque correspondiente a los casos judicializados entre los años 2018 a 2020, y de los cuales se ha emitido sentencia ya sea absolutoria o condenatoria, obtenidas de una población de veinte (20) sentencias, los cuales serán presentando en forma escrita y por extractos relevantes fielmente transcritos de la sentencia original, a fin de analizar lo relevante para el presente trabajo de informe final consistente en Establecer cuáles deben ser los criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque.

Tabla N°04

Análisis y resumen caso seguido en el expediente N°00686-2016-51, respecto de los principales argumentos relevantes para la investigación.

Expediente 00686-2016-51		
Al evaluar y calificar las propuestas técnicas de los postores el Comité le asignó 20 puntos a la propuesta de la empresa “Los Pilares del Chira EIRL, respecto al maestro de obra, pero este solo acreditó tres años, seis meses y quince días de experiencia. Por lo cual le correspondía un puntaje menor, sin embargo gracias a este puntaje la mencionada empresa ganó los dos procesos de selección		
Argumentos del fiscal	Argumentos de la defensa	Fundamentos del juez
Primera instancia		
Realizó el Fiscal la imputación en el sentido que, los acusados quienes conformaron el Comité Ad Hoc se interesaron en forma indebida, directa y en provecho de un tercero (“Los Pilares del Chira EIRL, ya que en los procesos de adjudicación directa mencionados, le otorgaron 20 puntos por experiencia, en relación al maestro de obra, cuando en realidad le correspondía 10 puntos, logrando que obtengan la Buena Pro de los dos procesos.	La defensa postula que se trata de un hecho atípico ya que el requerimiento fiscal solo menciona el verbo rector indebido y no los otros verbos rectores. Señala <u>que no hay interés indebido por un tema atípico por cuanto se está hablando de una infracción administrativa como lo hace ver la casación N°231-2017 Puno.</u>	Al ser integrantes del comité, ellos elaboraron las bases, por lo que tenían conocimiento de los puntajes, <u>evidenciándose un interés manifiesto para que la empresa resulte ganadora</u> , no solo en uno sino en los dos procesos de selección <u>No constituye una mera infracción administrativa</u> Vínculo funcional acreditado. <u>No es necesario que se produzca un perjuicio.</u>
Segunda instancia (apelada defensa)		
Sustenta que el A Quo indicó en su sentencia que no se trata de una infracción administrativa, por cuanto no se obvió la aplicación de una norma jurídica. Solicitó se confirme la sentencia en todos sus extremos.	No se ha demostrado en qué sentido se habían interesado indebidamente en los procesos de selección. El delito de Negociación Incompatible es de carácter concreto, por ello debe haber un perjuicio. <u>La casación N° 231-2017-Puno refiere que el delito en comento es de peligro concreto.</u>	El órgano superior confirmó sentencia condenatoria señalando que los miembros del comité no actuaron con imparcialidad, afectando el interés público y evidenciando un interés manifiesto para que la empresa resuelva ganadora <u>Se descarta que solo existe responsabilidad administrativa.</u> <u>Es un delito de peligro abstracto, no es necesario que se cause un perjuicio.</u>

Nota: la presente tabla es de elaboración propia y los fundamentos extraídos son solo los considerados relevantes para los fines de la investigación, esto es, evidenciar los criterios utilizados para diferenciar el injusto administrativo del injusto penal analizado.

Tabla N°05

Análisis y resumen caso seguido en el expediente N°10198-2016-58, respecto de los principales argumentos relevantes para la investigación.

Expediente 10198-2016-58		
Se tiene durante la ejecución de la obra el consorcio ejecutor IOTA solicitó la aprobación de lo que ellos denominan adicional de obra número Cinco por incremento de altura de la cámara de bombeo de desagüe, pues alegaban que había una modificación durante la ejecución de la obra que se produjeron como resultado de un replanteo de los niveles de las redes de alcantarillado y que había generado que la cota de fondo de uno de los buzones, sin embargo, lo que en había ocurrido en realidad era un hundimiento del caisson, que es una estructura de concreto, conforme estaba consignado también en el mismo cuaderno de obra. Posteriormente el órgano de control, el OCI del Gobierno Regional hace un examen a esta obra y establece que el buzón número catorce, en realidad no sufrió ninguna modificación, y que la prestación adicional de esta obra 05, se hizo únicamente con la finalidad de subsanar el hundimiento que sufrió el muro caisson, que se debió a un proceso constructivo y en todo caso correspondía al propio consorcio asumir estos costos.		
Argumentos del fiscal	Argumentos de la defensa	Fundamentos del juez
Primera instancia		
Que el acusado en el año 2011 se interesó indebidamente en favorecer a un consorcio, contratista, con un adicional que no correspondía sufragar a la entidad, porque como se ha dicho se trató de un contrato celebrado a suma alzada y por lo tanto todo estaba detallado en el expediente técnico y correspondía en todo caso, al propio contratista asumir el costo de esta construcción.	Señala que <u>órgano de control institucional, recomendó dos acciones a seguir una de carácter administrativo y otro de carácter penal, una acción legal de carácter penal, siendo que esta acción de carácter administrativa es el punto de partida y el único sustento que tiene el representante del Ministerio Público. Demostrará que en realidad se trata de un error.</u>	El juzgador ha llegado a la conclusión que <u>no se ha probado más allá de toda duda razonable la comisión del hecho delictivo por parte del acusado,</u> y si bien tenía éste la condición de supervisor de obra, cuyas funciones estaba reguladas en el MOF, <u>no se ha probado el interés indebido</u> en la aprobación del adicional materia de imputación, por lo que corresponde la emisión de una sentencia absolutoria.
Segunda instancia (apela ministerio público)		
Señala que debido a que, al tratarse de una obra bajo el sistema de suma alzada, era de exclusiva responsabilidad del consorcio ejecutar el adicional sin reconocimiento de pago alguno, denotando como consecuencia el interés indebido del acusado al autorizar el adicional.	Refiere que de acuerdo a la Ley de Contrataciones y su Reglamento, sí se admitía adicionales, aún en la modalidad de suma alzada, y esto se sustenta con las opiniones del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.	el juez a quo si ha explicitado las razones por las cuales ha desestimado el examen pericial efectuado por Humberto Olorte Vilarreal, la cual a criterio de la mayoría de esta Sala resulta ser la principal prueba de cargo que sustenta la acusación fiscal.

Nota: la presente tabla es de elaboración propia y los fundamentos extraídos son solo los considerados relevantes para los fines de la investigación, esto es, evidenciar los criterios utilizados para diferenciar el injusto administrativo del injusto penal analizado.

Expediente 1823-2016-98

Los funcionarios acusados estos evaluaron y calificaron indebidamente la experiencia mínima del personal propuesto por el postor Constructora Gallardo & Ingenieros Asociados SRL., siendo que de manera indebida evaluaron y calificaron al maestro de obra, otorgándole un puntaje de su calificación de la propuesta técnica que no le correspondía y es que le otorgaron 20 puntos por experiencia por el maestro de obra, cuando sólo le correspondía 10 puntos, ello fue advertido en Informe de Auditoría N° 007-2015-2-0282-AC. Este otorgamiento de los veinte puntos llevó al Comité a otorgarle en la propuesta técnica cien puntos, cuando le correspondía noventa. Que de haberse realizado la puntuación de la manera adecuada el ganador hubiera sido otro postor, es decir, Consorcio CONIMED- Manuel Adolfo Mercado García.

Argumentos del fiscal	Argumentos de la defensa	Fundamentos del juez
Primera instancia		
Se les cuestiona a los acusados es que de manera indebida le otorgaron puntaje 1 factores de evaluación obligatorios que es el capítulo 4 los requerimientos técnicos están en el capítulo 3, reservar el parámetro puntuación y ellos mismos establecen en las bases en los factores de evaluación puntajes/ metodología para su asignación, puntaje y metodología para su asignación, experiencia para el personal propuesto para la para la presentación del servicio.		Si bien la imputación está relacionada con la asignación del puntaje de veinte (20) puntos que no le correspondía a la Constructora Gallardo & Ingeniera Asociados, sin embargo la falta de verificación y precisión en el informe de auditoría del cumplimiento de requerimientos técnicos mínimos, aunado a las falta de actuación de prueba), <u>impide tener por acreditado el “interés” indebido</u> que requiere el tipo penal de negociación incompatible.
Segunda instancia (apela ministerio público)		
Señala que la sentencia incurre en erro de valoración en cuanto afirma que el agraviado es la empresa que quedó en segundo lugar. Asimismo, señala que no es cierto que no se haya actuado documentos que no se ha actuado en juicio oral los documentos que se presentaron para acreditar lo requerimientos técnicos mínimos.	La defensa coincide en indicar que existen dos criterios diferenciados entre la etapa de requerimientos técnico y la etapa de evaluación técnica, en la primera no se estableció antigüedad de diez años en cuanto a la acreditación de la experiencia, mientras que en la segunda se especifica que la experiencia del maestro de obra no puede exceder una antigüedad de diez años.	La sala concluye que: <u>corresponde establecer si es que la evolución atribuida a los absueltos debe ser entendido como un error administrativo o como expresión de un interés indebido para favorecer a la empresa; la sala interpreta que el solo error en la calificación así haya favorecido o perjudicado a determinado postor no resulta ser suficiente para configurar y acreditar el interés del funcionario público.</u>
Recurso de casación (interpuesto por el ministerio público)		
Fundamentos de la corte suprema:		
Señala que los miembros del comité especial erraron al momento de colocar el puntaje, <u>no logró relacionarse esta circunstancia con un interés indebido.</u> Al respecto sostienen que el <u>error por sí mismo no puede configurar el delito</u> en comento, pues es indispensable para que el hecho se subsuma en el tipo, que el sujeto actúe a título de dolo, <u>no concurriendo otros indicios distintos al antes referido que acredite la parcialización de los funcionarios públicos, o que hicieron prevalecer sus intereses particulares por sobre los intereses públicos.</u>		

Asumir lo contrario sería dar pie a la aplicación de la responsabilidad objetiva en la vía penal, lo cual está proscrito.

Nota: la presente tabla es de elaboración propia y los fundamentos extraídos son solo los considerados relevantes para los fines de la investigación, esto es, evidenciar los criterios utilizados para diferenciar el injusto administrativo del injusto penal analizado.

Tabla N°07

Análisis y resumen caso seguido en el expediente N°367-2017-96, respecto de los principales argumentos relevantes para la investigación.

Expediente 367-2017-96		
El Consorcio Jaén, presentó ante la Oficina de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial de Jaén, los documentos para la suscripción del contrato de la obra antes mencionada, adjuntando documentos técnicos que no se encontraba autorizado por ningún profesional especialista en la materia, conforme se estipula. Por otro lado, la designación del cargo de inspector de obra, en reemplazo de la ingeniera se realizó extralimitando el plazo de quince días señalado por el Reglamento de Contrataciones del Estado, para que se puede iniciar sin ningún tipo de inconveniente el plazo de ejecución de la obra. Asimismo, se imputa que luego de transcurrido cuarenta y cinco días de suscrito el contrato de ejecución de obra, hizo la entrega del expediente técnico de obra al ingeniero residente. Al igual que la demora en la entrega del terreno, no habiendo justificación para utilizar un plazo tan extenso como el denunciado. Asimismo, se tiene que el Consorcio Jaén solicitó al acusado el pago del adelanto directo correspondiente, la carta que solicitaba dicho adelanto directo fue ingresada extemporáneamente, pese a las observaciones anunciadas los acusados se autorizó el pago del mencionado adelanto directo.		
Argumentos del fiscal	Argumentos de la defensa	Fundamentos del juez
Primera instancia		
Señaló que en el presente juicio oral la fiscalía ha logrado acreditar en grado de certeza la responsabilidad penal en calidad de autores de los acusados; quienes han cometido el delito de Negociación Incompatible u aprovechamiento indebido del cargo en agravio de la Municipalidad Provincial de Jaén.		El juez emite sentencia condenatoria, indicando se ha <u>evidenciado un interés directo e indebido</u> para favorecer al consorcio, debido a que elaboró el contrato transgrediendo la normativa de contrataciones del Estado. Los coacusados mostraron un interés privado, ajeno al de la Administración Pública <u>poniendo en peligro los intereses económicos del Estado</u> y la ejecución de una obra pública. Y sentencia absolutoria respecto del alcalde de dicha comuna.
Segunda instancia (apela defensa y ministerio público)		
Ministerio Público señala que es importante delimitar las funciones que está en el MOF y ROF, siendo su función según el ROF revisar los contratos protegiendo y salvaguardando los intereses de la municipalidad, por lo tanto, el acusado como Jefe de la oficina de asesoría jurídica tiene vinculación funcional con la elaboración del contrato.	La defensa de Augusto <u>Fernández Cusman invoca la Casación N°321-2017-Puno en la que señala que no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna norma de carácter administrativo</u> , sino solo serán típicas aquellas conductas que supongan daño inminente para la administración pública.	Por lo tanto declara nula la sentencia y el juicio oral, debiendo llevarse a cabo nuevo juicio teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la defensa de Alfonso Requejo Aldaz respecto al a invocación del principio de <i>non bis in idem</i> , y que lo invocado afectaría la garantía de la previsibilidad de las resoluciones judiciales.
Nuevo juicio oral		
Señala que el interés debe entenderse como aquellos actos que tengan un contenido económico en los que <u>existe la posibilidad de poner en peligro la administración</u> , consumándose con la sola verificación del interés particular. Sin embargo, en la subsunción argumenta confirmando estar probada la imputación realizada a cada acusado.		

Nota: la presente tabla es de elaboración propia y los fundamentos extraídos son solo los considerados relevantes para los fines de la investigación, esto es, evidenciar los criterios utilizados para diferenciar el injusto administrativo del injusto penal analizado.

Tabla N°08

Análisis y resumen caso seguido en el expediente N°12041-2018-24, respecto de los principales argumentos relevantes para la investigación.

Expediente 12041-2018-24		
En cuanto a la imputación penal se tiene que la acusada como gerente de administración y finanzas de la MPL designada mediante resoluciones de alcaldía, valiéndose de su cargo se interesó indebidamente en la contratación de su cuñada, esposa de su hermano, ingresando a laborar a la Gerencia de Administración Tributaria, siendo que la imputada como gerente de administración y finanzas según su ROF y MOF tenía como función “dirigir, coordinar y controlar las actividades de la sub gerencia de logística”, órgano encargado de todos los procesos de adquisición de bienes y servicios, por lo cual por razón de su cargo intervenía en la contratación de todos los profesionales por locación de servicios requeridos por las distintas áreas de la entidad		
Argumentos del fiscal	Argumentos de la defensa	Fundamentos del juez
Primera instancia		
Indica que la acusada en virtud del cargo que tenía, intervenía en la contratación por locación de servicios de los profesionales requeridos por las distintas áreas de la municipalidad; conforme también fue expuesto en el presente plenario los testigos, quienes indicaron que la contratación por bienes y servicios estaba a cargo de la gerencia de administración y finanzas, a cargo de la acusada; asimismo también se ha acreditado que la subgerencia de logística era un área dependiente del área que ella dirigía.		Siendo así se cumplen todos los elementos del tipo penal, debido a que la acusada, en su calidad de funcionaria pública y en razón del cargo que ostentaba se interesó indebidamente en la contratación de una persona que tenía vinculo de afinidad, para lo cual ejecuto actos que no se correspondían con el rol de un funcionario o servidor público, debido a que <u>mostraron un interés privado</u> , ajeno al de la Administración Pública <u>poniendo en peligro los intereses de la contratación del servicio de la entidad estatal</u> , emitiendo sentencia condenatoria.
Segunda instancia (apela defensa)		
Indica que en el presente caso la contratación de la tercera persona estaba prohibida según la Ley 26771 y su modificatoria la Ley 30294. Que la documentación luego de realizada la certificación presupuestaria se remite a la recurrente para que sea visada por ella, donde se advertía el nombre completo de su cuñada.	No se ha logrado determinar que su patrocinada sea responsable del delito imputado, toda vez que no existe prueba alguna de ello, incluso de las declaraciones testimoniales no se ha podido establecer que su defendida haya influenciado en la contratación de su cuñada, y que no participo en ninguna etapa de la contratación CAS de su cuñada, ya que cuando llego a laborar como Gerente de Administración y Finanzas el concurso ya había concluido, y es el área de recursos humanos quien revisa el contrato.	La sala sustenta que la sentencia en primera instancia queda establecido que la acusada tenía la calidad de Gerente de Administración y Finanzas de la MPL, y en dicha función por haber tenido que visar e incluso suscribir y dar trámite a las contrataciones de su cuñada, sin embargo ejerciendo sus propias funciones se interesó por avalar dicha contratación visando, suscribiendo y confiriendo trámite los documentos que procuraban el <u>beneficio indebido para su cuñada</u> , configurándose el tipo penal.

Nota: la presente tabla es de elaboración propia y los fundamentos extraídos son solo los considerados relevantes para los fines de la investigación, esto es, evidenciar los criterios utilizados para diferenciar el injusto administrativo del injusto penal analizado.

Tabla N°09

Análisis y resumen caso seguido en el expediente N°02697-2018-63, respecto de los principales argumentos relevantes para la investigación.

Expediente 02697-2018-63		
Los acusados se habrían interesado de manera indebida en provecho de su co-acusada, a quien se le contrató para la elaboración del expediente técnico del proyecto, persona que al cuatro de julio del dos mil doce (fecha de su contratación) no se encontraba inscrita en el registro nacional de proveedores necesario para contratar con el Estado y menos reunía las condiciones profesionales para realizar el citado proyecto, debido a que no tenía título profesional en la especialidad requerida. Asimismo, una vez presentado el proyecto -a los dos días de su contratación- procedieron a darle la viabilidad del mismo hasta su aprobación, a pesar de que tenía inconsistencias graves en su elaboración.		
Argumentos del fiscal	Argumentos de la defensa	Fundamentos del juez
Primera instancia		
Se ha acreditado con prueba actuada la imputación contra la coacusada.	Indica que el ministerio pública no actuará un solo elemento que evidencia dolo en el cumplimiento de su función, ni podrá evidenciar la existencia de interés en favor de terceros.	Evidencia un interés indebido en favorecer a la persona contratada para la elaboración del citado proyecto, pues dada la naturaleza del mismo <u>resultaba imposible que en menos de dos días. Se advierte el interés indebido</u> por parte de los acusados, al mostrar un interés privado, ajeno al de la Administración Pública <u>poniendo en peligro los intereses económicos</u> y la contratación de servicios de la entidad estatal.
Segunda instancia (apela defensa)		
Señala que el interés indebido se manifiesta con ciertos indicios, como por ejemplo la concurrencia de un solo postor, que es una situación que se presenta en este caso, otro indicio son los precios sobrevaluados o subvaluados, lo que también ocurre en el presente caso	Señala además que el Juez ha realizado apreciaciones subjetivas, que no tienen sustento probatorio objetivo, ya que, conforme a la Casación 23-2016, el provecho propio o de tercero requiere ser materia de prueba. Tampoco se puede sostener la comisión del delito de negociación incompatible a través de infracciones administrativas.	La sala superior indicó que quedó demostrado que la exproveedora fue contratada el mismo día que se solicitó un consultor de obra, y pese a que ella no cumplía con ese perfil. Del mismo modo, se acreditó que pagó la comuna por el servicio ofrecido se realizó sin que se subsanaran las deficiencias observadas al expediente. Por dichas causas, el colegiado resolvió confirmar la sentencia condenatoria.

Nota: la presente tabla es de elaboración propia y los fundamentos extraídos son solo los considerados relevantes para los fines de la investigación, esto es, evidenciar los criterios utilizados para diferenciar el injusto administrativo del injusto penal analizado.

Tabla N°10

Análisis y resumen caso seguido en el expediente N°1959-2016-65, respecto de los principales argumentos relevantes para la investigación.

Expediente 1959-2016-65		
<p>Imputa al acusado mediante Oficio N° 134-2012-GR/LAM.GERESA, mostró un interés indebido al haber dispuesto que se proceda con el trámite correspondiente para que la entidad cumpla con cancelar al trabajador la bonificación deferencial mensual del treinta por ciento de la remuneración mensual más devengados e interés legales, conforme lo ordenado judicialmente mediante mandato judicial, razón por la cual la entidad demandada le canceló al trabajador, asimismo indicó que igual situación ocurrió con respecto a otra trabajadora a mediante el cual el acusado mediante el oficio mencionado también dispuso la continuación del trámite de pago del treinta por ciento de la remuneración mensual a favor de dicha trabajadora más el pago de devengados e intereses legales conforme lo ordenado judicialmente en la resolución, sin que el proceso judicial haya adquirido la calidad de cosa juzgada, precisó que conforme a la imputación concreta que se ha expuesto la Fiscalía consideró que dichos hechos se subsumen en el tipo penal de negociación incompatible.</p>		
Argumentos del fiscal	Argumentos de la defensa	Fundamentos del juez
Primera instancia		
<p>Ministerio Público solicitó se apruebe la conclusión anticipada el juicio acuerdo al que se ha arribado con el acuerdo respecto a la aceptación del cargo y de la pena.</p>	<p>Indicó que se reserva sus alegatos iniciales toda vez que su patrocinado tiene a bien acogerse a la conclusión anticipada del proceso.</p>	<p>Al respecto, indica que en el delito de negociación incompatible,, exige para la configuración el a) interesarse de manera directa; la misma que se cumple en el presente caso debido a que el acusado, en calidad de asesor legal emitió personal y directamente un informe necesario y en sentido favorable a a para el pago de dinero proveniente de mandato judicial, no obstante, que las resoluciones judiciales no estaban consentidas, dándole apariencia de legalidad al mismo b) Provecho propio o de tercero, dado el interés que aceptó tener al emitir el informe, se evidencia el provecho a favor de los beneficiados con el pago. La sala superior emitió sentencia condenatoria bajo la figura de conclusión anticipada.</p>

Nota: la presente tabla es de elaboración propia y los fundamentos extraídos son solo los considerados relevantes para los fines de la investigación, esto es, evidenciar los criterios utilizados para diferenciar el injusto administrativo del injusto penal analizado.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

-En el **Exp. N° 00686-2016-51** se tiene el caso de Kurt Martel, Luis Ponce y Fidel Arévalo, quienes conformaron el Comité Ad Hoc, en el Proceso de Selección para la contratación de servicios de “Mantenimiento Preventivo y Correctivo de la Infraestructura de locales de las Comisarias DIRTEPOL Tumbes, que forma parte de la U.E. N° 028 II DIRTEPOL CHICLAYO en la Dirección Territorial Policial Chiclayo – Lambayeque, en virtud a que se interesaron en forma indebida, directa y en provecho de un tercero (Los Pilares del Chira EIRL), ya que en los procesos de adjudicación directa mencionados, le otorgaron 20 puntos por experiencia, en relación al maestro de obra, cuando en realidad le correspondía 10 puntos, logrando que obtengan la Buena Pro de los dos procesos.

