



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS:

**LA PRUEBA DEL DOLO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN
INCOMPATIBLE**

ASESOR:

JOSÉ MARÍA BALCAZAR ZELADA

PRESENTADO POR:

OBREGÓN FERNÁNDEZ, ROMMEL MANUEL

PARA OPTAR

GRADO DE ABOGADO

LAMBAYEQUE, 2018

Tesis denominada “La prueba del dolo en el delito de negociación incompatible”, presentada para optar el TITULO DE ABOGADO, por:
Rommel Manuel Obregón Fernández

.....
BACHILLER
Rommel Manuel Obregón Fernández

.....
ASESOR
José María Balcazar Zelada

APROBADO POR:

.....
PRESIDENTE
José Ezequiel Chavarry Correa

.....
MIEMBRO
Ricardo Ponte Durango

.....
VOCAL
Lupercio Córdova Romero

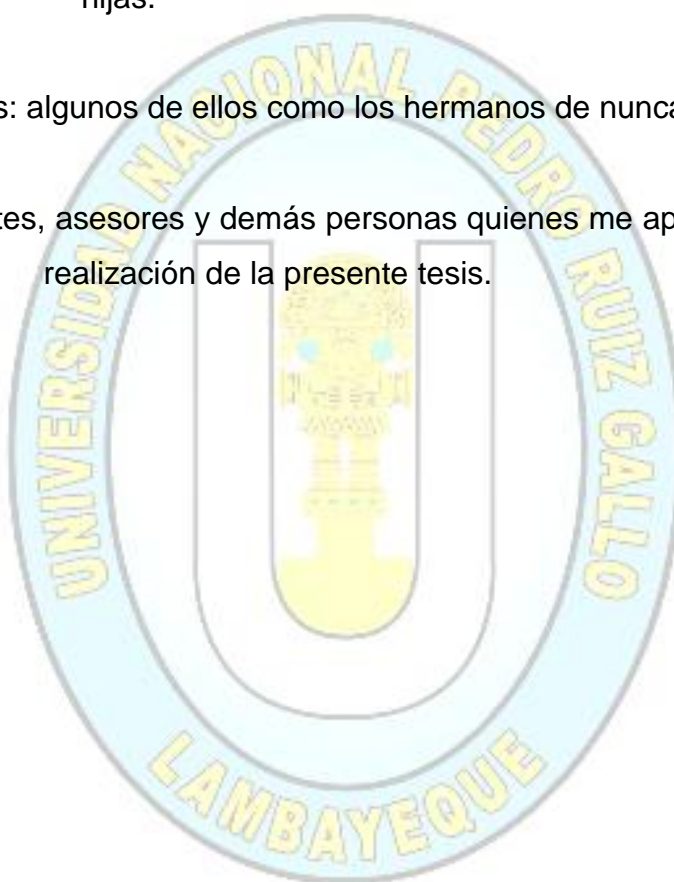
DEDICATORIA

A mis padres: Manuela Fernández y Luis Antonio Obregón, quienes me apoyaron incondicionalmente.

A mis hermanas: Ángela Patricia y Cris Korayma, quienes son como mis hijas.

A mis amigos: algunos de ellos como los hermanos de nunca tuve.

A mis docentes, asesores y demás personas quienes me apoyaron en la realización de la presente tesis.



AGRADECIMIENTO



Nunca puedes realizar un proyecto sin en apoyo de las personas que están dispuestas a ayudarte y aconsejarte, por lo que agradezco infinitamente a todos los que contribuyeron con sus ideas y críticas constructivas para realización de la presente tesis.

DISPERSIÓN TEMÁTICA

1. Introducción.....	14
-----------------------------	-----------

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. Realidad problemática.....	16
1.1. Planteamiento del problema.....	16
1.2. Formulación del problema.....	21
1.3. Justificación e importancia del estudio.....	21
1.3.1 Justificación.....	21
1.3.2. Importancia.....	24
1.4. Objetivos.....	26
1.4.1. Objetivos generales.....	26
1.4.2. Objetivos específicos.....	26
1.5. Hipótesis.....	27
1.6. Variables.....	27
1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	27

1.7.1. Métodos.....	27
1.7.1.1. Métodos generales.....	27
1.7.1.2. Métodos específicos.....	30
1.7.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	31
1.7.3. Instrumentos.....	32

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

Parte I

El delito de negociación incompatible

1. Consideraciones generales.....	34
1.1 El objeto de protección penal en el delito de negociación incompatible.....	36
2. El bien jurídicamente protegido.....	41
2.1. El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública.....	43
2.2. El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible.....	45
2.3. Toma de posición sobre el jurídico protegido en el delito de negociación incompatible.....	49
3. Aspecto objetivo.....	53

3.1. Autoría y participación en el delito de negociación incompatible.....	53
3.2. El delito de negociación incompatible como delito especial propio.....	54
3.3. Teoría de infracción del deber	56
3.4. Teoría de infracción de competencia institucional.....	58
3.5. Aspectos problemáticos.....	60
3.6 Toma de posición.....	63
4. Comportamientos típicos.....	65
4.1. El verbo rector de interesarse.....	65
4.2. ¿Cómo se determina el interés indebido?.....	66
4.3. El interés debe ser indebido.....	68
4.4. Tipos de intereses indebidos.....	70
4.4.1. De manera directa.....	70
4.4.2. De manera indirecta.....	72
4.4.3. Mediante acto simulado.....	73
4.4.4. La dirección del interés: contrato u operación.....	74
4.4.5. El interesarse por razones de su cargo.....	76
5. Aspecto subjetivo.....	79
6. Consumación y tentativa.....	81
6.1. Consumación.....	81
6.2. Tentativa.....	83

Parte II

La prueba en el proceso penal

1. Introducción.....	85
2. La prueba.....	86
2.1. Objeto de la prueba.....	90
2.2. Los medios de prueba.....	91
2.3. Etapa de la prueba dentro del proceso penal.....	92
3. Prueba indiciaria.....	96
3.1. Introducción.....	96
3.2. Marco Legal.....	97
3.3. Nociones generales.....	98
3.4. Presunción de inocencia y actividad probatoria.....	102
3.5. Requisitos mínimos para utilizar la prueba indiciaria.....	104

Parte III

El dolo y su problema probatorio

1. Introducción.....	108
2. Imputación subjetiva.....	111
3. Dolo.....	113
3.1. Concepto tradicional del dolo.....	113
3.2. Discusión sobre el contenido del dolo.....	115
3.3. El aspecto tradicional de la teoría volitiva.....	116
3.4. Criterios para determinar el dolo según las teorías volitivas....	120
3.5. Defensa de la teoría volitiva.....	124
3.6. Teoría cognoscitiva: una alternativa para probar el dolo.....	128
4. Toma de posición.....	132
4.1. La atribución normativa del dolo.....	135
4.2. Criterios con los que se podría probar el dolo.....	136

CAPÍTULO III

ANÁLISIS Y RESULTADOS

1. La prueba del dolo en el delito de negociación incompatible: análisis jurisprudencial.....	139
1.1. Sala Penal Permanente R.N.N 661- 2009- Lima.....	140
- Análisis jurisprudencial.....	144
1.2. Sala Penal Permanente R.N.N 982- 2009- Tacna.....	145
- Análisis jurisprudencial.....	147
1.3. Sala Penal Transitoria R.N N. 3422- 2013 – Loreto.....	148
- Análisis jurisprudencial.....	153
1.4. Sala Penal Transitoria R.N.N. 2641- 2011- Lambayeque.....	155
- Análisis jurisprudencial.....	160
1.5. Sala Penal Transitoria R. N. N. 3365- 2013- Loreto.....	160
- Análisis jurisprudencial.....	163
1.6. Sala Penal Transitoria R.N.N 4259- 2008- Tumbes.....	164
- Análisis jurisprudencial.....	166
1.7. Sala Penal Permanente R.N.N 001352- 2005- Ica.....	167
- Análisis jurisprudencial.....	169
1.8. Sala Penal Transitoria R.N.N 1298- 2013- Lima.....	170
- Análisis jurisprudencial.....	174
1.9. Sala Penal Permanente R.N.N 4766- 2001- Puno.....	175
- Análisis jurisprudencial.....	177
1.10. Sala penal permanente, Casación 841- 2015- Ayacucho.....	178
- Análisis jurisprudencial.....	187

CONCLUSIONES.....	189
RECOMENDACIONES.....	192
BIBLIOGRAFÍA.....	193



RESUMEN

La presente investigación trata de buscar una solución al problema de poder probar el aspecto subjetivo (dolo) en el delito de negociación incompatible, toda vez que, la jurisprudencia no ha llegado a un consenso sobre cómo poder acreditar el interés indebido por parte de los funcionarios públicos, quienes actuando en razón de su cargo, llegan a interesarse indebidamente en un contrato u operación que realiza el Estado.

Al principio de la presente investigación, he desarrollado los aspectos esenciales del delito de negociación incompatible, posteriormente, realicé un estudio general sobre la prueba dentro de un proceso penal.

Así mismo, también realicé un estudio sobre el dolo, donde llegué a concluir que los elementos esenciales que lo configuran, son aquellos que lo propone la teoría cognitiva. Gracias a ello, pude plantear una serie de criterios propuestos por el profesor Ragués, con la finalidad de poder acreditar el dolo en el delito de negociación incompatible, llegando a utilizarlos mediante un análisis jurisprudencial.

Finalmente, después de haber realizado dicho análisis llegué a la conclusión de que dichos criterios resultan siendo válidos para poder acreditar el dolo en el delito de negociación incompatible, sin embargo, dejó aún abierto el debate ante el lector.

ABSTRAC

The present investigation attempts to look for a solution to the problem of being able to prove the subjective aspect (fraud) in the crime of incompatible negotiation, since, jurisprudence has not reached a consensus on how to prove the undue interest on the part of the officials public who, acting by reason of their position become unduly interested in a contract or operation performed by the State.

At the beginning of the present investigation I developed the essential aspects of the crime incompatible negotiation, later, I made a general study about the evidence within a criminal process.

Furthermore, I have also performed a study about fraud, which led me to conclude that the essential elements that configure it are those that are proposed by cognitive theory. Thanks to this study, I was able to put forth a series of criteria, proposed by professor Ragués, with the purpose of being able to prove the fraud in the crime of incompatible negotiation, as well as being able to use these criteria through a jurisprudential analysis.

Finally, after having completed this analysis I was able to reach the conclusion that these criteria are valid when use to prove the presence of fraud in the crime of incompatible negotiation, however, I still open the debate before the reader.

1. Introducción

El delito de negociación incompatible se genera a partir de las contrataciones u operaciones que realiza el Estado con los particulares, donde malos funcionarios, aprovechándose de las prerrogativas que le otorga su función pública, utilizan ese poder para beneficiarse de manera indebida, al realizar contratos u operaciones con particulares, con el subsecuente perjuicio de la institución pública a la cual representa.

Una de las particularidades del delito de negociación incompatible, resulta siendo el de tener que acreditar que el imputado cometió dicho delito, puesto que el verbo rector de la norma del artículo °399 del código penal “interés indebido” tiene el carácter de ser muy subjetivo. La presente tesis realiza un estudio sobre el aspecto doloso del tipo penal, con la finalidad de establecer cómo poder llegar a probar el dolo en el delito de negociación incompatible, sin tener que vulnerar el debido proceso en el imputado, específicamente el de su presunción de inocencia.

En ese sentido, para desarrollar este trabajo se hizo un rastreo bibliográfico y jurisprudencial sobre el delito de negociación incompatible, su aspecto procesal y los aspectos esenciales del dolo, donde se realizó una búsqueda exhaustiva en las principales bibliotecas universitarias de las facultades de Derecho de la región de Lambayeque, en las bases de datos, en centros de investigación de la ciudad y en el internet.

Además de libros y revistas, en la selección y utilización de las fuentes que aportaron información pertinente sobre los temas enunciados, se tuvieron

en cuenta los trabajos internacionales y la normatividad nacional que ayudan a conocer los avances realizados con respecto al tema tratado en la presente tesis.

En cuanto a la estructura del trabajo de investigación, esta consta de tres capítulos, las cuales contiene las siguientes informaciones:

Capítulo I Aspectos metodológicos: donde se desarrolla, el planteamiento y la importancia del problema, así como la justificación de la investigación, la formulación de los objetivos, hipótesis y variables; respecto a la metodología, involucra: el tipo y diseño de investigación, método de investigación, el plan de recolección de la información, técnicas e instrumentos de la investigación.

Seguidamente, el **Capítulo II, El marco teórico:** donde se realiza un estudio detallado sobre el delito de negociación incompatible, estableciendo claramente sobre sus principales aspectos, y en qué supuestos solo se puede llegar a configurar, así mismo, también se toma en consideración el aspecto procesal de la prueba, y sobre el problema probatorio del dolo, donde he tomado una posición a favor de establecer criterios de prueba para determinar el dolo, siguiendo la doctrina moderna.

En el capítulo III, referido al análisis de la información. A través de la identificación y análisis de las resoluciones jurisprudenciales (casuística nacional) sobre el delito de negociación incompatible, he llegado a aplicar criterios de prueba del dolo otorgados por la doctrina, donde verifiqué que realmente se puede establecer el dolo en el delito de negociación incompatible, a través de ellos.

CAPITULO I

MARCO METODOLÓGICO

1. Realidad problemática

1.1 Planteamiento del problema

Actualmente la corrupción en nuestro país viene debilitando nuestras instituciones democráticas, creando desconfianza en el ciudadano de a pie, generando un mayor conflicto como sociedad, que cada día desconfía más en sus autoridades e instituciones estatales. Tal es así, que el 71% de los peruanos cree que en los últimos 5 años la corrupción en el país ha venido incrementándose¹. Hoy en día existen casos tan sonados como los sobornos de la constructora brasileña, las investigaciones a ex presidentes, las sanciones penales a gobernadores regionales, entre otros; que han creado la necesidad de poder buscar un mayor estudio en el ámbito jurídico sobre cómo se debe realizar de forma más adecuada la investigación y sanción a las personas implicadas en este tipo de delitos, siendo que el ámbito en donde ocurren mayores actos de corrupción es en las contrataciones públicas.

Al respecto, cabe destacar a una de las sanciones penales que se encuentra en el tipo penal del delito de negociación incompatible, tipificada en el artículo 399 del Código Penal, que sanciona aquellos funcionarios que se interesan indebidamente en contrataciones y operaciones por parte del

¹ Decima encuesta nacional sobre corrupción realizada por Proética. Publicada en septiembre de 2017. Ver en línea en: <http://www.proetica.org.pe/?q=content/encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupci%C3%B3n>

Estado en la que intervienen los funcionarios públicos por razón de su cargo.

Bajo ese contexto, al realizar un análisis jurisprudencial, sobre cómo la judicatura ha sancionado a diversos funcionarios públicos por este delito en particular, **se puede apreciar que en la mayoría de las sentencias a nivel nacional los jueces han utilizado la prueba indiciaria para acreditar aspectos objetivos del tipo penal del delito de negociación incompatible; sin embargo, poco o nada se ha tomado en cuenta el aspecto subjetivo de este tipo penal, como es la parte dolosa**, por lo que resulta de necesidad su estudio, análisis y acreditación en cada caso en concreto con la finalidad de que se desvirtué de manera suficiente la presunción de inocencia y a su vez poder crear una verdadera certeza por parte del Juez acerca de que realmente el imputado ha actuado dolosamente, criterio imprescindible para la configuración de este delito.

A continuación citaré y realizaré una breve crítica a manera de ejemplo, a las siguientes tres sentencias que reflejan que el colegiado basó su razonamiento en criterios solo objetivos del tipo penal de negociación incompatible:

a) Sala Penal Transitoria R. N. N° 1378- 2013- Loreto

(...)

“Por ello, este Supremo Tribunal (sic) estima que el recurrente, como funcionario de la Municipalidad de Maynas, indebidamente en forma directa, por haber variado el tenor de su informe sobre el cambio de producto lácteo (de negativo a positivo) evidenció su interés, en provecho del Consorcio Kiara-Inducer (...).”

Se puede apreciar que, colegiado tomó en cuenta que el imputado había realizado actos en los cuales sin sustento alguno había favorecido a una determinada empresa, y que esto evidenciaba su actuar en favor de esta (criterio objetivo <<interés>>); sin embargo, no se llegó a establecer el

criterio subjetivo <<dolo del imputado>>, que hubiese asegurado que en realidad este actuó con conocimiento de que al realizar dichos actos administrativos no solo estaría incumpliendo normas administrativas, sino también normas penales.

b) Sala Penal Permanente R.N.N 5083- 2008 – Cusco

(...)

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

Como puede verificarse, el colegiado señala que, para su configuración del delito de negociación incompatible, se debe tener en cuenta criterios objetivos, como es el interés en el contrato u operación que interviene como funcionario público; sin embargo, no se aprecia que el colegiado haya realizado un estudio sobre el aspecto subjetivo del dolo, y mucho menos, si en realidad el actuar del imputado actuó dolosamente.

c) Sala Penal Transitoria, Casación N.º 628- 2017 - Puno

(...)

“Que para la configuración del citado ilícito penal, no basta, la realización de acciones contrarias a la normativa administrativa que rige el contrato u operación, sino que es necesario que ese interés constituya un peligro concreto para el correcto funcionamiento de la Administración Pública y no como uno de peligro abstracto, que solo implicaría que se configure la conducta con el solo “interés”, sin tomar en cuenta el elemento <<en provecho de tercero>> (...).”

En este último caso, se puede apreciar que el colegiado sólo analizó la infracción administrativa, y si realmente la entidad sufrió algún perjuicio económico; sin embargo, no se pone bajo análisis si realmente existió la conducta dolosa de los imputados.

Como puede apreciarse, al hacer un somero estudio de estas tres sentencias, se pueden comprobar severas deficiencias, donde se omite tomar en cuenta si realmente los investigados actuaron con conocimiento **(dolo)** de que su actuar representaba un ilícito penal. Los operadores jurídicos no demuestran con criterios objetivos la existencia del tipo subjetivo doloso.

Es decir, ¿cómo podemos realmente determinar si existe un delito dentro de las funciones administrativas de los funcionarios públicos, o si solo ocurrió alguna infracción que solo alcanza a sanciones meramente administrativas, al no concurrir la figura del dolo en sentido jurídico-penal para la configuración del delito de negociación incompatible?

Resulta de imperiosa necesidad resolver esta interrogante, puesto que al encontramos en un Estado Democrático de Derecho, surge la obligación por parte del Estado a respetar la presunción de inocencia del imputado. Por lo que, a fin de quebrar realmente esta presunción de inocencia, es

necesario que no solo se utilice la prueba indiciaria para acreditar el aspecto objetivo del tipo penal; sino que, también se desarrolle criterios para acreditar el aspecto subjetivo, como es la probanza del dolo.

Por otro lado, también al realizar un análisis doctrinario, es poco el estudio por parte de diversos autores con respecto a este ámbito subjetivo de probar el dolo, particularmente en el delito de negociación incompatible. Tal es así, que al revisar las publicaciones sobre los delitos de corrupción de funcionarios (particularmente sobre el delito de negociación incompatible), del Dr. Salinas Siccha², el Dr. Manuel Abanto Vásquez³, el Dr. Fidel Rojas Vargas⁴ y el Dr. Luis Castillo Alva⁵, quienes han realizado un estudio exhaustivo sobre este delitos de corrupción de funcionarios, se puede advertir que no han desarrollado de la forma más adecuada cómo realmente se debería aplicar la prueba del dolo dentro del delito de negociación incompatible.

En ese sentido, se debe establecer que existe un problema sobre el poco estudio que se ha venido realizando sobre qué tipos de elementos se deben establecer a fin de poder acreditar el dolo en el proceso penal del delito de negociación incompatible. Siendo de necesidad a fin de poder otorgar una verdadera motivación sobre la acreditación de una verdadera actitud dolosa del investigado, y así, salvaguardar su derecho al debido proceso dentro del procesal penal.

² SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2014, pág. 606.

³ ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. 2da edición. Palestra editores. Lima, 2003, pág. 516.

⁴ ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos*. 2ª edición. Nomos y Themis, Lima, 2017, pág., 350.

⁵ CASTILLO ALVA, José. *El Delito de Negociación incompatible*. Instituto Pacifico, Lima 2015, pág. 101.

1.2. Formulación del problema

¿Se deben exigir por medio de la prueba indiciaria el establecimiento criterios objetivos para probar la existencia del dolo en los procesos penales por el delito de negociación incompatible?

1.3. Justificación e importancia del estudio

1.3.1. Justificación

El trabajo de investigación que pretendo realizar, encuentra su justificación en la necesidad que requiere el estudio sobre cómo determinar el tipo subjetivo del dolo en el delito de negociación incompatible, es decir, la elaboración de herramientas basadas en criterios teóricos o doctrinales que puedan ser utilizados en el campo práctico, esto es, en los casos reales que se ventilen judicialmente. En otras palabras, se debe buscar determinar realmente la existencia del dolo en el imputado en los procesos penales por el delito de negociación incompatible.

Ahora bien, es necesario establecer que la presente investigación también llega a justificarse a nivel fáctico, legal, teórico y doctrinario, por las siguientes razones:

Justificación fáctica.-

En la actualidad los problemas de corrupción de funcionarios se han desbordado de manera exagerada, puesto que en la mayoría de los casos los representantes de las instituciones públicas que cuenta con facultades para poder contratar a empresas privadas para la realización de una obra, generalmente buscan favorecer a empresas que le benefician económicamente. Tal ejemplo lo podemos encontrar a nivel local, como es el caso del ex alcalde de la Municipalidad de Chiclayo, Roberto Torres, quien creó su propio sistema para direccionar obras de envergadura en Chiclayo con el único fin de obtener beneficios económicos de las empresas que se adjudicaban la buena pro.

De ahí podemos entender que el delito de negociación incompatible, necesita ser dotado de herramientas necesarias para poder imputarse el dolo de manera necesaria a aquellos malos funcionarios, que tratan de evadir las sanciones penales al señalar que solo infringieron normas administrativas y no penales.

Justificación legal.-

El artículo del Código Penal que se llegará a estudiar es el consagrado en el artículo N° 399, el cual señala lo siguiente:

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

Al respecto podemos señalar que dicha norma penal tiene como verbo rector el “interesarse”, lo cual, resulta para la praxis procesal un problema de poder determinar en qué momento el funcionario se interesa de manera indebida en un contrato u operación con el Estado.

De manera objetiva se puede acudir a pruebas directas e indirectas que determinen ese interés indebido; sin embargo, para que los jueces puedan realizar una mayor motivación de sus sentencias y no se llegue a sancionar por irregularidades administrativas a aquellos actos que resultan dolosos y sancionados penalmente, es imperativo que también se realice un estudio de aspecto subjetivo de este tipo penal.

Ahí es donde podemos encontrar la justificación del estudio que pretendo realizar, puesto que, al terminar mi investigación, se llegará a proponer criterios que ayuden a establecer en qué momento se llega determinar el

dolo en el delito de negociación incompatible, dando un mayor contenido a la interpretación de la norma contenida en el artículo N° 399.

Justificación teórica.-

Actualmente existen diferentes teorías que explican el concepto el dolo, como es la teoría volitiva y la teoría cognoscitiva, los cuales cada una trata de establecer en qué momento surge el dolo en el sujeto imputable, por otro lado, el delito de negociación incompatible para su configuración es necesario que se configure tanto el aspecto objetivo como subjetivo, este último aún no ha encontrado mucho desarrollo teórico.

La presente investigación justifica su estudio, puesto que, tratar de desarrollar una teoría que resulte adecuada para explicar el dolo, su determinación, y cómo se puede llegar a probar en el delito de negociación incompatible, toda vez que no existe un desarrollo adecuado del aspecto subjetivo del dolo en el delito de negociación incompatible, y mucho menos, su probanza a nivel teórico.

Justificación doctrinaria.-

La doctrina actualmente ha tratado de desarrollar criterios que puedan probar el dolo dentro de un proceso penal, como bien lo han venido desarrollando el profesor Ramón Ragués I valles, Wiliam Quiroz Salazar, Gustavo Gonzales Solano, entre otros; así mismo, el profesor Luis Castillo Alva también propone la creación de criterios para establecer la probanza del delito de negociación incompatible dentro de un proceso penal.

No obstante a ello, la doctrina no ha desarrollado una propuesta clara con respecto a lo difícil de cómo probar el dolo (aspecto subjetivo) en el delito de negociación incompatible, puesto que este delito resulta teniendo el verbo rector de “interesarse”, lo cual, desde ahí se puede verificar que resulta siendo muy subjetivo.

Por lo que este trabajo justifica investigación en tratar de encontrar la propuesta por parte de la doctrina que sea la más aceptable para llegar a acreditar el dolo, para posteriormente, se pueda aplicar dichos criterios que determinen la acreditación del dolo en el delito de negociación incompatible.

1.3.2. Importancia

Podemos verificar que la presente investigación sustenta su importancia por el contexto actual en el que se encuentra nuestro país, donde los noticieros se llenan de portadas que reflejan a los grandes políticos y empresarios involucrados en actos de corrupción; y que dicha situación no hace más que crear en el ciudadano de a pie una desconfianza en el sistema democrático.

Bajo ese contexto, resulta importante por parte de los investigadores del Derecho, el de buscar una solución para combatir y sancionar a los sujetos que se ven involucrados en actos de corrupción. Por lo que el presente trabajo busca enfocarse dentro del plano de corrupción de funcionarios públicos, específicamente en el aspecto de las contrataciones públicas, por lo que el tipo penal del delito de negociación incompatible sería el eje central e imprescindible de la investigación que se desea realizar.

En ese sentido, al buscar estas herramientas necesarias que le sirvan a los operadores jurídicos para que puedan sancionar a los imputados, bajo los parámetros de poder llegar a establecer que realmente existió dolo en el imputado; es que resulta importante realizar una investigación consensuada como la que se propone realizar en el presente proyecto de tesis.

Por otro lado, cabe resaltar que esta investigación también repercutirá en otros aspectos de la sociedad, y su difusión y aplicación no hará más que traer las siguientes consecuencias:

En el aspecto académico. -

En el plano académico introducirá un tema de estudio que hasta hoy en día no se ha tomado mayor consideración, generando un nuevo debate sobre la unidad entre el concepto del dolo y su verdadera aplicación en la práctica jurídica, trayendo como debate nuevas propuestas en las facultades de Derecho a nivel nacional, siendo una de ellas, la unidad entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal penal.

En el aspecto teórico. -

En el aspecto teórico, el presente proyecto busca brindar una propuesta para poder dar solución al déficit que tienen los jueces al sentenciar o absolver a investigados por delitos de basados en el tipo penal de negociación incompatible, donde, generalmente, no se ha tomado en cuenta el aspecto doloso. Generando nuevas teorías para que puedan ser tomadas en cuenta al motivar las resoluciones judiciales, dando una mayor solidez en los argumentos jurídicos y despejando de más allá de toda duda razonable que el juzgador no ha basado sus sentencias en meros prejuicios sobre los imputados.

En el aspecto práctico- judicial.-

Al otorgar los Instrumentos idóneos para aplicar la teoría del caso en las diferentes situaciones que se presenten para los operadores jurídicos, esta situación no creará más que seguridad jurídica con respecto a que el imputado pueda realmente ser sancionado adecuadamente por el Derecho Penal, sin dejar en la duda, que su actuar no solo infringió normas administrativas del buen manejo de la administración pública, sino que también, pueda realmente verificarse que se aplicó de forma correcta la pena.

En el aspecto social.-

Al respecto, se puede afirmar que el ciudadano al poder verificar que los operadores jurídicos actúan de manera uniforme en las decisiones que toman los jueces, no harán más que crear una mayor confianza en el sistema judicial; así mismo, con respecto a los funcionarios públicos, (procesados o no), también tendrán la confianza de que su actuación administrativa tiene un límite perfectamente señalado entre una mera sanción administrativa, y las sanciones penales.

En el aspecto económico. -

La repercusión económica que tendría el presente trabajo de investigación, es que si se encuentran las respuestas adecuadas al planteamiento del problema que se presenta en el proyecto de tesis, el sistema judicial al aplicarlo en la realidad, este disminuirá sus gastos operativos con respecto a lo largo y enmarañado de procesos penales que se llevan a cabo por los delitos cometidos por funcionarios públicos; ya que existirá certeza de que los jueces de primera instancia han motivado de manera adecuada su sentencias y que la parte resolutive no generará mayor discusión en el ámbito jurídico.

1.4. Objetivos:

1.4.1. Objetivo general:

- Demostrar la eficacia de la utilización de criterios objetivos por medio de la prueba indiciaria para probar la presencia del dolo en los procesos penales por el delito de negociación incompatible.

1.4.2. Objetivos específicos:

- Determinar cuáles son los elementos objetivos y subjetivos del delito de negociación incompatible.

- Establecer los conceptos elementales sobre la estructura del delito de negociación incompatible y su ámbito doloso.
- Desarrollar los criterios que permitan demostrar la actividad dolosa en el funcionario público a fin de establecer el delito de negociación incompatible.

1.5. Hipótesis

Efectivamente se debe exigir por medio de la prueba indiciaria los criterios objetivos para probar la existencia del dolo en los procesos penales por el delito negociación incompatible.

1.6. Variables

1.6.1. Variable independiente: Criterios objetivos de prueba

1.6.2. Variable dependiente: Existencia del dolo.

1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.7.1. Métodos

1.7.1.1. Métodos generales

El Método Inductivo

El método inductivo o *inductivismo* es aquel método científico que obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares. “Se trata del método científico más usual, en el que pueden distinguirse cuatro pasos esenciales: la observación de los hechos para su registro; la clasificación y el estudio de estos hechos; la derivación inductiva que parte de los hechos y permite llegar a una generalización; y la contrastación”⁶.

⁶ El método inductivo. En: <https://definicion.de/metodo-inductivo/> Recuperado el 21 de enero de 2018.

Esto supone que, “tras una primera etapa de observación, análisis y clasificación de los hechos, se logra postular una hipótesis que brinda una solución al problema planteado. Una forma de llevar a cabo el método inductivo es proponer, mediante diversas observaciones de los sucesos u objetos en estado natural, una conclusión que resulte general para todos los eventos de la misma clase”⁷.

En el presente proyecto de tesis se desea utilizar el método inductivo, puesto que en principio se realizará un análisis de la realidad jurídica procesal de diferentes sentencias y se determinará en qué supuestos de hecho ocurre vacíos sobre la debida prueba del dolo en el delito de negociación incompatible, dicho análisis se realizará caso por caso en particular, a fin de establecer conclusiones generales sobre cómo establecen los operadores jurídicos la probanza del dolo en este tipo de delitos.

De esta forma se podrá llegar a conocer de manera adecuada el verdadero alcance del problema que se plantea y cómo se está desarrollando en la realidad procesal.

El Método Deductivo

“El método deductivo es una estrategia de razonamiento empleada para deducir conclusiones lógicas a partir de una serie de premisas o principios. En este sentido, es un proceso de pensamiento que va de lo general (leyes o principios) a lo particular (fenómenos o hechos concretos). Según el método deductivo, la conclusión se halla dentro de las propias premisas referidas o, dicho de otro modo, la conclusión es consecuencia de estas”⁸.

La presente tesis desarrollará todas las instituciones del Derecho Penal y procesal penal que tengan relación con el tema a tratar acerca del

⁷ Ídem.

⁸ El método deductivo. En: <https://www.significados.com/metodo-deductivo/> Recuperado el 21 de enero de 2018.

planteamiento del problema, con la finalidad de poder deducir los conceptos necesarios y generales en torno a todos los elementos que lo compone.

Con posterioridad, todo lo ya recopilado y sistematizado nos servirá de utilidad a fin de analizar de manera adecuada una serie de casos en concreto donde ocurre el problema que se plantea.

Todo esto con la finalidad de poder utilizar criterios generales (premisas mayores) a fin de que puedan ser utilizados en cada caso en concreto.

El Método Dialéctico

El método dialéctico tiene su origen en la antigüedad griega. En la modernidad es tratado por Marx, Engels, Lenin y otros; los mismos que determinan sus caracteres generales, que constituyen una síntesis de su desarrollo histórico. Su esencia está determinada por las fuentes teóricas y científicas y por las categorías fundamentales del movimiento, del espacio y del tiempo.

La palabra dialéctica procede del griego *dialegomai*, que significa diálogo, conversación, polémica. Era la manera de llegar a la verdad mediante la discusión y la lucha de opiniones, tratando de descubrir contradicciones en las argumentaciones del interlocutor.

Dicho método se toma en cuenta cuando busquemos posiciones distintas sobre las posibles soluciones que se han venido planteando a fin de resolver el planteamiento del problema, como, por ejemplo: si por un lado se va tomar una posición del dolo cognitivo o si también es necesario tomar en cuenta la posición del dolo cognitivo y volitivo.

De este modo, al realizar un contraste entre distintas posiciones se podrá fortalecer la posición que tomemos en el cuerpo de la tesis y a las conclusiones a las que arribemos al sentar nuestra posición sobre la solución al planteamiento del problema.

El Método Histórico

El método histórico se entiende como el “conjunto de técnicas, métodos y procedimientos usados por los historiadores para investigar sucesos pasados relevantes para las sociedades humanas⁹. Esa metodología tiene por objeto la elaboración de la historiografía (o producción historiográfica).

Dicho método se utilizará al revisar las sentencias que se han venido realizando por parte de la Corte Suprema de la República desde un aproximado de 18 en adelante, con respecto a sus resoluciones judiciales emitidas en última instancia.

1.7.1.2. Métodos específicos

El método exegetico

Siendo el método exegetico un método básico y rudimentario para el estudio de las normas¹⁰. En el presente proyecto se tomará en cuenta este tipo de método a fin de poder comentar de forma básica las normas que regulan el delito de negociación incompatible; todo esto con la finalidad de conocer los elementos necesarios de cada norma, y posteriormente, darle una apreciación crítica.

En ese sentido, de ser necesario, se podría proponer el agregar nuevos elementos a la norma del delito de negociación incompatible, a fin de cumplir con el principio de legalidad y darle una mayor efectividad a la norma penal a fin de que se cumplan con mayor efectividad los supuestos normativos a fin de determinar si realmente se configura el delito de negociación incompatible.

⁹ El método Histórico. En Wikipedia. Recuperado el 21 de enero de 2018 de: https://es.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9todo_hist%C3%B3rico

¹⁰ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. 4ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pág. 110.

El método dogmático.

El objetivo del método dogmático es esencialmente formal, ya que solo se ocupa de la “interpretación del derecho objetivo”¹¹. Dichas interpretaciones, para el presente proyecto de tesis se recopilará de diferentes autores que han desarrollado distintas interpretaciones sobre el delito de negociación incompatible, así mismo, también se tomará en cuenta las posibles soluciones que han propuesto a fin de darle la solución que se plantea en el presente proyecto de tesis.

Con esto se buscará contrastar ideas, realizar una crítica y sentar una posición por alguna de ellas; todo esto con el objetivo de poder dar un mayor argumento a las conclusiones que se pretenden tomar.

Cabe resaltar que también se tomará en cuenta no solo la doctrina nacional, sino que también la internacional, a fin de poder recopilar nuevas ideas y poder compararla con la doctrina nacional.

1.7.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Técnicas

Las técnicas deben ser seleccionadas teniendo en cuenta lo que se investiga. Ejemplo:

Análisis documental

Este tipo de trabajo se conoce como trabajo de escritorio o gabinete, ya que se desarrolla mediante “la selección de documentos, como, por ejemplo: libros impresos o electrónicos, artículos impresos o electrónicos, artículos

¹¹ Ibídem, pág. 112.

de periódicos confiables, tesis de maestría, informes de investigación (...)"¹².

Dicho de este modo, esta técnica será utilizada en la mayoría de veces si se promueve la realización del presente proyecto de tesis, ya que todo el proceso se basa en el estudio de las diversas fuentes escritas y en su posterior análisis, tanto en su aspecto externo como es el registro de datos, y el interno como es análisis del contenido de los diferentes libros, revistas, artículos, etc.

1.7.3. Instrumentos.

Los instrumentos son los medios auxiliares para recoger y registrar los datos obtenidos a través de las técnicas.

Lectura

Resulta ser el eje físico más elemental con el que pueda contar para poder realizar la investigación, puesto que, a través de ello, podemos realizar las diferentes interpretaciones sobre los diferentes conceptos sobre el estudio que se pretende realizar.

