



UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO



**“EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y LA APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD Y LA UNIDAD DE TÍTULO
DE IMPUTACIÓN EN EL EXTRANEUS”**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

AUTOR:

Abog. MARCO ANTONIO ARBILDO RAMIREZ

ASESOR:

Dr. VÍCTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO

LAMBAYEQUE – PERÚ

2019

**“EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y LA APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD Y LA UNIDAD DE TÍTULO DE
IMPUTACIÓN EN EL EXTRANEUS”**

PRESENTADO POR:

**Abog. MARCO ANTONIO ARBILDO RAMIREZ
AUTOR**

**Dr. VÍCTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO
ASESOR**

APROBADO POR:

**Dr. JOSE MARIA BALCAZAR ZELADA
PRESIDENTE**

**Dr. ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS
SECRETARIO**

**M.Sc. RICARDO PONTE DURANGO
VOCAL**

DEDICATORIA

A la memoria de mis hermanos Nadia y Manuel, a mis padres, ejemplo de fortaleza y abnegación, porque sin ellos, no hubiera logrado alcanzar mis metas.

Dedico este trabajo, a mis queridos hijos: Daian y Emily, por ser la luz de mi vida y fuente de motivación para seguir adelante.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por guiar mis pasos, a mis padres, a mis profesores de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

A la Dra. Margarita Fanning Balarezo, por sus enseñanzas en el Taller de Tesis, y a mi Asesor, el Dr. Víctor Anacleto Guerrero, que me permitieron el desarrollo con éxito de esta investigación.

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
ÍNDICE.....	v
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I:	15
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	15
1.1 Caracterización del escenario	15
1.2 Surgimiento y manifestaciones del problema.....	16
1.3 Formulación del problema.....	19
1.4 Justificación e importancia	19
1.5 Objetivos	20
1.5.1 Objetivo General	20
1.5.2 Objetivos Específicos	21
CAPÍTULO II:.....	22
MARCO TEÓRICO.....	22
2.1 Antecedentes	22
2.2 Base Teórica	30
2.2.1 El principio de legalidad	30
2.2.2 El principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación.....	47
2.2.2.1 El principio de accesoriedad.....	47
2.2.2.2 La teoría de unidad de título de imputación	53
2.2.3 El delito de negociación incompatible	68

2.2.3.1	Antecedentes legales	68
2.2.3.2	El delito de negociación incompatible en el derecho penal comparado	70
2.2.3.3	El delito de negociación incompatible en la doctrina.....	73
2.2.3.4	Regulación actual en el Código Penal del Perú.....	78
2.2.3.5	La prueba indiciaria en el delito de negociación incompatible	92
2.3	Definición de términos y conceptos	96
2.4	Hipótesis.....	98
2.5	Variables.....	99
2.5.1	Determinación de variables	99
2.5.2	Operacionalización de variables.....	99
CAPÍTULO III:		100
MARCO METODOLÓGICO		100
3.1	Tipo de investigación:	100
3.2	Diseño y contrastación de hipótesis	100
3.3	Población, muestra y muestreo.....	101
3.3.1	Población.....	101
3.3.2	Muestra.....	103
3.4	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	103
3.5	Instrumentos de recolección de datos.....	104
3.6	Procesamiento de información	104
CAPÍTULO IV.....		105
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN		105
4.1	Análisis e interpretación de los datos contenidos en las Sentencias	105
4.1.1	Casaciones de la Corte Suprema de Justicia	105

4.1.2	Sentencias de nulidad de la Corte Suprema	149
4.2	Discusión de los resultados	207
4.2.1	De las Casaciones en el delito de negociación incompatible:	207
4.2.2	De las sentencias de nulidad de la Corte Suprema.....	218
4.3	Vulneración del principio de legalidad en el extraneus en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018.....	235
	CAPITULO V:.....	252
	CONSIDERACIONES JURÍDICAS RESPECTO AL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.....	252
	CONCLUSIONES	262
	RECOMENDACIONES	264
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	265
	ANEXOS	271

RESUMEN

La tesis titulada “EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD, Y LA UNIDAD DE TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN EL EXTRANEUS”; el objetivo del estudio es determinar, si la aplicación del principio de accesoriidad, y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus, vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018.

La hipótesis fue demostrar es que, si se aplica el principio de accesoriidad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus; se vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia durante los años 2011 al 2018.

Se ha utilizado la metodología de investigación de tipo cualitativa, descriptiva con diseño no experimental aplicada al derecho, por cuanto no se manipula la variable independiente, a fin de conocer la motivación de los Jueces Supremos en sus sentencias, respecto a la aplicación del principio de accesoriidad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus; y la influencia en el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible.

El desarrollo de la tesis, se realizó en los meses de enero a julio de 2019, de la cual se obtuvo como resultado que no existe uniformidad en las sentencias, como tampoco doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema, en relación a la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, y que la aplicación del principio de accesoriidad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus, vulnera el principio de legalidad.

Palabras Clave: Extraneus, Principio de legalidad, Principio de accesoriidad, Unidad de título de imputación, Negociación incompatible.

ABSTRACT

The thesis entitled "THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN THE CRIME OF INCOMPATIBLE NEGOTIATION AND THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF ACCESORIETY, AND THE UNITY OF TITLE OF IMPUTATION IN THE EXTRANEUS"; The objective of the study is to determine whether the application of the principle of accessoriness, and the theory of the unity of the imputation title in the extraneus, violates the principle of legality in the crime of incompatible negotiation, in the judgments of the Supreme Court of Justice, during the years 2011 to 2018.

The hypothesis that has been sought to demonstrate that, if the principle of accessoriness and the theory of unit of imputation title in the extraneus is applied; the principle of legality is violated in the offense of incompatible negotiation, in the judgments of the Supreme Court of Justice during the years 2011 to 2018.

The research methodology has been used qualitative, descriptive with no experimental design applied to the law, because the independent variable is not manipulated, in order to know the motivation of the Supreme Judges in their judgments, regarding the application of the principle of accessoriness and the theory of unit of imputation title in the extraneus; and the influence on the principle of legality in the offense of incompatible negotiation.

The development of the thesis was carried out in the months of January to July 2019, from which it was obtained as a result that there is no uniformity in the sentences, as well as binding jurisprudential doctrine of the Supreme Court, in relation to the participation of the extraneus in the crime of incompatible negotiation, and that the application of the principle of accessoriness and the theory of unity of title of imputation in the extraneus, violates the principle of legality.

Keywords: Extraneus, Principle of legality, Accessoriety principle, Unit of imputation title, Negotiation incompatible.

INTRODUCCIÓN

En el contexto nacional, no se han desarrollado investigaciones jurídicas específicas, respecto al principio de legalidad y el principio de accesoriedad y unidad de título de imputación del extraneus en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, previsto en el artículo 399° del Código Penal. Tampoco, existe en la jurisprudencia penal de nuestro país, un análisis dogmático-penal exhaustivo de la aplicación del principio de accesoriedad y de la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus y los efectos en el principio de legalidad, y si corresponde ser comprendido y sancionado por este delito con la misma pena prevista para el autor.

La presente tesis de maestría, estudia el principio de legalidad, el principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación en el delito de negociación incompatible previsto, como delito de corrupción en el artículo 399° del Código Penal, se describen criterios jurídicos a partir de la Constitución Política del Perú, de la norma penal y la doctrina.

La tesis titulada “El principio de legalidad en el delito de negociación incompatible y la aplicación del principio de accesoriedad, y la unidad de título de imputación en el extraneus”; es un trabajo de investigación motivado por las apreciaciones y clases desarrolladas por los docentes de la maestría de Derecho Penal de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, que inspiraron realizar una indagación sobre un tema polémico y no acabado, en cuanto a la accesoriedad y teoría de unidad de título de imputación en el extraneus, y los efectos que ello producen en el principio de legalidad penal en el delito de negociación incompatible.

Por ello, el problema de la investigación se sintetiza en la siguiente pregunta: ¿La aplicación del principio de accesoriadad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus, vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018?

Para responder al problema planteado en la investigación, se definió como objetivo general: Determinar, si la aplicación del principio de accesoriadad, y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus, vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018. Para coadyubar con ello, se establecen cinco objetivos específicos; y la hipótesis planteada busca demostrar que, si se aplica el principio de accesoriadad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus; entonces, se vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia durante los años 2011 al 2018.

Para abordar el problema planteado en la investigación, se parte de la Declaración Francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, que constituye la fuente del principio de legalidad, en ella se verifica el límite del ius puniendi del Estado, al preveer en el artículo 8° que “La ley no puede establecer más y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida al delito y legalmente aplicada. Del mismo modo, se acoge el artículo 9° de la Convención Americana sobre derechos Humanos.

Para describir la jerarquía del principio de legalidad, se ha tenido en cuenta que este principio, se encuentra reconocido universalmente e instituido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en otras convenciones internacionales, y que en nuestro país

lo consagra la Constitución Política del Estado al establecer en el artículo 2 numeral 24 literal d) que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de someterse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley.”

Pese a la existencia de normatividad supranacional, y lo prescrito en la Constitución Política del Perú, como en el Código Penal, en la doctrina, en cuanto al principio de legalidad; los operadores del derecho, no lo consideran en su real magnitud, ello se observa, en las actuaciones del Ministerio Público, y el órgano jurisdiccional, cuando se investiga, imputa, acusa, e incluso se sanciona penalmente al extraneus por el delito de negociación incompatible. Por ello, pretendemos con la investigación, contribuir con el derecho penal, con los estudiantes, los operadores de derecho, y con los ciudadanos particulares, que no ostentan la condición de funcionarios ni servidores públicos, que por el principio de legalidad, y por la redacción típica en el Código Penal del delito de negociación incompatible, no es constitucional ni legal, que el extraneus sea procesado, mucho menos sancionado a título de cómplice por este delito.

El principio de legalidad tiene relevancia ante el problema planteado, que como ya se ha señalado, no existe uniformidad judicial, notándose en la praxis, que no se realiza correctamente la subsunción de los hechos con los elementos normativos del tipo penal del delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal. No se otorga la trascendencia debida al principio de legalidad penal; y, por el contrario, se privilegia el principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación, para investigar, imputar, acusar y sancionar al extraneus, sin tener en cuenta, que la estructura típica de este delito considerado como infracción del deber, solo sanciona el interés

indebido directo e indirecto del funcionario o servidor público que interviene por razón de su cargo, y no establece la participación necesaria del extraneus para su comisión.

Para tal efecto, hemos dividido el trabajo de investigación en cinco capítulos:

El primer capítulo, se expone el análisis del objeto de estudio, desarrollando el escenario de la investigación, como surge, y como se manifiesta el problema, su evolución histórica, se realiza el planteamiento del problema, se define el objetivo general y los objetivos específicos, la justificación e importancia de la investigación.

El segundo capítulo, desarrolla el marco teórico desde tres ámbitos: en el primero, el principio de legalidad, se describe su manifestación en el derecho al debido proceso, la legalidad penal, la legalidad procesal, la jurisprudencia de este principio en la Corte Suprema y en el Tribunal Constitucional. En el segundo, se describe el principio de accesoriadad, la teoría de unidad de título de imputación, la teoría de ruptura del título de imputación y la teoría de infracción del deber. En el tercero, se analiza el delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, describiendo los elementos de tipo objetivo y subjetivo, la participación, los elementos normativos del tipo penal, la posición del Tribunal Constitucional, y algunos apuntes de la Corte Suprema sobre este delito; y se establece la hipótesis, con las variables independiente y dependiente.

En el tercer capítulo, se señala el marco metodológico de la investigación empleada, el tipo de investigación, el diseño de contrastación de hipótesis, la población, muestra, las técnicas e instrumentos de recolección de datos, y el procesamiento de la información.

En el cuarto capítulo, se realiza el análisis y discusión de los resultados, se describe, y analiza la motivación de veinte y cinco sentencias de la Corte Suprema de Justicia del delito de negociación incompatible durante los años 2011 al 2018, que conforman la población y muestra; y se identifica la vulneración del principio de legalidad en el extraneus en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, hasta antes de la modificatoria del artículo 25° del Código Penal.

En el quinto capítulo se proponen consideraciones jurídicas respecto al extraneus en el delito de negociación incompatible, con una propuesta de modificación del artículo 399° de la norma penal sustantiva, para comprender y sancionar penalmente la conducta del extraneus, cuando presta colaboración en la perpetración del delito.

La tesis concluye con las conclusiones, recomendaciones y anexos.

CAPÍTULO I:

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1 Caracterización del escenario

La problemática que es objeto de la presente investigación, se concentra en las sentencias de las Salas de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, por recursos de casación, y/o recursos de nulidad que tiene como partes del proceso penal: por la parte acusadora la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, el autor o coautores (funcionario o servidor público), los partícipes a título de cómplices primarios o secundarios (proveedores, profesionales independientes, representantes de las personas jurídicas, personas naturales), y el actor civil, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

Hasta la actualidad en las sentencias supremas, no existe una posición uniforme en relación a la aplicación del principio de legalidad en el tipo penal en cuestión, cuando concurren autores y extraneus, observándose que en algunos casos se privilegia el principio de accesoriedad, y la teoría de unidad de título de imputación, frente al principio de legalidad en el delito de negociación incompatible considerado por la doctrina como un delito de infracción del deber. Si bien, es cierto que existen sentencias absolutorias en algunos casos, en otras, se confirma la condena, en otras se anula la sentencia recurrida con reenvió para que se realice nuevamente el juicio oral por otra sala en segunda instancia; sin que exista jurisprudencia penal vinculante de la Corte Suprema de Justicia, en relación a si el extraneus debe ser procesado o condenado a título de cómplice, por contratar o participar en las operaciones con las entidades de la Administración Pública de nuestro país, a pesar que o tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos.

1.2 Surgimiento y manifestaciones del problema

Uno de los problemas que aqueja a nuestro país, es la corrupción en las entidades públicas, al punto que los ciudadanos lo perciben como algo normal, como actos rutinarios propios en la administración estatal, lo que se agudiza por la ineficaz administración de justicia, lo que hace que profundice la práctica de la corrupción.

Ello, ha dado lugar, desde hace algún tiempo, que el tipo penal de la negociación incompatible prevista en el artículo 399° del Código Penal Peruano de la sección IV “Corrupción de Funcionarios” del título XVIII del Código Penal “delitos contra la administración pública” venga siendo utilizado como una vía de escape residual y subsidiaria, por el ministerio público y por el órgano jurisdiccional para justificar la indebida acusación y sanción penal, al no poder probar o sancionar otros delitos como el delito de colusión, cohecho, en el entendido que resulta más fácil utilizar inferencias de medios de prueba indirectos (prueba indiciaria) para probar el interés indebido del funcionario o servidor público, y sin respetar el principio de legalidad penal inclusive se extiende la responsabilidad penal a los extraneos, aquellos que no siendo funcionarios ni servidores públicos ocasionalmente se vinculan mediante contratos u operaciones con las entidades del Estado.

El principio de legalidad se encuentra previsto como un principio general en el Título Preliminar del Código Penal Peruano, en el artículo II que prescribe que *“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a penal o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella,”* y para garantizar la prevalencia de este principio, en el artículo X del mismo Título Preliminar, se establece que las normas generales del

Código Penal son aplicables a los hechos punibles previstos en las leyes especiales. Es sumamente trascendente para la aplicación de ius puniendi del Estado, puesto que es acogido de la Constitución Política que junto con el principio de igualdad constituye uno de los pilares en la Administración de Justicia.

Peña Cabrera Freyre, A. (2013), refiere que: El principio de legalidad es un medio racional de lograr la seguridad jurídica que evita que el sistema punitivo se desborde creando formas e instrumentos coercitivos que no expresen necesidades finales de los procesos de organización de la persona, la sociedad o el Estado¹.

Reátegui Sánchez, J (2016) afirma que “El principio constitucional de legalidad, constituye un principio madre con proyección en todo el derecho penal: sustantivo, procesal y ejecutivo”².

Bacigalupo Zapater (1984), sostiene que: “La consecuencia práctica de este principio es que ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena”.

Sin embargo, en su aplicación práctica, el principio de legalidad, es vulnerado por los operadores jurídicos, al no valorar adecuadamente la garantía constitucional en el delito de negociación incompatible, privilegiando principios de inferior jerarquía sin rango constitucional, como el principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación.

1. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Curso Elemental de Derecho Penal Parte General* Ediciones Legales EIRL, pág. 66.

2. REATEGUI SANCHEZ, James. *El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses Privados*. Lex & Iuris, pág 40.

3. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal - Parte General*. Akal Ediciones, pág. 56.

interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad

En la actualidad el delito de negociación incompatible se encuentra previsto en el artículo 399° del Código Penal, regulando textualmente 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 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”.

Como se puede observar en la norma penal del artículo penal precitado, en ningún extremo considera como sujeto del delito al extraneus (proveedor, profesional independiente, representantes legales de personas jurídicas), mucho menos, se establece pena privativa de libertad, tampoco inhabilitación, ni sanción de multa. El ámbito de comprensión del delito, es para el funcionario o servidor público que interviene indebidamente por razón de su cargo; sin embargo, pese ser clara la redacción del tipo penal; sin advertir vacío o vaguedad en la norma que regula el delito de negociación incompatible, respecto a quienes son los sujetos que pueden incurrir en este delito; el problema jurídico surge en la aplicación, que se manifiesta en la investigación fiscal, y en el proceso judicial, cuando se considera en el mismo proceso penal al extraneus a título de cómplice, sobre la base del artículo 25° del Código Penal que regula la complicidad primaria y secundaria, inobservando el principio de legalidad penal.

Actualmente, con la modificatoria del artículo 25° del Código Penal la complicidad primaria y la complicidad secundaria ha quedado redactado en los siguientes términos: “El que, dolosamente preste auxilio para la realización del hecho

punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.”

A razón de lo antes expuesto, en el presente trabajo de investigación, se identifica, analiza y describe, a partir de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia; y, a la luz de lo prescrito en la Constitución Política del Perú, de la norma penal y de la doctrina; como es que al no prevalecer el principio de legalidad en sentido estricto, se afectan los derechos de los justiciables especialmente del extraneus en el delito de negociación incompatible.

1.3 Formulación del problema

¿La aplicación del principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus, vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018?

1.4 Justificación e importancia

La justificación e importancia de esta investigación, se avoca ante el problema planteado, y ante la falta de uniformidad judicial en describir y explicar el principio de legalidad en el extraneus; y si, se le puede aplicar el principio de accesoriedad y

unidad de título de imputación para sancionarlo penalmente en el delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, a pesar que en la estructura típica de este delito de infracción del deber, el verbo rector, es el interés indebido directo e indirecto del funcionario o servidor público.

Desde el punto de metodológico, el tipo de investigación es cualitativa descriptiva, describiendo lo que acontece en la práctica y los fundamentos teóricos, con lo que se analiza el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible y su prevalencia ante el principios de accesoriedad, y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus, como una garantía jurídica y derecho subjetivo de todos los ciudadanos.

En el ámbito social, se busca contribuir con la integridad de los derechos fundamentales de los particulares extraneus, ante la inobservancia del principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, y contribuir con el derecho penal, con los problemas que se presentan al comprender al extraneus en el mismo proceso penal en el delito mencionado.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo General

Determinar, si la aplicación del principio de accesoriedad, y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus, vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018.

1.5.2 Objetivos Específicos

- a) Explicar a la luz de la Constitución Política del Perú, de la norma penal y de la doctrina, la prevalencia del principio de legalidad en el delito de negociación incompatible.
- b) Describir sobre la base de la doctrina, y de la norma penal; el principio de accesoriedad, y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus.
- c) Analizar el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en el derecho penal comparado, en la doctrina y en la norma penal.
- d) Identificar, la vulneración del principio de legalidad en el extraneus en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018.
- e) Proponer, consideraciones jurídicas respecto al extraneus en el delito de negociación incompatible.

CAPÍTULO II:

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

De la revisión de tesis en el ámbito internacional relacionadas con el principio de legalidad en el extraneus del delito de negociación incompatible; no se encontraron estudios de investigación similares o parecidos a la presente investigación; sin embargo, teniendo en cuenta que la investigación se vincula con un delito de corrupción de funcionarios, se consideran investigaciones sobre el delito de negociación incompatible y el delito de colusión, ello en razón, en la praxis, ambos delitos, comprenden la intervención del extraneus.

Internacionales

Binci Luque, Matías y Goñi, Gabriel (2016), realizaron en La Pampa Argentina un estudio titulado *La Responsabilidad Penal del Funcionario Público en el Derecho Argentino. Análisis jurisprudenciales*, entre las conclusiones sostiene que, el bien jurídico protegido es el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración pública, lo que implica que la actuación de los servidores públicos no sólo sea, sino que se encuentre protegido de toda sospecha de parcialidad. Que este delito en el Código Penal Argentino, no exige necesariamente que haya un perjuicio para el Estado, ni lucro personal del autor, sino que resulta suficiente la inclinación de esté demostrada en beneficio de un tercero en una negociación, aunque también salga favorecida la entidad estatal. Sanciona el actuar interesado del funcionario cuando pone en peligro o lesiona la imparcialidad de la administración pública⁴.

4. Universidad Nacional de La Pampa Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas.

Córdova Palacios, Franklin de Jesús (2013), en Medellín Colombia, realizó una investigación denominada *El delito de interés indebido en la celebración de contratos. Especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*, entre las conclusiones señala que por el carácter no necesariamente económico del interés indebido, lo que se sanciona en el tipo penal, es la actuación desviada del servidor público para satisfacer sus intereses particulares o de terceros. Que, el bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de la función pública en el ámbito de la contratación, de los servidores públicos, de ejercitar conforme al interés general, con imparcialidad y objetividad⁵.

Ilabaca Méndez, Francisca Javiera (2012), realizó en Santiago de Chile, la investigación titulada “Delito de Negociaciones Incompatibles”, como un delito cometido por funcionarios públicos, que entre otros concluyó que por las características especiales de este delito, además de tipificar conductas realizadas por funcionarios públicos, también extiende su punibilidad a actividades ajenas al servicio público, a los intereses de particulares, cuando se ejerce una función o cargo determinado en relación a las cosas o bienes de terceros. Concluye que el delito de negociación incompatible, al ser un delito de mera actividad, no requiere de la verificación de un resultado para su consumación, que no se exige perjuicio patrimonial para el Estado. Que, para su consumación inclusive puede resultar beneficiado el fisco⁶.

5. Universidad EAFIT Escuela de Derecho Maestría en Derecho Penal, Medellín Colombia.

6. Universidad de Chile Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales.

Reyes Standen, Javiera (2009), en Santiago de Chile, realizó la investigación titulada *Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad*, que tuvo como objetivo realizar un análisis de los delitos de funcionarios que atentan contra la probidad administrativa, y que se encuentran tipificados en el Capítulo V Libro II del Código Penal Chileno. Concluyó que el delito de negociación incompatible es un delito pluriofensivo, que protege el correcto ejercicio de la función pública, y los principios de transparencia e imparcialidad, con que deben actuar los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Que, el ilícito penal hace referencia a un interés exclusivamente económico (concepto restringido), que busca proteger los principios de transparencia e imparcialidad⁷.

Nacionales

Pezo Jimenez, Omar (2018), realizó una investigación titulada *“Implicancias de la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en los condenados por los delitos contra la Administración pública, en el Departamento de Tacna, del año 2015 al año 2017”*. La población y la muestra estuvo constituida por veintiún magistrados penales en Departamento de Tacna. Sostiene que el elemento necesario para la configuración del delito de negociación incompatible es el llamado interés, a diferencia del delito de colusión que exige el concierto de partes, pero este interés en particular puede ser de distintas formas, forma directa, indirecta, por medio de actos simulados⁸.

7. Universidad de Chile Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales.

8. Universidad Privada de Tacna Escuela de Post Grado, Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales.

Mandujano Rubín, José Luis (2017), realizó un estudio titulado: “Problemas de Imputación y Prueba en el Delito de Colusión”. Entre las conclusiones que arribó, destaca que la deficiencia estructural del tipo penal por el que, los interesados o particulares (extraneus) beneficiados por la contratación con el Estado que pueden ser una persona natural o jurídica de derecho privado, con capacidad y facultad legal para contratar o intervenir en el proceso de contratación en calidad de postor u ofertante; es errada, en el sentido que el extraneus no tiene la condición de funcionario o servidor público, por lo que no puede asumir responsabilidad por la comisión de un delito especial propio, y que la actuación de estos es atípica como autor o partícipe. No es posible imputarles la comisión de cómplice primario del delito de colusión, bajo la premisa que el cómplice aporta esencialmente en la comisión del delito. Considera que el privado o interesado no coadyuva al autor o coautores, sino que constituyen en sí autores del fraude contractual, por lo que el uso de la teoría de la unidad de título de imputación en el delito de colusión deviene en ilógica en el caso de extraneus⁹.

Colmenares Urupeque, Noemí Teresa y Fernández Montenegro, Karla Carolina (2017), realizaron la tesis “La participación del extraneus en los delitos de corrupción de funcionarios y los supuestos para su calificación jurídica como parte esencial en la comisión de dichos ilícitos a partir de los casos presentados en los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014 y 2015”. Llegaron a la conclusión que el extraneus interviene en la procuración de delito contra la administración pública, tiene una decisión fundamental en el desarrollo del mismo que conocer el plan delictivo,

9. Universidad de Huánuco Maestría en Derecho y Ciencias Políticas.

quien o quienes van a participar en el ilícito penal, participa en la ejecución del plan desarrollando los actos materiales del delito, obtiene ventaja económica para el autor del delito, y que por el hecho de tener conocimiento también puede evitar la comisión del evento delictivo¹⁰.

Francisco Sáenz, Denis (2017), desarrolló el estudio “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”. La muestra estuvo conformada por 10 jueces penales, 19 fiscales y 44 abogados y 79 carpetas fiscales. Llego a la conclusión que el delito de negociación incompatible, requiere el interés del funcionario o servidor público, quien de manera particular actúa en beneficio propio o de un tercero, y en su condición de garante del Estado, atenta contra su deber de lealtad con la administración pública, y que no puede concurrir en forma simultanea el delito de colusión desleal con la negociación incompatible porque se trata de delitos autónomos¹¹.

Adrianzen Román, Pierr Abisaí (2017), realizó “La Participación en los Delitos Especiales Análisis de la Intervención de un Extraneus en el Delito de Enriquecimiento Ilícito”. Es importante para la presente investigación, el desarrollo de la accesoriedad como un criterio de la participación del extraneus. En las conclusiones de esta investigación, destaca que en los delitos de infracción de deber en sentido estricto, el partícipe extraneus no podrá acceder al hecho final, por ser inocua su participación en la afectación de una institución positiva¹².

10 Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo- Escuela de Post Grado.

11 Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.

12 Universidad de Piura, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Público.

Ingrid Díaz Castillo, Ingrid (2016), realizó la tesis doctoral titulada “El tipo de injusto de los delitos de Colusión y Negociación Incompatible en el ordenamiento jurídico peruano”. El objeto de estudio fue el establecimiento de criterios para la determinación del tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible. En las conclusiones, señala que los delitos de colusión y negociación incompatible constituyen delitos especiales, por el que cualquiera, no puede ser autor de aquellos, sino sólo quienes cumplan con la cualificación establecida en el tipo, y que para sancionar a quienes no poseen dicha cualidad, la determinación de la autoría y participación sigue los criterios de la Teoría de la Unidad de la Imputación¹³.

Minaya Chirinos, Hugo (2015), en la tesis doctoral titulada “Influencia del Control Gubernamental en la Corrupción de Funcionarios Públicos, Amantani 2014 – 2015”. El objetivo general fue determinar la influencia de la ausencia del control gubernamental en la corrupción de funcionarios públicos en la Municipalidad Distrital de Amantani durante el período 2011 - 2014. Entre las conclusiones, la teoría de los delitos de infracción de deber, el hombre de atrás intraneus es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante extraño (extraneus) es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría, lo que implica que los extraneus su participación en los delitos de colusión desleal sea como participe y la pena a aplicarse es por un delito común¹⁴.

13. Universidad de Salamanca España.

14. Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez”- Escuela de Postgrado.

Reyes Rios, Leslie y Vélchez Gamboa, Sheily (2017), realizaron la investigación: “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”. La muestra estuvo constituida por diecisiete sentencias penales expedidas por las Salas Penales de la Provincia de Trujillo durante el periodo 2011 al 2015. Concluyeron que no se ha tutelado el principio de 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 al 2015, vulnerándose el derecho de defensa del imputado y el respeto del principio de legalidad¹⁵.