El mencionado caso versa sobre una modalidad comisiva muy común de este delito, consistente en la asignación indebida de puntaje con la intención de favorecer a un particular a fin de que obtenga la buena Pro. La decisión del juez de primera instancia fue condenar a los acusados, basándose, para lo cual pasó analizar si existió un interés indebido en la actuación de los funcionarios, estimando como criterios el hecho que el interés indebido es manifiesto, en base a un indicio fuerte (el hecho de ser ellos mismos quienes crearon las bases y tener pleno conocimiento por tanto de los puntajes por cada requisito pues eran los miembros del Comité), por tanto no podía ser tomada como **una mera infracción administrativa una mera infracción administrativa**, pues resulta imposible de **subsananar** al verificarse la existencia de dolo, lo que implica por tanto que no estamos ante un caso de **responsabilidad objetiva**. De lo anterior podemos señalar que estamos ante un **hecho grave**, que amerita ser sancionado penalmente, pues nos encontramos ante un **daño inminente para la administración**.

En igual sentido se pronunció el juez de segunda instancia, haciendo énfasis en que no ha mediado solo **responsabilidad administrativa**, sino que se ha configurado un interés indebido y que se trata de **un delito de peligro abstracto, no es necesario que se cause un perjuicio**.

En conclusión, consideramos que se han aplicado en el caso de autos, a efectos de descartar o fundamentar una condena, en este caso se ha condenado al encontrarse configurados los criterios necesarios para verificar que nos encontramos ante un delito de Negociación Incompatible y no solo ante una mera infracción administrativa.

-En el Exp. N° **10198-2016-58** de fecha 20 de diciembre de 2018 en el marco del proceso de contratación Mejoramiento Ampliación e Instalación de Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado del Cercado y los Pueblos Jóvenes Villahermosa, La Explanada, Javier Castro, Santa Lucía, Cuatro de Julio, Los Claveles, Nazareno Cautivo, Nuevo Horizonte y San Borja", pueblos jóvenes del distrito de José Leonardo Ortiz realizada por el Gobierno Regional de Lambayeque, se le imputa a Wiston Enrique Segura Saavedra que, como funcionario público encargado del control de la ejecución de estos trabajos de manera directa se interesó en el otorgamiento del adicional de obra causando un perjuicio concreto que al final inclusive se verificó en la realidad, es decir que el dinero de la entidad sí salió, se refiere a los veintisiete mil quinientos trece soles (S/ 27,513.00) y que este interés se hizo únicamente para favorecer a este consorcio; señaló que fue la persona que tramitó el adicional de obra, fue la persona que a pesar de tener conocimiento que no era necesario reconocer este adicional de obra sí lo hizo, y que al final se logró pues beneficiar de manera ilegítima a este consorcio.

En este supuesto de la realidad, se trató de una acusación por delito de Negociación Incompatible en la etapa de ejecución, en donde se atribuyó a Wiston Enrique Segura Saavedra que, como funcionario público encargado del control de la ejecución de estos trabajos de manera directa se interesó en el otorgamiento del adicional de obra causando un perjuicio concreto para favorecer a este consorcio; señaló que fue la persona que tramitó el adicional de obra, ya que pese a tener conocimiento que no era necesario reconocer este adicional de obra sí lo hizo, y que al final se logró pues beneficiar de manera ilegítima a este consorcio.

Al respecto, del análisis del caso se verifica que la decisión de absolución fue en virtud de la existencia de duda razonable respecto a que no se acreditó fehacientemente si el acusado actuó con interés indebido, puesto que de la interpretación de la norma relativa a los procesos de contratación y adquisiciones del Estado, pues si bien es cierto, en los contratos de suma alzada, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado como regla general, la invariabilidad del precio pactado, por lo que el contratista se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para cumplir con el servicio por el precio ofertado en su propuesta económica (...)", sin embargo, excepcionalmente, el monto originalmente contratado puede modificarse, independientemente del sistema de contratación, siempre y cuando la Entidad ejerza la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, de conformidad con el artículo 41° del Decreto Legislativo 101711.

-Del análisis del **expediente N° 01823-2016-98** de fecha 11 de setiembre de 2019, se tiene que los acusados en su condición de funcionarios públicos evaluaron y calificaron

indebidamente la experiencia mínima del personal propuesto por el postor Constructora Gallardo & Ingenieros Asociados S.R.L., representado por el acusado Luis Alberto Gallardo Rufasto, debido a que del total de constancias presentadas por el postor para acreditar la experiencia del maestro de obra como personal propuesto, únicamente debieron ser consideradas para los dos procesos de selección los documentos que acreditan la experiencia del postor que se encuentra dentro del margen de hasta diez años de antigüedad a la fecha de presentación de las propuestas, conforme a lo establecido en las bases administrativas y no las anteriores al veintiuno de noviembre del año dos mil cuatro. En atención a lo expuesto, el postor Constructora Gallardo & Ingenieros asociados S.R.L. acreditó como experiencia del personal propuesto (maestro de obra) únicamente tres (3) años, cinco (5) meses y cinco (5) días, incumpliendo con acreditar la experiencia mínima de cinco años con constancias y/o certificados de trabajo con una antigüedad máxima de diez años exigidos en las bases, lo cual no fue advertido por los integrantes del comité, por el contrario, le asignaron un puntaje de su calificación de la propuesta técnica que no le correspondía, es decir que evaluaron y calificaron indebidamente la experiencia mínima del personal maestro de obra Juan Pablo Estrada Chuquimango propuesto por el postor Constructora Gallardo & Ingenieros Asociados S.R.L., representado por el hoy acusado Luis Alberto Gallardo Rufasto, otorgándole 20 puntos por experiencia del maestro de obra.

En el presente caso el juez de primera instancia expidió una sentencia absolutoria sosteniendo que la falta de verificación y precisión en el informe de auditoría del cumplimiento de requerimientos técnicos mínimos, aunado a las falta de actuación de pruebas que nos permita suplir esta deficiencia, a fin de determinar que en efecto el consorcio CONIMED-Manuel Adolfo Mercado García cumplía con los requerimientos técnicos mínimos y los factores de evaluación, (pues conforme aparece

de la imputación, este postor debió ser el ganador), impide tener por acreditado el “interés” indebido que requiere el tipo penal de negociación incompatible entendido como "(...) volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa, querer que aquel asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros".

Asimismo, el juez superior confirmó la sentencia señalando que aun cuando se logró corroborar que los encausados como miembros del comité especial erraron al momento de colocar el puntaje, no logró relacionarse esta circunstancia con un **interés indebido**.

Al respecto sostienen que el error por sí mismo no puede configurar el delito en comento, pues es indispensable para que el hecho se subsuma en el tipo, que el sujeto actúe a título de dolo, no concurriendo otros indicios distintos al antes referido que acredite la parcialización de los funcionarios públicos, o que hicieron prevalecer sus intereses particulares por sobre los intereses públicos. Asumir lo contrario sería dar pie a la aplicación de la responsabilidad objetiva en la vía penal, lo cual está proscrito.

Cabe precisar que la sala señala que se debe establecer -para dicho caso- si es que la evolución atribuida a los absueltos debe ser entendido como un error administrativo o como expresión de un interés indebido para favorecer a la empresa. Cumpliendo con una debida motivación respecto de lo invocado por las partes.

-En el Exp. N° **00367-2017-96** de fecha 9 de junio de 2021, en el contexto de la contratación pública para el Mejoramiento urbano y vial de la Av. Mesones Muro cuadras 1, 2, 3, 4, 5 y Av. Villanueva Pinillos cuadras 1 y 1A, distrito y provincia de Jaén-Cajamarca", a los condenados se les imputó haberse interesado indebidamente en el contrato de ejecución de la obra mencionada a favor del Consorcio Jaén, a quien le

favorecieron en las estipulaciones contractuales como en los beneficios económicos de las mismas. Aquí se verifica la aplicación implícita de los criterios establecidos en la jurisprudencia para verificar si nos encontramos ante un injusto penal o ante un injusto administrativo, lo cual se define al delimitar lo indebido del interés del funcionario, el cual implica sobreponer los intereses propios al interés público. Así se recurre a parámetros como la gravedad del hecho, que se trate de un defecto administrativo no subsanable, que el hecho suponga un daño inminente para la administración y que no constituya responsabilidad objetiva.

En el caso en comento el interés indebido fluye de la actuación de abundante prueba indiciaria que permite verificar el interés indebido de los funcionarios que formaron parte de la operación del Estado y de favorecer a un particular, en este caso la empresa con quien se les favoreció tanto al momento de la suscripción del contrato como en el desembolso de sumas dinerarias a su favor.

Asimismo, en efecto se puede verificar que **sus conductas no solo pueden enmarcarse en el plano de meros injustos administrativos y por ende no incurriría en responsabilidad administrativa u objetiva**, sino en responsabilidad penal, pues no se trataron de actos de error, negligencia, impericia, descuido sino de una conducta intencional, orientada a conocer y querer realizar todos los elementos del tipo penal de negociación incompatible.

De otro lado, se aprecia que se trata de un **hecho grave** y que no solo ha puesto en peligro, sino que se ha concretado **un daño a la administración pública**, pues en efecto ha existido un desembolso dinerario a favor de la empresa con la que suscribió el contrato.

Cabe precisar que, en el presente caso al igual que otros las partes procesales -en su mayoría la defensa de los acusados- invocan que los hechos calzan en una infracción administrativa, como es el caso de la defensa de **Augusto Fernández Cusman invoca la Casación N°321-2017-Puno en la que señala que no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna norma de carácter administrativo, sino solo serán típicas aquellas conductas que supongan daño inminente para la administración pública. Al respecto la sala superior no agota un pronunciamiento sino se avoca a otras causales declarando nulo el juicio.** En dicho nuevo juicio expresa sus razones indicando el peligro que ha generado a la administración consumándose con la verificación del interés particular del sujeto público.

- En el **exp. N° 12041-2018-24** de fecha 13 de octubre de 2021, en el marco de la convocatoria CAS N° 001-2016-MP, contratación personal para laborar a la Gerencia de Administración Tributaria durante los años dos mil dieciséis y dos mil diecisiete, se le imputa a la acusada Merly Elizabeth Gonzales Llontop, ser autora de la comisión del delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en mérito a que durante el tiempo que ostentó el cargo de Gerente de Administración y Finanzas de la Municipalidad Provincial de Lambayeque, se interesó indebidamente en la contratación de Karina Janett Cornejo Capunay, a pesar de que tenía vínculo familiar en segundo grado de afinidad (esta última estaba casada con el hermano de la acusada, Ángel Fernando Gonzales Llontop es decir era su cuñada), para lo cual intervino directamente por razón de su cargo, en el proceso de contratación y de pago de Karina Janett Cornejo Capunay.

Al respecto, se ha emitido una decisión de condena en virtud de la presencia de un

indicio fuerte, consistente en el hecho que la contratada era familiar (cuñada, esposa de su hermano) de la funcionaria condenada, quien se valió de su cargo de Gerente de Administración y Finanzas de la Municipalidad Provincial de Lambayeque y de su intervención directa en la operación del Estado, en este caso, de los procesos de contratación CAS y de locación de servicios.

Se verifica también que implícitamente convergen los criterios de gravedad, defecto administrativo no subsanable, que el hecho suponga un daño inminente para la administración, proscripción de responsabilidad objetiva. En efecto, se trata de un hecho grave, al tratarse de un familiar, una causal de nepotismo, no puede ser tomada de ninguna manera como un error o defecto de índole administrativa que solo amerita una sanción de esa índole, por ende, no sería un caso de responsabilidad administrativa, sino de responsabilidad penal, pues la funcionaria condenada sabía que la persona a la que iba a contratar era su cuñada, por lo tanto, existió un interés indebido en su actuación.

Los delitos contra la administración pública, sobre todo los cometidos en el marco de las contrataciones públicas son delitos cometidos en forma clandestina o subrepticia, de manera que es de especial dificultad lograr su probanza bajo la premisa de la prueba directa, puesto que lo que se logra recabar es indicios, que posibilitan arribar a una conclusión de un hecho directamente relevante -hecho indiciado, presunto o consecuencia, y en base a estos formar prueba indiciaria.

- Así, se tiene el **Exp. N° 02697-2018-63** de fecha 22 de octubre de 2020 ocurrido en el marco de la Convocatoria para Elaboración del expediente técnico del proyecto denominado “Mejoramiento del servicio de agua potable y alcantarillado con conexiones domiciliarias en las calles Miraflores cuadra 5 – cuadra 8, Ricardo Palma

cuadra 1 – 8 y San Antonio cuadra 1 – 8 del Pueblo Joven Garcés del distrito de José Leonardo Ortiz” realizada Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz

Es así como, en el presente caso, el juez ha emitido una sentencia condenatoria, y la tesis incriminatoria del Fiscal ha logrado ser confirmada. Para ello el juez, teniendo a su alcance la prueba indiciaria ofrecida por el Fiscal ha entrado a analizar el elemento normativo del tipo determinante en el delito de Negociación Incompatible, cual es el **interés indebido**, verificando el juez que favorecieron la contratación de una persona que no reunía los requisitos necesarios, esto es superpusieron su interés particular por sobre el interés público y quebrantaron su rol específico, en este caso contratar al profesional idóneo según los requisitos exigidos en las bases para dicha operación. Se aprecian implícitamente también los criterios de gravedad, defecto administrativo no subsanable, daño inminente para la administración y proscripción de responsabilidad objetiva.

- Finalmente, en el **Exp. N° 1959-2016-65**, de fecha 9 de abril de 2018 en el marco de una operación relativa al Pago de bonificación a trabajadores, se aprecia que el juicio finaliza con una sentencia de conformidad a raíz de la aprobación del acuerdo de conclusión anticipada realizada entre el Ministerio Público, en donde acepta los cargos y la pena, en donde el juez al realizar el control de legalidad – tipicidad del hecho, considera que se cumplen todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, ya que se manifestó un interés directo e indebido, pues en su condición de asesor legal del señalado nosocomio emitió un informe favorable para que se les pague bonificaciones a trabajadores, sin estar aún firmes las sentencias que así lo ordenan, ello en provecho a los terceros beneficiados.

Como conclusión global del análisis de las sentencias antes señaladas, podemos establecer que en todos los casos han aplicado, cuando menos dos a más criterios a efectos de determinar si nos encontramos ante un delito doloso o una infracción administrativa, tales como 1. La gravedad, 2. Defecto administrativo no subsanable, 3. Que el hecho suponga un daño inminente para la administración y 4. Proscripción de responsabilidad objetiva, lo que nos permite identificar cuando existe un interés indebido, esto es cuando se sobrepone el interés particular del funcionario o servidor público, cuando su vocación debe ser el servicio a la comunidad y por ende es el interés público lo que debe guiar su rol. Sin embargo, en algunos casos es necesario profundizar en la motivación para diferenciar el delito de negociación incompatible de una infracción administrativa ya que podría vulnerar el Principio de Legalidad, pues es responsabilidad de los magistrados de aplicar la ley de manera fundamentada.

CONCLUSIONES

CONCLUSION GENERAL

Los criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020, a efectos de diferenciar un injusto penal de un injusto administrativo y determinar si concurre un interés indebido son la gravedad, defecto administrativo no subsanable, que el hecho suponga un daño inminente para la administración y proscripción de responsabilidad objetiva, los mismos que han sido recogidas de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Ahora bien, dicha diferenciación debe recaer en una debida motivación por parte del juez, ya sea de cualquier instancia, ya que la motivación en palabras de Eduardo J. Couture constituye la parte más importante de la sentencia en la que el juez expone los motivos o fundamentos en que basa su decisión, es decir, las razones que lo llevaron a adoptar una u otra solución. Por lo tanto, la necesidad de diferenciar si nos encontramos ante un injusto administrativo o un hecho de relevancia penal incrementa cuando este alegato es invocado por las partes el mismo que debe ser absuelto por el juzgador, quien debe partir desde el análisis de los principios generales del derecho, como es el artículo IV del título preliminar del Código Penal el cual contempla el Principio de Lesividad y las interpretaciones de los mismos realizados por el máximos intérprete de la constitución, el Tribunal Constitucional en la sentencia número doce guión dos mil seis guión Pl oblicua TC, señalando que el Derecho Penal se erige como la *última ratio*.

CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

PRIMERA: La teoría de la infracción del deber alude a tipos penales en donde el sujeto se encuentra obligado a un deber especial propio de su rol en la sociedad, siendo que, en el caso de los delitos funcionariales, por sus cualidades propias por la investidura tienen el deber especial de lealtad, de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública, que es el bien jurídico que se busca custodiar.

SEGUNDA: El delito de negociación incompatible es un delito especial propio, cometido por un funcionario o servidor público el mismo que debe tener vínculo funcional con el bien jurídico protegido, esto es la capacidad de intervenir en cualquier proceso en el contexto de las contrataciones y adquisiciones del Estado o por cualquier operación de naturaleza análoga, todo ello por razón del cargo, pero esta intervención no la realiza en interés del Estado sino que antepone su interés particular para su provecho o para el provecho de tercero, siendo que lo puede hacer de forma directa, indirecta o simulada.

Para establecer responsabilidad penal por el delito de Negociación Incompatible, es necesario establecer que en la conducta a medida el conocimiento y voluntad de interesarse indebidamente en cualquier contrato u operación del Estado, siendo que si lo que se verifica es la concurrencia de error, negligencia, descuido o impericia, estaremos ante un injusto administrativo, ello en virtud del principio de proscripción de la responsabilidad objetiva en el Derecho Penal.

TERCERA: Para establecer responsabilidad penal por el delito de Negociación Incompatible, si lo que se verifica es la concurrencia de error, negligencia, descuido o

impericia, estaremos ante un injusto administrativo, ello en virtud del principio de proscripción de la responsabilidad objetiva en el Derecho Penal.

CUARTA: Se han analizado las sentencias correspondientes a casos de delitos de Negociación Incompatible en el Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020, pudiendo verificarse que en todos los casos se han aplicado, cuando menos dos a más criterios a efectos de determinar si nos encontramos ante un delito doloso o una infracción administrativa, tales como la gravedad, defecto administrativo no subsanable, que el hecho suponga un daño inminente para la administración y proscripción de responsabilidad objetiva, lo que nos permite identificar cuando existe un interés indebido, esto es cuando se sobrepone el interés particular del funcionario o servidor público, cuando su vocación debe ser el servicio a la comunidad y por ende es el interés público lo que debe guiar su rol.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda a fines de unificar la jurisprudencia, de garantizar la seguridad jurídica y la predictibilidad en la administración de justicia que se emita un acuerdo plenario por parte de las salas permanentes de la Corte Suprema, en donde se recojan en forma estructurada los criterios establecidos y desarrollados en la presente tesis a efectos de orientar la labor del juez para establecer si estamos ante un interés indebido que a su vez va a dotar de contenido doloso al hecho y diferenciarlo del injusto administrativo. Esto puede ayudar a garantizar una comprensión uniforme y consistente de los estándares legales, mejorando así la calidad de las decisiones judiciales.

SEGUNDA: Se recomienda a los magistrados del Poder Judicial que, al momento de resolver, apliquen criterios a efectos de delimitar debidamente cuando un hecho tiene relevancia penal por el delito de negociación incompatible y cuando se trata de una infracción administrativa. De ser el caso presten especial vigilancia de los criterios mencionados en la jurisprudencia de la Corte Suprema y los del presente trabajo de investigación, expuestos y unificados. Esto ayudaría a diferenciar claramente entre un injusto penal y uno administrativo.

TERCERA: Se recomienda a los magistrados de las Cortes Superiores de Justicia, que, al momento de desarrollar el juicio oral por la comisión del delito de negociación incompatible y que algunas de las partes procesales evidencien la intención de considerar el hecho como una falta administrativa, esta sea desarrollada y no solo insinuada. Efectuando una debida motivación, lo que reflejará transparencia en la redacción de las sentencias, asegurando que los jueces expliquen claramente cómo han

aplicado los criterios normativos en cada caso particular. Esto contribuirá a la comprensión pública y al fortalecimiento de la confianza en el sistema judicial.