El resaltado

Con la finalidad de tomar en cuenta las ideas más importantes de alguna lectura el resalto resulta siendo indispensable a fin de poder sistematizar de la manera adecuada los conceptos más importantes a fin de poder llegar a la interpretación más adecuada de alguna institución jurídica.

¹² PALACIOS VILELA, Jesús Josefa; ROMERO DELGADO, Hugo Eusebio; ÑAUPAS PAITÁN, Hunberto. *Metodología de la investigación científica. Una brújula para investigar en ciencias jurídicas y redactar tesis*. Editorial Grijley, Lima, 2016, pág, 377.

Fichaje

También resulta fundamental a fin de poder tener un banco sobre las fuentes de las cuales estamos utilizando¹³, ya que son un registro de todos los datos que se van a utilizar en el proyecto de tesis.

El internet

Como herramienta auxiliar e indispensable a la vez, el internet será de ayuda en todo momento a fin de poder esclarecer algunas cuestiones que se puedan plantear mediante el desarrollo del proyecto de tesis que se pretende realizar.



¹³ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. 4ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pág., 195.

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

Parte I

El delito de negociación incompatible

Artículo 399° del Código Penal

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

1. Consideraciones generales

Es necesario señalar que la razón de la sanción de este tipo penal y de la mayoría de delitos de corrupción de funcionarios, es por la necesidad de proteger el interés general en la administración pública, garantizando los derechos e intereses de los administrados con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general¹⁴.

¹⁴ BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERLE, Leonardo. *Delito de corrupción de funcionarios*. Gaceta Jurídica, pág, 77. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/263344810/Corrupcion-de-Funcionarios>

El delito de negociación incompatible es aquel que se encuentra ubicado dentro del Código Penal, específicamente en la sección IV de los delitos de corrupción de funcionarios.¹⁵ Sin embargo, el doctor Castillo Alva¹⁶, señala que este delito debe tener una ubicación sistemática distinta¹⁷, junto con los delitos de colusión, patrocínio ilegal y otras figuras delictivas que forman parte del catálogo de delitos que comprende la afectación en los procesos de contratación estatal.

En ese sentido, coincido con dichos autores sobre el hecho que los principales objetivos de la presente tesis es buscar una mejor solución a los principales problemas que existe en las contrataciones estatales y las afectaciones a su correcto funcionamiento, por lo que ubicar el delito de negociación incompatible dentro de este tipo de delitos podría mejorar su tratamiento penal.

Por otro lado, cabe resaltar lo manifestado el Doctor Castillo Alva¹⁸, al señalar que, si bien es cierto, la literalidad de la norma nos señala que el interés jurídico debe dirigirse hacia un negocio jurídico (que de forma particular es de interés privado del funcionario público) este solo sirve de un “*marco contextual referencial de la conducta típica*”, pero esto no se trata del fundamento material del injusto, sino que se trata del aprovechamiento indebido del cargo.

Así mismo, cabe destacar la particularidad de este tipo de delito, y su discutido “adelantamiento de punibilidad”¹⁹, por ser un delito de peligro no

¹⁵ REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocínio ilegal*. Edit. Lex y Iuris. Lima, 2016, pág. 13.

¹⁶ *Ibíd*em, pág. 14.

¹⁷ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico. Lima, 2015, pág. 14.

¹⁸ *Ibíd*em, pág. 15.

¹⁹ BALCAZAR ZELADA, José María. *Ontología de delitos contra la administración pública*. s/d, pág. 323.

se exige la acreditación de fraude entre los agentes públicos y los particulares, y, la producción de un perjuicio efectivo al Estado. En esa misma referencia, también coincide el doctor James Reátegui²⁰ al señalar que algunos autores manifiestan que el delito de negociación incompatible rompe con todas las garantías del Derecho Penal de mínima intervención²¹.

Dicho estos conceptos generales, durante el desarrollo de la presente tesis, podremos realizar precisiones que nos ayuden entender de manera más específica dicho delito en el presente capítulo, así como tomar una postura adecuada con respecto a este tipo de delitos.

1.1. El objeto de protección penal en el delito de negociación incompatible

Es necesario determinar qué es lo que realmente protege la norma consagrada en el artículo 399 del Código Penal. Si realmente estamos ante la protección de un bien jurídico, o si nos encontramos ante la protección de la vigencia de una norma, como bien lo señala el doctor Gunter Jakobs.

En ese sentido, se abordará estas dos teorías y se determinará cual es la más idónea para el fundamento de la punición del delito de negociación incompatible, puesto que nos servirá a fin de poder tomar la posición más adecuada y poder encaminarnos con la teoría más pertinente en el siguiente capítulo.

²⁰ REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal*. Edit. Lex y Iuris. Lima, 2016, pág. 16.

²¹ El doctor Sotomayor Acosta, Juan Oberto, en su artículo jurídico electrónico "Consideraciones políticas criminales y dogmáticos sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos" señala que, "(...) en este tipo de delitos solo reproducen meras infracciones de deberes legales y reglamentarios, por lo demás regulados por ilícitos administrativos (...)".

Ahora bien, si partimos desde la teoría de bien jurídico, podemos señalar que este concepto surge en los comienzos del siglo XIX de la mano del pensamiento ilustrado como un límite al legislador a la hora de criminalizar conductas²². A partir de ahí, se comenzó a establecer que sólo sería legítima aquella norma destinada a proteger bienes jurídicos. Ello descarta la posibilidad de cualquier tipo de sanción respecto de pensamientos o comportamientos que no dañen a otro. Esto una idea que tiende a la reducción del Derecho penal²³.

Sin embargo; existen cuestionamientos sobre capacidad del concepto de bien jurídico a los efectos de limitar el poder punitivo, y eficacia en la protección de los bienes. Dicho cuestionamiento lo ha realizado el profesor Gunter Jakobs, donde nos manifiesta que el Derecho Penal no tiene como función la protección de bienes jurídicos, sino la de reafirmar la vigencia de la norma, explica dicho profesor que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos de manera general, sino que más bien busca protegerlos de ciertos ataques, ya que los bienes jurídicos pueden ser destruidos por distintos sucesos que no importan al derecho penal, inclusive pueden ser destruidos por la voluntad de su propio propietario del bien jurídico; es decir, el bien aparece exclusivamente cuando existe esa pretensión del titular de que éste sea respetado. Precizando de este modo lo siguiente:

(...)

“Desde el punto de vista del derecho penal el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada; y es que cualquier otra cosa sería muy extraña: ¿cómo podría representarse el derecho en cuanto estructura

²² KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”. En: *Revista Lecciones y Ensayos* N° 86. Universidad de Argentina, Argentina, 2009, pág. 7. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

²³ *Ibíd.*, pág. 8.

de la relación entre personas, es decir, el derecho como espíritu normativo, en un objeto físico? (...) ²⁴

Por otro lado, el profesor Gunter Jakobs también hace una crítica hacia los bienes jurídicos desde la perspectiva de los “deberes en instituciones especiales”, donde para la presente tesis resulta de importancia, puesto que el autor señala que cuando ocurre delitos cometidos por funcionarios públicos no estaría ocurriendo una lesión a un bien jurídico determinado, sino que más bien lo que realmente ocurriría es que está incumpliendo su rol en la sociedad:

(...)

“Como funcionario, padre, madre, tutor, administrador de bienes, etc., tiene el cometido de realizar una institución, y por ello la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para tales infracciones de deber. Un policía que da una paliza a un ciudadano lesiona la salud de su víctima; esto se puede denominar, ciertamente, lesión de un bien jurídico. Pero la infracción de su rol específicamente como policía no queda designado de este modo, en todo caso, no de manera adecuada; materialmente se trata de una infracción del deber especial de participar en la realización de una policía íntegra (...) ²⁵

El profesor nos precisa que, en los delitos cometidos por funcionarios el sujeto activo no puede lesionar un bien jurídico, por la sencilla razón de que el bien jurídico no existe aún, sino que él, en todo caso, tiene a su

²⁴ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en: *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 43.

²⁵ *Ibíd*em, pág. 44.

cargo su creación. Claro ejemplo, que nos señala es sobre el Juez que comete el delito de prevaricato:

(...)

*“Cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación “correcta administración de justicia”, **sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir**. Si se quiere, esto aún puede ser relacionado con la teoría de los bienes jurídicos, diciendo que el juez habría dejado de participar, en contra de su deber, en la constitución del bien jurídico “correcta administración de justicia”; sin embargo, ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? embargo, con toda certeza es más adecuada a la materia la formulación de que el juez ha abandonado su rol (...)” (el subrayado es nuestro)*

En conclusión, puedo señalar que existen tipos penales que sancionan única y exclusivamente “la defraudación del rol asignado”. Por otro lado, también puede haber lesiones de bienes jurídicos que no pueden ser imputados al autor puesto que estos en algunos casos este se encontraba dentro de su rol que le asigna la sociedad, y, lo que siempre se castiga es su abandono a ese rol.

Ahora bien, desde mi criterio, coincido con la posición del Doctor Gunter Jakobs en el sentido de que el Derecho Penal no siempre protege a los bienes jurídicos; sin embargo, esto no sustentaría su tesis sobre la teoría de la “vigencia de la norma” propuesta por este autor; si no que más bien, esto sucede por el carácter de “última ratio” del Derecho Penal que no protege todo tipo de bien jurídico, ya que si existe otros instrumentos

de igual satisfacción para poder proteger estos bienes jurídicos no es de necesidad tener que utilizar el Derecho Penal²⁶.

Por otro lado, si me refiero al argumento de que los deberes institucionales es lo que realmente protege el Derecho Penal y no el bien jurídico, ya que este no fue lesionado sino más bien no fue creado, como bien lo pone como ejemplo del profesor Gunter Jakobs, al afirmar que:

*Cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación "correcta administración de justicia", **sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir** (...)*

Sin embargo esto no es de recibo, puesto de que sí existe un bien jurídico que siempre está vigente y que se refleja con la lealtad del funcionario con la administración pública de siempre proteger los intereses del Estado.

Por último, la teoría de protección de Bienes Jurídicos hasta la actualidad resulta siendo la más efectiva al momento de limitar el poder punitivo del Estado frente al ciudadano, quien es el que sufre en última instancia las consecuencias de las sanciones penales²⁷.

Por lo que para la presente tesis podría llegarse a la conclusión de que la teoría de bienes jurídicos resulta siendo la más adecuada y, será la que se utilice a fin de poder explicar el objeto de protección en el delito de negociación incompatible.

²⁶ VILLEGAS PAIVA, Elky. "Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales". Edit. Astrea. s/d. pág. 15. <https://es.scribd.com/document/60485863/Los-Bienes-Juridicos-Colectivos-en-El-Derecho-Penal>

²⁷ KIERSZENBAUM, Mariano. "El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual". En: *Revista Lecciones y Ensayos* N° 86. Universidad de Argentina, Argentina, 2009, pág. 18. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaci.es/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

2. Bien jurídicamente protegido

Antes de poder tomar una posición con respecto al bien jurídicamente protegido dentro del delito de negociación incompatible, es necesario señalar que, en la actualidad aún existen discrepancias sobre el verdadero bien jurídico que enmarca dicho tipo penal, por lo que resulta de importancia realizar un estudio consensuado a fin de establecer el ámbito de protección de dicha norma.

Así las cosas, en primer lugar, me referiré al concepto sobre el bien jurídico, que nos servirá para enmarcarnos sobre dicho objeto de protección penal dentro del delito de negociación incompatible.

En ese sentido, en principio se señala, por ejemplo, que el bien jurídicamente protegido es *“(...) todas aquellas situaciones o valores que el legislador quiera proteger, prácticamente todo delito, es decir, toda amenaza de pena referida a un comportamiento determinado, protegerá un bien jurídico que será lisa y llanamente la finalidad perseguida por el legislador.”*²⁸

Por otro lado, el Dr. Muñoz Conde nos señala que *“(...) La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan "bienes" y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el derecho, "bienes jurídicos". Siendo estos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social”*²⁹.

²⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Manual del Derecho Penal, Parte General*. Edit. Temis, Bogotá, 1996, pág. 9.

²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición. Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2001, pág. 90.

El doctor Raúl Zaffaroni³⁰, nos da una perspectiva más clara desde el ámbito constitucional, donde nos manifiesta (en referencia a bienes jurídicos) que: “(...) éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. En esos ámbitos se trata de bienes jurídicos tutelados (por la respectiva norma que lo manifiesta (...))”

En ese mismo sentido el doctor Claus Roxin, también nos habla sobre bienes jurídicos desde una perspectiva constitucional, cuando nos señala que bienes jurídicos son: “(...) circunstancias dadas o finalidades constitucionales que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”³¹.

Ahora bien, dada estas apreciaciones puedo dar una noción general que nos pueda ayudar a tener un concepto claro, para poder señalar que bien jurídico son aquellos bienes o valores que son útiles para la convivencia social, y el desarrollo del hombre en su entorno social. En ese sentido, dichos bienes apuntan a fines constitucionales, y del derecho internacional, pero que pueden ser cambiados conforme evoluciona la sociedad. Cabe señalar que estos bienes deben ser de utilidad para la sociedad, puesto que no se puede dar valor a bienes jurídicos que no tienen importancia (por ejemplo, la moralidad) y que no vulneran derechos alguno de otras personas.

³⁰ ZAFFARONI, Raúl, ALIAGA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal parte general*. 2ª edición, edit. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2002, pág. 483.

³¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Tomo I. 2ª edición. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1997, pág. 55.

2.1 El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

Siendo más específico sobre el bien jurídicamente protegido dentro de los delitos contra la administración pública, cabe resaltar lo manifestado por el doctor Balcázar Zelada, al afirmar que:

“(…)

*No se protege a la Administración con mayúscula, esto es, como organización (ni su “prestigio” o su “dignidad”, como todavía se lee en algunas ocasiones), sino a la Administración con minúscula, **en sentido funcional**, como instrumento al servicio de los ciudadanos. Por este motivo el título en comento no sólo se tipifica conductas realizadas por autoridades, funcionarios y personas que colaboran con la Administración en el ejercicio de las funciones públicas, sino que también se recogen algunas llevadas a cabo por particulares”.*

En ese mismo sentido, coinciden Mori Guimaray, Novoa Curich, y Torres Pachas, cuando señala que se protege a la administración pública en **sentido funcional**, es decir, respecto de los objetivos constitucionales que a través de ella se persiguen. “(…) *Con esta definición, debería descartarse al patrimonio o a la “gestión eficaz”, como bienes jurídicos protegidos, pues, por un lado, el patrimonio del Estado se protege como el de cualquier otro ciudadano, y, por otro lado, **el Derecho Penal atiende a la eficiencia en la administración** de los recursos del Estado, antes que a su simple eficacia*”³².

³² MORI GUIMARAY, Erick; NOVOA CURICH, Yvana; TORRES PACHAS, David. *Manual Sobre Delitos Contra La Administración Pública*. 1ª edición. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre, 2015, pág, 36. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%ABblica.pdf>

Así, debemos entender que el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública es el “correcto y regular funcionamiento de la administración pública” debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales³³

Dicha posición también ha sido recogida por el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema, según el acuerdo plenario N° 1-2010/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010 (Fundamento 14), donde se manifiesta que:

*“(…) no todos los delitos comprendidos allí [capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales] tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o **sólo con el correcto funcionamiento de la administración pública** (…)”*

Por lo tanto, se debe establecer que en el presente delito se protege el correcto y regular funcionamiento de la administración pública; sin embargo, dentro del delito de negociación incompatible aún existe discrepancias, por lo que se analizará de manera más consensuada a fin de determinar de manera más clara ¿Cuál es el bien jurídico tutelado dentro del delito de negociación incompatible?

³³ Ídem. Cabe señalar que dicha posición también es compartida por el Dr. Salinas Siccha al señalar que: *Se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común.* Ver en: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2014, pág. 5.

2.2 El bien jurídico protegido dentro del delito de negociación incompatible

Actualmente no existe un consenso unitario sobre cuál es el verdadero bien jurídico protegido dentro del delito de negociación incompatible, por lo que en la presente tesis trataremos de delimitar dicho concepto, y cuál es su verdadero ámbito de protección penal. **Recuérdese que sólo si sabemos qué protegemos, podremos pasar a preguntarnos de qué y cómo lo hacemos.**

a. El bien jurídico del delito de negociación incompatible como un bien jurídico colectivo

Al principio el Derecho Penal era clásico; caracterizado por el individualismo, la legalidad estricta, el predominio de bienes jurídicos individuales y mayormente se regulaban los delitos de lesión; por su parte, el Derecho Penal moderno se caracterizaría por el anti individualismo, la importancia de lo social, la flexibilización del principio de legalidad a partir del uso de normas penales en blanco y tipos penales cuya base parte del Derecho Administrativo y la proliferación de bienes jurídicos supraindividuales y la tipificación de los delitos de peligro³⁴.

El Estado asistencial, entonces, reconoce la existencia de bienes jurídicos individuales, pero al mismo tiempo, entiende que existen bienes jurídicos colectivos que no están por encima del individuo, sino que responden a sus necesidades. A partir de la diferencia entre bienes jurídicos individuales y

³⁴ GRECO, L., "Existem criterios para a postulacao de bens jurídicos colectivos", en: *Revista de concorrência e regulação*, Ano II, Números 7/8, Año II, julio – diciembre, 2012, pág. 350. Citado por DIAZ CASTILLO, Ingrid. *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis para obtener el grado de Doctor. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2016, pág. 146. Disponible en: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131865/1/DDPG_DiazCastilloI_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf

colectivos se empieza a gestar la diferencia entre el llamado Derecho Penal clásico y el Derecho Penal moderno³⁵.

Así las cosas, podemos señalar que los bienes jurídicos que protegen las normas referidas a los delitos contra la administración pública, también son bienes jurídicos colectivos, ya que reflejan un interés en común de toda la sociedad para proteger el buen manejo de la administración pública en beneficio de la sociedad.

Sin embargo, existe en la actualidad una crítica hacia los bienes jurídicos colectivos, puesto de que se señala que estos no deberían ser protegidos por el Derecho Penal, ya que son un adelantamiento a las normas punitivas, por ejemplo, si hablamos de delitos contra la administración pública, puede que las infracciones cometidas por funcionarios públicos no deben ser sancionables penalmente puesto que de esto se encarga el Derecho Administrativo, esta cuestión también es señalada por el profesor Elky Villegas, cuando nos manifiesta que:

(...)

“En la doctrina penal se viene discutiendo intensamente sobre la legalidad de estos últimos bienes jurídicos, toda vez que cierto sector doctrinal considera que estos intereses constituyen una clara muestra del carácter expansionista –injustificado– del Derecho Penal, lo que provoca un abandono del núcleo del Derecho Penal mínimo y una ruptura con los principios de mínima intervención y ultima ratio, hecho que se ha convertido en una característica predominante del derecho penal contemporáneo (...)”³⁶.

³⁵ DIAZ CASTILLO, Ingrid. *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis para obtener el grado de Doctor. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2016, pág. 145. Disponible en: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131865/1/DDPG_DiazCastillo_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf

³⁶ VILLEGAS PAIVA, Elky. “Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses

Precisa el profesor, de que la protección a los bienes jurídicos colectivos es criticada por la doctrina, ya que son excesivamente vagos y ambiguos, y difíciles de conceptualizar³⁷. Dicho problema sobre penalizar los bienes jurídicos colectivos por ser términos muy amplios y ambiguos sucede también con el delito de negociación incompatible, como lo señalado por el doctor Soto Mayor Acosta³⁸, quien critica severamente a las sanciones penales que ocurren en los delitos contra la administración pública:

“(...) por la vía de la interpretación del bien jurídico protegido está teniendo lugar una ampliación de las conductas penalmente relevantes, hasta el punto que hoy por hoy resulta casi imposible distinguir las infracciones que pertenecen a la esfera del derecho penal de aquellas que permanecen o deben permanecer en el campo del derecho administrativo sancionador”.

Se podría señalar que tal apreciación también fue recogida por la jurisprudencia, puesto que, trata de ser más rígida al señalar en qué momento realmente ocurre el delito de negociación incompatible, esto en concordancia con la reciente casación N° 231- 2017- Puno, que trata sobre dicho tipo penal³⁹, donde nos señala que tal delito *“(...)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 (...)”*⁴⁰.

En ese sentido, podemos verificar que existe una severa crítica a los bienes jurídicos colectivos, puesto de que resultan siendo ambiguos y vagos, además que, como ocurre en los delitos contra la administración pública en

macrosociales”. Edit. Astrea. s/d. pág. 8. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/60485863/Los-Bienes-Juridicos-Colectivos-en-El-Derecho-Penal>

³⁷ Ídem.

³⁸ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. “Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos”. s/d. pág. 3. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_15.pdf

³⁹ Casación de la Segunda Sala Penal N° 231- 2017-Puno.

⁴⁰ El subrayado es nuestro.

la mayoría de los casos también estarían vulnerando el principio de lesividad y de mínima intervención del derecho penal, por lo que se debe determinar si realmente debe haber una necesidad de una pena en los bienes jurídicos colectivos.

b. Necesidad de una pena en los bienes jurídicos colectivos

Desde mi posición considero que los bienes jurídicos colectivos deberían ser protegidos penalmente, puesto que, si bien es cierto, puede haber un adelantamiento penal al sancionar actos que también son reprochables desde el Derecho Civil o administrativo, como ocurre en los procedimientos administrativos sancionadores; sin embargo, es necesario poder verificar, si estos instrumentos del ordenamiento jurídico llegan a ser eficaces a fin de combatir el mal manejo por parte de la función pública y la corrupción de funcionarios, claro ejemplo podría plantearse desde la perspectiva de la realidad nacional.

Es decir, si verificamos los instrumentos sancionadores que tiene la administración pública, podemos visualizar que en el contexto actual la función pública ha sido envuelta por la corrupción, por lo que es de necesidad poder darle una mayor protección por parte del Derecho Penal, tal como lo ha señalado el doctor Elky Villegas, al manifestar que:

“(…) la necesidad y oportunidad de proteger penalmente un bien jurídico no proviene de su naturaleza individual o colectiva sino de su esencial importancia para la sociedad, de que todos los demás medios de control social hayan fallado en este objetivo, y por supuesto de la compatibilidad de su tutela penal con lo establecido en la Constitución”.

Por otro lado, si me refiero a la vaguedad o ambigüedad de los conceptos sobre bienes jurídicos, podemos señalar que en realidad esto pasa por conceptualizar de la forma más adecuada el concepto de bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública.

Así las cosas, si verificamos el caso en concreto en el delito de negociación incompatible, es necesario establecer cuál es el verdadero concepto de bien jurídico que en realidad se está protegiendo puesto que en la actualidad existe mucha confusión al respecto.

2.3. Toma de posición sobre el jurídico protegido en el delito de negociación incompatible

En la actualidad todavía no se ha llegado a conceptualizar de manera adecuada el bien jurídico protegido dentro de la norma penal del delito de negociación incompatible, puesto de que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen un concepto errado sobre dicho bien jurídico. Por ello, empezaremos a señalar conceptos de diversos autores a fin de poder dar una apreciación crítica y tomar una posición coherente al respecto.

En ese sentido, el doctor Fidel Rojas Vargas al mencionar que: *“el bien jurídico específico afectado por el comportamiento del sujeto público vinculado, es la imparcialidad⁴¹ y objetividad (profesionalismo) que exige el desempeño funcional (...)”⁴²*

Por su parte el doctor Abanto Vásquez, nos señala el bien jurídico protegido es: *“(…) El correcto funcionamiento de la administración pública a través de la violación de la imparcialidad⁴³ que debe guiar sus actuaciones cuando tenga en un contrato u operación económica representando intereses de la administración pública⁴⁴”.*

⁴¹ El subrayado es nuestro.

⁴² ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos*. 2a edición. Nomos y Themis, Lima, 2017, pag. 349.

⁴³ El subrayado es nuestro.

⁴⁴ ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. 2da edición. Palestra editores. Lima, 2003, pág. 506.

En esa misma línea, el doctor Guimaray Mori, nos señala que:

(...)

“El bien jurídico genérico de los delitos de corrupción definido anteriormente es el correcto o normal⁴⁵ funcionamiento de la administración pública. Pero el bien jurídico específicamente protegido en el delito de negociación incompatible es la objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado (...)”⁴⁶.

Así mismo la jurisprudencia, también ha señalado que:

“El bien jurídico que se pretende tutelar subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal⁴⁷ funcionamiento de la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público) que anteponen sus intereses a la de ella (...)”⁴⁸.

“El delito de negociación incompatible es uno que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración pública, por lo que basta con la inobservancia de la imparcialidad⁴⁹ requerida por la norma penal (...)”⁵⁰.

Mencionados dichos conceptos, puedo manifestar que existen distintas formas de otorgarle un significado al bien jurídicamente protegido; sin

⁴⁵ El subrayado es nuestro.

⁴⁶ GUIMARAY MORI, Erick. “Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible”. En: *Boletín Informativo Mensual*, N° 39, pág. 11. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/BOLETIN-JULIO.pdf>

⁴⁷ El subrayado es nuestro.

⁴⁸ Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el expediente 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, Expedida por la sala de la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁴⁹ El subrayado es nuestro.

⁵⁰ Ejecutoria suprema del R. N° N° 2068- 2012 del 19 de abril de 2013 de la Sala Penal Transitoria.

embargo, son dos palabras que mayormente se repiten y son las he venido subrayando. Estos dos conceptos son: *el “normal” e “imparcial” funcionamiento en la Administración Pública*, dichas palabras han sido consideradas por la doctrina y jurisprudencia de forma mayoritaria.

Sin embargo, el doctor Castillo Alva acertadamente señala que dichos conceptos estarían errados cuando se trata de conceptualizar el bien jurídicamente protegido en el delito de negociación incompatible, ya que, si nos vamos a los hechos, podemos verificar que:

Si me refiero sobre el “normal” funcionamiento de la Administración Pública, podemos señalar que: cuando un funcionario contrata con los particulares, puede que ocurra, por ejemplo, que éste se interese indebidamente en una contratación determinada, puede que esa contratación sea la más adecuada, cumpliendo con un normal funcionamiento de la Administración Pública, sin embargo, ya habría un interés indebido en la contratación pública, por lo que pese al “normal” funcionamiento de la administración pública el delito se habría cometido.

Por otro lado, si me refiero al concepto “imparcial” podemos señalar que este concepto también resulta errado, puesto que un funcionario siempre puede ser imparcial, pero siempre protegiendo el interés del Estado, es decir, el funcionario público no debe ser un agente estático mientras ocurre un proceso de contratación pública, sino que, este debe tomar un determinado interés, pero, siempre velando por el interés del Estado.

Así las cosas, es necesario establecer un verdadero concepto sobre dicho bien jurídico a fin de poder darle un adecuado contenido para la presente tesis, por lo que tomaré una posición siguiendo lo propuesto por el doctor Castillo Alva al señalar que:

“(…) El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es la transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios de su cargo cada vez que intervienen en los contratos en nombre y/o representación del Estado (…)”

Considero que este concepto sobre bien jurídico debe ser el más adecuado, salvo que, el lector tenga una apreciación distinta que pueda darle un contenido diverso; sin embargo, puedo señalar que a fin de poder darle una correcta protección a dicho bien jurídico utilizando términos como “transparencia”, “exclusiva promoción de los intereses públicos” podría darse una adecuada persecución penal de aquellos funcionarios que bajo la opacidad de un bien jurídico con conceptos vagos o ambiguos se escude y quede impune de sus actos que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública, y más aún, si tenemos en cuenta el contexto actual en el que nos encontramos, donde la corrupción de funcionarios está fuertemente incrustado en las instituciones del Estado, y su persecutoriedad ha venido en total fracaso.

3. Aspecto objetivo

Es necesario señalar que la estructura del tipo penal del delito de negociación incompatible presenta una serie de elementos que lo configuran, por lo que es necesario realizar un estudio de cada uno de ellos, como se realizarán a continuación:

3.1. Autoría y participación en el delito de negociación incompatible

En el delito de negociación incompatible se entiende que la intervención del agente en la celebración de actos jurídicos es por **razón de su cargo** que desempeña al interior de la administración pública, siendo esto determinado por cierto grupo de agentes que reúnen determinadas características⁵¹.

Pero, antes de poder determinar la autoría y la participación en este tipo penal, es necesario poder ubicarla, por lo que en primer lugar se debe establecer quienes son autores y partícipes en este tipo penal.

Ahora bien, según la principal teoría que explica cuándo surge la autoría y participación en un hecho delictivo (teoría del dominio del hecho)⁵², autor es aquel quien se presenta como señor de un hecho: <<autor es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho, pero no es señor sobre el hecho>>⁵³; sin embargo, para el presente delito bajo

⁵¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3a edición. Grijley, Lima, 2014, pág. 566.

⁵² No es casual que la teoría del dominio del hecho lograra imponerse rápidamente como postura dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas, incluso hasta nuestros días, al punto de identificarse usualmente la autoría con el dominio del hecho. Ver en: CARO JOHN, José. *Algunas consideraciones sobre el delito de infracción del deber*. Universidad de Friburgo, Suiza, 2003, pág. 3. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf

⁵³ La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Ver: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública: La teoría de infracción del deber en la jurisprudencia peruana*. s/d.

análisis, podemos advertir que este se encuentra ubicado dentro de un delito especial, y merece un tratamiento distinto.

3.2. El delito de negociación incompatible como un delito especial propio

Es necesario señalar que los delitos comunes son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier tipo de persona, sin la necesidad de tener alguna cualidad para poder realizar el tipo penal⁵⁴, como, por ejemplo, el delito de Hurto, art. 185 del C.P.

Por otro lado, también existe la categoría de los delitos especiales, donde no todo sujeto puede ser considerado autor de un determinado delito, sino, solo aquellos que reúnen la condición especial exigida por el tipo penal, es decir, se trataría de sujetos que se encuentran obligados institucionalmente al cuidado del bien jurídico⁵⁵. Se presenta entonces, como aquellos delitos donde no todo tipo de personas puede cometer este tipo de delitos, ya que la norma penal exige que el autor reúna ciertos requisitos para que se pueda tomar en cuenta como autor de determinado tipo penal.

Disponible en:
http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2_int_d_adm_publica.pdf

⁵⁴ En los tradicionalmente denominados “delitos comunes” (y que nosotros titulamos como: delitos de infracción de deberes generales negativos) del CP peruano, la redacción del tipo penal comienza utilizando la locución impersonal: “El que...”. Ver: FIGUEROA ORTEGA, Yvan. *Delitos de infracción de deber*. Dykinson, Madrid, 2009, p. 70. Citado por: ALAS ROJAS, Diana Leonor. Determinación de los grados de intervención delictiva en los delitos de infracción del deber. Comentario a propósito del Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116. *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 230, Lima, noviembre de 2017, pág. 57.

⁵⁵ Bacigalupo S., Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber, una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 36. Citado por: ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La intervención del extraneus en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito de la Casación N.º 782-2015-Del Santa”. *Actualidad Penal* N° 29, Lima, noviembre de 2016, pág. 79.

En ese sentido, si hablamos de delitos especiales, también es necesario señalar que estos se dividen en delitos especiales propios y delitos especiales impropios, los cuales podemos determinarlos de la siguiente manera:

a. Delitos especiales impropios

Se podría señalar que, son aquellos delitos delimitados por la naturaleza especial del sujeto activo, esto es, el autor resulta contener una fuente de deber, empero esta clase de delito tiene correspondencia con un delito común⁵⁶, es decir, que este tipo de delitos tiene algún otro tipo penal subyacente, como, por ejemplo, el delito de peculado (art. 387 del C.P) es subyacente con el delito de hurto (Art. 185 del C.P).

b. Delitos especiales propios

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 tipo⁵⁷. Es decir, son aquellos delitos que están determinados por la naturaleza cualificada del sujeto interviniente en el hecho punible.

Esta clase de delito -contrario a los delitos especiales impropios- no tiene correspondencia con un delito común subyacente o paralelo, ya que la cualidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito⁵⁸, como, por ejemplo, el delito de negociación incompatible no tiene correspondencia con ningún otro delito del Código Penal. Siendo este un delito especial propio.

⁵⁶ Ibídem, pág. 85.

⁵⁷ ALAS ROJAS, Diana Leonor. "Determinación de los grados de intervención delictiva en los delitos de infracción del deber. Comentario a propósito del Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116". *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 230, Lima, noviembre de 2017, pág. 57.

⁵⁸ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. "La intervención del extranei en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito de la Casación N.° 782-2015-Del Santa". *Actualidad Penal* N° 29, Lima, noviembre de 2016, pág. 85.

3.3 Teoría de infracción de deber

Teoría desarrollada por el profesor Claus Roxin, para poder dar solución a la problemática con respecto a la autoría y participación en los delitos especiales. El profesor Claus Roxin formuló esta teoría en su célebre trabajo doctoral publicado en 1963, bajo el título "Autoría y dominio del hecho"⁵⁹.

En dicho trabajo, el profesor postuló que “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 arriba⁶⁰, siendo el elemento básico en la autoría de estos delitos la infracción de un deber especial⁶¹.

En esa misma línea argumentativa, también explica el profesor Abanto Vásquez⁶², con respecto a la teoría de infracción del deber, al mencionar que, “la presencia o ausencia de dominio del hecho no debería tener ninguna trascendencia para distinguir entre autor o partícipe. Lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del *intraneus*. Y cualquier *extraneus* que haya colaborado -de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o

⁵⁹ ABANTO VASQUEZ, Manuel. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”. En: *Revista Penal*, n° 14, Julio 2004, pág. 3-23. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>

⁶⁰ Ver página 44.

⁶¹ ROXIN, Claus. “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”. 9a edición. Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 724. Citado por: ALAS ROJAS, Diana Leonor. “Determinación de los grados de intervención delictiva en los delitos de infracción del deber. Comentario a propósito del Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 230, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2017, pág. 59.

⁶² ABANTO VASQUEZ, Manuel. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”. En: *Revista Penal*, n° 14, Julio 2004, pág. 3-23. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>

durante la ejecución de los hechos)- con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos”.

“El intraneus sería autor del delito pues habría infringido dolosamente su deber; los que hayan colaborado con él pero no tengan la cualidad específica exigida por el tipo serían siempre partícipes del mismo delito. Y todo ello sin importar quién haya tenido, durante la ejecución del delito, el "dominio del hecho"⁶³

Señala el doctor Caro John⁶⁴, que el profesor Claus Roxin cita como ejemplos de esta categoría “a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en «figura central» del suceso de la acción”.

En el delito en concreto (negociación incompatible) que se está analizando en la presente tesis, se podría poner como ejemplo, *cuando un alcalde indica al Comité de Selección que tome interés por un determinado postor o empresa que participará en el proceso de selección para la contratación y realización de una obra pública en una determinada localidad.*

La calificación penal de autoría y participación sería que el alcalde es un *extranei* y el Comité de Selección sería el *intranei*, y que pese a que el alcalde es un quien tiene el dominio del hecho este por su calificación de *extranei* solo respondería como partícipe del delito de negociación incompatible y el comité de selección como autores, ya que estos son los que cometieron una infracción de sus deberes que están señalados en una norma extra penal.

⁶³ Ídem

⁶⁴ CARO JOHN, José. *Algunas consideraciones sobre el delito de infracción del deber*. Universidad de Friburgo, Suiza, 2003, pág. 4 Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf

3.4. Teoría de infracción de competencia institucional

Otra teoría que explica los delitos de infracción del deber es la esbozada por el profesor Günter Jakobs, quien clasifica a los delitos en base a la responsabilidad del autor, que puede ser de competencia organizacional y de infracción del deber (competencia institucional)⁶⁵

Se puede llegar a hacer una comparación con la teoría del doctor Claus Roxin al señalar, según lo dicho por la Dra. Alas Rojas, Diana⁶⁶, “que los delitos de competencia organizacional se corresponden con los delitos de dominio del hecho de Roxin, y los delitos de competencia institucional constituyen los delitos de infracción de deber. Según Jakobs, <<las dos clases de delitos responden a dos fundamentos diferentes de la responsabilidad o imputación, por tanto, junto a la responsabilidad por una organización defectuosa que, en definitiva, se corresponde con los clásicos delitos de dominio del hecho, aparece también una responsabilidad por la lesión de deberes de comportamiento solidario en favor de un determinado bien jurídico⁶⁷>>”.