Aguilera Bolaños, Clever Alexander (2016), realizó la tesis “La Teoría de la Unidad del Título de Imputación y la Persecución y Represión Penal de los Delitos Especiales cometidos por Corrupción de Funcionarios Públicos”. En la primera conclusión señala que los fundamentos jurisprudenciales que sustentan la aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación es el Pleno Jurisdiccional Nacional del 2004, el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ/116 y la R.N. N° 546-2013/LIMA, que establecen los criterios mínimos para delimitar los ámbitos de imputación de autores y partícipes en los delitos especiales. A nivel doctrinario juristas como Hurtado Pozo, Villavicencio Terreros y Salinas Siccha, sostienen que el sustento legal de su aplicación está en el artículo 26 del CP que regula el principio de accesoriedad limitada. La segunda que la Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte viene mezclando las teorías penales, pues para resolver los casos concretos de delitos viene aplicando la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice (art. 25 del CP). En la tercera que la teoría de infracción del deber sostiene que todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un

delito contra la administración pública que comete un funcionario público con deber especial, será simplemente cómplice, los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores y finalmente sostienen que los deberes especiales impuestos por la ley al funcionario no pueden dividirse su deber especial penal es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría¹⁶.

Gonzales Orbegoso, Jhonny Alexander (2016), realizó la investigación titulada “El delito de Negociación Incompatible Objeto de Protección y su Prueba”. El objetivo general es la identificación de cuál debe ser el objeto de protección específico en este delito. En la investigación de tipo cualitativa se enfoca en la fundamentación de los jueces en las sentencias del Distrito Judicial de la Libertad. Entre las conclusiones, señala que la optimización del patrimonio se lesiona cuando el funcionario o servidor público actúa sin sujeción a la Ley que regula su accionar y en resguardo de un provecho propio o de tercero, generando condiciones que le permitan beneficiarse patrimonialmente, recurriéndose a la prueba indiciaria¹⁷.

16. Universidad Privada “Antenor Orrego” Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Escuela Profesional de Derecho.

17. Universidad Privada “Antenor Orrego” Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Escuela Profesional de Derecho

2.2 Base Teórica

2.2.1 El principio de legalidad

La Declaración Francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, constituye la fuente del principio de legalidad, en ella se puede verificar el límite del ius puniendi del Estado. Así en el artículo 8° prescribía que “La ley no puede establecer más y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida al delito y legalmente aplicada. Ello también ha acogido en el artículo 9° de la Convención Americana sobre derechos Humanos.

En todo Estado de derecho existen garantías que permiten el libre desenvolvimiento de la persona en sociedad, así como se protege el desarrollo, también sanciona aquellas conductas que afectan, lesionan o menoscaban los derechos o intereses de terceros, en este último caso el Estado tendrá la obligación del jus puniendi. Sin embargo, en todos los Estados de derecho la limitante para ejercer dicha facultad es el principio de legalidad y por este principio sus órganos solo pueden castigar conductas que antes de su comisión se encuentren previstas como delito o falta en la Ley penal.

El principio de legalidad en la doctrina

Según, Rosas Yataco, Jorge (2009) el principio de legalidad comprende tres consideraciones: “1. Como garantías legales que inciden en el contenido de las leyes penales que deben ser claras, precisas e irretroactivas, excepto las benignas, 2. Comporta garantías procesales, en tanto se precisan los órganos encargados de aplicar las leyes penales, y 3. Garantías en la ejecución de las penas”¹⁸.

18. Rosas Yataco, Jorge, *Manual de Derecho Procesal Pena*. Lima, Perú: Jurista Editores, op. cit., pág 182.

Reátegui Sánchez, J (2008) menciona que “El principio constitucional de legalidad, constituye un principio madre con proyección en todo el derecho penal: sustantivo, procesal y ejecutivo”¹⁹ (p 40).

A nuestro juicio, compartimos lo dicho por ambos autores, en el sentido que, el principio de legalidad, contenido en nuestra Carta Fundamental, es una garantía esencial, tan igual como el principio de igualdad de los ciudadanos; que en materia penal, no puede pasar inadvertido, más aún, si con la potestad sancionadora del Estado, se puede afectar la libertad personal o individual de la persona. Los maestros precitados, consideran al principio de legalidad, como el principio madre, del que se desprenden las garantías penales de los justiciables; sobre este principio descansan dos derechos fundamentales de la persona: 1. Libertad: solo es punible lo que está prohibido por Ley, no lo es, en lo que la Ley no prohíbe y 2. La igualdad ante la Ley: No hay discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

El principio de legalidad es reconocido universalmente y se encuentra instituido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en otras convenciones internacionales, en nuestro país lo consagra la Constitución Política del Estado en el artículo 2 numeral 24 literal d) “*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley*”.

19. REATEGUI SANCHEZ, James. *El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses Privados*. Lex & Iuris, pág. 40.

Por el principio de legalidad el juzgador tiene límites al administrar justicia. Este principio se encuentra positivizado en el artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Penal, que prescribe que *“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la Ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”*. Asimismo, el artículo 11° del mismo cuerpo normativo precisa que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley. El artículo III del Título Preliminar del texto penal sustantivo, prohíbe la aplicación de la analogía al calificar el hecho como delito o falta, o para definir un estado de peligrosidad, o determinar una pena o una medida de seguridad²⁰.

Cuello Calon, Eugenio (1961), señala que “Que el principio de legalidad inspira actualmente el derecho penal vigente en todas partes, apareció como reacción contra los abusos del desmedido arbitrio judicial que implicaba que los jueces podían incriminar por sus mismos hechos no previstos en las leyes y aplicar las penas a su albedrío²¹”.

El principio de legalidad se le conoce tradicionalmente como “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Fue Cesare Beccaria (1764), quien incorporó el principio de legalidad en su obra “*De los delitos de las penas*”. La doctrina del derecho penal moderno, ha ido afinando esta formulación y actualmente el aforismo es “*nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, etrieta et certa*”.

20. Código Pénal, Juristas Editores E.I.R.L, Edición Marzo del 2018, Pág. 39 y 55.

21. CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho Penal Parte General*, Editora Nacional de México, 1961, pág. 177.

Peña Cabrera Freyre, Alonso (2013), refiere que:

El principio de legalidad es un medio racional de lograr la seguridad jurídica que evita que el sistema punitivo se desborde creando formas e instrumentos coercitivos que no expresen necesidades finales de los procesos de organización de la persona, la sociedad o el Estado²².

Bacigalupo Zapater, Enrique (1984), nos indica que: “La consecuencia práctica de este principio es que ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena”²³.

Arroyo Zapatero, Luis (1983), escribe que: “El principio de legalidad penal aparece como plasmación de la idea de Estado de Derecho, que se concreta en la exigencia de reserva de la materia penal para el poder legislativo (reserva de la ley)”²⁴

Conforme con los autores mencionados el principio de legalidad constituye un límite al ejercicio parte del Estado, en razón, que el acatamiento en sentido estricto impide a los órganos del poder ejecutivo, poder judicial, a la contraloría, gobiernos regionales y locales, tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, circunstancias de agravación y penas, sanciones o medidas de seguridad, si no se encuentra previsto en la Ley, o en norma infra legal previa de forma clara y precisa.

22. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Curso Elemental de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Legales EIRL, Lima 2013, pág 66.

23. BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal - Parte General*. Akal Ediciones, Bogotá, Colombia 1998, pág 56.

24. ARROYO ZAPATERO, Luis, *Principio de Legalidad y Reserva de la Ley en Materia Penal*. Centro de Estudios Constitucionales, Valencia España 1983, pág. 12.

El principio de legalidad impone al Ministerio Público a perseguir los hechos punibles y en su caso al órgano jurisdiccional a la imposición de la pena legalmente prevista.

La exigencia de persecución, no se impone cuando existan suposiciones vagas, sino cuando existan indicios racionales de criminalidad o, como dicen los artículos 329.1 y 336.1 NCPP sospecha de la comisión de un hecho que revista los caracteres de delito, o indicios reveladores de la existencia de un delito. Esta facultad de decidir si se ejerce o no la acción penal, no puede ser realizada de modo arbitrario²⁵.

El derecho al debido proceso:

El debido proceso, en cuanto a garantía contra el ejercicio abusivo del poder público, es aquel instrumento de la jurisdicción que incorpora un conjunto de requisitos.

Que implican la necesaria presencia de un juez independiente, objetivo e imparcial, y el cumplimiento efectivo, para la debida satisfacción de las pretensiones y resistencias. Es aquel, que se adecua plenamente a la idea lógica del proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa. En atención a su contenido complejo, esta garantía incorpora los derechos específicos de primer orden, como el juez legal, el juez imparcial, el plazo razonable o interdicción de las dilaciones indebidas, el *ne bis in ídem* procesal, el doble grado de jurisdicción y la legalidad procesal penal²⁶.

25. SAN MARTIN CARTRO, Cesar, *Derecho Procesal Penal Lecciones*. 1º Edición 2015, Lima 2015, pág. 59
26. *Ibíd*, pág. 91

El juez legal

El derecho al juez legal es una garantía más de la jurisdicción y de los órganos que la integran, cuya titularidad corresponde a todos los sujetos jurídicos.

Persigue asegurar, desde una perspectiva abstracta, la independencia e imparcialidad de los jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y evitar desde una perspectiva concreta la manipulación de los tribunales para asegurar un determinado resultado del proceso, es decir garantizar la neutralidad judicial a fin de que en la dilucidación del caso solo este presente el interés de la correcta impartición de justicia. Por el imperio del artículo 139.3 de la Constitución, el juez legal es una garantía en la predeterminación legal del procedimiento que ha de seguirse para dilucidar la imputación²⁷.

El juez imparcial:

La imparcialidad es considerada como un elemento básico para poder afirmar que el acusado ha tenido un proceso justo.

Exige que el juez no puede ser parte del litigio en el que actúa, desinterés o imparcialidad en sentido estricto el juez desde la posición del tercero, debe ser ajeno tanto a los sujetos que intervienen en el proceso como al mismo objeto litigioso. La independencia alude al momento jurisdiccional, mientras que la imparcialidad se refiere al momento procesal, al ejercicio de la función jurisdiccional, que supone la garantía dirigida al justiciable tendiente a lograr la objetividad de la resolución judicial para el caso concreto. La imparcialidad no

27. Ídem, pág. 91 y 92.

debe comportar la pasividad del juez y subordinación plena a la iniciativa de las partes. Garantizar la neutralidad del juez, en el litigio, no recusa el deber que tiene de colaborar activamente en la búsqueda de la verdad para no sancionar injusticias. En la actividad probatoria, el juez penal tiene reconocido el principio de oficialidad y, por ello, se justifica la actuación de prueba de oficio, el cual no impide el pleno ejercicio del derecho de defensa de las partes²⁸.

El plazo razonable:

Es una garantía reconocida en los artículos 14.3 PIDCP y 8.1 de la CADH y I.1 del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal.

El derecho al plazo razonable no solo corresponde al imputado y al proceso penal, se extiende a todo sujeto del derecho y a todos los procesos jurisdiccionales. Internacional es conocida la frase: “Toda persona tiene derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Es un derecho garantía autónoma, ligada directamente al debido proceso y también a la garantía de tutela jurisdiccional que tiene relevancia constitucional. La autonomía de este derecho garantía se sustenta en su proclamación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y materialmente en el tiempo como condición de exigencia, u objetiva de una debida impartición de justicia²⁹.

28. *Ibíd*em, pág. 94 y 95.

29. *Ibíd*em

Nom bis in ídem procesal o interdicción de la persecución penal múltiple

Es un derecho de garantía dotado de un perfil jurídico propio y se deriva del debido proceso penal (Art. 139.3 de la Constitución).

Es el derecho fundamental que tiene toda persona de no ser procesada más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento: triple identidad, doble enjuiciamiento. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC N° 10192-2006-PHC/TC. Que el artículo III del NCPP establece dos requisitos: unidad de sujeto y de hecho, una misma persona que ha intervenido en la comisión de un hecho concreto, el mismo objeto del nuevo proceso penal en relación con el que fue enjuiciado en el primer proceso. Se requiere que tengan el mismo fundamento, o causa petendi (triple identidad), que vulneren el mismo bien jurídico, sin que sea indispensable la misma calificación jurídica. Las sanciones administrativas de tipos administrativos homogéneos respecto de los tipos penales, que no difieren en sus elementos esenciales, no cuando media un concurso de infracciones³⁰.

Derecho al recurso: doble grado de jurisdicción:

El artículo 139.6 de la Constitución garantiza la pluralidad de la instancia y lo hace para todos los procesos, sin interesar el orden jurisdiccional al que pertenecen.

Los medios de impugnación constituyen la principal garantía frente a la arbitrariedad judicial. El artículo 11° de la LOPJ establece: 1. La instancia plural como derecho del justiciable, sin limitarla a una de las partes, hacer lo contrario implica afectación al derecho de igualdad que podría conducir a supuestos de indefensión.

30. Ibídem, pág.102 y 103.

2. La Ley determina la revisión de las resoluciones judiciales a través de una instancia superior, 3. El tope impugnativo se concreta en una resolución de segunda instancia y solo está en caso de recurso, puede ser cosa juzgada. A su vez el artículo I.4 del Título Preliminar del NCPP establece que solo son recurribles las resoluciones que la Ley establece (artículo 404.1 NCPP), pero se reconoce el recurso impugnativo contra sentencias o autos que ponen fin a la instancia³¹.

Legalidad procesal penal:

El artículo 138° de la Constitución Política, establece que la potestad jurisdiccional se ejerce con arreglo a la Constitución y a las leyes.

A partir de ello, el artículo I.2 del TP del NCPP establece que toda persona tiene derecho a un juicio desarrollado conforme a las normas del código. Tienen relación con el principio de exclusividad jurisdiccional y configuran un derecho al debido proceso. Se trata de las etapas, términos y plazos, incoación, ejercicio y desarrollo de la acción penal, órganos competentes, oportunidades, medidas provisionales e instrumentales limitativas de derechos y decisiones. Desde la perspectiva subjetiva, la legalidad procesal importa que todos los sujetos procesales deban realizar su actuación a lo que el código establezca. Desde el punto de vista objetivo, la legalidad procesal significa que todos los actos del proceso penal han de ser tramitados de conformidad con el procedimiento adecuado a las normas previstas en el NCPP³².

31. Ibídem, pág.104 y 105.

32. Ibídem, pág.106 y 107

El derecho de defensa de defensa técnica:

El artículo 8.2 d) de la CADH, garantiza a todo imputado el derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (defensa técnica), es la doble dimensión de este derecho de la garantía de defensa procesal que el Tribunal Constitucional en la STC N° 6260-2005-PHC/TC. El artículo 71.2 del NCPP reconoce al imputado el derecho de ser asistido desde los actos iniciales de la investigación por un abogado defensor, a quien se le reconoce sus derechos para el correcto patrocinio. Este derecho tiene dos vertientes: 1. Garantizar que se pueda actuar en el proceso de la forma más conveniente para su derecho e intereses jurídicos y defenderse debidamente contra la pretensión del acusador. 2. Asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de armas y de contradicción. Sobre lo último, el derecho de asistencia técnica de un letrado, constituye un presupuesto indispensable en determinados momentos y circunstancias del procedimiento penal³³.

El derecho de autodefensa:

Consiste en el derecho del imputado de intervenir directa y personalmente en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad, impedir la condena u obtener mínima sanción penal posible. Es la primera manifestación del derecho de defensa, como derecho del imputado de defenderse por sí mismo. Su ejercicio presupone la capacidad de discernimiento necesaria del imputado, y desde luego la designación de un abogado defensor no puede entenderse como renuncia o impedimento

33. Ibid, pág .125 y 126.

para ejercer la defensa por sí mismo. Comprende no solo prestar declaración en el proceso, sino estar presente en todas las actuaciones y especialmente, en los actos de investigación y de prueba, y poder expresar lo que considere necesario a su defensa, incluye el derecho a la última palabra³⁴.

Derecho a probar y controlar la prueba

El imputado tras ser escuchado sobre la afirmación o negación de los hechos que se le atribuyen, debe tener la posibilidad u oportunidad para probar en el proceso el fundamento de su resistencia o la falta de fundamento de la pretensión del acusador. El artículo IX.1 del Título Preliminar del NCPP reconoce el derecho a que se conceda al imputado un tiempo razonable para que prepare su defensa, asimismo el derecho a intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria y el derecho dentro de la Ley de utilizar los medios de prueba pertinentes³⁵.

El derecho de intervenir en la actividad probatoria:

Significa que el imputado y su defensa técnica han de tener acceso a las fuentes de prueba y poder intervenir en las actuaciones de investigación y de prueba, en plena igualdad con la parte acusadora, formulado en un caso un interrogatorio propio, en profundidad a los testigos y peritos (exigencia de un debate contradictorio). El imputado tiene derecho a interrogar en los casos de testigos o peritos inaccesibles o anónimos presenta ciertas restricciones pero la aceptación de esos órganos de prueba está sujeto a requerimientos estrictos siempre que se posibilite al imputado algún tipo de confrontación³⁶.

34. Ibídem, pág.127 y 128.

35. Ibídem, pág. 128 y 129.

36. Ibídem, pág. 129.

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes:

Este derecho implica lo siguiente:

Presenta un ámbito objetivo: La prueba o acto de investigación propuesto ha de ser pertinente y necesario. Solo deben admitirse aquellos medios de investigación o de prueba que: 1. Guarden conexión o enlace con los hechos objeto del proceso y con los que constituyen el tema decidendi para el órgano jurisdiccional. Se trata de una regla de pertinencia, que está referida a los hechos afirmados. La prueba debe pertenecer al objeto del proceso. 2. Que, tengan una incidencia sobre el objeto del proceso y del debate, se trata de la regla de relevancia, utilidad, o necesidad, que dice que la relación lógica entre el medio de prueba propuesto y el hecho que pretende ser probado. Esta referida a los medios de prueba, a la aptitud que ha de tener para aportar un hecho que pueda repercutir sobre la acusación. 3. El ejercicio de este derecho no es ilimitado. Debe solicitarse en la forma y el momento legalmente establecidos las solicitudes deben enmarcarse dentro de la legalidad³⁷.

Para, Calderón Sumarriva, Ana, y Picado Vargas, Carlos (2015), la inadmisibilidad de cierta prueba va a depender de ciertas circunstancias a) Cuando el medio de prueba ofrecido no es compatible con la naturaleza del hecho objeto de prueba (prueba que no es idónea), b) Cuando el medio de prueba ofrecido no es conducente o por el carácter no controvertido de un hecho (prueba inútil), c) Cuando la prueba se ofrece para un hecho no objeto de prueba, en tanto aquel hecho no ha sido alegado en el proceso (prueba impertinente), y d) Si el elemento de prueba ofrecido se ha presentado vulnerando derechos fundamentales prueba ilícita³⁸.

37. Ibidem, pág. 130 y 131

El principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia del Perú ha establecido en cuanto al principio de legalidad lo siguiente: 2.3.1. *Nullum crimen sine lege certa*, 2.3.1.1. La garantía de *lex certa* impone al legislador la obligación de formular de manera clara y precisa las conductas que decide tipificar, esto es, la ley penal no debe dar lugar a ambigüedades al momento de su aplicación, evitando la actuación arbitraria del juzgador. 2.3.1.2 *La garantía de lex previa* se manifiesta en la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, para que una conducta pueda sancionarse como delictiva, debe estar prevista como delito con anterioridad a su realización; solo tiene efectos desde el momento en que se crea hacia el futuro; por regla general hasta que sea derogada, pero no retrotrayendo sus efectos a acciones anteriores. La prohibición presenta su excepción, en materia penal, cuando favorece al reo, evitando el castigo o la agravación de una conducta que la sociedad ha decidido dejar sin reproche o atenuar el mismo. 2.3.4. *Nullum crimen sine lege stricta* 2.3.4.1. La garantía de *lex stricta*, impone un cierto grado de precisión en la formulación de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo; exigiéndose que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas³⁹.

38. CALDERÓN SUMARRIVA, Ana, *Cómo Litigar Técnica & Estrategia Procesal*. Editorial San Marcos EIRL, Lima 2015, pág. 115.

39. LEGIS Pasión por el Derecho Sala Penal Permanente Casación N° 456-2012- del Santa, del 13 de Mayo del 2014, fundamento jurídico 2.3, (disponible en https://static.legis.pe/wpcontent/uploads/2018/07/Casación-456-2012-Del-Santa-Legis.pe_.pdf; fecha de consulta 04 de febrero del 2019).

En el fundamento jurídico tercero de la casación N° 87-2011-Arequipa, señala que la garantía material del principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por la ley. El principio de legalidad impone tres exigencias concurrentes: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Entonces el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos, ya que protege el derecho a no ser sancionado por supuestos no previstos en forma clara e inequívoca en una norma jurídica⁴⁰.

En otra decisión de la Corte Suprema de Justicia, la Resolución de Nulidad N° 278-2010-Lima, en el cuarto fundamento jurídico, refiere:

Se advierte la vulneración del principio de legalidad material entendido en un sentido negativo, porque el órgano jurisdiccional incorrectamente consideró que la conducta ilícita que se atribuyó al encausado Ayala Vega, provenía del incumplimiento de pago que se pactó con la empresa Fegasa Importaciones SAC, (...), cuando lo cierto es que ese documento contiene el compromiso de devolver el dinero que previamente en su condición de contador de la indicada empresa se apoderó sin autorización legal⁴¹.

40. Juristas Editores EIRL. (2018). *Código Penal*. Lima, Perú: Edición marzo 2018, pág.41.

41. *Ibidem*.

En la Resolución de Nulidad N° 14-2004-Huanuco, la Corte Suprema de Justicia, aplica el principio de legalidad y declara.

La nulidad de la sentencia recurrida, debido a que el colegiado impuso una pena de inhabilitación, no contenida en el tipo penal, previsto en el tercer párrafo del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, modificado por la ley N° 28200 que establece como únicas sanciones de la pena privativa de la libertad de cinco a diez años y a la pena de multa de 62 a 120 días⁴².

En la jurisprudencia suprema del Exp. N° 314-2000-Lima, se establece que:

Que, cuando la norma señala que el hecho denunciado no constituye delito, resulta un hecho atípico, es decir, cuando la conducta no está tipificada como delito; por lo tanto sostener su imputación constituye un acto violatorio del principio de legalidad, Cuando la ley señala o “no es justiciable penalmente” nos remite ante un hecho que pudiendo ser claramente tipificado como delito, este no es justiciable penalmente⁴³.

De lo indicado precedentemente, el principio de legalidad en materia penal en el delito de negociación incompatible, exige el interés indebido directo o indirecto en su actuación en el marco de actos de corrupción, contrario a ello, sino se acredita ello, no se debería sancionar penalmente por este delito; tampoco, es posible sancionar la omisión de funciones en el acotado delito; toda vez, que el principio de legalidad, exige al juzgador aplicar correctamente a los hechos el tipo penal que le corresponda.

La prevalencia del principio de legalidad, se advierte en la Ejecutoria Suprema N° 4832-2001-Arequipa del 25 de octubre del 2002, en un encausado médico especia-

42. Ídem.
43. Ibídem.

lista del Hospital quien a su vez era el propietario del Centro Quirúrgico Oftalmológico. En esta sentencia textualmente se indica que, si bien actuó en calidad de servidor público, y se interesó por la celebración de los convenios suscritos por el Hospital Nacional y su Centro oftalmológico, también lo es, que en la celebración de ambos convenios el *procesado no intervino por razón de su cargo*, tal como exige el tipo penal, debido a que la decisión de aceptar la propuesta prestada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido.

En esta sentencia, los Magistrados Supremos destacan el principio de legalidad, al desarrollar la subsunción del hecho imputado en el tipo penal previsto en el artículo 399° Código Penal, consideran que si bien el funcionario exteriorizó su interés en la operación (convenio) en la entidad pública donde él labora con el propio negocio privado del propio funcionario, sin embargo al no tener la competencia funcional por razón del cargo, no puede ser sancionado penalmente por el delito de negociación incompatible; aun cuando se trata de un intraneus que está dentro de la administración pública.

El principio de legalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Que, la actividad interpretativa de la jurisdicción respecto a la legislación penal no está exenta de peligros. El mayor de ellos es desnaturalizar o reemplazar en todo, vía interpretativa, el contenido normativo establecido por el legislador (supuesto de hecho general y sanción) al dictar una determinada disposición penal, pues ello no solo afectaría el principio de legalidad penal, artículo 2 inciso 24) apartado “d”, de la norma fundamental “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, que ha delegado al legislador, y no a los

jueces, la labor de determinación de las conductas punibles y respectivas sanciones; sino también afectaría el principio democrático representativo (artículo 93) de la Constitución), así como el principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución⁴⁴.

En otro pronunciamiento, se ha establecido que el derecho fundamental a la legalidad penal, no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, *incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos*, En tal sentido, el derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita, obviamente su reparación mediante los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales⁴⁵.

En otra sentencia del expediente N° 05512-2007-PHC/TC- Lima, fundamento jurídico N° tres, se refiere: que, si bien es cierto una de las garantías derivadas del principio de legalidad penal, consagrado en el artículo 2.24 d), de la Constitución, lo constituye la *lex stricta*, la cual vincula al órgano jurisdiccional a fin de que sea respetuoso del texto legal de la norma penal, también la subsunción de los hechos en las normas legales pertinentes constituye un aspecto que no corresponde analizar en sede

44. Expediente N° 05854-2005-PA/TC fundamento jurídico N° doce, en el mismo sentido el Exp. N° 0032-2010-PI/TC, fundamento ciento diecinueve, en Código Penal por Juristas Editores EIRL 2018, pág. 41

45. Expediente N° 5815-2005-PHC/TC-Lima, fundamento jurídico tercero, en Código Penal por Juristas Editores EIRL 2018, pág. 41

constitucional, por ser un asunto de mera legalidad. Es por ello que este Tribunal ha establecido respecto de la garantía de la *lex stricta* que excepcionalmente cabe efectuar un control constitucional en aquellos casos en los que el juez se aparte del tenor literal del precepto normativo o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema de valores⁴⁶.

2.2.2 El principio de accesoriadad y la teoría de unidad de título de imputación

2.2.2.1 El principio de accesoriadad

El principio de accesoriadad en la comisión del delito supone:

Una conducta accesoria de parte del agente dependiente de la existencia de un hecho principal existiendo dos tipos de participación: 1. Cuando existe un aporte esencial para la realización del hecho punible estamos ante una participación a título de complicidad primaria, y 2. Cuando se trata de un simple acto de colaboración corresponde la complicidad secundaria⁴⁷. (ROJAS, 2016, pág. 529)

El principio de accesoriadad permite delimitar:

Cuando la realización de un supuesto de hecho constituye un hecho principal que pertenece a la esfera del autor y cuando la conducta del otro interviniente es una actividad accesoria; entonces, la accesoriadad tiene mucho que ver con la participación (inducción y complicidad), por lo que de no haber el hecho principal no hay accesoriadad, por lo tanto no hay participación⁴⁸. (Quiroz Salazar, 2002, pág. 330)

46. Expediente N° 05512-2007-PHC/TC- Lima, fundamento jurídico N° tres, en Código Penal por Juristas Editores EIRL 2018, pág. 42

47. ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal Parte General*. RZ Editores, Lima 2016, pág. 529.

48. QUIROZ SALAZAR, Willian. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Lima 2002, pág. 330.

Consideramos que si bien la participación necesariamente requiere de la existencia del hecho principal del autor, y que la vinculación del cómplice va estar supeditada por el hecho principal de dominio del autor, la conducta típica del partícipe, no puede dar lugar a un proceso penal o sanción penal autónoma independiente del autor, también lo es que se vincula con la pena prevista para el autor; sin embargo, se debe tener en cuenta que en los delitos especiales propios de infracción de deber, no podría existir complicidad primaria ni secundaria, la accesoriedad, va a depender de los elementos normativos del tipo penal especial en la norma penal.

La accesoriedad en el extraneus en los delitos de infracción del deber.

En su estudio Rojas Vargas, (2016), sostiene que:

El Código Penal respecto a la participación asume la tesis de la accesoriedad de la participación, lo que implica que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por el autor, y que la complicidad no goza de autonomía típica propia o de estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible⁴⁹.

Con, la modificatoria del artículo 25° del Código Penal, quedó establecido conforme a lo siguiente:

Artículo 25°.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

49. ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal Parte General Comentarios y Jurisprudencia*. RZ Editores, Lima 2016, pág. 529.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él⁵⁰.

Con la modificatoria del artículo 25° del Código Penal, se refuerza en nuestro sistema punitivo el principio de accesoriedad, para sancionar penalmente al que presta auxilio a otro para la comisión del hecho punible, por lo que el cómplice siempre va a responder por el hecho delictivo cometido por el autor, sin embargo, consideramos que aún no se resuelven los problemas de imputación con los tipos penales especiales propios.

En efecto, en nuestra modesta apreciación, la adición del tercer párrafo en la norma penal del artículo 25°; la accesoriedad colisionaría con los elementos normativos del tipo penal de negociación incompatible previsto en el artículo 399° de nuestro Código Penal, ello en razón, que la estructura típica del delito de negociación incompatible sigue siendo la misma. El tipo penal comprende la conducta del interés indebido únicamente del autor el sujeto especial funcionario o servidor público. En ese contexto consideramos que aplicar el artículo 25° del código sustantivo al extraneus en este delito colisionaría con el principio de legalidad, previsto en la Constitución Política del Perú, acogido en el Título Preliminar de la norma penal sustantiva; tanto más, si el delito en cuestión, es definido como un delito especial de infracción del deber, que solo puede ser cometido por el sujeto cualificado el funcionario o servidor público.