CUARTA: Se sugiere que las partes procesales, tanto los abogados defensores, así como los funcionarios del órgano el encargado de la persecución penal y del Poder Judicial, se mantengan en constante revisión periódica de los criterios normativos a la luz de los desarrollos legales y cambios en la jurisprudencia. Esto garantizará que los estándares se mantengan actualizados y relevantes.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra.
- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra.
- Bajo Fernandez , M., & Bacilgalupo Saggese, S. (2008). Las medidas administrativas y penales de prevención de blanqueo de capitales en el ambito urbanístico: Limites entre la infracción administratvia y el delito. *AFDUAM 12*, 15-39.
- Castillo, L. (2008). *El delito de Negociación Incompatible*. Lima: Ara Editores.
- Castro Cuenca, C. G. (2009). *La corrupción en la contratación pública en Europa* (Vol. 1). Salamanca: Ratio Legis.
- Congreso de la República del Perú. (2021). *Ley 31288*. Diario Oficial El Peruano.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2011). *Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116*.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (14 de setiembre de 2017). *Casación 231-2017-Puno*. Lima.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2017). *Casación 23-2016-Ica*.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2017). *Casación 67-2017-Lima*.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2022). *Casación 1765-2019-Lima*. Lima.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2022). *Casación 184-2020-Lima Norte*.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2022). *Casación 243-2020-Lambayeque*.
- Creus, C. (1990). *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Astrea.
- Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. Salamanca - España: Universidad de Salamanca.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación* (Vol. sexta edición). D.F México, México: MCGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
<https://drive.google.com/file/d/1Fjufmi0oGY4Zs8EajFiAJYNT2qoecH4k/view>
- Presidencia de la República del Perú. (1991). *Decreto Legislativa N°635*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Presidencia de la República del Perú. (2004). *Decreto Legislativo N°957*. Diario Oficial El Peruano.
- Rojas, F. (2002). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.

- Salinas, R. (2015). El delito de Negociación Incompatible en nuestro sistema jurídico. *Actualidad Penal*, 17, 240-257.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Iustitia.

ANEXOS

- 1) Matriz de consistencia de la investigación “Criterios para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del distrito judicial de Lambayeque 2018-2020”.
- 2) Siete fichas de análisis de los casos seguidos en los expedientes 00686-2016-51; 10198-2016-58; 01823-2016-98; 00367-2017-96; 12041-2018-24; 02697-2018-63; 1959-2016-65.
- 3) Reporte del Sistema de Gestión Fiscal de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque, reporte de la carga fiscal al 04 de mayo del 2022.
- 4) Sentencia – Resolución N°12, recaída en el expediente 00686-2016-51 del 23 de julio de 2018 emitido por el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
- 5) Sentencia – Resolución N°07, recaída en el expediente 10198-2016-58 del 20 de diciembre de 2018 emitido por el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
- 6) Sentencia – Resolución N°15, recaída en el expediente 01823-2016-98 del 11 de setiembre de 2019 emitido por el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
- 7) Sentencia – Resolución N°31, recaída en el expediente 00367-2017-96 del 9 de junio de 2021 emitido por el Décimo Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
- 8) Sentencia – Resolución N°12, recaída en el expediente 12041-2018-24-1706-JR-PE-10 del 13 de octubre de 2021 emitido por el Décimo Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
- 9) Sentencia – Resolución N°16, recaída en el expediente 02697-2018-63 del 22 de octubre de 2020 emitido por el Décimo Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
- 10) Sentencia – Resolución N°04, recaída en el expediente 1959-2016-65 del 9 de abril de 2018 emitido por el Décimo Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque.

MATRIZ DE CONSISTENCIA

CRITERIOS PARA DELIMITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS EN LOS JUZGADOS PENALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE 2018-2020

<p>Problema ¿Cuáles deben ser los criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020?</p>	<p>Hipótesis Si se aplican criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020 entonces se podrá distinguir y limitar el injusto administrativo del injusto penal.</p>	<p>Variables Independientes Criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020.</p> <p>Variable dependiente Sentencias por el delito de negociación incompatible.</p>	<p>Objetivo General:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Establecer cuáles deben ser los criterios normativos para delimitar la responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible en las sentencias expedidas en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020. <p>Objetivos Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Estudiar la teoría de la infracción de deber y aplicación a los delitos cometidos por funcionarios públicos. • Desarrollar el concepto, alcance y límites del delito de negociación incompatible. • Diferenciar entre el injusto administrativo y el injusto penal de cara a establecer la responsabilidad penal por el delito de Negociación Incompatible. • Analizar las sentencias correspondientes a casos de delitos de Negociación Incompatible en el Distrito Judicial de Lambayeque 2018-2020, respecto a cómo vienen aplicando criterios para delimitar la responsabilidad penal por dicho delito. 	<p>Métodos Generales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Deductivo. - Inductivo. - Analítico – Sintético <p>Métodos Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Hermenéutico - Exegético - Doctrinario - Lógica-jurídica 	<p>Tipo: Básica - Diseño: No experimental de diseño transversal de tipo descriptivo. - Nivel: Descriptivo. - Población: Veinte sentencias por el delito de negociación incompatible en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en el periodo 2018-2020. Muestra: Siete sentencias emitidas por Corte Superior de Justicia de Lambayeque por el delito de negociación incompatible. Técnica de recolección de datos: Documentales Observación Matriz de análisis Instrumento Fichas de análisis de sentencias Matriz de codificación Base de datos jurídica</p>
--	---	---	---	---	---

ANEXO 02

Ficha de análisis N°01.

Expediente:	00686-2016-51
Fecha: Materia:	23 de julio de 2018 Negociación Incompatible
Órgano Jurisdiccional:	Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
Hechos:	<p>Contexto de contratación pública: Proceso de Selección, Adjudicación Directa Selectiva N° 007 y 008 -2014 -Dirtepol Chiclayo, para la contratación de servicios de “Mantenimiento Preventivo y Correctivo de la Infraestructura de locales de las Comisarias DIRTEPOL Tumbes, que forma parte de la U.E. N° 028 II DIRTEPOL CHICLAYO.</p> <p>Entidad del Estado, titular de la cuenta: Dirección Territorial Policial Chiclayo - Lambayeque</p> <p>Funcionarios Públicos involucrados: Kurt Martel, Luis Ponce y Fidel Arévalo como miembros del Comité Especial Ad Hoc</p> <p>Empresa o persona favorecidas con el traslado de fondos: Empresa “Los Pilares del Chira EIRL”, representada por su Gerente Cristhian Ordinola</p> <p>Hechos:</p> <ul style="list-style-type: none">-El 26 de setiembre de 2014 se crea el comité antes mencionado.-Dentro del puntaje relativo al maestro de obra se había establecido en las bases del concurso: otorgar 20 puntos si contaba con más de cinco y menos de ocho años de experiencia y 10 puntos si contaba con más de tres y menos de cinco años de experiencia.-Al evaluar y calificar las propuestas técnicas de los postores el Comité le asignó 20 puntos a la propuesta de la empresa “Los Pilares del Chira EIRL, respecto al maestro de obra, pero este solo acreditó tres años, seis meses y quince días de experiencia. (N° 007-2015-2-0282-AC)-Gracias a este puntaje la mencionada empresa ganó los dos procesos de selección
Argumentos del Ministerio Público:	Realizó el Fiscal la imputación en el sentido que Kurt Martel, Luis Ponce y Fidel Arévalo, quien conformaron el Comité Ad Hoc se interesaron en forma indebida, directa y en provecho de un tercero (“Los Pilares del Chira EIRL, ya que en los

	procesos de adjudicación directa mencionados, le otorgaron 20 puntos por experiencia, en relación al maestro de obra, cuando en realidad le correspondía 10 puntos, logrando que obtengan la Buena Pro de los dos procesos.
Argumentos del abogado defensor	La defensa postula que se trata de un hecho atípico ya que el requerimiento fiscal solo menciona el verbo rector indebido y no los otros verbos rectores. Señala que no hay interés indebido por un tema atípico por cuanto se está hablando de una infracción administrativa como lo hace ver la casación N°231-2017 Puno.
Argumentos del Juez	<p>Emitió una sentencia condenatoria en función a los siguientes argumentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Al ser integrantes del comité, ellos elaboraron las bases, por lo que tenían conocimiento de los puntajes, evidenciándose un interés manifiesto para que la empresa resulte ganadora, no solo en uno sino en los dos procesos de selección • No constituye una mera infracción administrativa • Vínculo funcional acreditado • No es necesario que se produzca un perjuicio.
Apelación de la defensa	<p>La defensa de los condenados apela la sentencia señalando lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fiscalía solo se ha basado en Informe N° 007-2015-2-0282-AC - No se ha demostrado en qué sentido se habían interesado indebidamente en los procesos de selección. -El delito de Negociación Incompatible es de carácter concreto, por ello debe haber un perjuicio. -La casación N° 231-2017-Puno refiere que el delito en comento es de peligro concreto.
Argumentos del Juez de segunda instancia	<p>El órgano superior confirmó sentencia condenatoria señalando que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Informe de Auditoría N° 007-2015 y examen a peritos han corroborado que la asignación indebida del puntaje fue determinante para que la empresa ganara la Buena Pro. • Miembros del comité no actuaron con imparcialidad, afectando el interés público y evidenciando un interés manifiesto para que la empresa resulte ganadora • Se descarta que solo existe responsabilidad administrativa • Es un delito de peligro abstracto, no es necesario

	que se cause un perjuicio
Análisis del investigador	<p>El presente caso versa sobre una modalidad comisiva muy común de este delito, consistente en la asignación indebida de puntaje con la intención de favorecer a un particular a fin de que obtenga la buena Pro. La decisión del juez de primera instancia fue condenar a los acusados, basándose, para lo cual pasó analizar si existió un interés indebido en la actuación de los funcionarios, estimando como criterios el hecho que el interés indebido es manifiesto, en base a un indicio fuerte (el hecho de ser ellos mismos quienes crearon las bases y tener pleno conocimiento por tanto de los puntajes por cada requisito pues eran los miembros del Comité), por tanto no podía ser tomada como una mera infracción administrativa, pues resulta imposible de subsanan al verificarse la existencia de dolo, lo que implica por tanto que no estamos ante un caso de responsabilidad objetiva. De lo anterior podemos señalar que estamos ante un hecho grave, que amerita ser sancionado penalmente, pues nos encontramos ante un daño inminente para la administración.</p> <p>En igual sentido se pronunció el juez de segunda instancia, haciendo énfasis en que no ha mediado solo responsabilidad administrativa, sino que se ha configurado un interés indebido y que se trata de un delito de peligro abstracto, no es necesario que se cause un perjuicio.</p> <p>En conclusión, consideramos que se han aplicado en el caso de autos, a efectos de descartar o fundamentar una condena, en este case se ha condenado al encontrarse configurados los criterios necesarios para verificar que nos encontramos ante un delito de Negociación Incompatible y no solo ante una mera infracción administrativa.</p>

Ficha de análisis N°02.

Expediente:	10198-2016-58
Fecha:	20 de diciembre de 2018
Materia:	Negociación Incompatible
Órgano Jurisdiccional:	Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
Hechos:	<p>Contexto de contratación pública: Mejoramiento Ampliación e Instalación de Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado del Cercado y los Pueblos Jóvenes Villahermosa, La Explanada, Javier Castro, Santa Lucía, Cuatro de Julio, Los Claveles, Nazareno Cautivo, Nuevo Horizonte y San Borja", pueblos jóvenes del distrito de José Leonardo Ortiz</p> <p>Resolución que autorizó la contratación: Resolución de la Gerencia Regional N° 306-2009-GRLAMB/ GRIN del 9 de diciembre de 2009</p> <p>Fecha de la convocatoria: 2009</p> <p>Entidad del Estado agraviada: Gobierno Regional de Lambayeque</p> <p>Funcionarios Públicos involucrados: Wiston Enrique Segura Saavedra en su calidad de Inspector de la obra Mejoramiento de la obra de saneamiento de los pueblos jóvenes de José Leonardo Ortiz</p> <p>Empresa o persona favorecidas: Consorcio IOTA</p> <p>Presupuesto inicial de obra: veintiún millones ciento ochenta y dos mil trescientos ochenta y cuatro soles con cuarenta y tres céntimos (S/ 21'182,384.43)</p> <p>Plazo inicial de ejecución de la obra: 360 días calendarios</p> <p>Modalidad de ejecución de la obra: A suma alzada</p> <p>Etapas de proceso en que ocurrió delito: En etapa de ejecución</p> <p>Adjudicación de la Buena Pro: 20 de diciembre de 2010</p> <p>Hechos:</p> <p>Se tiene durante la ejecución de la mencionada obra el diez de noviembre del año dos mil once, el consorcio ejecutor IOTA, cursó una carta N° 0159-2011/CI y solicitó la aprobación de lo que ellos denominan adicional de obra número Cinco incremento de altura de la cámara de bombeo de desagüe, por el importe de veintiséis mil cincuenta y</p>

	<p>cuatro soles con setenta y un céntimos (S/ 26,054.71); precisó que en su carta de se hace referencia que esto representaba el 0,129% es decir estaba dentro de los parámetros que permitía la norma de contrataciones del monto contractual y sustentaban su pedido en el cuaderno de obra número tres, en el asiento 212.03 desde los folios dos, de fecha veinticuatro de agosto dos mil once, pues alegaban que había una modificación durante la ejecución de la obra que se produjeron como resultado de un replanteo de los niveles de las redes de alcantarillado y que había generado que la cota de fondo de uno de los buzones, que en estricto es el buzón catorce, que es denominado buzón de entrega a la cámara, sea menor que lo que estaba indicado en el expediente técnico, implicando la necesidad de que ese buzón pues tenga una altura mayor y por lo tanto se necesite una mayor profundidad y con ello el adicional de obra que estaban solicitando.</p> <p>Sin embargo, lo que en había ocurrido en realidad era un hundimiento del caisson, que es una estructura de concreto, conforme estaba consignado también en el mismo cuaderno de obra, e incluso constaba en cuadernos de obra número tres, folio número tres, asiento doscientos tres, de fecha veinticuatro de agosto dos mil once, en donde se había consignado de manera precisa <i>"el día de hoy se realizó la visita de los trabajos realizados en el reservorio de mil metros cúbicos y el muro caisson de la cámara de bombeo, los cuales se encuentran cerca, verificando que la zona adyacente al caisson se ha asentado, entiéndase hundido, peligrosamente debido a que por el proceso constructivo se está excavando dentro del muro caisson para que éste se asiente"</i>;</p> <p>Dicho pedido fue trasladado al acusado Wiston Enrique Segura Saavedra y éste con oficio N° 024-2011-GRLAMB del quince de noviembre del dos mil once, lo traslada al Director de Supervisión y Liquidaciones, Víctor Hugo Burga Rangel, indicando que sí procedía la solicitud de adicional de obra N° Cinco por el monto que indicaba el consorcio IOTA, es decir los veintiséis mil cincuenta y cuatro soles con setenta y un céntimos (S/ 26,054.71) , ello a pesar de que conocía que esto no correspondía a la realidad, pues en el desarrollo o en la ejecución de esta obra, él tenía pleno conocimiento que se había producido</p>
--	--

	<p>Posteriormente el órgano de control, el OCI del Gobierno Regional hace un examen a esta obra y establece que el buzón número catorce, en realidad no sufrió ninguna modificación, es decir el primero que se había pedido para incrementar la altura de este buzón no había ocurrido, y que la prestación adicional de esta obra 05, se hizo únicamente con la finalidad de subsanar el hundimiento que sufrió el muro caisson, que se debió a un proceso constructivo y en todo caso correspondía al propio consorcio asumir estos costos, siendo que en este caso se trató de la ejecución de una obra por contrata a suma alzada, y cuando es a suma alzada es el ejecutor el que asume todos los costos de la construcción; de esta manera precisó que se favoreció al consorcio IOTA este gasto que tenía que correr el mismo consorcio ejecutor, se traslada a la entidad y que incluyó gastos administrativos,</p> <p>Imputación:</p> <p>Se le imputa a Wiston Enrique Segura Saavedra que, como funcionario público encargado del control de la ejecución de estos trabajos de manera directa se interesó en el otorgamiento del adicional de obra causando un perjuicio concreto que al final inclusive se verificó en la realidad, es decir que el dinero de la entidad sí salió, se refiere a los veintisiete mil quinientos trece soles (S/ 27,513.00) y que este interés se hizo únicamente para favorecer a este consorcio; señaló que fue la persona que tramitó el adicional de obra, fue la persona que a pesar de tener conocimiento que no era necesario reconocer este adicional de obra sí lo hizo, y que al final se logró pues beneficiar de manera ilegítima a este consorcio.</p>
Argumentaciones del Ministerio Público:	<p>Que el acusado en el año 2011 se interesó indebidamente en favorecer a un consorcio, contratista IOTA, con un adicional que no correspondía sufragar a la entidad, porque como se ha dicho se trató de un contrato celebrado a suma alzada y por lo tanto todo estaba detallado en el expediente técnico y correspondía en todo caso, al propio contratista asumir el costo de esta construcción; asimismo indicó que esto le costó al Estado la suma de veintisiete mil quinientos trece soles (S/ 27,513.00)</p>

Argumentos de la defensa	Señala que órgano de control institucional, recomendó dos acciones a seguir una de carácter administrativo y otro de carácter penal, una acción legal de carácter penal, siendo que esta acción de carácter administrativa es el punto de partida y el único sustento que tiene el representante del Ministerio Público. Demostrará que en realidad se trata de un error.
Argumentos del Juez	La imputación fiscal sustancialmente radica en que durante la ejecución de la obra antes mencionada, el día dos de noviembre del año dos mil once, el Consorcio IOTA remitió al acusado Wiston Enrique Segura Saavedra en su calidad de inspector de obra, la Carta N° 0151-2011-CI con el cual adjuntaba el expediente técnico del adicional de obra N° 05 "Incremento de altura de la cámara de bombeo de desagües", el mismo que fue reformulado el día diez de noviembre del dos mil once mediante Carta N° 0159-2011-CI, conforme es de verse en los citados documentos actuados en juicio oral; por lo que el referido acusado, con Oficio N° 024-2011-GR.LAMB/GRIN-SGEO-WESS de fecha quince de noviembre del año dos mil once, dirigido al Director de Supervisión y Liquidación, Hugo Burga Rangel, otorgó la conformidad indicando que procedía la solicitud de Adicional N° 05 por un monto de S/ 26,054.71 (veintiséis mil cincuenta y cuatro con 71/100 soles), el mismo que se sustentaba en que por “las modificaciones producidas como resultado del replanteo de niveles de las redes de alcantarillado, lo que ha generado que la cota de fondo del buzón catorce (buzón de entrega a la cámara) sea menor que la considerada en el expediente técnico, implicando que la altura de dicho buzón sea mayor y por lo tanto se necesite una mayor profundidad a la cámara de bombeo”, consecuentemente, con fecha ocho de febrero del dos mil doce, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 059-2012-GR.LAMB/PR, se aprobó el adicional de Obra N° 05 "Incremento de la altura de la cámara de bombeo de desagües Reformulado”, por el importe antes precisado; sin embargo al practicar el examen especial al referido adicional en el año dos mil catorce, el Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional Lambayeque, determinó que el buzón catorce no sufrió modificación sustancial, sino que por el contrario se evidenció que se utilizó esta prestación adicional para aumentar en 0.904 metros la altura del muro caisson (Cámara de Bombeo), para subsanar el hundimiento que sufrió el citado muro, el cual fue ocasionado por un mal

	<p>proceso constructivo por parte del consorcio IOTA, ocasionando como consecuencia un perjuicio económico a la entidad en la suma de veintisiete mil quinientos trece soles con setenta y siete céntimos (S/ 27,513.77), debido a que al tratarse de una obra bajo el sistema de suma alzada, era de exclusiva responsabilidad del consorcio ejecutar el adicional sin reconocimiento de pago alguno, denotando como consecuencia el interés indebido del acusado Wiston Enrique Segura Saavedra en favorecer al consorcio IOTA al autorizar el adicional N° 05 cuando éste no correspondía, subsumiendo tal conducta el Ministerio Público en el delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal. Sin embargo, luego de agotada la actividad probatoria, el Juzgador considera que los hechos imputados no han sido acreditados más allá de toda duda razonable, lo que impide emitir una sentencia de condena conforme lo solicita el representante del Ministerio Público.</p> <p>Que previamente al análisis de los hechos materia de imputación, es necesario precisar que el Proceso de Selección por Adjudicación de Menor Cuantía N° 0026-2010-GR.LAMB, se otorgó al Consorcio IOTA, bajo el sistema de contratación a suma alzada, el cual conforme al numeral 1) del artículo 40° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017, aprobado por Decreto Supremo N° 148-2008-EF (vigente a la fecha de los hechos) establecía que el citado proceso de contratación resultaba aplicable cuando “(...) las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.”, situación que implicaba que “(...) al presentar su propuesta durante el proceso de selección, el postor se obliga a realizar el íntegro de los trabajos necesarios para la prestación de los servicios requeridos por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente. A su vez, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica. En tal medida, los servicios contratados bajo el sistema a suma alzada implican, como regla general, la invariabilidad del precio pactado, por lo que el contratista se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para</p>
--	---

	<p>cumplir con el servicio por el precio ofertado en su propuesta económica (...)", sin embargo, excepcionalmente, el monto originalmente contratado puede modificarse, independientemente del sistema de contratación, siempre y cuando la Entidad ejerza la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, de conformidad con el artículo 41° del Decreto Legislativo 101711, siendo que tal potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina “cláusulas exorbitantes” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el régimen de contrataciones del Estado–, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado. En ese sentido, cabe la posibilidad que la Entidad ordene u autorice la ejecución de prestaciones adicionales o su reducción, en tanto y en cuanto, se sustente su necesidad y siempre que la Entidad cuente con disponibilidad presupuestal, tal como lo precisa el artículo 174 del Reglamento - DS. N° 184-2008-EF, que señala "Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria. (...)"</p> <p>Que en el presente caso el Consorcio IOTA participó en el Proceso de Selección por Adjudicación de Menor Cuantía N° 0026-2010-GR.LAMB, presentando su propuesta económica por el monto de veinte millones doscientos sesenta y cinco mil quinientos cuarenta y dos con veinticinco céntimos (S/ 20'265,542.25) y con un plazo de ejecución de trescientos sesenta días calendario, conforme es de verse en la Resolución Ejecutiva Regional N° 059-2012-GR.LAMB/PR de fecha ocho de febrero del dos mil doce oralizado en juicio oral y en la Ficha Técnica de la Obra contenida en el Anexo N° 02 del Informe Especial N° 006-2015-2-5343 explicado en juicio oral por el perito Humberto Olorte Villarreal, es decir que por el sistema de contratación de suma alzada, al suscribir el contrato el consorcio IOTA se comprometió en asumir todos los costos que implicaba la ejecución de la obra, salvo las excepciones previstas en el artículo 41° del Decreto</p>
--	--