Señala el Dr. Caro John que, “cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad (competencia organizacional) se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir

⁶⁵ ALAS ROJAS, Diana Leonor. “Determinación de los grados de intervención delictiva en los delitos de infracción del deber. Comentario a propósito del Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 230, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2017, pág.60.

⁶⁶ Ídem

⁶⁷ *En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor. Según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal.* Ver en: CARO JOHN, José. Algunas consideraciones sobre el delito de infracción del deber. Universidad de Friburgo, Suiza, 2003, pág. 4 Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf

deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general”⁶⁸; es decir, que cuando una persona convive dentro de una sociedad esta debe cumplir aquellas normas de convivencia social, posibilitado para sí y para los demás una coexistencia en armonía.

Por otro lado, también señala el doctor Caro John⁶⁹, que el segundo fundamento de la responsabilidad (competencia institucional) viene dado por “la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional a los que pertenecen los delitos de infracción de deber. Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, **sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial. Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional**⁷⁰ que convierte a la persona en un obligado especial”. Como, por ejemplo, el deber de un funcionario público, el de un padre al cuidado de su hijo, el de un médico al cuidado de un paciente.

Mencionadas las anteriores teorías, se debe tomar en cuenta que, desde la concepción del profesor Claus Roxin es aplicable la accesoriedad de los partícipes que no ostenten el deber especial, mientras que para el profesor Günter Jakobs el deber institucional no es accesorio para los partícipes que no están obligados a él⁷¹, ya que no ostentan ese deber institucional; es decir, que si existen delitos los cuales solo pueden ser cometidos por determinados sujetos con cualidades específicas, estos solo serán sancionados, y no así los partícipes que pudieran existir, a pesar de que

⁶⁸ Ídem

⁶⁹ Ibídem, pág.5.

⁷⁰ El resaltado es nuestro.

⁷¹ ALAS ROJAS, Diana Leonor. “Determinación de los grados de intervención delictiva en los delitos de infracción del deber. Comentario a propósito del Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 230, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2017, pág.60.

hayan realizado algún aporte para la perpetración del ilícito, es decir queda impune la conducta de estos últimos.

Dicho esto, puedo llegar a la una discusión con respecto a qué tipo de posición se debe tener tomar a fin de establecer la intervención delictual en los delitos especiales.

3.5. Aspectos problemáticos

Después de haber delimitado la ubicación del delito de negociación incompatible, como un delito especial propio, y después de haber mencionado líneas arriba las dos teorías, tanto la del profesor Claus Roxin como la de Günter Jakobs; surge una cuestión con respecto a los partícipes, puesto que, como en los delitos especiales solo pueden ser cometidos por un determinado autor con características especiales, aún existe discusión sobre la intervención del partícipe *extranei* que no reúna los requisitos de estos delitos.

Por este motivo, es que se han creado dos teorías que tratan de explicar la responsabilidad del partícipe. Una de ellas es la teoría de unidad de título de imputación y la otra es la teoría de ruptura de título de imputación, las cuales pasaré a determinar de la siguiente manera:

a. Teoría de unidad del título de imputación

Tesis sostenida por el profesor Claus Roxin, en la cual señala que, el fundamento material de esta teoría radica en conservar el hecho punible como un solo acto, en el cual todos los intervinientes deberán responder, indistintamente de sus condiciones personales; es decir, tanto el *intranei* como el *extranei* deberán responder por el mismo hecho punible, conservándose la unidad del hecho⁷², por lo que si un funcionario público

⁷² ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *La intervención del extranei en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito de la Casación N.º 782-2015-Del Santa*. Actualidad Penal N° 29, Lima, noviembre de 2016, pág. 88.

que comete el delito de negociación incompatible *intranei* con la participación delictiva de algún postor *extranei*, dicho postor será partícipe del delito de negociación incompatible, pese a que no sea un sujeto activo con las características que determinan el delito de negociación incompatible.

Aquí se debe tener en cuenta que la infracción del deber especial no constituye el fundamento de punición de estos preceptos, sino que solo constituye la autoría⁷³.

“El fundamento de punición reside aquí, como en todos los demás tipos (de dominio), en la lesión del bien jurídico; si fuera de otro modo, no podría haber en absoluto partícipes no cualificados⁷⁴”

Como ya se ha señalado líneas arriba⁷⁵ esto concuerda con lo ya manifestado por el profesor Claus Roxin, cuando clasifica los delitos de infracción del deber, sin abandonar su teoría de que el Derecho Penal protege bienes jurídicos. Por lo que se debe entender que cuando se está hablando de infracción del deber esto sustenta una clasificación de autoría, más no su punición; por tal motivo no existe contradicción con el carácter accesorio del mismo propio de la participación, pues se están respetando sus presupuestos: la distinción entre autores y partícipes, y el carácter accesorio de la punibilidad de los mismos⁷⁶.

⁷³ El subrayado es nuestro.

⁷⁴ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. 9a edición. Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 360. Citado por ALAS ROJAS, Diana Leonor. “Determinación de los grados de intervención delictiva en los delitos de infracción del deber. Comentario a propósito del Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 230, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2017, pág.61.

⁷⁵ Ver página 32.

⁷⁶ ALAS ROJAS, Diana Leonor. “Determinación de los grados de intervención delictiva en los delitos de infracción del deber. Comentario a propósito del Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 230, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2017, pág.61.

b. Teoría de ruptura del título de imputación

Dicha teoría entiende que la cualidad personal del sujeto activo demandada por los tipos penales de la parte especial, nunca servirá como base para la tipicidad de los partícipes *extranei*, en razón que dichas cualidades fueron creadas para los autores. Ante ello, en el caso de existir responsabilidad en el *extranei*, se deberá romper el título de imputación, respondiendo cada sujeto según su actividad delictual, cuantitativa y cualitativamente⁷⁷.

Es decir, si seguimos con el ejemplo del delito de negociación incompatible, y utilizamos esta teoría, podríamos decir de que si un funcionario comete el delito de negociación incompatible con la participación de algún postor, **solo el funcionario podrá ser sancionado por el delito de negociación incompatible, ya que solo él reúne los requisitos calificados o las características que requiere dicho delito**, y el partícipe, no respondería por ningún delito, puesto de que el delito de negociación incompatible no guarda correspondencia con ningún otro delito genérico con el delito (como ya se ha dicho líneas arriba) de negociación incompatible, lo que llevaría a la impunidad del partícipe.

Esto responde por motivo que la teoría de ruptura de imputación, la lesión del deber institucional no solo es una regla para determinar la autoría, sino que constituye un fundamento esencial de la imputación jurídico penal⁷⁸.

⁷⁷ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. "La intervención del extranei en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito de la Casación N.º 782-2015-Del Santa". *Actualidad Penal*. N° 29, Lima, noviembre de 2016, pág. 87.

⁷⁸ ALAS ROJAS, Diana Leonor. "Determinación de los grados de intervención delictiva en los delitos de infracción del deber. Comentario a propósito del Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 230, *Gaceta Jurídica*, Lima, noviembre de 2017, pág.62.

3.6. Toma de posición

Queda claro que con la finalidad de no dejar vacíos o impunidad en los partícipes, es que me decanto por la teoría de la unidad de título de imputación, que nos otorga el profesor Claus Roxin, ya que este sí toma en cuenta la participación del *extranei* en base a la unidad de título de imputación por el mismo hecho entre autor y partícipe, en base a que la teoría de infracción del deber solo sirve para clasificar la autoría, tomando en cuenta la participación del *extranei* en la lesión del bien jurídico.

Por tanto, puedo concluir de que en la presente tesis la autoría en el delito de negociación incompatible se basa en que el delito es uno especial de infracción del deber⁷⁹, donde solo pueden ser autores determinados sujetos que tienen determinadas características cualificadas, y, si tenemos que determinar la participación en este delito, me apegó por la teoría de la unidad del título de imputación.

Demás está decir que, tanto a nivel jurisprudencial, con el Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116⁸⁰, y a nivel legislativo con la modificatoria del artículo N° 25 del Código Penal⁸¹ se ha llegado a un consenso de que

⁷⁹ Sin embargo, es necesario resaltar la diferencia que existe entre delitos especiales y delitos de infracción del deber, donde la clasificación relativa a los delitos especiales versa sobre el **aspecto formal** de la cualidad exigida al autor, descrita previamente en un tipo penal como exigencia para su configuración, y la clasificación como delito de infracción gira 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. Ver: ALAS ROJAS, Diana Leonor. "Determinación de los grados de intervención delictiva en los delitos de infracción del deber. Comentario a propósito del Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116". En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 230, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2017, pág. 58.

⁸⁰ El Acuerdo Plenario N° 03-2016/CJ-116 está orientado a interpretar y desarrollar con mayor amplitud el contenido vigente del artículo que prevé la participación del *extraneus* en los delitos de infracción del deber, analizando en concreto el caso del delito de enriquecimiento ilícito, como respuesta quizá a los argumentos esgrimidos en la Casación N° 852-2015-Arequipa. Ver en: ALAS ROJAS, Diana Leonor. *Determinación de los grados de intervención delictiva en los delitos de infracción del deber. Comentario a propósito del Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116*. Diálogo con la jurisprudencia. N° 230, Lima, noviembre de 2017.

⁸¹ Promulgado por el Decreto Legislativo N° 135, y que fue publicado en El Peruano el 07 de enero de 2017.

se debe establecer que para este tipo de delitos especiales se debe utilizar la teoría de unidad de título de imputación.

Por otro lado, si bien es cierto, la jurisprudencia en la casación 841- 2015- Ayacucho, del año 2015, ha señalado que el delito de negociación incompatible, “por su estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión (...)”

Al respecto se debe señalar que esto no resulta de recibo, puesto que, el delito de negociación incompatible no excluye la participación de un tercero por su estructura típica, sino que, excluye la participación en determinados casos por no poder probarse la existencia de un acuerdo colusorio, pero sin llegar a presumirse de acuerdo a las circunstancias, como bien lo refiere Mori Guimaray, Erick; Novoa Curich, Yvana; Torres Pachas, David, cuando indican que:

“En aquellos casos donde no pueda probarse la existencia de un acuerdo colusorio o no existan indicios para suponer que el interés privado indebido se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que subsidiariamente sea aplicado⁸²”.

⁸² MORI GUIMARAY, Erick; NOVOA CURICH, Yvana; TORRES PACHAS, David. *Manual Sobre Delitos Contra La Administración Pública*. 1ª edición. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre, 2015, pág. 135. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>

4. Comportamientos típicos

4.1. El verbo rector de interesarse

El verbo rector que tiene el delito de negociación incompatible es el “interés”, el cual significa atañer, concernir incumbir; comprometer o importar algo y; por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo⁸³. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos dice que “interesar” es dar parte a alguien en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés. Hacer tomar parte o empeño a alguien en los negocios o intereses ajenos, como si fuesen propios.

Se señala también, que hay una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes de cargo y que asume dadas las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y fines que no son la administración pública⁸⁴.

Es decir, el funcionario cuando actúa en la prerrogativa de su función pública se entiende que debe actuar favoreciendo el interés público del Estado, velando por la mejor gestión adecuada y que beneficie a la función estatal a la cual le fue encomendado; sin embargo, el verbo rector que señala la norma penal se refiere al propio funcionario que deja de lado ese interés público para buscar su interés particular hacia algún beneficio propio o de un tercero.

El contenido del verbo rector del delito no ha sido definido con exactitud y no ha seguido un criterio único. Por el contrario, con el desarrollo jurisprudencial realizado, este comprende conductas tan generales como

⁸³ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2014, pág. 566.

⁸⁴ REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal*. Edit. Lex y Iuris. Lima, 2016, pág. 36.

la de importar algo; tener un interés distinto al de la Administración; gestionar actos que difieren con el deber encomendado al funcionario público; o realizar conductas que supongan un interés privado sobre el interés público⁸⁵.

Una interpretación conforme a la Constitución nos debe llevar a concluir que el delito de negociación incompatible no sanciona el interés del funcionario como mero deseo o intención interna, sino que requiere de conductas objetivas **que lo exterioricen en la realidad. Cuando el tipo centra la sanción en el interesarse indebidamente, está requiriendo la realización de actos que denoten ese interés indebido**⁸⁶.

4.2. ¿Cómo se determina el interés indebido?

El verbo rector típico interés (indebido) debe ser determinado de manera estricta, recayendo dicha obligación en el representante del Ministerio Público. El interés privado que promueve o patrocina el funcionario público constituye el núcleo del injusto del delito de negociación incompatible⁸⁷.

Cabe señalar que se ha discutido el carácter objetivo del “interés” puesto que algunos señalan que este tiene un carácter subjetivo, y que no se podría probar, ya que esto pertenece al fuero interno de la persona; al respecto dicha cuestión lo ha desarrollado de manera interesante la Corte Constitucional de Colombia, la cual nos señala que:

⁸⁵ DIAZ CASTILLO, Ingrid. *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis para obtener el grado de Doctor. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2016, pág. 304. Disponible en: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131865/1/DDPG_DiazCastillo_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf

⁸⁶ Ibídem , pág. 306.

⁸⁷ Ejecutoria Suprema del R.N.Nº 443- 2010 del 19 de abril de 2011 de la Sala Transitoria. Citado por: CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico. Lima, 2015, pág. 40.

El interés indebido se puede determinar no solo cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que “es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa”⁸⁸.

Así mismo, dicha Corte⁸⁹ también manifiesta que:

La jurisprudencia y la doctrina, clasifican generalmente en dos grupos las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, a saber, aquellos casos en que (i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-, (ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a las que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de una acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

Por otro lado, el Dr. Castillo Alva⁹⁰, nos da unas importantes pautas a fin de poder determinar cuándo existiría algún interés indebido:

El interés que se revela a través de actos objetivos puede darse, ya sea:

- **En la etapa de la negociación del contrato o la operación,** solicitando que se acepte la propuesta del postor, que se le brinde información privilegiada, que se rechace las propuestas de los demás participantes, recibir requerimientos, elaborar la solicitud de

⁸⁸ Sentencia N° C-128/03, de la Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico. Lima, 2015, pág. 43.

requerimiento, eligiendo al proveedor de acuerdo a la cotización que presentaba y dar el visto bueno para que la propuesta sea elevada a sus superiores jerárquicos. En estos casos el autor interviene en las tratativas y a través de otros actos, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la administración.

- **Durante la suscripción del contrato o de la operación**, agilizando poderosamente los trámites, dando indicaciones a los funcionarios, etc.
- **En la ejecución del contrato u operación** ampliando plazos del cumplimiento de las prestaciones, solicitando que se reciba productos de menor calidad a los acordados.
- **En la liquidación de los mismos**, pago adicional por servicios, pedir que no se consignen omisiones o se formulen observaciones a la obra.

4.3. El interés debe ser “indebido”

En anteriores oportunidades se ha señalado que lo que sanciona la norma no es el interés en sí mismo, puesto que el interés puede existir, pero cuando se refiere al interés del Estado. Tal interés se convierte en “indebido” cuando se convierte en un interés particular.

Esta afirmación también la efectúa el Dr. James Reátegui, cuando nos señala que el funcionario o servidor público se interesa (dolosamente) en un contrato u otro tipo de operación, se trata de unas acciones netamente unilaterales por parte del funcionario o servidor público, no esperando a los efectos de la tipicidad de la conducta, que la otra parte contractual acepte.⁹¹

⁹¹ REATEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal*. Edit. Lex & Iuris. Lima, 2016, pág. 46.

Por otro lado, el Dr. Castillo Alva, también nos señala que es necesario plantear la necesidad de aplicar las reglas de imputación objetiva, verificando que el acto externo del funcionario público que se interesa por el contrato u operación no solo se produzca en el marco y dentro del ejercicio funcional (cargo o competencia) sino que dicho riesgo creado incida directamente en la formación, suscripción del contrato o la operación⁹².

Así mismo también nos precisa el autor que, dicho funcionario que actúa dentro de una delegación de competencias y se ciñe al cumplimiento del manual de organización de funciones o del reglamento sectorial, participando en las negociaciones, en la medida que no actúa con un interés especial, directo e indirecto, no realizará el tipo objetivo del delito de negociación incompatible. Por el contrario, habrá cumplido con el rol encomendado por el ordenamiento jurídico⁹³.

El Dr. James Reátegui nos hace un interesante ejemplo, cuando nos dice que el término interesarse se debe enmarcar de modo contextual -real y no literal- formal. Digo contextual-real porque si el funcionario o servidor público tiene proyectado realizar una exitosa negociación, donde el único beneficiario será el Estado, y para ello necesita varias acciones interesadas, como por ejemplo, *hacer visitas a los respectivos domicilios de los empresarios; ello no puede ser considerado como un interés indebido, porque el contexto real demuestra que el interés es irrelevante a los efectos de la lesividad del bien jurídico; en cambio, si el interés del funcionario es personalísimo, donde el único beneficiado será su familia por ejemplo, ello constituirá indebido*⁹⁴.

⁹² CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico. Lima, 2015, pág. 54.

⁹³ Ídem

⁹⁴ REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal*. Edit. Lex y Iuris. Lima, 2016, pág. 47.

4.4. Tipos de interés indebido

Ahora bien, la norma penal también señala tres diferentes modalidades de interés indebido, los cuales son: de manera directa, indirecta y mediante acto simulado, los cuales pasaré a conceptualizar de la siguiente manera:

4.4.1. De manera directa

Como su mismo nombre lo señala, cuando el interés se realiza de forma directa, el funcionario demuestra su interés indebido, mediante actos que buscar un beneficio propio, tal como lo señala el doctor, Enrique Sumirade, al manifestar que:

“El interés indebido se muestra de forma directa cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc., del contrato público u operación en que interviene por razón de su cargo. El funcionario o servidor público en este caso manifiesta su interés proponiendo, induciendo o tomando la decisión de aceptar, es decir, mostrando claramente su interés en obtener ciertos resultados ilícitos”⁹⁵.

Los tesisas Francisco Saenz, Denís y Robles Blácido, Elmer, nos señalan que este elemento de tipicidad significa que “el agente en forma personal y directa se interesan o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca, esto es, el beneficio indebido en su favor o de terceros. Es de recibo sostener que el interesarse siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la administración pública-. Si en los hechos, el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros

⁹⁵ ENRIQUEZ SUMERINDE, Víctor. “El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva ley de contrataciones con el estado”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 79. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2016, pág. 81.

que resultaron favorables económicamente a la administración pública, habría coincidencia de intereses, pero no tipicidad de la conducta”⁹⁶.

De esa manera, se trata de aquellos casos en los que “el funcionario demuestra personalmente que un determinado negocio u operación le interesa”. Al respecto, la Dra. Ingrid Díaz nos señala que: “para un sector de la doctrina, son ejemplos de interés directo las siguientes conductas:

La inaplicación de procedimientos obligatorios, la violación de alguna regla del procedimiento de contratación elegido, la omisión de alguno de los pasos previstos, el direccionamiento de la contratación y la falsificación de la firma de algún funcionario. A su vez, se podrían incluir a la aceleración de los plazos del proceso de contratación, la ausencia de una nueva licitación cuando el primer llamado fallase, obligando así a prorrogar el contrato vigente. Evidentemente, la tipicidad de estas conductas dependerá del análisis del caso concreto, por lo que el funcionario debe estar a cargo del contrato y sus actos deben demostrar un interés parcializado”⁹⁷

⁹⁶ FRANCISCO SAENZ, Denís; ROBLES BLÁCIDO, Elmer. *La aplicabilidad de la teoría de los concursos en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito fiscal de Áncash, periodo 2014 – 2015*. Tesis para obtener el título de abogado. Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antunez de Mayolo”, Huaraz, 2017, pág.87. Disponible en: http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/1871/T033_47294025_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁹⁷ Ibídem, pág. 311.

4.4.2. De manera indirecta

El doctor Luis Castillo nos dice que esto se produce cuando “se utiliza a otras personas para la promoción o favorecimiento de los intereses particulares. No interesa si son funcionarios públicos o particulares. No es necesario que los intereses reciban una determinada ventaja. La Corte Suprema entiende por interés indirecto el hecho de que el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos”.⁹⁸

Por otro lado, el Dr. Salinas Siccha, también hace énfasis al señalar que en esta modalidad, “el agente (siempre funcionario o servidor público) no actúa directamente en la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos para lograr su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o a favor de terceros. El sujeto activo sugiere o influye en el funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones con particulares”.⁹⁹

En la misma línea, coincide el Dr. Enrique Sumerinde, cuando nos dice que, “el interés indebido se muestra de forma indirecta cuando el sujeto activo no manifiesta personalmente su predisposición por una de las propuestas presentadas, pero induce a otras personas a la realización de actos administrativos enfocados al favorecimiento de sus intereses particulares (sea en provecho propio o de terceros), esto es, cuando el sujeto se interesa en el contrato u operación a través de otras personas,

⁹⁸ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico. Lima, 2015, pág. 65.

⁹⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2014, pág. 569.

utilizándola para lograr dichos fines (el caso típico, el uso de testaferros)”¹⁰⁰.

Por lo que, puedo llegar a establecer que cuando se realiza un interés de manera indirecta, es porque se está utilizando a otras personas para utilizarlos como terceros, para ocultar el interés indebido, y así, realizar actos con ropaje de licitud.

4.4.3. Mediante acto simulado

Se comprende en esta variante típica, que el acto realizado directo o indirectamente por el funcionario pero que “aparentan una determinada realidad o cierta situación. Se busca que el acto tenga una apariencia o virtualidad distinta a lo que a primera vista aparece”¹⁰¹.

Hay simulación cuando el funcionario para favorecer a una empresa en una licitación crea una tercera fachada para dar imagen de una supuesta, pero inexistente competencia y así cumplir con las bases establecidas¹⁰².

Precisa el Dr. Enrique Sumerinde que, “esta modalidad de expresión del interés indebido nos muestra que no siempre el interés se manifiesta con actos concretos y unívoco, pues en algunos casos el *intraneus* pretende encubrir su verdadero propósito, revistiendo el acto con ciertas apariencias o cubriendo su ilícita intención con el de un acto simulado, es así que el sujeto actúa en la celebración de contratos u operaciones,

¹⁰⁰ ENRIQUEZ SUMERINDE, Víctor. “El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva ley de contrataciones con el estado”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 79. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2016, pág. 81.

¹⁰¹ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico. Lima, 2015, pág. 69.

¹⁰² Ídem.

aparentando que defiende los intereses de la Administración Pública cuando en realidad favorece intereses particulares o personales”¹⁰³.

4.4.4. La dirección del interés: el contrato u operación

El ámbito de acción del funcionario cuando comete el ilícito del delito de negociación incompatible, solo apunta a dos objetos materiales que se refieren a contratos u operaciones que realizan a nombre de la entidad administrativa.

En ese sentido, si me refiero al término “**contrato**”, la norma penal alude a “todo acuerdo en el que intervienen dos partes (una de ellas la administración pública), pudiendo perfectamente identificarse con los procesos de selección de postores o con sus fases ejecutivas, pero también abre el espectro de aplicación a objetos jurídicos que salen de la Ley de Contrataciones con el Estado, como pueden ser las concesiones o los negocios internacionales sujetos a normas internacionales, o usos de las costumbres del comercio internacional”¹⁰⁴.

El profesor Salinas Siccha, también nos señala que la noción de contrato debe entenderse en “sentido técnico”, de la mano de los criterios que se manejan en el derecho privado y en el público. “No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco es relevante la materia o el carácter del mismo. En esa línea se entiende por contratos a todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia de dos partes: el Estado y las personas naturales o jurídicas

¹⁰³ ENRIQUEZ SUMERINDE, Víctor. “El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva ley de contrataciones con el estado”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 79. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2016, pág. 81.

¹⁰⁴ ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos*. 2ª edición. Nomos y Themis, Lima, 2017, pág. 353.

particulares en las cuales el sujeto público “agente” tiene algún interés económico”.¹⁰⁵.

Hace hincapié el Dr. Castillo Alva cuando señala que el interés público en un contrato no es condición suficiente para la configuración del delito de negociación incompatible. Resulta esencial que de algún modo intervenga la administración y sobre esta base el funcionario se interese de forma particular¹⁰⁶.

La jurisprudencia penal también ha señalado sobre **contrato público**:

*En este delito no es punible la intervención del agente público en los actos de administración, sino en aquellos actos irregulares dentro del marco de un proceso de contratación pública que pongan de manifiesto un interés indebido a favor propio de un tercero. Y es que a diferencia del contrato privado, la administración actúa unilateralmente a título singular (subastas, licitaciones, adjudicación, servicios personales, etc.) y como persona pública*¹⁰⁷.

Como ejemplo de contratos sobre los cuales puede recaer el delito de negociación incompatible se citan: la contratación de consultores, un contrato de permuta de terreno, la adquisición de medicinas para un hospital, un contrato de locación de servicios profesionales, un contrato de suministro, la contratación de servicio de fotocopiado, contrato de bienes y servicios para la adquisición de insumos para el programa de vaso de leche, contrato de servicio de refrigerio¹⁰⁸.

Por otro lado, la norma penal también incorpora el término “**operación**” que significa que no solo contempla contratos, sino que también cualquier

¹⁰⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2014, pág. 571.

¹⁰⁶ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico. Lima, 2015, pág. 58.

¹⁰⁷ REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal*. Edit. Lex & Iuris. Lima, 2016, 53.

¹⁰⁸ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico. Lima, 2015, pág. 59.

otro tipo de operación donde interviene el Estado; es decir, como señala el doctor Castillo Alva y el doctor Fidel Rojas, “esto busca ampliar de manera adecuada las posibles áreas punibles en las que puede desplegar su actividad el funcionario público”¹⁰⁹.

Así las cosas, cuando la norma penal se refiere a “operación” como aquellos actos unilaterales que se producen entre la administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan contenido económico.

Por lo que puedo concluir que, los actos administrativos o toda clase de actos estatales que no son ni contratos ni operaciones no pueden ser considerados como objeto de acción del delito de negociación incompatible; resoluciones de alcaldía, proyectos de ley¹¹⁰, etc. Y que el alcance de la norma solo alcanza a los contratos u operaciones que realiza las entidades estatales.

4.4.5. El interesarse por razones de su cargo

A pesar de la clasificación que he realizado en capítulos anteriores,¹¹¹ donde ya he señalado quiénes pueden ser autores de este tipo penal. Es de resaltar que la norma agrega un requisito adicional, que señala el “interés por razones de su cargo”, Esto lo hace con la finalidad de poder delimitar a cierto tipo de funcionarios como sujetos activos del delito de negociación incompatible, por lo que se debe entender que no todo tipo de funcionario puede ser sancionado bajo el amparo del artículo N° 399 del CP.

Es decir, el legislador ha querido fijar como un marco de restricción determinado al señalar que, solo y exclusivamente, puede ser autor del

¹⁰⁹ Ibídem, pág.60. ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos*. 2a edición. Nomos y Themis, Lima, 2017, pág. 353.

¹¹⁰ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico. Lima, 2015, pág. 61.

¹¹¹ Ver página 40.

delito de negociación incompatible, *aquel funcionario que se interesa en el contrato u operación en “razón de su cargo”*¹¹².

Esto también lo señala el doctor Salinas Siccha, quien refiere que: “No podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo. Esta restricción prevista por el tipo penal excluye a los funcionarios o servidores públicos que solo cumplen encargos o delegaciones sin estar referenciados en los deberes del cargo”¹¹³.

Agregando a ello, la Corte Suprema de Justicia¹¹⁴, ha establecido que no es suficiente para la configuración de este tipo penal, *que este sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que es necesario que el agente cuente con facultades y competencias para participar en una contratación u operaciones (...) de tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor público sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón de su cargo.*

En ese sentido, se puede llegar a determinar que cuando la norma nos señala que el sujeto activo se interesa en “razón de su cargo”, se debe establecer que dicho sujeto, adicionalmente al ser funcionario, debe tener ciertas competencias específicas para poder intervenir en el contrato u operación que pueda desplegar en una actividad funcional que integre los niveles decisorios o que sirva a determinar el acto¹¹⁵.

¹¹² CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico. Lima, 2015, pág., 83.

¹¹³ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2014, pág. 573.

¹¹⁴ Ejecutoria Suprema de fecha 13 de febrero de 2013, recaída en el R.N. N° 253- 2012- Piura.

¹¹⁵ REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal*. Edit. Lex y Iuris. Lima, 2016, 53. En esa misma línea, REYES RIOS, Leslie Andrea;

Me gustaría también hacer referencia a lo dicho por el profesor Castillo Alva, cuando toma una posición distinta cuando refiere que, aparte de determinar estas competencias que tiene el funcionario, también se debe tomar en cuenta un criterio material, que permita comprobar si un determinado funcionario público está utilizando o manipulando su cargo para interesarse, dirigir u orientar determinado proceso de contratación estatal, justamente valiéndose del poder (factico o jurídico) que le da ocupar determinado puesto o sector de la administración pública¹¹⁶:

Las competencias fijadas y las funciones asignadas por la Ley y el reglamento son un criterio e indicador útil para determinar la posibilidad de intervención en el proceso de contratación. Sin embargo ni se trata del único criterio ni del aspecto central a la hora de determinar si el funcionario se interesa indebidamente. Para ello es indispensable determinar si existe o media una manipulación o un prevalimiento del cargo en beneficio propio de un tercero, interesándose en un proceso de contratación estatal¹¹⁷.

Dicha posición resulta interesante, puesto de que se asemeja más con la realidad y con el contexto en el cual nos encontramos, y es útil para la política criminal de no dejar impune a funcionarios que actúan en razón de su cargo pero que la Ley no señala dichas competencias y funciones; sin embargo, materialmente sí ha existido un poder de decisión en razón de su cargo con el interés indebido.

VILCHEZ GAMBOA, Sheily Helin. *La imputación concreta en los delitos de negociación incompatible y cohecho en las sentencias emitidas por las salas penales de la provincia de Trujillo, en el periodo 2011- 2015*. Tesis para obtener el Título de abogado. Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 2017, pág, 77. Disponible en: http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8148/ReyesRios_L%20-%20VilchezGamboa_S.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹¹⁷ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico. Lima, 2015, pág, 98.

Así mismo, agrega el profesor Castillo Alva¹¹⁸ que esta posición parte de un criterio material, que respeta el sentido literal, pero que pone un límite que viene dado por la exigencia de que el funcionario pertenezca a un sector de la administración pública, es decir, que no basta con la relación o vínculo material, sino que también es necesario una relación interna.

5. Aspecto subjetivo

Después de haber desarrollado todo el aspecto objetivo del tipo penal del delito de negociación incompatible, podemos llegar a centrarnos en la parte subjetiva, en la que se señala que es necesario el conocimiento de que se está interviniendo en un contrato u operación estatal de manera directa o indirecta, ya sea un provecho propio o de un tercero y que se realiza ejerciendo el cargo de funcionario¹¹⁹.

Es decir, para la configuración subjetiva del delito de negociación incompatible, es de vital importancia que se llegue a establecer el dolo para que realmente logre configurarse el tipo penal. Diversos autores¹²⁰ coinciden que solo puede concurrir el dolo directo, puesto que por la tipificación el funcionario así sea de manera simulada debe tener el conocimiento del interés indebido, ya que no es posible realizarlo sin querer realizar el tipo penal, pues nadie puede “interesarse” en algo si no lo ha

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal*. Edit. Lex y Iuris. Lima, 2016, pág. 63.

¹²⁰ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico. Lima, 2015, pág. 101. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4ª edición. Grijley, Lima, 2007, pág. 349. ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. 2da edición. Palestra editores. Lima, 2003, pág. 516. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2014, pág. 577. BALCAZAR ZELADA, José María. *Ontología de delitos contra la administración pública*. s/d, pág. 239.

reflexionado previamente y orientado su voluntad en pos del objetivo escogido¹²¹.

También se debe tener en cuenta que se debe probar el aspecto doloso para poder determinar responsabilidad penal. Si existiera algún tipo de culpa, esto solo pasaría por una sanción administrativa. Por lo que es necesario señalar la importancia de esta pieza en el tipo penal del delito de negociación incompatible, ya que de no existir el “dolo” no habría sanción alguna.

Al respecto, también nos precisa el doctor Sancinetti que “lo que sucede es que la actuación administrativa se convierte en prohibida, precisamente si está precedida por el interés particular; aunque objetivamente quizá el funcionario podría haber realizado lícitamente el mismo acto si no hubiera sido porque perseguía tal finalidad espuria. En esto, en que la actuación sea <<interesada>>, consiste en el disvalor ético social”¹²².

No esta demás señalar que el dolo no viene acompañado de un perjuicio económico con la entidad estatal, puesto que, pese a que la entidad estatal haya caído en pérdida o ganancia por el interés indebido del funcionario, esto resulta de irrelevancia puesto que el dolo ya se habría configurado¹²³.

El problema que se ha planteado en esa tesis es el difícil y poco desarrollo que se ha venido realizando sobre cómo llegar a probar el dolo dentro del

¹²¹ ILABACA MÉNDEZ, Francisca. *Delito de negociaciones incompatibles*. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2012, pág. 57. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112854/de-llabaca_f.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹²² SANCINETTI, Marcelo A. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”. En: *Crónicas extranjeras*. Universidad de Buenos Aires. s/d, pág. 12. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1986-30087700891_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Negociaciones_incompatibles_con_el_ejercicio_de_funciones_p%FAbricas

¹²³ REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal*. Edit. Lex y Iuris. Lima, 2016, pág. 64. Dicho autor pone como ejemplo: si el proveedor (al cual el funcionario público está ligado) obtiene un contrato, pero que no se obtiene ningún perjuicio para la entidad, pero esto no deja de ser típica, puesto que ya se ha producido la “incompatibilidad” en el ejercicio del cargo.

proceso penal en este tipo de delito, por este motivo, en los siguientes capítulos se realizará un estudio más profundo sobre el dolo y las posiciones sobre su aspecto cognitivo y volitivo, que nos podrán ayudar a determinar cuándo concurre el dolo dentro del delito de negociación incompatible; además, de desarrollar criterios para su poder llegar a acreditar su probanza, los cuales lo iré abordando con mayor énfasis en los capítulos IV y VI de la presente tesis.

6. Consumación y tentativa

6.1. Consumación

Es de necesidad también poder llegar a determinar en qué momento se consuma y cuando sucede la tentativa del tipo penal del delito de negociación incompatible, esto con la finalidad de poder ubicar e identificar de manera adecuada el dolo.

Al respecto, el doctor Sumerinde, nos señala que la consumación del delito de negociación incompatible se da al verificarse el interés indebido del funcionario o servidor público en los contratos u operaciones a su cargo, es decir, cuando se evidencia que su conducta está destinada a la búsqueda de obtener un beneficio patrimonial o extra patrimonial con los resultados de aquellos, ya sea en provecho propio o de un tercero¹²⁴.

Es decir, lo que busca determinar la norma es aquel indicio cuando ocurre el interés indebido en la contratación u operación que esté realizando el funcionario público, pues basta el mero hecho de haberse evidenciado un

¹²⁴ ENRIQUEZ SUMERINDE, Víctor. “El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva ley de contrataciones con el estado”. En: *Gaceta Penal* N° 79. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2016, pág, 88. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d83195004ccc34f7ac69aeb8adeb3b40/D_Enriquez_SuLmerinde_160516.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d83195004ccc34f7ac69aeb8adeb3b40

interés indebido de por medio. Tampoco será necesario para la consumación que se haya causado algún tipo de perjuicio al Estado (sea patrimonial o no) con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado¹²⁵.

Añade la Dra. chilena Ilabaca Méndez, Francisca, que “el delito de negociaciones incompatibles es un “delito de mera actividad”, donde, para configurarse el tipo penal, no es necesario la concurrencia de un resultado, sino que sólo basta la realización de la conducta descrita en la figura típica, lo que implica que se considera como carente de significación el que se obtenga o no el resultado material buscado. Los delitos de simple o mera actividad son aquellos en que la consumación del delito se produce en el momento mismo de la realización de la acción prohibida por la norma; por tanto en estos delitos no cabe la distinción espacio-temporal entre la acción y resultado, dado que no se exige ahora la verificación de resultado típico alguno”¹²⁶.

Agrega también la doctora chilena que se debe tomar en cuenta que el acto de tomar interés puede producirse en cualquier etapa del concierto, en la determinación de sus modalidades y términos o en el cumplimiento material de la operación respectiva, importando sólo para su consumación que el sujeto activo se interese en dichas operaciones, y por tanto, realizando las conductas prohibidas por el tipo penal queda configurado el delito en grado de consumado¹²⁷.