50. Decreto Legislativo N° 1351 publicado el 07.01.2017, en Juristas Editores, Lima 2018, pág. 71.

Por su parte, Reátegui Sánchez (2016), sostiene:

Que, el cómplice primario en el delito de negociación incompatible, es la persona que actúa como intermediario interesándose o conociendo el interés del otro, en el contrato u operación, salvo que se trate de funcionario público que obra en ejercicio de funciones y tiene injerencia directa en la negociación o celebración de los actos jurídicos. El cómplice tiene que conocer que el funcionario público se interesa de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico y que ese interés es además indebido. No basta verificar de manera objetiva un aporte causal del supuesto cómplice y que con su conducta haya facilitado o ayudado la comisión del delito, resulta indispensable probar y justificar el comportamiento doloso del cómplice de manera adecuada y suficiente⁵¹.

En nuestro humilde entender, no compartimos lo afirmado por el autor; en razón a que los elementos normativos del delito en cuestión, no sanciona el interés indebido del extraneus, la intervención de este, es irrelevante para la configuración del delito de negociación incompatible, por ello, sería irrelevante probar el comportamiento doloso del cómplice para acreditar el delito, el aporte del extraño a título de cómplice en un contrato u operación; por el principio de legalidad, y debido a que los elementos del tipo penal no comprenden la conducta del tercero, o particular, no podría existir complicidad por ser un delito especial propio de aquellos sujetos cualificados.

En relación a la participación del extraneus en el interés indebido en las contrataciones públicas Rojas Vargas (2016), indica:

51. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*, en Lex & Iuris, Lima 2016, pág. 78.

Que, según la Resolución del 21.09.2012 de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima del expediente N° 00036-2012, para complicidad primaria se debe tener en cuenta que el aporte de los cómplices en la ejecución del hecho punible, es válidamente aplicable el principio de accesoriedad de la participación así como la teoría de la unidad de título de imputación. El fundamento de la participación en el hecho del autor sobre la base de un injusto autónomo aplicado al delito de negociación incompatible, está en que cada interviniente accede al tipo en la medida que su propia conducta suponga una intromisión en una esfera de organización ajena, por consiguiente el fundamento jurídico del participe subyace en el acceso propio existencia de la actividad a un hecho típico y antijurídico⁵².

Pueden intervenir personas que no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos, pero que coadyuvan a la realización del acto incompatible, las personas que colaboran dolosamente en la realización del delito de negociación incompatible; y si bien no tienen la calidad especial de funcionarios o servidores públicos, son igualmente responsables por que tienen la calidad de cómplices extraneus (artículo 25° del Código Penal) y prestaron colaboración en la realización del delito de negociación incompatible⁵³.
(p.36)

Jurisprudencia vinculante de la accesoriedad en la Corte Suprema

En la casación N° 782-2015- Del Santa de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido.

-
52. ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal parte especial y leyes penales especiales*. RZ Editores, Lima 2016. pág. 381.
53. REÁTEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*, en Lex & Iuris, Lima 2016, pág. 36.

El artículo 25° del Código Penal que prevee la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción⁵⁴.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, estableció en el fundamento jurídico 3.7 que las teorías restrictivas, han sido acogidas por el Supremo Tribunal y por el Tribunal Constitucional sentencia N° 1805-2005-HC-TC- Lima, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, en la que se define la teoría del dominio del hecho, según la cual por un lado, es autor quien ostenta dominio sobre el resultado del hecho, y, por otro es participe quien contribuye con el actuar del autor, sin tener dominio del hecho. En el fundamento jurídico 3.14 concluye que existen conductas desarrolladas por algunos sujetos que si bien pueden evidenciar una forma de aporte para la perpetración de un hecho, lo cual significaría que estamos ante un acto objetivo de complicidad; sin embargo luego de realizado el análisis objetivo, debe establecerse el análisis subjetivo, buscando determinar si el aporte fue realizado de manera dolosa, para efectos de arribar a la conclusión de si aquel aporte alcanza una responsabilidad penal⁵⁵.

54. Código Penal, en Juristas Editores EIRL, Lima 2018, p71.

55. Casación la N° 367-2011- Lambayeque.

2.2.2.2 La teoría de unidad de título de imputación

Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación en la actualidad es la teoría dominante en la doctrina penal peruana y comparada.

El partícipe extraneus que interviene en un delito especial deberá ser sancionado como partícipe, con el intraneus por el mismo delito especial. Se identifican dos teorías: La teoría de la infracción de deber, y la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico: La teoría de infracción de deber en todos los delitos especiales, el intraneus sería autor del delito, al infringir dolosamente su deber especial, y el extraneus que colabora será partícipe del mismo. Aquí no interesa que el delito especial sea propio o impropio; el partícipe extraneus siempre responderá por el mismo delito que el autor⁵⁶.

Según el autor citado, acogiendo al máximo exponente de esta teoría Roxin, señala que cuando el intraneus solo coopera o induce al extraneus en la comisión de un delito especial, no habría mayor problema en sancionar como autor mediato al intraneus y al extraneus como simple partícipe del mismo, aunque el extraneus sea la persona que tiene el “dominio del hecho”, el intraneus es el autor del delito especial, pues este último es el que infringe su deber especial.

En la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico, el extraneus será sancionado como partícipe de un delito especial, en tanto que él llega a tomar parte en un hecho más grave que un delito común, con el conocimiento, además, de que al funcionario extraneus le resultará más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura institucional⁵⁷.

56. MONTROYA VIVANCO, Iván. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Primera Edición: Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 71 y 72.

57. *Ibidem*.

Para el autor, la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico, es la que se ajusta de mejor manera al esquema teórico planteado sobre el fundamento de todos los delitos especiales, a la luz del principio de accesoriadad limitada de la participación criminal que no deja espacios de impunidad para la sanción del extraneus; interpreta que el artículo 26° del Código Penal, no se debe utilizar para determinar el tipo penal por el cual responderá el extraneus, sino solo para establecer el marco penal abstracto (penalidad) al extraneus, como partícipe del delito especial, pero con una pena atenuada, dentro del marco penal abstracto del delito.

Es cierto que en nuestro país, la unidad del título de imputación y accesoriadad, en los particulares o extraneus, es la teoría dominante por la cual responden a título de cómplices en la comisión del delito especial cometido por el autor el sujeto activo (funcionario o servidor público). De forma general sin individualizar cada tipo penal especial, se ha previsto como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, en cuanto a la pena y la prescripción para los extraneus, que se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, y que para el cómputo de la prescripción, no les será aplicable el término del plazo previsto para los autores.

La teoría de unidad del título de imputación en los delitos de infracción del deber

No afecta su consistencia que los cómplices no mantengan con los autores pactos horizontales de entendimiento ni que no interactúen necesariamente con ellos en un plan común. Rojas Vargas (2016):

Son atípicas las prestaciones de los que contribuyan a los actos dolosos del autor, si dichos aportes se mantienen en roles sociales en los que se encuentran colocados dichos

participes (el taxista, conductor de camiones, el vendedor de cuchillos) aportes que pasan a configurar acciones neutrales que tiene la consecuencia de privarle de tipicidad penalmente relevante a las contribuciones⁵⁸.

El Código penal respecto a la participación, asume la tesis de la accesoriedad de la participación. (Rojas Vargas 2016) refiere que es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, y que la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad de título de imputativo será la que corresponda al autor⁵⁹.

Es partícipe, aquel que contribuye a la realización del hecho delictivo de otro. Es quien convence a otro para que cometa un delito que no tenía pensado realizar, o quien proporciona los medios o cualquier tipo de colaboración para que otro lleve a cabo un hecho delictivo⁶⁰.

“La teoría de la participación descansa sobre dos presupuestos: el principio de la unidad del título de imputación y el principio de accesoriedad”⁶¹

Según estos autores, coinciden que el partícipe se vincula siempre con la conducta del autor del delito especial, por el principio de accesoriedad, y la teoría de unidad de título de imputación; no obstante, Rojas Vargas, agrega que serán atípicas las conductas, aun cuando contribuyan con los actos dolosos del autor, si es que se realizan sin dolo por los roles cotidianos del partícipe en la sociedad.

58. ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal parte general comentarios y jurisprudencias*. RZ Editores, Lima 2016. pág. 523.

59. *Ibidem*, pag. 529

60. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Curso Elemental de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Legales EIRL, Lima 2013, pág 258.

61. RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria. y SERRANO GOMEZ, Alfonso. (1994). *Derecho penal español parte general*. Madrid – España: Editorial dykinson, pág. 806.

Por otra parte, sobre la participación del extraneus, Minaya Chirinos (2015) en su estudio de tesis doctoral, señala que:

El jurista Claus Roxin empleo por primera vez en el Derecho Penal la participación de los extraneus en delitos de infracción del deber en su tratado *Autoría y Dominio del hecho en el Derecho Penal* en el año 1963. Este planteamiento fue desarrollado ulteriormente por Günther Jackobs y discípulos quienes desde una concepción funcional, fundamentan la teoría de los delitos de infracción del deber desde una perspectiva normativa, consecuente con los conceptos jurídicos penales. Jackobs expresa que junto con la responsabilidad de la ampliación de un ámbito de organización, que supone la pieza complementaria de la acción, aparece una responsabilidad a causa de la lesión de un cuidado de un bien; cuidado especial solidario e institucionalmente asegurado⁶².

En la teoría de unidad de título de imputación, el extraneus si puede ser partícipe del delito especial, si bien no puede ser considerado autor, nada impide que pueda ser abarcado como cómplice o instigador. También al extraneus se dirigiría la norma subyacente al tipo penal, pues se trataría de proteger un interés determinado (bien jurídico). Los partidarios de esta tesis refutan el argumento de que la regla de comunicabilidad de las circunstancias personales, exigiría la “ruptura del título de imputación” cuando el delito haya sido cometido por el intranei y el extranei⁶³.

62. Minaya Chirinos, Hugo (2015), *tesis doctoral titulada “Influencia del Control Gubernamental en la Corrupción de Funcionarios Públicos*, Amantani 2014 – 2015”, pág. 50.

63. Colmenares Urupeque, Noemi Teresa y Fernández Montenegro, Karla Carolina, tesis “La participación del extraneus en los delitos de corrupción de funcionarios y los supuestos para su calificación jurídica como parte esencial en la comisión de dichos ilícitos a partir de los casos presentados en los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014 y 2015” pág. 101.

En nuestra consideración, por la jerarquía constitucional del principio de legalidad, solo se podría sancionar al partícipe, cuando el tipo penal en sus elementos normativos comprenda la conducta del extraneus en el hecho delictivo con el autor. La teoría de unidad de título de imputación en los extraneus, podría ser aplicada en los delitos de encuentro que admiten la participación necesaria, como en el cohecho, o colusión simple o agravada; más no, en el delito de negociación incompatible, que no comprende al extraneus, más aún, si este no quebranta un deber normativo contenido en norma legal, o infra legal, al no ser funcionario o servidor público.

Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116

Asunto: “La participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”

II). Fundamentos Jurídicos

1. sobre la autoría y participación en delitos especiales propios

“(…)

9°. En lo que concierne a la participación del “extraneus” que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos (Cfr. Alonso R. Peña Cabrera. La Punibilidad de la Participación del Extraneus en el Delito Especial Propio: La Unidad del Título de Imputación. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 89. Noviembre 2016, p. 104 y ss.). El primero, que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos intraneus y extraneus ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el intraneus responderá, como autor de un delito especial; mientras que el extraneus responderá como partícipe o autor de un delito común (...). Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26° del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagraría la

exigencia de impedir que la imputación del extraneus se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducírsele hacia un delito común. Se ha sostenido que ello, se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del intraneus al extraneus; y, que sólo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar al extraneus la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, pero, se agrega, que el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio.

10°. La segunda posición jurisprudencial, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el extraneus si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien sólo colabora, no hay ningún impedimento para que los extraneus respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad.

2. Artículo 26° del código penal y delitos especiales propios

12°. Según el texto legal del artículo 26° del Código Penal de 1991: “Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de los autores o partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”. El antecedente legislativo e inmediato de dicha disposición lo encontramos en el artículo 104° del Código Penal de 1924. La fórmula normativa utilizada por este precedente legal era muy similar a la actual (...). Sin embargo, en otro texto legal histórico, el Código Penal de 1863, la redacción empleada por un dispositivo equivalente, el artículo 56°, fue mucho más precisa al

establecer el rol dogmático de dicha norma, señalando de modo específico que “las circunstancias agravantes o atenuantes que resulten del estado moral o intelectual del reo, o de sus relaciones con el ofendido, sólo atenúan o agravan las penas de los delincuentes en quienes concurren”.

Siendo así, el artículo 26° y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; ni mucho menos, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitarla calidad o condición particular de quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada. La eficacia y utilidad dogmática de dicha norma, se limita, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que puede proyectar una circunstancia genérica, específica o cualificada; así como causales de disminución o incremento de punibilidad.

3 “(...)

4. El Extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito

14°. La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional. (...)

15. (...)

III. Decisión

ACORDARON

17°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 15° del presente Acuerdo Plenario⁶⁴.

64. Corte Suprema de Justicia X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria – Lima, 12 de junio de dos mil diecisiete.

Fundamento jurídico propio del señor Juez Supremo Pariona Pastrana

El suscrito no comparte los fundamentos del acuerdo plenario sobre la “participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”, en esa línea se desarrolla mi voto del modo siguiente:

La participación del extraneus en el delito especial

8°. *La tesis diferenciadora (ruptura del título de imputación)* sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos intraneus y extraneus cada sujeto responde por distintos títulos de imputación. *Esto es, el intraneus responderá como autor de un delito especial; mientras que el extraneus responderá como partícipe o autor de un delito común.* (Rueda Martín, “Reflexiones sobre la participación de los extraneus en los delitos contra la administración pública”. En Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 8. 2° época, Madrid 2001, p. 157.). Esta posición se fundamenta recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias (Art. 26° del C. P.), pues consagraría la exigencia de impedir que la imputación del extraneus se fundamente en el tipo penal especial sino más bien en un delito común. *Ello, se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del intraneus al extraneus (...). El traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio.* Ante ello, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los extraneus sólo la autoría o la participación de los delitos comunes [vid. R.N.N 2628-2006, Ucayali, del 25 de abril 2008; R.N. 18-2008, Huancavelica, del 05 de junio 2008; Casación 782-2015 del Santa, de 06 de julio 2016].

9°. Por su parte, la tesis unificadora (unidad del título de imputación) sostiene que el extraneus, si bien no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito. Desde esta perspectiva, si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que autor es quien tiene el dominio del hecho, y participe quien sólo colabora, entonces, no hay ningún impedimento para que los extranei respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad [Pérez Manzano, Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Madrid, Civitas, 1999, p. 22 y ss.].

10°. Un sector importante en la doctrina, plantea atribuir los ámbitos de responsabilidad de los intervinientes de modo separado, partiendo de la distinción si se tratan de “delitos de dominio”, o de “delitos de infracción de un deber”. Además de los delitos puros de infracción de un deber, hay delitos especiales (sólo) de dominio (o de organización) y delitos especiales en los que al dominio (la organización) se les suma la infracción de un deber”. *Los delitos de dominio*, de distinta fundamentación dogmática que los delitos especiales, se distinguen estos, *en delitos especiales de deber con elementos de dominio y delitos especiales de infracción puro o institucional*. En estos últimos no se admitiría la participación del extraneus. En cambio, los *delitos de dominio* al regirles las reglas de la teoría de la accesoriedad, le rige un deber general negativo de no perturbar la institución positiva, debiendo sin embargo para su punibilidad ser tipificados expresamente por el legislador. Así, *en la infracción del deber institucional*, es posible las intervenciones paralelas o convergentes configurando cada quien su propio injusto, no siendo admisible la intervención conjunta. Por el contrario, en los *delitos de infracción de deber que tengan un componente de dominio*, la intervención conjunta del intraneus y extraneus es admitida, al

infringir el extraneus su deber general de abstención de no perturbar instituciones positivas, y en base a ello se funda su sanción [Silva Sánchez, Op. cit. pp. 908 y 909].

3 Problemática en torno a la regulación vigente del modificado artículo 25 CP. (Ley N° 1351), y los casos anteriores a su entrada en vigencia

Con la entrada en vigencia de la presente ley, se establece textualmente la punibilidad de la participación del extraneus en los delitos incluso si no tienen la cualidad especial del autor, con lo que se resuelve la discusión sobre su punibilidad o no del extraneus, siempre para los hechos que acontecen a partir de su entrada en vigencia.

12°. Bajo esa línea, para los hechos punibles ocurridos con anterioridad a la vigencia del Decreto Ley N° 1351 que fueran materia de proceso, debe aplicarse la ley vigente al momento de la comisión del hecho punible, y, en caso de conflicto de leyes, la más favorable al reo conforme a los cánones establecidos en el inciso 11 del artículo 139° de la Constitución Política y artículo 6° CP. en consecuencia, para los hechos ocurridos antes la vigencia del Decreto Ley referido, debe aplicarse el texto originario del artículo 25 CP, y, en conformidad también con la interpretación sostenida en la línea jurisprudencial de la Casación 782-2015, Del Santa, del 06 de julio de 2016, que estableció como doctrina jurisprudencial vinculante sus fundamentos normativos 10 y 11, que en puridad consagra la tesis de la ruptura del título de imputación, pues en los delitos especiales de deber, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él⁶⁵.

65. Corte Suprema de Justicia X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria – Lima, 12 de junio de dos mil diecisiete, fundamento en discordia del Dr. Pariona Pastrana.

Consideramos importante describir el Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116, para los fines de nuestra investigación, a pesar que se desarrolla en el marco del delito de enriquecimiento porque los Magistrados Supremos, abordan las distintas teorías sobre la participación, y si bien establecen como jurisprudencia vinculante que el extraneus, no puede ser autor del delito especial de deber, empero, sí puede ser partícipe del delito de enriquecimiento ilícito, porque en los delitos de infracción de deber que tengan un componente de dominio, la intervención conjunta del intraneus y extraneus es admitida, al infringir el extraneus su deber general de abstención de no perturbar instituciones positivas, y en base a ello se funda su sanción; es decir los Magistrados Supremos, aplican las reglas de la accesoriidad y la teoría de unidad de título de imputación.

La teoría de la ruptura del título de imputación

Los tipos penales de delitos especiales solo se referirían a los intraneis; los extraneis responden por los tipos penales comunes (cada uno responde por su propio injusto). Los partidarios de esta teoría se apoyan en un supuesto legal “comunicabilidad de circunstancias personales” (art. 26° del C.P. peruano y 65° del C.P. español), que exigiría, que la cualidad de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad y la penal de los partícipes extraneis. En los delitos especiales propios siempre habría impunidad en el extraneis. Por ejemplo en el artículo 393° cohecho pasivo propio, el sujeto que con dominio del hecho recibe para el funcionario dádivas de un tercero a quien se quiere favorecer en un asunto administrativo, no podría ser considerado autor de un cohecho pasivo, le falta la cualidad de sujeto activo, ni cómplice de este delito, faltaría un injusto principal por defecto del tipo penal de cohecho pasivo⁶⁶. (Colmenares Urupeque y Fernández Montenegro, 2017)

66. Colmenares Urupeque, Noemí Teresa y Fernández Montenegro, Karla Carolina, tesis “La participación del extraneus en los delitos de corrupción de funcionarios y los supuestos para su calificación jurídica como parte esencial en la comisión de dichos ilícitos a partir de los casos presentados en los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014 y 2015” pág. 100.

El defecto esencial de esta teoría es que atenta contra la “accesoriedad” de la participación, en los casos en los cuales quien haya tenido el dominio del hecho hubiera sido el extraneus, la punibilidad del partícipe extraneus no va a depender del hecho punible (el delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el delito común), y también al revés cuando el dominio del hecho lo haya tenido el extraneus, el intraneus resultaría punible como partícipe de un delito especial que no se ha cometido en realidad, pues al extraneus se le imputa un delito común. En los casos de “delitos especiales propios”, donde no existen delitos comunes aplicables habría impunidad en el extraneus, y en los casos en que éste ejecute los hechos por accesoriedad, también sería impune el extraneus⁶⁷.

Esta teoría sostiene que cuando en los delitos especiales concurren un intraneus y extraneus, cada sujeto responderá por distintos delitos, el intraneus responderá como autor o partícipe de un delito especial, y el extraneus como autor o partícipe de un delito común. Los partidarios de esta teoría se apoyan en la institución dogmática de la incomunicabilidad de las circunstancias personales (art. 26º del Código Penal) que exige que las cualidades de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) del partícipe extraneus. Ejemplo de ello, cuando un funcionario público que con dominio del hecho se apropia de caudales o efectos de la administración pública, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo con la colaboración de un tercero. El primero será autor de un delito especial (peculado art. 387º) y el segundo partícipe de un delito común (hurto art. 185º), a contrario sensu, si el extraneus ostenta el dominio del hecho y el intraneus solo se limita a colaborar con el sujeto no cualificado.

67. Ibidem, pág. 101.

El primero responderá como autor de un delito común (hurto) y el segundo responderá como partícipe de un delito especial de peculado⁶⁸. (Minaya Chirinos 2015)

Nosotros, consideramos que la ruptura de la unidad de título de imputación en el extraneus con el intranei, no tiene como fundamento jurídico el art. 26° del Código Penal; debido, a que esta norma se relaciona con la punibilidad para efectos de la determinación de la pena concreta; mas no, con la tipicidad o antijuricidad del delito del autor. Consideramos que la exclusión de extraneus subyace de los elementos normativos que exige cada tipo penal especial, ello por la garantía y límites del principio de legalidad. Por ello, si el tipo penal, no comprende al extraneus, aun cuando la conducta de este, fuese dolosa y hubiera contribuido con la perpetración del delito, al no quebrantar un deber especial institucional que solo recae en el funcionario o servidor público, no podría responder penalmente como cómplice ni instigador, sino por un delito común, máxime si el delito de negociación incompatible es un delito subsidiario, fragmentario, y que en las contrataciones estatales, existen vías extrapenales para sancionar a los extraneus, como el procedimiento administrativo sancionador ante Indecopi, o el OSCE, o en el derecho civil por indemnización por daños y perjuicios; y tanto más, si el intranei (funcionario o servidor) de un delito especial propio, su conducta no se rige por el dominio del hecho, sino por la teoría de infracción de deber, pudiendo responder penalmente como autor y no como partícipe, y como se señaló líneas arriba, no implica que existiría impunidad en el extraneus, sino que debe responder según corresponda, bajo el imperio del principio de legalidad.

68. Minaya Chirinos, Hugo (2015), *tesis doctoral titulada "Influencia del Control Gubernamental en la Corrupción de Funcionarios Públicos, Amantani 2014 – 2015"*, pág. 55 y 56.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la ruptura de título de imputación y la prevalencia del principio de legalidad

En la Resolución de Nulidad N° 18-2008-Huancavelica, deja impune la conducta del particular extraneus al admitir que en él no concurren las condiciones personales exigidas en el tipo especial. “Se estima que al no tener los citados encausados, en esta oportunidad, la calidad de funcionarios públicos no se les puede imputar el delito de función a título de complicidad en los delitos de colusión y peculado, dado que el extraneus es ajeno a la administración pública; la contribución del autor será imputada título del delito especial o más propiamente de infracción de deber, y la del cooperador a título de delito común. Una interpretación que sostenga la unidad del título de imputación; esto es, que tanto los cómplices particulares como los autores funcionarios o servidores públicos respondan por el mismo delito especial es violatorio del principio de legalidad”.

La teoría de los delitos de “infracción de deber”

Paredes Guevara (2017), en su investigación señala que: “Roxin señala que el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo⁶⁹”

Que, Gunther Jacobs, reconoce que junto a los delitos en los cuales la responsabilidad se basa en una organización defectuosa, existen delitos en los que la relación entre el interviniente siempre es directa (sin mediación accesoria), siempre en concepto de autor. Además en estos delitos, la distinción de la forma típica de su comisión, sea por acción u omisión pierde sentido.

69. Paredes Guevara, Blanca Genoveva. (2017). *Delitos de corrupción de funcionarios y servidores públicos en los Gobiernos Locales*. (tesis de maestría). Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Perú, pág. 139.

Dentro de este grupo de delitos se encuentran todos aquellos cuyos autores están obligados en tanto garantes a la tutela institucionalmente asegurada, de un bien. Así considera a los delitos con deber que alude a accesoriedad⁷⁰. (Paredes Guevara, 2017, p.141)

La teoría de Claus Roxin, de infracción de deber que formuló en su célebre trabajo doctoral publicado en 1963 bajo el título “Autoría y dominio del hecho”, con esta construcción, los delitos de infracción del deber se caracterizan porque en ellos el tipo penal requiere la infracción de un deber extrapenal que resulta ser el elemento básico de la autoría. Es la que permite caracterizar la figura central del suceso. Ello determina que el dominio del hecho no sea decisivo para configurar la autoría y que la accesoriedad no dependa del dolo del que realiza la acción⁷¹. (Colmenares Urupeque, y Fernández Montenegro, 2017)

En nuestra apreciación, la teoría de infracción del deber, puede comprender a título de autor por acción u omisión al funcionario o servidor público, que omite o actúa quebrantando el deber de garante establecido en la norma legal o por norma infra legal (normas reglamentarias), las normas con rango de ley, o normas internas que aprueban de las entidades de la Administración Pública, para delimitar la imputación, y establecer en quien recae el deber especial de garante en la comisión del delito especial propio. La accesoriedad no va a depender del dolo del que realiza la acción; sino de quien quebranta el deber normativo extrapenal, y de los elementos normativos del tipo penal.

70. Ídem.

71. Colmenares Urupeque, Noemí Teresa y Fernández Montenegro, Karla Carolina, tesis de maestría EPG Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo “La participación del extraneus en los delitos de corrupción de funcionarios y los supuestos para su calificación jurídica como parte esencial en la comisión de dichos ilícitos a partir de los casos presentados en los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014 y 2015” pág. 104 y 105.

Sentencia de la Corte Suprema en relación con la teoría de infracción del deber

En la Resolución de Nulidad N° 4166-2004-Lima, se señala que los estatutos del intraneus solo es importante para los efectos de la autoría, en cambio, la participación, lo que determina la imputación es la creación del riesgo de peligro o de lesión sobre el bien jurídico, debiéndose sancionar a los particulares extraneus en calidad de partícipe en razón a que pueden lesionar o poner en peligro el bien jurídico “Administración Pública”. La participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber se fundamenta en virtud de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico administración pública, que puede ser dañada no solo por el intraneus que se encuentra en una situación prevalente con el bien jurídico, sino también por los particulares que se encuentran fuera del sistema administrativo. De ese modo es como se materializa el principio constitucional de igualdad ante la ley, y por ende ser sancionado sin prelación alguna; los funcionarios como autores y los segundos como partícipes que la calidad del agente no tiene relevancia en las reglas de participación

2.2.3 El delito de negociación incompatible

2.2.3.1 Antecedentes legales

El tipo penal descrito en el artículo 399° del Código Penal, según Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos (2018), tiene como fuente inmediata el artículo 345° del código del código derogado de 1924 y esta, a su vez proviene del artículo 201 del código penal de 1863, existiendo discrepancias en torno a la fuente extranjera. Sin embargo parece indicar que la fuente de la norma penal en comentario el primer párrafo del artículo 265° del Código Penal argentino. En el artículo 201° del Código Penal se tipificó el hecho ilícito negociación incompatible con el cargo, señalando que el empleado público que directa o indirectamente se interesase en cualquier clase de contratos u operación, en que deba

intervenir por razón del cargo, será castigado con rehabilitación especial en segundo grado, multa de diez a cincuenta por ciento sobre el valor de la parte que hubiere tomado en negocio. Esta disposición era aplicable a los peritos, árbitros, y contadores particulares, respecto de los bienes, o cosas en cuya tasación, adjudicación o participación intervinieren y a los guardadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias⁷².

En el Código Penal de 1924 en la redacción del tipo penal, el funcionario o empleado público, que directamente o indirectamente, se interesare en cualquier clase de contratos u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27° por un tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días. Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación, adjudicación o participación intervinieren; y los guardadores y albaceas, respecto de las pertenecientes a sus pupilos o testamentarias⁷³

El artículo 345° del Código Penal de 1924, establecía que el funcionario o empleado público que directa e indirectamente se interesare en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo será reprimido con inhabilitación especial, conforme al inciso p) del artículo 27° por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta noventa días. Disposición aplicable a los peritos, árbitros y contadores, en lo que intervenían como guardadores y albaceas.

72. HUGO ÁLVAREZ, Jorge, y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la administración pública, análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdo plenarios*, en Gaceta Jurídica, Lima 2018, pág. 432.
73. *Ibidem*.