	<p>Legislativo 1017 antes citado.</p> <p>Cabe indicar asimismo que tampoco es un hecho discutido, la ejecución de la construcción del muro caisson en 0.904 metros, al haberse otorgado el adicional N° 05 "Incremento de la altura de la cámara de bombeo de desagüe", a favor del consorcio IOTA, conforme se desprende del examen al perito Humberto Olorte Villarreal; el cual fue pagado conforme es de verse en el citado comprobante de pago y en el reporte de consulta RUC del consorcio IOTA, oralizados en juicio oral y conforme aparece en la constancia de pago mediante transferencia electrónica contenida en el Anexo N° 19 del Informe Especial N° 006-2015-2-5343 explicado por el perito Gustavo Alberto Moreno Chumacero en juicio oral.</p> <p>Cabe indicar así mismo que el propio perito Humberto Olorte Villarreal ha señalado en el plenario que "(...) respecto a que el adicional ha sido válido porque luego con las lluvias esto no podía quedar por debajo y por tanto tenía que sobresalir al ras del suelo pero esa es otra invocación que no la invocan en la solicitud (...)", situación que en similar sentido indicó el testigo Víctor Hugo Burga Rangel al referir que "(...) el adicional de obra por lo general lo presenta el contratista cuando encuentra algún problema en la obra, (...) el ingeniero Wiston también le explicaba, que el adicional estaba basado en eso, (...) le dijo que le parecía aceptable, entonces después vio la justificación cuando una lluvia no llegó a sobrepasar el nivel y que quedó, todo estaba inundado y justo había un espacio del saneamiento, por lo que dijo que le parece bien porque dentro de la estructura, existen bombas, máquinas, que bombean y todo eso y no entró nada de agua, y eso era parte del adicional de obra y estaba justificado (...) lo que pasa es que hay máquinas dentro y si eso está mal, una lluvia lo inunda todo adentro y malogra las máquinas dentro (...)", razones por la que considera el juzgador, que no habiendo prueba que nos permita determinar más allá de toda duda razonable que el caisson se ha hundido, y que como consecuencia de ello el acusado haya tenido interés indebido en la aprobación del adicional número 5 para favorecer al Consorcio IOTA, corresponde emitir sentencia absolutoria.</p> <p>Siendo así valorando la prueba en forma individual y luego en forma conjunta conforme lo prescribe el artículo 393°.1 del Código Procesal Penal, el juzgador ha llegado</p>
--	--

	a la conclusión que no se ha probado más allá de toda duda razonable la comisión del hecho delictivo por parte del acusado, y si bien tenía éste la condición de supervisor de obra, cuyas funciones estaba reguladas en el manual de organización y funciones de la Sede del Gobierno Regional, no se ha probado el interés indebido en la aprobación del adicional materia de imputación, por lo que corresponde la emisión de una sentencia absolutoria.
Apelación del Ministerio Público	Señala que debido a que, al tratarse de una obra bajo el sistema de suma alzada, era de exclusiva responsabilidad del consorcio ejecutar el adicional sin reconocimiento de pago alguno, denotando como consecuencia el interés indebido del acusado Wiston Enrique Segura Saavedra en favorecer al consorcio IOTA al autorizar el adicional N° 05 cuando éste no correspondía. Fiscal superior pide la nulidad se la sentencia de primera instancia.
Argumentos de la defensa	Refiere que de acuerdo a la Ley de Contrataciones y su Reglamento, sí se admitía adicionales, aún en la modalidad de suma alzada, y esto se sustenta con las opiniones números 021-2011/DTN y 061-2016/DTN del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.
Argumentos del Juez de segunda instancia	Al respecto la Sala considera que de la revisión de la sentencia recurrida el juez a quo si ha explicitado las razones por las cuales ha desestimado el examen pericial efectuado por Humberto Olorte Vilarreal, la cual a criterio de la mayoría de esta Sala resulta ser la principal prueba de cargo que sustenta la acusación fiscal. La Sala en mayoría comparte lo expresado por el juez de primera instancia Por otro lado el voto singular del magistrado victor adolfo torres sánchez, quien declara nula la sentencia y se ordena emitir nuevo pronunciamiento de acuerdo a derecho señalando que hubo una negligencia, un descuido del contratista al haberse hundido la cámara.
Análisis del investigador	En el presente caso, se trató de una acusación por delito de Negociación Incompatible en la etapa de ejecución, en donde se atribuyó a Wiston Enrique Segura Saavedra que, como funcionario público encargado del control de la ejecución de estos trabajos de manera directa se interesó en el otorgamiento del adicional de obra causando un perjuicio concreto para favorecer a este consorcio; señaló que fue la persona que tramitó el adicional de obra, ya que pese a tener conocimiento que no era necesario reconocer este adicional de obra sí lo hizo, y que al final se logró pues beneficiar de

	<p>manera ilegítima a este consorcio. Al respecto, del análisis del caso se verifica que la decisión de absolución fue en virtud de la existencia de duda razonable respecto a que no se acreditó fehacientemente si el acusado actuó con interés indebido, puesto que de la interpretación de la norma relativa a los procesos de contratación y adquisiciones del Estado, pues si bien es cierto, en los contratos de suma alzada, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado como regla general, la invariabilidad del precio pactado, por lo que el contratista se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para cumplir con el servicio por el precio ofertado en su propuesta económica (...)", sin embargo, excepcionalmente, el monto originalmente contratado puede modificarse, independientemente del sistema de contratación, siempre y cuando la Entidad ejerza la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, de conformidad con el artículo 41° del Decreto Legislativo 101711.</p>
--	---

Expediente:	01823-2016-98
Fecha:	11 de setiembre de 2019
Materia:	Negociación Incompatible
Órgano Jurisdiccional:	Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
Hechos:	<p>Contexto de contratación pública:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Adjudicación Directa Selectiva N° 019-2014-U.E 028 II DITERPOL CHICLAYO, para contratar el mantenimiento preventivo y correctivo de infraestructura de los locales de las Comisarías César LLatas Castro, José Leonardo Ortiz, Campodónico y Atusparias. • Adjudicación Directa Selectiva N°. 020-2014-U.E 028 II DITERPOL CHICLAYO, mantenimiento preventivo y correctivo de infraestructura de los locales de las Comisarías Monsefú, Pimentel, Santa Rosa y Puerto Eten. <p>Fecha de la convocatoria: 2014</p> <p>Entidad del Estado agraviada: Unidad Ejecutora N° 028 II DIRTEPOL - Chiclayo</p> <p>Funcionarios Públicos involucrados: Comité especial formado por: Presidente al Coronel PNP Luis Enrique Farfán Silva, como primer miembro al Comandante PNP Sergio Saúl Salas García, y como segundo miembro al Suboficial superior Marco Antonio Benítez Mestanza.</p> <p>Empresa o persona favorecidas: Empresa Constructora Gallardo & Ingenieros Asociados SRL., representada por el acusado Luis Alberto Gallardo Rufasto</p> <p>Otorgamiento de la Buena Pro: 21 de noviembre de 2014</p> <p>Hechos:</p> <p>-Los funcionarios acusados estos evaluaron y calificaron indebidamente la experiencia mínima del personal propuesto por el postor Constructora Gallardo & Ingenieros Asociados SRL. representado por el acusado Luis Alberto Gallardo Rufasto, siendo que de manera indebida evaluaron y calificaron al maestro de obra de nombre Juan Pablo Estrada Chuquimango, otorgándole un puntaje de su</p>

	<p>calificación de la propuesta técnica que no le correspondía y es que le otorgaron 20 puntos por experiencia por el maestro de obra, cuando sólo le correspondía 10 puntos, ello fue advertido en Informe de Auditoría N° 007-2015-2-0282-AC, denominado "Auditoría de Cumplimiento de Bienes y Servicios efectuados por la Dirección Territorial Lambayeque PNP, de la ODCI del Ministerio del Interior</p> <p>- En dicho informe también se estableció que experiencia tenía que ser acreditada de la siguiente manera: certificados o constancias que tengan una antigüedad no mayor a los diez años a la fecha de presentación de las propuestas, esto es que la presentación fue veintiuno de noviembre del año dos mil catorce, en consecuencia las constancias y los certificados tenían que tener una antigüedad no más de diez años, esto es no más del veinte de noviembre del año dos mil cuatro para acreditar experiencia del maestro de obra y para que se le otorgue un puntaje por esta experiencia; sin embargo, los acusados le otorgaron por esta experiencia un puntaje que no le correspondía, por esta acreditación tres años, cinco meses y cinco días le correspondía de puntaje diez puntos, no obstante, el Comité Especial le otorgó veinte puntos, este otorgamiento de los veinte puntos llevó al Comité a otorgarle en la propuesta técnica cien puntos, cuando le correspondía noventa.</p> <p>-Que de haberse realizado la puntuación de la manera adecuada el ganador hubiera sido otro postor, es decir, Consorcio CONIMED- Manuel Adolfo Mercado García.</p> <p>-Respecto al facto de evaluación, establecida en el literal c) de las bases administrativas de ambos procesos de selección en cuanto al personal propuesto, se consideró como factores de evaluación obligatorios en el capítulo IV, criterios de evaluación técnica, respecto al maestro de obra: Criterio "Se evaluará en función al tiempo de experiencia en la especialidad del personal propuesto en servicio de mantenimiento y acondicionamiento de la estructura relacionada con el objeto de la convocatoria y se considerarán como trabajos o prestaciones similares a las siguientes mantenimiento, rehabilitación, mejoramiento, acondicionamiento".</p> <p>-En ese sentido, respecto al factor evaluación la comisión</p>
--	---

	auditora advirtió la diferencia antes señalada en la calificación de las propuestas técnicas del postor que ganó la Buena Pro y el postor Consorcio CONIMED- Manuel Adolfo Mercado García,
Argumentos del Ministerio Público:	Fiscalía en sus alegatos finales señaló que Ministerio Público no les está imputando a los integrantes del comité el haber admitido las propuestas porque para la admisión de la propuesta si tenían que cumplir los requerimientos técnicos mínimos obviamente para que pasen a la siguiente etapa de calificación y evaluación, pero para el otorgamiento de la buena Pro tenían que cumplir con los requerimientos técnicos mínimos, siendo que lo que se les cuestiona a los acusados es que de manera indebida le otorgaron puntaje 1 factores de evaluación obligatorios qué es el capítulo 4 los requerimientos técnicos están en el capítulo 3, reservar el parámetro puntuación y ellos mismos establecen en las bases en los factores de evaluación puntajes/ metodología para su asignación, puntaje y metodología para su asignación, experiencia para el personal propuesto para la para la presentación del servicio o actividad objeto del proceso, significaba la experiencia, y dice la experiencia mayor o igual a 5 años o menor o igual a 8 años le corresponde 20 puntos, experiencia menor a 5 años mayor a los 3 años le corresponde 10 puntos, estos factores de evaluación era un para tener tenidos en cuenta en la etapa de evaluación calificación y otorgamiento de la buena pro, no para la admisión, acá se quiere confundir qué es lo mismo requerimiento técnico con factor de evaluación y que además tenían que sumarse la experiencia.
Argumentos de la defensa	
Argumentos del Juez	<ul style="list-style-type: none"> • Emitió una sentencia absolutoria en función a los siguientes argumentos: • Que los acusados en su condición de funcionarios públicos evaluaron y calificaron indebidamente la experiencia mínima del personal propuesto por el postor Constructora Gallardo & Ingenieros

	<p>Asociados S.R.L., representado por el acusado Luis Alberto Gallardo Rufasto, debido a que del total de constancias presentadas por el postor para acreditar la experiencia del maestro de obra como personal propuesto, únicamente debieron ser consideradas para los dos procesos de selección los documentos que acreditan la experiencia del postor que se encuentra dentro del margen de hasta diez años de antigüedad a la fecha de presentación de las propuestas, conforme a lo establecido en las bases administrativas y no las anteriores al veintiuno de noviembre del año dos mil cuatro. En atención a lo expuesto, el postor Constructora gallardo & Ingenieros asociados S.R.L. acreditó como experiencia del personal propuesto (maestro de obra) únicamente tres (3) años, cinco (5) meses y cinco (5) días, incumpliendo con acreditar la experiencia mínima de cinco años con constancias y/o certificados de trabajo con una antigüedad máxima de diez años exigidos en las bases, lo cual no fue advertido por los integrantes del comité, por el contrario, le asignaron un puntaje de su calificación de la propuesta técnica que no le correspondía, es decir que evaluaron y calificaron indebidamente la experiencia mínima del personal maestro de obra Juan Pablo Estrada Chuquimango propuesto por el postor Constructora Gallardo & Ingenieros Asociados S.R.L., representado por el hoy acusado Luis Alberto Gallardo Rufasto, otorgándole 20 puntos por experiencia del maestro de obra, cuando sólo le correspondía 10 puntos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que se le hizo una mala calificación al postor que ganó la buena pro, que en las bases se establecía la forma de calificar respecto al personal propuesta, la cual está contenido en el capítulo 1, de la sección primera de evaluación técnica y en el capítulo 4 señala los criterios de evaluación técnica, ahí hay un literal c), que dice del personal propuesto y el criterio de evaluación y de ahí señala la acreditación que dice copia simple de certificados que no sean mayores a diez años de antigüedad a la fecha de presentación de las propuestas, - página N°. 28 del Informe-, indicó que tuvieron a la vista toda la documentación respecto a la propuesta técnica a ambos postores, para
--	--

	<p>otorgar como comisión el puntaje a cada uno de los postores (...); así también se ha actuado entre otras documentales las bases administrativas de los procesos de selección N° 019 y 020-2014- UE-028 II DIRTEPOL-CHICLAYO, y los certificados y constancias que presentó el acusado Luis Alberto Gallardo Rufasto en su calidad de representante de Empresa Constructora Gallardo & Ingenieros Asociados S.R.L. para acreditar la experiencia del maestro de obra Juan Pablo Estrada Chuquimango, las cuales – según la imputación no debieron ser calificadas por el comité de selección conformado por los acusados Luis Enrique Farfán Silva, Sergio Saúl Salas García y Marco Antonio Benítez Mestanza, sin haberse ofrecido para su actuación en audiencia de juicio oral, los documentos que presentó para cumplir los requerimientos técnicos mínimos y para la acreditación del puntaje según los factores de evaluación, que presentó Empresa Constructora Gallardo & Ingenieros Asociados S.R.L., ni tampoco la documentación para determinar el puntaje que le correspondía al Consorcio CONIMED - Manuel Adolfo Mercado García a fin de verificar que en efecto éste último debió ser el ganador de la buena pro conforme se sostiene en la imputación fiscal.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Lo anteriormente señalado resultaba de importancia, a fin de verificar con suficiencia el interés que tenían los acusados, toda vez que aparecen de las bases administrativas, supuestos de acreditación para la experiencia según los Requerimientos Técnicos Mínimos y de la evaluación en función a la experiencia en la especialidad del personal propuesto para otorgar puntaje según los factores de evaluación conforme al capítulo IV- Criterios de Evaluación técnica establecidos en las bases administrativas de ambos procesos de selección. • En virtud de lo señalado anteriormente es posible concluir, que la acreditación de los requerimientos técnicos mínimos y los factores de evaluación, constituyen dos supuestos distintos, los cuales para su verificación – según el proceso de contratación que se trate- deben estar contemplados en las bases
--	---

	<p>administrativas, siendo que en el presente caso, conforme aparece de las bases administrativas en el acápite Requisitos Mínimos del Personal Profesional y Técnico Propuesto del capítulo III, Términos de Referencia y requerimientos Técnicos Mínimos, tanto para los procesos de adjudicación selectiva N° 019 y 020-2014-UE-028 II DIRTEPOL-CHICLAYO, se estableció para el personal propuesto : Maestro de obra que “El personal Técnico Propuesto tendrá las siguientes características: Técnico en construcción con título a nombre de la nación, experiencia mínima de cinco (05) años, el cual debería ser acreditado con Copia Simple del título a nombre de la Nación, Copia de los contratos o constancias o cualquier otro documento que, de manera fehaciente, demuestre el tiempo de experiencia del técnico propuesto. Asimismo, en el Capítulo IV, criterios de Evaluación Técnica, Factores de evaluación –Obligatorios, para la acreditación de la experiencia del citado maestro de obra, se estableció la “(...) presentación de copia simple de certificados de trabajo que no sean mayores a diez años de antigüedad a la fecha de presentación de las propuestas (...)”.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Conforme es de verse no aparece que para la acreditación del requerimiento técnico mínimo, se haya establecido que la documentación que acredite los mismos tenga un plazo determinado (diez años de antigüedad), como sí ha ocurrido con los factores de evaluación para otorgar los puntajes respectivos, razón por la cual el criterio asumido por la comisión auditora en el informe de control auditoría N° 007-2015 -2-0282-AC y que aparece recogido en el numeral 2 (circunstancias posteriores) del requerimiento acusatorio escrito que “(...)la empresa postora Constructora Gallardo & ingenieros Asociados S.R.L. acreditó como experiencia mínima del maestro de obra propuesto, solo tres (3) años, cinco (5) meses y cinco (5) días de los cinco (5) años solicitados en la bases que deberían ser acreditados con documentación que se encuentre dentro del margen de hasta diez años de antigüedad la fecha de
--	--

	<p>la presentación de las propuestas (...)”(lo subrayado es agregado) no se condicen con las bases administrativas ni con el criterio vinculante establecido por el Órgano Superior de Contrataciones del Estado.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Consecuentemente, si bien la imputación está relacionada con la asignación del puntaje de veinte (20) puntos que no le correspondía a la Constructora Gallardo & Ingeniera Asociados, sin embargo la falta de verificación y precisión en el informe de auditoría del cumplimiento de requerimientos técnicos mínimos, aunado a las falta de actuación de pruebas que nos permita suplir esta deficiencia, a fin de determinar que en efecto el consorcio CONIMED-Manuel Adolfo Mercado García cumplía con los requerimientos técnicos mínimos y los factores de evaluación, (pues conforme aparece de la imputación, este postor debió ser el ganador), impide tener por acreditado el “interés” indebido que requiere el tipo penal de negociación incompatible entendido como "(...)volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa, querer que aquel asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros". Siendo así y al haberle asignado a ambos postores una calificación que no le correspondía, no es posible asumir más allá de toda duda razonable que con tales irregularidades administrativas, los acusados hayan querido favorecer dolosamente al postor Constructora Gallardo & Ingenieros Asociados S.R.L. en perjuicio el consorcio CONIMED- Manuel Adolfo Mercado García. • Con relación al acusado extraneus Luis Alberto Gallardo Ruffato, debe indicarse que no obstante que no se ha demostrado fehacientemente el interés de los acusados intraneus, el solo hecho de presentar documentos en los procesos de adjudicación Directa Selectiva N° 019 y ADS N° 20-2014-UE-028 II DITERPOL Chiclayo, que -según la imputación- no
--	--

	<p>cumplían con los requisitos establecidos en las bases administrativas, no lo convierte en cómplice del delito de negociación incompatible, debido a que está prohibida la responsabilidad objetiva en el derecho penal, conforme lo establece el Artículo VII del título Preliminar del Código Penal, razones por las cuales debe emitirse sentencia absolutoria en favor de todos los acusados, careciendo de objeto pronunciarse con relación a las alegaciones de la defensa de los acusados que pretendían la absolución.</p>
Apelación por parte del Ministerio Público	<ul style="list-style-type: none"> • Señala que la sentencia incurre en erro de valoración en cuanto afirma que el agraviado es la empresa que quedó en segundo lugar. Asimismo, señala que no es cierto que no se haya actuado documentos que no se ha actuado en juicio oral los documentos que se presentaron para acreditar lo requerimientos técnicos mínimos.
Argumentos de la parte no apelante	<ul style="list-style-type: none"> • La defensa coincide en indicar que existen dos criterios diferenciados entre la etapa de requerimientos técnico y la etapa de evaluación técnica, en la primera no se estableció antigüedad de diez años en cuanto a la acreditación de la experiencia, mientras que en la segunda se especifica que la experiencia del maestro de obra no puede exceder una antigüedad de diez años.
Argumentos del juez de segunda instancia	<ul style="list-style-type: none"> • Indica que de acuerdo al tipo penal interesarse no bastaría con parcializarse, por lo que tendría que acreditarse que el hecho va más allá de un error o de un excesivo celo, es de verificar que el actuar del agente va más allá del mero cumplimiento de las funciones de lo que nos permita inferir que en efecto persigue favorecerse o favorecer a terceros. • Indica la sala que los medios probatorios y de la imputación hecha por el Ministerio Público se puede arribar a las siguientes conclusiones: a) la imputación es el haber evaluado y calificado indebidamente; b) corresponde establecer si es que la evolución atribuida a los absueltos debe ser entendido como un error administrativo o como expresión de un interés indebido para favorecer a la empresa; c) la sala interpreta que el solo error en la calificación asi haya favorecido o perjudicado a determinado

	<p>postor no resulta ser suficiente para configurar y acreditar el interés del funcionario público.</p> <ul style="list-style-type: none"> • En otro fundamento indica que no se ha advertido en la imputación algún concierto entre las partes para favorecer al a mencionada empresa. • Finalmente señala que la sentencia impugnada se encuentra debidamente motivada que existe justificación interna y externa, que tampoco lesiona el principio de congruencia. • Luego en segunda instancia la sentencia se confirma en base a los mismos fundamentos.
Recurso de casación	<ul style="list-style-type: none"> • El representante del ministerio público solicita para el desarrollo jurisprudencia determinar si para la configuración del delito de negociación incompatible se requiera la existencia tanto del elemento de concertación como de un tercer posiblemente perjudicado.
Fundamentos de la Corte Suprema	<ul style="list-style-type: none"> • El Fiscal Superior apela la decisión de segunda instancia y formula recurso de casación la Corte Suprema, siendo que mediante sentencia del 26 de abril de 2022 emite la siguiente sentencia: • Advierte que se trata de una casación excepcional (unificación de la jurisprudencia, por lo que la Corte se pronunciará respecto a los elementos típicos del delito en comento. • Respecto al caso concreto, concuerda con argumentos del juez de primera instancia, en el sentido que aun cuando se logró corroborar que los encausados como miembros del comité especial erraron al momento de colocar el puntaje, no logró relacionarse esta circunstancia con un interés indebido. Al respecto sostienen que el error por si mismo no puede configurar el delito en comento, pues es indispensable para que el hecho se subsuma en el tipo, que el sujeto actúe a título de dolo, no concurriendo otros indicios distintos al antes referido que acredite la parcialización de los funcionarios públicos, o que hicieron prevalecer sus intereses particulares por sobre los intereses públicos. Asumir lo contrario sería dar pie a la aplicación de la responsabilidad objetiva en la vía penal, lo cual está proscrito.