Por otro lado, se debe tomar en cuenta que no solo es tener un interés o portar una decisión, debe haber un acto concreto, que demuestre de manera inequívoca la revelación de un interés prohibido, de igual forma, no

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ ILABACA MÉNDEZ, Francisca. *Delito de negociaciones incompatibles*. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2012, pág. 70. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112854/de-llabaca_f.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹²⁷ Ídem

es necesario que el funcionario haya reiterado en una nueva oportunidad su interés, ya se al mismo funcionario o a otro similar; o que haya revelado su propósito a todos los miembros del órgano colegiado o a los demás funcionarios que participan en el contrato u operación. Basta que el agente haya mostrado, en un primer acto, la promoción o impulso de un interés privado¹²⁸.

Sin embargo, el profesor Abanto Vásquez¹²⁹ nos señala que “el problema está cuando todos los actos del contrato u operación eran nulos desde el principio, pues podría objetarse la idoneidad de la conducta. Aquí efectivamente faltaría lesividad en la conducta del funcionario público y su conducta solamente merecería una sanción administrativa, o si fuera posible una sanción penal a través de otros tipos”.

Difícil situación la que plantea el profesor Abanto Vásquez, puesto que no habría afectación alguna; sin embargo, la lealtad hacia la función pública si se habría llegado a lesionar, puesto que hubo una intención de interesarse de forma indebida. Al respecto se podría proponer que se llegue a sancionar a dicho funcionario, pero de forma atenuada.

6.2. Tentativa

Con respecto a la tentativa en el delito de negociación incompatible, diversos autores señalan que resulta de difícil acontecimiento, puesto que como no se exige verificarse el delito que el sujeto activo o un tercero efectivamente se haya beneficiado con la operación contractual, ya que basta con probar el interés del funcionario o servidor público, las formas imperfectas de ejecución delictiva, como la tentativa, serán casi siempre imposibles¹³⁰.

¹²⁸ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico. Lima, 2015, pág. 140.

¹²⁹ ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. 2da edición. Palestra editores. Lima, 2003, pág. 518.

¹³⁰ ENRIQUEZ SUMERINDE, Víctor. “El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva ley de contrataciones con el estado”. En: *Gaceta Penal* N° 79. Gaceta Jurídica.

Sin embargo, otros sector doctrinal plantea que sí puede llegarse a determinar la tentativa en el delito de negociación incompatible, como bien los señalan los profesores chilenos Rodríguez y Ossandón¹³¹, donde concuerdan en que “la tentativa tiene cabida ya que pese a que se trate de un delito de mera actividad, en que el tipo no exige más que interesarse para consumar el delito, se ha restringido la interpretación de ese elemento exigiendo que cuando menos se haya concretado el negocio o contrato. En caso de que éste no se hubiese llevado a efecto, habiéndose manifestado ya el interés, se considera que sólo existe una tentativa”.

No obstante, a ello, me atrevo a decir que tampoco estoy de acuerdo con respecto a la existencia de la tentativa en el delito de negociación incompatible, puesto a que, en todo tipo de acto preparatorio para la realización de un contrato u operación que tenga como objetivo concretar un acto ilícito vinculado al delito de negociación incompatible, ya estaría existiendo el interés indebido encaminado dichos contratos irregulares con el interés personal del funcionario público.

Lima, enero de 2016, pág, 88. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d83195004ccc34f7ac69aeb8adeb3b40/D_Enriquez_SuLmerinde_160516.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d83195004ccc34f7ac69aeb8adeb3b40. En esa misma línea también consideran la difícil presencia de la tentativa en el delito de negociación incompatible, los siguientes autores: BALCAZAR ZELADA, José María. *Ontología de delitos contra la administración pública*. s/d, pág. 329. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2014, pág, 579. ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. 2da edición. Palestra editores. Lima, 2003, pág. 518. REYES RIOS, Leslie Andrea; VILCHEZ GAMBOA, Sheily Helin. *La imputación concreta en los delitos de negociación incompatible y cohecho en las sentencias emitidas por las salas penales de la provincia de Trujillo, en el período 2011- 2015*. Tesis para obtener el Título de abogado. Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 2017. Disponible en: http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8148/ReyesRios_L%20-%20VilchezGamboa_S.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹³¹ RODRÍGUEZ COLLAO Luis, OSSANDÓN WIDOW María Magdalena, *Delitos Contra la Función Pública, El derecho Penal Frente a la Corrupción Política, Administrativa y Judicial*, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Citado por: ILABACA MÉNDEZ, Francisca. *Delito de negociaciones incompatibles*. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2012, pág. 70. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112854/de-llabaca_f.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Parte II

La prueba en el proceso penal

1. Introducción

En el capítulo anterior, se ha podido llegar a determinar que el sujeto activo comete el delito de negociación incompatible cuando se interesa de manera indebida en un contrato u operación con el Estado, no obstante, este hecho en la mayoría de los casos no se llega a reflejar de manera directa en la realidad, toda vez que el sujeto activo tiene que mostrar el interés indebido, y a partir de esos actos poder determinar la tipificación del tipo penal.

Dicho interés no es de fácil demostración ante los tribunales, por lo que se convierte en todo un reto para el titular de la acción penal, quien tendrá que utilizar las herramientas que tenga al alcance para poder llegar a reconstruir los hechos ante el Juez, donde genere la suficiente convicción de que el sujeto activo realizó el comportamiento penal, sobre todo, que llegue a la certeza de que el sujeto actuó dolosamente. Así mismo, esto también sirve para poder desvirtuar la presunción de inocencia en el imputado¹³², el cual, por ser un derecho fundamental¹³³ es de importancia para nuestro sistema

¹³² Artículo 11º.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. De igual modo, el citado derecho es contemplado en el artículo 14º.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8º.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2º, inciso 24, de la Constitución establece que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Ver en: TALAVERA ELGERA, Pablo. *La prueba en el proceso penal, Manual de derecho probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso común*. Academia de la Magistratura, Lima, marzo, 2009. Disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/la_prueba_nuev_proc_penal.pdf, pág. 35.

¹³³ STC 0618-2005-PHC/TC.

de justicia el tener un adecuado tratamiento, ya que obliga al órgano jurisdiccional realizar una actividad probatoria suficiente y con las garantías de un debido proceso, que lleve a asegurar verdadera sentencia condenatoria con auténticos hechos de prueba. Y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia, no solo del hecho punible sino también de la responsabilidad penal del acusado¹³⁴.

Por tal motivo, resulta importante el estudio de la prueba en el proceso penal, donde se llegará a conocer los aspectos esenciales de esta institución, realizar un análisis, conocer su objeto, y poder determinar -en el caso en concreto- cómo es que se llega a probar el delito de negociación incompatible, para que con posterioridad, teniendo estos conocimientos sobre el ya estudiado “delito de negociación incompatible” y sobre “la prueba en el proceso penal”, lleguemos a conocer sobre cómo poder llegar a probar el dolo en el proceso penal del delito de negociación compatible, el cual se tratará en los capítulos posteriores.

2. La prueba

Antes de poder determinar qué tipo de prueba se utiliza para llegar a demostrar el delito de negociación incompatible dentro de un proceso penal, se debe establecer qué se entiende por prueba, toda vez que se debe llegar a construir los lineamientos generales sobre esta institución procesal.

A manera de generalidad, el profesor Villavicencio Modesto, nos dice que “(...) todo el Derecho Procesal Penal gira alrededor de la angustia de que la verdad material se presente ante la inteligencia del juez con sus

¹³⁴ STC 10107-2005-PHC/TC

contornos precisos, obedeciendo al designio de actualizar los hechos, y de reconstruirlos como ocurrieron en la realidad”¹³⁵.

Así mismo, manifiesta el profesor Cafferata Nores, que la prueba en sentido amplio, “es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente. Esta noción lata, llevada al proceso penal, permitiría conceptuar a la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva”¹³⁶.

La prueba también puede definirse como “la actividad procesal de las partes (de demostración) y del juez (de verificación), por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos alegados en el proceso, según este concepto, lo que buscan las partes mediante el aporte de pruebas es lograr influenciar en la psicología del juzgador”¹³⁷.

El profesor Angulo Morales, igualmente nos señala que, “la prueba es el instrumento útil y pertinente que, promovido por la actuación procesal de parte o de oficio, y que tiene por finalidad lograr los medios de convicción y certeza en el juez, acerca de la verdad de un hecho o de una afirmación, con relevancia de índole penal”¹³⁸.

En esta misma línea argumentativa, la profesora Hernández Miranda, Edith, También nos señala que “gracias a la prueba se puede lograr establecer la verdad jurídica de un determinado hecho de relevancia jurídica y, para el

¹³⁵ VILLAVICENCIO, Modesto. *El hombre y el derecho*. Lima, 1957. Academia de la Magistratura, pág. 3. Disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/tem_dere_proc_pen_fisc/469-490.pdf

¹³⁶ CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. 3ª edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 3.

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ ANGULO MORALES, Marco Antonio. *Introducción al derecho probatorio en el nuevo proceso penal*. Edit. Grijley, Lima, 2009, pág. 27.

caso del Derecho Penal, permite establecer la existencia del hecho delictivo y la identidad de sus responsables”¹³⁹.

El profesor Gonzales Lagier¹⁴⁰, hace hincapié que la palabra “prueba”, tal como se usa por parte de los juristas, tiene una fuerte ambigüedad; ya que los juristas suelen usarla para referirse:

- (a) a la actividad de probar algo;
- (b) a los medios de prueba (es decir, los instrumentos que usamos para averiguar la verdad sobre los hechos del caso);
- (c) al resultado arrojado por los medios de prueba, esto es, a los hechos probados del caso.

Sin embargo, se debe establecer que, “probar” es un tipo de razonamiento o argumento donde se llega a determinar si ciertos hechos históricos ocurrieron de una manera u otra, qué es lo que causó determinado fenómeno natural o, simplemente, por qué supusimos que fue nuestro amigo Pedro el que nos llamó el otro día, mientras estábamos ausentes, son ejemplos de este razonamiento¹⁴¹.

Siendo más concretos podemos coincidir con el profesor Cafferata Nores, cuando nos dice que “la prueba penal, en nuestros días, puede caracterizarse por la utilización de las novedades técnicas y científicas (especialmente captadas por la prueba pericial) para el descubrimiento y la valoración de los datos probatorios, y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de sus resultados. Todo ello, dentro

¹³⁹ HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. “Preceptos generales de la prueba en el proceso penal”. En: REVILLA LLAZA, Percy Enrique (coordinador). *La prueba en el código procesal peruano de 2004*. Gaceta Jurídica. Lima, 2012, pág. 8.

¹⁴⁰ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel (Director), GONZALES LAGIER (Docente) *Diplomatura internacional de especialización en argumentación jurídica: Argumentación en materia de hechos. Introducción a la teoría de la prueba*. Universidad de Alicante, Instituto Palestra: Escuela Iberoamericana de Derecho, Lima, setiembre, 2014, pág. 6.

¹⁴¹ Ídem.

de un marco de respeto por la persona del imputado y de reconocimiento de los derechos de todas las partes privadas”¹⁴².

Por último, debemos dejar en claro que existe distinción entre “probar” y realizar una averiguación y una investigación, para probar es necesario previamente investigar, averiguar o indagar. “La averiguación es siempre anterior en el tiempo a la prueba, así tenemos que se investigan y averiguan unos hechos para poder realizar afirmaciones en torno a estos, y una vez hechas tales afirmaciones es cuando tiene lugar la prueba de estas, es decir, la verificación de su exactitud, así vemos que siendo necesaria la investigación, esta no forma parte del fenómeno probatorio”¹⁴³.

Bajo mi apreciación, sin desmerecer los conceptos otorgados por los autores precedentes, puedo señalar lo manifestado por el doctor Omar Sumaria, quien nos señala que el eje central de la prueba “es construir una premisa fáctica, elegir una hipótesis y tratar de ver cuál es la hipótesis que está más cerca a la verdad”¹⁴⁴, siendo la prueba este instrumento para construir la hipótesis.

¹⁴² CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. 3ª edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 5.

¹⁴³ HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. “Preceptos generales de la prueba en el proceso penal”. En: REVILLA LLAZA, Percy Enrique (coordinador). *La prueba en el código procesal peruano de 2004*. Gaceta Jurídica. Lima, 2012, pág. 10.

¹⁴⁴ SUMARIA BENAVENTE, Omar. *La prueba*. EFAJA Corte de Lima. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=kPGdRLu21pY> (03-04-18)

2.1. Objeto de la prueba

Para el profesor Angulo Morales, el objeto de prueba es “todo aquello que puede ser verificable dentro de un proceso penal, cuyos resultados de la comprobación tienen directa relación de las partes que intervienen en el proceso, desde las diferentes perspectivas que les corresponde asumir¹⁴⁵”. Es decir, todos aquellos datos materiales que se debe y puede probar, y que tienen la capacidad de poder generar una convicción¹⁴⁶.

Para el Código Procesal Penal el objeto de prueba es aquel señalado en el artículo N° 156 sobre a los hechos que se refieran:

- A la imputación
- La punibilidad
- La determinación de la pena o la medida de seguridad
- Así como a los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito

Este mismo cuerpo legal, también, nos señala que no son objeto de prueba aquellas referidas a:

- Las leyes naturales
- La norma jurídica interna vigente
- Aquello que es objeto de cosa juzgada
- Lo imposible.
- Lo notorio.

Cabe destacar también lo señalado por el profesor Gonzalo Lagier, quien señala que puede probarse la existencia de un objeto (que si es un hecho),

¹⁴⁵ ANGULO MORALES, Marco Antonio. *Introducción al derecho probatorio en el nuevo proceso penal*. Edit. Grijley, Lima, 2009, pág. 68.

¹⁴⁶ HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith *Preceptos generales de la prueba en el proceso penal*; REVILLA LLAZA, Percy Enrique (coordinador). *La prueba en el código procesal peruano de 2004*. Gaceta Jurídica. Lima, 2012, pág. 18.

pero no el objeto en sí. Como, por ejemplo, una pistola no puede probarse, pero sí que esa pistola estaba en posesión de un sujeto¹⁴⁷.

Así, el profesor nos precisa que “en ocasiones, se dice que el objeto de prueba no son los hechos propiamente, sino las afirmaciones o enunciados sobre los mismos. En sentido estricto, esto es cierto, aunque esta precisión, si se asume la noción ordinaria de <<verdad>>, no tiene una gran relevancia práctica: lo que pretendemos con la prueba es mostrar que la afirmación acerca de cierto hecho (por ejemplo, que <<Pedro tenía en su poder una pistola>>)”¹⁴⁸.

2.2. Los medios de prueba

Es de necesidad también determinar que cuando hablamos de prueba, no es lo mismo que decir medio de prueba, puesto que son conceptos muy distintos, ya que, “medio de prueba” es la prueba ingresada dentro de un proceso, teniendo una existencia en sí misma, puesto que llegó a ser ofrecida y admitida dentro de un proceso, en nuestro caso, dentro de un proceso penal.

Sobre tal concepto, también, coincide el profesor Cafferata Nores, quien señala que: "Medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso penetre en él para ser conocido por el tribunal y las partes, con respeto del derecho de defensa de éstas. Con este ambivalente propósito, la ley establece separadamente los distintos medios de prueba que acepta

¹⁴⁷ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel (Director), GONZALES LAGIER (Docente) *Diplomatura internacional de especialización en argumentación jurídica: Argumentación en materia de hechos. Introducción a la teoría de la prueba*. Universidad de Alicante, Instituto Palestra: Escuela Iberoamericana de Derecho, Lima, setiembre, 2014, pág. 8.

¹⁴⁸ Ídem.

reglamentándolos en particular, a la vez que incluye normas de tipo general con sentido garantizador”¹⁴⁹.

Por otro lado, la profesora Hernández, Edith¹⁵⁰, nos dice que los medios de prueba son considerados como los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de los hechos sobre el cual versa la causa penal. Así mismo, la mencionada profesora, citando a Moras Mom¹⁵¹, nos refiere que los medios acreditantes tanto de la materialidad del hecho como de la responsabilidad de su autor o partícipe, son los que se rotulan “medios de prueba”.

2.3. Etapa de la prueba dentro del proceso penal

Para poder conocer en qué etapa del proceso penal, es de menester poder ubicarla dentro del proceso penal, así, siguiendo la estructura planteada por el profesor Angulo Morales, Marco¹⁵², podemos señalar lo siguiente:

En la etapa intermedia, el artículo 349° del Código Procesal Penal, prescribe los aspectos que se encuentran contenidos en la acusación fiscal, específicamente sobre la prueba refiere que “La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:

¹⁴⁹ CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. 3ª edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 24.

¹⁵⁰ HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. “Preceptos generales de la prueba en el proceso penal”. En: REVILLA LLAZA, Percy Enrique (coordinador). *La prueba en el Código Procesal peruano de 2004*. Gaceta Jurídica. Lima, 2012, pág. 21.

¹⁵¹ MORAS MOM, Jorge. *Manual de Derecho procesal penal. Juicio oral y público penal nacional*. Sexta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 139. Citado por HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. “Preceptos generales de la prueba en el proceso penal”. En: REVILLA LLAZA, Percy Enrique (coordinador). *La prueba en el código procesal peruano de 2004*. Gaceta Jurídica. Lima, 2012, pág. 23.

¹⁵² ANGULO MORALES, Marco Antonio. *Introducción al derecho probatorio en el nuevo proceso penal*. Edit. Grijley, Lima, 2009, pág.83.

h. Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

Así mismo, el artículo 350° del Código Procesal Penal, señala que:

“La acusación será notificada a los demás sujetos procesales. En el plazo de diez días éstas podrán”:

- f) Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos;*
- g) Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral; o,*
- h) Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.*

En la Audiencia Preliminar, regulada en el artículo 351 del Código Procesal Penal se ha determinado:

1. Presentados los escritos y requerimientos de los sujetos procesales o vencido el plazo fijado en el artículo anterior, el Juez de la Investigación Preparatoria señalará día y hora para la realización de una audiencia preliminar, la que deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días. Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y el defensor del

*acusado. **No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental, para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en el artículo anterior.***

2. La audiencia será dirigida por el Juez de la Investigación Preparatoria y durante su realización, salvo lo dispuesto en este numeral no se admitirá la presentación de escritos.

*3. Instalada la audiencia, el Juez otorgará la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, **los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.** El Fiscal podrá en la misma audiencia, presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; el Juez, en ese mismo acto correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata.*

El artículo 325° del Código Procesal Penal, refiere en el numeral 5:

La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:

- a) Que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso; y*
- b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el Juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos. La resolución que se dicte no es recurrible.*

Finalmente, luego de haberse dictado el auto de enjuiciamiento, cuyo contenido está señalado en el artículo 353°, previa instalación de la

audiencia, se procederá al desarrollo del juicio, para tal efecto, el numeral 2 del artículo 371° declara:

2. *Acto seguido, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.*



3. La prueba indiciaria

*Nunca puede prescindir el criminal, por mucho que se afane, de estas cuatro cosas: **tiempo, espacio, medio de la acción y cuerpo sobre el que ha de obrar**. Son estos cuatros elementos indispensables en la ejecución de toda obra humana, los cuatro testigos incorruptibles, dispuestos a publicar y dar testimonio de nuestras buenas o malas acciones.*

LÓPEZ MORENO, Santiago.

3.1. Introducción

Después de haber realizado un estudio general sobre la prueba en el proceso, específicamente, dentro del proceso penal, podemos llegar a estudiar con mayor profundidad sobre la prueba indiciaria, ya que este tipo de prueba resulta siendo el más eficaz cuando de probar delitos de saco y corbata se trata, específicamente cuando hablamos del delito bajo estudio en la presente tesis.

Como ya lo he venido diciendo con anterioridad, cuando el funcionario público realiza actos delictivos que terminan configurándose dentro del tipo penal del delito de negociación incompatible, por lo general son de difícil probanza, toda vez que, cuando se inicia un proceso penal resulta dificultoso volver a reconstruir estos hechos que configuran el tipo penal, por lo que cuando se busca demostrar ante el juez la comisión de estos hechos delictivos, el juez ante la duda absuelve al imputado, o en el peor

de los casos lo condena, pero por hechos que solo podrían configurarse como irregularidades administrativas, más no la comisión de un delito.

En la actualidad los fiscales utilizan la institución de la prueba indiciaria, para demostrar a los jueces que el sujeto activo cometió, entre otros delitos, el delito de negociación incompatible, ya que brinda las herramientas al acusador para poder crear una teoría del caso y establecer que el imputado realmente cometió el delito; sin embargo, algunas veces resulta insuficiente poder llegar a una conclusión determinante, es decir, ir *“más allá de toda duda razonable”*, por lo que también resulta de necesidad realizar un estudio a la prueba indiciaria para conocer sus aspectos esenciales, conocer sus avances y deficiencias sobre lo que significa la actividad probatoria dentro del proceso penal, y así poder llegar a implementar nuevos criterios que serán abordados en los capítulos siguientes.

3.2. Marco legal

El Código Procesal Penal de 2004 contiene una regulación acorde con la naturaleza e importancia de la “prueba por indicios”. En efecto, en el artículo 158.3 se lee lo siguiente:

“La prueba por indicios requiere:

- i) Que el indicio esté probado;
- ii) Que la inferencia este basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;
- iii) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presente contra indicios consistentes”.

Al respecto, apunta el Dr. Bonifacio Mercado¹⁵³ citando a Talavera Elguera¹⁵⁴, lo siguiente:

“(…) el Código Procesal Penal no define la prueba por indicios o prueba indiciaria, sino que se limita a fijar sus elementos estructurales, como que el indicio esté probado y que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. Del mismo modo los requisitos para valorar la concurrencia de indicios contingentes: su pluralidad, concordancia y convergencia, así como que no se presenten contraindicios consistentes (art. 158°.2)”.

3.3. Nociones generales

Cuando ocurre un hecho o acontecimiento que no queda registrado de forma directa para que pueda ser verificado con posteridad, surge la necesidad en los operadores jurídicos de poder buscar algún otro método que pueda ayudar a probar el suceso de algún hecho pasado, puesto que de lo contrario surgiría en nuestra sociedad una alta tasa de impunidad y de ineficacia por parte del Derecho Penal para perseguir los delitos relacionados a corrupción de funcionarios. Por este motivo es que se llega a utilizar la prueba indiciaria, que ayuda a acercar lo más posible a la demostración de algún hecho o acontecimiento criminal, y que resulta siendo el método no más perfecto, pero si el más eficaz en la actualidad en la lucha contra la delincuencia de saco y corbata.

¹⁵³ BONIFACIO MERCADO, Charles Paul. “La prueba indiciaria en la jurisprudencia”. URQUIZO VIDELA, Gustavo (Coordinador). *La Prueba en el proceso penal*. Gaceta Jurídica. S/d, pág. 170.

¹⁵⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo Proceso Penal*. Academia de la Magistratura, Lima, 2009, pág. 137. Disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/la_prueba_nuev_proc_penal.pdf

En ese sentido, si en principio empezamos a hablar sobre qué entendemos por indicios, considero que podemos citar al profesor Lamas Puccio¹⁵⁵, quien nos señala que “la etimología del concepto de indicio, hablamos de la voz latina *indicium* es un derivado de *indigiere*, significa indicar, hacer conocer, mostrar, probar, etc., en virtud del cual se establece una relación lógica entre el hecho indicador y un hecho indicado. La palabra “indicio” significa ‘señal o signo aparente y probable de que existe una cosa’.

Con respecto a su naturaleza, el Dr. Arias Quispe nos indica que es “necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta”¹⁵⁶. Es decir, el agente bajo otras fuentes probatorias ayudado por un argumento adecuado se puede acercar lo más posible a la verdad de los hechos que se quiere probar.

Del mismo modo, el doctor Córdón Aguilar¹⁵⁷, nos refiere que en la prueba indiciaria “se conocen determinados hechos que no son aquellos sobre los que se funda la causa, es decir, no son los que se pretende constatar; sin embargo, a partir de ellos y mediante una operación mental, el juzgador logra concluir en la verificación del hecho o hechos principales. En otras palabras, en orden a los conceptos expuestos, la prueba indiciaria será siempre indirecta, pues la actividad desplegada con los distintos medios de prueba se dirige a acreditar determinados hechos que servirán de base para, mediante la labor intelectual a cargo del juzgador, lograr su convencimiento con relación a la constatación de otros hechos que son los

¹⁵⁵ LAMAS PUCCIO, Luis. *La prueba indiciaria en los delitos de lavado de activos*. Instituto Pacífico, Lima, 2007, pág. 56.

¹⁵⁶ ARIAS QUISPE, Wilbert. *La prueba indiciaria y la importancia de su aplicación en la justicia militar*. Tesis para optar el magister en Derecho. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006, pág. 52. Disponible en: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/3321/arias_qw.pdf;jsessionid=DC2B3EB3F248BFA76852E4F46B2C9AA7?sequence=1

¹⁵⁷ CORDÓN AGUILAR, Julio. *Prueba Indiciaria y Presunción de Inocencia en el proceso penal*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, pág. 81. Disponible en: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIndiciaria.pdf

que la parte interesada persigue tener por ciertos en el proceso para lograr la aplicación de la norma jurídica”.

Siendo más conciso, Pisfil Daniel, citando al doctor San Martín Castro, entienden que la prueba indiciaria, “es un complejo constituido por diversos elementos. Desde una perspectiva material se tiene: un indicio o hecho base indirecto, un hecho directo o consecuencia y un razonamiento deductivo (presunción judicial) por el cual se afirma un hecho directo a partir del mediato”.

Por otro lado, García Caveró¹⁵⁸ nos señala que no existe una denominación que pueda ser la más adecuada, para poder tener un consenso sobre el concepto de prueba indiciaria. “Por esta razón, la utilización del término de prueba indiciaria o prueba por indicios no se hace por la convicción de ser la más precisa, sino por una cuestión puramente tradicional, en la medida que esta denominación es la que más se ha utilizado en la literatura procesal nacional”.

De este modo, si queremos llegar a conocer o por lo menos llegar a entender con respecto a la prueba indiciaria, podría decir que, el persecutor del delito cuando trata de encontrar pruebas contundentes contra sus posibles sospechosos, lo primero que empieza es con la búsqueda de indicios que resultan siendo contundentes y que ayudan a poder reconstruir hechos pasados donde surgió el hecho criminal, posteriormente empieza a reconstruir los hechos con estos indicios, para posteriormente demostrar el actuar doloso del sujeto imputado.

A manera de ejemplo, para conocer sobre cómo se utiliza la prueba indiciaria, podemos señalar la motivación por parte de la Corte Suprema¹⁵⁹,

¹⁵⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Editorial Reforma, Lima, 2010, pág. 35.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria, RN. N° 3651- 2006- Lima.

para determinar la culpabilidad de la imputada Giuliana LLamoja (caso mediático en nuestro país), donde nos menciona lo siguiente:

*“Se enfatiza que para determinar la responsabilidad penal de la procesada Giuliana Llamoya, utiliza la denominada prueba indiciaria, la misma que no solo responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino a un razonamiento lógico; señalando los siguientes indicios; **a)** Indicios de presencia o de oportunidad física, referidos a que el acusado se encuentre por las inmediaciones o en el lugar donde aconteció el hecho delictuoso; **b)** Indicios de participación en el delito, el cual consiste en aquél dato objetivo que nos permita afirmar acerca de la participación del procesado en el hecho imputado; **c)** Indicios de motivo, el cual no es sino el contexto donde ocurre un hecho delictuoso, es decir, como -expresa la sentencia- se parte del presupuesto de que no existe acto voluntario sin motivo o móvil; **d)** Indicios de actitudes sospechosas, los cuales –según la sentencia- se manifiestan en actitudes o comportamientos del sujeto, anteriores o posteriores al hecho, que por su especial singularidad o extrañeza permiten inferir una relación con el delito cometido; **e)** Indicios de personalidad, donde se toma en cuenta la conducta del sujeto y su personalidad; **f)** Indicios anteriores, la cual nuevamente se hace mención al contexto donde se suscitaron los hechos instruidos; **g)** Indicios subsiguientes, conducta posterior -que según la ejecutoria suprema- consiste en establecer si las manifestaciones exteriores del individuo al que se le acusa tiene un patrón constante, tanto antes como después del hecho delictivo; **h)** Indicio de inconsistencia lógica, donde se analiza el relato fáctico y justificativo del imputado o su*

defensa; estos indicios son apreciadas en su conjunto e interrelacionadas entre sí por la Corte Suprema¹⁶⁰”.

De este modo, como se puede apreciar, la Corte con la reconstrucción que hizo el ministerio público llegó a utilizar múltiples indicios que llevaron a determinar bajo un razonamiento lógico y máximas de la experiencia, que la imputada llegó a cometer el delito. Ahí la utilidad de la prueba indiciaria, ya que a la falta de pruebas que lleguen a determinar de manera directa la culpabilidad del imputado, se puede llegar a utilizar otros hechos verídicos que bajo un razonamiento lógico se puede volver a reconstruir los hechos.

3.4. Presunción de inocencia y actividad probatoria

Siendo la presunción de inocencia un derecho fundamental, es de necesidad que, si el juzgador la desvirtúa, a través de la prueba indiciaria, es obligatorio que esta se haga con la debida valoración de los medios probatorios indirectos, puesto que, si no se llega a determinar de la forma adecuada, puedes condenar a un inocente a purgar condena vulnerando sus derechos fundamentales y desnaturalizando el verdadero fin del Derecho Penal.

Esto se podría reforzar con lo señalado por el profesor Lamas Puccio¹⁶¹, quien nos señala que “el establecimiento de la responsabilidad penal del imputado a través de la prueba indiciaria, repercute en tres ámbitos de los derechos fundamentales y humanos de las personas que se encuentran sometidas a un proceso penal: a saber, el derecho a la presunción de

¹⁶⁰ Ejemplo citado del artículo de PISFIL, Daniel. “La prueba indiciaria y su relevancia en el proceso penal”. En: *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Volumen 5, Lima, 2014, pág. 19. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/10373/10825>

¹⁶¹ LAMAS PUCCIO. Luis. *La prueba indiciaria en los delitos de lavado de activos*. Instituto Pacífico, Lima, 2007, pág. 85.

inocencia, el derecho al control y a la producción de la prueba y motivación de las resoluciones judiciales”.

García Caveró, también nos habla sobre que “no es suficiente que exista indicios para desvanecer la presunción de inocencia si no puede establecerse un enlace suficiente y directo entre los indicios y el hecho a probar conforme a las reglas de la lógica y la experiencia. La cuestión central será, por consiguiente, precisar cuáles son las condiciones necesarias para que los indicios puedan cumplir con el estándar probatorio exigido para dar por acreditada la responsabilidad penal del inculpado”¹⁶².

De este mismo modo también la judicatura lo ha venido señalando, cuando la Primera Sala Penal de Junín (Exp. N° 2000-440)¹⁶³, en el considerando tercero ha establecido: “(...) *que el hecho enjuiciado es indudablemente un hecho histórico que es preciso reconstruir a través de una actividad probatoria dirigida al juez desde las partes, procurando que este obtenga convicción plena que luego le permita **formular la declaración fáctica contenida en el hecho probado de la sentencia**; pero acontece que en la formación de este convencimiento judicial intervienen pruebas y presunciones, aquellas como instrumentos de verificación directa de hechos ocurridos, mientras que estas permiten la misma acreditación pero a través de supuestos de certidumbre que se denominan presunciones (...)*”.

¹⁶² GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Editorial Reforma, Lima, 2010, pág. 91.

¹⁶³ BONIFACIO MERCADO Charles Paul. *La prueba indiciaria en la jurisprudencia* Urquiza Videla Gustavo (Coordinador). *La Prueba en el proceso penal*. Gaceta Jurídica. S/d, pág. 163. Del mismo modo, el TC en el expediente STC N° 00728-2008-HC/TC, *nos señala que: el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si esta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139, inciso 5, de la Constitución(...)*”.

Siguiendo a Tapia Liendo¹⁶⁴, se debe establecer que la valoración de la prueba en el proceso penal es un trabajo intelectual donde se llega a una libre valoración pero utilizando el raciocinio, para alcanzar una adecuada interpretación de estos medios de prueba, conforme lo establece en el artículo 158 del Código adjetivo, respetando las reglas de la sana crítica, especialmente las de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. En virtud de ello, el juzgador tiene la libertad para evaluar los medios probatorios actuados lícitamente sin que estos tengan un valor asignado.

3.5. Requisitos mínimos para utilizar la prueba indiciaria

Por ser la prueba indiciaria un método indirecto de prueba que puede llegar a privar de libertad a una persona, es que se tiene la necesidad de utilizar requisitos mínimos que puedan llevar a por lo menos tener una sentencia debidamente motivada.

Así, según la doctora Hernández Miranda¹⁶⁵, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos:

- El hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio);
- El hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos,

¹⁶⁴ TAPIA LIENDO, Gina Pamela. "Valoración de la prueba indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 79, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2016, pág. 6. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/22e0bb004ccc2830aa8baeb8adeb3b40/D_Tapia_Liendo_160516.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=22e0bb004ccc2830aa8baeb8adeb3b40

¹⁶⁵ HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. "Preceptos generales de la prueba en el proceso penal". En: REVILLA LLAZA, Percy Enrique (coordinador). *La prueba en el código procesal peruano de 2004*. Gaceta Jurídica. Lima, 2012. Bajo esta misma apreciación también se señala en el exp. N° 00728- 2008-PHC.

- El enlace o razonamiento deductivo.

Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

La jurisprudencia¹⁶⁶ también nos señala que “solo se puede enervar la presunción de inocencia si se cumplen determinados requisitos, tales como los indicios o hechos base estén definitivamente probados, que los indicios sean graves, plurales y concordantes y convergentes entre sí, sin contraindicios consistentes, y que la regla de la inferencia responda cabalmente a los cánones de la lógica, la ciencia y la experiencia (...)”.

Así mismo, también la Corte Suprema¹⁶⁷ utilizó otros criterios a los señalados en la anterior jurisprudencia, donde nos indica lo siguiente:

” (...) para analizar la presunción de inocencia implica un triple control: Juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad”.

Así mismo, también refiere dicha sentencia que, en materia de prueba indiciaria, para que la prueba incriminatoria termine por ser válida es preciso:

1. *Que los hechos indicadores o hechos base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear –deben estar por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos y concomitantes con el hecho a probar*
2. *Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados*

¹⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Transitoria. R.N. N° 152- 2015.

¹⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria. Casación N° 628- 2015.

3. *Que la inferencia realizada a partir de aquellos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de la experiencia fiables –entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo.*
4. *Que cuente con la motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158° apartado 3 del Código Procesal Penal- tiene que exteriorizar los hechos que estén acreditados, o indicios, y sobre todo que explicité el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia, y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida (...).”*

De este modo, puedo llegar a concluir que cuando no existan las suficientes pruebas directas que demuestren el actuar delictivo del imputado, a través de la prueba indirecta, se puede utilizar criterios claros y convincentes que puedan generar la suficiente convicción de que el sujeto realmente ha cometido el ilícito penal¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Al respecto, Zencenarro Monge, nos indica que: *Si bien los hechos objeto de prueba de un proceso penal, y en específico, en aquellos por delitos de corrupción de funcionarios, no siempre son comprobados mediante los elementos probatorios directos, para lograr ese cometido debe acudir a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado y a la prueba penal indirecta de otro lado, y en esta segunda modalidad que se haga referencia a los indicios y a las presunciones.* Ver en: ZENCENARRO MONGE, Karla. *La prueba indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios.* s/d, pág.7. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MYFYIS3pOQMJ:www.teleley.com/articulos/art-030212.pdf+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

Una labor complicada para los operadores jurídicos, pero de vital importancia para no dejar en la impunidad a muchos funcionarios públicos, que, por las circunstancias del delito, hacen que sea casi imposible poder contar con el suficiente material probatorio que pueda demostrar su culpabilidad. Más aún se complica la tarea, si tenemos en cuenta que por las circunstancias, muchos funcionarios públicos cuando tienen el poder del Estado a su favor, pueden dificultar la labor probatoria.