La fuente legislativa extranjera se encuentra en los artículos 175° del código penal francés de 1810 y el artículo 324° del Código Penal Español de 1850, que sirvieron de matrices para las formulas peruanas de 1863, 1924 y 1991, Argentina de 1992 (actualmente vigente) y Colombia de 1936 y 1980⁷⁴” (Reátegui, 2016 p.31).

2.2.3.2 El delito de negociación incompatible en el derecho penal comparado

El código penal español reprime el delito de negociación en el artículo 439° conforme a lo siguiente: La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación, o actividad se *aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones*, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años⁷⁵.

De lo señalado precedentemente, se puede observar, que en el código español, el verbo rector es “aprovechar”, no establece en los elementos normativos del tipo penal, el interés indebido, y por otro lado, la pena es muy inferior en comparación con la tipificada en la norma penal peruana.

En el Código Penal de francés de 1810 la redacción del artículo 175° es: todo funcionario, oficial público o agente del gobierno que, ya abiertamente, ya por actos simulados, ya por actos de otras personas hubiese *tomado o recibido un interés cualquiera*

74. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*, Lex & Iuris, Lima 2016.

75. Ibidem.

con motivo de las actas, adjudicaciones, empresas o arriendos cuya administración o vigilancia estuvieren en todo o en parte en su poder en el momento de celebrarse será condenado a un mínimo de seis meses o un máximo de dos años prisión y sufrirá además multa cuyo máximo será la cuarta parte de las resoluciones de las indemnizaciones, y cuyo mínimo será la dozava parte de las mismas. Se le declarará además incapacitado durante toda su vida para ejercer ningún cargo público. La presente disposición será aplicable a todo funcionario o agente del gobierno que hubiere tomado un interés cualquiera en un negocio cuyo pago o liquidación estuviere a su cargo⁷⁶.

En el Código Penal de Italia de 1930 la redacción legal se encontraba prevista en el artículo 324 derogado por la Ley N° 86 del 26 de abril de 1990, textualmente señala que el oficial público que, indirectamente o por interpuesta persona o mediante actos simulados, *toma un interés privado* en cualquier acto de la administración pública en la cual ejerce su propio oficio, es castigado con reclusión de seis meses a cinco años y con la multa de 200,000 liras a 4,000,000.00⁷⁷.

El Código Penal de Portugal de 1982 en el artículo 427° se encuentra el delito de negociación incompatible con la redacción siguiente: El funcionario que con *intención* de obtener para sí o para un tercero participación económica ilícita, *lesionare* en un negocio jurídico los intereses patrimoniales que en todo o en corresponden, en razón de sus funciones, administrar, fiscalizar, defender o liquidar, será penado con *prisión de hasta 04 años y multa de 30 a 90*.

76. Ídem.
77. Ídem.

A nivel de Latinoamérica, en el código penal de chileno, en el artículo 240° se contempla la figura del delito de negociaciones incompatibles, modificado en el año 2009 mediante Ley N° 20341, estableciendo que: El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio a máximo y multa de diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado el negocio⁷⁸.

En el Código Penal de Colombia se encuentra regulado en el artículo 409°, el delito de interés indebido en la celebración de contratos de acuerdo a lo siguiente: El servidor público que se *interese* en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba *intervenir por razón de su cargo o de sus funciones*, incurrirá en prisión de *cuatro a doce años*, multa de cincuenta a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a doce años⁷⁹.

El Código Penal argentino reprime, el delito de negociación incompatible en el artículo 265° estableciendo que será reprimido con reclusión o prisión de *uno a seis años e inhabilitación especial perpetua*, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, *se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero*, en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo⁸⁰.

78. Ídem
79. Ídem
80. Ídem.

Como se puede advertir en el derecho comparado, el verbo rector es el interés, y en cuanto a la sanción penal por este delito, la más severa se encuentra en el código penal colombiano, al establecer una pena de entre cuatro a doce años, más la multa y la Inhabilitación. En segundo lugar le sigue nuestro país, que sanciona el ilícito penal con una pena no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación más multa, y en tercer lugar se encuentra argentina, que sanciona con una pena de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua.

2.2.3.3 El delito de negociación incompatible en la doctrina

En relación con este delito. (Reátegui Sánchez, 2016) lo describe:

Como un delito especial propio, de mera actividad o de peligro, y que el bien jurídico que protege, es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón de su cargo que desempeñan. Los sujetos activos son el funcionario o el servidor público, el sujeto pasivo es la Administración Pública (El Estado). La conducta típica se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público se interesa de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el estado, su finalidad es obtener un provecho patrimonial o para un tercero⁸¹.

Respecto a las características del hecho ilícito en este delito. Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos (2018) afirman:

81. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*, Lex & Iuris, Lima 2016, pág. 282.

El tipo constituye un ilícito penal de conducta comisiva dolosa, cuyo verbo rector se expresa en el vocablo “*interesarse*”, pero no se trata de cualquier interés sino aquella que es indebida, de manera que el agente, en forma directa o indirecta o por acto simulado muestra palpablemente interés, en provecho propio o de tercero, por cualquier

contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. El tipo contiene un elemento normativo que se expresa en el vocablo “*indebidamente*” de manera que el verbo rector que identifica al tipo tiene una acepción referida a una acción material de interés por lograr un beneficio valiéndose del cargo especial del cual goza y por el cual interviene de acuerdo a Ley⁸².

El tipo penal cuenta con una parte objetiva y otra subjetiva, que considera tres elementos esenciales a) la situación típica (supuesto contemplado en el tipo); b) la presencia de una acción prohibida determinada (el funcionario o servidor público no debe interesarse indebidamente en cualquier contrato u operación que interviene por razón de su cargo), y c) la capacidad de realización de la acción por parte del agente (a pesar de saber que no puede intervenir aprovecha de su cargo para interesarse). El elemento subjetivo se expresa en el dolo directo del agente que es siempre un elemento esencial en el tipo legal subjetivo, el agente actúa a sabiendas de la prohibición del tipo⁸³.

El delito de negociación incompatible es una modalidad de corrupción. Rojas Vargas (2016) refiere:

82. HUGO ÁLVAREZ, Jorge, y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la administración pública, análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdo plenarios*, en Gaceta Jurídica, Lima 2018, pág. 434.

83. Ídem.

La conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa, para ello se debe cumplir las exigencias del tipo penal: a) intervenir por razón de su cargo o de la relación funcional. Supone que i) es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación, ii) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; b) ilegítimamente interesarse, directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero. Es volcar sobre el negocio una pretensión de parte no administrativa, querer que ese negocio asuma una configuración en interés particular del sujeto público. Admite tres modalidades de comisión: 1. directamente, 2. indirectamente (a través de terceras personas) y 3. Por acto simulado (aparentando que se trata de intereses de la administración pública, cuando en realidad son particulares o personales; c) el objeto de interés del funcionario o servidor es el contrato u operación. El interés ilícito del funcionario reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene a nombre del Estado, pueden ser de naturaleza (económica, cultural de servicios) y d) Requiere dolo directo; actos de astucia o engaño del sujeto activo a la administración pública⁸⁴.

La expresión “por razón de su cargo” está referida a aquellas funciones y atribuciones que la ley otorga al funcionario o servidor público para intervenir o participar en un contrato o negocio cualquiera sea su naturaleza (adjudicación, remate, arrendamiento, adquisición de bienes y servicios). Por ejemplo la Ley Orgánica de Municipalidades establece de manera expresa y taxativa, la facultad del Alcalde en intervenir en los contratos o negocios a celebrarse con un particular.

84. ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal parte especial y leyes especiales, jurisprudencias*. RZ Editores, Lima 2016. pág. 378.

El ROF y el MOF prescriben funciones de forma tal que el Gerente de Administración, el Jefe de Abastecimiento pueden intervenir por razón de su cargo, en un contrato o negocio y ser por tanto sujetos activos del tipo⁸⁵.

El bien jurídico protegido es la objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en los contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado. Montoya Vivanco (2015) afirma:

Si bien la administración pública debe funcionar siempre velando por sus intereses públicos, estos siempre deben estar orientados hacia el bien común y no hacia los intereses particulares de los funcionarios o servidores que los gestionan o administran. La objetividad que se busca proteger es aquella donde la administración pública actúa al momento de realizar contratos, concursos públicos o cualquier otra operación económica, con la finalidad de poder elegir al competidor más adecuado de cara a los intereses públicos y al bien común. El tipo penal protege la administración pública del interés privado de sus agentes – funcionarios o servidores públicos- especialmente relacionados o vinculados por razón de su cargo con los contratos u operaciones públicas. Busca evitar conflictos entre intereses privados y públicos, sancionando las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos que no denoten imparcialidad, transparencia y objetividad frente a los competidores de un contrato u operación económica donde tengan que representar al Estado⁸⁶.

En cuanto a la acción típica de aprovechamiento indebido de cargo, (Nakasaki Servigon, 2016) señala que:

85. HUGO ÁLVAREZ, Jorge, y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la administración pública, análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdo plenarios*, en Gaceta Jurídica, Lima 2018, pág. 436.

86. MONTOYA VIVANCO, Iván. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Primera Edición: Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 131.

La acción de aprovechamiento indebido de cargo supone que el autor se encuentre en un conflicto de intereses, representa un interés público por su cargo, y un interés particular indebido, y que ello se puede manifestar en cualquiera de los siguientes supuestos: 1. Acto de función en proceso de contratación estatal u otro de contenido patrimonial, 2. Conflicto de interés autor representa interés público e interés particular, 3. Acto administrativo ilegal, fin ilícito por representar interés particular y 4. Forma de intervención a) intervención directa, b) intervención a través de un tercero, y c) Intervención con simulación⁸⁷.

De lo señalado precedentemente, consideramos que, en efecto por razón del cargo el sujeto activo (funcionario o servidor) siempre se representa un interés público en un proceso de contratación estatal; por ejemplo cuando es designado como integrante del Comité de Selección para un proceso de selección de adquisición de insumos para el Programa Vaso de Leche. El interés debido se subsume en adjudicar la buena pro o el consentimiento de la buena pro, conforme a la Ley de Contrataciones del Estado. En cambio la acción del funcionario de aprovechamiento indebido de cargo, se activa cuando el sujeto realizando las fases procedimentales del proceso de selección se representa el interés de que gane la buena pro un determinado participante no serían punibles, al tratarse de actos propios de la función. En cambio, si en esos actos, se oculta el verdadero interés de favorecer a un determinado postor, en ese momento, fluye el verbo rector interés indebido que sanciona el tipo penal.

87. NAKASAKI SERVIGON, Cesar. *Rol del particular en el tipo penal de aprovechamiento indebido de cargo previsto en el artículo 399 del código penal*, en Gaceta Jurídica, Lima 2016, pág. 56 .

2.2.3.4 Regulación actual en el Código Penal del Perú

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 multa⁸⁸.

Tipicidad objetiva

a) Sujeto activo

El sujeto activo es el funcionario o servidor público que directamente o indirectamente o por acto simulado se interesa en un contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. No se trata de cualquier funcionario o servidor público, sino de aquel que tiene formalmente a su cargo el contrato u operación para la administración pública por razón de su cargo. No es sujeto activo el agente que no teniendo formalmente esta capacidad por razón del cargo se interesa en un contrato u operación. Distinto es el caso de un tercero que se interesa por encargo del funcionario o servidor público en la que interviene por razón de su cargo; en esta última hipótesis, el funcionario público responderá como autor del hecho punible y el segundo como cómplice⁸⁹. (Hugo Alvares y Huarcaya Ramos, 2018)

88. MOMETHIANO SANTIAGO, Javier. *Código Penal fundamentado* “2da. Edición, Lima 2011, pág. 400.

89. HUGO ÁLVAREZ, Jorge, y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la administración pública, análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdo plenarios*, en Gaceta Jurídica, Lima 2018, pág. 439-440.

El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber. Calderón Valverde (2016) afirma:

Es un delito especial que solo lo pueden cometer los funcionarios o servidores públicos en ejercicio de sus funciones quienes vendrían a ser los sujetos activos del delito. Debe exigirse que cuente con una vinculación funcional ineludible con los contratos u operaciones que celebra el Estado, con la finalidad de identificar el rol que juega este en la estructura del delito para la identificación del grado de participación en el delito. Si no se verifica que el funcionario o servidor público tenía dentro de sus funciones o atribuciones la celebración del contrato o la realización de operaciones en representación del Estado, el hecho punible no se perfecciona⁹⁰.

“Sujeto activo del delito no puede ser cualquier funcionario o servidor público si es que no posee facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo⁹¹” (Rojas Vargas, 2016).

(Reátegui Sánchez, 2016) es un delito especial, que solo puede ser cometido por un sujeto especialmente calificado, el funcionario o servidor público que intervenga en los actos preparatorios o ejecutivos de un contrato administrativo u otra operación. Exige una vinculación funcional específica, puesto que el contrato u operación, tiene que ser un negocio en el que el funcionario deba o por lo menos pueda formalmente, desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto⁹².

90. CALDERON VALVERDE, Leonardo. *Sujetos del delito de negociación incompatible o de aprovechamiento indebido de cargo*, en Gaceta Jurídica, Lima 2016, pág. 430

91. ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal parte especial y leyes especiales, jurisprudencias*. RZ Editores, Lima 2016. pág. 380

92. REATEGUI SANCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lex & Iuris, Lima 2016, pág.35.

Los autores antes citados, coinciden en que el sujeto, además de ostentar la condición de funcionario o servidor público, debe tener la competencia funcional para intervenir en los contratos u operaciones en representación de la entidad pública, si ello no es así, no puede ser autor del delito. Por ejemplo, pueden ser sujetos activos: el Jefe de Abastecimiento, o el servidor que actúa como representante del órgano encargado de contrataciones, el Jefe de Administración y Finanzas, el Tesorero, el Gerente Municipal, el Alcalde, y cualquier servidor que actué como oficina usuaria en las contrataciones u operaciones de la entidad pública, de conformidad con las ley de contrataciones y su reglamento, o estar delimitados los roles para intervenir en el íter administrativo en los contratos u operaciones en los documentos normativos (ROF MOF, MAPRO).

Para concluir en este extremo, debemos señalar que lo que determina la condición de autor en el delito de negociación incompatible, no es la calidad de funcionario o servidor dentro de la organización estatal, tampoco su condición laboral, contractual o designación como cargo de confianza, sino que a partir de ello, ejerza competencias por razón del cargo en los contratos u operaciones dentro de la Administración Pública.

b) El ámbito de aplicación (contrato u operación)

En el contrato

(Calderon Valverde, 2016), sostiene que:

La conducta típica del delito de negociación incompatible, conforme a su regulación normativa, debe recaer específicamente en contratos u operaciones, de tal manera que, si los actos expresan un especial interés de parte del actor y tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones de la contratación pública no se configuraría el delito⁹³.

93. CALDERON VALVERDE, Leonardo. *La configuración del delito de negociación incompatible* en Gaceta Jurídica, Lima 2016, pág. 431.

(Reátegui, 2016), la jurisprudencia penal ha señalado que el contrato público en el delito de negociación incompatible, no es punible la intervención del agente público en los este delito en los actos de administración, sino aquellos actos irregulares dentro del marco de un proceso de contratación pública que pongan de manifiesto un interés indebido a favor propio o de un tercero. Y es que a diferencia del contrato privado, la administración actúa unilateralmente a título singular (subastas, licitaciones, adjudicaciones, servicios personales, etc.), y como persona pública⁹⁴.

En nuestra apreciación, en la Administración Pública, casi siempre demanda para el cumplimiento de sus fines tres objetos de contratación: 1. Contratos para ejecución y consultoría de obras, 2. Contratos para adquisición de bienes y 3. Contratos para servicios. Cada uno de ellos, se sub clasifican en contratos de bienes de suministros, caso de la compra de insumos para el Programa Vaso de Leche, contratos de adquisición de maquinaria, y los contratos de servicios de consultoría de obras (supervisiones de obra, elaboración de expedientes técnicos), contrato de Locación de Servicios para contratar asesores, abogados, o especialistas.

Para que existan los contratos públicos, necesariamente es parte contratante el extraneus (proveedores o contratistas) y los contratos deben ser escritos con cláusulas que recojan los alcances de Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, y su modificatoria Decreto Legislativo N° 341, con su Reglamento D.S. N° 344-2018-EF, y el Código Civil, que se aplica supletoriamente en lo que no esté regulado en la Ley

94. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lex & Iuris, Lima 2016, pág.53.

especial; el interés del funcionario o servidor público, se puede manifestar en cualquiera de los contratos, aun mas, el ámbito penal puede comprender el interés indebido en los actos preparatorios para su celebración, o durante la ejecución del contrato, por ejemplo en el trámite del pago de la prestación con la celeridad del informe de conformidad de servicio sin evaluar objetivamente el cumplimiento de las prestaciones; y, el extraneus puede ser una persona natural o el representante de la persona jurídica.

Consideramos, que el interés indebido, puede manifestarse no solo en el ámbito económico del sujeto activo, sino en un beneficio para un tercero, por ejemplo en la contratación de personal en el Régimen Especial de Contratación Administrativo de Servicios (CAS), cuando el funcionario miembro de la comisión de evaluación, tiene interés por que se contrate a un amigo, pariente, a través del concurso público de méritos.

Sentencias de la Corte Suprema en relación con los contratos

La Corte Suprema de Justicia, ha señalado que en este delito no es punible la intervención del agente público en actos de administración, *sino, aquellos actos irregulares dentro del marco de un proceso de contratación pública que pongan de manifiesto un interés indebido a favor propio o de un tercero*. Y es que a diferencia del contrato privado, la administración actúa unilateralmente a título singular en las subastas, licitaciones, adjudicaciones, servicios personales, contratación de administración de servicios CAS, entre otros y como persona pública⁹⁵.

En la Ejecutoria Suprema de la R.N. 3156-2011 del 11.07.2012 de la Sala Penal Transitoria, se ha pronunciado:

95. Sentencia del Expediente N° 00092-2011-6-1826-JR-PE del 10 de Junio del 2013.

Que, el delito de negociación incompatible, se puede presentar en los contratos que ha celebrado el Estado a través de sus organismos públicos para: 1. Contratación de consultores (Ejecutoria Suprema de R.N. N° 1328-2011 del 09.05.2012 de la Sala Penal Permanente), 2. Contrato de Permuta de Terreno (Ejecutoria Suprema de la R.N. N° 2196-2011, del 18.05.2012 de la Sala Penal Transitoria), 3. Contrato de Adquisición de Medicinas en general (Ejecutoria Suprema de la R.N. N° 1909-2011 del 05.10.2012 de la Sala Penal Transitoria). 4. Contrato de Locación de Servicios Profesionales (Ejecutoria Suprema de la R.N. N° 3911-2009 del 03.06.2010 de la Sala Penal Transitoria), 5 Contrato de Suministro (Ejecutoria Suprema del Exp. N° 0092-2011-6-1826-JR-PE-01 del 10.06.2013), 6. Contrato de servicios de fotocopiado (Ejecutoria Suprema de la R.N. N° 722-2003 del 01.08.2013 de la Sala Penal Transitoria) y 7. Contrato de adjudicación para la fabricación y colocación de un escudo y logo hecho en cobre dentro del proyecto de “Mejoramiento y mantenimiento de fachada municipal.

En las operaciones:

“Las operaciones son aquellos actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos. Mediante esta regulación se pretendió abarcar todas las actividades en las que pueda intervenir el funcionario⁹⁶” (Calderón Valverde, 2016, pág. 433).

En nuestro entender, las operaciones, son actos orientados a la contratación de bienes y servicios iguales o menores a 8 UIT, que por su cuantía, (excepto servicios de consultorías de obras), no se celebran en contratos escritos, sino que la contratación se

96. CALDERON VALVERDE, Leonardo. *La configuración del delito de negociación incompatible* en Gaceta Jurídica, Lima 2016, pág. 433.

materializa con otros documentos: como orden de compra u orden de servicio que según la Ley de Contrataciones del Estado, estos documentos se equiparan a un contrato. También como operación, pueden ser los convenios, cargos de afectación de bienes en uso, acta de entrega, o cualquier otro documento análogo de la Administración Pública creado para realizar el gasto público, donar o transferir.

En la ejecutoria Suprema de la Resolución de Nulidad N°578-2011, del 29 de febrero del 2012 de la Sala Penal Permanente, se establece las diferencias entre un contrato u operación precisando que:

La diferencia entre el contrato y la operación es que en esta última hay por lo general una voluntad unilateral de Estado y no un acuerdo de voluntades como en el contrato. La Corte Suprema ha entendido por operación como aquellos actos unilaterales que se producen entre la Administración Pública y sus administrados condicionados a que tales actos tengan un contenido económico.

c) Comportamiento típico:

El delito de negociación incompatible se configura cuando el agente, funcionario o servidor público, se interesa de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados, por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. La intervención del agente en la celebración de aquellos actos es por razón del cargo que ostenta al interior de la Administración Pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para tercero⁹⁷.

97. Ibídem.

Según la regulación del artículo 399° del Código Penal el verbo rector es “interesarse” y entre sus modalidades de comisión: a) directamente; b) indirectamente;

c) por acto simulado.

Interesarse de forma directa: Es la primera modalidad prevista en la Ley penal peruana. Ello implica que el sujeto activo funcionario o servidor, personalmente pone de manifiesto su interés particular, en cualquier momento de la contratación, durante los actos de la celebración, la suscripción, adenda, ejecución, liquidación etc. del contrato u operación.

Interesarse de forma indirecta: Es hacerlo en el contrato u operación a través de otras personas pudiendo ser a través de otros funcionarios o servidores públicos, de menor jerarquía o que dependen del funcionario interesado y que participan en alguna etapa de la contratación, empero siempre sujetos al control y dominio del sujeto activo del delito.

Interesarse mediante acto simulado: Es realizarlo aparentando que se trata de intereses debidos de la Administración Pública, cuando en realidad es el interés particular o personal el que predomina. Implica intervenir en los contratos con empresas o personas naturales que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor interesado, o puede darse en otras formas fraudulentas y con empresas conformadas, para cooperar con el interés del funcionario.

En provecho propio o de terceros: de su redacción se infiere, que se trata del provecho personal o de terceras personas como consecuencia del interés indebido directo o indirecto del funcionario o servidor público.

El artículo 399° del Código Penal admite dos formas de conductas del agente en la

configuración del tipo. Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos (2018) refieren:

Directamente: El funcionario o servidor público se interesa personalmente en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, desplegando esfuerzo, induciendo, proponiendo o directamente tomando decisión o declaradamente muestra el interés de parte.

Indirectamente o por acto simulado: El agente se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su acción dolosa. Por ejemplo el ejecutor coactivo que traba embargo a un contribuyente moroso, concurre por medio de un tercero al remate del bien que el mismo práctica por razón de su cargo. En los actos simulados el agente recurre a formas artificiales para ocultar su interés en el contrato u operación recurriendo al testaferrero⁹⁸.

El *interés indebido del funcionario* o servidor público de manera *directa* sobre contrato u operación Reátegui (2016) citando a Castillo Alva señala que:

Los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el delito de negociación incompatible no solo se configura resolviendo individual o colectivamente, la contratación dictámenes, asesorando, preparando el expediente, aprobando o ratificando una propuesta a través de una intervención favorable, participar de la votación de aprobación del contrato o intervenir el cronograma de pagos. También se configura, con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación, o anulación.

98. HUGO ÁLVAREZ, Jorge, y HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la administración pública, análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdo plenarios*, en Gaceta Jurídica, Lima 2018, pág. 438.

No es necesario que el funcionario firme personalmente algún documento, puede revelarse el interés, a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto⁹⁹. (p.50)

En cuanto al *interés indebido* indirecto del funcionario o servidor público en el contrato u operación. Reátegui (2016) citando a Salinas Siccha, señala que:

El provecho que pretende obtener el contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o a favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él¹⁰⁰. (p.50)

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 terceros reciban una determinada utilidad o ventaja. Los intermediarios en especial los particulares poseen la condición de cómplices y no de autores. Interesarse indirectamente también comprende el hecho de que se posea un interés de obtener un beneficio indirecto¹⁰¹. (Reátegui, 2016, p.51)

Interesarse mediante acto simulado, es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública, cuando en realidad son particulares o personales, es

99. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lex & Iuris, Lima 2016, pág.50.

100. *Ibidem*. pág. 50

101. *Ídem*. pág. 51

negociar los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o de una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes¹⁰². (Reátegui, 2016, p.52)

Tipicidad subjetiva

La tipicidad subjetiva es el dolo en el comportamiento. Reátegui (2016) sostiene que se consuma con la sola verificación del interés particular del sujeto público en la celebración del contrato o realización de operaciones en representación del Estado. El interés debe estar dirigido a obtener un provecho indebido a favor del agente o a favor de terceros que tienen vinculación con aquel. Para la consumación no se requiere que el contrato o la operación en la cual se interesa el agente se lleguen a concretar, tampoco se requiere perjuicio patrimonial a la administración pública, no es necesario verificar si el agente obtuvo la ventaja indebida perseguida, pues puede existir ventaja patrimonial para el Estado. No se admite la tentativa¹⁰³. (p.283)

El dolo directo:

El dolo es la voluntad consiente resultante al saber que se está realizando el tipo se está implícitamente aceptando sus consecuencias; y que el aspecto cognitivo abarca los elementos constitutivos del tipo penal, mientras que el aspecto volitivo supone querer emprender la conducta delictiva¹⁰⁴. (Peña Cabrera, 2013, pág. 186)

102. Ídem. pág. 52

103. Ídem, pág. 283

104. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Curso Elemental de Derecho Penal Parte General* Ediciones Legales EIRL, pág. 186

En el dolo directo de primer grado, no es preciso que el sujeto considere segura la producción de un resultado, basta con que crea que no es absolutamente improbable, ni tampoco que este inseguro de que el resultado no vaya a producirse, la mayor intensidad de la voluntad con la finalidad de producir el tipo prevalece sobre la inseguridad de su producción y determina la calificación del dolo directo de primer grado y no de eventual¹⁰⁵. (Peña Cabrera, 2013, pág. 194)

De lo antes expuesto, en los delitos de corrupción de funcionarios, el funcionario o servidor público, persigue la realización de la conducta antijurídica dolo de intención, el agente internaliza la acción típica y la dirige a la obtención de una determinada finalidad privada, apartándose de los deberes positivos que rigen su competencia funcional.

“En el dolo directo, el resultado se quiere directamente como fin o como consecuencia necesaria del medio querido y esta forma de querer es diferente del querer un resultado concomitante, cuando se lo acepta como posibilidad este es dolo eventual¹⁰⁶” (Eugenio Raul Zaffaroni, 1986, pág. 512).

De lo anterior se desprende que para el dolo directo, el funcionario o servidor se representa mentalmente la conducta típica, y con conciencia y voluntad lo ejecuta, como ejemplo, podemos citar cuando un Alcalde, conociendo que la empresa participante en un proceso de selección uno de los accionistas es un pariente, influyendo en el comité de selección para que le otorgue la buena- pro.

“En el dolo de segundo grado, el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y

105. Ídem. pág. 194

106. EUGENIO RAUL, Zaffaroni. *Manual de derecho penal parte general*, Ediciones Jurídicas Tomo I, Lima, 1986, pág. 512.

advierte como seguro que su actuación dará lugar al delito, concurre la probabilidad de que conducta producirá un evento lesivo¹⁰⁷” (Peña Cabrera, 2013, pág. 194).

“En el delito de negociación incompatible, el tipo es doloso, y requiere del dolo directo, en el que sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la Administración de Justicia¹⁰⁸” (Calderón Valverde, 2016, pág. 435).

Para, Reátegui Sánchez (2016) el dolo en el delito de negociación incompatible se trata de una infracción de ejecución dolosa, admitiéndose el dolo directo, que implica el conocimiento de que se está interviniendo en un contrato u operación estatal de manera directa o indirecta. El tipo penal prevee la acreditación de algunos elementos subjetivos distintos al dolo, “*provecho propio o de tercero*”, el sujeto activo no solo tendrá que conocer y querer efectivamente todos los elementos del tipo penal, sino que también se tendrá que acreditar en el proceso penal el móvil del lucro del agente en la ejecución de la conducta típica¹⁰⁹. (págs. 63-65)

A nuestro parecer, en el modelo acusatorio, si bien la carga de la prueba la tiene el Fiscal, quien debe acreditar el dolo, y eventualmente según cada caso en particular acreditar el móvil del lucro en el agente durante el juicio oral. No obstante ello, en el modelo acusatorio contradictorio, el acusado, debe actuar en el juicio oral medios de prueba de descargo que desacredite el dolo. Para ello puede ofrecer como prueba nueva o prueba no admitida, esta última, cuando en la etapa intermedia (audiencia de control preliminar de acusación), no haya ofrecido medios de prueba, o habiéndolos ofrecidos, no

107. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Curso Elemental de Derecho Penal Parte General* Ediciones Legales EIRL, pág. 194

108. CALDERON VALVERDE, Leonardo. *La configuración del delito de negociación incompatible* en Gaceta Jurídica, Lima 2016, pág. 435.

109. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lex & Iuris, Lima 2016, pág.63 y 65.

fueron admitidos y solicitó la reserva para su proposición futura.