		<ul style="list-style-type: none"> • La corte suprema citando a Montoya Vivanco Yván, indica que el delito en mención tiene un carácter subsidiario respecto de aquellos otros que sancionen la conducta de priorizar intereses privados por encima de intereses estatales, en un marco contextual de contrataciones públicas o cualquier otra operación económica en la que el Estado esté involucrado. En este sentido, la negociación incompatible sería subsidiaria respecto del delito de colusión. • Dicho estos fundamentos la sala penal declara infundado el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público.
Análisis investigador	del	<p>En el presente caso el juez de primera instancia expidió una sentencia absolutoria sosteniendo que la falta de verificación y precisión en el informe de auditoría del cumplimiento de requerimientos técnicos mínimos, aunado a las falta de actuación de pruebas que nos permita suplir esta deficiencia, a fin de determinar que en efecto el consorcio CONIMED-Manuel Adolfo Mercado García cumplía con los requerimientos técnicos mínimos y los factores de evaluación, (pues conforme aparece de la imputación, este postor debió ser el ganador), impide tener por acreditado el “interés” indebido que requiere el tipo penal de negociación incompatible entendido como "(...)volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa, querer que aquel asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros".</p> <p>Asimismo, el juez superior confirmó la sentencia señalando que aun cuando se logró corroborar que los encausados como miembros del comité especial erraron al momento de colocar el puntaje, no logró relacionarse esta circunstancia con un interés indebido. En ese sentido señalan que el</p> <p>Al respecto sostienen que el error por sí mismo no puede configurar el delito en comento, pues es indispensable para que el hecho se subsuma en el tipo, que el sujeto actúe a título de dolo, no concurriendo otros indicios distintos al antes referido que acredite la parcialización de los funcionarios públicos, o que hicieron prevalecer sus intereses particulares por sobre los intereses públicos. Asumir lo contrario sería dar pie a la aplicación de la responsabilidad objetiva en la vía penal, lo cual está</p>

	proscrito.
--	------------

Ficha de análisis N°04.

Expediente:	00367-2017-96
Fecha:	9 de junio de 2021
Materia:	Negociación Incompatible
Órgano Jurisdiccional:	Décimo Juzgado Penal Especializado en delito de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
Hechos:	<p>Contexto de contratación pública: “Mejoramiento urbano y vial de la Av. Mesones Muro cuadras 1, 2, 3, 4, 5 y Av. Villanueva Pinillos cuadras 1 y 1A, distrito y provincia de Jaén-Cajamarca”.</p> <p>Presupuesto de la obra: tres millones seiscientos cuarenta y seis mil ochocientos once con noventa céntimos (S/ 3’646,811.90)</p> <p>Entidad del Estado agraviada: Municipalidad Provincial de Jaén</p> <p>Funcionarios Públicos involucrados:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Augusto Gabriel Fernández Cusman en calidad de Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial de Jaén, • Alfonso Wisman Requejo Aldaz, Gerente Municipal, • Aaron Wili Dueñas Paysig, Director de Infraestructura de la Municipalidad Provincial de Jaén, • Alan Díaz Rufasto, de inspector de obra, <p>Oscar Antonio Saavedra Vílchez, Jefe de la División de Liquidación</p> <p>Empresa o persona favorecidas: Consorcio Jaen, representado por Segundina Hilda Salvatierra Alarcón</p> <p>Etapas del proceso en que se cometió delito: En etapa de contratación</p> <p>Hechos:</p>

	<p>El Consorcio Jaén representado por Segundina Hilda Salvatierra Alarcón, presentó con fecha dieciocho de julio del dos mil catorce ante la Oficina de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial de Jaén, los documentos para la suscripción del contrato de la obra antes mencionada, adjuntando entre ellos el Calendario de Avance de Obra Valorizado, que justamente es un requisito que se encontraba estipulado en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, documento cuyas fechas de inicio y finalización de la obra no guardaron concordancia con el tiempo real en que verdaderamente la misma fue adjudicada y finalmente ejecutada.</p> <p>Asimismo, pese a ser un documento técnico el mismo no se encontraba autorizado por ningún profesional especialista en la materia, es decir, ingeniero o arquitecto, conforme señalaba la ley especializada al respecto,</p> <p>Además, el mencionado consorcio presentó para la suscripción del contrato, esto es el calendario de adquisición de materiales, tampoco reunía los requisitos de validez puesto que, tampoco se encontraba suscrito o autorizado por profesional competente para otorgarle la validez correspondiente ha dicho documento,</p> <p>No obstante, pese a las inconsistencias anunciadas el acusado Augusto Gabriel Fernández Cusman en calidad de Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial de Jaén, en lugar de realizar las observaciones correspondientes o en todo caso requerir la opinión al área especializada para que brinde su posición respecto a los documentos presentados al Consorcio Jaén, procedió a la elaboración del Contrato de Ejecución de Obra N° 2191-2014 por el monto de tres millones seiscientos cuarenta y seis mil ochocientos once con noventa céntimos (S/ 3'646,811.90).</p> <p>Por su parte su coacusado Alfonso Wisman Requejo Aldaz, que ocupó el cargo de Gerente Municipal suscribió el contrato de ejecución de obra antes mencionado con el Consorcio Jaén, sin que al respecto realice las labores de supervisión, vigilancia, y control respecto a la participación en la elaboración del contrato de su coacusado Augusto Gabriel Fernández Cusman, siendo que aquél era el jefe</p>
--	--

	<p>inmediato superior que tenía como función específica, de acuerdo al Manual de Organización y Funciones, supervisar y controlar las acciones de los órganos de asesoramiento, entre ellos la Oficina de Asesoría Jurídica, más aún si tenía o tiene como profesión la de ingeniero, por ello no se podría decir en ese aspecto que desconocía sobre los mismos</p> <p>Por su parte el acusado Aaron Wili Dueñas Paysig, desempeñó el cargo de Director de Infraestructura de la Municipalidad Provincial de Jaén, sin respetar el plazo legal, luego de transcurridos treinta y cuatro días calendario de suscrito el contrato de ejecución de obra, designó provisionalmente a la ingeniera agrícola María Isabel Chavesta Núñez, como inspectora de la obra, siendo que esa designación la hizo de conocimiento y fue autorizada por su coacusado Alfonso Wisman Requejo Aldaz, Gerente Municipal.</p> <p>Por otro lado, el acusado Alan Díaz Rufasto, fue designado en el cargo de inspector de obra, en reemplazo de la ingeniera Chavesta Núñez, además, pero se realizó extralimitando el plazo de quince días señalado por el Reglamento de Contrataciones del Estado, para que se puede iniciar sin ningún tipo de inconveniente el plazo de ejecución de la obra,</p> <p>Además el acusado Oscar Antonio Saavedra Vílchez, ocupó el cargo de Jefe de la División de Liquidación, quién luego de transcurrido cuarenta y cinco días de suscrito el contrato de ejecución de obra, hizo la entrega del expediente técnico de obra al ingeniero residente, hecho que fue irregular y con claro favorecimiento para el Consorcio Jaén, toda vez que el expediente técnico de obra fue aprobado y se tuvo en forma física desde el tres de diciembre del año dos mil trece no existiendo justificación alguna para que el mismo no pueda haber sido entregado a la empresa contratista dentro del plazo de quince días señalado por la ley.</p> <p>Además de ello, el acusado Aaron Wili Dueñas Paysig, Director de Infraestructura, luego de cuarenta y cuatro días calendario de suscrito el contrato de ejecución de obra, hizo entrega del terreno en donde se iba ejecutar la misma a la empresa contratista, sin embargo se demostrará que no hubo necesidad o justificación para utilizar un plazo tan extenso como el denunciado, sino que eso pudo hacerse dentro del</p>
--	--

	<p>plazo de los quince días, que era el plazo legal, en atención siendo que la obra es una que se ejecutó en el centro mismo de la ciudad de Jaén y no se encontraba en una zona aislada para que la entrega del terreno pueda realizarse en un plazo tan extenso como el antes indicado, que esas proposiciones fácticas anunciadas por la fiscalía</p> <p>Por otro lado, se tiene que el Consorcio Jaén solicitó al acusado Alfonso Wisman Requejo Aldaz, el pago del adelanto directo correspondiente al veinte por ciento del total de la obra ascendente a la suma de setecientos veintinueve mil trescientos sesenta y dos soles con treinta y ocho céntimos (S/ 729,362.38), no obstante, la carta que solicitaba dicho adelanto directo fue ingresada extemporáneamente es decir, fuera del plazo legal señalado en la Ley del Reglamento de Contrataciones del Estado, por lo cual se acreditará que debió ser declarado improcedente, además porque dicha empresa adjuntó una carta fianza que se encontraba avalada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fianzas y Garantías Limitadas, que no se encontraba autorizada por la Superintendencia de Bancos y Seguros para emitir ese tipo de documentos, la misma que contenía términos y condiciones desfavorables para la Municipalidad Provincial de Jaén,</p> <p>No obstante, pese a las observaciones anunciadas los acusados Alfonso Wisman Requejo Aldaz autorizó al Jefe de la Oficina de Administración el pago del mencionado adelanto directo.</p> <p>Imputación:</p> <p>En ese sentido el Ministerio Público imputa que los referidos acusados, de forma directa se interesaron indebidamente en el contrato de ejecución de la obra mencionada a favor del Consorcio Jaén, a quien le favorecieron en las estipulaciones contractuales como en los beneficios económicos de las mismas, todo ello se le imputa a los acusados en la calidad de autores directos de esos hechos.</p>
--	---

Argumentos del Ministerio Público:	Señaló que en el presente juicio oral la fiscalía ha logrado acreditar en grado de certeza la responsabilidad penal en calidad de autores de los acusados Augusto Gabriel Fernández Cusman, Alfonso Wisman Requejo Aldaz, Alan Eduardo Díaz Rufasto, Oscar Antonio Saavedra Vílchez, Aaron Wili Dueñas Paysig y Never Edwin Llique Ventura; quienes han cometido el delito de Negociación Incompatible u aprovechamiento indebido del cargo en agravio de la Municipalidad Provincial de Jaén.
Argumentos del Juez	<p>Que a criterio del juzgador luego de la actuación probatoria ha sido posible correlacionarlos, la comisión del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, con relación a los acusados Alfonso Wisman Requejo Aldaz, Augusto Gabriel Fernández Cusman, Aaron Wili Dueñas Paysig, Oscar Antonio Saavedra Vílchez y Alan Eduardo Díaz Rufasto, debido a que se interesaron en forma directa y dolosa en favorecer al Consorcio Jaén, con la cual queda acreditada su responsabilidad penal en el presente proceso, siendo que en el caso del acusado Never Edwin Llique Ventura no ha quedado probado fehacientemente su responsabilidad penal en el delito materia de imputación, razón por la cual debe absolverse de los cargos imputados.</p> <p>5. Que precisados los hechos no cuestionados debe indicarse también que conforme se ha establecido en la Casación N° 67-2017-Lima, el delito de negociación incompatible “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. Supuestos que se han presentado en el presente caso, conforme lo pasamos a detallar por cada uno de los acusados a quienes se le ha encontrado responsabilidad penal.</p> <p>Con relación al acusado Augusto Gabriel Fernández Cusman, queda acreditada su intervención en el hecho materia de imputación, debido a que en su calidad de Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial de Jaén, designado mediante Resolución de</p>

	<p>Alcaldía N° 415-2014-MPJ/A de fecha veintiséis de mayo del año dos mil catorce, tenía como funciones las de “Revisar las ordenanzas, decretos, acuerdos, resoluciones de alcaldía y resoluciones municipales así como también convenios y contratos en los que intervenga la Municipalidad”, conforme aparece del literal 2c) del numeral IX Denominación del cargo: Asesoría Jurídica del Manual de Organización y Funciones, así como tenía la obligación de “Elaborar y revisar los contratos y convenios en sus diferentes modalidades, protegiendo y salvaguardando los intereses de la Municipalidad”, conforme lo establecía en el artículo 46 numeral 3) del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Municipalidad Provincial de Jaén, en consecuencia como Jefe de la oficina de Asesoría Jurídica tuvo vinculación funcional directa en la elaboración del “Contrato N° 2191-2014-MP-J/GM, vinculación que se acredita luego de la valoración del contenido de la Carta N° 001- 2014-CONSORCIO-JAÉN, de fecha quince de julio del año dos mil catorce y del sello y visto de la oficina de Asesoría jurídica consignado en el citado contrato para la ejecución de la obra; operación a su cargo, en la cual se ha evidenciado un interés directo e indebido para favorecer al Consorcio Jaén representado por Segundina Hilda Salvatierra Alarcón, debido a que elaboró el contrato transgrediendo la normativa de contrataciones del Estado, específicamente los numerales 3 y 4 del artículo 183°9 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establecía como requisitos adicionales para la suscripción del Contrato de Obra, -entre otros- la de “3. Entregar el calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM) y “4. Entregar el calendario de adquisición de materiales o insumos necesarios para la ejecución de obra, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado (...)”,</p> <p>Otro hecho que evidencia el interés doloso del acusado Augusto Gabriel Fernández Cusman para favorecer a la representante común del Consorcio Jaén, Segundina Hilda Salvatierra Alarcón, es el hecho de que tanto “el calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM) y “el calendario de adquisición de materiales”, adjuntados en la Carta N° 001-2014- CONSORCIO-JAÉN, señalada en el párrafo</p>
--	---

	<p>precedente no estaban suscritos por un profesional técnico que avale su elaboración, situación que transgredía el artículo 8 de la Ley N° 16053 - Ley que autoriza a los Colegios de Arquitectos del Perú y al Colegio de Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de Arquitectura e Ingeniería de la República -, el cual establecía que “Los proyectos, mapas, planos, cálculos, croquis, estudios, dibujos memorias, peritajes, informes y en general cualquier documento técnico de ingeniería o arquitectura, para tener valor legal, deberán estar autorizados por Ingenieros y Arquitectos, con indicación del título, nombre completo, número del registro de matrícula del respectivo colegio y domicilio del profesional” la cual también era un dato objetivo de evidente verificación con la sola visualización del documento; sin embargo, viabilizó la firma del contrato a fin de favorecer a la representante del consorcio, sin efectuar observación alguna o consultar a la dirección de infraestructura correspondiente a fin de asegurarse si tales documentos correspondían a los requeridos técnicamente por la entidad, más aun si se trataba de una inversión ascendente a la suma de tres millones seiscientos cuarenta y seis mil ochocientos once soles con noventa céntimos (S/ 3'646.81.90). Hechos con las cuales queda acreditada el peligro potencial que originó la actuación dolosa del acusado y del cual queda acreditada su responsabilidad penal.</p> <p>Con relación al acusado Alfonso Wisman Requejo Aldaz, también queda acreditada su responsabilidad penal en la presente causa, debido a que en la época de ocurridos los hechos ostentaba la calidad de Gerente Municipal, conforme es de verse de la Resolución de Alcaldía N° 410-2014-MPJ/A, de fecha veintiséis de mayo del dos mil catorce, y dentro de sus funciones se encontraba la de "Dirigir, supervisar y controlar las acciones de los órganos de asesoramiento, órganos de apoyo y órganos de línea del sistema municipal. (...)Programar, organizar, dirigir y controlar los procesos de gestión de personal, gestión económica y financiera, gestión logística y de servicios de la municipalidad, conforme a los numerales 4) y 9) del ítem 2) referente a las funciones específicas del cargo de gerente general del Manual de Organización y Funciones, y las de "Controlar y proponer la mejor recaudación de los ingresos municipales, así como vigilar el destino de los fondos</p>
--	---

	<p>presupuestales de conformidad con las normas vigentes y “Supervisar y controlar las adquisiciones de bienes y prestación de servicios administrativos de la Municipalidad, así como sus modalidades de procesos de selección”, conforme lo establecía el numeral 22) y 23) del artículo 17° del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Municipalidad Provincial de Jaén, y en tal virtud intervino en operaciones a su cargo, dentro del proceso de ejecución de la obra “Mejoramiento Urbano y Vial de la Av. Mesones Muro cuadras 1, 2, 3, 4, 5 y Av. Villanueva Pinillos cuadra 1 y 1A, Ciudad de Jaén, Provincia de Jaén -Cajamarca”, circunstancias en las cuales transgredió las normas de Contrataciones del Estado y las normas propias de su función con la finalidad de favorecer al consorcio Jaén.</p> <p>Asi tenemos que el citado acusado, en su calidad de Gerente Municipal, suscribió el Contrato de Ejecución de Obra N° 2191-2014-MPJ/GM, con fecha veintidós de julio del año dos mil catorce, el cual lo efectuó previa revisión de la documentación adjuntada por el consorcio para la firma del Contrato, hecho que se condecía con el deber de controlar los procesos de selección a cargo de la entidad, es decir que revisó la documentación presentada por el Consorcio Jaén, y además existía inconsistencias con la fecha de inicio de la obra establecida en el documento denominado “calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM)” el cual señalaba como inicio de la obra el cinco de agosto del año dos mil trece, la cual era incorrecta debido a que la adjudicación de la buena pro fue con fecha ocho de julio del año dos mil catorce, documento este último que obraba en el expediente de contratación, (el cual adujo en juicio oral también haber revisado) documento en la que además se establecía un plazo de ejecución de la obra de diez (10) meses, en contraposición con el plazo del contrato que estaba suscribiendo que establecía un plazo de siete (7) meses, razones por las cuales debió observar el contrato y no firmarlo, sin embargo le dio trámite al mismo, suscribiendo el contrato con fecha veintidós de julio del año dos mil catorce evidenciando así un interés directo e indebido para favorecer a la contratista al firmar un contrato sin cumplir adecuadamente con los requisitos establecidos en la ley de contrataciones del Estado.</p> <p>Asimismo el actuar doloso del acusado Alfonso Wisman</p>
--	--

	<p>Requejo Aldaz, queda probado en la presente causa debido a que con fecha dieciocho de agosto del año dos mil catorce a través del memorándum N° 1444-2014-MPJ/GM autoriza la designación provisional de la Ingeniera María Isabel Chavesta Núñez como inspector de la obra materia de imputación, es decir después de veintisiete días de suscrito el contrato, siendo recién efectivizado la designación a la citada ingeniera luego de treinta y cuatro días (34) de suscrito el referido contrato por parte del Director de Infraestructura de la citada entidad edil, conforme aparece del Memorándum N° 0131- 2014-MPJ/D1 de fecha veinticinco de agosto del año dos mil catorce, es decir que no cumplió dentro del plazo con la designación del profesional a fin de atender oportunamente la necesidad pública que subyace la contratación administrativa, beneficiándose con esta acción a la representante del Consorcio Jaén, a fin que no ejecute la obra dentro de los plazos establecidos, no obstante que a esa fecha ya había recibido el adelanto directo, adelanto que por demás tampoco le correspondía, conforme lo señalamos a continuación.</p> <p>5</p> <p>5.18.- Cabe indicar que no obstante que indebidamente autorizó el adelanto directo, aun así no se le comunico inmediatamente a la contratista la designación del inspector para que se empiece con la ejecución de la obra, pues esta situación ocurrió con fecha cuatro de septiembre del año dos mil catorce, conforme aparece de la Carta N° 148- 2014-MPJ/GM, luego del cual se sustituyera a la inspectora Ing. María Isabel Chavesta Núñez por el coacusado Alan Eduardo Díaz Rufasto, (quien fue designado mediante Memorándum N° 0137-2014-MPJ/DI, de fecha uno de septiembre del año dos mil catorce), es decir luego de cuarenta y cuatro días (44) calendarios de firmado el contrato, con el cual se evidencia que dolosamente infringieron la normativa de contrataciones para favorecer a la contratista a fin de ejecute la obra fuera de los plazos establecidos en la ley en perjuicio de la entidad estatal.</p> <p>5.19.-Otro hecho que evidencia el interés directo e indebido del acusado Alfonso Wisman Requejo Aldaz, es que no obstante que autorizó el pago del adelanto directo fuera de los plazos establecidos en la Ley y en el Contrato, las cartas fianzas presentadas para garantizar el adelanto directo</p>
--	--