Por otro lado, el solo hecho de utilizar métodos que otorga la prueba indiciaria, en algunos casos solo puede llegar a probar eventos o irregularidades administrativas en los funcionarios públicos, cuando cumplen sus funciones administrativas y de representación del aparato estatal en las contrataciones u operaciones con particulares.

También se puede llegar a la conclusión de que existe vacíos cuando de probar el dolo en el funcionario público se refiere, puesto que, del estudio realizado, no se ha podido llegar a advertir un análisis tanto de la doctrina como la jurisprudencia sobre la probanza del dolo. Dejando un vacío que debe ser abordado por parte de los investigadores del derecho penal, para poder reforzar la probanza del actuar doloso del imputado, a través de la prueba indiciaria.

Parte III

El dolo y su problema probatorio

1. Introducción

Cuando se habla sobre el aspecto subjetivo del delito de negociación incompatible, nos topamos con la dificultad de poder observar el fuero interno de la persona, lo cual, de por sí ya resulta ser una dificultad cuando dentro del proceso se debe llegar a determinar su culpabilidad.

Por otro lado, el fuero interno no puede constituir objeto de una intervención penal, porque el pensamiento no representa peligro alguno para la sociedad, puesto como bien lo plantea el profesor Caro John¹⁶⁹ “¿Qué derechos puede lesionar un pensamiento, por muy indecoroso que sea? El pensamiento no delinque: *¡cogitationis poenam nemo patitur!*”, esto a su vez se puede establecer como una protección de la persona sobre el aparato estatal que no puede intervenir y regular el aspecto interno de la persona. Pongámonos a pensar el solo hecho de que el Estado también podría intervenir en nuestras mentes, donde podría observar y controlar nuestros pensamientos. Por mi parte considero que sería una “locura” y una completa limitación de nuestra libertad de pensamiento¹⁷⁰.

¹⁶⁹ CARO JOHN, José. *Imputación subjetiva*. Ponencia del curso internacional de Derecho Penal, Lima, 2006, pág. 2. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_52.pdf

¹⁷⁰ Así el profesor Caro John, nos dice que: *Tanto psicologicistas como normativistas coinciden en afirmar que, en la relación Ciudadano-Estado, el fuero interno de la persona marca la frontera que el Derecho penal no puede atravesar en el tratamiento de lo subjetivo. Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como persona en Derecho. Con mucha razón Jakobs afirma a este respecto que “sin su ámbito privado el ciudadano no existe”. No en vano los romanos dieron suma importancia a la garantía de *internis non judicat praetor*, esto es, que “el juez no juzga el fuero interno”.*

Siendo el dolo quien explica de manera adecuada el *querer delinquir*, nos topamos con el inconveniente de que este solo ocurre en el fuero interno, por lo que cuando se trata de probar el dolo resulta siendo una tarea difícil pero necesaria, puesto que “todos los Derechos Penales de todos los países, tratan de representar e identificar los estados mentales que tuvo o tiene una persona, cuando comete un delito, todo esto para llevarlo a una sanción”¹⁷¹. Pero como se explicó en el capítulo III, si bien no se puede llegar a conocer el fuero interno, podemos utilizar otros medios de prueba que nos ayuden a determinar la presencia del dolo cuando ocurre un hecho jurídico, como es la prueba indiciaria.

Cabe recordar que la ausencia o presencia del dolo resulta fundamental al momento de llegar a señalar las penas en los sujetos, ya que como ocurre en el delito de negociación incompatible, cuando una empresa resulta beneficiada irregularmente por el Estado, puede ocurrir que este beneficio sea o bien por una torpeza del funcionario público, que no actuó con la debida diligencia o que pudo ocurrir que el funcionario actuó deliberadamente para beneficiar a dicha empresa.

Ahora bien, para el presente capítulo nos vamos a centrar en el aspecto doloso, toda vez que ya se ha llegado a estudiar los aspectos básicos dentro del segundo capítulo donde se habló sobre negociación incompatible y el tercer capítulo que se habló sobre la prueba en el proceso penal, teniendo ya en esta etapa, los conocimientos necesarios para centrarnos en el estudio netamente del dolo y su prueba.

Así las cosas, en primer lugar empezaremos señalando la imputación subjetiva, para posteriormente hablar sobre la doctrina tradicional del “dolo”, puesto que en principio se debe tener una noción básica sobre la construcción que se ha dado sobre su concepto por parte de la doctrina, en

¹⁷¹ GONZALES SOLANO, Gustavo. “El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia jurídica”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.º 114, Universidad de Costa Rica, 2007, pág. 37. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13621/12935>

tanto como bien lo ha señalado el profesor Bustinza Siu¹⁷², “los artículos 11°, 12° y 14° de nuestro Código Penal (que tiene como una de sus fuentes modélicas al Código penal alemán de 1975) el legislador ha optado por no definir lo que ha de entenderse por dolo y por imprudencia dejando esta labor a la doctrina y a la jurisprudencia”.

Así mismo, también estudiaremos las diferentes posiciones que han tomado los doctrinarios con respecto a determinar si el dolo es el conocimiento y la voluntad de querer realizar un hecho típico, o solo resulta siendo el conocimiento de querer realizar un hecho típico, donde se llegará a tomar posición por alguna de ellas, y que nos ayudarán a llegar a determinar criterios para la probanza del dolo dentro del proceso penal.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, también se debe tomar en cuenta lo dicho por el profesor Elky Villegas, quien nos señala que “la adscripción a una de dichas posturas (*postular de dolo como conocimiento y voluntad, o postura del dolo solo como conocimiento*) es una cuestión baladí, pues los diferentes conceptos de dolo conducen a consecuencias claramente divergentes en dos ámbitos que aparecen indisolublemente unidos: el político-criminal y el estrictamente dogmático”¹⁷³.

Sin embargo, para la presente tesis esta distinción resulta ser de importancia y deberá ser realizada con la debida motivación para así darle un mayor sustento a los criterios que quiere llegar a proponer, todo esto con la finalidad de poder dotar al “dolo” desde una perspectiva político criminal o desde una perspectiva netamente dogmática, teniendo un concepto general y pudiendo establecer un lenguaje común que pueda

¹⁷² BUSTINZA SIU, Marco. *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*. Tesis para obtener el grado de maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, pág. 10. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5258>

¹⁷³ VILLEGAS PAIVA, Elky. *Los delitos culposos y el dolo eventual en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pág. 85.

explicar de manera adecuada los criterios que se proponen para la presente tesis.

2. Imputación subjetiva

Creus Carlos, citado por el profesor Elky Villegas¹⁷⁴, señala que cuando ocurre un delito, “el Derecho sanciona de dos formas al imputado por sus acciones, donde se les reprocha desde el aspecto objetivo como del aspecto subjetivo. Por la primera, el sujeto responde fundamentalmente porque su acción menoscabó un bien jurídico; con ello el derecho pretende, primordialmente, volver a equilibrar las relaciones de “bienes” que la acción desequilibró. Por la segunda forma, el sujeto responde porque la acción se le puede reprochar por haber actuado con voluntad de desconocer el mandato protector del bien jurídico, sea porque directamente ha querido violarlo o por haber aceptado violarlo, sea por no haber atendido, como debió hacerlo, a la posibilidad de violarlo”.

Por lo que cuando hablo de determinar la culpabilidad del sujeto imputado, no se debe solo verificar que realmente este haya cometido el delito, sino que también se debe verificar si el sujeto actuó conociendo que su acción llevaría a una acción típica.

Para el delito de negociación incompatible se debe tener en cuenta que, no solo se debe conocer todos los elementos del tipo objetivo, interviniendo a través de cualquier acto que revele un interés especial en un contrato u operación. El delito de negociación incompatible se trata de un delito eminentemente doloso.¹⁷⁵ De ahí que radica la importancia del elemento doloso cuando hablamos de sancionar al sujeto.

¹⁷⁴ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 232. Citado por: VILLEGAS PAIVA, Elky. *Los delitos culposos y el dolo eventual en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pág. 14.

¹⁷⁵ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico. Lima, 2015, pág.101.

Tal afirmación también lo ha establecido la judicatura cuando nos dice que el dolo pasa por la parte procesal por una adecuada prueba y motivación en la resolución judicial, ya sea cuando se lo afirma y sostiene o cuando se lo niega¹⁷⁶. El juez debe explicar de modo necesario el tipo subjetivo, esto es, debe dar razones de por qué considera una conducta como dolosa. Tan importante como la prueba y motivación del aspecto subjetivo del hecho es la demostración y la fundamentación con base en pruebas (confesión, indicios) de la concurrencia o no del elemento subjetivo; de tal manera que si dicho elemento no se recoge en la sentencia, esta deviene en nula¹⁷⁷.

Si no se llega a determinar el dolo dentro del proceso penal, a pesar de que el fiscal realizó una debida acusación, seguido los plazos correspondientes, se haya verificado una adecuada defensa en el imputado, el juez de garantías verificó todo los plazos y realizado un adecuado control de acusación, de nada serviría, si al final del proceso cuando se emita la sentencia no se haya dado una adecuada valoración al aspecto subjetivo, donde radica la importancia de saber si el actuar del funcionario público resultó siendo uno de infracción administrativa o una de infracción penal.

¹⁷⁶ Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, expediente N° 00183-2011.

¹⁷⁷ CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacifico. Lima, 2015, pág.103.

3. Dolo

3.1. Concepto tradicional del dolo

De forma tradicional se ha conceptualizado al dolo como el conocimiento y la voluntad (elemento cognoscitivo y el elemento volitivo). Entendiendo por dolo el “conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total del injusto”¹⁷⁸.

La realización del tipo objetivo es *dolosa* cuando el autor ha *sabido* de ella y la ha *querido*. El *dolo*, por tanto, es el *conocimiento y la voluntad de la realización del tipo*. En otras palabras, el dolo es la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva de un bien jurídico, es decir, una acción que realiza un tipo penal¹⁷⁹.

En ese sentido, en la actualidad y con críticas se acepta que el dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo y es el núcleo de todos los hechos punibles dolosos, así como también el dolo puede abarcar los elementos que agravan o atenúan la pena, según sea el caso. Es así que el dolo se presenta con una función

¹⁷⁸ Véase en: ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Tomo I. 2ª edición. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1997, pág. 415. FIGUEROA SAN MARTIN, Ignacio, RIVERA ROA, María F y CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro (profesor guía). *La prueba del dolo ejemplificada en un caso de responsabilidad penal de fabricantes de productos defectuosos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales*. Universidad de Chile, Santiago, 2016, pág.5. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142737>. RAGÜES I VALLES, Ramón. *Consideraciones sobre la prueba del dolo*. Revista de estudios de la Justicia. N.º 4, año 2004, pág. 13. Disponible en: <http://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/15029/15450>

¹⁷⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Manual del Derecho Penal, Parte General*. Edit. Temis, Bogotá, 1996, pág. 103.

reductora, como una de las bases alternativas de imputación subjetiva que impiden la responsabilidad objetiva¹⁸⁰.

En efecto, cuando se trata de realizar estos elementos como máximamente antijurídica (dolosa) hace falta que el contenido de la intención se corresponda aproximadamente con la descripción de la acción realizada. Asimismo, que tal intención resulte coherente con los conocimientos que posee el sujeto. Y que dichos conocimientos sean coherentes entre sí. De lo contrario, entrarán en juego atenuaciones, llegando a juzgarse solo como culpa la acción cometida¹⁸¹.

No obstante, a ello, actualmente, se debate si el dolo requiere conocimiento y voluntad (teoría de la voluntad) o solo se requiere el conocimiento (teoría de la representación). Por lo que si bien hoy en día, aún es dominante la teoría de la voluntad, ya existen algunos autores¹⁸² que sostienen que el dolo solo requiere conocimiento.

¹⁸⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal Parte General*. 6ta edición. Edit. Grijley. Lima, 2017, pág. 354.

¹⁸¹ PAREDES CASTAÑON, José Manuel. "Problemas metodológicos en la prueba del dolo". *Nuevo Foro Penal*. Universidad EAFIT, Medellín, pág.4. Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3823/3122>

¹⁸² RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. José María Bosch editor, Barcelona, 1999. QUIROZ SALAZAR, William F. *La prueba del dolo, en el proceso penal acusatorio garantista*. Ideas Solución Editorial, Lima, 2014. SANCHEZ VERA-, GOMEZ, Javier. *Nuevas tendencias normativas en el concepto de la prueba del dolo*. Transcripción de la ponencia presentada en las XXVII, Jornadas Internacionales de Derecho Penal, "Principio de Culpabilidad y Proceso Penal". Universidad de Externado Colombia, Bogotá, 24 agosto de 2005.

3.2. Discusión sobre el contenido del dolo

Citando al Juez Quiroz Salazar, nos refiere que el tratadista López Barja de Quiroga, señala que “para determinar la esencia del dolo, es necesario referirnos a la discusión entre los partidarios de la teoría de la voluntad y los que refieren a la teoría de la representación. La teoría de la voluntad considera que la esencia del dolo hace recaer todo el peso del concepto de dolo en la voluntad. Por el contrario, la teoría de la representación considera que basta con la representación del resultado que ha de realizar el autor”¹⁸³.

Ambas teorías tienen a diferentes doctrinarios que la defienden y toman posición por una de ellas, por lo que desde mi perspectiva y para dar un mayor sustento a mi propuesta de tesis, es que también debo inclinarme por alguna de esas teorías, o bien me inclino por la teoría cognitiva o bien por la teoría volitiva, para poder llegar a explicar el contenido del dolo. Cuando nos encontramos dentro de un tipo doloso y culposo, y cómo podemos demostrarlo dentro de un proceso penal, que es lo que tiene por finalidad este trabajo de investigación.

Por tal motivo, realizaré un estudio breve tanto de la teoría cognitiva como la volitiva sobre el concepto de dolo, para después llegar a tomar posición por alguna de estas teorías. Sin perjuicio de señalar, lo ya manifestado por el profesor Elky Villegas¹⁸⁴, quien indica que “si llegásemos a tomar posición por la teoría cognitiva, es decir, tener al dolo como puro conocimiento, la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente (o culpa con y sin representación) perderá buena parte de su sentido, en la medida en que la primera categoría se integraría dentro del contenido del

¹⁸³ López Barja de Quiroga, Jacobo. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Editorial Arazandi. Navarra, 2009, pág. 468. Citado por QUIROZ SALAZAR, William F. *La prueba del dolo, en el proceso penal acusatorio garantista*. Ideas Solución Editorial, Lima, 2014, pág.32.

¹⁸⁴ VILLEGAS PAIVA, Elky. *Los delitos culposos y el dolo eventual en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pág. 75.

dolo eventual, quedando como única modalidad posible de comisión culposa la inconsciente. Por lo que distintos delitos penados como imprudentes llegarían a penarse como comportamientos dolosos, toda vez que desaparecería la “culpa consiente” como tal”.

3.3. El aspecto tradicional de la teoría volitiva

La teoría volitiva concibe al dolo como el conocimiento y la voluntad de querer realizar el tipo penal, por lo que según esta teoría el que sabe que está realizando o llegando a configurar comportamientos que se subsumen dentro del catálogo de delitos del Código Penal, también tiene que “querer” llegar a cometerlo.

“Por ejemplo, condenar a alguien por un delito de homicidio doloso la determinante es probar que el sujeto quería¹⁸⁵ matar cuando disparó o cuando golpeó a otro”¹⁸⁶.

La teoría volitiva no niega a la teoría cognoscitiva, por el contrario, para la teoría volitiva el conocimiento es un presupuesto necesario para afirmar la voluntad y por ello en la caracterización de la conducta dolosa se distinguen dos elementos psicológicos: un elemento cognitivo y otro volitivo, siendo éste último el que diferencia la conducta dolosa de la imprudente. Para las teorías volitivas del dolo, el elemento cognitivo también concurre en la imprudencia consciente o con representación, sólo que en la conducta

¹⁸⁵ Subrayado es nuestro.

¹⁸⁶ RAMOS TAPIA, Inmaculada. *La discusión dogmática sobre el concepto de dolo y la tendencia hacia una teoría cognitiva*. En: Maestría en ciencias penal de la Universidad San Martín de Porres, Lima, s/d, pág. 5. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/temas_teor%C3%ADa_del_delito/materiales/dr_Raul%20Pariona/5_Inmaculada_Ramos.pdf

imprudente el sujeto prevé o se representa el resultado, pero no lo quiere, sino que actúa en la confianza de que no se realice¹⁸⁷.

La teoría volitiva utiliza un concepto amplio de voluntad que abarca dentro del ámbito de lo doloso otras constelaciones de casos en las que la voluntad se manifiesta con menos intensidad que en las conductas intencionales. Por ello, se distinguen tradicionalmente tres clases de dolo, según la intensidad con que se manifieste la voluntad de realización del tipo penal: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual¹⁸⁸.

Ahora bien, para poder llegar a abordar de manera más específica el aspecto volitivo del dolo, debo referirme de manera breve sobre los tres aspectos (según la teoría volitiva) de la manifestación de voluntad del sujeto al querer cometer el delito (dolo directo, dolo de segundo grado, dolo eventual).

Posteriormente, me centraré en el dolo eventual, quien resulta siendo para la teoría volitiva “la frontera entre el dolo y la culpa”. De este modo, tendremos las propuestas de la teoría volitiva para poder llegar a probar dentro de un proceso penal cuando el sujeto comete dolo o culpa.

a. El Dolo directo

El dolo directo es la manifestación de voluntad con mayor reflejo que puede existir cuando de manifestar la intención del sujeto activo se trata, puesto que el resultado es lo que precisamente quiso el sujeto con su acción delictiva, es decir el resultado refleja de sobremanera la intención de la conducta del agente.

Como, por ejemplo: el que busca matar a otro con disparos de arma de fuego y lo alcanza. En esta clase de dolo predomina el aspecto volitivo; por

¹⁸⁷ Ídem.

¹⁸⁸ Ídem.

eso algunos autores han considerado llamarlo denominarlo intención o propósito¹⁸⁹.

Podría decirse que el dolo directo, por contener los aspectos más plenos de conocimiento y voluntad, tiene la mayor posibilidad de poder llegar a probar su existencia dentro de un proceso penal, puesto que la voluntad se refleja de la manera más clara, y no deja lugar a dudas la existencia de culpa.

b. El dolo directo de segundo grado

Cuando el sujeto quiere llegar a cometer algún ilícito penal, puede ocurrir que también exista consecuencias necesarias e inevitables con su actuar doloso. No es necesario, que el agente crea que es segura la realización de la consecuencia ulterior, pues es solo suficiente que esté vinculada con su suceso perseguido¹⁹⁰.

En estos casos conocimiento y voluntad se consideran inescindibles: quien se ha representado como seguro un resultado como consecuencia de su acción actúa con voluntad de ocasionar el resultado, aunque no lo desee. Las consecuencias representadas como seguras son asumidas en su voluntad por el autor, se consideran "co-queridas"¹⁹¹.

¹⁸⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal Parte General*. 6ta edición. Edit. Grijley. Lima, 2017, pág. 369.

¹⁹⁰ Ídem.

¹⁹¹ RAMOS TAPIA, Inmaculada. *La discusión dogmática sobre el concepto de dolo y la tendencia hacia una teoría cognitiva*. En: Maestría en ciencias penal de la Universidad San Martín de Porres, Lima, s/d, pág. 5. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/temas_teor%C3%ADa_del_delito/materiales/dr_Raul%20Pariona/5_Inmaculada_Ramos.pdf

c. El dolo eventual

El dolo eventual ocurre cuando el sujeto no tiene el propósito de causar el resultado, tampoco se lo ha representado como seguro, pero sí se representa la realización del tipo como posible, es decir, es consciente de que su acción conlleva un peligro de realización del resultado. A falta de un tercer título de imputación subjetiva¹⁹²

Al respecto, señala el profesor Villavicencio¹⁹³, que de acuerdo a la fórmula de Franck, nos señala que existe dolo eventual si el sujeto se dice a sí mismo: *Será así o de otra manera esto o lo otro, en todo caso yo actúo*. Por el contrario, no habrá dolo eventual si el agente, luego de representarse el resultado como algo posible y probable, se hubiera abstenido de actuar, entonces estarías ante una figura de culpa consiente, aquí el sujeto se dice: *Si yo supiese que ha de tener lugar el resultado delictivo, dejaría enseguida de actuar*.

Cabe precisar que, como ya lo dije con anterioridad, el dolo eventual resulta siendo el límite entre el dolo y la culpa, por tal motivo, llegar a determinar cuando el sujeto cometió el ilícito de forma dolosa o culposa resulta siendo de necesidad para los operadores jurídicos a fin de sancionar adecuadamente al sujeto imputado, como bien lo señala la profesora Ramos Tapia Inmaculada, al sostener que, “con esta modalidad del dolo se quiere impedir que aquellas conductas realizadas con una “aceptación” por el autor del eventual resultado típico reciban la respuesta penal de la imprudencia. La cuestión que ha originado las múltiples teorías sobre el dolo eventual, por lo que es necesario determinar un criterio que permita

¹⁹² Ib ídem, pág.7.

¹⁹³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal Parte General*. 6ta edición. Edit. Grijley. Lima, 2017, pág. 371.

distinguir las conductas doloso-eventuales de las meramente imprudentes”¹⁹⁴.

3.4. Criterios para determinar el dolo según la teoría volitiva

Las teorías que voy a presentar a continuación tratan de establecer parámetros que ayuden a determinar un límite, o establecer la frontera entre el dolo eventual y la culpa (imprudencia). Teniendo como factor común el considerar que el elemento esencial y característico del dolo es la voluntad de producción del resultado antijurídico. Es cierto que reconocen al conocimiento como elemento indispensable del dolo, pero este conocimiento solo es relevante en cuanto sirve de base al acto de voluntad¹⁹⁵. En realidad, estas teorías no pretenden ofrecer una definición del dolo eventual sino ofrecer criterios para determinar su prueba en el proceso penal¹⁹⁶.

¹⁹⁴ RAMOS TAPIA, Inmaculada. *La discusión dogmática sobre el concepto de dolo y la tendencia hacia una teoría cognitiva*. En: Maestría en ciencias penal de la Universidad San Martín de Porres, Lima, s/d, pág. 7. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/temas_teor%C3%ADa_del_delito/materiales/dr_Raul%20Pariona/5_Inmaculada_Ramos.pdf

¹⁹⁵ HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”. Traducción de María Del Mar Díaz Pita. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLIII, Fasc. III, Ministerio de Justicia, Madrid, setiembre - diciembre de 1990, p. 920. Citado por : VILLEGAS PAIVA, Elky. *Los delitos culposos y el dolo eventual en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pág. 14

¹⁹⁶ RAMOS TAPIA, Inmaculada. *La discusión dogmática sobre el concepto de dolo y la tendencia hacia una teoría cognitiva*. En: Maestría en ciencias penal de la Universidad San Martín de Porres, Lima, s/d, pág. 8. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/temas_teor%C3%ADa_del_delito/materiales/dr_Raul%20Pariona/5_Inmaculada_Ramos.pdf

a. Teoría del consentimiento

Para poder explicar la teoría del consentimiento, me remitiré a lo ya manifestado por el profesor Claus Roxin, cuando nos dice que “esta teoría exige que, para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, **que el sujeto lo haya aprobado interiormente, que haya estado de acuerdo con él**¹⁹⁷: *Precisamente ahí (...), en la aprobación del resultado como una realidad interior autónoma añadida a la previsión de la producción del mismo, radica la característica esencial del dolo eventual*. Si se toma literalmente el criterio de la “aprobación”, se ha de exigir que al autor le agrade el resultado, que se alegre de él”¹⁹⁸. En otras palabras, el autor no solo se representa la posibilidad de la realización del tipo, sino que, además, asiente interiormente a su realización –aprueba el resultado o lo acepta aprobándolo¹⁹⁹.

Sin embargo, dentro de esta teoría surge la dificultad de la exigencia de que se pruebe un hecho que no se ha dado en la realidad, ya que obliga a que el juez se plantee por el sujeto activo lo que éste nunca se planteó, ya que se llega a confundir lo querido con lo consentido llegando a considerar como cierto lo que parecía probable²⁰⁰.

¹⁹⁷ Resaltado es nuestro.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Tomo I. 2a edición. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1997, pág. 430.

¹⁹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXIX, Fasc. II, Ministerio de Justicia, Madrid, mayo-agosto de 1986, p. 397. Citado por: VILLEGAS PAIVA, Elky. *Los delitos culposos y el dolo eventual en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pág. 75.

²⁰⁰ HAVA GARCÍA, Esther. “Dolo eventual y culpa consciente: Criterios diferenciadores”. En: *Anuario de Derecho Penal 2003: Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano*. Fondo Editorial de la PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2003, pág. 11. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf

Es decir, esto tendría una apreciación más subjetiva por parte del Juez, basado en sus apreciaciones sociales o prejuicios morales, como bien lo explica la profesora Hava García, cuando nos dice que “lo que en verdad decide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona. En el primer caso, se llegará a la conclusión de que habría dicho que sí a la causación del resultado antijurídico antes que renunciar al propósito que directamente perseguía. Y en el segundo caso, su aspecto bonachón inclinará a pensar que si el resultado se lo hubiera imaginado como cierto no habría actuado como lo hizo, con la consecuencia de que sólo podrá ser castigado por imprudencia. Todo ello es (autoritario) Derecho penal de autor y no (democrático) Derecho penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho”²⁰¹.

b. Teoría de la indiferencia o del sentimiento

Según esta teoría, surge el dolo eventual cuando el individuo da por buenas, o recibe con indiferencia, las posibles consecuencias accesorias negativas derivadas de su acción, y sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán²⁰².

Al respecto, el profesor Elky Villegas²⁰³ citando a Luzón Peña, nos refiere con respecto a los cuestionamientos que se le formulan es “si bien la indiferencia puede tener carácter indiciario para la presencia del dolo eventual, no puede –sin embargo–ser el único criterio diferenciador por

²⁰¹ Ídem.

²⁰² Íb ídem, pág.12.

²⁰³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Dolo y dolo eventual: reflexiones”. En: Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coordinadores). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Vol. 1, Ediciones Universidad de Castilla - La Mancha / Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1118. Citado por: VILLEGAS PAIVA, Elky. *Los delitos culposos y el dolo eventual en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pág. 76.

cuanto el elemento “indiferencia” también se encuentra en la culpa consciente, en tanto que esta se caracteriza por un actuar descuidado e irreflexivo”.

La teoría de la indiferencia o del sentimiento no puede responder satisfactoriamente a dos graves inconvenientes que sigue presentado: señalar a la indiferencia como paradigma delimitador entre el dolo eventual y la imprudencia consciente implica, en primer lugar, que persista el riesgo de que resulte enjuiciada la personalidad del autor, en lugar de su acción; y supone, en segundo lugar, desconocer que lo decisivo es a favor o en contra de qué se decida el autor, y no con qué sentimientos, deseos o esperanzas lo haga²⁰⁴.

c. Teoría de la decisión contra el bien jurídico

Dados los inconvenientes que presentan las teorías anteriores, ha surgido en la doctrina alemana una nueva tendencia, con cierto refrendo en España y Perú, que se caracteriza sobre todo por el rechazo de las posiciones que identifican, de forma más o menos explícita, el elemento volitivo con las actitudes emocionales del sujeto con respecto al objeto penalmente protegido, sin que ello suponga renunciar a la constatación de dicho elemento para afirmar la existencia de dolo eventual²⁰⁵. Por lo que se trata de superar la idea de tener al elemento volitivo con posiciones emocionales del sujeto (que este aprobara el resultado o que sintiera indiferencia por el).

²⁰⁴ HAVA GARCÍA, Esther. “Dolo eventual y culpa consciente: Criterios diferenciadores”. En: *Anuario de Derecho Penal 2003: Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano*. Fondo Editorial de la PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2003, pág. 12. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf

²⁰⁵ Idem.

Explica esta teoría que el sujeto cuando decide encaminar un delito, este incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta "decisión por la posible lesión de bienes jurídicos" es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente²⁰⁶.

3.5. Defensa de la teoría volitiva

Uno de los mayores exponentes del Derecho Penal alemán, Claus Roxin²⁰⁷, manifiesta que “los empeños en suprimir totalmente el elemento volitivo-emocional están condenados al fracaso. Es cierto que no pertenece al dolo ninguna "aprobación" en el sentido de que el sujeto deba considerar deseable el resultado”. Tampoco es exigible una actitud sentimental de "absoluta indiferencia" frente a la producción del resultado. Pero no se puede anular el elemento "pronóstico-irracional" " que se integra en la decisión por la posible lesión del bien jurídico y que distingue mediante el "tomarse en serio" el peligro o la "confianza" en un desenlace airoso”. O bien se ha de incluirlo, como hacen la mayoría de los defensores de un concepto de dolo puramente cognitivo, en el concepto del saber, con lo cual no varía materialmente nada”; o bien se han de desfigurar los fenómenos reales mediante la reducción a sus componentes intelectuales”.

²⁰⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pág.425.

²⁰⁷ Ídem, pág. 446.

Ahora bien, quien también nos otorga argumentos fuertes en favor de la “teoría volitiva” es la profesora María Del Pilar Díaz Pita²⁰⁸, por lo que para la presente investigación es a quien tomaré como referencia para la defensa de dicha teoría.

a. El aspecto volitivo como criterio diferenciador entre dolo e imprudencia

La profesora nos señala que, para poder llegar a diferenciar al dolo de la imprudencia, es necesario establecer que cuando el sujeto tenga datos suficientes para calcular dicha posibilidad, la imprudencia ha de suponer una decisión de realizar un hecho típico no teniendo el autor a su alcance todos los datos relevantes para la norma pero siendo esa decisión desvalorada por suponer una falta de cuidado.

Por otro lado, el nivel de conocimiento puede servir como graduación para separar los supuestos de error de los supuestos de acierto puesto que, al fin y al cabo, el error no es más que un juicio falso, o sea, afecta a la capacidad cognitiva. Una vez que estamos en el ámbito de los «aciertos», la modulación del conocimiento como exclusiva base en la que se asienta algo tan trascendental como es privar de derechos a un ciudadano durante un tiempo más o menos largo, parece demasiado débil y poco respetuosa con el principio de igualdad.

La conclusión resulta evidente: la línea divisoria entre dolo e imprudencia la dibuja el aspecto intelectual referido al peligro de producción del resultado lesivo. Por lo que si tenemos al dolo como solo un elemento cognitivo.

²⁰⁸ DEL MAR DÍAZ PITA, María. *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, pág.61 a 71. En: *Revista Penal. com*. N.º 17. 2016 Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/267/257>.

b) El aspecto cognitivo no puede ser el eje central del dolo

Señala la profesora María Del Pilar Díaz Pita, criticando al profesor Feijoo Sanchez²⁰⁹, quien refiere que: *“el aspecto cognitivo es eje central del dolo, puesto que sitúa el centro de gravedad del dolo de forma exclusiva, en el conocimiento del sujeto, conocimiento que sólo abarcará el peligro de producción del resultado lesivo, ya que, en su opinión, el resultado no puede ser conocido por el sujeto puesto que es un hecho del futuro y los hechos del futuro sólo pueden ser abarcados intelectualmente en forma de cálculo, previsión o predicción. La actuación dolosa, pues, se caracteriza por un conocimiento sobre el riesgo y no sobre el resultado”*.

Sin embargo, la profesora Díaz Pita²¹⁰, refiere que el simple conocimiento no puede constituir la base de la imputación puesto que los conocimientos del sujeto no son aptos para la infracción del deber que subyace por igual al dolo y a la imprudencia; antes bien, el fundamento de la imputación se encuentra en la decisión tomada por el sujeto. Hablar de «decisión» en el ámbito del dolo significa, nos guste o no, hablar de voluntad, de presencia, en la forma que sea, de voluntad por parte del sujeto. No tenemos más que acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, donde, bajo la voz «decisión» encontramos la siguiente entrada: Mover a uno la voluntad a fin de que tome cierta determinación.

²⁰⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», en CPC nº 65, 1998, pp. 269 a 364.

²¹⁰ DEL MAR DÍAZ PITA, María. *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, pág.61 a 71. En: *Revista Penal. com.* Nº 17. 2016 Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/267/257>

C) La decisión del ser humano como forma de vincularse con su entorno

La doctora María Del Pilar Díaz Pita, refiriendo a Castilla Del Pino²¹¹, argumenta que no es suficiente tener al aspecto cognitivo para que el ser humano llegue a actuar dolosamente, puesto que el ser humano solamente puede vincularse con su entorno a través de las decisiones que éste llegue a tomar de acuerdo al conocimiento que haya obtenido con la experiencia. “Para vincularse con los objetos, el sujeto requiere procesos cognitivos y procesos desiderativos: conocer y, de entre lo que se conoce, desear: así se resume la conjunción del ser humano con los objetos de su entorno (...)”.

Encontramos así, una vinculación cognitiva y una vinculación desiderativa del sujeto con su entorno, determinando la ausencia de alguna de ellas la existencia de una patología en el mismo

El término «desear» es un término que, en Derecho penal, es rechazado (y con razón) por actualizar reminiscencias de otros sistemas penales felizmente superados, como es el Derecho penal de autor, en el que, como de todos es sabido, la personalidad del sujeto y no sus hechos, determinaban la responsabilidad de aquél.

La vinculación desiderativa permite al sujeto aceptar o rechazar, es decir, seleccionar los objetos que formarán parte de su entorno: Gracias a esta doble posibilidad de vinculación afectiva, de aceptación o de rechazo, el sujeto organiza su entorno para su adaptación.

²¹¹ Castilla del Pino, Teoría de los sentimientos, 3ª ed., Barcelona, 2000, págs. 55 y ss. Citado por: DEL MAR DÍAZ PITA, María. *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, pág.61 a 71. En: *Revista Penal. com*. N.º 17. 2016 Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/267/257>

3.6 Teoría cognoscitiva: una alternativa para probar el dolo

Frente a la teoría volitiva del dolo, para las teorías cognitivas, lo característico de la conducta dolosa es la actuación voluntaria con conocimiento de los elementos del tipo, sin exigencia de ningún requisito adicional de carácter volitivo respecto al resultado lesivo. La delimitación entre dolo e imprudencia se realiza con un criterio exclusivamente cognitivo (conocimiento/ desconocimiento). Se defiende que el único elemento común y definidor de todas las conductas dolosas frente a la imprudencia es el conocimiento²¹².

En ese sentido, resulta siendo el elemento cognitivo el elemento central del dolo, desechando a la teoría volitiva como elemento importante del dolo. Para el profesor Ragués²¹³, Los actuales partidarios de concepciones meramente cognitivas sobre el dolo, continuadores del espíritu de la teoría de la representación o posibilidad²¹⁴, señalan que quien actúa

²¹² RAMOS TAPIA, Inmaculada. *La discusión dogmática sobre el concepto de dolo y la tendencia hacia una teoría cognitiva*. Universidad de Granada, s/d, pág.15. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/temas_teor%C3%ADa_del_delito/materiales/dr_Raul%20Pariona/5_Inmaculada_Ramos.pdf

²¹³ RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. José María Bosch editor, Barcelona, 1999, pág. 88- 89.

²¹⁴ La teoría de la **representación o posibilidad** fue esbozada inicialmente por Schröder en la posguerra, y desarrollada posteriormente con detalle por Schmidhäuser, la teoría de la representación o posibilidad parte de dos premisas teóricas fundamentales: en primer lugar, la mera representación, por parte del autor, de la posibilidad de que su acción sea adecuada para producir el resultado típico debería ya hacer desistir al sujeto de seguir actuando; en segundo lugar, la confianza en que el resultado no se producirá encierra en sí misma la negación de esa posibilidad, y por tanto excluye el dolo. De ello se extrae la conclusión de que todas las formas de imprudencia imaginables se reducen a una sola, la imprudencia inconsciente: la denominada culpa con representación se incluye en el ámbito del dolo eventual; la creencia errónea de que el resultado no se producirá equivale a ausencia de representación y, por tanto, a imprudencia inconsciente. Ver en: HAVA GARCÍA, Esther. "Dolo eventual y culpa consciente: Criterios diferenciadores". En: *Anuario de Derecho Penal 2003: Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano*. Fondo Editorial de la PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2003, pág. 03. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf

voluntariamente siendo consciente de la posible realización del tipo, necesariamente lo aprueba en sentido jurídico²¹⁵. Esta afirmación, señala Ragués, puede hacerse extensiva a otros requisitos pretendidamente volitivos con los que la jurisprudencia suele caracterizar al dolo eventual, como son el “aceptar”, “resignarse” o “conformarse” con la realización típica.