El dolo eventual

“En el dolo eventual, el autor se representa el resultado como probable o de posible realización, pero no lo desea¹¹⁰” (Peña Cabrera, 2013, pág. 196).

“El dolo eventual es la conducta del que se dice “que aguante”, “que se fastidie”, “si pasa mala suerte”, “que me importa”. Allí no hay una aceptación del resultado como tal, sino su aceptación como posibilidad y como probabilidad¹¹¹” (Eugenio Raul Zaffaroni, 1986, pág. 512).

Para Calderón Valverde, (2016), respecto al dolo en el delito de negociación incompatible puede admitir la posibilidad de que se realice el delito mediante dolo eventual, con el requisito previo de que el sujeto activo haya representado como posible la concreción del resultado y, pese a ello, no se abstiene de actuar, el interés puede manifestarse tanto en un actuar como en una omisión, también el beneficiario del interés puede saberlo como no¹¹². (pág. 443)

A nuestro parecer, desde el ámbito del autor funcionario o servidor público, el dolo eventual en el delito de negociación incompatible, no debería ser admitido la omisión, el delito de negociación incompatible como delito de corrupción de funcionarios de acción el sujeto activo del delito, debe conocer que su accionar es típico y antijurídico, y con conocimiento y voluntad decide realizarlo privilegiando el interés particular.

110. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Curso Elemental de Derecho Penal Parte General* Ediciones Legales EIRL, pág. 196

111. EUGENIO RAUL, Zaffaroni. *Manual de derecho penal parte general*, Ediciones Jurídicas Tomo I, Lima, 1986, pág. 512.

112. CALDERON VALVERDE, Leonardo. *La configuración del delito de negociación incompatible* en Gaceta Jurídica, Lima 2016, pág. 443.

La omisión de funciones, rehusamiento, o retardo de actos funcionales, tiene su propio tipo penal, previsto en el artículo 377° del Código Penal.

Asimismo, en el extraneus, consideramos que la imputación subjetiva del dolo directo o eventual, es irrelevante para la comisión del ilícito penal, pues el tipo penal del artículo 399° del Código Penal, no comprende al particular, o al tercero, no se trata de un delito de participación necesaria, sanciona el interés indebido desde el ámbito de la actuación del funcionario o servidor público. Por ello consideramos que no debe ser comunicable al extraneus, aun cuando la conducta de este sea dolosa, debe ser cumplido el principio de legalidad penal como límite del ius puniendi del Estado.

Para concluir el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, no admite la comisión imprudente o culposa, lo que se considera en la tipicidad subjetiva, es el dolo directo o eventualmente el dolo eventual del sujeto activo (funcionario o servidor público) que teniendo competencia funcional interviene dolosamente en los contratos u operaciones en representación de la entidad estatal.

2.2.3.5 La prueba indiciaria en el delito de negociación incompatible

(San Martín, 2015, pág. 599) es aquella que sirve para establecer en el proceso penal como sucedió un hecho no directamente probado, fundado en indicios concluyentes periféricos al hecho que se quiere acreditar que están alrededor del hecho consecuencia que es el tipo legal sancionado¹¹³.

113. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho procesal penal lecciones*, I edición 2015, Lima, pag. 599.

Para el Dr. Cesar San Martin Castro, la prueba indiciaria también denominada indirecta, es periférica porque no se encuentra directamente vinculada con el hecho principal que se pretende acreditar. El hecho periférico puede o no ser ilícito, a partir de aquel el juzgador extrae información mediante inferencias, utilizando las reglas de la lógica, el sentido común o las máximas de la experiencia.

Mediante la prueba indiciaria es posible sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Hernández Miranda (2018), se puede condenar, siempre que se cumplan los requisitos: a) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse de los hechos base completamente probados (hecho presumido o conclusión); c) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia el órgano judicial debe exteriorizar los hechos que están acreditados y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia (nexo relación causal), y d) que este razonamiento este asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común¹¹⁴.

El Código Procesal Penal en el artículo 158° inciso 3 establece que la prueba por indicios requiere: a) que el indicio esté probado; b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, y d) no se presenten contra indicios consistentes¹¹⁵. (Juristas Editores, 2018, pág. 446)

114. HERNANDEZ MIRANDA, Edith. *La prueba en el proceso penal*, en Gaceta Jurídica I Edición 2018. pág. 140

115. CODIGO PROCESAL PENAL, en Juristas EdiTores EIRL, Lima 2018, pág. 446

No puede considerarse prueba indiciaria una prueba incompleta o imperfecta, ya que de hacerlo así se desnaturalizaría su concepto, pues tiene una estructura propia y distinta de la directa. La indiciaria constituye prueba indirecta, por cuanto el juez llega a dar por demostrado un hecho por la deducción que hace, no realiza una comprobación directa del hecho investigado, sino que la demostración del hecho se obtiene a través de un razonamiento¹¹⁶. (Pérez López,, 2018, pág. 161)

Fases del razonamiento indiciario:

Como explica San Martín Castro (2015) el razonamiento indiciario según tiene las siguientes fases:

Primera fase: Consiste en la recopilación de la información que va a constituir el razonamiento judicial, se trata de los elementos de prueba que serían los indicios, aquellos hechos que van a servir para acreditar otro hecho con el que están relacionados. Deben estar formados: **a)** Por los indicios hecho base o hecho indiciante que son colaterales al hecho necesitado de prueba y que permiten llegar al conocimiento de la realidad tipificada, **b)** Por la pluralidad de indicios: varios datos probatorios y que todos ellos, tomados en su conjunto, conduzcan a una misma conclusión inculpatoria. Un indicio puede ser vinculado a una gran cantidad de hechos independientes. **c)** Por la pertinencia de cada indicio esté relacionado con los hechos, que sean coincidentes en el señalamiento de determinadas circunstancias deducibles de ellos, que apoyen la conclusión judicial. (p.601)

Segunda fase: Entre los distintos elementos de prueba y la conclusión judicial debe existir

116.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge. *La prueba en el proceso penal*, en Gaceta Jurídica I Edición 2018. pág. 161

una máxima de experiencia a eso se denomina “presunción”, que permita entender que la conclusión e deriva de la prueba practicada (relación de principio de causalidad). A todo efecto precede una causa determinada establecida según el principio de oportunidad cuyo nexo se explicara en la sentencia. Esta fase comprende la inexistencia de máximas de experiencia aplicables que gocen de un mismo grado de probabilidad y la conclusión no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados¹¹⁷.

Requisitos de los indicios:

1. Debe existir prueba plena del hecho indiciante o indiciador y que tal hecho tenga alguna significación afirmativa respecto al hecho indiciado, hecho consecuencia por existir alguna conexión lógica entre ellos. 2. Para la validez, el medio confirmatorio del hecho indiciante haya sido decretado y practicado en forma legal y realizado por medios lícitos y no prohibidos por ley. 3. Los requisitos de eficacia: a). Debe existir conducencia entre los dos hechos y que se haya descartado que la conexión sea aparente, b). Que parezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho o hechos indiciantes y los hechos indiciados o consecuencia, c). Que no existan contra indicios que los descarten razonablemente y que se hayan eliminado las otras posibles hipótesis y argumentos que puedan contradecir la conclusión adoptada, d). Que el resultado inferido sea unívoco o inequívoco, e). Que no existan otros medios de confirmación que contradigan los hechos indiciales que demuestren la existencia de un hecho opuesto al indicado por ellos, y f). Que haya llegado a una conclusión precisa y segura, basada en el conocimiento pleno o la certeza del juez¹¹⁸.

Como explica Pisfil Flores (2018) “La máxima praesumptio – praesumptionis non admitir, según este brocardo, los indicios no se podrán probar en ningún caso por medio de

117. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho procesal penal lecciones*, I edición 2015, Lima, pag. 603.

118. *Ibídem*, pág. 603

prueba indirecta. Por lo que solamente podrá sustentarse los hechos indicios sobre pruebas directas¹¹⁹”.

Tipología de los indicios:

Conviene destacar que existen diversos tipos que nos brinda la doctrina y la jurisprudencia, entre ellos podemos citar:

- a) Indicio de capacidad moral: Propensión al delito del acusado
- b) Indicio de oportunidad: Momento concreto, lugar, coparticipación
- c) Indicio de modus operandi: Reiteración de conductas delictivas de forma semejante y en concretos lugares, por parte de uno o varios sujetos.
- d) Indicios de realización de actos preparatorios: Procesado que realice actos preparatorios al delito.
- e) Indicios de manifestaciones previas: Conversaciones previas del procesado que revelan su intención o predisposición de cometer el hecho delictivo.
- f) Indicios de mala justificación: El imputado recurre a coartadas falsas ante circunstancias que lo incriminan.
- g) Indicios de intento de corrupción o soborno: Se ofrece un soborno al funcionario encargado de la persecución penal o en proceso de selección o administrativo.
- h) Indicio de cambio de situación económica: El incremento injustificado del patrimonio, en los casos de enriquecimiento ilícito, lavado de activos.

2.3 Definición de términos y conceptos

Corrupción

Es el mal uso del poder público que se le ha confiado, seleccionado u otorgado por

119. PISFIL FLORES, Daniel Armando. *La prueba en el proceso penal*, en Gaceta Jurídica I Edición 2018. pág. 207

elección popular, por concurso público de méritos, designación directa, a un ciudadano, en el busca un beneficio propio a causa de un perjuicio a la Administración Pública, un ciudadano o a la sociedad.

Cómplice primario

Es aquel que cuenta con una participación esencial en la realización del delito, por lo cual su relevancia para cometer el delito es primordial.

Cómplice secundario

Es aquel que realiza una participación en el delito no relevante y fácilmente reemplazable, sin que afecte la realización del delito, es decir su participación es prescindible.

Delitos de corrupción

Son las acciones típicas, antijurídicas y culpables que afectan un determinado bien jurídico de la administración pública, como en los tipos penales de cohecho activo o pasivo, colusión, negociación incompatible, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos.

Funcionario Público

Son aquellos que realizan labores de administración pública, actos ejecutivos o de gobierno, debidamente reconocidos mediante elección popular, nombramiento, selección o designación directa.

Administración pública

Son las prestaciones de las entidades estatales, se realizan de acuerdo a las facultades que les confiere la Constitución Política del Perú, y las leyes orgánicas, que son realizadas por los funcionarios públicos o servidores públicos.

Delitos contra la administración pública

Son las acciones, típicas, antijurídicas y culpables, referidas al daño del bien jurídico de la administración pública, no es tomada desde el concepto de administración como el conjunto de órganos institucionales que la conforman sino desde el punto de vista netamente funcional.

Extraneus

Son los extraños, ajenos a la administración pública, las personas naturales, que no ocupan cargo público, pero que se vinculan eventualmente en los contratos u operaciones que realizan las entidades estatales.

Intraneus

Proviene de “in”, prefijo que indica entre otras cosas, posición interior y de administración. Es la persona que está comprendida dentro de una institución pública y desarrolla función pública.

2.4 Hipótesis

Si, se aplica el principio de accesoriadad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus; se vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia durante los años 2011 al 2018.

2.5 Variables

2.5.1 Determinación de variables

a. Variable independiente

La aplicación del principio de accesoriadad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus.

b. Variable dependiente

Vulneración del principio de legalidad en el delito de negociación incompatible.

2.5.2 Operacionalización de variables

Al ser la investigación de tipo cualitativa descriptiva no se manipula la variable independiente, se utiliza guía de análisis documental para observar y describir la motivación de los Jueces Supremos en las sentencias de casación y recursos de nulidad sin influenciar en ellas.

CAPÍTULO III:

MARCO METODOLÓGICO

3.1 Tipo de investigación:

La investigación realizada es de tipo cualitativa con diseño no experimental – descriptiva, aplicada al derecho.

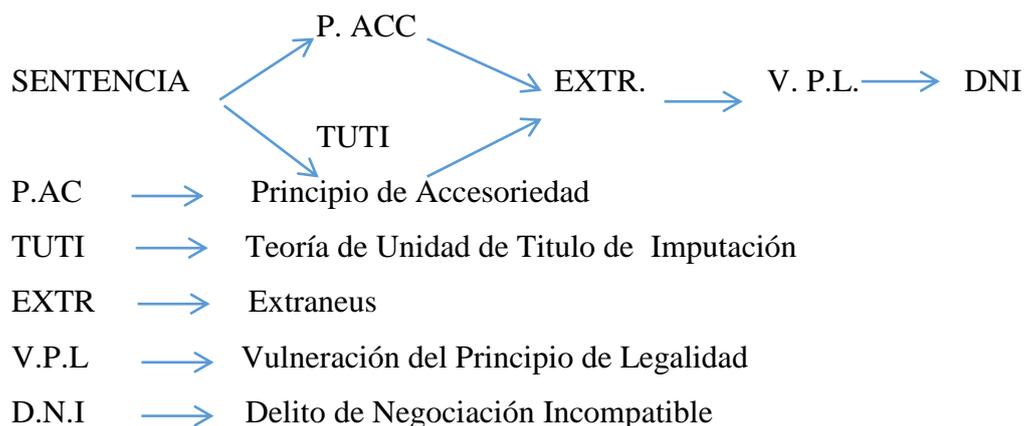
Es cualitativa porque es un método de investigación usado principalmente en las ciencias jurídicas sociales que se basa en cortes metodológicos basados en principios teóricos tales como la fenomenología, hermenéutica, la interacción social utilizando métodos de recolección de datos que no son cuantitativos.

La investigación es no experimental, en tanto no es posible la manipulación de la variable independiente, por lo que tenemos que observar los fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos (Hernández Sampieri, R. 2010, p. 25).

Es descriptiva porque se indica las características, cualidades, propiedades y rasgos esenciales de los hechos y fenómenos de la realidad, es decir, que tenemos que observar y describir la motivación de los Jueces Supremos en las sentencias sin influenciar en ellas, por ningún motivo.

3.2 Diseño y contrastación de hipótesis

El diseño del desarrollo de la investigación es de teoría fundamentada, la cual se basa en los argumentos de uso teórico y jurídico que sustentan la hipótesis de tipo de investigación cualitativa, así se aplicó el siguiente esquema:



3.3 Población, muestra y muestreo

3.3.1 Población

Ramos Nuñez (2007), refiere que “La población es el conglomerado de todos los elementos (unidad de análisis o estudio) que pertenecen al ámbito espacial donde se desarrolla el trabajo de nuestra investigación¹²⁰”

El investigador utilizó el criterio intencional o razonado para la determinación de la población, frente a los problemas jurídicos que se presentan por la inobservancia del principio de legalidad en el delito de negociación incompatible y privilegiar el principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus.

Los criterios de inclusión, se considera las sentencias del delito de negociación incompatible, en las que concurren autores (funcionario y/o servidor público) con el extraneus (tercero, proveedor, profesional), vinculados en los contratos, u operaciones con las entidades del Estado; y no se establecieron criterios de exclusión.

120. RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2007). *Como hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. (4ta). ISBN 978-603-4002-03-6.-pág.107.

En nuestro estudio, la población fue constituida veinte y cinco (25) sentencias del delito de negociación incompatible, de la Corte Suprema de Justicia dictadas durante el periodo 2011 al 2018.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia

Casaciones:

DATOS DE LA SENTENCIA	FECHA
1. Casación N° 231-2017-Puno	14 de septiembre del 2017
2. Casación N° 67-2017- Lima	11 de julio del 2017
3. Casación N° 187-2016 Lima	23 de Noviembre del 2016
4. Casación 23-2016 - Ica	16 de mayo del 2017
5. Casación N° 628-2015- Lima	05 de mayo del 2016
6. Casación N° 841-2015- Ayacucho	24 de mayo del 2016

Sentencias de Nulidad

DATOS DE LA SENTENCIA	FECHA
7. Resolución de Nulidad N° 677-2016-Lima	17 de Mayo del 2017
8. Resolución de Nulidad N° 2543-2013-Ancash	12 de Diciembre del 2014
9. Resolución de Nulidad N° 734-2014-Tumbes	09 de Diciembre del 2014
10. Resolución de Nulidad N° 3365-2013-San Martin	05 de Diciembre del 2014
11. Resolución de Nulidad N° 2139-2013-Ica	29 de Octubre del 2014
12. Resolución de Nulidad N° 1378-2013-Loreto	03 de Octubre del 2014
13. Resolución de Nulidad N° 1782-2012-Cajamarca	07 de Agosto del 2014
14. Sala Penal Transitoria R.N. N° 432-2013-Lambayeque	23 de Mayo del 2014
15. Resolución de Nulidad N° 300-2014-Cusco	21 de Mayo del 2014

16. Sala Penal Permanente R.N. N° 1083-2013	09 de Abril del 2014
17. Resolución de Nulidad N° 1360-2013-Cusco	26 de Marzo del 2014
18. Resolución de Nulidad N° 2028-2013-Lima	13 de Marzo del 2014
19. Resolución de Nulidad N° 253-2012-Piura	13 de Febrero del 2013
20. Sala Penal Permanente R.N. N° 2619-2012	23 de Enero del 2014
21. Sala Penal Permanente R.N. N° 169-2013	23 de Enero del 2014
22. Sala Penal Permanente R.N. N° 3723-2013	16 de Enero del 2014
23. Resolución de Nulidad N° 865-2012-Lima	14 de Enero del 2014
24. Resolución de Nulidad N° 2770-2011-Piura	12 de Septiembre del 2011
25. Resolución de Nulidad N° 2641-2011-Lambayeque	10 de Agosto del 2012

3.3.2 Muestra

Considerando que la población es pequeña, se trabajó con todas las unidades de análisis.

3.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Técnica de acopio documental

Se utilizó para la recopilación de información doctrinaria de los textos, de las leyes, y de las sentencias judiciales, mediante el acopio de material informativo y recopilación de datos en internet.

Técnica de fichaje

Mediante esta técnica se facilitó la recopilación de información a través de la elaboración de fichas de registro de datos tipográficos (bibliográficas), fichas de

investigación (textuales, resumen, mixtas y comentario), para la elaboración del marco teórico, y la exposición de los resultados del trabajo de investigación.

Técnica de observación

Esta técnica permitió percibir como es el tratamiento dogmático y jurídico que realizan los jueces supremos de la Corte Suprema de Justicia en el delito de negociación incompatible.

Análisis de documental

Con esta técnica se analizó la información consignada en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del delito de negociación incompatible, enfocándonos en aplicación de los principios de legalidad, de accesoriidad, y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus.

3.5 Instrumentos de recolección de datos

Guía de análisis documental

Este instrumento permitió registrar los datos de las sentencias penales de la Corte Suprema, para dar respuesta a la hipótesis planteada “*Si se aplica el principio de accesoriidad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus; se vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia durante los años 2011 al 2018*”.

3.6 Procesamiento de información

La información obtenida de la aplicación de la guía de análisis documental, se analizan las veinte y cinco sentencias, no se presentan gráficos estadísticos por tratarse de conceptos teóricos jurídicos.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 Análisis e interpretación de los datos contenidos en las Sentencias

4.1.1 Casaciones de la Corte Suprema de Justicia

1. Casación N° 231-2017-Puno

Coautores: José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, y José Haytara Carreón

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

1. Imputación Fáctica

Segundo: Se imputó a los investigados Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón y José Domingo Choquehuanca Soto, ex miembros del Comité Especial, haberse interesado directa e indebidamente, en violación al principio de imparcialidad en el proceso exonerado 001-2010-MPM-A en provecho de la Empresa Alabama S.A. al haber suscrito el acta de apertura de sobre-proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A (primera convocatoria) de 14 de diciembre de 2010, otorgándole la buena pro, para la adquisición de semillas de alfalfa, dáctilys, e inoculante para los proyectos antes referidos, vía proceso de exoneración, pese a que de acuerdo con el informe técnico 185-2010-DDAE-MPM, anteriormente, se convocó el proceso de adquisición hasta en cuatro oportunidades hecho que desvanece la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible que exige el primer párrafo del artículo 22° de la Ley de Contrataciones del Estado para considerar desabastecimiento y el primer párrafo del artículo 129 del Reglamento del Decreto Legislativo 1017.

4. Agravios de los recurrentes

Recurso de casación del sentenciado José Domingo Choquehuanca Soto

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

Recurso de casación del sentenciado Helard Huamán Mamani

Sexto.- El procesado en su recurso de casación refiere lo siguiente: i) Se debe determinar si el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo requiere del elemento subjetivo adicional al dolo, y si está referido a que el autor tenga como finalidad el obtener un provecho económico para sí o para terceros. ii) No se realizó una correcta interpretación del Decreto Legislativo N.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, el que debe ser interpretado.

En el proceso de exoneración, el imputado Huamán Mamani ha participado como Presidente en el Comité Especial del Proceso de exoneración N.º 001-2010-MPM-A, designado mediante Resolución de Alcaldía N.º 767-2010-MPM/A, actuó conforme con sus competencias según lo establecido en el artículo 24 de la Ley de Contrataciones del Estado. iii) Debe interpretarse el apartado a) del inciso 2 del artículo 422 del Código Procesal Penal, determinando los criterios de admisión de prueba nueva, en el procedimiento de apelación de sentencias, a la luz de los derechos fundamentales de defensa eficaz y prueba.

Recurso de casación del sentenciado José Haytara Carreón

Séptimo.- El impugnante alega lo siguiente: i) Se afectó su derecho de defensa y al debido proceso, en tanto que, se le atribuyó la condición de autor directo del delito, de manera genérica, cuando el artículo 23 del Código Penal, señala las categorías de autor mediato, inmediato y coautoría. En este sentido, es necesario desarrollar si en las etapas del proceso penal se puede considerar a un imputado la calidad de autor de manera genérica, sin precisar si es mediato, inmediato o coautor, y si en el delito de negociación incompatible y tratándose de varios imputados quienes se han repartido roles, debería imputárseles como coautores. ii) Debe desarrollarse doctrina jurisprudencial en cuanto al delito de negociación incompatible, por cuanto existen vacíos en su interpretación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Noveno.- Como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, el aspecto sobre el cual este Supremo Tribunal debe efectuar precisiones a fin de resolver el recurso de casación interpuesto, es si en el presente caso se ha realizado una interpretación errónea del artículo 399 del Código Penal delito de negociación incompatible; concretamente sobre: i) Los elementos normativos del tipo de

negociación incompatible: “interesarse” y “provecho propio o de tercero”. ii) La relación funcional del funcionario o servidor público con el contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo.

2. El delito de negociación incompatible

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

3. Bien jurídico protegido y naturaleza del tipo penal

Décimo segundo.- El bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella.

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

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

4. El interesarse indebidamente en provecho propio o de tercero

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

5. Vinculación funcional del agente con el contrato u operación

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

para participar en ellos”, también se define como “aquel funcionario que tiene legítimamente a su cargo el contrato u operación.

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

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

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

Trigésimo tercero.- Finalmente, dicho ilícito penal tipifica que el interés debe ser en provecho propio o de tercero, este último se habría configurado según la Fiscalía, no obstante, en el expediente no obra indicio que acredite de forma indubitable que el

actuar de los agentes se habría realizado para obtener un provecho en tanto que, como se aprecia, la empresa Alabama S.A., cumplió finalmente, con la adquisición de semillas. Por lo que, el tipo penal no debe considerarse realizado si del comportamiento no se dieron las circunstancias propias para poner en peligro la administración pública.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

POR MAYORÍA declararon: **I. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la Ley Penal: artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal - delito de negociación incompatible; en consecuencia **II.** Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 11 de julio de 2016, y reformándola: absolvieron a José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública – negociación incompatible, en agravio del Estado.

2. Casación N° 67-2017 – Lima de la Sala Penal Transitoria

Lima, once de julio del dos mil diecisiete

Parte preliminar de la sentencia

Coautores: Jorge Luis Vergel Polo y Jorge Luis Núñez Smith

Terceros civilmente responsables

Empresas Consorcio DHMONT & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

2. Imputación específica al recurrente Jorge Luis Vergel Polo

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

instalación, por parte de la empresa DHMONT, representado por el imputado Mont Ling.

Mediante este accionar, se interesaron de manera directa, en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material. Para estos efectos, se contó con la participación dolosa de Ricardo Mont Ling, Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi, toda vez que su participación en calidad de representante legal de la empresa DHMONT & CG & M S.A.C., y representantes de la empresa supervisora HIDROINGENIERÍA S.R.L. respectivamente, era imprescindible para que se aprobara indebidamente el adicional de obra número ocho.

5. Agravios de los recurrentes

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

Sexto. La empresa DHMONT & CG & M S. A. C., fundamentó su recurso de casación con los siguientes argumentos: **i)** El Ministerio Público requería la condena de Ricardo Mont Ling (Gerente General); como cómplice primario del delito de negociación incompatible; sin embargo, no existió proceso penal en su contra; y ningún representante ni subordinado de la empresa se encuentra procesado. **ii)** El juez de primera instancia incorporó a la empresa como tercero civilmente responsable, fundamentándose en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, que señala: *“Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo”*. **iii)** La Sala señaló que HIDROINGENIERÍA y CONSORCIO DHMONT & CG & M S. A. C., suscribieron contratos con el Ministerio de Educación, respectivamente, a través de sus representantes legales, surgiendo responsabilidad civil, por parte de dicha empresa, a partir del no cumplimiento de sus obligaciones ante el

Ministerio de Educación. **iv)** Se vulneraron las normas que garantizan el principio de congruencia procesal, sobre la inaplicación del inciso uno del artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, la debida motivación de las resoluciones judiciales, y la cosa juzgada. **v)** El consorcio DHMONT ejecutó la totalidad de la obra; sin embargo, existe pendiente el presente proceso judicial, sobre una adenda al contrato; pues en la relación contractual, el Estado debió entregar al contratista un expediente técnico, indispensable para ejecutar la obra; pero le entregaron uno con errores. **vi)** La sentencia, no se pronunció sobre los argumentos de la parte civil e incorporó hechos distintos a los invocados por dicha parte; incorporando además nuevos fundamentos, el de “incumplimiento contractual”. **vii)** El actor civil (Procurador Público de la Contraloría General de la República) estableció en su pedido, que debe condenarse a la reparación civil al CONSORCIO DHMONT, debido al accionar de su gerente general, Ricardo Mont Ling; es decir, estableció una responsabilidad vicarial, basada en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil. **viii)** El Gerente General de la empresa, Ricardo Mont Ling, ha sido excluido del proceso penal, por sentencia del Quinto Juzgado Constitucional, que declaró fundado un proceso de amparo; cosa juzgada que desconoce la sentencia de vista, por cuanto han juzgado su conducta y emitido pronunciamiento, sin haber ejercido su derecho de defensa, sancionando a su empresa con el pago de la reparación civil.

De la empresa HIDROINGENIERIA S. R. L.

Séptimo. La defensa técnica de la citada empresa, alega como causales, las previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, expresando los siguientes argumentos: **i)** Se vulneró la prohibición de reforma en peor, pues se aumentó el monto de la reparación civil sin que el Procurador haya impugnado. **ii)** No se respondió su cuestionamiento, sobre la falta de verificación del

elemento de la responsabilidad civil: nexo causal entre la actuación dependiente de la Empresa y los supuestos daños ocasionados Estado, pues la modificación del informe de la Empresa en el presupuesto adicional de Obra número ocho, produjo la ruptura del nexo causal. **iii)** Existe ilogicidad en la sentencia de vista, pues no obstante haberse señalado que se trata de un caso de responsabilidad extracontractual; luego, el extremo que fijó la reparación civil se basó en un supuesto de responsabilidad contractual.

Del sentenciado Jorge Luis Vergel Polo

Octavo. El recurso de casación interpuesto por el recurrente se fundamenta en que: **i)** El informe número mil ciento ochenta y ocho-dos mil diez-ME/VMGI-OINFE—OBRAS, fue ofrecido y admitido en la etapa intermedia y, por un error del Ministerio Público, no se oralizó, por lo que no debió ser incorporado al proceso; sin embargo, este documento sirvió para sustentar una sentencia condenatoria. **ii)** La Sala de Apelaciones vulneró las garantías de derecho de defensa, derecho a la prueba y a la verdad, al no admitir la prueba testimonial de Wilber García Vera y Antonio Chumpitaz Peraldo, quienes evaluaron y aprobaron los cambios de especificaciones del expediente técnico; con esas declaraciones se pretendió probar que el recurrente laboraba en el área de proyectos y no en el de obras. **iii)** Existe un contraindicio muy sólido, esto es, que el área competente para tomar la decisión de los materiales originales, fue el de proyectos, conforme lo especificó el “Manual para la ejecución de obras”. **iv)** Se vulneró la garantía de la presunción de inocencia y violación de la libertad de ejercicio de la función pública, vulneración del principio de culpabilidad y prohibición de ser sancionado por el hecho de un tercero. **v)** Las pruebas indirectas actuadas no reflejan el incumplimiento de las funciones del recurrente, en relación a los hechos generadores del reproche penal. La Sala, repitiendo el error del juez de primera instancia, consideró que se cometió el delito de negociación incompatible, cuando el

autor incumplió su rol funcional, es decir, su conducta fue totalmente neutra. **vi)** La Corte Suprema debe desarrollar doctrina jurisprudencial, sobre la correcta interpretación del artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, que tipifica el delito de Negociación Incompatible, a fin de determinar si el tipo penal puede configurarse a través de una conducta omisiva, o solo puede cometerse por acción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

El tercero civilmente responsable

Décimo sexto. El Acuerdo Plenario número CINCO-DOS MIL OCHO/CJ-CIENTO DIECISÉIS, de dieciocho de julio de dos mil ocho, en su fundamento jurídico número veinticuatro, estableció que la reparación civil se presenta como una institución de naturaleza jurídica-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido. Procesalmente, está informada por los principios dispositivo y de congruencia[...] a tono con la naturaleza privada de la responsabilidad civil *ex delicto*, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal, el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.