	<p>tampoco cumplía con las exigencias establecidas por el artículo 39° del Decreto Legislativo 1017 Ley de Contrataciones del Estado el cual prescribía la fecha de ocurridos que "(...) Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. razón por la cual se sostiene que con la aceptación de esta cartas fianzas se puso en peligro potencial los intereses patrimoniales de la entidad, ante una eventual inejecución de obligaciones por parte del contratista.</p> <p>Cabe indicar, que el acusado Alfonso Wisman Requejo Aldaz continuó con su actuación dolosa al autorizar también el pago por el adelanto de materiales ascendente al monto de un millón cuatrocientos cincuenta y ocho mil setecientos veinticuatro soles con setenta y seis céntimos (S/ 1'458,724.76) que era el equivalente al 40% del monto total del contrato, el cual fue requerido por la representante del Consorcio Jaén el cinco de septiembre del año dos mil catorce a través de la Carta N° 011-2014-CONSORCIO JAEN/RC, (dirigido al acusado Alan Eduardo Díaz Rufasto) adjuntando para tal efecto la Carta Fianza N° AM-018-07-2014-CACFG, de fecha treinta de julio del año dos mil catorce, la misma que también fue emitida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito FIANZAS y GARANTIAS Ltda., carta fianza que tenía las mismas estipulaciones contraria a la Ley de Contrataciones de Estado establecidas en la Carta Fianza N° AD017-07-2014-CACFG (descritas en el párrafo precedente), y no obstante que la carta fianza no reunía los requisitos de ley y que además no le correspondía la totalidad de este monto, el acusado Alfonso Wisman Requejo Aldaz, autorizó su pago, conforme aparece de los dos Comprobantes de Pago N° 4645 de fecha tres y quince de octubre del dos mil diez, en la que actualmente se consigna que “fueron autorizados por la gerencia” cobrando así la representante del Consorcio Jaén, la suma de un millón cuatrocientos mil trescientos setenta y cinco soles con setenta y siete céntimos (S/ 1'400,375.77), pues la diferencia del pago ascendente a cincuenta y ocho mil trescientos cuarenta y ocho soles con noventa y nueve céntimos (S/ 58,348.99) se emitió por el pago de la detracción del citado adelanto.</p>
--	--

	<p>Otro hecho que evidencia el actuar doloso del acusado Alan Eduardo Díaz Rufasto en evidentes actos de favorecimiento al Consorcio Jaén, es el hecho del trámite mismo de la elaboración del expediente técnico del adicional de obra N° 01, pues conforme es de verse de la carta 01-2014-MPJ/INS.AEDR, suscrito por el acusado Alan Eduardo Díaz Rufasto, en esta le requiere formular al consorcio Jaén la elaboración del expediente de adicional “con el sustento correspondiente de obra”, el día veinticuatro de septiembre del año dos mil catorce, siendo que al siguiente día, esto es con fecha veinticinco de septiembre del año dos mil catorce, responde el Consorcio Jaén remitiéndole “el original del expediente técnico del presupuesto adicional de Obra N° 01 de la obra "Mejoramiento urbano y vial de la Av. Mesones Muro cuadras 1, 2, 3, 4, 5 y Av. Villanueva Pinillos cuadras 1 y 1A, distrito y provincia de Jaén-Cajamarca” lo que demuestra que celeridad inusitada en la tramitación del mismo, pues la entrega del expediente por parte del contratista ocurrió en menos de un día del requerimiento efectuado por el Alan Eduardo Díaz Rufasto.</p> <p>Cabe indicar que otro hecho que evidencia interés directo e indebido del acusado Alan Eduardo Díaz Rufasto, para beneficiar al consorcio Jaén, es que participó en el proceso de elaboración del expediente técnico adicional de obra N° 01, conclusión que es posible extraerla del documento de fecha cuatro de noviembre del año dos mil catorce, mediante el cual el Consorcio Jaén, da respuesta a la carta N° 0165-2014- MPJ/DI (mediante la cual se le remite la observación al expediente del adicional de obra N° 01), en la que indica entre otros argumentos que “no existía error en el cálculo de la partida, ya que su rendimiento diario del costo unitario fue coordinado directamente con el inspector de obra, quien estuvo conforme con el cálculo realizado y resultado obtenido”, lo que evidencia que participó directamente en el proceso de elaboración del adicional de obra, con el único fin de favorecer a un tercero (consorcio) transgrediendo las funciones propias encomendada en su calidad de inspector de obra, hechos con las cuales queda acreditada su responsabilidad penal en la presente causa.</p> <p>Con relación al acusado Aaron Willi Dueñas Paisig, también se encuentra acreditada su responsabilidad penal debido a</p>
--	---

	<p>que conforme al numeral 4) del artículo 120° del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Municipalidad Provincial de Jaén, como Director de Infraestructura designado mediante Resolución de Alcaldía N° 479-2014-MPJ/A de fecha seis de junio del año dos mil catorce, tenía la obligación de "Organizar, dirigir, coordinar y evaluar los procesos de ejecución, inspección, supervisión, recepción y liquidación de obras", es decir que dentro de sus competencias se encontraban la de estructurar el proceso de ejecución de la obra N° 2191-2014-MPJ/GM para el “Mejoramiento urbano y vial de la Av. Mesones Muro cuadras 1, 2, 3, 4, 5 y Av. Villanueva Pinillos cuadras 1 y 1A, distrito y provincia de Jaén-Cajamarca”; sin embargo, transgrediendo este deber funcional y el artículo 184°16 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado antes citado, no designó dentro de los quince (15) días a la firma del contrato de ejecución de obra N° 2191-2014-MPJ/GM (el cual ocurrió el veintidós de julio del año dos mil catorce), al inspector de la obra, efectuando esta designación con fecha con fecha veinticinco de agosto del año dos mil catorce, a través del Memorándum N° 0131- 2014-MPJ/D1, mediante la cual designa a la ingeniera María Isabel Chavesta Núñez como inspector de obra, para luego reemplazarla por su coacusado Alan Eduardo Díaz Rufasto mediante Memorándum N° 0137-2014-MPJ/DI, de fecha uno de septiembre del año dos mil catorce, transgrediendo flagrantemente no solo las normas que regían su función dentro de la entidad municipal, sino además la Ley de Contrataciones del Estado, la cual lo hizo con un evidente animo de favorecimiento al Consorcio Jaén, representado por Segundina Hilda Salvatierra Alarcón y en contra de los intereses de la entidad permitiendo que una obra de naturaleza pública no se realice dentro de los plazos establecido en el contrato.</p> <p>Otro hecho que evidencia el interés directo e indebido del acusado Aaron Willi Dueñas Paisig, es que conforme lo establecía al artículo 184° del reglamento de contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente a la fecha de ocurridos los hechos dentro del plazo de (quince días) después de suscrito el contrato de ejecución de obra, debió haber hecho entrega del terreno para la ejecución de la obra; sin embargo, lo realizó con fecha cuatro de septiembre del año dos mil catorce conforme</p>
--	--

	<p>aparece del "acta de entrega de terreno actuada en juicio oral", en la cual aparece que participó directamente en su calidad de Director de Infraestructura y sin dejar ninguna constancia que pueda justificar los motivos de porqué de la entrega del terreno después de cuarenta y cuatro días (44) de suscrito el contrato de ejecución de obra, no obstante que el terreno en la se iba a ejecutar la obra se encontraba en el centro de la ciudad, conforme lo señaló el profesional de contraloría Luis Alberto Díaz Mori, al explicar el Informe N° 11-2016-CG/CORECH al indicar que "(...) la obra se ubicaba en el corazón de Jaén e incluso la avenida Villanueva Pinillos desembocaba en una de las esquinas de la plaza de armas (...)"</p> <p>Se evidencia también el interés doloso del acusado Aaron Willi Dueñas Paisig, a partir de su participación en el trámite de aprobación del expediente técnico del adicional de obra N° 1, debido a que conforme a la prueba actuada tuvo conocimiento del citado expediente en virtud del Informe N° 0366-2014-MPJ/DI-DSL, de fecha cuatro de noviembre del año dos mil catorce, en el cual no solamente su coacusado Oscar Saavedra Vilchez en calidad de Jefe de Supervisión y Liquidaciones le hace de conocimiento que “el contratista consorcio Jaén ha hecho llegar a esta división de supervisión y Liquidaciones el expediente técnico del adicional N° 01 (...)” sino que además su coacusado Oscar Saavedra Vilchez observa el citado expediente y lo devuelve para su “corrección”; es decir que el citado acusado Dueñas Paisig, tuvo conocimiento tanto de las irregularidades contenidas en el expediente de adicional de obra, así como también que fue el Consorcio Jaén, el que hizo llegar el expediente del adicional de obra N° 01 el cual había sido elaborado directamente por el citado consorcio y sin intervención de su dirección, hecho que contravenía directamente el artículo 207° del Reglamento de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF, el cual establecía que (...). El inspector o supervisor debe comunicar a la Entidad sobre la necesidad de elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra. La Entidad debe definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra estará a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del contratista ejecutor de la obra principal, en calidad de prestación adicional de obra,</p>
--	---

	<p>aprobada conforme al procedimiento previsto en el artículo 174 del Reglamento.</p> <p>Para dicha definición, la Entidad debe tener en consideración la naturaleza, magnitud, complejidad, entre otros aspectos relevantes de la obra principal, así como la capacidad técnica y/o especialización del contratista que la ejecuta, cuando considere encargarle a éste la elaboración del expediente técnico (...)" ; siendo que en el presente caso, no obstante que el acusado tenía el cargo de Director de Infraestructura y como tal tenía la obligación de "Organizar, dirigir, coordinar y evaluar los procesos de ejecución de obras", no observó el trámite toda vez que no se había seguido la citada normativa, es decir que el inspector haya comunicado la necesidad de la elaboración de un adicional de obra, por ser el área usuaria, conforme así lo señaló en juicio oral al sostener que (...) el inspector de obra informaba sobre ello a la entidad, al área usuaria, es decir en el presente caso a su persona porque era el jefe o director de infraestructura (...); y luego de la evaluación correspondiente la entidad finalmente decida si el consorcio sea el que elabore tal adicional, sin embargo lejos de observar su deber de evaluar el expediente técnico que contenía el adicional de obra N° 01, acepta el informe 0379-2014- MPJ/DI-DSL mediante la cual se da la conformidad al citado adicional y solicita a través del oficio N° 0426- 2014- MPJ/DI, de fecha veinticinco de noviembre del año dos mil catorce, la certificación presupuestal, evidenciando así un interés manifiesto para favorecer al Consorcio Jaén, debido a que otorgo un adicional sin que determine técnicamente si era necesario e indispensable para alcanzar los fines de la contratación pública.</p> <p>Con respecto al acusado Oscar Antonio Saavedra Vílchez, queda acreditada su responsabilidad penal en el hecho materia de imputación, debido a que como jefe de División de Supervisión y Liquidaciones de la Municipalidad Provincial de Jaén, tenía entre otras funciones las de "Regular, planear, organizar, dirigir y controlar la supervisión y liquidación de las obras de infraestructura pública (...) ", "Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y normas reglamentarias, relativas a la ejecución de obras, "Supervisar y controlar la ejecución de las obras públicas, adjudicadas", "Dar conformidad a la recepción de obras municipales y dictaminar sobre el cumplimiento de los contratos y la liquidación de la</p>
--	---

	<p>ejecución y supervisión de las obras contratadas", conforme aparece de los numerales 1), 2), 5) y 13) del artículo 130° del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Municipalidad Provincial de Jaén, y transgrediendo estas funciones entregó sin justificación alguna el Expediente Técnico de Obra al Consorcio Jaén luego de transcurrido treinta y cinco (35) días calendario de suscrito el Contrato de Ejecución de N° 2191-2014- MPJ/GM, el cual se efectuó el veintidós de julio del año dos mil catorce, conforme aparece de la carta N° 042-2014-MPJ/DI-DSL, de fecha veinticinco de agosto del año dos mil catorce; cuando debió haberlo realizado dentro del plazo de quince (15) días, conforme lo establecía el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado antes citado, con el cual contribuyó a que la obra no se lleve a cabo dentro de los plazos establecidos, pues conforme lo señaló Luis Alberto Díaz Mori, al explicar el Informe N° 11-2016-CG/CORECH “(...)cinco días más para la entrega al contratista y dicha demora no era normal. Agregó que el expediente técnico como tal era una de las principales herramientas que se tenían para la ejecución del obra, ya que sin éste lamentablemente no se podía ejecutar ninguna obra, de allí la importancia del expediente técnico; es así que se podría decir que se tardó injustificadamente el inicio de la obra, pues ya se contaba con el expediente técnico, el cual era de vital importancia ya que sin este expediente no se podía dar inicio al plazo contractual, tal como lo señalaba la norma(...)”.</p> <p>Asimismo queda evidenciado el interés directo e indebido del acusado Oscar Antonio Saavedra Vilchez en la obra materia de imputación, para favorecer al Consorcio Jaén, debido a que inicialmente tuvo conocimiento del expediente del adicional de obra N° 01 por haber recibido su área de parte del inspector de la obra Alan Eduardo Díaz Rufasto, a través de la carta N°03-2014-MPJ/INSP.AEDR, de fecha veintitrés de octubre del año dos mil catorce en el cual le solicitaba la aprobación correspondiente del citado expediente técnico adicional por el monto de trescientos setenta y dos mil ochocientos cinco soles con mil con veintinueve céntimos (S/ 372,805.29), siendo que mediante Informe N° 0366-2014-MPJ/DI-DSL, de fecha cuatro de noviembre del año dos mil catorce, el citado acusado no le otorga conformidad debido a la discrepancia en la planilla de metrados, sustentado que (...) En la partida 01.02 Demolición de pavimento existente de</p>
--	---

	<p>concreto E prom= 0.28m en el cual al calcular el metrado por diferencia de espesores en m², sin embargo en el resultado lo considera como si fuera m³, por tanto, consideró que debe haber un error, además esta partida en el expediente original el corte está establecido en unidades m² y sin embargo en el Adicional lo considera en m³.”, solicitando “aclarar este cambio en todo caso hacer la pactación de precios en el costo unitario que se eleva considerable en todo caso explicar el criterio tomado para cambiar la unidad de m² a m³.”; sin embargo, lejos de cumplir la función de supervisar y controlar la ejecución de las obras públicas adjudicadas, debido a que conforme a su propia observación se elevaban considerablemente los costos, posteriormente y sin ninguna clase de fundamento que absuelva su observación inicial, a través del Informe N° 0379- 2014-MPJ/DI-DSL de fecha catorce de noviembre del año dos mil catorce le otorgó conformidad al trámite del Adicional de Obra N° 01 de la obra elaborado por el Consorcio Jaén, recomendando además que se solicite a la “Oficina de Planificación y Presupuesto se cuente con la disponibilidad presupuestal y luego se elabore el proyecto de Resolución de aprobación del Adicional y hacer conocer a la Oficina de la OPI la Modificación de Proyecto en la Fase de Inversión”, conformidad que otorgó en mérito al escrito presentado por el Consorcio Jaén, y del cual el acusado no se pronuncia en el informe N° 0379-2014-MPJ/DI-DSL.</p> <p>Que también se acredita el actuar doloso del acusado, Oscar Antonio Saavedra Vilchez, debido a que dio la conformidad para el pago de la valorización N° 01 del adicional de obra N°01, conforme aparece del informe N° 047-2015-MPJ/DI-DSL, de fecha dieciséis de febrero del año dos mil quince, no obstante que la citada valorización se sustentaba en los asientos del cuaderno de obra desde el N° 98 al asiento N° 142, cuyas fechas de ejecución eran del dos al treinta de enero del año dos mil quince y además se sustentaba en fotografías del mes de setiembre del año dos mil catorce, conforme es de verse de los anexos de la carta N° 002-2015/CONSORCIO JAEN-RO y de la ficha técnica informativa-adicional de la obra N°01; es decir que la demolición de estructura de concreto armado, el relleno compacto y la adecuación de cajas de agua y desagüe, que fueron aprobadas con el adicional de obra, se estaban ejecutando antes de los plazos establecidos en la Resolución</p>
--	--

de Alcaldía N° 1364-2014- A-MPJ, de fecha veintinueve de diciembre del año dos mil catorce las cuales fijaba como plazos para su ejecución desde el diecinueve de abril al dos de junio del año dos mil quince, es decir que el acusado había autorizado la ejecución de obra que incluso ya se habían estado ejecutando desde septiembre del año dos mil catorce, hecho en las cuales se evidencia un interés directo para favorecer al consorcio Jaén, debido a que en merito a la citada valorización cobro el importe de doscientos mil soles (S/ 200.000.00), conforme es de verse del comprobante de pago N° 656 de fecha seis de marzo del año dos mil trece.

En ese sentido se cumple todos los elemento del tipo penal descritos en el artículo 399° del Código Penal, debido a que los acusados, Augusto Gabriel Fernández Cusman, Aaron Wili Dueñas Paysig, Alfonso Wisman Requejo Aldaz, Oscar Antonio Saavedra Vílchez y Alan Eduardo Díaz Rufasto, tenían la condición de funcionarios públicos, y es en virtud de esta relación funcional (razón de su cargo) tenían competencias directas para intervenir en las fases de la contratación o cualquier operación dentro de ésta, conforme ha sucedido en el presente caso.

Así mismo también **se presenta el interés indebido por parte de los acusados debido a que realizaron actos que no se correspondían con el rol de un funcionario o servidor público, debido a que mostraron un interés privado, ajeno al de la Administración Pública poniendo en peligro los intereses económicos del Estado y la ejecución de una obra pública requerida por la entidad estatal.** Por otro lado, con relación al interés directo, también se puso en evidencia debido a que los acusados por razón de su cargo funcional actuaron en cada una de las etapas imputadas de acuerdo a sus competencias funcionales, **admitiendo requisitos que no se condecían con las normas de contratación estatal para la firma del contrato.** Asimismo a pesar de que existieron las condiciones para que se inicie el plazo de ejecución de la obra, inmediatamente después de la suscripción del contrato, se interesaron dolosamente para postergarlo injustificadamente favoreciendo así al Consorcio Jaén, poniendo no solamente en peligro los plazos de ejecución de una obra pública y los intereses patrimoniales de la entidad, sino además evitando se le aplique una posible penalidad por mora por retraso

	<p>injustificado en la ejecución de la obra, pues este cúmulo de irregularidades lo único que evidencia es que el consorcio ejecutor no estaba en condiciones de ejecutar la obra dentro de los plazos establecidos en el contrato, pues el calendario valorizado de ejecución de la obra que presentó, correspondía a un año distinto (agosto del dos mil trece como fecha de inicio) al periodo real que correspondía su ejecución (dos mil catorce). Incluso el contratista luego de haber firmado el Contrato de ejecución de Obra N° 2191-2014-MPJ/GM pudo haber iniciado el procedimiento de resolución del contrato, solicitando el resarcimiento por daños y perjuicios a la entidad conforme lo establece el artículo 184° párrafo quinto del reglamento de contrataciones del Estado (modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 138-2012-EF) aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF vigente a la fecha de ocurridos los hechos, situación a la expusieron los acusados al no efectuar actos propios a su cargo, a fin que la obra se ejecute en el plazo establecido en la ley. Así mismo se otorgaron adelantos directos fuera del plazo de la ley y adelanto de materiales con montos que no correspondían, aprobando además valorización del adicional de obra de partidas que no correspondían a su periodo de ejecución, conforme a quedado debidamente detallado en los párrafos precedentes, consecuentemente al haberse probado en forma objetiva y subjetiva los elementos del tipo penal, corresponde emitir sentencia de condena a título de autores.</p> <p>Finalmente, con relación a lo expresado en juicio oral por los acusados, en los extremos que niegan la comisión del hecho delictivo, estos deben de considerarse como un argumento de defensa la cual ha sido desvirtuado con la prueba actuada en el plenario. Por tanto, los condena por el delito en comento</p>
Argumentos de apelación por parte de los investigados sentenciados	<p>El abogado defensor de Alan Diaz Rufasto señala que su patrocinado no fue quién dispuso que se haga ese adicional de obra, pues solo comunicó a la entidad sobre esta circunstancia y esta lo convalidó, además indica que no se ha causado perjuicio alguno a la entidad.</p> <p>La defensa del Aaron Dueñas Paysig indica que el delito en mención tienes dos elementos típicos, el interés indebido y el beneficio propio o de tercero, y que en el caso en concreto señala que la responsabilidad de su patrocinado se materializa en la trasgresión del artículo ciento ochenta y cuatro de la ley de contrataciones del Estado. Y que en el</p>

	<p>presente caso no se ha desarrollado en que consistió el favorecimiento al tercero.</p> <p>Por otro lado, la defensa de Augusto Fernández Cusman invoca la Casación N°321-2017-Puno en la que señala que no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna norma de carácter administrativo, sino solo serán típicas aquellas conductas que supongan daño inminente para la administración pública.</p> <p>El abogado de Alfonso Requejo Aldáz invoca el principio de nen bis in ídem al habersele sancionado a su patrocinado por el delito de colusión a una pena suspendida, por hechos referidos a la misma otra.</p> <p>La defensa de Oscar Saavedra Vilchez señala que respecto de la imputación de entregar sin justificaciín el expediente técnico luego de transcurrido 35 días calendarios, su patrocinado no tiene vinculación alguna con la entrega del expediente técnico ya que este es un acto público efectuado por parte de alcaldía o gerencia general.</p>
Argumentos de apelación por parte del Ministerio Público ante apelación	El argumento señalado respecto del acusado Augusto Fernández Cusman indica que es importante delimitar las funciones que está en el MOF y ROF, siendo su función según el ROF revisar los contratos protegiendo y salvaguardando los intereses de la municipalidad, por lo tanto, el acusado como Jefe de la oficina de asesoría jurídica tiene vinculación funcional con la elaboración del contrato.
Argumentos de apelación por parte del Ministerio Público respecto de persona absuelta	Sustenta el ministerio público que Never Llique Ventura si se interesó al aprobar el adicional de obra cuando no se contaba con certificación de crédito de presupuestario sino hasta cuando se emitió la valorización 01 y 02 del adicional.
Argumentos del juez de segunda instancia	<p>La sala presta especial atención a los argumentos expuestos por la defensa de Alfonso Requejo Aldaz respecto al a invocación del principio de nen bis in ídem, y que lo invocado afectaría la garantía de la previsibilidad de las resoluciones judiciales en la medida que existía resoluciones contradictorias del Poder Judicial. Y en cuanto a la absolución de Necer Llique Ventura considera que se declare nulo por no haber realizado una debida valoración de su participación y una debida motivación sobre la autenticidad de memorándums.</p> <p>Por lo tanto declara nula la sentencia y el juicio oral, debiendo llevarse a cabo nuevo juicio teniendo en cuenta los</p>

	fundamentos expuestos.
Argumentos del juez que llevó a cabo nuevo juicio	Señala que el interés debe entenderse como aquellos actos que tengan un contenido económico en los que existe la posibilidad de poner en peligro la administración, consumándose con la sola verificación del interés particular del sujeto público en la celebración del contrato o realización de operaciones en representación del estado. Sin embargo, en la subsunción argumenta confirmando estar probada la imputación realizada a cada acusado
Análisis del investigador	<p>En el presente caso, a los condenados se les imputó haberse interesado indebidamente en el contrato de ejecución de la obra mencionada a favor del Consorcio Jaén, a quien le favorecieron en las estipulaciones contractuales como en los beneficios económicos de las mismas. Aquí se verifica la aplicación implícita de los criterios establecidos en la jurisprudencia para verificar si nos encontramos ante un injusto penal o ante un injusto administrativo, lo cual se define al delimitar lo indebido del interés del funcionario, el cual implica sobreponer los intereses propios al interés público. Así se recurre a parámetros como la gravedad del hecho, que se trate de un defecto administrativo no subsanable, que el hecho suponga un daño inminente para la administración y que no constituya responsabilidad objetiva.</p> <p>En el caso en comento el interés indebido fluye de la actuación de abundante prueba indiciaria que permite verificar el interés indebido de los funcionarios que formaron parte de la operación del Estado y de favorecer a un particular, en este caso la empresa con quien se les favoreció tanto al momento de la suscripción del contrato como en el desembolso de sumas dinerarias a su favor.</p> <p>Asimismo, en efecto se puede verificar que sus conductas no pueden enmarcarse solo en el plano de meros injustos administrativos y por ende no incurriría en responsabilidad administrativa u objetiva, sino en responsabilidad penal, pues no se trataron de actos de error, negligencia, impericia, descuido sino de una conducta intencional, orientada a conocer y querer realizar todos los elementos del tipo penal de negociación incompatible.</p> <p>De otro lado, se aprecia que se trata de un hecho grave y que no solo ha puesto en peligro, sino que se ha concretado un daño a la administración pública, pues en efecto ha</p>

	existido un desembolso dinerario a favor de la empresa con la que suscribió el contrato.
--	--

Ficha de análisis N°05.