Así, el doctor Ragués, da una severa crítica a los seguidores de la teoría volitiva, ya que señala que quien simplemente acepta, se conforma o se resigna con la realización del tipo jurídicamente quiere dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente, por lo que podría afirmarse que en la práctica estos requisitos pseudovolitivos, como el “aceptar”, “conformarse” o “resignarse”, se deducen, sobre todo, de la circunstancia de que un sujeto no haya desistido de su conducta pese a ser consciente del riesgo de realización típica que conllevaba²¹⁶.

En este sentido, siendo el elemento volitivo algo que se llega a inferir automáticamente con el actuar del sujeto, pese al conocimiento, genera la duda de que en realidad sea necesario que se desarrolle conceptualmente el elemento volitivo, desprendiéndose del dolo como elemento para su configuración.

²¹⁵ Al igual que la teoría de la representación (posibilidad), **la teoría de la probabilidad** también rechaza el elemento volitivo y considera el centro de la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente en el elemento cognitivo. Se diferencia de la teoría de la posibilidad por considerar que para afirmar la existencia del dolo no basta con la conciencia de la mera posibilidad, sino que es necesaria la conciencia y representación de la probabilidad, es decir, de un determinado grado de posibilidades respecto de la producción del hecho típico o de la creación de un cierto grado de riesgo o peligro para el mismo. En tal sentido, "(...) concurre dolo eventual cuando el autor se representa la realización del tipo como (muy) probable -con un alto grado de posibilidades, y a pesar de ello actúa admitiendo o no su realización; habría culpa con representación cuando el autor se representa la realización del tipo con un grado de posibilidad lejano o remoto". Ver en: CHANG KCOMT, Romy. *Dolo Eventual e Imprudencia Consciente: Reflexiones en torno a su Delimitación*. Asociación Civil Derecho y Sociedad, pág. 06-07. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13232/13843>

²¹⁶ RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. José María Bosch editor, Barcelona, 1999, pág. 88- 89.

Se puede deducir de esto que, con lo manifestado por el profesor Ragués, existe un adelantamiento del dolo en aquellos casos donde ocurra culpa consciente, puesto que la culpa consciente desaparece y se convierte en algo meramente doloso, como bien lo señala la profesora Romi Chang Kcomt²¹⁷, quien grafica la diferencia entre la teoría volitiva de la teoría cognitiva de la siguiente forma:

•Dolo 1	Dolo 2	Dolo Eventual	I. Consciente	I. inconsciente
Conoce	Conoce	Conoce	Conoce	No conoce (debió hacerlo)
Quiere el resultado	Acepta el resultado	No quiere el resultado pero asume su producción	No quiere el resultado pero confía en la no producción	No quiere el resultado

Por tanto, la distinción tradicional de tres clases de dolo, basada en la distinta intensidad con que el sujeto quiere el resultado típico, deja de tener sentido.²¹⁸, por lo que la definición de dolo como conocimiento y voluntad, según el profesor Ragués²¹⁹, ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y por los tribunales, hasta el punto de poderse afirmar que, hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de

²¹⁷ CHANG KCOMT, Romy. *Dolo Eventual e Imprudencia Consciente: Reflexiones en torno a su Delimitación*. Asociación Civil Derecho y Sociedad, pág. 04. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13232/13843>

²¹⁸ RAMOS TAPIA, Inmaculada. *La discusión dogmática sobre el concepto de dolo y la tendencia hacia una teoría cognitiva*. En: Maestría en ciencias penal de la Universidad San Martín de Porres, Lima, s/d, pág. 15. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/temas teoria del delito/materiales/dr Raul%20Pariona/5 Inmaculada Ramos.pdf

²¹⁹ RAGÜES I VALLES, Ramón. *Consideraciones sobre la prueba del dolo*. Revista de estudios de la Justicia. N.º 4, año 2004, pág.01. Disponible en: <http://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/15029/15450>

forma simple pero contundente, el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento.

Por otro lado, en los delitos de resultado, esta exigencia se concreta entendiendo que, para afirmar el dolo, basta con que el sujeto haya obrado con conocimiento del riesgo concreto de producción del resultado. En cambio, en los delitos de mera actividad es suficiente con que el sujeto sepa que en su comportamiento concurren aquellos elementos que integran el tipo objetivo penal²²⁰.

Una conclusión que, por lo demás, resulta plenamente coherente con la circunstancia de que aquello que excluya el dolo en los textos legales vigentes sea sólo el error y no una inexistente causa de eliminación de la voluntad²²¹.

No quiero cerrar este capítulo sin antes dar un señalamiento a lo manifestado por el profesor Caro John²²², quien también tiene un apego hacia la doctrina cognitiva, donde refiere que “para la existencia del dolo bastará con imputar el conocimiento necesario para que reconozca los riesgos implícitos de su conducta y las consecuencias lesivas que ello acarrea, las mismas que defraudan las expectativas sociales²²³ para la convivencia pacífica”.

Por otro lado, también refiere el profesor Caro John, adhiriéndose a la posición de Feijoo Sánchez²²⁴, que “cuando se trata de exponer el aspecto

²²⁰ Ídem.

²²¹ Ídem.

²²² CARO JOHN, José. La objetivación del conocimiento susceptible de imputación en el Derecho Penal, en: CAR JOHN, José. Manual teórico- práctico de teoría del delito. Ara Editores, Lima, 2014. Citado por QUIROZ SALAZAR, William F. *La prueba del dolo, en el proceso penal acusatorio garantista*. Ideas Solución Editorial, Lima, 2014, pág. 59.

²²³ El profesor Ragués, también tiene un concepto dirigido hacia un sentido social, cuando nos refiere que: “*Existe dolo cuando, a partir de un sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal*”. Ver en: RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. José María Bosch editor, Barcelona, 1999, pág. 353.

²²⁴ Ídem.

volitivo dentro de los delitos de mera actividad, esto resultan absurdos, como por ejemplo, *sería absurdo sostener que no actúa dolosamente quien ingresa a un domicilio ajeno sabiendo que no cuenta con autorización de su titular, pero <<sin haber querido hacerlo>>*. Por lo que se puede establecer que la tripartición del dolo, basada en una graduación de la intensidad de la voluntad, haya sido concebida única y exclusivamente para los delitos de resultado”.

4. Toma de posición

Después de haber desarrollado todo lo relevante sobre el dolo, su conceptualización tradicional, el aspecto volitivo, y el aspecto cognoscitivo, hemos logrado conocer las nociones generales sobre que es lo que se entiende por dolo en la actualidad, así mismo, hemos advertido sobre la lucha dogmática que actualmente existe; por lo que se debe tomar en consideración las siguientes conclusiones:

En primer lugar, se puede establecer que el dolo surge dentro del fuero interno de las personas, donde se llega a desarrollar el conocimiento sobre su conducta, para, posteriormente, llegar a cometer el ilícito penal.

En segundo lugar, tenemos que la conceptualización del dolo no se encuentra establecida dentro de nuestro código penal, por lo que ha dejado un margen de estudio y desarrollo por parte de la doctrina.

En tercer lugar, tenemos al concepto tradicional del dolo, que contiene al dolo cognoscitivo y al dolo volitivo como sus conceptos tradicionales.

El problema surge sobre cómo poder llegar a determinar y probar el dolo dentro de un proceso penal por el delito de negociación incompatible, por lo que cuando hemos realizado este estudio, necesariamente nos encontramos con la discusión entre la teoría volitiva y la teoría cognoscitiva,

donde el sector que defiende a la teoría volitiva señala que esta debe prevalecer cuando de determinar el dolo se trate, puesto que uno de sus principales argumentos es que la imputación se encuentra en la decisión tomada por el sujeto.

Por otro lado, tenemos a la teoría cognoscitiva, quien nos señala que para efectos de llegar a determinar el dolo, no es necesario llegar a establecer el aspecto volitivo, puesto que el dolo solo resulta siendo el conocimiento de realizar el tipo penal, ya que, quien simplemente acepta, se conforma o se resigna con la realización del tipo jurídicamente quiere dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente.

Dicho esto, para la presente tesis, considero que se debe llegar a tomar posición por alguna de estas teorías con la finalidad de sentar una clara postura sobre qué es realmente el dolo, y de ahí sentar las bases para llevarlo a determinar dentro de un proceso penal, sobre todo, saber cuándo ocurre el dolo en el delito de negociación incompatible.

Entonces, si primero tomo en consideración lo ya manifestado en mi planteamiento de problema, donde indico el contexto social en el cual nos encontramos, haciendo referencia a los índices de corrupción que han avanzado en demasía sobre el Estado, debo señalar que la política criminal del Estado peruano debe ser de un cambio hacia la búsqueda de una mayor practicidad dentro del proceso y no ir por el camino de la lucha meramente dogmática.

Dicho lo anterior, si tomamos en consideración el aspecto volitivo, podemos establecer que este tiene la ventaja de definir claramente los diferentes estadios del dolo, tal como es el dolo directo, dolo indirecto, dolo eventual, culpa consiente y culpa inconsciente; sin embargo, dicha diferencia ocurre dentro de la fase interna del sujeto, por lo que mi pregunta vendría de la siguiente forma: ¿realmente se puede llegar a determinar el aspecto volitivo en la práctica procesal?

Y esta pregunta viene junto con el divorcio que existe con el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, ya que siendo el dolo un aspecto dogmático del Derecho Penal Parte General, y la determinación del dolo un aspecto procesal, ¿podríamos definir y acreditar dentro de un proceso jurisdiccional?

Al tratar de responder esta pregunta, puedo decir que “aquí es donde el aspecto volitivo fracasa”, puesto que, al ser un desarrollo meramente dogmático, psicológico²²⁵, y no práctico la teoría volitiva fracasa indefectiblemente, puesto que al no tomar en consideración que el dolo se desarrolla en el fuero interno de las personas el Derecho Penal no puede ingresar, el Derecho Penal se vuelve en inefectivo para el conjunto de la sociedad.

Por tal motivo, considero que el objeto del dolo no debe girar tanto en los conceptos jurídicos de carácter psicológicos que se han venido desarrollando, sino que, más bien, dolo es las circunstancias de los hechos acaecidos cuando ocurre un delito, y que a partir de esas circunstancias es donde el Derecho empieza a valorar si realmente este existió el dolo en el sujeto imputado²²⁶.

²²⁵ *El rechazo a la concepción psicologista puede ser atribuido a dos grandes causas: en primer lugar, algunos autores entienden que la concepción psicologista padece del terrible defecto de no poder ser llevada a la práctica, por lo que se proponen criterios distintos para hacer aplicable el concepto de dolo. En segundo lugar, otros autores consideran que por principio, al derecho penal no le interesa la realidad psicológica, sino otras realidades que le permitan cumplir de modo más efectivo su función en la sociedad. Ver en: QUIROZ SALAZAR, William F. La prueba del dolo, en el proceso penal acusatorio garantista. Ideas Solución Editorial, Lima, 2014, pág. 48.*

²²⁶ RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. José María Bosch editor, Barcelona, 1999, pág. 297.

4.1. La atribución normativa del dolo

Debemos recordar que para la teoría cognoscitiva basta que el sujeto cuando realiza algún acto que llegue a subsumirse dentro de algún tipo penal, este se cuente con los conocimientos suficientes para poder determinarse que su actuar está siendo doloso, o como bien lo afirma el profesor Ragués, “existe dolo cuando a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”²²⁷.

Ahora bien, a partir de ahí podemos empezar a construir una valoración externa del dolo, puesto que este siendo una construcción del Derecho, cuando un tercero quiere atribuir el dolo a un sujeto, este debe empezar realizando una atribución normativa del dolo, y por atribución normativa del dolo se debe entender a toda valoración externa que realiza el Juez.

Es decir, en palabras del juez Quiroz, “cuando se realice la probanza judicial del dolo esta se debe hacer a partir de los actos externos acreditados o refutados por las partes intervinientes en el juicio oral que han sido declarados y probados por el Juez; y es ahí vía inferencias probatorias que se atribuye al sujeto activo, haber tenido los conocimientos de la infracción del deber antes de la manifestación de su conducta al mundo exterior”²²⁸.

La comprensión normativa del dolo parte de la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata ni se verifica, si no que se imputa. Dicho conocimiento adquiere así una configuración distinta, en la medida que deja de ser un fenómeno psicológico ocurrido en la cabeza del autor

²²⁷ Ibidem, pág. 353.

²²⁸ QUIROZ SALAZAR, William F. *La prueba del dolo, en el proceso penal acusatorio garantista*. Ideas Solución Editorial, Lima, 2014, pág. 66.

durante la realización del delito y pasa a convertirse en una imputación de conocimientos a partir de criterios normativos²²⁹.

4.2 Criterios con los que se podría probar el dolo

Ahora bien, después de haber sentado posición por la teoría cognoscitiva, es necesario empezar a proponer criterios normativos que resulten necesarios para poder llegar a imputar el dolo en el sujeto cuando se llega a cometer el delito de negociación incompatible, dichos criterios se tomarán como referencia los propuestos por el profesor Ramón Ragués I Valles, quien refiere en establecer una serie de reglas básicas de atribución de conocimiento que concreticen el criterio, y a la vez faciliten la tarea del operador jurídico y la hagan, a su vez, previsible, y por tanto eviten la arbitrariedad.

Para el profesor las reglas de atribución de conocimiento se derivan del inequívoco sentido social de la conducta del sujeto y se asemejan estructuralmente a las llamadas “reglas de la experiencia”, empleadas procesalmente para la valoración de la prueba y a partir de las cuales, se da por probado un hecho en una sentencia, y en tal sentido la aplicación de tales reglas sería revisable en casación, según la estructura tradicional de este recurso²³⁰.

²²⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de *Derecho penal, parte general*. 2ª edición. Editorial Grijel, Lima, 2008, pág. 409.

²³⁰ RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. José María Bosch editor, Barcelona, 1999, pág.362.

Reglas de atribución:

a) Conocimientos mínimos²³¹:

Por el sólo hecho de considerar “normal” a una persona, es decir, jurídico-penalmente imputable, se le atribuyen determinados conocimientos sin los cuales tal normalidad no es posible. Corresponde distinguir, entre conocimientos mínimos en sentido estricto, los comunes a toda persona, y conocimientos mínimos en sentido amplio, los que pueden faltar en una persona imputable por socialización exótica. Este criterio de los conocimientos mínimos, permite superar la problemática de las ausencias irracionales de representación, pues con base en lo que se determina es que, si es imputable, tales representaciones se tienen, y si no se tienen es porque se es inimputable.

b) Transmisiones previas de conocimientos²³²:

“si se acredita que con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido trasmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento”. Idéntico tratamiento debe dispensarse a los supuestos en que el propio sujeto quien, con anterioridad al hecho, exteriorizada expresamente o por actos concluyentes (*exteriorización previa*) que cuenta con ciertos conocimientos.

c) Exteriorización del propio conocimiento²³³:

“si el propio sujeto exterioriza que conoce algo, sea a través de declaraciones explícitas, sea a través de actos concluyentes, se le atribuye poseer dicho conocimiento”.

²³¹231 Ib ídem, pág. 379.

²³² Ib ídem, pág. 403.

²³³ Ib ídem, pág. 411.

d) Características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos²³⁴:

Si el sujeto ejerce una determinada profesión, procede de un determinado lugar, tiene un determinado nivel cultural, entonces posee los conocimientos que hacen posibles tales características personales. El principio, es el siguiente: “sólo deben imputarse a un sujeto aquellos conocimientos que vayan intrínsecamente ligados al hecho de reunir unas determinadas características personales, es decir, aquellos conocimientos sin los que sería impensable que pudiera reunir tales características.

e) La imputación del correcto <<conocimiento situacional>>²³⁵:

La imputación dolosa requiere que al sujeto que haya realizado una conducta objetivamente típica sea posible atribuirle una plena consciencia de la situación en la que ha actuado, siempre que los elementos que lo conforman dicha situación tengan relevancia desde el punto de vista del tipo penal.

Es decir, para que pueda afirmarse que alguien ha creado dolosamente un riesgo de producción de un resultado es imprescindible que se cumplan tres requisitos: en primer lugar, que un sujeto activo sepa que una conducta, bajo determinadas circunstancias, resulta apta para producir un resultado (correcto conocimiento de la aptitud lesiva en abstracto); en segundo lugar, que el sujeto sea consciente de que la situación concreta en la que lleva a cabo tal conducta concurren las circunstancias objetivas que la hacen aptas para producir un resultado (correcto conocimiento situacional); finalmente, que el sujeto integre los anteriores conocimientos en un juicio de concreta aptitud lesiva, es decir, que se representen que, si lleva a cabo su conducta bajo las circunstancias dadas, es perfectamente posible que el resultado acaezca.

²³⁴ Ib ídem, pág. 425.

²³⁵ Ib ídem, pág. 443.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS Y RESULTADOS

1.1. La prueba del dolo en el delito de negociación incompatible: análisis jurisprudencial

Después de haber realizado un desarrollo teórico sobre el delito de negociación incompatible, el aspecto probatorio procesal, el dolo y su problema probatorio, considero que es necesario pasar al siguiente capítulo, donde desarrollaré y aplicaré los conocimientos que hemos podido establecer en el capítulo anterior, con la finalidad de poder llegar a determinar el dolo en el delito de negociación incompatible.

En ese sentido, para el presente capítulo se va a utilizar los criterios establecidos por el profesor Ramón Ragués I Valles, con la finalidad de verificar cómo se está probando el dolo en el delito de negociación incompatible, para tal motivo, se ha escogido un total de diez sentencias que nos servirán de referencia con la finalidad de analizarlas y poder llegar a determinar si realmente se está probando el aspecto subjetivo del tipo penal.

Cabe destacar también que se tomará en cuenta todo lo relacionado a la posición que se ha llegado a establecer con respecto a los requisitos esenciales para que se llegue a determinar el delito de negociación incompatible, como resulta siendo la acreditación del provecho propio o de un tercero, además de ello, también se tomará en cuenta todo lo

concerniente a la prueba indiciaria, con la finalidad de resolver teniendo en cuenta los parámetros procesales desarrollados.

1.1. Sala Penal Permanente R.N.N 661- 2009- Lima.

Fundamentos de hechos probados

Que, conforme a la acusación fiscal de fojas mil doscientos cincuenta y nueve, el Informe Especial número doscientos treinta y siete guión dos mil cinco elaborado por la Contraloría General de la República respecto de las obras ejecutadas por la Municipalidad de San Isidro durante los años mil novecientos noventa y siete, dos mil y dos mil uno concluyó lo siguiente:

Los encausados Bendezú Bendezú -ex miembro del Comité de Recepción de Obras- y Tiburcio Morón -ex Director de Obras Públicas e inspector de Obras- aprobaron las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las obras de "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Dos de Mayo y Jorge Basadre", sin contar con solicitud y autorización de trabajos habituales; que se recepcionó la obra con participación del residente de obras sin constatar el metraje realmente ejecutado, con lo que se favoreció a los contratistas quienes se vieron beneficiados con el pago por metrados no ejecutados ascendente a la suma de doce mil novecientos cuarenta y seis nuevos soles con noventa y un céntimos, contando para ello con la participación del encausado Hans Jurgen Fidel Busse León; que los imputados Tagle Pizarro -ex Director de Desarrollo Urbano y ex Miembro del Comité de Recepción de Obras- y Vásquez Solís -ex Miembro del Comité de Recepción de Obras- favorecieron, directa e indirectamente, a la empresa Constructura Tres Sociedad Anónima contratada por la Municipalidad de San Isidro para la ejecución de la obra "Refuerzo y Señalización Horizontal de las avenidas Aurelio Miroquesada y Alberto del Campo", para lo cual recepcionaron la

misma con la participación del residente de obra en representación del contratista, sin constatar el metraje realmente ejecutado y señalaron que la misma se realizó de conformidad con el expediente técnico y el contrato de ejecución de obra, lo que benefició a la aludida empresa con el pago de metrajes no ejecutados, no obstante que la recepción se efectuó quince meses después de su culminación; que el encausado Vivar Espinoza, en su calidad de ex miembro del Comité de Recepción de la obra "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Aurelio Miroquesada (cuadras diez y once) y Alberto del Campo (cuadras uno y dos)", con participación del residente de obra en representación del contratista, recibió la misma sin constatar el metraje realmente ejecutado y señaló que se ejecutó de conformidad con el expediente técnico respectivo y el contrato de ejecución de obra, sin formular ninguna observación técnica, pese a que la recepción se efectuó quince meses posteriores a su culminación; que los encausados Becerra Verástegui -ex Directora de Desarrollo Urbano- y Arias Torres -ex Jefe de la División de Obras Municipales-, quienes también integraron el Comité de Recepción de la obra "Refuerzo Asfáltico y Señalización Horizontal en la avenida Canaval y la calle Moreyra y calle Ricardo Ángulo Ramírez (ex calle uno)", aprobaron las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las referidas obras sin contar con solicitud y autorización de trabajos adicionales, así como recibieron las mismas con la participación del residente de obra, sin constatar el metraje realmente ejecutado y ocasionando un perjuicio a la entidad edil ascendente a cincuenta y cinco mil ciento treinta nuevos soles con veinticuatro céntimos; que el encausado Dejo Almeida -ex Jefe de la División de Proyectos-, quien también se desempeñó como Inspector, Asesor y Miembro del Comité de Recepción de las obras "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Dos de Mayo y Jorge Basadre, y la calle Ricardo Ángulo Ramírez" y "Refuerzo Asfáltico, Señalización Horizontal de las avenidas Aurelio Miroquezada (cuadras diez y once), Alberto del Campo (cuadras uno y dos) y Enrique Canaval y

Moreyra", aprobó las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las referidas obras, sin contar con solicitud y autorización de trabajos adicionales, así como recepcionó las obras con participación del residente de obra sin constatar el metraje realmente ejecutado, de suerte que favoreció a los contratistas, quienes se vieron beneficiados con el pago de metrajes no ejecutados; que del informe de la Contraloría se evidencia que en algunas de estas obras se consignaron liquidaciones mayores a los metrados considerados en el expediente técnico, lo que ocasionó a la entidad edil un perjuicio económico de setenta y dos mil trescientos veinticuatro nuevos soles por pago de metrados no ejecutados; que estos hechos se calificaron como delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, vigente al tiempo de la comisión del hecho punible (actualmente previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código acotado.

Criterios o decisión de la sala

Que el ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo abarca todos los procedimientos de un proceso de contratación pública que concluye con el consentimiento y otorgamiento de la buena pro, en los que se ha de observar los aspectos técnicos contemplados en las bases administrativas; que, en el presente caso, el proceso de selección fue realizado por la Comisión de Recepción y Apertura de Sobres y otorgamiento de la Buena Pro de la Obras y Estudios, designada mediante Resolución de Alcaldía número cero sesenta y dos guión noventa y siete guión ALC/MSI, que otorgó la buena pro a la empresa Constructora Hualcán Sociedad Anónima, según Acta de Evaluación de Propuesta y Adjudicación, y mediante Resolución Directoral número ciento veintitrés guión noventa y siete guión cero cuatro guión DM/MSI emitida por el Director Municipal de la Municipalidad Distrital

de San Isidro, conforme se indica en el Informe Especial de la Contraloría General de la República, lo que acredita que ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación sino en la ejecución y recepción de obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado. **Quinto:** Que para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible.

Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil setecientos siete, del dieciséis de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que absolvió a A.B.B., I.R.T.M., H.J.F.B.L., L.O.T.P., A.F.V.S., J.C.V.E., G.S.B.V., A.W.A.T. y J.E.D.A. de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en perjuicio de la Municipalidad de San Isidro; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

Análisis jurisprudencial

De los hechos se desprende que los imputados dieron la conformidad para la recepción de la obra, sin tener en cuenta que la empresa contratista lo estaba entregando sin haber realizado el metraje correspondiente, así como, la entrega de la obra se hizo después de 15 meses de haber vencido la fecha para la entrega de esta.

La judicatura resolvió desestimar el recurso de nulidad, pues señaló que, si bien es cierto, pudo haber una omisión con respecto a la verificación de la obra, esto no se condice con el delito de negociación incompatible al no sancionarse la omisión en dicho tipo penal.

En el presente caso, se puede verificar claramente la deficiencia de la motivación de la Sala, toda vez que no se ha realizado una evaluación del aspecto subjetivo del dolo, ya que no se ha verificado si la omisión por parte de los funcionarios fue de forma deliberada, es decir, dolosa.

En ese sentido, para que la judicatura realmente pueda evaluar de manera correcta la imputación a los sujetos procesados, se tuvo que realizar un examen de verificación del dolo, a fin de determinar si estos ya estaban actuando con conocimiento de que su actuar conllevaría al perjuicio de la entidad a la que representan con el subsecuente beneficio de la empresa particular.

A manera de ejemplo, si en el presente caso aplicamos los criterios establecidos por la doctrina como es la del profesor Ragués, podremos verificar si los sujetos, al dar la conformidad de la obra, se encontraban en un contexto social de contar con:

- i) Los conocimientos mínimos (si de los hechos, cualquier persona con condiciones normales hubiese actuado de la misma forma en que actuaron los imputados);
- ii) Si los sujetos reunían determinadas características personales (nivel de grado de profesión y especialidad sobre la materia);
- iii) Si se encontraban en una situación de poder contar con el suficiente conocimiento de que su actuar omisivo podría beneficiar a la empresa privada.

Si realmente la sala hubiese hecho este tipo de evaluación, aplicando este tipo de metodología, donde se impute el dolo por omisión, toda vez que dichos funcionarios contaban con las características necesarias para realizarse una atribución de una conducta deliberada se hubiese podido llegar a realizar una resolución con una motivación más adecuada.

1.2. Sala Penal Permanente R.N.N 982- 2009- Tacna

Fundamentos de hechos probados

Los acusados Luis Ramón Torres Robledo -Alcalde-, Jesús Ricardo Ascuña López -Gerente General-, Patricia Verónica Jaramillo Vargas -Jefa de Abastecimiento e Integrante del Comité de Especial-, Oscar Fabricio Meléndez Liendo -Jefe de abastecimiento e Integrante del Comité de Especial-, Mario Martín Meléndez Condori, Carlos Alejandro Díaz Cárdenas, Carina Enriqueta Valcárcel Torres de Banda -Jefa del Departamento de Asesoría Legal e Integrante del Comité de Especial- se aprovecharon del cargo de funcionario público para favorecer intereses particulares, porque se detectó irregularidades en la adjudicación directa pública número cero cero tres - dos mil uno - MPT re-potenciación de planta

chancadora trituradora secundaria, realizado en el año dos mil uno, en la que se efectuó dos convocatorias declaradas desiertas realizadas sin presencia de Notario Público y, posteriormente, se procedió a contratar a la Empresa Consorcio Metalúrgico Sociedad Anónima CO.ME.SA, incluyéndose la realidad, además, pese a estar comprendido en el contrato no solicitaron la respectiva carta fianza para proteger la inversión de la entidad edil; todo lo cual perjudicó los intereses económicos de la entidad agraviada.

Criterio o decisión de la sala

Que, en cuanto a la responsabilidad penal de los encausados Jaramillo Vargas, Meléndez Liendo, Díaz Cárdenas, Meléndez Condori y Valcárcel Torres de Banda en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, por haber realizado el hecho descrito en el acápite "ii)" del segundo considerando de esta Ejecutoria, se debe señalar que no se acreditó una actitud dolosa -conciencia y voluntad- de parte de los indicados encausados para favorecer un interés particular en la adjudicación directa pública número cero cero tres - dos mil uno - MPT realizado en el año dos mil uno, en la que se otorgó la buena pro a la Empresa Consorcio Metalúrgico Sociedad Anónima CO,ME.SA., para que repotencie una maquina chancadora trituradora secundaria de propiedad de la indicada entidad edil, sobre todo si no se advierte que en la ejecución de esa decisión administrativa ocasionó un perjuicio de contenido económico al patrimonio de la indicada Municipalidad, si bien habrían existido algunas omisiones en su tramitación conforme a los procedimientos técnicos contemplados en el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ello en modo alguno puede constituir una infracción de deber configurativo del delito imputado, si no que resulta solo un quebrantamiento legal de índole administrativo, en

consecuencia, es correcta la absolución de los indicados encausados. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD

Análisis jurisprudencial

De la presente sentencia se puede verificar que el colegiado llegó a la conclusión que los imputados no habían cometido el tipo penal del delito de negociación incompatible, ya que no se llegó a establecer la actitud dolosa de estos, no obstante, a ello, considero que se debió realizar un análisis más consensuado sobre las pruebas indiciarias.

A partir de ahí, empezar a determinar si las omisiones administrativas que se llegaron a cometer no se realizaron de manera deliberada, a fin de conducir de manera indirecta a la contratación del Consorcio Metalúrgico Sociedad Anónima CO,M,E,S,A.

En ese sentido, a manera de ejemplo, si realizamos una evaluación según los criterios de Ragués, verificaríamos lo siguiente: i) si los sujetos tenían los conocimientos mínimos como para realizar las actuaciones administrativas conforme a la normativa de la Ley de Contrataciones con el Estado, ii) Si los funcionarios contaban con las transmisión de los conocimientos previos para establecer si esas omisiones administrativas llevarían a la contratación directa de la empresa Consorcio Metalúrgico Sociedad Anónima CO, M,E,S,A, iii) Si los sujetos exteriorizan el conocimiento sobre la debida actuación conforme a normas administrativas, iv) Si las características personales de los sujetos eran los suficientes como para poder determinar que conocían que su actuar omisivo llevaría al beneficio del tercero particular v) si los sujetos se encontraban bajo determinadas circunstancias como para poder atribuir que si podían conocer que su actuar podría producir un determinado resultado lesivo, vi) Si en el mercado no existía otra empresa con una

mejor oferta técnica y económica que pueda repotenciar a la maquina chancadora en cuestión, y si los sujetos tenían al alcance dicha información.

De este modo, a través de la prueba indicaría y de la evaluación de los criterios cognitivos, el colegiado debió realizar una adecuada evaluación de estos elementos indiciarios, donde se verifique si realmente estas omisiones administrativas que llevaron a la contratación de la empresa “COMESA” fueron realizadas de manera deliberada.

1.3. Sala Penal Transitoria R.N N. 3422- 2013 – Loreto.

Fundamento de hechos probados

Que según la acusación fiscal, de fojas trescientos noventa y tres, se tiene que desde el mes de enero de dos mil siete hasta diciembre de dos mil diez, el procesado se desempeñó como Subgerente de Obras de la Municipalidad Provincial de Maynas. Fue así que mediante resolución N.º 90-2007-A-MPM, de fecha cinco de febrero de dos mil siete, fue designado como presidente de la Comisión Especial Permanente encargada de los procesos de selección de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía para la ejecución y servicios de consultoría de obras. De otro lado, mediante escritura pública de fecha quince de marzo de dos mil siete, se constituyó la empresa Amazonía Constructores & Consultores S. A. C., cuyos fundadores fueron Estalin Novoa Navarro y Carla Valdivia Pizango; en dicho acto también se designó a esta última como Gerente General y a Luis Édgar Quillama Otárola como Subgerente, quienes –según la propia escritura pública– en forma conjunta y mancomunada –y nunca individual–, ejercían todas y cada una de las facultades inherentes a su cargo establecidas en el estatuto de la empresa.

En ese sentido, se aprecia que Luis édgar Quillama Otárola resulta ser esposo de Liza Gisella Pinasco Montenegro –hermana del procesado–; y se tiene que en octubre del año dos mil siete, el Comité Especial Permanente –presidido por el procesado– otorgó la buena pro del proceso de selección denominado: Mejoramiento del pasaje Aviación –entre la calle San José y el pasaje Quebrada Seca–, provincia de Maynas, en el departamento de Loreto, a favor de la empresa Amazonía Constructores & Consultores S. A. C., con pleno conocimiento de que su cuñado era subgerente de dicha empresa; y con ello se trasgredieron los principios de moralidad e imparcialidad, así como los parámetros de actuación de los funcionarios en las contrataciones y adquisiciones del Estado; ello con la finalidad de favorecer a la empresa a la que pertenecía su cuñado.

Criterios o decisión de la sala

Que el presente delito *sub examine* corresponde a uno de características especiales; es decir, que para su configuración típica requiere que respecto a su agente activo tenga la condición de funcionario o servidor público; lo cual quedó demostrado con la Resolución de Alcaldía N.º 90-2007-A-MPM –véase a fojas diez– de fecha cinco de febrero de dos mil siete, mediante la cual se designó la conformación del Comité Especial Permanente encargado de los procesos de selección de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía, para la ejecución y servicios de consultoría de obras, en la que se designó al procesado Christian Zeus Pinasco Montenegro como presidente titular de dicho comité; del mismo modo, con lo señalado por el propio acusado, quien indicó haber prestado sus servicios a la Municipalidad de Maynas, como subgerente de Obras, desde enero de dos mil siete hasta diciembre de dos mil diez.

De otro lado, la constitución de la empresa Amazonía Constructores & Consultores quedó acreditada con el Acta de Inscripción –véase a fojas doce–, con fecha dieciséis de marzo de dos mil siete, mediante el cual se nombró como Gerente General a Carola Valdivia Pizango y como Subgerente a Luis Édgar Quillama Otárola, quienes en forma conjunta y mancomunada ejercerán todas y cada una de las facultades inherentes a su cargo establecidas en el estatuto de la empresa. Sin embargo, mediante la carta de renuncia irrevocable –véase a fojas ciento setenta y ocho–, de fecha veinte de abril de dos mil siete, se aprecia que Luis Édgar Quillama Otárola renunció a la empresa Amazonía Constructores & Consultores S. A. C. –documento sellado y firmado por Estalin Novoa Navarro–, la que fuera ratificada por la Carta N.º 026-2010-AMACCONS S. A. C. –véase a fojas ciento setenta y siete–, mediante la cual Ángela Margarita Rojas Zaira –en calidad de nueva Gerente General de la empresa señalada–, corroboró que Luis Édgar Quillama Otárola renunció a dicha empresa con fecha veinte de abril de dos mil siete y que ello fue recibido por el entonces socio fundador Estalin Novoa Navarro (corroborado por dicha persona en su declaración de fojas ciento cuatro).

De modo tal que, en mérito a lo señalado por la acusación fiscal, respecto a que el proceso de adjudicación a la empresa que resultó ganadora, se llevó a cabo en el mes de octubre del año dos mil siete, se aprecia que el mismo habría ocurrido, aproximadamente, seis meses después de la renuncia de Luis Édgar Quillama Otárola y su salida de la empresa Amazonía Constructores & Consultores S. A. C.; más aún si, con fecha veintisiete de noviembre de dos mil siete, obra el Contrato de Ejecución de Obra –véase a fojas veintitrés– de la Adjudicación Directa Selectiva N.º 008-2007-GOI-MPM, firmado por Rafael Saavedra Perea, en calidad de Gerente General de la Municipalidad de Maynas, y Carola Valdivia Pizango, en calidad de Subgerente y representante de la empresa Amazonía Constructores & Consultores S. A. C.

Por ello, dado a que durante el proceso penal seguido no existió cuestionamiento alguno respecto de los documentos señalados en el fundamento precedente, los mismos mantienen su valor probatorio y no pueden ser descartados como tales, más aún si no se presentaron medios que los desacrediten o contradigan; con lo cual quedaría comprobado que Luis Édgar Quillama Otárola ya no era subgerente ni pertenecía a la empresa que resultó ganadora de la buena pro; y si bien obra en autos el Acta de Inscripción, de fecha dieciséis de junio de dos mil ocho –véase a fojas veintiuno–, mediante el cual recién se inscribió la revocación del cargo de subgerente a Luis Édgar Quillama Otárola; ello debe interpretarse con las reservas del caso, ya que dicha inscripción corresponde a la formalización registral de un acto que ya se había producido con fecha abril de dos mil siete; y, además, tanto los miembros del comité de adjudicación de la buena pro y los representantes de la empresa ganadora Amazonía Constructores & Consultores S. A. C., coincidieron en señalar que Luis Édgar Quillama Otárola no participó en los trámites previos, durante o posteriores al otorgamiento de la buena pro y que la persona que representó a la empresa en dicho proceso fue Carola Valdivia Pizango, en calidad de Gerente General de la empresa.