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

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

Vigésimo segundo. Sobre el segundo, para incorporar a una persona como tercero civilmente responsable, es necesaria la existencia de un vínculo jurídico con el imputado. Ahora bien, este vínculo jurídico, e interpretado desde la normativa prevista en el Código Civil, contenida en el artículo mil novecientos ochenta y uno, que prevé lo siguiente: *“aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio de su cargo o en cumplimiento del servicio respectivo”*.

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

II. Sobre la errónea interpretación de la Ley Penal

El delito de negociación incompatible

Trigésimo tercero. Nuestro legislador, lo situó en la sección IV del Código Penal-Delito de corrupción de funcionarios, por lo que constituye una modalidad de

corrupción, por ende, la conducta del sujeto activo se desenvuelve con esa orientación; es decir, en la utilización de potestades públicas para el interés privado, que difiere del general que se encuentra constituido por mandato legal, por ello, se descarta, *prima facie*, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa.

Análisis del tipo penal

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

Trigésimo séptimo. Debido a su naturaleza de delito de peligro; su realización no se encuentra supeditada a la lesión efectiva de un bien, sino que la relación entre el peligro y la realización del mal futuro, se encontrará en un nexo de posibilidad. Al constituir un adelantamiento al poder del Estado, debe ser debidamente interpretado y aplicado en el caso concreto, de tal forma que no se castigue el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa estatal, que contravendría los principios de *ultima ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal, sino que se verifique el interés particular del sujeto activo, por ello, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva.

Trigésimo octavo. No cabe punir meros comportamientos, que signifiquen solo actuaciones parciales por parte del presunto sujeto activo, porque significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello, conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio. En

consecuencia, cuando el sujeto especial no cumple con las obligaciones de su cargo, en colisión con los intereses del Estado, corresponde evaluar su conducta, primero, a nivel administrativo; y solo cuando reúna las características de relevancia y cumplimiento del injusto, deberá intervenir el Derecho Penal.

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

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

Cuadragésimo cuarto. Ello es así, toda vez que, en determinados casos puede darse, incluso, la posibilidad que el agente realice una conducta negligente, que aunque infrinja la normativa administrativa, no tendrá relevancia suficiente, para merecer una

sanción de carácter penal, o, en todo caso, las conductas omisivas podrían ser reprimidas, por ejemplo, con otros tipos penales, como el delito de omisión de actos funcionales, siempre, dependiendo de la valoración del juzgador, en el caso concreto; por supuesto, luego de acudir a una vía menos gravosa.

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

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

Quincuagésimo sexto. Al respecto, la Sala de Apelaciones señaló que su interés directo se realizó mediante la omisión en la consignación de datos relevantes en su informe; incumpliendo de esta forma lo estipulado en las normas administrativas que regulaban sus funciones (Decreto Legislativo número mil diecisiete, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro-dos mil ocho-EF y su Contrato Administrativo de Servicios

número setenta y ocho dos mil nueve-M/SG-OGA-UA-APP). Este mero incumplimiento de normas administrativas, *per se*, no constituye delito de negociación incompatible; se requiere para ello, que en la conducta del agente concurren todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal.

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

Septuagésimo. Al respecto, como se ha establecido en los considerandos cuadragésimo tercero y cuadragésimo cuarto, el delito de negociación incompatible abarca tres modalidades; en el caso concreto, se le imputó al procesado Jorge Luis Núñez Smith la primera modalidad, “interesarse directamente” y en provecho de terceros, supuesto que solo se configura mediante un acto comisivo, no siendo posible tipificar dicho delito mediante de una conducta omisiva; en consecuencia, debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta omisiva; por lo que corresponde extender los efectos de la decisión de este recurso de casación al citado procesado Núñez Smith.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

A. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Luis Vergel Polo, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la Ley Penal, respecto al artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal-delito de negociación incompatible; en consecuencia **CASARON** la sentencia del quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia (...). **I.** Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, (...)

B. FUNDADO los recursos de casación interpuestos por el CONSORCIO DHMONT & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., por las causales previstas en los incisos uno y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, Vulneración de la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales; en consecuencia **CASARON** la misma sentencia, en el extremo que revocó la de primera instancia en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, (...) **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, y reformándola: absolvieron a Jorge Luis Núñez Smith, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado.

3. Casación N° 187-2016-Lima de la Sala Penal Transitoria

Lima, veintitrés de noviembre del dos mil dieciséis

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Autor: Marco Antonio Villalobos Alvarado

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

Noveno. Realizada la audiencia de apelación, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de vista de fojas novecientos sesenta y siete, del veinte de enero de dos mil dieciséis, que entre otros, resolvió: i) En cuanto al sobreseimiento impugnado, revocaron la resolución número cincuenta y ocho que declaró fundada la solicitud de sobreseimiento formulada por la defensa de Villalobos Alvarado; reformándola la declararon infundada, debiendo continuarse el proceso. ii) En cuanto a la sentencia apelada: a. Declararon nula en parte la sentencia del tres de setiembre de dos mil quince, debiendo sustanciarse nuevo juicio oral, que deberá comprender a Villalobos Alvarado, por los extremos revocados del auto de sobreseimiento. b. Confirmaron la sentencia que condenó a Villalobos Alvarado como autor del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado, imponiéndole cuatro años y cinco meses de pena privativa de libertad; con lo demás que al respecto contiene

III. Del trámite del recurso de casación

Décimo. Leído el auto de vista, la defensa de Marco Antonio Villalobos Alvarado interpuso recurso de casación, que fundamentó mediante escrito de fojas mil once, exponiendo las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Sostuvo que: i) Se determine cuáles son los efectos vinculantes que se desprenden del principio de jerarquía en la actuación fiscal, contenida en el artículo cinco del Decreto Legislativo número cero cincuenta y dos- Ley Orgánica del Ministerio Público y su observancia por los jueces penales. ii) Se defina si en observancia del artículo trescientos cuarenta y cinco del Código Procesal Penal, la falta de oposición de las partes a un pedido de sobreseimiento constituye una aceptación tácita del mismo y que

quita legitimidad a dicha parte para interponer medio impugnatorio. iii) Se analice los tipos penales de los delitos de negociación incompatible y colusión desleal a fin de que interprete cada uno de sus elementos típicos y luego establezca si son excluyentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Tercero: Del motivo casacional

El primer motivo de casación está referido a establecer una directriz respecto a si la conformidad ante la ausencia de pronunciamiento por parte del Fiscal Superior sobre lo decidido por su inferior jerárquico; pues en el presente caso, en audiencia de apelación de sobreseimiento de fojas novecientos cincuenta y cinco, el Fiscal Superior, al momento de absolver el traslado fue de la opinión que se confirmara el sobreseimiento requerido por el encausado Villalobos Alvarado, contrario a lo requerido por el Fiscal Provincial en su acusación; no obstante, la Sala Superior resolvió revocarlo indicando que no se trataba de una doble conformidad.

Sexto. Al respecto, el artículo cinco del Decreto Legislativo número cero cincuenta y dos- Ley Orgánica del Ministerio Público establece el principio de jerarquía en la actuación fiscal: “[...] Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores”.

Séptimo. En ese sentido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República se ha pronunciado en la Casación número novecientos ochenta y dos, dos mil nueve-Tacna, que: “por principio de unidad en la función y dependencia jerárquica que rige en el Ministerio Público, prima el parecer del superior jerárquico”; en la Casación número cuatrocientos setenta y cinco-dos mil trece-Tacna, que: “uno de los principios que se rigen en la actuación fiscal son de unidad y de jerarquía, por lo que, al haber solicitado el Fiscal Provincial el sobreseimiento de la causa y el Fiscal Superior no opinó en contrario, debe mantener la opinión del primero”; y en la Casación número

cuatrocientos trece-dos mil catorce-Lambayeque, que: “emitida una sentencia absolutoria, y leída en audiencia pública o privada, cuando el único impugnante sea el actor civil y el Fiscal Provincial exprese su conformidad con la misma, deberá verificarse si el Fiscal Superior al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación reitera su conformidad con la sentencia absolutoria. Siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que la Sala de Apelaciones no tiene más que confirmar la absolución”.

Octavo. Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia número dos mil novecientos veinte-dos mil doce-PHC/TC, caso Castañeda Lossio, del veintitrés de agosto de dos mil trece, fundamento décimo primero, señala: “El Poder Judicial no debe asumir qué dictámenes puede tomar en cuenta, sino que debe respetar las reglas existentes para tal efecto en la Ley Orgánica del Ministerio Público. Esto no importa una intromisión de un órgano constitucional respecto de otro, sino respetar el ordenamiento jurídico en cuanto regula el estatuto interno de los fiscales del Ministerio Público en todos sus niveles”; de ello se colige que ante dos posturas contrarias emitidas por el Fiscal Provincial y el Fiscal Superior, en sus respectivos dictámenes, se debe otorgar validez a la opinión emitida por el jerárquicamente superior, en virtud al artículo cinco de la citada Ley Orgánica.

Noveno. Ante un auto de sobreseimiento de primera instancia contrario al requerimiento de acusación, es el requerimiento del Fiscal Superior que predomina y resulta vinculante para el órgano jurisdiccional tanto más si el Fiscal Provincial que acusó, no apeló, aceptando tácitamente el sobreseimiento. Del mismo modo, no es necesario la exigencia de una doble conformidad, pues en virtud al principio acusatorio y de jerarquía en la función fiscal, prevista en el artículo cinco de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales de menor grado o rango deben sujetarse a las

instrucciones de sus superiores, pues el Ministerio Público es una institución jerárquicamente organizada.

Décimo Cuarto. El segundo punto a desarrollar: “Determinar si la falta de oposición de las partes a un pedido de sobreseimiento constituye una aceptación tácita del mismo y, por tanto, quita legitimidad para interponer medio impugnatorio”.

Décimo Quinto. El artículo ciento cuatro del Código Procesal Penal establece que las facultades del actor civil son: deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer recursos impugnatorios que la Ley prevé; correspondiendo precisar que sin perjuicio de aquellos derechos, también le son atribuidos los derechos que le asiste al agraviado; así, tenemos que el artículo noventa y cinco de la citada norma señala como derechos –entre otros- en su inciso d) impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

Vigésimo. Argüir falta de interés para interponer recurso de apelación al sobreseimiento por no plantear oposición, vulneraría el derecho al recurso que le asisten a las partes; el principio de legalidad, pues el artículo cuatrocientos veinte del Código Procesal Penal no establece la oposición como requisito de procedencia de la apelación de autos de sobreseimiento-, resultando una interpretación extensiva de las formalidades del recurso prevista en el artículo cuatrocientos cinco del citado Texto legal; y el inciso tres del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que establece: “La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente

Vigésimo Segundo. Respecto a la observancia del artículo trescientos cuarenta y cinco del Código Procesal Penal, se tiene que el actor civil - Procuraduría Especializada en

Anticorrupción no presentó oposición a la solicitud de sobreseimiento realizada tanto por el Fiscal Provincial en su requerimiento mixto, como por el procesado Villalobos Alvarado en audiencia de control; no obstante, apeló el auto de sobreseimiento, y esta fue concedida con efecto diferido, y admitida con resolución número cuatro del diez de diciembre del dos mil quince, a fojas novecientos cincuenta. Por lo que, no se advierte vulneración alguna al derecho al recurso de las partes, ni al principio de legalidad

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

Declararon: I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado Marco Antonio Villalobos Alvarado, respecto del primer motivo casacional admitido referido a establecer una directriz respecto a si la decisión de sobreseimiento requiere necesariamente una doble conformidad ante la ausencia de pronunciamiento por parte del Fiscal Superior sobre lo decidido por su inferior jerárquico; fijando como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos cuarto al décimo primero y décimo tercero de la presente sentencia. II. NULA la resolución de vista emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, del veinte de enero de dos mil dieciséis, en el extremo que revocó la resolución número cincuenta y ocho, y declaró nula en parte la sentencia de primera instancia por los extremos revocados. Y SIN REENVIO, actuando como órgano de instancia y pronunciándose sobre el fondo: CONFIRMARON la resolución número cincuenta y ocho que declaró fundada la solicitud de sobreseimiento formulada por la defensa de Marco Antonio Villalobos Alvarado, en el extremo de los delitos de colusión [por el hecho dos –etapa previa y ejecución del contrato-] y negociación incompatible [por el hecho dos –etapa previa al contrato-], en agravio del Estado. III. INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado Marco Antonio Villalobos Alvarado, respecto del segundo motivo casacional admitido

referido a determinar si la falta de oposición de las partes a un pedido de sobreseimiento constituye una aceptación tácita del mismo y, por tanto, carece de legitimidad para interponer medio impugnatorio; fijando como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos décimo quinto al vigésimo primero de la presente sentencia.

4. Casación N° 23-2016-ICA de la Sala Penal Permanente

Lima, dieciséis de mayo del dos mil diecisiete

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Coautores: Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, Víctor de la Cruz Eyzaguirre, Sixto Luis Ibarra Salazar.

Cómplices Primarios: Rosauro Gamboa Ventura y Walter Quintero Carbajal, Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamaní Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzales.

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

4.1. Contra la sentencia del 18 de noviembre de 2015 -fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco-, se interpusieron diversos recursos de casación, que fueron admitidos mediante la ejecutoria suprema del 4 de julio de 2016 -fojas mil seiscientos once del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal-, que declaró bien concedido el recurso de casación excepcional para desarrollo jurisprudencial por las causales 1 y 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal. Así, conforme al fundamento jurídico 2.6 de la citada ejecutoria, los puntos de interés a resolver por esta Suprema Corte a partir del caso concreto son: 1. La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación. 2. La determinación de criterios de admisión de prueba producida en el juicio en el procedimiento de apelación de sentencia. 3. El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de

situación de emergencia. 4. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero. 5. La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible. 6. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho. 7. El significado del Procedimiento de Regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia (artículo 23° de la Ley de Contrataciones del Estado y del artículo 128 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado). 8. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

D. El Rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero

4.34. Previo análisis de la cuestión planteada, amerita citar la regulación normativa referida al tipo penal de análisis: negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo 399° del Código Penal, que señala:

“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” (El resaltado es nuestro)”.

4.35. Es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación es un tipo penal general, de amplio espectro que se asemeja al delito de colusión, *diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio*. El bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración. *El verbo típico en este delito es el interés que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinados*. No basta, por tanto, con que se haya verificado observaciones al proceso o adquisición misma, *sino que el agente haya mostrado mediante actos irregulares su deseo de influir en el desarrollo de acto de adquisición*.

4.36. Según la normativa vigente al momento de que los hechos fueron cometidos, el sujeto activo del delito de negociación incompatible, por *imperativo normativo al tratarse de un delito especial propio, solo podía ser aquel que ostente la cualidad de servidor o funcionario público*; siempre que se cumpla la relación funcional exigida en la norma. Así, la Casación N° 841-2015, fundamento jurídico 30, precisa que:

“(…) la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, (…) 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*.

4.37. Mediante la sentencia citada, se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos en aplicación del *principio de legalidad, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria*

para la configuración del tipo penal. Debemos indicar que si bien el artículo 56, cuarto párrafo, de la Ley de Contrataciones con el Estado –vigente al momento de los hechos-, precisa que “En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.” (El resaltado es nuestro); en el mismo sentido, el artículo 44 de la actual Ley de Contrataciones con el Estado señala, “(...) cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumen responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato (...)” (El resaltado es nuestro).

4.38 *La responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo.* Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero contratado, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece en principio al cumplimiento cabal del principio de legalidad y asimismo, a que el tercero que se beneficiara 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.

E. La finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo

4.40. El tipo penal de negociación incompatible presenta elementos objetivos y subjetivos que lo constituyen; así, el *interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionamiento público, sintetiza la tipicidad objetiva*. Por otro lado, la *existencia de un interés del funcionario público debe traducirse en un provecho propio o de tercero*. El agente despliega su actividad en el acto o proceso de adquisición que debe arribar a un resultado: el provecho propio o de un tercero.

4.41. Al respecto, conforme ya ha sido establecido en la Casación N° 841-2015, en su fundamento jurídico trigésimo sexto, “El segundo elemento: *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. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) *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*”.

4.42. En ese sentido, el *provecho propio o de tercero, al ser un elemento del tipo penal del delito de negociación incompatible requiere*, como cualquier otro elemento del tipo, ser materia de prueba dentro del proceso penal. Por ende, queda proscrito la presunción de su configuración, estableciéndose el deber del Ministerio Público de demostrar la existencia de este tipo penal y del Juzgador de señalar por qué, a su juicio, el mismo se presenta o no en el caso concreto.

4.43. De la revisión de autos -véase sentencia de vista a fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco, no se advierte una motivación suficiente que sustente -más allá de toda duda razonable- la configuración de este elemento típico; esto es, si conforme a la acusación fiscal, se logró establecer el provecho indebidamente obtenido por el tercero, como consecuencia de la gestión interesada del agente. En otros términos, *si producto del*

interés mostrado, de acuerdo con la acusación fiscal, las empresas contratadas fueron efectivamente e indebidamente beneficiadas. La Sala Penal de Apelaciones no establece de qué manera pudo configurarse la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, orientado a brindar un beneficio indebido a favor de un tercero particular, máxime si cuando en el presente caso los terceros fueron los proveedores Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones USA, San Bartolomé S.A y Unimaq S.A., fueron objeto de sobreseimiento definitivo, sin sanción penal ni inhabilitación alguna, esto es, obtuvieron un pronunciamiento judicial de que obtuvieron un provecho debido.

Cabe señalar que la Sala Penal de Apelaciones partió de la premisa que los imputados Ocorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza, infringieron sus deberes especiales de función al desplegar las conductas ilícitas detalladas en la acusación, infiriéndose de ello un interés de beneficiar a los proveedores finalmente contratados tercero; sin embargo, por lo expuesto lo citado por la Sala Penal de Apelaciones no resulta ser suficiente a fin de demostrar este elemento típico.

En ese sentido, se advierte que la Sala de Mérito no estableció sólidamente de qué manera se configuró la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, generando un provecho al tercero particular; por tanto, corresponde declarar, en dicho extremo, fundado los recursos de casación interpuestos por Ocorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza.

H. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal

4.56. Como se pudo apreciar en los fundamentos jurídicos precedentes, la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible está constituida por dos elementos:

1) El dolo, y 2) el elemento de trascendencia interna; debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero-. Así, en lo que se refiere al dolo, éste es entendido normativamente en razón al rol que cumple el agente. No cabe duda que el delito analizado artículo 399 del Código Penal es de carácter doloso, donde se exige al funcionario o servidor público sujeto activo portador original del deber de lealtad y probidad de contratar, realizar operaciones en representación del Estado, voluntariamente con conocimiento ejecuta sus funciones, prevaleciendo en él un interés particular contrario al de la administración pública, buscando un provecho propio o de tercero.

4.57. De la autoría y participación.- Conforme a nuestra jurisprudencia (a nivel judicial y constitucional), nuestro sistema penal acoge las teorías restrictivas para determinar la autoría y participación en un hecho delictivo. Así, por ejemplo contamos con la sentencia N° 1805- 2005-HC/TC-Lima, caso Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005, emitida por el Tribunal Constitucional donde se tomó una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, a partir de la teoría del dominio del hecho.

4.58. Conforme a la teoría del dominio del hecho es autor quien ostenta el dominio sobre el resultado del hecho, y es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. En ese sentido, se advierte que la responsabilidad penal del partícipe pese a no tener control del hecho reside en brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. En el mismo sentido, nuestro Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva:

1) La autoría y 2) la participación. Es pertinente resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, cual accede. Entonces, la complicidad es definida como la contribución a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro. El cómplice carece del dominio

del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. La complicidad tiene dos niveles dependiendo de la importancia de la contribución en el hecho delictivo.

4.59. Conforme se ha señalado en la jurisprudencia precedente (Cas. N°367-2011) mediante *el análisis subjetivo del tipo penal se tiene que determinar si la conducta imputada al partícipe fue realizada o no de forma dolosa; en tanto, nuestro Código Penal solo admite la posibilidad de una participación dolosa*. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva se tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito. En ese entender, *si el aporte realizado a la configuración típica fue accidental o se trata de una ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad, y no cabe hablar de participación jurídicamente relevante en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, conocer que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración*.

4.60. En consideración de lo señalado, se puede afirmar que el tipo penal de negociación incompatible delito de comisión exclusivamente doloso en principio admite participación, la cual para ser considerada tal conforme nuestro ordenamiento jurídico es necesariamente de carácter doloso. Es decir, los intervinientes considerados como cómplices del delito, deberán haber actuado con conocimiento de que se estaba anteponiendo los intereses particulares al de la administración pública en beneficio propio o de un tercero. El concepto de dolo que se considera a efectos de demostrar la imputación subjetiva sea del autor o cómplice es uno de carácter normativo; es decir, la *prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito, si contribuía o no a la comisión de un ilícito*.

4.61. En el caso de autos, se advierte que la sentencia que se dictó en primera instancia absolviendo a los imputados Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales, se sustentó considerando que su participación el hecho delictivo se dio de manera culposa. Conforme a los considerandos precedentes, efectivamente, de un análisis estricto de los términos de la imputación, se aprecia que ellos habrían realizado un aporte a, casualmente, permitió celebrar los procesos de exoneración. Nos referimos a la emisión del Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR. Sin embargo, *antes de analizar si la conducta es dolosa o culposa, es necesario hacer un análisis de la tipicidad objetiva de la misma*. Dicho análisis ya fue realizado anteriormente, concluyéndose en que la conducta desplegada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza.

Por ende, carece de relevancia penal el pronunciamiento sobre el lado subjetivo de la acción, cuando se ha acreditado la inexistencia del aspecto objetivo.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

Por estos fundamentos declararon, por mayoría:

I. FUNDADO el recurso de casación por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; respecto a los extremos desarrollados en los apartados: C, E, F y G.

II. INFUNDADO el recurso de casación por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; respecto a los extremos desarrollados en los apartados: A, B, D, y H.

III. SÍN REENVÍO, CASARON la sentencia de vista del dieciocho de noviembre de dos mil quince fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco, en el extremo que confirmó, por mayoría, la sentencia del dieciséis de junio de dos quince fojas seiscientos cincuenta y cinco, del tomo II que condenó a Wilfredo Ocorima Nuñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinojosa como co-autores del delito de negociación

incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, a cinco años de pena privativa de libertad; a Rosauro Gamboa Ventura y Walter Quintero Carbajal por delito de negociación incompatible, en calidad cómplices primarios, en agravio del referido Gobierno Regional, a cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva; a Víctor de la Cruz Eyzaguirre y Sixto Luis Ibarra Salazar *por delito de negociación incompatible, en calidad cómplices primarios*, en agravio del acotado Gobierno Regional, a cuatro años de pena privativa de libertad de carácter suspendida por el periodo de prueba de tres años; ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA **absolvieron** a Wilfredo Ocorima Nuñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, Víctor de la Cruz Eyzaguirre, Sixto Luis Ibarra Salazar, Rosauro Gamboa Ventura y Walter Quintero Carbajal por el delito y agraviado antes mencionados.

IV. NULA la resolución de vista del dieciocho de noviembre de dos mil quince, en el extremo que declaró nula la sentencia del dieciséis de junio de dos mil quince fojas seiscientos cincuenta y cinco, del tomo II- que absolvió a Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamaní Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzales en calidad de cómplices primarios, por delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho; declararon SIN REENVÍO, actuando en sede de instancia, y emitiendo pronunciamiento de fondo CONFIRMARON la sentencia del dieciséis de junio de dos mil quince -fojas seiscientos cincuenta y cinco, del tomo II- que absolvió a los referidos procesados por el delito y agraviado antes citado.

V. ORDENARON la inmediata libertad de Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, Walter Quintero Carbajal y Rosauro Gamboa Ventura, siempre y cuando no exista mandato judicial por otra autoridad competente, oficiándose VÍA FAX para tal efecto, así como la anulación de

sus antecedentes penales generados como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de la presente causa,

VI. ESTABLECIERON como desarrollo de doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos 4.13, 4.14, 4.15, 4.26, 4.27, 4.28, 4.30 y 4.31.

VII. DISPUSIERON que se anule los antecedentes generados por el presente proceso y se de lectura la presente sentencia en audiencia pública.

VIII. MANDARON se publique en el Diario oficial “El Peruano” de conformidad con lo previsto en el numeral 3) del artículo 433° del Código Procesal Penal. Hágase saber.

5. Casación N° 628-2015-LIMA

Lima, cinco de mayo del dos mil dieciséis

Parte preliminar de la sentencia

Autor: Jorge Ricardo Aparicio Nosselli, Raúl Emilio del Solar Portal y Luis Felipe Izaguirre Uribe

Cómplices Primarios: Ninguno

Parte expositiva de la sentencia

Segundo: Que los hechos declarados probados, en segunda instancia que son los que sustentan, desde la perspectiva jurídica, el recurso de casación materia de examen de fondo son los siguientes:

- A.** El diecisiete de enero del dos mil cinco el encausado Aparicio Nosselli, en su condición de Gerente General del Banco de Materiales, emitió la Resolución número cero uno ocho guion cero cinco guion GG guion BM, en cuya virtud designó al Comité del Proyecto Techo Propio y Proyectos Integrales de Desarrollo Habitacional, que le correspondía efectuar el seguimiento para la liquidación de ciertos programas.

- B. Tres días después, el veinte de enero del dos mil cinco, el sentenciado del Solar Portal, Gerente de Inversiones y Colocaciones, emitió el memorando numero ciento dos guion cero cinco guion GIC, con el visto bueno del Jefe del departamento de riesgos del Banco de Materiales en adelante BANMAN dirigido al encausado Aparicio Nosselli que tenía como asunto “Modificaciones al procedimiento del Programa de Vivienda Básica a través del Promotor Inmobiliario”
- C. El 22 de enero del 2005 el Jefe del departamento de evaluación de proyectos Sandro Rivero Gonzáles emitió el informe numero cuarenta y dos guion cero cinco guion GT guion DEP, dirigido al Gerente Técnico Rosario Ramírez Rojas. En él se indicó que a solicitud de la Gerencia General se determinó la necesidad de realizar la revisión integral del procedimiento P guion cero cero tres guion cero tres diagonal GT. El mencionado informe a su vez generó el informe número cero nueve cuatro guion cero cinco diagonal GT de la Gerencia Técnica, a cargo de Ramírez Rojas con copia a la Gerencia Técnica, a cargo de Ramírez Rojas, con copia a la Gerencia General y al Departamento de Evaluación de Proyectos.
- (...)
- D. El 28 de junio del 2005, mediante memorando número cinco nueve dos guion cero cinco guion GICk, Roberto Mc Farlane Vidal Gerente de Inversiones y Colocaciones, por encargo del Gerente General, convocó al Comité de Colocaciones para el mismo día a las cinco de la tarde a fin de evaluar y aprobar la solicitud de financiamiento planteada por Consorcio los Alamos, en relación al referido proyecto. En esa fecha a través del Acta del Comité de Colocaciones número cero cuatro guión cero cinco se aprobó el financiamiento del Programa de Construcción del citado proyecto, en la modalidad de promotor inmobiliario, hasta

por la suma de diecisiete millones cuatrocientos veinticinco mil sesenta soles, y se dispuso que la Gerencia General suscriba el convenio de financiamiento correspondiente. Los titulares del terreno eran el Banco de Crédito y el Banco Financiero, con los que las empresas contratistas la Unión Sociedad Anónima y R&G Contratistas integrantes del Consorcio Los Álamos con fecha 01 de marzo del 2005 formalizaron un acuerdo preparatorio de venta de terreno, en el que se estipula que Banmat financiara esa adquisición.

- E.** Sobre esa base fáctica, se estimó que está acreditado el interés indebido de los funcionarios de Banmat a favor del Consorcio Los Álamos. El interés indebido se consideró probado porque se inició desde el proceso de contratación con la presentación del citado proyecto, en la Mesa de Partes de Banmat el día 13 de mayo del dos mil cinco. La materialización de este interés tuvo como antecedente las tratativas previas de intervención e injerencia (reuniones, comunicaciones por correo electrónico, actos de promoción, etcétera).