Expediente:	12041-2018-24-1706-JR-PE-10
Fecha:	13 de octubre de 2021
Materia:	Negociación incompatible
Órgano Jurisdiccional:	Décimo Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
Hechos:	<p>Contexto de contratación pública: contratación personal para laborar a la Gerencia de Administración Tributaria durante los años dos mil dieciséis y dos mil diecisiete - convocatoria CAS N° 001-2016-MPL</p> <p>Fecha de la convocatoria:</p> <p>Entidad del Estado agraviada:</p> <p>Funcionarios Públicos involucrados: Merly Elizabeth Gonzáles Llontop, gerente de administración y finanzas de la Municipalidad Provincial de Lambayeque designada mediante resoluciones de alcaldía N° 278-2016 y N° 455-2017</p> <p>Empresa o persona favorecidas: Karina Janett Cornejo Capuñay</p> <p>Hechos: En cuanto a la imputación penal se tiene que Merly Elizabeth Gonzáles Llontop como gerente de administración y finanzas de la Municipalidad Provincial de Lambayeque designada mediante resoluciones de alcaldía N° 278-2016 y N° 455-2017, valiéndose de su cargo se interesó indebidamente en la contratación de su cuñada Karina Janett Cornejo Capuñay, esposa de su hermano Ángel Fernando Gonzales Llontop, ingresando a laborar a la Gerencia de Administración Tributaria durante los años dos mil dieciséis y dos mil diecisiete, siendo que la imputada como gerente de administración y finanzas según su ROF y MOF tenía como función “dirigir, coordinar y controlar las actividades de la sub gerencia de logística”, órgano encargado de todos los procesos de adquisición de bienes y servicios, por lo cual por razón de su cargo intervenía en la contratación de todos los</p>

	<p>profesionales por locación de servicios requeridos por las distintas áreas de la entidad</p> <p>En ese sentido se ha incumplido la prohibición expresa de contratación de parientes establecido en la Ley N° 26771, para lo cual se ha previsto en estos casos la abstención o de ser el caso la oposición. En el mismo sentido manifestó que la acusada Karina Janett Cornejo Capuñay brindó servicios en la subgerencia de administración tributaria, recaudación y control de deuda de la gerencia de administración tributaria de la Municipalidad Provincial de Lambayeque en el manejo del SIAF durante el periodo del veintiocho de abril al treinta y uno de octubre del año dos mil dieciséis como locadora de servicios y posteriormente del tres de octubre del año dos mil dieciséis al veintinueve de septiembre del año dos mil diecisiete bajo el régimen CAS dado que obtuvo una plaza de profesional en manejo SIAF – rentas en el concurso CAS N° 001- 2016, en el cual la acusada Merly Elizabeth Gonzáles Llontop fue miembro titular de la comisión especial de selección; también se acreditará el interés indebido por parte de la acusada en agilizar el pago oportuno de los servicios de la acusada Karina Janett Cornejo Capuñay a diferencia de los otros locadores de servicios que trabajaban en la Municipalidad Provincial de Lambayeque, asimismo demostrará que en el curriculum vitae de la acusada Karina Janett Cornejo Capuñay que presentará al concurso CAS se presentó una constancia de la Municipalidad Distrital de Santa Rosa, en la cual se dejaba constancia que la acusada Karina Janett Cornejo Capuñay habría laborado como asesoría externa en el sistema SIAF – Rentas en el año dos mil catorce, documento en el consta la firma de Gonzales Llontop como gerente de dicha municipalidad; sin embargo, demostrará que la acusada Karina Janett Cornejo Capuñay no laboró en dicha municipalidad y que dicho documento solamente fue emitido con la finalidad de cumplir con los requisitos para la plaza a la que se presentaba en el concurso CAS N° 001-2016, dado que en el curriculum que fuera presentado a la entidad en su primera contratación como locación de servicios esta constancia no figura y esta constancia data del año dos mil catorce; por lo que, en base a estos hechos le imputa la comisión del delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo, solicitando una vez actuada toda la prueba se le imponga cuatro años de pena privativa de la libertad, ciento ochenta</p>
--	---

	<p>días multa que equivale a la suma de seis mil setecientos cincuenta soles (S/ 6,750.00) y seis meses de inhabilitación conforme a lo previsto en los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal, respecto a la reparación civil por este delito se encuentra debidamente constituido el actor civil.</p> <p>Imputación:</p> <p>Se le imputa a la acusada Merly Elizabeth Gonzales Llontop, ser autora de la comisión del delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en mérito a que durante el tiempo que ostentó el cargo de Gerente de Administración y Finanzas de la Municipalidad Provincial de Lambayeque, se interesó indebidamente en la contratación de Karina Janett Cornejo Capunay, a pesar de que tenía vínculo familiar en segundo grado de afinidad (esta última estaba casada con el hermano de la acusada, Ángel Fernando Gonzales Llontop es decir era su cuñada), para lo cual intervino directamente por razón de su cargo, en el proceso de contratación y de pago de Karina Janett Cornejo Capunay, quien brindó servicios en el manejo del SIAF de la Sub Gerencia de Administración Tributaria, Recaudación y Control de Deuda de la Gerencia de Administración Tributaria de la Municipalidad Provincial de Lambayeque, durante el periodo comprendido entre el veintiocho de abril al treinta y uno de octubre del año dos mil dieciséis (como locadora de servicios) y del tres de octubre del año dos mil dieciséis al veintinueve de septiembre del año dos mil diecisiete, bajo el régimen de Contratación Administrativa de Servicios – CAS, hechos que luego de la actuación probatoria a criterio del juzgador se subsumen en el delito negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo previsto en el artículo 399° del Código Penal, razones por las cuales debe emitirse sentencia de condena en contra de Merly Elizabeth Gonzales Llontop.</p>
Argumentos del Ministerio Público:	<p>Refirió que, luego de todos los medios de prueba actuados, se ha demostrado en el plenario que la acusada Merly Elizabeth Gonzales Llontop en virtud del cargo que tenía, intervenía en la contratación por locación de servicios de los profesionales requeridos por las distintas áreas de la municipalidad provincial de Lambayeque; conforme también fue expuesto en el presente plenario por Sara Cecilia Villegas Sernaqué, Javier Martin Bernal Bernal, y Nardely Porras</p>

	<p>Ocupa, quienes indicaron que la contratación por bienes y servicios estaba a cargo de la gerencia de administración y finanzas, a cargo de la acusada; asimismo también se ha acreditado que la subgerencia de logística era un área dependiente del área que ella dirigía.</p>
Argumentos del Juez	<p>Que en efecto luego de la actuación probatoria se tiene que en el presente caso se cumplen los presupuestos típicos del delito de Negociación Incompatible previstos en el artículo 399° del Código Penal, debido a que la acusada Merly Elizabeth Gonzales Llontop, en la época de ocurridos los hechos tenía la calidad de funcionario público al ostentar el cargo de Gerente de Administración y Finanzas de la Municipalidad Provincial de Lambayeque, intervino directamente en la contratación de Karina Janett Cornejo Capuñay o Karina Janett Cornejo Capuñay de Gonzáles, a pesar de que esta última era su cuñada (por estar casada con el hermano de la acusada Ángel Fernando Gonzales Llontop) conforme se advierte de las Actas de nacimiento N° 57 y N° 178 expedidas por la Municipalidad Distrital de Monsefú y del Acta de Matrimonio de fecha doce de enero del año dos mil ocho actuadas en juicio oral. Así tenemos que en un primer momento intervino en la contratación como locadora de servicios de Karina Janett Cornejo Capuñay o Karina Janett Cornejo Capuñay de Gonzáles en el área de Rentas SIAF en la Gerencia de Administración Tributaria por el periodo del veintiocho de abril (vía de regulación) al veintisiete de julio del año dos mil dieciséis conforme es de verse del Contrato de Locación de Servicios N° 002-2016-SGL de fecha veinticuatro de mayo del año dos mil dieciséis por el cual se le canceló una remuneración mensual de mil doscientos soles (S/ 1,200.00); contratación que se produjo en mérito al requerimiento realizado por la citada gerencia a través de la Carta N° 099-2016/MPL-GAT de fecha doce de mayo del año dos mil dieciséis, mediante la cual le requiere al subgerente de logística Javier Martin Bernal Bernal la “contratación de un “profesional bachiller o titulado en ing. de sistemas, ing. civil, arquitectura o afines. - Con conocimientos en ofimática. - Periodo de duración 03 meses. - Monto a pagar por honorarios s/. 1200.00”; por lo cual la mencionada subgerencia -que dependía jerárquicamente de la Gerencia de Administración y Finanzas a cargo de la acusada- a través Proveído N° 551/2016-MPL-SGL de fecha</p>

	<p>doce de mayo del año dos mil dieciséis, le requiere al Gerente de Planeamiento y Presupuesto del citado municipio, el crédito presupuestario a fin de “atender el requerimiento de contratación de personal solicitado por la Gerencia de Administración Tributaria, según el termino de referencia por el lapso de 03 meses, honorarios de S/.1,200 nuevos soles mensuales, haciendo un total de 3,600 (...)”; para lo cual adjuntó el currículum vitae de Karina Janett Cornejo Capuñay. Ante tal requerimiento el Subgerente de la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto emitió la certificación presupuestal para la contratación de servicios de KARINA JANETT CORNEJO CAPUÑAY conforme se advierte del Informe N° 0052/2016-MPL-SGP de fecha dieciséis de mayo del año dos mil dieciséis y de la certificación de crédito presupuestario N° 0716-2016 a fin de ser adjuntado al contrato a celebrarse. 5.4.- Que el actuar doloso de la acusada se puso de manifiesto con el hecho que tuvo conocimiento que se estaba contratando a su cuñada y aun así viabilizó la contratación de ésta, conforme consta del Informe N° 143/2016-MPL-SGL de fecha veinticuatro de Página 74 de 90 mayo del año dos mil dieciséis, mediante la cual la subgerencia de Logística le remitió a la acusada Merly Elizabeth Gonzales Llontop como gerente de Administración y Finanzas, el proyecto del Contrato de Locación de Servicios N° 002-2016-SC-L favor de la señora Karina Janett Cornejo Capuñay de Gonzáles para que proceda ésta última “a su revisión, visación y tramite de considerarlo conveniente”; es decir que textualmente se le consignaba el nombre de su cuñada incluso con el apellido de casada (de Gonzáles), y aun así, no lo observó por el contrario prosiguió con el trámite, visando el mencionado contrato de locación de servicios, para ser suscrito por parte del Gerente Municipal el mismo día esto es el veinticuatro de mayo del año dos mil dieciséis, pese a que con la citada proveedora la unía un vínculo de parentesco en segundo grado de afinidad, lo que constituía una prohibición expresamente establecida en el artículo 1°8 de la Ley N° 26771, que regulaba la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público en casos de parentesco, hechos que no hizo de conocimiento la acusada a fin de que el trámite de contratación no continúe, sin embargo dolosamente continuo con su accionar a fin de favorecer a un tercero, en este caso a Karina Janett Cornejo Capuñay.</p>
--	--

	<p>Siendo así se cumplen todos los elementos del tipo penal descritos en el artículo 399° del Código Penal, debido a que la acusada Merly Elizabeth Gonzales Llontop, en su calidad de funcionaria pública y en razón del cargo que ostentaba se interesó indebidamente en la contratación de una persona que tenía vinculo de afinidad en segundo grado, para lo cual ejecuto actos que no se correspondían con el rol de un funcionario o servidor público, debido a que mostraron un interés privado, ajeno al de la Administración Pública poniendo en peligro los intereses de la contratación del servicio de la entidad estatal. Consecuentemente, al haberse probado en forma objetiva y subjetiva los elementos del tipo penal, así como desvirtuado los argumentos de defensa material expresados en el plenario por la acusada Merly Elizabeth Gonzales Llontop corresponde emitir sentencia de condena a título de autor.</p> <p>En sentido la sentencia es de tipo condenatoria.</p>
Argumentos de la parte apelante	Indica la defensa que durante el juicio oral no se ha logrado determinar que su patrocinada sea responsable del delito imputado, toda vez que no existe prueba alguna de ello, incluso de las declaraciones testimoniales no se ha podido establecer que su defendida haya influenciado en la contratación de Karina Janet Cornejo Capuñay, y que no participo en ninguna etapa de la contratación CAS de su cuñada, ya que cuando llego a laborar como Gerente de Administración y Finanzas el concurso ya había concluido, y es el área de recursos humanos quien revisa el contrato.
Argumentos del ministerio público respecto de la apelación	Indica que en el presente caso la contratación de la tercera persona estaba prohibida según la Ley 26771 y su modificatoria la Ley 30294. Que la documentación luego de realizada la certificación presupuestaria se remite a la recurrente para que sea visada por ella, donde se advertía el nombre completo de su cuñada.
Argumentos del juez de segunda instancia	La sala sustenta que la sentencia en primera instancia queda debidamente establecido que doña Merly Elizabeth Gonzales Llontop tenía la calidad de funcionario público de la Municipalidad Provincial de Lambayeque, Gerente de Administración y Finanzas, y en dicha función por haber tenido que visar e incluso suscribir y dar trámite a las contrataciones de su cuñada, sin embargo ejerciendo sus

	<p>propias funciones se interesó por avalar dicha contratación visando, suscribiendo y confiriendo trámite los documentos que procuraban el beneficio indebido para su cuñada, configurándose lo establecido en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal vigente.</p>
Análisis del investigador	<p>En este caso, se ha emitido una decisión de condena en virtud a la presencia de un indicio fuerte, consistente en el hecho que la contratada era familiar (cuñada, esposa de su hermano) de la funcionaria condenada, quien se valió de su cargo de Gerente de Administración y Finanzas de la Municipalidad Provincial de Lambayeque y de su intervención directa en la operación del Estado, en este caso, de los procesos de contratación CAS y de locación de servicios.</p> <p>Se verifica también que implícitamente convergen los criterios de gravedad, defecto administrativo no subsanable, que el hecho suponga un daño inminente para la administración, proscripción de responsabilidad objetiva -por cuanto acredita el dolo al señalar que si conocía a su familiar-. En efecto, se trata de un hecho grave, al tratarse de un familiar, una causal de nepotismo, no puede ser tomada de ninguna manera como un error o defecto de índole administrativa que solo amerita una sanción de esa índole, por ende, no sería un caso de responsabilidad administrativa, sino de responsabilidad penal, pues la funcionaria condenada sabía que la persona a la que iba a contratar era su cuñada, por lo tanto, existió un interés indebido en su actuación.</p>

Ficha de análisis N°06.

Expediente:	02697-2018-63
Fecha:	22 de octubre de 2020
Materia:	Negociación Incompatible
Órgano Jurisdiccional:	Décimo Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
	<p>Contexto de contratación público: Elaboración del expediente técnico del proyecto denominado a: “Mejoramiento del servicio de agua potable y alcantarillado</p>

<p>Hechos:</p>	<p>con conexiones domiciliarias en las calles Miraflores cuadra 5 – cuadra 8, Ricardo Palma cuadra 1 – 8 y San Antonio cuadra 1 – 8 del Pueblo Joven Garcés del distrito de José Leonardo Ortiz”</p> <p>Fecha de la convocatoria:</p> <p>Entidad del Estado agraviada: Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz</p> <p>Funcionarios Públicos involucrados:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Osman Rolando Guerrero Ramírez, gerente municipal de la Municipalidad de José Leonardo Ortiz, Gerente de Desarrollo Urbano e Infraestructura de la Municipalidad de José Leonardo Ortiz • Giuliana Karina Díaz Reyes, Jefe de la Unidad Formuladora de la Municipalidad de José Leonardo Ortiz • Wilmer Alejandro Ramírez Namuche, Gerente de Desarrollo Urbano e Infraestructura a la cual le llaman la “GIDUR” • Juan José Flores Álvarez, Sub – Gerente de Infraestructura de la Municipalidad de José Leonardo Ortiz <p>Empresa o persona favorecidas: Angie Katherine Mayra Delgado, a quien se le contrató para la elaboración del expediente técnico del proyecto denominado "Mejoramiento del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado con Conexiones Domiciliarias en las Calles Miraflores C5 a la C8, Ricardo Palma CI a (a C8 y San Antonio CI a la C8 del PJ Garcés, Distrito de José Leonardo Ortiz - Chiclayo - Lambayeque, SNIP N°221326”</p> <p>Hechos:</p> <p>Los acusados Giuliana Karina Díaz Reyes, en su calidad de Jefe de la Unidad Formuladora, Juan José Flores Álvarez como Sub Gerente de Infraestructura, Wilmer Alejandro Ramírez Namuche como Gerente de Desarrollo e Infraestructura (GIDU) y Osman Rolando Guerrero Ramírez en su calidad de Gerente Municipal, todos funcionarios públicos de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, se han interesado de manera indebida en provecho de Angie Katherine Mayra Delgado, a quien se le contrató para la elaboración del expediente técnico del proyecto denominado "Mejoramiento del Servicio de Agua Potable y</p>
----------------	--

	<p>Alcantarillado con Conexiones Domiciliarias en las Calles Miraflores C5 a la C8, Ricardo Palma CI a (a C8 y San Antonio CI a la C8 del PJ Garcés, Distrito de José Leonardo Ortiz - Chiclayo - Lambayeque, SNIP N°221326”, persona que al cuatro de julio del dos mil doce (fecha de su contratación) no se encontraba inscrita en el registro nacional de proveedores necesario para contratar con el Estado y menos reunía las condiciones profesionales para realizar el citado proyecto, debido a que no tenía título profesional en la especialidad requerida. Asimismo una vez presentado el proyecto -a los dos días de su contratación- procedieron a darle la viabilidad del mismo hasta su aprobación, a pesar de que tenía inconsistencia graves en su elaboración, y en virtud a la intervención de los acusados la entidad municipal pagó la cantidad de diez mil quinientos soles (S/ 10,500.00), hecho que puso en peligro la inversión del Estado en la ejecución del citado proyecto, y que configuran el delito negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo previsto en el artículo 399° del Código Penal, debido a que todos los acusados se interesaron en forma dolosa en favorecer a Angie Katherine Mayra Delgado en contra de los intereses estatales.</p>
Argumentaos del Ministerio Público:	Se ha acreditado con prueba actuada la imputación contra la coacusada
Argumentos del Juez	<p>Se ha evidenciado el interés doloso de Giuliana Karina Díaz Reyes para favorecer a un tercero, debido a que solo tenía competencia a nivel de pre-inversión, y por ende no le correspondía solicitar la contratación de un profesional a nivel de la etapa de inversión (etapa que correspondía a la elaboración del expediente técnico del perfil antes señalado) conforme así lo señaló José Manuel Quiroz Villavicencio, al explicar el Informe de Auditoría N° 403-2016-CG/CORECHAC., quien sostuvo que “(...) respecto al porque no debía intervenir de la Unidad Formuladora, que en forma general el ciclo del proyecto de inversión pública, tiene tres fases; la fase de pre inversión, que suele estar a cargo de la Unidad Formuladora; la fase de inversión y por último la fase de post inversión, (...) que la fase de inversión comprende dos etapas a su vez, que es la elaboración de estudios definitivos o expedientes técnicos y la construcción de la infraestructura; con ello se advierte que la elaboración del expediente técnico corresponde a la fase de inversión por</p>