Asimismo, también se puede apreciar que el proceso de selección en el que resultó ganadora la empresa Amazonía Constructores & Consultores S. A. C., fue llevado a cabo conforme con el proceso establecido por Ley, tal y como lo manifestó el procesado –a nivel preliminar, obrante a fojas noventa y cuatro; a nivel de instrucción, obrante a fojas trescientos treinta y cuatro; y a nivel de juicio oral, obrante a fojas cuatrocientos treinta y cinco, cuatrocientos cuarenta y siete y cuatrocientos cincuenta y uno–; y ratificado con lo declarado por los miembros del Comité de Adjudicación Juan Carlos Varas Lozano –véase a fojas noventa y nueve– y Wilson Carihua Yomona –véase a fojas ciento siete–, quienes coincidieron en señalar que no

observaron ninguna conducta irregular por parte del procesado que haga suponer algún interés para favorecer a la empresa que resultó ganadora. Ello también guarda relación con el Acta de Adjudicación Directa Selectiva N.º 008-2007-GOI-MPM –véase a fojas ciento treinta y nueve– en el cual se aprecia que se registraron inicialmente quince postores, se presentaron trece con sus respectivas propuestas técnicas y económicas, y tras lo cual se produjo un empate de puntaje entre cinco empresas –dentro de las cuales se encontraba la empresa Amazonía Constructores y Consultores S. A. C.–, de modo tal que se convocó a concurso de sorteo; y con el Acta de Continuación de Adjudicación Directa Selectiva N.º 008-2007-GOI-MPM –véase a fojas ciento cuarenta y dos– en el que se realizó un sorteo por balotas en el que resultó ganadora la empresa antes señalada –sin observaciones o cuestionamientos de los demás postores–. Por ello, en los elementos obrantes en autos no se aprecia que el acusado haya intervenido directa o indirectamente en el proceso de selección para favorecer a la empresa ganadora; más aún, si la elección final se dio mediante sorteo de balotas y Luis Édgar Quillama Otárola ya no formaba parte de la empresa ganadora.

Finalmente, si bien los denunciantes Sheyla Magdalena Rubiños Bartens –véase a fojas ochenta y cinco y doscientos setenta y tres–, José Dámaso Padilla Soria –véase a fojas ochenta y siete–, Norma Sulca Medina –véase a fojas doscientos setenta y cinco– y Ángel David Navarro del Águila –véase a fojas doscientos setenta y ocho–, ratificaron su denuncia original en mérito al vínculo existente entre el procesado y Luis Edgar Quillama Otárola –cuñados–; sin embargo, coinciden en señalar que más allá de ello, no tienen conocimiento de alguna irregularidad durante la ejecución de dicha obra. Por lo que de los elementos probatorios obrantes en autos no se aprecia la responsabilidad del acusado por el delito imputado y con ello la absolución emitida por la sentencia de la Sala Superior debe ser ratificada.

Análisis jurisprudencial

De la presente sentencia se puede verificar que la Sala absolvió al imputado Rafael Saavedra Perea (Subgerente de Obras de la Municipalidad Provincial de Maynas y presidente de la Comisión Especial Permanente encargada de los procesos de selección de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía) en base a hechos objetivos que determinaban que, por la fecha en la que se otorgó la concesión y la fecha en que Luis Édgar Quillama Otárola (cuñado del imputado) dejó la empresa que ganó dicha licitación, eran diferentes, además de que los funcionarios encargados de la licitación no vieron ningún hecho irregular que haya mostrado el interés por parte del imputado para favorecer a la empresa.

Al respecto se puede establecer que, si bien es cierto, la judicatura realizó un adecuado análisis del aspecto objetivo que en un primer momento determina que el imputado no habría actuado favoreciendo a la empresa vinculada a su cuñado, puesto que este no pertenecía a dicha empresa al momento de haberse realizado la licitación; esto no se condicionaría si se realiza una evaluación subjetiva.

En ese sentido, si analizamos el aspecto subjetivo del imputado, podría llegarse a verificar ciertos indicios de una actitud dolosa, y que se podrían verificar de la siguiente forma:

- i) La empresa postora Amazonía Constructores & Consultores fue creada el quince de marzo de dos mil siete, un mes después de que el imputado fuera designado como presidente de la Comisión Especial Permanente encargada de los procesos de selección de Adjudicación; por lo que si

existió el conocimiento por parte del imputado de una empresa que presta servicios a lo que justamente requería el comité de selección que el imputado presidía.

- ii) El imputado también tuvo conocimiento que la empresa Amazonía Constructores & Consultores, se presentó como postora al proceso de selección, por lo que quedaba acreditado que se afectaba la imparcialidad de dicho proceso de selección.

A partir de ahí, lo que realmente debió hacer la Sala es determinar que del mismo proceso de selección se puede verificar que este se llevó con la debida regularidad, y que si el supuesto empate de entre las cinco empresas fue debido a una adecuada calificación de las propuestas técnicas y financieras; así como, de verificar si las otras empresas tenían una propuesta que más se ajustaba a los intereses de dicha municipalidad.

Si se llegaba a verificar que existía una propuesta más acorde al interés de la municipalidad, claramente se podría llegar a establecer que los hechos irregulares del comité fueron realizados con un interés particular por parte del imputado.

1.4. Sala Penal Transitoria R.N.N. 2641- 2011- Lambayeque

Fundamento de hecho probados

Que, el impugnante en su recurso de nulidad fundamentado a fojas dos mil ciento nueve, solicita que se declare nula la sentencia recurrida y se lleve a cabo un nuevo juicio oral alegando que el Colegiado Superior: **i)** no compulsó debidamente los medios probatorios obrantes en autos, pues existen elementos incriminatorios suficientes que acreditarían la responsabilidad penal de los procesados; y, **ii)** concluyó erróneamente que el Informe pericial número cinco-dos mil ocho CG-ORCH, emitido por la Contraloría General de la República, no constituye prueba idónea ni relevante; sin embargo, ésta constituye prueba pre constituida con eficacia valorativa.

Que, fluye de la acusación fiscal de fojas mil setecientos setenta y nueve, que el **Informe Especial** número cinco-dos mil ocho CG-ORCH, efectuado por la Contraloría General de la República, en cumplimiento del Plan Operativo dos mil seis, a la Sociedad de Beneficencia Pública de Chiclayo, correspondiente al período comprendido entre enero de dos mil cuatro a diciembre de dos mil cinco, a fin de determinar si los recursos de la entidad se utilizaron conforme a lo establecido en la normatividad vigente, incidiendo en los arrendamientos de los bienes inmuebles, margesí de bienes de captación de recursos de Servicios Funerarios Integral -SERFIN- y el uso oficial de los vehículos de la entidad, se evidencia que los procesados Marco Antonio Ohama Paredes -ex Presidente de Directorio-, Téofilo Ramón Rojas Quispe -ex Gerente y ex Presidente del Comité Especial Permanente-, Nepton David Ruiz Saavedra -ex Gerente-, Jorge

Antonio Reinoso Samamé -ex Jefe de la División de Obras Sociales-, Salomón Jiménez Chumpen -ex integrante del Comité Especial Permanente-, Cristóbal Gonzalo Reaño Ramírez -ex integrante del Comité Especial Permanente- y Sixto Norberto Diez Segura -ex integrante del Comité Especial Permanente-, en su condición de funcionarios de la Sociedad de Beneficencia Pública de Chiclayo intervinieron en la contratación de servicios cuyo objeto era la actualización del margesí de bienes inmuebles de la entidad, conforme fue acordado mediante sesión de Directorio del diecinueve de agosto de dos mil nueve, por la que se acordó contratar los servicios de un equipo de profesionales que se encargue de ver los inmuebles de propiedad de la entidad agraviada que no aparecen en el margesí de bienes ni en los Registros Públicos, así como de efectuar el reconocimiento físico legal; habiéndose determinado que los procesos de adquisición, contratación y ejecución de los citados servicios se encontraban plagados de irregularidades, al existir bases que carecían de información técnica para la convocatoria del proceso de adquisición, asimismo ninguno de los integrantes del citado Comité era profesional especializado; con el objeto de la convocatoria, se validaron propuestas económicas no obstante que los postores no cumplieron con presentar la documentación solicitada en las bases, elaborándose un contrato perjudicial a la entidad, debido a que en éste no se incluyó alguna cláusula de penalidad que garantice el cumplimiento del contrato; actos que denotan un indebido interés en la ejecución del contrato aludido, perjudicándose a la entidad con un monto ascendente a veintisiete mil doscientos nueve nuevos soles, en beneficio de los ganadores de la Buena Pro.

Criterio o decisión de la Sala

Que, respecto al delito de negociación incompatible que se imputa a los procesados, el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, delimita su ámbito de prohibición penal, sancionando al *“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”*. En virtud de lo cual, en principio, podemos afirmar que en este tipo penal el verbo rector viene a ser “interesarse”, el cual es entendido como la *“injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés]”*; complementaremos este concepto con lo señalado por el maestro argentino Carlos Creus, para quien *“interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros”*. Ahora bien, las modalidades de comisión de este ilícito pueden ser: i) Directamente, cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares indebidas al participar como funcionario en un contrato u otra operación estatal; ii) Indirectamente, cuando el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos; y, iii) Por acto simulado, en este supuesto los contratos u operaciones 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.

Que, del estudio de autos, se advierte que la propia imputación esgrimida por el representante del Ministerio Público contra los encausados Marco Antonio Ohama Paredes, Teófilo Ramón Rojas Quispe, Nepton David Ruiz Saavedra, Jorge Antonio Reinoso Samamé, Salomón Jiménez Chumpen, Cristóbal Gonzalo Reaño Ramírez y Sixto Norberto Diez Segura, tiene como fundamento el Informe pericial número cinco-dos mil ocho CG/ORCH, el cual determinó la existencia de una serie de irregularidades durante el período transcurrido entre enero del año dos mil cuatro y diciembre de dos mil cinco, las mismas que atribuye a los citados encausados y que se enmarcan en el proceso de adquisición, contratación y ejecución de servicios de arrendamiento de los bienes inmuebles, margesí de bienes de captación de recursos de Servicios Funerarios Integral -SERFIN- y el uso oficial de los vehículos de la Sociedad de Beneficencia Pública de Chiclayo; sin embargo, tales circunstancias por sí solas no denotan la existencia de un interés particular de parte de los procesados, pues las irregularidades administrativas que pudieran haberse presentado en la tramitación de dichos procedimientos sólo pueden tomarse en cuenta como indicios a efectos de determinar la responsabilidad penal en el delito que nos ocupa, si se encuentran acompañadas de otros elementos probatorios que incidan en la determinación del interés que caracteriza al delito de negociación incompatible; siendo esto así, no se puede atribuir a los procesados, en su calidad de funcionarios públicos, haber asumido un interés de parte o de un tercero, yuxtapuesto al interés del Estado o en desmedro de éste, lo que en concreto origina el merecimiento de reproche penal en el citado delito; además resulta necesario recalcar que, la forma en que se cumple un contrato celebrado de forma lícita, así como su incumplimiento y demás particularidades propias de una relación contractual, resultan de competencia jurisdiccional extrapenal, siendo del caso señalar que la Ley número veintinueve mil seiscientos veintidós, publicada el siete de diciembre de dos mil diez, que modifica la Ley número veintisiete mil setecientos ochenta y cinco (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control

y de la Contraloría General de la República), amplió las facultades del Órgano de Control para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, catalogándose como conductas infractoras las irregularidades descritas en el Informe Especial que originó la presente causa, circunstancia que evidencia, más aún, la trascendencia administrativa y no penal de los hechos materia de imputación; por lo que, la sentencia absolutoria impugnada se encuentra arreglada a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil sesenta y ocho, de fecha treinta de junio de dos mil once, que absolvió a los procesados Marco Antonio Ohama Paredes, Téofilo Ramón Rojas Quispe, Nepton David Ruiz Saavedra, Jorge Antonio Reinoso Samamé, Salomón Jiménez Chumpen, Cristóbal Gonzalo Reaño Ramírez y Sixto Norberto Diez Segura de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio de la Sociedad de Beneficencia de Chiclayo; con lo demás que contiene.

Análisis jurisprudencial

De los hechos se desprende que se llegó a absolver a los imputados por el delito de negociación incompatible, puesto que estos solo podrían haber infringido normas extrapenales, toda vez que su actuar solo se configuraría como una irregular actuación administrativa.

No obstante, a ello, también se puede verificar que la Sala solo realizó un análisis objetivo del tipo, sin tener en cuenta el aspecto subjetivo, puesto que no se ha llegado a determinar si las actuaciones irregulares por parte de los imputados fueron hechas de manera deliberada, es decir, si dichos funcionarios actuaron teniendo conocimiento que su actuar irregular llevaría a algún beneficio particular.

En ese sentido, también se debió realizar un análisis del comportamiento irregular de dichos funcionarios que puedan determinar el aspecto doloso; por lo que si llegásemos a aplicar los criterios para determinar el dolo (imputación de conocimiento), en primer lugar verificaríamos si los sujetos contaban con los conocimientos mínimos sobre la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado; en segundo lugar se verificaría las características personales de los sujetos (nivel de capacitación y especialidad sobre la función que realizaban), y el conocimiento situacional que un sujeto activo sepa que una conducta bajo determinadas circunstancias resulta apta para producir un resultado lesivo en contra de la Entidad a la que representa, y finalmente, que se evidencien conductas donde se exterioricen el conocimiento suficiente sobre su actuar, con el subsecuente beneficio de un tercero. De este modo, se podría establecer que hubo o no un actuar doloso.

1.5.Sala Penal Transitoria R. N. N. 3365- 2013- Loreto

Fundamentos de hecho probados

Se imputa a Auraluz del Pilar Pedraza Manrique, que en su condición de Jefe del Área de Adquisiciones de Logística del Hospital de Apoyo Santa de Gema de Yurimaguas, se interesó indebidamente en el proceso de selección para la adquisición de servicios generales para el mantenimiento y reparación de tres motores de propiedad del referido hospital, con la finalidad de favorecer a la empresa Servicios Generales Juan Manuel, representada por la procesada Simith Reátegui Guerra de Flores, a quien a pesar de no presentar la documentación requerida se le otorgó la buena pro, para posteriormente proceder a regularizar la documentación; más aún pese a tener incompatibilidad para contratar con el Estado, en razón de que era esposa del trabajador del hospital Juan Rodríguez Flores, se llevó a

cabo dicho proceso. Además este último fue quien realizó el servicio requerido, y brindó la proforma del servicio. Hechos que sucedieron entre junio y diciembre de dos mil cinco.

Criterio o decisión de la sala

Del estudio de los actuados se corroboró que la acusada Auraluz del Pilar Pedraza Manrique se encargó de elaborar el cuadro comparativo de precios –folios ciento doce–, además fue la persona que concedió la buena pro a la postora Simith Reátegui de Flores; esto fue admitido por la acusada en el juicio oral; sin embargo, pese a que esta última tenía impedimento para contratar con el Estado, la acusada Pedraza Manrique procedió con la suscripción del contrato por trabajo específico, que obra a folios ciento dos, de todo lo cual se acredita el interés que esta tenía de favorecer con la buena pro a la mencionada postora; más aún si no se evidencia en autos que haya realizado las acciones pertinentes para verificar la habilitación de su coacusada para contratar con su representada.

Por otro lado, no resulta creíble que siendo trabajadora del Hospital agraviado no haya tenido conocimiento de la relación de cónyuge de su coacusada con la persona de Juan Flores Rodríguez (acta de matrimonio de folios doscientos veintinueve), trabajador del Hospital agraviado; pues se trata de una institución en donde todos los trabajadores se conocen, y quien ocupa un cargo como el que ostentaba la acusada debe verificar quienes postulan como postores.

Cabe destacar que la imputación dirigida en contra de la procesada se refuerza con la testimonial de Julio César Álvarez del Águila, obrante a folios treinta y tres, quien sostuvo que se desempeñó como Jefe de la Oficina de Estadística e Informática de Telecomunicaciones de la institución agraviada. Agregó que tomó conocimiento de que Juan Manuel Flores

Rodríguez, esposo de la procesada Reátegui Guerra de Flores y trabajador de dicho hospital fue quien reparó y realizó el mantenimiento de los tres motores de dicho nosocomio; asimismo, sostuvo que existió presión de la Dirección de Administración y Oficina de Logística, que dirigía la procesada Pedraza Manrique, para que hiciera el segundo requerimiento del servicio de mantenimiento sin adjuntar el informe técnico de respaldo de dicha solicitud, procediendo meses después a regularizar toda la documentación solicitada que quedó pendiente de tramitar.

Como se observa esta declaración resulta categórica, pues corroboró el interés que la procesada tuvo de favorecer al *extraneus* con el otorgamiento de la buena pro.

Asimismo, obra en autos, a folios ciento setenta y tres, el Informe Especial de la Oficina Regional de Control Institucional del Gobierno Regional de Loreto, en el cual se concluye que se otorgó la conformidad del servicio prestado sin contar con el sustento y justificación técnica para dicha prestación y que se ha beneficiado indebidamente al postor, toda vez que se encontraba impedido de ser contratista. Esto esclarece la intención que tenía la encausada Pedraza Manrique de favorecer a su coencausada, lo que acredita palmariamente su responsabilidad penal por el delito que se le atribuye haber cometido.

Respecto a la acusada Simith Reátegui Guerra de Flores, su complicidad se evidencia desde que ella, como esposa de Juan Flores Rodríguez, trabajador de la institución agraviada, hecho que era de su conocimiento pleno, era consciente que no podía contratar con el Hospital Santa Gema de Yurimaguas; lo que se corroboró con sus propias declaraciones y de Julio César Álvarez del Águila; es decir, que tenía plena conciencia de la prohibición de contratar con la agraviada y, pese a ello, alcanzó las

proformas y cobró por el trabajo efectuado, es decir, teniendo la prohibición para contratar con el hospital agraviado, se benefició con la buena pro.

Además, obra en autos la manifestación del testigo Juan Manuel Flores Rodríguez, quien refirió que realizó la proforma que presentó su esposa en el proceso de adjudicación del servicio de reparación de motores, para posteriormente realizar la reparación y mantenimiento de los motores pertenecientes a la institución agraviada. Con todo lo cual se acreditó su complicidad en el hecho delictivo.

Análisis jurisprudencial

De lo verificado se puede establecer que la Sala efectuó una adecuada valoración subjetiva del tipo penal, puesto que efectivamente realizó una evaluación del aspecto doloso (conocimiento), toda vez que la imputada Auraluz del Pilar Pedraza Manrique, conocía del vínculo que existía entre la empresa que se contrató de manera irregular y uno de los trabajadores del hospital Juan Manuel Flores Rodríguez quien reparó y realizó el mantenimiento de los tres motores de dicho nosocomio. Por otro lado, también se llegó a constatar cierta exteriorización de conocimientos, ya que el proceso de contratación se realizó de manera irregular.

Al respecto se puede señalar que cuando nos encontramos dentro de una serie de hechos de demuestran el conocimiento del imputado, resulta más sencillo llegar a acreditar el aspecto subjetivo del tipo penal.

1.6. Sala Penal Transitoria R.N.N 4259- 2008- Tumbes

Fundamentos de hechos probados

Que conforme se aprecia de la acusación fiscal de fojas doscientos setenta y cuatro, se inculpa al encausado José Luis Rodríguez López haber infringido los lineamientos del tipo penal previsto y penado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, en razón que teniendo la condición de trabajador de la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes por haber laborado desde el mes de febrero hasta diciembre de dos mil cinco como ingeniero de sistemas de la red de cómputo, encargándose del mantenimiento y reparación de computadoras de la referida entidad edil, suscribiéndose para ello contratos de locación de servicios, labor efectivamente realizada conforme se aprecia en las constancias de trabajo que obran en autos, aprovechándose de ese vínculo contractual laboral con la entidad edil dada su condición de servidor público conforme lo normado por el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal, en el mes de junio dos mil cinco constituyó una empresa privada COMPUPLANET SCRL para presuntamente de manera indebida intervenir indirectamente a fin de beneficiar a su aludida empresa, haciéndola ganadora de la buena pro en el proceso de adquisición de cuatro computadoras por parte de la entidad edil.

Criterio o decisión de la Sala

Que efectuando un análisis fáctico y jurídico de todo lo actuado, tanto en la etapa prejurisdiccional como durante los períodos de la instrucción y el contradictorio oral ante el Juzgado Penal y la Sala Penal Superior respectivamente, no se ha llegado a establecer con la suficiencia que el caso amerita la responsabilidad penal del encausado José Luis Rodríguez López por el delito de negociación incompatible con el cargo, quien alega

no haber participado directa ni indirectamente en la adquisición de las computadoras adquiridas por la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes, a la Empresa COMPUPLANET SCRL. de la cual reconoce haber sido socio, versión que ha sido corroborada por el Jefe de Abastecimiento Teófilo Abel Zapata Echegaray, quien afirmó que la adquisición de las cuatro computadoras se trató de una adquisición de menor cuantía donde intervinieron el Gerente y el Jefe de Abastecimiento donde el citado encausado no ha tenido participación alguna en la designación de la empresa ganadora de la buena pro para la adquisición de las cuatro computadoras, siendo su persona quien salió a indagar sobre las cotizaciones de las computadoras con las características que había consultado previamente al encausado Rodríguez López, quien se desempeñaba como ingeniero, limitándose éste en proporcionarlas más no tuvo incidencia ni sugirió en la decisión de la empresa ganadora.

Que de las declaraciones vertidas por Teófilo Abel Zapata Echegaray (quien se desempeña como Jefe de Abastecimiento y fue la persona que se encargó de realizar las cotizaciones e indagaciones de las empresas) y de Erick Robert Vargas Antón, (Gerente Municipal) se evidencia que no le incriminan participación directa o indirecta al encausado en los hechos imputados (ver fojas trescientos veintiuno), aunado a ello se advierte de la proforma generada por la empresa distribuidora COMPUPLANET SCRL. dirigida a los señores de la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes, de fecha cuatro de mayo de dos mil seis, ha sido firmada por el Gerente de la citada empresa Darwin William Cruz Silva y no por el encausado José Luis Rodríguez López (ver fojas noventa y cuatro) y de los documentos de folios uno a ciento cuatro está acreditado que las diferentes áreas de la Municipalidad, como son Tesorería, Gerencia Municipal, Jefatura de Personal y Logística, han efectuado los requerimientos de computadoras para el uso del sistema integrado financiero (SIAF) sin que vislumbre alguna injerencia o interés por parte del encausado a favor de su empresa.

Que en lo atinente que existe un conflicto de compatibilidades, entre la función del procesado y el otorgamiento de la buena pro a la empresa de la cual era socio, pues está acreditado que el acusado desempeñaba funciones técnicas de mantenimiento y reparación de equipos de cómputo e impresoras y otros afines, sin tener injerencia en la ejecución de la licitación y mucho menos en el otorgamiento de la buena pro, conforme se advierte del informe emitido por el Jefe del Área de Logística en el cual se describen las funciones que cumplió el procesado como trabajador (ver fojas cuarenta y ocho). Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD.

Análisis jurisprudencial

De la presente sentencia se desprende que el encausado, si bien es cierto, era funcionario de la Municipalidad Distrital de Aguas Verdes, para el delito de negociación incompatible su conducta imputada no podía subsumirse puesto que no contaba con las suficientes características que se ameritan para que pueda intervenir e interesarse en la contratación “en razón de su cargo”.

No obstante, a ello, se podría señalar que la imputación debió dirigirse hacia el Gerente y el Jefe de Abastecimiento, quienes eran encargados de la adjudicación de menor cuantía, puesto que ellos si reunían los requisitos necesarios para poder atribuirse como sujetos cualificados e interesarse de manera indebida en razón de su cargo.

Ahora bien, de lo actuado se puede desprender ciertos indicios de interés indebido. Uno de ellos es con respecto al vínculo que existía entre la empresa (donde era socio el imputado) y la preferencia que existió por parte de la Entidad al adjudicarle la compra de sus computadoras. Es por este motivo que el Ministerio Público debió realizar adecuada imputación. En

ese supuesto si se podría determinar una actitud dolosa por parte de los funcionarios cualificados en interesarse indebidamente en dicha contratación.

Así, si aplicamos los criterios de imputación de actitud dolosa (criterios cognitivos), podríamos señalar que los funcionarios cualificados tenían el conocimiento del vínculo de uno de los trabajadores de la municipalidad y a la cual contrataron (conocimiento que se llega a verificar); por otro lado, también se podría verificar el conocimiento por parte de los funcionarios públicos sobre que su previa actuación (bajo determinadas circunstancias) llevaría a la contratación de esta determinada empresa vinculada a uno de los funcionarios de esta entidad estatal, llegándose a configurar de este modo el interés indebido.

1.7. Sala Penal Permanente R.N.N 001352- 2005- Ica.

Fundamentos de hechos probados

Que el fiscal superior en el recurso formalizado de fojas mil setecientos treinta y nueve cuestiona los extremos absolutorios y las penas impuestas a los acusados Miranda Correa y Martínez Marchand; que, al respecto, sostiene, (i) que en la administración del camal municipal, para el ejercicio dos mil dos, se determinó diferencias pecuniarias entre el ganado ingresado y lo que realmente se recaudó, de suerte que la Municipalidad dejó de percibir por dicho concepto cuarenta y cuatro mil cuatrocientos ochenta y tres nuevos soles con veinticinco céntimos, siendo el encargado de dicha recaudación el acusado José Martínez Marchand; (ii) que en el ejercicio de dos mil uno existió un faltante de cinco mil doscientos cincuenta y dos nuevos soles con cincuenta y ocho céntimos; (iii) que se acreditó que hubo falta de transparencia por parte del Comité Especial De Adjudicaciones en los procesos de selección (Sánchez Castro, Geng Olaechea y Soria Espinoza) por un total de seiscientos ochenta y tres mil trescientos treinta y dos nuevos soles con ochenta céntimos, beneficiando

al postor ganador ya que validaron una documentación falsa; (iv) que el acusado miranda correa, en su calidad de alcalde, no asistió al despacho municipal a realizar las actividades propias de su cargo, y que lo hacía en su domicilio sin que exista documento que lo autorice; (v) que existen deficiencias en la recaudación de rentas y retraso en el pago de los trabajadores, todo lo que dio origen al delito de incumplimiento de deberes funcionales; que la parte civil en su recurso formalizado de fojas mil setecientos cuarenta y tres alega que el monto por concepto de reparación civil que debe abonar el acusado miranda correa no es proporcional con el perjuicio económico causado, ya que este asciende a un millón trescientos diez mil seiscientos sesenta y ocho nuevos soles con sesenta y ocho céntimos, como lo establece el informe especial de la contraloría general de la república, por lo que solicita una suma no menor de dos millones de nuevos soles; asimismo, cuestiona su absolución en lo referente al delito de incumplimiento de deberes, ya que ejerció el cargo de alcalde en su domicilio particular; también señala que en el camal de Ica en forma real y efectiva se benefició ganado por un monto de cuarenta y cuatro mil cuatrocientos ochenta y tres nuevos soles con veinticinco céntimos, monto que no figura como ingresado a las rentas de la municipalidad, que la recaudación estuvo a cargo de Martínez Marchand, y que, en cuanto al monto de la reparación civil, solicita se fije la suma de cincuenta mil nuevos soles; que también cuestiona el extremo absolutorio de los acusados Chipana Aliaga y Huamán Aliaga, quienes estuvieron al tanto de los montos que ingresaban al camal y por tanto se acredita su participación, y en cuanto a los acusados Sánchez Castro, Geng Olaechea y Soria Espinoza se acredita su responsabilidad penal con el informe especial anotado.

Criterio o decisión de la Sala

Que de la revisión de la prueba actuada se concluye que no se ha acreditado la comisión de los delitos de corrupción de funcionarios - negociación incompatible con el cargo- y contra la fe pública -falsedad material- atribuidos a los acusados Juan Sánchez Castro -director municipal-, Abelardo Geng Olaechea director de servicios urbanos- y Roger Soria Espinoza jefe de unidad de abastecimiento-, miembros del comité de adjudicación, en lo que se refiere al proceso de adjudicación directa número

cero cero uno-cero uno - mpi-cerco olímpico estadio "José Picasso Peraltan", por cuanto dieron cumplimiento a lo dispuesto en el artículo ochenta y cinco de la ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta - ley de contrataciones y adjudicaciones del estado; que, en efecto, se presentaron tres propuestas, de la empresa "Torero Campos contratistas generales sociedad de responsabilidad limitada", Contratistas Construcciones Roma Sociedad Anónima" y la empresa "Cánepa Raffo Contratistas Generales Sociedad De Responsabilidad Limitada", se otorgó la buena pro a ésta última, se cumplió con invitar a prompyme -fojas quinientos uno-, que la empresa ganadora presentó su declaración jurada -fojas quinientos diecisiete- de no tener ningún tipo de impedimento, por lo que, en todo caso, ésta es responsable de la veracidad de los documentos e información que presenta, tal como lo estipula el reglamento de la anotada ley en su artículo cincuenta y seis, inciso seis; que si posteriormente los acusados, como miembros del comité de adjudicación toman conocimiento que la empresa ganadora de la buena pro no estaba habilitada para contratar con el estado, según la comunicación del consejo superior de contrataciones y adquisiciones del estado - CONSUCODE - fojas quinientos treinta y cinco- y se establece por consiguiente la falsedad de la constancia que adjuntaron ello escapa a su responsabilidad.

Análisis jurisprudencial

Al realizar un análisis de la presente sentencia, se puede llegar a determinar que se realizó una adecuada valoración respecto al aspecto doloso del imputado, puesto que la Sala señala lo siguiente:

"(...) posteriormente los acusados, como miembros del comité de adjudicación toman **conocimiento** que la empresa ganadora de la buena pro no estaba habilitada para contratar con el estado (...)"

En ese sentido, si los acusados actuaron no teniendo los conocimientos mínimos, las transmisiones previas, el conocimiento situacional, etc. no se puede llegar a establecer que estos actuaron dolosamente, por lo que

basados en un principio de confianza, estos no pudieron actuar de manera indebida en la contratación y la posterior adjudicación a favor de la empresa que presentó documentos falsos.

Demás está decir que, si existían otro tipo de indicios que pudiesen acreditar el conocimiento por parte de los funcionarios, si se podría determinar el aspecto doloso, caso contrario, lo único que se puede llegar a determinar es un actuar sin tener conocimiento, por lo tanto, solo se podría atribuir un error de tipo.

1.8. Sentencia de la Sala Penal Transitoria R.N.N 1298- 2013- Lima

Fundamentos de hecho declarados probados

En la acusación fiscal, de fojas dos mil ciento treinta y nueve, complementada a fojas dos mil quinientos veintiséis, y esta, a su vez, a fojas dos mil seiscientos veinte, se atribuye a Santiago Fidel Rojas Tuya, Rafael Julio Parra del Riego Becerra, Juan Enrique Sierra Contreras y Wilson Andrés Miranda Fournier — funcionarios de la Presidencia del Consejo de Ministros—, ser autores de los delitos de negociación incompatible, incumplimiento de deberes funcionales y falsedad ideológica; además, el segundo de los nombrados, autor del delito de falsificación de documentos, debido a que como miembros del Comité de Evaluación Permanente del Programa de Modernización y Descentralización del Estado (PMDE), presidido por el imputado Rojas Tuya; en los procesos de selección de tres consultorías para el Proyecto Piloto de Gobierno Electrónico (Resolución Jefatural número diecisiete-dos mil seis-UE cero cero ocho-PMDE-PCM, del veinte de marzo de dos mil seis), tales como:

a) Consultoría Piloto dos (Módulo de Transacción). **b)** Consultoría Desarrollo del Portal Web Notarios (Módulo de Ingreso de Escrituras Públicas). **c)** Consultoría Piloto dos (Módulo de Integración Portal de Servicios al Ciudadano); se habrían interesado en provecho propio o de tercero, por lo que recomendaron la contratación a los postores Iván Pasco Lizárraga, María Milagritos Alva Canales y

Martín Bailetti Frayssinet, y los presentaron como favoritos de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática (ONGEI), y omitieron perfiles de los otros candidatos, pues no habían remitido la documentación necesaria ni habían asistido a las entrevistas programadas —que constituía factor de evaluación previo a la contratación—; que, pese a ello, se insertó una calificación y así salieron ganadores contraviniendo disposiciones legales —normas del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)—; calificaron la adquisición de tales servicios, sobre la base de actos simulados, a intereses particulares; por tanto, no se cautelaron los intereses del Estado.

Criterio o decisión de la sala

De la revisión de autos, y en virtud a los agravios de los impugnantes, se aprecia que la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima no efectuó una debida apreciación de los hechos atribuidos a los procesados Rojas Tuya, Parra del Riego Becerra, Sierra Contreras y Miranda Fournier, ni compulsó de manera apropiada los medios de prueba que obran en autos, así como tampoco efectuó diligencias importantes a fin de establecer su inocencia o culpabilidad.

En efecto, dicho Colegiado absolvió a los citados encausados bajo el argumento de que en sus conductas no se materializa el elemento subjetivo de dolo, ya que estos afirman haber actuado bajo el principio de confianza, y que delegaron sus funciones; que, en todo caso, en la vía administrativa existen procedimientos de carácter sancionador a donde se puede recurrir; tampoco se demostró que los procesados hayan conocido que el contenido de las actas contenga información falsa; así como no se comprobó que el acusado Parra del Riego Becerra haya tenido conocimiento de la falsificación de las firmas —véase fundamentos vigésimo cuarto, trigésimo primero, trigésimo segundo y trigésimo tercero de la sentencia recurrida—; sin embargo, no evaluó adecuadamente que en autos existirían abundantes medios probatorios que demostrarían indicios suficientes de la comisión de los delitos imputados; así, el Colegiado Superior no tomó en cuenta el

Informe Especial número cero cero siete-dos mil siete-dos-cero quinientos ochenta y uno —fojas diecisiete, ratificado en juicio oral a fojas dos mil ochocientos treinta y ocho—, evacuado por el Órgano de Control Institucional de la Presidencia del Consejo de Ministros, donde se describe que los procesados, integrantes del comité de evaluación, responsables de la ejecución de tres procesos de selección, tomaron interés particular, para nombrar a los postores, Iván Pasco Lizárraga —Consultoría Módulo de Transacción—, María Milagritos Alva Collantes —Consultoría Módulo de Ingreso de Escrituras Públicas— y Martín Bailetti Frayssinet —Consultoría, Módulo de Ingreso de Escrituras Públicas—; con tal propósito, eludieron el cumplimiento de sus funciones y las disposiciones normadas por el Banco Interamericano de Desarrollo, Políticas y Procedimientos para la Adquisición de Servicios de Consultoría, que fueron aprobados por dicha entidad, e incurrieron en irregularidades en el desarrollo de tales procesos de selección. En consecuencia, tampoco se valoraron los testimonios de Sebastián Valera Vargas y María Giuliana Mendoza García —fojas mil seiscientos cincuenta y siete y mil ochocientos cuarenta y tres—, quienes corroboran los correos electrónicos del veinticuatro de agosto de dos mil seis y cinco de septiembre dos mil seis, donde ambos comunicaron no haber participado en los procesos de selección para consultoría materia de cuestionamiento —véanse también los correos electrónicos de fojas ciento cincuenta y siete y ciento cincuenta y ocho—; por tal razón, el Coordinador General del Programa de Modernización y Descentralización del Estado, Carlos Castro Silvestre, dispuso las indagaciones correspondientes, y se corroboró mediante reporte de ingreso a las instalaciones que tanto María Giuliana Mendoza García, Alfredo Raúl Alecchi Rosas, Juan Collantes García, Flavio Arcaya Bravo y Sebastián Valera Vargas, no habían asistido a las instalaciones de dicho Programa el veintiséis de julio de dos mil seis (véanse reportes de ingreso de visitantes de fojas doscientos seis, que tampoco se valoró al momento de emitir la presente sentencia).

De otro lado, el Tribunal de Instancia no valoró el dictamen pericial grafotécnico —fojas doscientos diez, ratificado a fojas dos mil ochocientos cuarenta y ocho—, y el dictamen pericial de grafotecnia número cero veintisiete-dos mil nueve —fojas mil trescientos sesenta, ratificado a fojas mil setecientos cincuenta—; dictámenes que fueron elaborados por la oficina de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, de la Dirección Contra la Corrupción, en el que se concluye que las firmas cuestionadas atribuidas a Sebastián Valera Vargas y a María Giuliana Mendoza García, no provienen del puño gráfico de su titular, pues las mismas fueron falsificadas; documentos que acreditarían el delito de falsificación de documentos; por lo que se debe proceder conforme con lo peticionado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Por lo tanto, es necesaria la realización de un nuevo juicio oral, donde se recabará lo siguiente: **a)** Declaración del testigo impropio Calenzani Thomson. **b)** Confrontaciones entre los encausados y, de darse el caso, entre estos y el citado testigo impropio. **c)** Testimonios de Fausto Donato Blas Espinoza, Sebastián Valera Vargas y María Giuliana Mendoza García.