Fundamentos de derecho de la sentencia

SEGUNDO. Que el delito objeto de acusación, enjuiciamiento y condena es el de “negociación incompatible previsto y sancionado por el artículo 399° del Código Penal (...) Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones propias. El tipo legal exige como requisito típico, primero, el estatus formal de funcionario o servidor público, y segundo que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo (relación funcional específica, o ámbito de su competencia funcional). El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en que interviene por razón de su cargo, lo que importa que desde la ley deba procurar el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular

sea propio o para un tercero no se atiende a la causa que impulsa la actuación torcida del funcionario, lo indebido se encuentra en esa orientación desviada al margen del interés de la generalidad, por lo que no se castiga la mera parcialización sino que su actuación produzca un provecho en favor de terceros o de él. El interesarse debe implicar que el agente público es al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario que interviene en el por razón de su cargo se trata de un interés económico; el interés dotado debe ser personal y de carácter pecuniario o económico. Es un delito de peligro concreto, no de daño o de resultado para la administración pública.

QUINTO. Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad.

En materia de prueba indiciaria para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por 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 o concomitantes con el hecho a probar, 2. Que los indicios estén probatoriamente bien definidos y acreditados. 3. Que la inferencia realizada a partir de aquellos por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables entre hechos indicadores y su consecuencia. El hecho indicado debe existir una 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 motivación suficiente, en cuya

virtud el organo jurisdiccional deberá expresar con la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158° apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal, tiene que exteriorizar los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique 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 experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes.

Parte dispositiva o fallo

I. Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el encausado Jorge Ricardo Aparicio Noselli de fojas quinientos cuarenta y siete, del veintiuno de julio de dos mil quince. En consecuencia CASARON la sentencia de vista en cuanto confirmando en un extremo y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero del dos mil quince, lo condenó como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a dos años de pena privativa de libertad efectiva de libertad y cuatro años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil; con costas.

6. Casación N° 841-2015 –Ayacucho de la Sala Penal Permanente

Lima, veinte y cuatro de mayo del dos mil dieciséis

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Coautores: Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa,

Cómplices Primarios: Ninguno

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Primero.- 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”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

I. Delimitación del objeto de pronunciamiento

El auto de calificación de la presente casación, aceptada por vía extraordinaria, delimitó el pronunciamiento de fondo en tres puntos importantes para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial: A. ¿Se configura el delito de Negociación Incompatible en casos de contratación por emergencia que inicialmente es defectuoso, sin embargo, posteriormente puede ser regularizado? B. ¿El tercero interviniente responde como instigador o cómplice en el artículo 399° del Código Penal? C. ¿Es necesario determinar la finalidad especial -provecho- en el comportamiento ilícito del imputado?

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Quinto: Conocido también como axioma de corta legalidad o mera legalidad, o como principio de la reserva de ley penal, por virtud del cual solo la ley ni el juez ni autoridad alguna determina qué conducta es delictiva.

El artículo 2, inciso 24, acápite “d”, de la Constitución Política del Perú, señala que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no

esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista por la ley.

El principio de legalidad obliga al legislador a precisar el contenido de sus leyes penales, pues las mismas deben propiciar certeza

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 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.

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*

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

I.- Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de los procesado Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, en el extremo de los puntos A. [Se configura el delito de Negociación Incompatible en casos de contratación por emergencia que inicialmente es defectuoso, sin embargo,

posteriormente puede ser regularizado] C. [Es necesario determinar la finalidad especial -provecho- en el comportamiento ilícito del imputado]. II. INFUNDADO por el punto B [El tercero interviniente responde como instigador o cómplice en el artículo 399° del Código Penal].

II.- SIN REENVÍO, CASARON la sentencia de vista del veintiuno de agosto de dos mil quince -fojas setecientos ochenta y siete- en el extremo que confirmó la sentencia del quince de abril de dos mil quince que condenó a Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa por delito de negociación incompatible, a cuatro años de pena privativa de libertad con carácter de suspendida por el periodo de tres años, en agravio del Estado, representando por el Gobierno Regional de Ayacucho; ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA REVOCARON la sentencia de primera instancia del quince de abril de dos mil quince, que condenó a Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa por el citado delito y referido agraviado, reformándola,

ABSOLVIERON a los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa de la acusación por el delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho.

III. Dispusieron ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL los fundamentos jurídicos 12 al 23, y 34 al 37 de la presente Ejecutoria Suprema.

4.1.2 Sentencias de nulidad de la Corte Suprema

7. Resolución de Nulidad N° 677-2016 –Lima de la Sala Penal Transitoria

Lima, diecisiete de mayo del 2017

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Coautores: Lucio Francisco Carrillo Barandiaran, Liliana Tamy Callirgos Ruiz, Elmer

Tomás Martínez Gonzáles, Winston Wusen Sam, José Luis Sebastián Calvo

Cómplices Primarios: Daniel Antonio Saba de Andrea, Cesar Felipe Gutiérrez Peña, Miguel Hernán Celi Rivera, Rómulo Augusto León Alegría, y Ostein Kåre Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad.

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Fundamentos de la sentencia materia de impugnación

Respecto al delito de negociación incompatible

4.1.19 Independientemente del análisis probatorio antes glosado, es menester precisar que el delito de negociación incompatible, conforme lo desarrollado en los aspectos conceptuales glosados precedentemente, no posee un alcance amplio e ilimitado, como lo asevera el autor José Luis Castillo Alva, no comprende a todos los actos administrativos en lo que interviene el funcionario público por razón de su cargo, ni abarca todos los actos jurídicos en los que puede participar de manera directa o indirecta. Su alcance, en realidad se circunscribe a los contratos administrativos y a las operaciones estatales de contenido económico. Por tanto, el radio de acción del delito se encuentra circunscrito a un área y sistema determinado: al campo de los contratos estatales y de las operaciones en los que se ventilan intereses públicos, de carácter patrimonial. Asimismo, es de precisar que no basta con ostentar objetivamente el cargo de funcionario público para poder hablar de autor en el delito de negociación incompatible. Es necesario que dicho funcionario cuente, en muchos casos con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación, en otras palabras, capacidad delegada para negociar o potencialidad administrativa de negociación. En tal entendimiento el Colegiado considera: a) Que, si bien los miembros de la Comisión de Trabajo tenían a su cargo la elaboración del proyecto de

bases del proceso de selección, el desarrollo del proceso y la adjudicación de la buena pro, no tenían facultad de decisión, esto es se pronunciaban solo a través de informes encontrándose el poder de decisión en la Gerencia General, las Gerencias de Contratos, de Exploración, Promoción y Relaciones Comunitarias, así como la Gerencia Legal; y en mayor medida en el Directorio; y **b)** Que, sus actos administrativos unilaterales delegados, no tenían contenido económico directo, por lo que no califican como operaciones en el sentido estricto que corresponde a la naturaleza del tipo, razón por la que, los hechos imputados en el contexto antes determinado, no configuran el delito de negociación incompatible, razón por la que debe desestimarse la imputación.

V. Fundamentos del Fiscal Supremo en lo penal respecto al delito de Negociación Incompatible

5.5 Si bien se logró acreditar que los acusados Lucio Carrillo Barandiaran (Presidente), José Luis Sebastián Calvo, Liliana Calligos Ruiz, Wiston Wusen Sam y Elmer Martínez Gonzales, formaron parte de la Comisión de Trabajo encargada de elaborar las bases, desarrollo del proceso y adjudicación de la buena pro del proceso de selección número PETROPERU-CONT-001-2008 (Adjudicación de lotes para la suscripción del Contratos de Licencia para la Exploración de Hidrocarburos); sin embargo, no ha sido posible acopiar un estándar probatorio que de modo alguno acredite que los acusados en mención se hayan “interesado especialmente” en favorecer a DP y PDI en el proceso de selección en mención, cabe acotar que si bien se acreditó que los acusados en mención tuvieron a cargo la elaboración de las bases, así como la participación de la evaluación de las empresas petroleras hasta el otorgamiento de la Buena- Pro.

5.9 En cuanto a la *imputación en calidad de cómplices primarios* atribuidos a Daniel Saba de Andrea, Cesar Felipe Gutiérrez Peña, Miguel Hernán Celi Rivera, Rómulo

León Alegria y Jostein Kar Kjerstad, cabe acotar que teniendo en consideración lo opinado respecto a los acusados a quienes se les atribuye ser autores del delito de negociación incompatible; en virtud al principio de accesoriedad en la participación, en tanto la complicidad es un acto dependiente de la actuación del autor, al no haber logrado atribuir responsabilidad en el autor en el presente caso, resulta carente de todo sustento atribuir algún tipo de responsabilidad penal a estos últimos; máxime si los hechos que se le imputan no están referidos a actos de colaboración y a la ejecución del hecho principal, motivo por el cual en el presente extremo absolutorio debe ser confirmado.

Sobre la violación del derecho al debido proceso en su vertiente de motivación de resoluciones judiciales, respecto a los delitos de tráfico de influencias, cohecho pasivo propio y negociación incompatible.

6.30 El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales resulta ser una garantía que tiene el justiciable frente a la posible arbitrariedad judicial; y frente a ello, garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico a los que se derivan del caso. Este derecho se encuentra expresamente contenido en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, norma suprema que obliga a los operadores de justicia, cualquiera sea su rango, motiven sus decisiones con arreglo a Ley.

6.31 El Tribunal Constitucional ha expresado que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones (...) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin

embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios, y esta exigencia se justifica en que todo justiciable, como receptor directo de las decisiones emanadas del juicio del que fue parte, pueda recibir una respuesta razonada, ya sea a favor o en contra, del Juez que tuvo a cargo el proceso.

6.33 Así, en el caso que nos ocupa, la Parte Civil sostiene que se ha afectado el derecho al debido proceso en su vertiente de motivación de resoluciones judiciales en la evaluación de los delitos objeto de imputación. Al respecto, los delitos materia del proceso resultan ser Tráfico de Influencias, Cohecho Pasivo Propio y Negociación Incompatible.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

VI. Posición del Tribunal Supremo en el delito de Negociación Incompatible

6.50 El delito de negociación incompatible tipificado en el artículo 399° del Código Penal, sanciona al 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, es una modalidad de corrupción, por lo mismo, la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa.

6.51 Este tipo penal, exige: a) Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto, empleo en la administración pública, ello supone que: I) es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; II) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; b) **indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto**

simulado, en provecho propio o de tercero, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración de interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, los intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); **c) el objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación**, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y **d) requiere el dolo directo**, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

6.52. En el presente caso, se imputa a Lucio Francisco Carrillo Barandiaran, Liliana Tamy Callirgos Ruiz, Elmer Tomas Martínez Gonzales, Winston Wusen Sam, José Luis Sebastián Calvo **como autores**; y a Daniel Antonio Saba de Andrea, Cesar Felipe Gutiérrez Peña, Miguel Hernán Celi Rivera, Rómulo Augusto León Alegría y Jostein Kare Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kåre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad como **cómplices primarios** del delito de Negociación Incompatible. Respecto a los agravios expuestos por la Parte Civil en este extremo, indica que la Sala Superior no ha llegado a valorar una serie de medios probatorios ofrecidos y admitidos, todos concatenados al hecho sustancial, ello con el fin de evidenciar la responsabilidad penal

de los encausados. Su valoración precisa hubiese significado que la empresa que había sido calificada el veinticinco de julio de dos mil ocho, no tenía documentación exigida para participar, ni menos para adjudicarse lotes en el proceso de selección. Así cada uno de los acusados realizó una serie de actividades que posibilitó o hizo posible el ingreso de la firma noruega al Perú en asuntos de hidrocarburos.

6.53 Cabe precisar que conforme se aprecia de la sentencia absolutoria materia de impugnación, en el extremo de la evaluación probatoria de los cargos por el delito de negociación incompatible, el Superior Colegiado desarrollando los siete hechos materia de imputación por parte del Ministerio Público (...). No obstante, en cuanto a los cómplices primarios Daniel Antonio Saba de Andrea, Cesar Felipe Gutiérrez Peña, Miguel Hernán Celi Rivera, Rómulo Augusto León Alegría y Jostein Kar Kjerstad, la Sala Superior llegó a la conclusión de que los cargos resultan absolutamente deficientes, no calificando como aportes, los hechos atribuidos a los autores. Sin embargo, este Supremo Tribunal (...) debe establecer si los hechos imputados se han dado en un contrato o una operación estatal; pues es el ámbito en donde el funcionario o servidor público interviene por razón de su cargo conforme lo exige el tipo penal; siendo este un componente típico objetivo.

6.56. Cabe acotar que el tipo penal es claro al exigir que el interés mostrado por el funcionario o servidor público, sea en el ámbito de un contrato u operación, de ahí que resulta atípica toda conducta que no se despliegue bajo ese cause. En el caso que nos ocupa, si bien el proceso de selección forma parte conformante del proceso de contratación pública; sin embargo este es un caso especial, toda vez que el proceso de aprobación de suscripción de contrato se rige por el Decreto Supremo N° 045-2008-EM Reglamento del Artículo 11° del TUO de la Orgánica de Hidrocarburos, sujetándose a su propio procedimiento, es decir, el hecho de otorgársele la buena pro a

una empresa para la exploración de hidrocarburos no importaba la suscripción del contrato automáticamente, por el contrario, este contaba con su propia etapa, momento en el que, a criterio de este Supremo Tribunal, ha de recaer la conducta del sujeto activo que el tipo penal de negociación incompatible sanciona. Por tanto al haberse evidenciado la atipicidad del presente caso, resulta inoficioso evaluar los agravios de la Parte Civil en este extremo, tanto más, si de la fundamentación, no se aprecia agravio alguno respecto al punto desarrollado precedentemente, consecuentemente habiendo llegado a la misma conclusión el Tribunal Superior, es de afirmar que la decisión ha sido correctamente motivada, razón por la cual la sentencia venida en grado se encuentra arreglada a derecho.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

NO HABER NULIDAD, en la resolución de fecha 30 de octubre del dos mil catorce obrante a fojas cuarenta y un mil setecientos veintidós que declara fundada la excepción de prescripción deducida por la defensa del encausado Alberto Quimper Herrera, en el proceso seguido en su contra por los delitos contra la Administración Pública en la modalidad de Tráfico de Influencias, Patrocinio Ilegal, Cohecho Pasivo Propio y Negociación Incompatible en agravio del estado.

NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas cuarenta y cinco mil seiscientos veinticinco, de fecha 16 de febrero del dos mil dieciséis, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que falla absolviendo (...), a Lucio Francisco Carrillo Barandiaran, Liliana Tamy Callirgos Ruiz, Elmer Tomás Martínez Gonzáles, Winston Wusen Sam, José Luis Sebastián calvo como autores; y a Daniel Antonio Saba de Andrea, Cesar Felipe Gutiérrez Peña Miguel Hernán Celi Rivera, Rómulo Augusto León Alegría, y Ostein Káre Kjerstad o Jostein Káre Kjerstad o Jostein Kaare Kjerstad, como cómplices primarios de la

acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible en agravio del Estado.

8. Resolución de Nulidad N° 2543-2013 –Ancash de la Sala Penal Transitoria

Lima, doce de diciembre del dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Autora: Esperanza Juan Díaz Bartolo de los delitos de colusión ilegal y negociación incompatible

Cómplices Primarios: Juan Quispe Quiroga y Milton Santiago Kusano Watanabe del delito de colusión ilegal.

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Primero: En su recurso formalizado, el representante del Ministerio Público sostiene que: i) Está probada la responsabilidad penal de Esperanza Juan Díaz Bartola en el delito de negociación incompatible, en razón de que su accionar deliberado omitió realizar los procesos de selección al contratar en forma directa los servicios de sus coprocesados, con el fin de favorecerse en su condición de Alcaldesa. ii) Durante los debates orales, la procesada Esperanza Juana Díaz Bartola manifestó como argumento de defensa que el Distrito de Cochas fue declarado en emergencia y dicha decisión se aprobó en Acuerdo de Concejo; sin embargo, esto se debe tomar como un argumento de defensa; por cuanto en autos no obran documentos los documentos mencionados. iii) Se aprobó la participación en los hechos de Juan Quispe Quiroga y Milton Santiago Kusano Watanabe, ambos como cómplices primarios, ya que el primero de los nombrados realizó el transporte de materiales por un monto de trece mil doscientos soles, pese a que no se llevó un proceso de adjudicación de menor cuantía, lo que demuestra que actuó coludido con la Alcaldesa para beneficiarse económicamente en perjuicio del Estado (Municipalidad Distrital de Cochas). iv) El procesado Milton

Santiago Kusano Watanabe vendió materiales a su coprocesada por la suma de treinta y un mil setecientos cincuenta y cinco nuevos soles con cincuenta céntimos por lo que responsables penales del delito de colusión.

Segundo: Según la acusación fiscal, se incrimina a Esperanza Juana Díaz Bartolo, Alcaldesa de la Municipalidad Distrital de Cochas en Huanchay (...). Asimismo, se le imputa la comisión del delito de negociación incompatible, puesto que se interesó indebidamente en la adquisición de materiales de construcción y servicio de transporte para la ejecución de la obra Construcción del Mejoramiento del Sistema de Abastecimiento de Agua Potable de Cochas, sobre la base de cotizaciones que no respondían a los valores reales del mercado y sin efectuar el proceso de selección respectivo, conforme lo estipula la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Tercero: En un proceso penal, la determinación de si los acusados son o no responsables penalmente y, por tanto, si sus actuaciones que es precisamente lo que se juzga, merecen la aplicación de una pena o no, impone al juzgador la exigencia de realizar un doble juicio: i) de una parte, un juicio histórico orientado a establecer si un determinado hecho o conjunto de hechos existió o no con anterioridad al proceso. ii) De otra parte, un juicio de valorización jurídica que se dirige lógicamente a concluir si el hecho que históricamente sucedió puede ser calificado como penalmente ilícito y merece la imputación de una pena; por ello la sentencia constituye un silogismo que parte de una premisa mayor constituida por la norma, y una premisa menor que se concreta en los hechos con lo que se tiene, finalmente el fallo como conclusión.

Quinto: Respecto al delito de colusión ilegal imputado a la procesada, se observa que de la acusación que se le incrimina realizar adquisiciones de bienes y servicios sin el debido proceso de adjudicación, con lo que habría favorecido a terceras personas.

Al respecto analizados los actuados se concluye que si bien parte de los materiales para las construcciones de “(...).

Por otro lado, no se advierte que la procesada Díaz Bartolo se haya interesado indebidamente en la adquisición de bienes y servicios para la entidad agraviada, ello con la finalidad de favorecer a los procesados Milton Santiago Kusano Watanabey Juan Martin Quispe Quiroga, puesto que se ha demostrado que esta no ha realizado contrato u operación alguna, en los que se advierta un conflicto de interés entre la referida y los particulares; por el contrario la compra de bienes y servicios se realizó de manera directa a través de los servicios de la entidad agraviada; tampoco obra elemento de prueba que acredite que esta determinó o direccionó a los servidores de la entidad municipal para que realicen la compra de determinado establecimiento comercial; más aún si los delitos de colusión y negociación incompatible se superponen en cuanto a su análisis, por lo que desacreditado uno, sobre la base de la no acreditación de relaciones de acuerdo ilícito entre los procesados, el otro no tiene sustento para su existencia.

Sexto: “(...) Finalmente en la medida que el representante del Ministerio Público no aportó otras pruebas válidas e idóneas que permitan al juzgador inferir indubitablemente que los procesados, ya sea por razón de su cargo, en el caso del intraneus, como por complicidad en caso de los extraneus se coludieron para defraudar al Estado en provecho propio, cabe confirmar la decisión adoptada por el Colegiado Superior, pues sostener lo contrario sería contravenir la garantía constitucional y penal de la proscripción de la responsabilidad objetiva.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

No haber nulidad, en la sentencia de fojas seiscientos sesenta y ocho al seiscientos ochenta y uno del treinta y uno de enero de dos mil trece que: i) Absolvió a Esperanza Juana Díaz Bartolo de la acusación Fiscal por los delitos contra la Administración

Pública – colusión ilegal y negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Cochas- Huanchay. ii) Absolvió a Milton Santiago Kusano Watanabe y Juan Martín Quispe Quiroga de la acusación fiscal como cómplice primario del delito de colusión ilegal.

9. Resolución de Nulidad N° 734-2014 –Tumbes de la Sala Penal Transitoria

Lima, nueve de diciembre de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Coautores: Rujel Criollo Rosales Vite, Cruz Guerrero y Picoy Mejía

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

3.1 Se imputó que en su condición de Alcalde, Rujel Criollo y Rosales Vite, como Gerente de Asesoría Jurídica tuvieron interés en el resultado del proceso de adjudicación de menor cuantía N~005-2004-CEP-MPCVZ-ABAST, permitiendo que se distribuyan productos para el Programa Nacional Complementario de Asistencia Alimentaria –PRONAA, sin registro sanitario, ni aplicación de penalidades por la suma de S/ 7,765.26, cuestionándose que en lugar de convocar a un proceso de adjudicación directa selectiva, se adquirieron productos correspondientes a los meses de enero a marzo del 2004 por un valor de S/ 63,946.13 a través del proceso de menor cuantía resultante de una indebida exoneración.

3.2 Se acreditó el interés de los imputados en el proceso de adjudicación Directa N 007-2004-CEP-MPCVZ-ABAST, también aprobado por Resolución de Alcaldía N~311-2004-A-MPCVZ, en el que no se desarrolló conforme a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, puesto que se dispuso compra de meses anteriores (periodo enero a marzo de dos mil cuatro), precedentes del Acuerdo de Concejo del 12.04.2004, y la convocatoria se realizó en septiembre del mismo año, es decir se pretendió satisfacer en forma retroactiva las necesidades de alimentación de los

comedores populares.

3.3 Asimismo, Rujel Criollo como Alcalde y Rosales Vite como Gerente de Asesoría Jurídica, tuvieron interés en la suscripción del contrato N~003-2004-MPCVZ del 06.10.2004 con el Gerente General de la Empresa Comercial Virgen de la Puerta EIRL Roberto Collowe Neri, empresa que fue favorecida a pesar de existir otros postores que con mejor calificación no resultaron ganadores.

La Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal, opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia recurrida, por cuanto, en el caso que nos ocupa se advierte el interés de los cuatro procesados recurrentes hasta la culminación de los procesos de contratación estatal investigados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

3.5 La conducta imputada a los encausados fue tipificada en la denuncia y auto de procesamiento en el tipo penal previsto en el artículo 399 del Código Penal, modificado por la Ley N~28355, al respecto el objeto de tutela de este tipo penal se funda en los principios de imparcialidad y objetividad que debe revestir la conducta del funcionario o servidor público, cuando asuma una actuación funcional en el marco de la contratación administrativa, por otro lado, el interés sobre la modalidad de contratación debe surgir en la fase preparatoria del contrato administrativo, aunque también puede advertirse durante el proceso de selección, en su fase de ejecución y de liquidación, siendo presupuesto sine qua non que el agente cuente con la vinculación funcional en el ámbito de los contratos u operaciones administrativas, en el caso sub materia se determinó la existencia del interés por parte de los recurrentes hasta la culminación de los procesos de contratación estatal investigados.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

No haber nulidad en la sentencia del 13 de enero del 2014, emitida por la Sala Penal

de Apelaciones Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, en el extremo que condenó a don Pedro Luis Rosales Vite y a don José Siany Rujel Criollo como coautores del delito contra la administración pública, corrupción de funcionarios, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, y les impuso tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de dieciocho meses, con lo demás que lo contiene.

Nulo el extremo del concesorio de 30.01.2014 que concedió el recurso de nulidad a don Luis Alberto Cruz Guerrero y don Roberto Picoy Mejia, e improcedente el recurso de nulidad por extemporáneo.

10. Resolución de Nulidad N° 3365-2013 – San Martín de la Sala Penal Transitoria

Lima, cinco de diciembre de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Autora: Auraluz del Pilar Pedraza Manrique

Cómplice primaria: Simith Reátegui Guerra de Flores

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

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 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 hospital con la finalidad de favorecer a la empresa de servicios generales Juan Manuel representada por la procesada Simith Reátegui Guerra de Flores, quien a pesar de no presentar la documentación requerida se le otorgó la buena – pro, para posteriormente proceder a regularizar la documentación, más aun pese a tener incompatibilidad para contratar con el Estado, en razón que era esposa del trabajador del Hospital Juan

Rodríguez Flores. Además este último fue quien realizó el servicio requerido, y brindo la proforma del servicio, hechos que sucedieron entre junio y diciembre de dos mil cinco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Cuarto: El tipo penal tiene como elementos objetivos: i) sujeto activo- autoría. Se trata de un delito especialísimo, pues el sujeto activo tiene doble condición funcionario o servidor público y, en tal condición, debe tener dentro de sus atribuciones o funciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación de la administración pública. Además, de la exigencia que el agente cuente también con una vinculación funcional ineludible con los contratos u operaciones que celebra el Estado objeto del delito. En los delitos de negociación incompatible interviene una tercera persona ajena a la administración pública, como aparece en este caso que la acusada Smith Reátegui Guerra de Flores no tiene la calidad de servidora o funcionaria pública, de tal forma que es extraña a la administración pública, lo que en doctrina se denomina extraneus, por cuya razón tiene la calidad de cómplice en el delito, al celebrar el contrato a sabiendas de que su esposo Juan Flores Rodríguez se encuentra trabajando en la institución pública con quien celebro el contrato, ii) El sujeto pasivo, solo el Estado, que constituye el representante o titular de la Administración Pública en sus diversas manifestaciones.

Quinto: El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo es netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. La configuración subjetiva de la conducta ilícita requiere o exige que el funcionario o servidor público actué con el conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de celebrar contratos o realizar operaciones en representación y a favor del Estado; no obstante ello, voluntariamente actúa evidenciando interés particular, con el firme objetivo de obtener

un provecho indebido para sí o para un tercero con el cual lógicamente tiene una vinculación.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

No haber nulidad en la sentencia del 19 de julio del 2013 que condenó a i) Auraluz del Pilar Pedraza Manrique como autora del delito contra la administración pública de negociación incompatible en agravio del Hospital de Apoyo Santa Gema de Yurimaguas; a tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente; e inhabilitación por el plazo de dos años, ii) Condono a Smith Reátegui Guerra de Flores como cómplice primario del delito contra la administración pública de negociación incompatible, a dos años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente. Asimismo se fijó en la suma de mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberán pagar en forma solidaria a favor del Hospital Apoyo Santa Gema de Yurimaguas.

11. Resolución de Nulidad N° 2139-2013 – Ica de la Sala Penal Transitoria

Lima, veintinueve de octubre de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Autor: Edilberto Nicolás Ramos Hernández

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

El procesado Ramos Hernández, en los fundamentos refiere que los hechos imputados en virtud de los cuales se emitió una sentencia condenatoria en contra del recurrente, datan del primer trimestre del año 1999, es decir en los meses de enero, febrero y marzo; por lo cual en su momento se presentó una excepción de prescripción de la acción penal que fue declarada inadmisibles, sin tener en cuenta que en el año 1999, el delito de negociación incompatible tenía una sanción prevista de tres años hasta un

máximo de 5 años de pena privativa de libertad, por lo que en atención del Acuerdo Plenario N° 8-2008/CJ-116, respecto a la prescripción de la acción penal cuando el agente es un funcionario público, ya no se considera el plazo extraordinario previsto en el último párrafo del artículo 83 Código Penal. Asimismo, no existen pruebas suficientes que acrediten la responsabilidad penal del delito que se le impute.

El Ministerio Público fundamenta su recurso nulidad de fojas mil setecientos dos señalando que habiéndose acreditado fehacientemente la responsabilidad penal del imputado Ramos Hernández, como autor del delito de negociación incompatible, considera que la pena impuesta resulta desproporcional considerando el daño ocasionado. No se tuvo en cuenta que el autor del delito es una persona que cuenta con grado de instrucción superior y venía laborando para la institución por un periodo de tres años, hechos que acreditan el grado de conocimiento y experiencia que el autor tenía para cometer el delito, por lo cual solicita la imposición de cinco años de pena privativa de libertad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

4.1 Prescripción

4.1.2. En principio la finalidad de la institución jurídica de la prescripción, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha definido a la prescripción en los siguientes términos: “6. La prescripción desde el punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al ius puniendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma.

4.1.3. Asimismo, el Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116 dentro del apartado de “Aspectos Generales” resalta las características más importantes de la prescripción, siendo una de ellas que: La prescripción es una autolimitación al poder punitivo del Estado, mediante ella se fija por los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja este a voluntad discrecional.

4.1.4 En el citado Acuerdo Plenario se desarrolla la peculiaridad que tiene la prescripción en los delitos cometidos por funcionarios públicos que generan un perjuicio al Estado, regulado en el último párrafo del artículo 80° concordado con lo señalado en el artículo 41° de la Constitución Política del Perú “... El plazo de prescripción se duplica en los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por Funcionarios y Servidores Públicos”. es así que en el fundamento jurídico 14 literal b) del citado Acuerdo Plenario se precisa que no todos los delitos cometidos por funcionarios públicos afectan patrimonialmente al Estado, por lo que corresponde analizar el tipo penal concreto si se debe o no aplicar la duplicidad de plazo para la prescripción del mismo.