	<p>lo cual a la Unidad Formuladora no tenía por qué intervenir(...)); sin embargo en evidente interés para favorecer a un tercero solicitó indebidamente el tres de julio del año dos mil doce la contratación de un profesional, la cual en efecto recayó en la persona de Angie Katherine Mayra Delgado. Asimismo, éste interés que mostro en la etapa de pre inversión se vio evidenciado aún más en un acto propio de su función, pues no obstante que estableció en el estudio de pre-inversión a nivel de perfil, dos meses para la elaboración del expediente técnico de la obra; sin ninguna objeción ni observación alguna recibió el expediente técnico a los tres días posteriores a su requerimiento, conforme aparece del informe N° 001-2012/A&K-M de fecha seis de julio del año dos mil once suscrito por Angie Katherine Mayra Delgado, lo que evidencia un interés indebido en favorecer a la persona contratada para la elaboración del citado proyecto, pues dada la naturaleza del mismo resultaba imposible que en menos de dos días (después de la celebración del contrato por parte de la entidad municipal con la citada persona, el cual ocurrió el cuatro de julio del dos mil doce) se entregue el trabajo solicitado por la unidad formuladora el cual estaba proyectado para dos meses.</p> <p>Se advierte el interés doloso del acusado Juan José Flores Álvarez en provecho de Angie Katherine Mayra Delgado, en el hecho de haberla propuesto para que su contratación sin que se encuentre inscrita en el Registro de Proveedores de Servicios ni el Registro de Consultores de obras, pues conforme consta de la constancia del Registro Nacional de Proveedores expedida por el OSCE Angie Katherine Mayra Delgado con RUC 10482280892 recién a partir del diez de julio del año dos mil doce y hasta el diez de julio del año dos mil trece, se encontraba inscrita en el Registro Nacional de Proveedores; es decir que obtuvo su registro posterior a la firma del contrato. Asimismo conforme aparece de la consulta RUC, recién inicia sus actividades con fecha uno de junio del año dos mil doce es decir un mes antes a ser contratada por la entidad Municipal, siendo que además conforme consta de la fecha de autorización de SUNAT, impresa en la factura N° 001-N° 000002, recién iniciaba sus actividades el cuatro de julio del dos mil doce, hecho que no hacen más que corroborar que tramitó los citados documentos para ser presentados por la ejecución del contrato en el cual fue favorecida indebidamente.</p>
--	---

	<p>Que en efecto queda probada la intervención dolosa del acusado Wilmer Alejandro Ramírez Namuche, debido a que conforme lo señaló el profesional de Contraloría General de la República Boris Enrique Oblitas Gastelo, “(...)para elaborar un expediente técnico de una obra de saneamiento se requiere de un profesional ya sea ingeniero civil o ingeniero sanitario y estar además colegiado y habilitado por el colegio respectivo conforme a las leyes vigentes a la fecha (...)”, es decir que dada la naturaleza del perfil de la obra “Mejoramiento del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado con conexiones domiciliarias en las calles Miraflores C5 a la C8, Ricardo Palma C1 a la C8 y San Antonio C1 a la C8 del PJ Garcés, Distrito de José Leonardo Ortiz – Chiclayo – Lambayeque”; para la elaboración del expediente técnico se necesitaba la contratación de un personal calificado, situación que el acusado tenía el deber de verificar, debido a que parte de sus funciones como Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano, era velar por el cumplimiento de la Ley N° 29090-”Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones”; norma que establecía cual debería ser la especialidad del profesional que debería intervenir según el trabajo a realizar, conforme aparece del artículo 4.3 de la citada ley que señalaba, sin embargo lejos de cumplir con éste deber que el cargo le exigía y anteponiendo intereses particulares en provecho de terceros, dio trámite al Informe N° 551-2012-MDJLO-SGI, de fecha tres de julio del año dos mil doce suscrito por su sub Gerente José Flores Álvarez mediante el cual se solicitaba la contratación de A&K Multiservicios, representaba por Angie Katherine Mayra Delgado, viabilizando así la contratación de la citada persona (el cual se efectuó al cuatro de julio del año dos mil doce), quien conforme se indicó en los fundamentos 5.11 y 5.12 de la presente sentencia, no reunía las condiciones técnicas y profesionales para elaborar el expediente técnico del perfil de la obra en mención.</p> <p>asimismo, que también se evidencia un interés indebido por parte del acusado Osman Rolando Guerrero Ramírez en provecho de un tercero, debido a que a los dos días de haber suscrito indebidamente el contrato de locación de servicios, tuvo la oportunidad de controlar la gestión de calidad de las operaciones administrativas y técnicas de la municipalidad debido a que tuvo a la vista la Resolución de Alcaldía N°</p>
--	---

952-2012/MDJLO-A de fecha seis de julio del año dos mil doce, mediante la cual se resuelve aprobar el Expediente Técnico para la ejecución de la citada obra; del cual había participado en la contratación del personal para su elaboración dos días antes, sin embargo aun así le dio el visto respectivo, viabilizando el trámite del mismo sin ninguna clase de observación, pues conforme aparece del informe N° 001-2012/A&K-M este fue presentado el seis de julio de año dos mil doce a horas doce y treinta y dos de la tarde, y el mismo día, transitó por la jefatura de la Unidad Formuladora (conforme es de verse del informe 120-2012-MDJLO-GKDR/UF), transitó por la Subgerencia de Infraestructura, y Gerencia de Desarrollo Urbano e infraestructura de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz (conforme es de verse del informe N° 597-2012- MDJLO-SGI) y por la Gerencia Municipal a su cargo, para finalmente terminar en la Alcaldía, con la aprobación del expediente de contratación. Consecuentemente se evidencia su interés a favor de particulares en contra de la entidad que estaba bajo su autoridad administrativa, desvirtuándose así sus argumentos de defensa material, expresados en el plenario.

Asimismo, también se evidencia un interés indebido por parte del acusado Osman Rolando Guerrero Ramírez en provecho de un tercero, debido a que a los dos días de haber suscrito indebidamente el contrato de locación de servicios, tuvo la oportunidad de controlar la gestión de calidad de las operaciones administrativas y técnicas de la municipalidad debido a que tuvo a la vista la Resolución de Alcaldía N° 952-2012/MDJLO-A de fecha seis de julio del año dos mil doce, mediante la cual se resuelve aprobar el Expediente Técnico para la ejecución de la citada obra; del cual había participado en la contratación del personal para su elaboración dos días antes, sin embargo aun así le dio el visto respectivo, viabilizando el trámite del mismo sin ninguna clase de observación, pues conforme aparece del informe N° 001-2012/A&K-M este fue presentado el seis de julio de año dos mil doce a horas doce y treinta y dos de la tarde, y el mismo día, transitó por la jefatura de la Unidad Formuladora (conforme es de verse del informe 120-2012-MDJLO-GKDR/UF), transitó por la Subgerencia de Infraestructura, y Gerencia de Desarrollo Urbano e infraestructura de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz (conforme es de verse del informe N° 597-2012- MDJLO-SGI) y por la

	<p>Gerencia Municipal a su cargo, para finalmente terminar en la Alcaldía, con la aprobación del expediente de contratación. Consecuentemente se evidencia su interés a favor de particulares en contra de la entidad que estaba bajo su autoridad administrativa, desvirtuándose así sus argumentos de defensa material, expresados en el plenario.</p> <p>Conforme ha quedado descrito en los párrafos precedentes se presenta el interés indebido por parte de los acusados debido a que realizaron actos que no se correspondían con el rol de un funcionario o servidor público, al mostrar un interés privado, ajeno al de la Administración Pública poniendo en peligro los intereses económicos y la contratación de servicios de la entidad estatal. Por otro lado con relación al interés directo, también se puso en evidencia debido a que los acusados por razón de su cargo funcional actuaron dolosamente durante todo el proceso de contratación y dando la conformidad para el pago de un expediente técnico el cual no cumplía con la calidad técnica requerida y necesaria de acuerdo al objetivo del proyecto; mostrando así un interés propio y particular, afectando el bien jurídico protegido el cual consiste en (...) 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. 16. Consecuentemente, al haberse probado en forma objetiva y subjetiva los elementos del tipo penal y desvirtuado los argumentos de defensa material vertidos en el plenario, corresponde emitir sentencia de condena a título de autores.</p>
Argumentos de la parte apelante	<p>El abogado del sentenciado Ramírez Namuche, expone sus alegatos finales señala que el primer error que encuentra en la sentencia, radica en que se ha condenado a su patrocinado por el tipo penal de negociación incompatible por interesarse indebidamente a través de una omisión, lo cual es imposible, ya que la imputación contra su patrocinado es haber permitido que se contrate una persona que no reunía el perfil y no revisó el expediente técnico; advirtiéndose que lo que se imputa es básicamente una omisión lo que no se admite en este tipo penal.</p> <p>Señala además que el Juez ha realizado apreciaciones subjetivas, que no tienen sustento probatorio objetivo, ya que, conforme a la Casación 23-2016, el provecho propio</p>

	<p>o de tercero requiere ser materia de prueba. Tampoco se puede sostener la comisión del delito de negociación incompatible a través de infracciones administrativas.</p> <p>Motivos por los que solicita que se revoque el auto apelado y se absuelva a su patrocinado de los cargos.</p> <p>El abogado de la sentenciada Díaz Reyes, expone sus alegatos señala que los hechos han ocurrido dentro del marco de la declaratoria de emergencia a la Municipalidad de José Leonardo Ortiz en el año 2012, su patrocinada era responsable de la unidad formuladora, que es un área que no se encuentra en el ROF ni MOF de la entidad, sino que sus funciones están especificadas en la Directiva General de SNIP y son estas las funciones que deben verificarse si han sido incumplidas a efecto de imputársele el delito de negociación incompatible.</p> <p>En ese sentido, se verifica que la unidad formuladora actuaba como mesa de partes para derivar los documentos a las áreas correspondientes para su revisión y aprobación, y es así que su patrocinada emite el informe de conformidad por cumplimiento de requisitos formales, dejando constancia en dicho informe que la derivación del expediente era para su revisión en la sub gerencia de infraestructura que era el órgano correspondiente.</p> <p>El abogado del sentenciado Guerrero Ramírez, expone sus alegatos solicita que se declare nula sentencia por falta de motivación interna o razonamiento. Señala que el juzgador ha precisado que su patrocinado en su calidad de gerente municipal, según el ROF de la entidad, tenía la función de controlar la calidad de la gestión de todas las operaciones administrativas y que se interesó de manera indebida en la contratación del servicio de manera dolosa, sin verificar el expediente técnico que se presentó, privilegiando los intereses de terceros; además se le imputa no haber revisado que la contratada no se encontraba inscrita en el registro nacional de proveedores (control de la calidad de la gestión). Precisa que de lo antes señalado se evidencia que el deber de controlar que tenía su patrocinado el Juez lo materializa en una función ajena a la competencia de su patrocinado; en consecuencia, la inferencia del Juez resulta inválida.</p> <p>El abogado del sentenciado Flores Álvarez, expone sus</p>
--	---

	<p>alegatos finales: Señala que a su patrocinado se le imputa el delito en dos momentos específicos: cuando emite el informe 551-2012 dirigido al gerente de infraestructura, solicitando la contratación para realizar el expediente técnico, de lo que se advierte que su patrocinado no tenía la facultad para contratar, sino simplemente solicitar la contratación. El segundo momento es haber remitido el expediente técnico a la gerencia de infraestructura para que se proyecte la resolución de aprobación del expediente técnico, sin haber revisado dicho expediente.</p> <p>Precisa que, en este caso, el área de su patrocinado ha actuado como mesa de partes.</p>
Argumentos del no apelante	<p>Señala que el interés indebido se manifiesta con ciertos indicios, como por ejemplo la concurrencia de un solo postor, que es una situación que se presenta en este caso, otro indicio son los precios sobrevaluados o subvaluados, lo que también ocurre en el presente caso, pues cuando se realiza el perfil inicial, en la propuesta de la unidad formuladora señala un costo de más de 17 158 mil soles, sin embargo la persona que se contrató cobró diez mil quinientos soles - precio subvaluado-, evidentemente buscando que no exceda las 3 UIT, para lograr que se contrate de manera directa.</p> <p>Otro de los indicios es la inexperiencia comercial de la contratada, pues Angie Katherin Mayra Delgado, inicia su actividad el 26.06.2012 según la SUNAT, es decir que carecía de experiencia comercial y no estaba inscrita en el registro nacional de proveedores del Estado, sino que recién se escribe seis días después de haber suscrito el contrato.</p> <p>En respuesta a la defensa de Ramirez Namuce al señalar que lo que se imputa es básicamente una omisión lo que no se admite en este tipo penal; debe precisarse que dicho acusado si intervino en el proceso contratación de Angie Katherine Mayra Delgado, razón por la cual tenía el deber de verificar la calidad profesional de la citada persona conforme lo exigía su rol funcional, de allí que las trasgresiones a las normas que exigían su actuación como Gerente de Desarrollo Urbano e infraestructura de la Municipalidad Distrital de José Leonardo Ortiz, no están relacionadas con una omisión de sus actos funcionales conforme lo sostiene la defensa, pues por la forma como han ocurrido los hechos- sino reflejan un interés doloso para favorecer a un tercero, puesto que si por el título profesional de Arquitecto que señaló tener y por el grado que tenía dentro de la entidad Municipal (gerente), fácilmente pudo darse cuenta que en dos días era imposible elaborar un expediente técnico, sin embargo viabilizó el mismo en provecho de Mayra Delgado, por lo tanto su conducta configuró el delito de</p>

	negociación incompatible materia de imputación.
Sentencia de segunda instancia	<p>La sala superior indicó que quedó demostrado que la exproveedora fue contratada el mismo día que se solicitó un consultor de obra, y pese a que ella no cumplía con ese perfil. Del mismo modo, se acreditó que los S/ 10 500 que pagó la comuna por el servicio ofrecido se realizó sin que se subsanaran las deficiencias observadas al expediente.</p> <p>Por dichas causas, el colegiado resolvió confirmar la sentencia condenatoria contra los acusados, y reformar la pena impuesta en primera instancia por una de 4 años suspendida en su ejecución, en atención a los presupuestos del artículo cincuenta y siete del Código Penal vigente en la época de los hechos. Los sentenciados deberán pagar una reparación civil por S/ 40 500.</p>
Análisis del investigador	<p>Los delitos contra la administración pública, sobre todo los cometidos en el marco de las contrataciones públicas son delitos cometidos en forma clandestina o subrepticia, de manera que es de especial dificultad lograr su probanza bajo la premisa de la prueba directa, puesto que lo que se logra recabar es indicios, que posibilitan arribar a una conclusión de un hecho directamente relevante -hecho indiciado, presunto o consecuencia, y en base a estos formar prueba indiciaria.</p> <p>Es así que, en el presente caso, el juez ha emitido una sentencia condenatoria, y la tesis inculpativa del Fiscal ha logrado ser confirmada. Para ello el juez, teniendo a su alcance la prueba indiciaria ofrecida por el Fiscal ha entrado a analizar el elemento normativo del tipo determinante en el delito de Negociación Incompatible, cual es el interés indebido, verificando el juez que favorecieron la contratación de una persona que no reunía los requisitos necesarios, esto es superpusieron su interés particular por sobre el interés público y quebrantaron su rol específico, en este caso contratar al profesional idóneo según los requisitos exigidos en las bases para dicha operación. Se aprecian implícitamente también los criterios de gravedad, defecto administrativo no subsanable, daño inminente para la administración y proscripción de responsabilidad objetiva.</p>

Ficha de análisis N°07.

Expediente:	1959-2016-65
Fecha:	9 de abril de 2018
Materia:	Negociación Incompatible
Órgano Jurisdiccional:	Décimo Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque
Hechos:	<p>Contexto de contratación pública: Pago de bonificación a trabajadores</p> <p>Entidad del Estado agraviada: Hospital Regional Docente Las Mercedes de la ciudad de Chiclayo</p> <p>Funcionarios Públicos involucrados: Jorge Luis Barrientos López, Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica del Hospital Regional Docente Las Mercedes Chiclayo</p> <p>Empresa o persona favorecidas: Leonardo Vélchez Juárez</p> <p>Hechos: Imputa al acusado Jorge Luis Barrientos López que en su calidad de Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica del Hospital Regional Docente Las Mercedes Chiclayo, mediante Oficio N° 134-2012-GR/LAM.GERESA, de fecha trece de noviembre del año dos mil doce mostró un interés indebido al haber dispuesto que se proceda con el trámite correspondiente para que la entidad cumpla con cancelar al trabajador Leonardo Vélchez Juárez la bonificación deferencial mensual del treinta por ciento de la remuneración mensual más devengados e interés legales, conforme lo ordenado judicialmente mediante mandato judicial contenido en la resolución número doce de fecha diez de octubre del año indicado, sentencia recaída en el expediente número 02118-2011 emitida por la Sala Mixta Transitoria de Chiclayo, sin que el proceso judicial haya adquirido la calidad de cosa juzgada, razón por la cual la entidad demandada le canceló al trabajador Vélchez Juárez mediante Resolución Directoral número 992-2012, de fecha veintiocho de diciembre del año indicado, la suma de treinta y seis mil trescientos sesenta y siete soles con nueve céntimos (S/. 36,367.09), asimismo indicó que igual situación ocurrió con respecto a la trabajadora Juana Rosa Benítez Alcántara mediante el cual el acusado mediante el oficio mencionado también dispuso la continuación del trámite</p>

	<p>de pago del treinta por ciento de la remuneración mensual a favor de dicha trabajadora más el pago de devengados e intereses legales conforme lo ordenado judicialmente en la resolución número once de fecha diecinueve de julio del año dos mil doce, emitida por la Sala Mixta Transitoria de Chiclayo en el expediente 1839-2011, sin que el proceso judicial haya adquirido la calidad de cosa juzgada, razón por la cual la entidad demandada Hospital Las Mercedes canceló mediante Resolución Directoral Página 3 de 19 número 992-2012, de fecha veintiocho de diciembre del año indicado, el devengado ascendente a treinta y siete mil ochocientos treinta y cuatro soles cincuenta y siete céntimos (S/. 37,834.57), precisó que conforme a la imputación concreta que se ha expuesto la Fiscalía consideró que dichos hechos se subsumen en el tipo penal de negociación incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal, artículo vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos postulando la Fiscalía cuatro años de pena privativa de la libertad e inhabilitación por el mismo término conforme los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal.</p>
Argumentos del Ministerio Público:	<p>Ministerio Público solicitó se apruebe la conclusión anticipada el juicio acuerdo al que se ha arribado con el acuerdo respecto a la aceptación del cargo y de la pena.</p>
Argumentos del Juez	<p>-En el presente caso el acusado ha reconocido que en calidad de jefe de la unidad de asesoría jurídica del Hospital Regional Docente Las Mercedes de Chiclayo, tuvo un interés indebido al emitir el oficio N° 134-2012- GR/LAMB.GERESA-L-HRDLMCH de fecha 13 de diciembre del 2012, opinando que la entidad cumpla con cancelar a los trabajadores Leonardo Vílchez Juárez y Juana Rosa Benítez Alcántara la bonificación diferencial del 30% de la remuneración mensual, devengados e intereses legales, ordenados mediante mandatos judiciales, sin que los procesos judiciales hayan adquirido la calidad de cosa juzgada.</p> <p>-Al respecto, corresponde indicar que en el delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal, exige para la configuración el a) interesarse de manera directa; la misma que se cumple en el presente caso</p>

	<p>debido a que el acusado Jorge Luis Barrientos López, en calidad de asesor legal emitió personal y directamente un informe necesario y en sentido favorable a Leonardo Vílchez Juárez y Juana Rosa Benites Alcántara para el pago de dinero proveniente de mandato judicial, no obstante, que las resoluciones judiciales no estaban consentidas, dándole apariencia de legalidad al mismo b) Provecho propio o de tercero, dado el interés que aceptó tener al emitir el informe, se evidencia el provecho a favor Leonardo Vílchez Juárez y Juana Rosa Benites Alcántara, c) la operación como objeto del hecho punible, la cual también se ha configurado, debido a que el oficio N° 134-2012-GR/LAMB.GERESA-LHRDLMCH de fecha 13 de diciembre del 2012, emitido por su persona es un acto unilateral con contenido económico que puso en peligro el patrimonio de la institución; y c) la vinculación funcional, debido a que por el cargo que tenía-Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica-, su opinión era determinante para efectuar el pago, infringiendo deberes específicos que debió observar en la operación que realizaba en representación del Estado, por lo que al haber aceptado el acusado los cargos por este delito, previa explicación de sus consecuencias jurídicas por el órgano jurisdiccional y consulta con su abogado defensor, el control en este aspecto resulta positivo.</p> <p>Acepta el pedido de conclusión anticipada y condena al acusado.</p>
Análisis del investigador	<p>En este caso, se aprecia que el juicio finaliza con una sentencia de conformidad a raíz de la aprobación del acuerdo de conclusión anticipada realizada entre el Ministerio Público, en donde acepta los cargos y la pena, en donde el juez al realizar el control de legalidad – tipicidad del hecho, considera que se cumplen todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, Ya que se manifestó un interés directo e indebido, pues en su condición de asesor legal del señalado nosocomio emitió un informe favorable para que se les pague bonificaciones a trabajadores, sin estar aún firmes las sentencias que así lo ordenan, ello en provecho a los terceros beneficiados. Aceptando el dolo con el que habría actuado el acusado.</p>

ANEXO 03

ANEXO 04

ANEXO 05

ANEXO 06

ANEXO 07

ANEXO 08

ANEXO 09

ANEXO 10