En consecuencia, al no haberse compulsado debidamente los elementos de pruebas evaluados, se ha incurrido en la causal prevista en el numeral uno, del artículo doscientos noventa y ocho, del Código de Procedimientos Penales; por lo que deberá llevarse a cabo un nuevo juicio oral por otra Sala Penal Superior; donde se realizarán las diligencias señaladas y las demás necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

Análisis jurisprudencial

De la valoración de los hechos y del criterio de la Corte, se puede llegar a determinar que esta última si llegó a realizar una adecuada valoración y crítica a la Sala superior, quien absolvió a los imputados sin haber realizado un adecuado análisis del aspecto subjetivo.

En efecto, la Corte Suprema en este recurso de nulidad, señala que no se ha realizado una adecuada valoración de las pruebas donde se podría acreditar el dolo de los sujetos imputados.

En ese sentido, si se llega a aplicar los criterios establecidos por Ragués, podríamos llegar a verificar que los actos y omisiones realizados por los sujetos imputados y que llevaron a la contratación de los postores Iván Pasco Lizárraga, María Milagritos Alva Canales y Martín Bailetti Frayssinet, fueron realizados de manera dolosa; toda vez que, estos actuaron con el elemento cognitivo de que su acción llevaría al beneficio de terceros, lesionándose el bien jurídico que protege el delito de negociación incompatible.

Cabe señalar que los criterios propuestos en la presente tesis, se podrían agregar a las valoraciones probatorias que la Corte Suprema, donde ordena que se realicen, todo esto con la finalidad de otorgarle una mayor motivación y acreditación de la absolución o no, de la imputación por el delito de negociación incompatible, entre otros.

1.9. Sala Penal R.N.N 4766- 2001- Puno.

Fundamentos de hecho

El recurso de nulidad interpuesto por el inculpado Cosme Damián Beltrán Pineda contra la sentencia de fojas ochocientos sesentitrés, en el extremo que lo condena a dos años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el término de un año, como autor del delito de corrupción de funcionarios –negociación incompatible–; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal: Supremo; y CONSIDERANDO: Primero.- Que para efectos de imponer una sentencia condenatoria, es preciso que el Juzgador haya llegado a la convicción respecto de la responsabilidad penal del encausado, la misma que sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente, sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que tiene todo procesado, conforme a la garantía prevista en el párrafo «e», del inciso vigésimo cuarto del artículo segundo de la Constitución Política del Estado. Segundo.- Que en el presente caso, se imputa al acusado el haber nombrado como asesor legal de la Municipalidad Distrital de Paucarcolla, en el periodo comprendido entre los años mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y siete, a su hermano Raúl Beltrán Pineda, pese a estar impedido por cuanto el encausado se encontraba ocupando el cargo de Alcalde de dicha entidad edil.

Criterio de la Sala

Que a la fecha de tales contrataciones, la conducta incriminada al acusado no constituyó el delito establecido en el numeral trescientos noventa y siete del Código Penal, toda vez que la condición requerida para el tipo, en cuanto a que la acción del agente sea «indebida»; no se dio por que dicho accionar no estuvo prohibido expresamente por ninguna norma legal. Cuarto.- Que

si bien la Ley número veintiséis mil setecientos setentiuono «Ley contra el Nepotismo», estableció la prohibición de nombramientos y contrataciones de personal en el sector público por razón de parentesco, ésta fue publicada recién el quince de abril de mil novecientos noventa y siete, es decir con posterioridad a las contrataciones efectuadas por el acusado, y que datan del tres de enero de mil novecientos noventa y seis y del quince de abril de mil novecientos noventa y siete. Quinto.- Que además, debe tenerse en cuenta lo que dispone la precitada norma legal en su artículo quinto, en el sentido que los contratos que estuvieran vigentes a la fecha de su promulgación, no podrán ser renovados si se prueba la relación de parentesco, en clara alusión a que quedan vigentes, ya que no obliga a ninguna rescisión de los mismos; más aún, si el artículo mil trescientos cincuenticinco del Código Civil precisa que la Ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, y como consecuencia del artículo sesentidós de la Constitución Política del Estado, estas limitaciones no operarán para los contratos celebrados antes de la puesta en vigencia de la ley que establezca tales limitaciones, consecuentemente no se puede atribuir responsabilidad al encausado; por lo que: Declararon HABER NULIDAD en la sentencia de fojas ochocientos sesentitrés, en el extremo impugnado que condena a COSME DAMIÁN BELTRÁN PINEDA como autor del delito cometido por funcionarios públicos - corrupción de funcionarios negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Distrital de Paucarcolla; a dos años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el término de un año; lo inhabilitan para el ejercicio de la administración pública por el término de la condena; y fija en quinientos nuevos soles, la reparación civil; reformándola, ABSOLVIERON a COSME DAMIÁN BELTRÁN PINEDA de la acusación fiscal por el delito cometido por funcionarios públicos – corrupción de funcionarios– negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Distrital de Paucarcolla; en consecuencia, MANDARON archivar definitivamente el

proceso en este extremo; y de conformidad a lo dispuesto por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setentinueve, DISPUSIERON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; y los devolvieron.

Análisis jurisprudencial

De la presente sentencia se puede llegar a determinar que la Sala no llegó a realizar una adecuada valoración subjetiva del aspecto penal del delito de negociación incompatible, toda vez que la judicatura solo valoró la no concurrencia de una norma legal expresa que prohíba la contratación de personal que tenga parentesco con el imputado. Sin embargo, el delito de negociación incompatible tiene como finalidad la protección de la correcta administración pública, velando el funcionario por los intereses de la institución a la cual se representa.

En ese sentido, de los hechos verificados si se podría llegar a acreditar el dolo, puesto que el alcalde realizó la contratación como abogado de la municipalidad a su hermano, por lo que, a partir de ahí se genera una prueba clara del interés indebido.

Al respecto, lo que realmente se debió establecer la judicatura es si dicha contratación afectaba a los intereses de la entidad municipal a la cual representaba el imputado, ya que, sí se llegó a contratar a una persona seguido por el interés privado de beneficiar a su familiar, sin tomar en consideración el interés de velar por los intereses de la entidad estatal, efectivamente se estaría perjudicando a la entidad a través de un interés privado.

Cabe señalar que, para el presente caso, no se requería mucha labor probatoria para acreditar el aspecto subjetivo doloso del tipo (labor que no realizó la Sala) ya que si se podría acreditar el parentesco y la contratación del familiar, además de verificar si el sujeto contratado contaba con la especialidad necesaria para ejercer esta labor, y si no existía en el mercado laboral un profesional con una mayor especialidad con respecto al cargo que requería la entidad municipal.

1.10 Sala Penal Permanente, Casación 841- 2015- Ayacucho

Fundamento de hechos

El Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho emitió la sentencia del quince de abril de dos mil quince contra los encausados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza que los condenó por delito de negociación incompatible, en agravio del Estado, representado por el Gobierno Regional de Ayacucho, a cuatro años de pena privativa de libertad con carácter de suspendida por el periodo de tres años; al indicar que: “En relación al delito de negociación incompatible está probado que a razón de la declaración de la situación de emergencia y exoneración de los procesos de selección las adquisiciones y contrataciones N° 007-2011-GRASEDE CENTRAL, el procesado Edwin Teodoro Ayala Hinostroza [director del sistema administrativo de la oficina de abastecimiento y patrimonio fiscal] cursó invitaciones a las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A. para participar como postores el día 28 de diciembre de 2011, fecha en la que aún no se había notificado la aprobación de las bases administrativas de dicha exoneración [dicha aprobación de bases fue aprobada y comunicada mediante memorando N° 2475-2011-GRA/ PRES-GG del 29 de diciembre de 2011]. Asimismo, el procesado Ayala Hinostroza emitió: a) la orden de compra-guía de internamiento N° 005027 del 26 de diciembre de 2011 a la empresa IPESA

S.A.C., b) la orden de compra-guía de internamiento número 5031 del 26 de diciembre de 2011 a la empresa UNIMAQ S.A.C; efectuándose la fase de compromiso los días 26 y 29 de diciembre de 2011, es decir antes de otorgarse la buena pro que recién se llevó a cabo el 29 de diciembre de 2011, siendo suscrito por el 03 de enero de 2012, pese a que el 29 de diciembre de 2011 la empresa IPESA S.A.C. presentó la carta de propuesta económica y la declaración jurada del plazo de entrega. Además, que el procesado Ayala Hinostroza autorizó a las empresas IPESA S.A.C y UNIMAQ S.A. ampliar el plazo de entrega de los tractores agrícolas por un período de 10 días, pese a que se señaló en los contratos respectivos el plazo de entrega por 2 días. Por otro lado, al encausado Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, pese a que en las bases administrativas se consignó que los tractores agrícola debían ser entregados en el plazo de 02 días con sus respectivos accesorios y de las irregularidades administrativas, suscribió los contratos números 012 y 013 -2011 del 03 de enero de 2012 con las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.; además de establecer en dicho contrato que las rastras hidráulicas, discos, surcadora y otros accesorios serían entregados progresivamente en el plazo máximo de 30 días a la suscripción de los contratos, contraviniendo así las bases administrativas y las cotizaciones, que indicaba que el plazo de entrega de 2 días”. Segundo.- Dicha decisión fue apelada por el representante del Ministerio Público, el actor civil y la defensa de los encausados [véase escritos obrantes a fojas cuatrocientos noventa y cuatro, quinientos cuarenta y uno, y quinientos sesenta y uno, respectivamente, obrantes en el cuaderno de apelación], emitiéndose la sentencia de vista del veintiuno de agosto de dos mil quince, que confirmó en dicho extremo la condena contra los citados encausados y agraviado, a cuatro años de pena privativa de libertad con carácter suspendida [véase fundamentos jurídicos 4.31 al 4.41]. Tercero.- Contra la sentencia de vista interpusieron recurso de casación los encausados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, la misma que fue admitida

para el desarrollo jurisprudencial por las causales previstas en los incisos primero y tercero del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, mediante la Ejecutoria Suprema del veinticinco de enero de dos mil dieciséis [véase fojas noventa y nueve del cuadernillo formado en este Tribunal Supremo]. 7484 El Peruano JURISPRUDENCIA Martes 28 de junio de 2016 Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan- el catorce de junio del presente año a horas ocho y treinta de la mañana.

Criterio de la sala

La Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho ha considerado que los defectos administrativos señalados evidenciarían la comisión del delito de negociación incompatible por parte de los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza. Vigésimo Tercero: De forma coherente con los postulados anteriormente mencionados, para evaluar el valor probatorio de los defectos administrativos, primero debemos verificar en qué tipo de contratación nos encontramos. En el presente caso, nos encontramos frente a una contratación en una situación de emergencia, por lo que la valoración de los mencionados defectos es más rigurosa que en un supuesto normal de contratación. En un supuesto normal de contratación, estos defectos podrían ser tomados como indicios para construir la prueba indiciaria que acredite la comisión de un delito. En un supuesto de contratación de emergencia, ello requiere no sólo de los defectos administrativos, sino que se haya acreditado -adicionalmente- un elemento externo al proceso de contratación. Vigésimo Cuarto: Dado que nos hayamos (sic) frente a un proceso de contratación en situación de emergencia, entonces no necesariamente se puede atribuir la existencia de defectos administrativos al quebrantamiento de un deber penal. Es posible, entre tantas otras cosas, que estos defectos sean producto de la necesidad de contar rápidamente con el insumo para poder paliar o

prevenir la situación de emergencia. Para poder atribuir la existencia de un ilícito penal -especialmente en el caso de contrataciones en situación de emergencia- es necesaria la comprobación de un factor externo al proceso de contrataciones, el cual le podría dar un sentido penal a este acto meramente administrativo. Vigésimo Quinto: En el presente caso, los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza actuaron procurando adquirir la maquinaria necesaria para tomar acciones de prevención contra una amenaza (la plaga de Kikuyo²⁰) que había sido declarada como tal. Se aprecia la comisión de una serie de defectos administrativos, los cuales fueron posteriormente regularizados. Por ende, estos defectos carecen de valor probatorio en sí mismos. Al no haberse probado un elemento adicional que -sin lugar a dudas- evidencie que la razón de dichos defectos administrativos fue el quebrantar un deber penal; entonces ha de asumirse que los mismos se dieron en el contexto de la toma de acciones a causa de la situación de emergencia en sí misma; por lo que, no es posible darles un sentido penal a estos defectos administrativos. Vigésimo Sexto: En el delito de negociación incompatible, como será desarrollado más adelante, es de especial importancia la prueba de los siguientes elementos típicos: A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. (Conducta objetiva) B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. (Elemento subjetivo) La prueba de estos elementos típicos no se puede desprender de los defectos administrativos en sí misma. Deben existir elementos probatorios, fuera del procedimiento administrativo, que permitan comprobar el quebrantamiento de un deber administrativo. Si estos elementos son acreditados, entonces los defectos administrativos pueden adquirir un significado penal, mientras tanto carecerán del mismo. Vigésimo Séptimo: Por estas razones, al comprobarse que, en el presente caso, la fundamentación de la Sala Penal de Apelaciones considera la existencia del delito de negociación incompatible, basándose sólo en la existencia de defectos administrativos;

sin embargo, dado que la misma no ha tenido en cuenta de que se trata de defectos administrativos subsanables, y, sobretodo, que no ha existido la prueba del elemento externo al proceso de contrataciones que acredite la existencia de los elementos típicos antes mencionados; corresponde absolver de la acusación por el delito de negociación incompatible a los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza.

V. La intervención del tercero en el delito de Negociación Incompatible

A. La intervención delictiva en el delito de negociación incompatible

Vigésimo Octavo: El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial -normativizado-, que sólo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición. La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos.

Vigésimo noveno: Para determinar el nivel de injerencia típica del tercero en este delito, es necesario analizar la estructura del mismo. Este artículo se encuentra regulado en el artículo 399° del Código penal, siendo su tenor literal el siguiente: “Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de 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 artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

Trigésimo: Como podemos

observar, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo. El tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado -de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública. Trigésimo Primero: El delito de negociación incompatible se enmarca dentro del Título XVIII (Delitos contra la administración pública), Capítulo II (Delitos cometidos por funcionarios públicos), Sección IV (Corrupción de funcionarios). Por ende, su interpretación se da en el marco de la corrupción de funcionarios. Podemos observar que el mismo tiene una naturaleza subsidiaria, dado que, por su configuración típica, se presenta cuando no se da otra de las conductas previstas en esta sección. Si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como un cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizará una colusión. El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente. B. Análisis en el caso concreto Trigésimo Segundo: La defensa técnica plantea que la Sala Penal de Apelaciones ha errado, porque no ha tomado en consideración que los funcionarios de las

empresas ganadoras de la buena pro, ni las empresas mismas han sido sancionados. Por ende, no se ha cumplido con un requisito que sería el sancionar aquellas personas que han manifestado un interés indebido.

Trigésimo Tercero: Sobre la base de las consideraciones anteriores, la configuración típica del delito de negociación incompatible no permite la intervención de un tercero. Si ésta se presentara, entonces ya no estaríamos frente a este delito, sino a otro de los delitos de corrupción de funcionarios. Por ello, el recurso de casación planteado por el imputado, en este extremo, debe ser declarado infundado, dado que, en atención a los fundamentos dogmáticos del tipo penal en mención, la Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho no debió procesar al particular en este caso.

VI. La determinación de la finalidad especial en el comportamiento ilícito de los procesados

A. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

Trigésimo Cuarto: El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos:

A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva.

B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.

Trigésimo Quinto: Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública. El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el

marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero). La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. Trigésimo Sexto: El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Ésta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. Al respecto, como ya señalamos, no es necesario que el tercero sea quien se beneficie de la contratación, dado que el tipo penal admite la posibilidad (por su redacción abierta) de que un tercero que no sea el contratante, pueda ser el beneficiado. El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario. Trigésimo Séptimo: Todos los elementos antes mencionados deben ser materia de prueba en el proceso penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que al tratarse de elementos que configuran la conducta incriminada, constituye un deber del Magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados. B. Análisis en el caso concreto Trigésimo Octavo: La defensa alega que la Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho tenía el deber de determinar el elemento subjetivo de trascendencia interna: que el autor tenga como finalidad la obtención de un provecho para sí o para un tercero. Trigésimo Noveno: La existencia de elementos subjetivos de trascendencia interna sólo puede derivarse de exigencias típicas. Ahí donde la norma no ha expuesto claramente la existencia de un

elemento subjetivo, distinto al dolo o la culpa, dicho elemento no va a existir. Un elemento subjetivo de trascendencia interna es la motivación que debe tener el autor para realizar la conducta, la cual es distinta al dolo y la culpa, porque ambos elementos subjetivos están relacionados directamente a un elemento objetivo del tipo; sin embargo, el elemento subjetivo hace referencia a una motivación que no forma parte del tipo objetivo. Cuadragésimo: Conforme los fundamentos precedentes, el delito de negociación incompatible exige un elemento subjetivo que es la búsqueda de un provecho propio o para un tercero. Este elemento subjetivo tiene que ser materia de prueba, porque si el mismo no se acredita, la conducta sería atípica. Conforme puede apreciarse en la sentencia de vista, este elemento subjetivo no ha sido materia de acreditación. La Sala Penal de Apelaciones se ha limitado a describir como, a su entender, sobre la base de los defectos administrativos puede derivarse la existencia de un interés ilegítimo; sin embargo, no ha señalado si esta conducta incriminada fue realizada buscando un provecho propio o de un tercero. Cuadragésimo Primero: Por ello, la Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho al no indicar cuál sería el provecho que tuvieron los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza o el particular, se debe declarar fundado el recurso de casación planteado por la defensa técnica de éstos en dicho extremo.

Análisis jurisprudencial

De la evaluación de la presente sentencia se puede desprender que la Corte Suprema absolvió a los imputados señalando que estos no pudieron haber cometido el delito de negociación incompatible, ya que una serie de irregularidades administrativas no necesariamente puede ser indicio de una conducta penal, así mismo, también refiere la Corte que se debe realizar una evaluación del contexto en el que se encontraba la municipalidad al tener la necesidad de poder combatir una amenaza (la plaga de Kikuyo²⁰). Por último, también se refirió la Corte de que se debe llegar a probar el provecho propio de tercero para poder sancionar a los imputados.

Al respecto, si en el presente caso se llega a aplicar los criterios establecidos para acreditar el dolo, podríamos establecer si realmente los imputados actuaron conforme a las funciones que tienen en razón de su cargo.

En primer lugar, podemos verificar que los imputados si tenían el conocimiento de que su actuar generaría irregularidades administrativas (conocimiento situacional) y que se estarían beneficiando de manera ventajosa a los postores, lo cual también resulta siendo correcto.

Ahora bien, lo que se debe llegar a verificar de los hechos, es si estas infracciones administrativas fueron realmente necesarias para poder cumplir con las obligaciones conforme a su cargo, y si estas acciones realmente protegen los intereses de la entidad estatal, toda vez que los funcionarios actuaron con conocimiento de que podrían beneficiar indebidamente a una empresa y a pesar de ello actuaron.

En ese sentido, al darle un sentido social al hecho, y por las circunstancias que lo acompañan, coincido con la Corte que los sujetos actuaron conforme

a las circunstancias, llegando a proteger de los intereses del Estado, por lo que no se configuraría el dolo del delito de negociación incompatible.

Por otro lado, en la presente sentencia, la Corte llega a establecer que además del dolo también se debería acreditar la búsqueda del provecho propio y de tercero, lo cual resulta valido para atribuir correctamente la tipificación.

Al respecto, se desprende de los hechos que, si se puede verificar el provecho del tercero, puesto que los postores si llegaron a beneficiarse de las irregularidades administrativas, no obstante, a ello, esto no podría imputarse- los funcionarios ya que la conducta desplegada por estos fue por motivos de la urgente necesidad por parte de la entidad pública.



CONCLUSIONES

1. En el contexto actual en el que se encuentra la sociedad peruana, donde las instituciones públicas se encuentran rebasadas por el mal manejo por parte de malos funcionarios públicos y la corrupción imperante, obliga a crear una política criminal distinta de persecución penal, pero siempre velando por el debido proceso y la presunción de inocencia. La presente tesis se centra en uno de los principales casos donde ocurre corrupción de funcionarios, esto es, en las contrataciones públicas, toda vez que es frecuente la concurrencia de un interés privado, siendo el delito de negociación incompatible uno de los más frecuentes y menos estudiados, el cual es objeto de estudio en la presente tesis.
2. El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública. También se ha llegado a establecer que el delito de negociación incompatible contiene un bien jurídico colectivo, toda vez que resulta siendo necesario para adecuada protección a los intereses de la sociedad.
3. En el delito de negociación incompatible el verbo rector es el del interés indebido. Actualmente existe una crítica por su carácter subjetivo y difícil probanza, sin embargo, se ha verificado que el interés indebido no solo se determina cuando se persigue un fin privado por parte del funcionario público, sino que, también es posible llegar a verificarlo cuando exista una divergencia entre los fines realmente perseguidos por el funcionario público, y los que según la norma administrativa aplicable deberían orientar la decisión administrativa.

4. Para determinar “el interés por razones de su cargo”, según la descripción de la norma, no solo se debe verificar el contenido formal de la norma sino que también se debe establecer un contenido material, donde medie una manipulación o un pre-valoramiento del cargo en beneficio propio de un tercero por parte del funcionario público.
5. El delito de negociación incompatible se llega a consumar en cualquier momento del proceso de ejecución de algún contrato u operación, toda vez que, es un delito de “mera actividad”, donde para configurarse el tipo penal, no es necesario la concurrencia de un resultado, sino que sólo basta la realización de la conducta descrita en la figura típica, lo que implica que se considera como carente de significación el que se obtenga o no el resultado material buscado, por otro lado, no se existe la tentativa en el presente delito.
6. Cuando no existan las suficientes pruebas directas que demuestren el actuar delictivo del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria), se puede utilizar criterios claros y convincentes que puedan generar la suficiente convicción de que el sujeto realmente ha cometido el ilícito penal.
7. El objeto del dolo no debe girar tanto en los conceptos jurídicos de carácter psicológicos que se han venido desarrollando, sino que, más bien, dolo es las circunstancias de los hechos acaecidos cuando ocurre un delito, y que a partir de esas circunstancias es donde el Derecho empieza a valorar si realmente este existió el dolo en el sujeto imputado, esto se lo conoce como una atribución normativa del dolo.

8. La propuesta otorgada por el profesor Ragués nos señala una serie de criterios para poder acreditar el dolo, como son: a) Conocimientos mínimos b) Transmisiones previas de conocimientos, c) Exteriorización del propio conocimiento, d) Características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos, e) La imputación del correcto <<conocimiento situacional>>.
9. Al realizar un análisis de un total de diez sentencias referidas al delito de negociación incompatible, se ha verificado que los criterios propuestos por el profesor Ragués, resultan siendo efectivos para poder acreditar el dolo, toda vez que mediante los indicios y la imputación cognitiva, se puede llegar a la convicción de que efectivamente el funcionario público ha cometido el tipo penal.
10. En aquellos casos donde no se cuente con los elementos probatorios suficientes que demuestren el interés indebido por parte del funcionario público, la atribución normativa del dolo resulta siendo la más adecuada para poder acreditarlo, por lo que la utilización de criterios cognitivos como herramientas para determinar la conducta del imputado resulta siendo la de mucha ayuda al momento de poder motivar las sentencia conforme a Derecho.

RECOMENDACIONES

1. Es de urgente necesidad que desde las facultades de Derecho del país se llegue a un mayor estudio con respecto al fenómeno de la corrupción, puesto que es uno de los principales problemas que impiden al país desarrollarse como una sociedad más justa e igualitaria.
2. Se debe crear una política criminal por parte del Estado, con respecto a la persecución penal de aquellos malos funcionarios que se aprovechan de su función para beneficiarse de forma privada, siempre y cuando se proteja el debido proceso.
3. Es de necesidad que se continúe con el estudio sobre la conducta dolosa de los funcionarios públicos cuando cometen delitos relacionado a su cargo, especialmente cuando exista la necesidad de poder acreditar el dolo dentro de un proceso penal, de esta forma se estaría creando una mayor relación entre el Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.
4. En el ámbito jurisdiccional es de necesidad que se realice un mayor estudio al llegar a motivar las sentencias referidas al delito de negociación incompatible, sobre todo, cuando se trate de sustentar la concurrencia o no del aspecto subjetivo del imputado en el tipo penal; por tal motivo se recomienda la utilización de los criterios señalados en la presente tesis, con la finalidad de poder utilizarlos al momento de atribuir o no el dolo.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. 2da edición. Palestra editores. Lima, 2003.
- ANGULO MORALES, Marco Antonio. *Introducción al derecho probatorio en el nuevo proceso penal*. Edit. Grijley, Lima, 2009.
- ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel (Director), GONZALES LAGIER (Docente) *Diplomatura internacional de especialización en argumentación jurídica: Argumentación en materia de hechos. Introducción a la teoría de la prueba*. Universidad de Alicante, Instituto Palestra: Escuela Iberoamericana de Derecho, Lima, setiembre, 2014.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3^{ra} Reimpresión. Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual del Derecho Penal, Parte General*. Edit. Temis, Bogotá, 1996.
- BALCAZAR ZELADA, José María. *Ontología de delitos contra la administración pública*. s/d.
- BONIFACIO MERCADO, Charles Paul. “La prueba indiciaria en la jurisprudencia”. URQUIZO VIDELA, Gustavo (Coordinador). *La Prueba en el proceso penal*. Gaceta Jurídica. S/d
- CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. 3^a edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.
- CASTILLO ALVA, José. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico. Lima, 2015.

- GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Editorial Reforma, Lima, 2010.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal, parte general*. 2ª edición. Editorial Grijel, Lima, 2008
- GÜNTER, Jakobs. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. 1ª edición. Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. "Preceptos generales de la prueba en el proceso penal". En: REVILLA LLAZA, Percy Enrique (coordinador). *La prueba en el código procesal peruano de 2004*. Gaceta Jurídica. Lima, 2012.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la investigación*. Sexta Edición. McGRAW-HILL/ INTERAMERICANA, México, 2014.
- LAMAS PUCCIO. Luis. *La prueba indiciaria en los delitos de lavado de activos*. Instituto Pacífico, Lima, 2007
- LAMAS PUCCIO. Luis. *La prueba indiciaria en los delitos de lavado de activos*. Instituto Pacífico, Lima, 2007.
- MORI GUIMARAY, Erick; NOVOA CURICH, Yvana; TORRES PACHAS, David. *Manual Sobre Delitos Contra La Administración Pública*. 1ª edición. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición. Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2001.
- PALACIOS VILELA, Jesús Josefa; ROMERO DELGADO, Hugo Eusebio y ÑAUPAS PAITÁN, Humberto. *Metodología de la investigación científica. Una brújula para investigar en ciencias jurídicas y redactar tesis*. Editorial Grijley, Lima, 2016.
- QUIROZ SALAZAR, William F. *La prueba del dolo, en el proceso penal acusatorio garantista*. Ideas Solución Editorial, Lima, 2014

- RAGUÉS I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. José María Bosch editor, Barcelona, 1999.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. 4ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y patrocínio ilegal*. Edit. Lex y Iuris. Lima, 2016.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual operativo de los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos*. 2ª edición. Nomos y Themis, Lima, 2017.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Tomo I. 2ª edición. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1997.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2014.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica N.º 1*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal Parte General*. 6ta edición. Edit. Grijley. Lima, 2017.
- VILLEGAS PAIVA, Elky. *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Una cuestión de Estado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
- VILLEGAS PAIVA, Elky. *Los delitos culposos y el dolo eventual en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- ZAFFARONI, Raúl, ALIAGA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal parte general*. 2ª edición, edit. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2002

REVISTAS FISICAS

- ALAS ROJAS, Diana Leonor. “Determinación de los grados de intervención delictiva en los delitos de infracción del deber. Comentario a propósito del Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116”. *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 230, Lima, noviembre de 2017.
- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La intervención del extraneus en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito de la Casación N.º 782-2015-Del Santa”. *Actualidad Penal* N° 29, Lima, noviembre de 2016.
- FRANCISCO SAENZ, Denís; ROBLES BLÁCIDO, Elmer. *La aplicabilidad de la teoría de los concursos en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito fiscal de ancash, periodo 2014 – 2015*. Tesis para obtener el título de abogado. Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antunez de Mayolo”, Huaraz, 2017.
- JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en: *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

REVISTAS ELECTRÓNICAS

- ABANTO VASQUEZ, Manuel. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”. En: *Revista Penal*, nº 14, Julio 2004, pág. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>.
- ARIAS QUISPE, Wilbert. *La prueba indiciaria y la importancia de su aplicación en la justicia militar*. Tesis para optar el magister en Derecho. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006. Disponible en: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/3321/arias_gw.pdf;jsessionid=DC2B3EB3F248BFA76852E4F46B2C9AA7?sequence=1
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERLE, Leonardo. “Delito de corrupción de funcionarios”. *Gaceta Jurídica*. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/263344810/Corrupcion-de-Funcionarios>
- CARO JOHN, José. *Algunas consideraciones sobre el delito de infracción del deber*. Universidad de Friburgo, Suiza, 2003. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf
- CARO JOHN, José. *Imputación subjetiva*. Ponencia del curso internacional de Derecho Penal, Lima, 2006. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_52.pdf
- CHANG KCOMT, Romy. *Dolo Eventual e Imprudencia Consciente: Reflexiones en torno a su Delimitación*. Asociación Civil Derecho y Sociedad, pág. 06-07. Disponible en:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13232/13843>

- DEL MAR DÍAZ PITA, María. *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, pág.61 a 71. En: *Revista Penal. com.* N.º 17. 2016 Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/267/257>
- ENRIQUEZ SUMERINDE, Víctor. *El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva ley de contrataciones con el estado*. En: *Gaceta Penal* N° 79. *Gaceta Jurídica*. Lima, enero de 2016. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d83195004ccc34f7ac69aeb8adeb3b40/D_Enriquez_SuLmerinde_160516.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d83195004ccc34f7ac69aeb8adeb3b40
- GONZALES SOLANO, Gustavo. “El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia jurídica”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.º 114, Universidad de Costa Rica, 2007, pág. 37. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13621/12935>
- GUIMARAY MORI, Erick. “Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible”. En: *Boletín Informativo Mensual*, N° 39. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/BOLETIN-JULIO.pdf>
- HAVA GARCÍA, Esther. “Dolo eventual y culpa consciente: Criterios diferenciadores”. En: *Anuario de Derecho Penal 2003: Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano*. Fondo Editorial de la PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2003, pág. 11. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf
- KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”.

En: *Revista Lecciones y Ensayos* N° 86. Universidad de Argentina, Argentina, 2009. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

- KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”. En: *Revista Lecciones y Ensayos* N° 86. Universidad de Argentina, Argentina, 2009. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo código procesal penal* En: *Colección cuadernos de análisis de la jurisprudencia, volumen 2*. Academia de la Magistratura, Lima, diciembre, 2012. Disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/jurispr_aplic_ncpp_volu2.pdf
- PAREDES CASTAÑON, José Manuel. “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”. *Nuevo Foro Penal*. Universidad EAFIT, Medellín, pág.4. Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3823/3122>.
- RAGÜES I VALLES, Ramón. *Consideraciones sobre la prueba del dolo*. Revista de estudios de la Justicia. N.º 4, año 2004, pág.01. Disponible en: <http://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/15029/15450>
- RAMOS TAPIA, Inmaculada. *La discusión dogmática sobre el concepto de dolo y la tendencia hacia una teoría cognitiva*. En: Maestría en ciencias penal de la Universidad San Martín de Porres, Lima, s/d, pág. 5. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_cie

[ncias penales/cursos/1ciclo/temas teoria del delito/materiales/dr Raul%20Pariona/5 Inmaculada Ramos.pdf](#)

- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública: La teoría de infracción del deber en la jurisprudencia peruana*. s/d. Disponible en: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2_int_d_adm_publica.pdf
- SANCHEZ ZORRILLA, Manuel. *La versión básica y aplicada de la investigación jurídica pura*. Revista Derecho y Cambio Social. s/d. pág. 15. Disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista048/LA_VERSION_BASICA_Y_APLICADA_DE_LA_INVESTIGACION.pdf.
- SANCINETTI, Marcelo. "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas". En: *Crónicas extranjeras*. Buenos Aires. s/d. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?i_d=ANU-P-1986-30087700891 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones p%FAblicas*
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos*. s/d. pág. 3. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_15.pdf
- TALAVERA ELGERA, Pablo. *La prueba en el proceso penal, Manual de derecho probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso común*. Academia de la Magistratura, Lima, marzo, 2009. Disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/I_a_prueba_nuev_proc_penal.pdf

- VILLAVICENCIO, Modesto. *El hombre y el derecho*. Lima, 1957. Academia de la Magistratura. Disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/em_dere_proc_pen_fisc/469-490.pdf
- VILLEGAS PAIVA, Elky. “Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales”. Edit. Astrea. s/d. pág. 15. <https://es.scribd.com/document/60485863/Los-Bienes-Juridicos-Colectivos-en-El-Derecho-Penal>

TESIS

- BUSTINZA SIU, Marco. *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*. Tesis para obtener el grado de maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, pág. 10. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5258>
- CORDÓN AGUILAR, Julio. *Prueba Indiciaria y Presunción de Inocencia en el proceso penal*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, pág. 81. Disponible en: [https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP_Cor don Aguilar JC PruebaIndiciaria.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIndiciaria.pdf).
- DIAZ CASTILLO, Ingrid. *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis para obtener el grado de Doctor. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2016. Disponible en: [https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131865/1/DDPG_Diaz Castillo_TipoInjustodelitoscolusion.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131865/1/DDPG_DiazCastillo_TipoInjustodelitoscolusion.pdf)
- ILABACA MÉNDEZ, Francisca. *Delito de negociaciones incompatibles*. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2012.

Disponible

en:

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112854/de-llabaca_f.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- REYES RIOS, Leslie Andrea; VILCHEZ GAMBOA, Sheily Helin. *La imputación concreta en los delitos de negociación incompatible y cohecho en las sentencias emitidas por las salas penales de la provincia de Trujillo, en el periodo 2011- 2015*. Tesis para obtener el Título de abogado. Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 2017.

Disponible

en:

http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8148/ReyesRios_L%20-%20VilchezGamboa_S.pdf?sequence=1&isAllowed=y

SENTENCIAS

- Sentencia de la Sala Penal Permanente R.N. N 253- 2012-Piura.
- Sentencia de la Sala Penal Permanente R.N.N 253- 2012-Piura.
- Sentencia de la Sala Penal Permanente R.N.N 001352- 2005- Ica.
- Sentencia de la Sala Penal Permanente R.N.N 4766- 2001- Puno.
- Sentencia de la Sala Penal Permanente R.N.N 5083- 2008 – Cusco.
- Sentencia de la Sala Penal Permanente R.N.N 661- 2009- Lima
- Sentencia de la Sala Penal Permanente R.N.N 982- 2009- Tacna
- Sentencia de la Sala penal permanente, Casación 841- 2015 Ayacucho
- Sentencia de la Sala Penal Transitoria R. N. N 1378- 2013- Loreto.

- Sentencia de la Sala Penal Transitoria R. N. N. 3365- 2013- Loreto
- Sentencia de la Sala Penal Transitoria R.N N. 3422- 2013 – Loreto
- Sentencia de la Sala Penal Transitoria R.N.N 1298- 2013- Lima
- Sentencia de la Sala Penal Transitoria R.N.N 4259- 2008- Tumbes
- Sentencia de la Sala Penal Transitoria R.N.N 2641- 2011- Lambayeque
- Sentencia de la Sala Penal Transitoria, Casación N.º 628- 2017 – Puno.
- Sentencia N° C-128/03, de la Corte Constitucional de Colombia.