4.2 El delito de negociación incompatible

4.2.1. El delito de Negociación Incompatible, actualmente regulado en el artículo 399° del Código Penal, se encuentra formando parte delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública; sin embargo la afectación que recibe la Administración es contra su correcto funcionamiento, mas no se afecta necesariamente la forma pecuniaria al Estado, por ello como el bien jurídico protegido del citado delito se tiene la integridad y rectitud del funcionario, al momento de resolver, garantizar la imparcialidad de este frente a los administrados en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos en particular.

4.2.2 Es de precisar que conforme al principio de legalidad la pena es la vigente al

momento de cometido los hechos, conforme ello se tiene que en los meses de enero, febrero, y marzo del año 1999 penal de negociación incompatible preveía una pena privativa libertad de tres a cinco años.

4.2.3 Considerando lo señalado precedentemente se tiene que en el presente caso, si bien se ha demostrado la configuración típica del delito de negociación incompatible, el mismo no ha generado un perjuicio en términos económicos a la Administración Pública; por lo que no se puede aplicar la duplicidad del plazo prescriptorio. Siendo ello así, para la prescripción del presente delito se aplica la prescripción en términos comunes, pues no se trata de un delito funcional que afecte el patrimonio del Estado.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

I Nula la sentencia del diez de mayo de dos mil trece de fojas mil seis ciento sesenta y ocho que condenó a Edilberto Nicolás Ramos Hernández como autor del delito de negociación incompatible, a tres años de pena privativa de libertad suspendida.

II Fundada de oficio la excepción de prescripción as favor de Edilberto Nicolás Ramos Hernández, en consecuencia extinguida la acción penal incoada en su contra por el delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Pisco.

12. Resolución de Nulidad N° 1378-2013 –Loreto de la Sala Penal Transitoria

Lima, tres de octubre de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Autor: Edgar Tamanta Pinchi

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Se imputa a Tananta Pinchi que, en su calidad de Sub. Gerente de Logística de la Municipalidad Distrital agraviada, recomendó aceptar las solicitud de la empresa Kiara

– Inducer, proveedora de vaso de leche a fin de que cambie la entrega de leche marca Gloria por la marca Pura Vida para el mes de febrero; y Bonlé a partir del mes de marzo de dos mil ocho, determinando de tal forma la procedencia de la modificación del contrato recaído en el proceso de selección de Licitación Pública N° 002-2007-GA-MPM; asimismo tampoco contó con la opinión especializada en materia de nutrición que determine la calidad del nuevo producto a adquirir y que este se ajusta a lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 711-2002-SA/DM e inobservó las recomendaciones efectuadas por la Dirección Regional de Salud, a través del oficio N° 047-2008-GRL-DRSL/30.01.03 del ocho de febrero de dos mil ocho.

Con tal opinión el encausado causó que los miembros del Comité de Administración del Vaso de Leche de la Municipalidad Distrital de Maynas, aceptaran la propuesta del cambio de marcas, concretándose con la suscripción de la Adenda N° 002, al contrato principal de bienes y servicios N° 0094-2007-MPM, celebrado entre la entidad agraviada y el consorcio Kiara Inducer (conformado por las empresas Industrias del Cereal SRL e Industrias Kiara SRL) con lo que se benefició al mencionado consorcio.

El Fiscal Supremo en el dictamen N° 1550-2013, opinó que se debe declarar la nulidad en la sentencia, pues de los medios probatorios acopiados se colige que el sentenciado incurrió en delito de negociación incompatible, cuando recomendó aceptar la entrega del producto Pura Vida para el mes de febrero y a partir del mes de marzo de dos mil ocho, lo que evidenció su interés en que el Consorcio Kiara – Inducer se beneficiara con la entrega de los bienes de menor calidad y costo, a cambio de la misma cantidad de dinero pactada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA.

Primero: El artículo 399 del Código Penal, modificado por Ley N° 28355, establece que 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 menor de cuatro ni mayor de seis años, e inhabilitación conforme con los incisos uno y dos, del artículo treinta y seis de la misma norma.

El artículo 285° del Código de Procedimientos Penales, regula el contenido de la sentencia condenatoria y establece que en la decisión se deben apreciar las declaraciones de los testigos o las otras pruebas en que se funda la culpabilidad, las circunstancias del delito y la pena principal que debe sufrir el reo.

El artículo 298° del mismo Código, prevé de modo taxativo las causales de nulidad.

Los artículos 45° y 46° del Código Penal regulan los presupuestos para la determinación de la pena.

Segundo:

2.12. Por ello, este Supremo Tribunal 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, evidenció un interés, en provecho del Consorcio Kiara – Inducer, por el contrato de bienes y servicios N° 094-2007-MPM (folio ciento seis a ciento nueve) lo que generó una adenda (folio ciento once), que aceptó el cambio de la entrega de parte del proveedor del producto de leche Gloria, por los productos Pura Vida y Bonlé, pese a que no reunían las exigencias técnicas reguladas por norma administrativa; por ende, los argumentos plasmados en el recurso de nulidad carecen de consistencia.

2.13. Se aprecia la pena privativa de libertad, que se le impuso con el carácter de suspendida, como proporcional a la conducta imputada. Las penas de inhabilitación son adecuadas por tratarse de un funcionario público y el periodo de su cumplimiento resulta pertinente. Por ende, las sanciones impuestas deben confirmarse.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

No haber nulidad, en la sentencia de diecisiete de octubre de dos mil once, emitida por la Sala Penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Loreto, en el extremo que condenó al recurrente Tananta Pinchi, como autor del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Maynas; y como tal le impuso cuatro años de pena privativa de la libertad cuya ejecución se suspendió por el plazo de tres años, sujeta a reglas de conducta (...).”

13. Resolución de Nulidad N° 1782-2012 – Cajamarca de la Sala Penal Transitoria

Lima, siete de agosto de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Coautores: Otto Wagner Quevedo Solazar, Alejandro Carlos Delgado Mendoza y José Lino Gutiérrez Mantilla.

La parte civil Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento SEDACAJ Sociedad Anónima interpone recurso de nulidad contra la resolución que declara que no procede pasar a juicio oral contra Otto Wagner Quevedo Solazar, Alejandro Carlos Delgado Mendoza y José Lino Gutiérrez Mantilla por los delitos contra la administración pública en sus figuras de cohecho pasivo específico y negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (...).”

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Cuarto: En el caso sub examine, el Fiscal Superior, decidió no formular acusación y solicitar que se dictara auto de no haber mérito para pasar a juicio oral, contra los encausados: Otto Wagner Quevedo Salazar, Alejandro Carlos Delgado Mendoza y José Lino Gutiérrez Mantilla por los delitos contra la Administración Pública cohecho pasivo específico y negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en

agravio del Estado y de la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento SEDACAJ Sociedad Anónima; y por el delito contra la Administración de Justicia falsa declaración en procedimiento administrativo, y contra Walter Napoleón Rengifo Spelucín por el delito contra la Administración Pública cohecho activo genérico en agravio del Estado y de la Empresa de Servicios de Saneamiento SEDACAJ Sociedad Anónima; al considerar que con la actividad probatoria obrante en autos no se desvaneció el derecho de presunción de inocencia de los procesados, que posibilite emitir dictamen acusatorio en su contra; criterio que fue acogido por la recurrida con lo que se declaró el sobreseimiento y se ordenó el archivo definitivo por tales delitos procesados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Sexto: En lo que respecta al delito contra la Administración Pública en su modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Estado y de la empresa prestadora de servicios SEDACAJ Sociedad Anónima, imputado a los procesados Otto Wagner Quevedo Solazar, Alejandro Carlos Delgado Mendoza y José Lino Gutiérrez Mantilla, cabe anotar que en aplicación del señalado principio acusatorio, corresponde declarar la nulidad de la recurrida en este extremo, pues el señor Fiscal Supremo en uso de sus atribuciones discrepa con lo opinado por el Fiscal Superior; en consecuencia solicita la nulidad de la recurrida y que se emitan los actuados al Ministerio Público para que se emita el dictamen correspondiente. Para ello, el señor Fiscal Supremo señala que existen elementos de prueba suficientes que permitirían concluir que la conducta desplegada por los encausados resulta reprochable penalmente, pues estos realizaron un procedimiento distinto del exigido por lo cual se interesaron para que sea elegido Walter Napoleón Rengifo Spelucín como ganador de la Jefatura de la División de Catastro de la Gerencia Comercial de la EPS SEDACAJ

Sociedad Anónima.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

Por tales fundamentos declararon (...) **nula** la recurrida en el extremo que declaró que no procede pasar a juicio oral contra Otto Wagner Quevedo Salazar, Alejandro Carlos Delgado Mendoza y José Lino Gutiérrez Mantilla por el delito contra la Administración Pública negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en agravio del Estado y de la Empresa Prestadora de Servicios SEDACAJ S.A., y ordenaron que se remitan los actuados al Fiscal Superior para los fines consiguientes.

14. Resolución de Nulidad N° 432-2013 –Lambayeque de la Sala Penal Transitoria

Lima, veintitrés de mayo de dos mil trece

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Autor: Benjamín Castillo Rueda

Cómplices Primarios: Adán Menor Julón, don Ilverio Espinoza Fernández, Agueda Vílchez Rojas, Gerardo Tocto Cieza, José Matho Hernández Díaz, Feliberta Berrios Garnica, Herberth Manuel Figueroa Piscoya, Lorena Emperatriz Quijano Fernández, Segundo Aguedo Menor Vallejos y don José Manuel Pérez Huanca

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

6.1 La acusación Fiscal se basó en el informe de la Contraloría General de la República N° 001-2008-CG/ORCA (...)”

6.2 Para la ejecución de diferentes obras programadas para los años dos mil cinco a dos mil siete, la municipalidad realizó compras directas representadas por don Segundo Francisco Barboza Araujo, quien era cuñado del Alcalde (casado con su hermana Magdalena Díaz, de construcción a la empresa Corporación Pakatnamu Vásquez), atribuyéndose a la primera autoridad edil haberse interesado en forma

directa e indirecta en el contrato de compra venta de materiales de construcción por el importe S/ 534,726, con el propósito de favorecer a la citada empresa de propiedad de su cuñado; por ello se le acusó como autor del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, incriminándose a los regidores Menor Julón, Espinoza Fernández, Vílchez Rojas, Tocto Cieza, Hernández Díaz, Berrios Garnica, Figueroa Piscoya, Quijano Fernández, Menor Vallejos y Pérez Huanca el ser cómplices primarios de tal hecho, quienes conocían que el alcalde Díaz Vásquez beneficiaba económicamente a su cuñado, y no realizaron el control ni fiscalización que les correspondía funcionalmente.

7. Mediante dictamen N° 926-2013, la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se debe declarar la nulidad en el extremo de la sentencia que condenó a los procesados Menor Julón y otros y reformándola se les absuelva de la acusación fiscal; y no haber nulidad en lo demás que lo contiene; por cuanto la imputación contra los acusados Menor Julón, Espinoza Fernández, Vílchez Rojas, Tocto Cieza y Hernández Díaz como cómplices primario del delito de abuso de autoridad, no tiene sustento fáctico ni jurídico, dado que inobservaron la disposición legal, pero esas conductas no revisten las características de un acto arbitrario, un abuso en el ejercicio de sus atribuciones señaladas por Ley, por lo que corresponde se les absuelva de la acusación fiscal por tal delito. En lo referente al procesado Castillo Rueda, este no se desempeñó como funcionario público en la municipalidad puesto que laboró como asesor contable externo, entonces, no se le puede considerar como sujeto activo del delito de abuso de autoridad. Y respecto al delito de negociación incompatible fueron acusados como cómplices primarios los procesados Menor Julón, Espinoza Fernández, Vílchez Rojas, Tocto Cieza, Hernández Díaz, Berrios Garnica, Figueroa Piscoya, Quijano Fernández, Menor Vallejos y Pérez Yanca; sin embargo, la complicidad es accesoria a la autoría;

por lo que si se absuelve al autor de los hechos se debe absolver también a los presuntos cómplices. En ese sentido la absolución de los citados de la acusación fiscal como cómplices primarios de dicho ilícito, se ajusta también a Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

2.3 La Sala Superior, en el folio setecientos cincuenta y seis, emitió la sentencia ahora cuestionada, en la que absolvió a Castillo Rueda de la acusación fiscal como autor del delito de abuso de autoridad, condenó a Menor Julón y otros como cómplices primarios del citado delito y absolvió a Menor Julón y otros de la acusación fiscal como cómplices primarios del delito de negociación incompatible.

2.4 Al ser impugnada la referida sentencia, el señor Fiscal Supremo, mediante dictamen de siete de junio de dos mil trece, opinó que se declare haber nulidad en la resolución recurrida, en el extremo que condenó a Menor Julón y otros, como cómplices primarios del delito de abuso de autoridad y reformándola se les absuelva; y no haber nulidad en los demás extremos de la recurrida.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

II Declarar no haber nulidad, en la misma sentencia en los extremos que absolvió a (...), y que absolvió a don Adán Menor Julón, don Ilverio Espinoza Fernández, Agueda Vílchez Rojas, Gerardo Tocto Cieza, José Matho Hernández Díaz, Feliberta Berrios Garnica, Herberth Manuel Figueroa Piscocoya, Lorena Emperatriz Quijano Fernández, Segundo Aguedo Menor Vallejos y don José Manuel Perez Huanca, de la acusación fiscal como cómplices primarios del delito contra la administración pública en la modalidad de negociación incompatible, todos en agravio de la Municipalidad Distrital de Choros.

15. Resolución de Nulidad N° 300-2014 –Cusco de la Sala Penal Permanente

Lima, veintiuno de mayo de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Autores: José Rosendo Calderón Pochamanca.

Cómplice primario: Jorge Isaac Acurio Ttito

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

c) Conforme con la acusación fiscal del 18 de abril de 2006, el encausado Roberto Augusto Farfán Ríos, aprovechando su cargo, con motivo de la construcción del Coliseo Cerrado de Calca, en forma dolosa dio la anuencia para que el 12 de enero del 2006, la Municipalidad de Calca suscriba contrato de alquiler de un camión volquete con el ciudadano Nicolás Alejandro Rivera Quispe, para realizar trabajos de eliminación de desmonte y material agregado, volquete de placa de rodaje número WZ- 4428, unidad vehicular que no era del referido ciudadano, sino del propio residente de obra, arquitecto Jorge Isac Acurio Ttito, pese a lo cual se le otorgó la buena pro, de lo cual tenía conocimiento el acusado. El Comité Especial integrado por la encausada Elizabeth Campana Lovón en calidad de Presidente, y los señores Eddy Gamarra Guzmán y Vladimir Zuñiga Amar, otorgaron la buena pro el 14 de diciembre del 2006, a la empresa comercial Delta S.A., con el puntaje de ochenta y cinco conforme con el acta de otorgamiento de buena pro, sin embargo se advierte del expediente de contrataciones, que no existe el registro de postores, tampoco el documento que acredite el pago por la venta de bases, menos el documento que evidencia la comunicación por la que tomen conocimiento los postores de las especificaciones técnicas del bien, porque las bases administrativas no fueron publicadas en el SEACE, hechos que demuestran la ausencia de transparencia en el proceso de selección y el interés de favorecer a un determinado postor. Como

consecuencia de ello, la entidad agraviada adquirió bienes sin contar con propuestas técnicas y económicas diversas y favorables presentadas por los postores derivada de un proceso de selección con transparencia y objetividad, situación que tiene su origen en la voluntad de favorecer al postor ganador.

ii) La acusación fiscal sostiene en concreto que la responsabilidad penal por el referido hecho ilícito, se sustenta en que el acusado Roberto Augusto Farfán Ríos, aprovechando su cargo, en forma dolosa, dio anuencia para la suscripción del contrato de alquiler de volquete a Nicolás Alejandro Rivera Quispe, en representación de empresa Comercial Industria Delta Sociedad anónima, pese a que tenía conocimiento que la unidad móvil le pertenecía al residente de obra Acurio Hito; en cuanto al encausado Jorge Isaac Acurio Ttito, se le imputa que con la anuencia del encausado Roberto Augusto Farfán Ríos, logró que se suscribiera el contrato de alquiler de un volquete de su propiedad, haciéndose pasar en la documentación como que dicha unidad vehicular era de propiedad de Nicolás Alejandro Rivera Quispe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Noveno:

(...)

iii) La responsabilidad penal de los encausados Roberto Augusto Farfán Ríos y Jorge Isaac Acurio Ttito en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio de la Municipalidad Provincial de Calca, se encuentra acreditada en autos, debido a que el primero de los mencionados suscribió con Nicolás Alejandro Rivera Quispe, representante de la empresa Comercial Industria Delta Sociedad Anónima, el contrato de Alquiler del camión volquete de placa de rodaje WZ 4428 del 12 de enero de 2006, para efectos de realizar trabajos de eliminación de desmonte y traslado de material agregado, unidad vehicular que en realidad era

propietario el propio residente de obra Acurio Ttito, de lo cual tenía conocimiento el encausado Farfán Ríos, debido a que en el año 2005 le alquiló dicho camión volquete a su coencausado (...); más aún, si se tiene en cuenta la declaración en el acto oral del testigo Nicolás Alejandro Rivera Quispe, quien refiere que al momento del alquiler del camión volquete en cuestión para la obra construcción del coliseo Cerrado de Calca, el vehículo era del residente de la mencionada obra, y si bien agregó que este recién se enteró cuando llevaron el volquete a la obra, ello debe tomarse con la reserva del caso, porque está destinado a tratar de favorecerlo. Sin perjuicio de indicar, que el informe pericial contable concluyó que se comprobó que el contrato de servicios del volquete de placa de rodaje WZ 4428 suscrito por el acusado Farfán Ríos y Rivera Quispe es irregular, porque el referido vehículo es de propiedad del residente de obra Acurio Ttito, habiéndose pagado la factura número 34 del 16 de octubre de 2006 por el importe de S/ 9,124.50 del costo de ciento nueve galones de combustible (...)

Que la responsabilidad penal del acusado Acurio Ttito es a título de cómplice primario de la conducta imputada a su coacusado Farfán Ríos, debido a que aquel no tiene la condición de sujeto activo especial propio que exige el tipo penal; sin embargo, coadyuvó a su realización, debido a que a un tercero se le otorgó la buena pro respecto al alquiler de un volquete de su propiedad, para la utilización de la construcción de una obra de la cual era residente; sin perjuicio de indicar que este hecho tiene correspondencia con la concertación ilícita acreditada en autos entre el encausado Farfán Ríos, y Acurio Ttito, para efectos de la contratación irregular de este último como residente de la obra Construcción del Coliseo Cerrado de Calca.

Décimo Primero: Que en tal sentido para efectos de establecer el quantum de la pena a imponer a los acusados, ii) en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo previsto en el artículo 399° del Código Penal,

sanciona al agente con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años iii) La aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 25° del Código Penal (cómplice primario) respecto al encausado Acurio Ttito, iv) Las condiciones personales de los acusados, esto es, ser agentes primarios en la comisión de actos delictivos. En consecuencia la pena impuesta en la sentencia recurrida de cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años, bajo determinadas reglas de conducta, resulta proporcional y conforme con lo anotado, más aún, si se considera que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo cincuenta y siete del Código Penal.

En cuanto al plazo de inhabilitación impuesta en la recurrida a los condenados, esta se sustentó en lo previsto en los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, concordados con el artículo cuatrocientos veintiséis del mismo Texto legal, en consecuencia dicho extremo se encuentra conforme a Ley.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

Haber nulidad en la sentencia del 17 de diciembre de dos mil trece en el extremo que condenó a Jorge Isaac Acurio Ttito como autor del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (respecto al alquiler del camión volquete) en agravio de la Municipalidad Provincial de Calca, en representación del Estado; y reformándola lo condenaron como cómplice primario del mencionado delito.

No haber nulidad en la misma sentencia en los extremos que condenó a Roberto Augusto Farfán Ríos, como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible o a aprovechamiento indebido de cargo (respecto al alquiler del camión volquete) en agravio de la Municipalidad Provincial de Calca en representación del Estado Peruano.

Absolvió de la acusación fiscal a José Rosendo Calderón Pacohuanca, Elizabeth

Campana Lovon, Eddy Gamarra Guzmán, Luis Rimachi Zaravia y Vladimir Zuñiga Amar, por el delito de contra la administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (respecto al alquiler de volquete) en agravio de la Municipalidad Provincial de Calca en representación del Estado Peruano.

Que impuso a los condenados Roberto Augusto Farfán Ríos, José Rosendo Calderón Pacohuanca y Jorge Isaac Acurio Ttito, cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el término de tres años, bajo determinadas reglas de conducta, fijaron en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil a pagar solidariamente a favor de la parte agraviada.

Que, impuso a los condenados Roberto Augusto Farfán Ríos, José Rosendo Calderón Pacohuanca y Jorge Isaac Acurio Ttito, la pena de inhabilitación por tres años, consistente en la privación de la función, comisión que ejercían, aunque provenga de elección popular e incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, de conformidad con lo dispuesto en los incisos uno y dos del artículo treinta y seis, concordante con el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal. Con lo demás que lo contiene; y los devolvieron.

16. Resolución de Nulidad N° 1083-2013 –Lima de la Sala Penal Permanente

Lima, nueve de abril de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Autor: Daniel Gregorio Anchante Anyarín

Cómplice primaria: Anita Doris Balta Izaguirre

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Tercero: De acuerdo con el dictamen acusatorio, el marco de imputación en contra de

los acusados, estriba en que Daniel Gregorio Anchante Anyarín en su calidad de jefe de la Oficina General de Auditoría Interna del MINDES, concertó ilícitamente con Juan Carlos del Pozo Moreno (no habido) con la finalidad de viabilizar a favor de este último un contrato como especialista de Auditoría de Apoyo a la Oficina que estaba bajo su jefatura, en la modalidad de servicios no personales, para lo cual Anchante Anyarín requirió los servicios de una persona con perfil del citado encausado, concluyendo con su contratación el treinta y uno de abril del dos mil tres, por el periodo de mayo a junio de dicho año. Cabe precisar que Del Pozo Dreno viajó a Canadá con fecha 29 de abril del 2003, retornando al Perú recién el día cinco de julio del mismo año, situación que fue de pleno conocimiento de Anchante Anyarín, el mismo que no solo incumplió comunicar tal situación a la oficina correspondiente, sino que además, expidió y firmó constancias de conformidad de locación de servicios, dando a entender falsamente que su ahora encausado Del Pozo Moreno, había estado prestando los servicios, según el contrato suscrito. Así, en base a dichas constancias de conformidad, la Oficina Administrativa, emitió dos cheques no negociables a favor de Del Pozo Moreno por la suma de cuatro mil nuevos soles cada uno, habiendo sido usado el título valor número treinta y cuatro veintiocho cincuenta y uno treinta y siete y treinta y cuatro veintiocho cincuenta y uno treinta y siete por Anita Doris Balta Izaguirre, Asistente Administrativa secretarial de la Oficina General de Administración y cobrado por Víctor José Martín La Rosa Mora a solicitud de Anchante Anyarín a pesar que tenían conocimiento que Del Pozo Moreno no se encontraba en nuestro país; por otro lado, el cheque número 34285724 fue recogido y cobrado el mismo Del Pozo Moreno cuando retornó de su viaje al extranjero, sin embargo al ser descubierto tales actos por la autoridad correspondiente, la suma dineraria cobrada fue devuelta a la entidad estatal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Quinto: En tal sentido, debe efectuarse el análisis respectivo a fin de verificar si lo resuelto por el Colegiado Superior, se encuentra arreglado o no a Ley (...) mientras que el delito de negociación incompatible previsto a la fecha de los hechos en el artículo 399° del Código Penal sanciona 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...”, de lo que se advierte, y así incluso lo ha precisado el Fiscal Supremo en su dictamen, que dichos tipos penales comparten un mismo escenario de proceder conductivo, esto es, la contratación estatal, con la particularidad que el delito de negociación incompatible, supone un adelantamiento de las barreras de intervención punitiva, erigiéndose como un tipo penal de peligro, mientras que el delito de colusión es un tipo penal de resultado, pues en este se exige, según la redacción jurídica de dicho delito en el año dos mil tres, la producción de un perjuicio efectivo al erario nacional. En consecuencia, siendo que la tesis de la acusación fiscal, establece que la imputación en contra de los encausados Anchante Anyarín y Balta Izaguirre conllevo a un perjuicio patrimonial al Estado por la suma de ocho mil nuevos soles, entonces la conducta incriminada se situaría en el delito de colusión, toda vez que no solo se sobrepasó la barrera de adelantamiento punitivo en el caso concreto, sino porque además, el delito de negociación incompatible estaría subsumido en el de colusión que sería el tipo penal más amplio. En consecuencia nos encontramos ante un concurso aparente de leyes, el mismo que se presenta cuando una conducta cometida aparece comprendida en varios tipos penales, pero su contenido de injusto está definido completamente por uno solo de dichos tipos penales, ello en virtud al principio de consunción, que se verifica cuando el precepto más amplio o complejo absorbe a los que castigan infracciones

consumidas en aquel, es decir, cuando el contenido del injusto y de la imputación personal de un delito están incluidas en otro, o que es lo mismo decir, cuando un tipo penal más grave incluye a uno menos grave. En dicho sentido el Fiscal Supremo en su dictamen señaló:... el delito de negociación incompatible (...) se erige como un delito de peligro, mientras que la figura contemplada en el artículo 384 del Código Penal es de resultado, ello explica la mayor penalidad del delito de colusión en la medida que la afectación denota un plus de antijuricidad penal...” Por tanto, estando a los fundamentos expuestos, debe absolverse a los encausados por el delito de negociación incompatible, ciñéndose al presente pronunciamiento, en ese extremo, al delito de colusión.

Octavo: En dicho orden de ideas, cabe indicar que la norma penal que prevé el delito de colusión hace referencia al funcionario o servidor público que participa en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación en la que intervenga en razón de su cargo o comisión especial para defraudar al Estado; sin embargo, la actuación que se le imputa a Anchante Anyarin fue posterior a la celebración del contrato derivado del proceso de selección de menor cuantía. Al respecto la imputación fiscal estriba en que Anchante Anyarin, al dar visto bueno a la conformidad del servicio a nombre del encauzado Del Pozo Moreno, permitió que se emitiera, primero las ordenes de servicios, que autorizó el contrato que se había suscrito con el precitado; y segundo los cheques por la suma de cuatro mil nuevos soles cada uno fueron efectivizados posteriormente.

Noveno: Como se puede advertir, la conducta imputada a Anchante Anyarín resulta ser ajena al delito de colusión, pues participo únicamente para efectos de viabilizar el pago correspondiente, en función a la documentación que se había alcanzado, la misma que en forma objetiva daba cuenta de la realización efectiva del trabajo encomendado

(hecho que posteriormente resultó ser falso); por lo tanto no habiendo Achante Anyarin formado parte del acuerdo colusorio alguno para beneficiar a Del Pozo Moreno (siendo insuficiente para acreditar ello, como se ha indicado en la sentencia emitida por el Colegiado Superior, la relación de amistades que los acusados habían tenido entre sí). (...).”

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

Haber nulidad en la sentencia que condenó a Daniel Gregorio Anchante Anyarin y Anita Doris Balta Izaguirre como autor y cómplice primaria de los delitos contra la administración pública colusión y negociación incompatible, en agravio del Estado – Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MINDES), y reformándola absolvieron a los precitados Daniel Gregorio Anchante Anyarin y Anita Doris Balta Izaguirre, como autor y cómplice primaria de los delitos contra administración pública colusión y negociación incompatible, en agravio del Estado – Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MINDES).

17. Resolución de Nulidad N° 1360-2013 –Cusco de la Sala Penal Transitoria

Lima, veintiséis de marzo de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Coautores: Willian Padovani Dalguerre, Francisco Javier Julca Quiñonez, Elizabeth Quinta Bejar, Fernando Santoyo Vargas y Elias Kcachainca Mendoza en agravio de la Municipalidad Distrital de San Sebastián.

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

El Procurador Público de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, alega que:

7.1 En el delito de negociación incompatible, el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado; por lo tanto, se debió aplicar la duplicidad en el plazo de la

prescripción; más aún si está probada la conducta delictiva desplegada por los procesados Juica Quiñonez, Padovani Dalguerre, Quinta Bejar, Santoyo Vargas y Kcachainca Mendoza, quienes como miembros del Comité Especial Permanente otorgaron la buena pro a la empresa ESGEM, mediante actos simulados, desarrollados durante el proceso de selección. por ello se debe declarar infundada la excepción planteada.

La Segunda Fiscalía Suprema Penal opinó que en cuanto a la excepción de prescripción, al no afectarse el patrimonio del Estado, no es aplicable la duplicidad de plazo extintivo, por lo que la acción penal a la fecha ha prescrito; por lo tanto comparte la posición jurídica asumida por la Sala Superior.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

2.1 El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, el respeto del desarrollo funcional de la administración pública, por lo que no se afectó el patrimonio del Estado; entonces, no es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción establecido en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal como alega la parte civil.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

No haber nulidad en la sentencia del 28 de diciembre del dos mil doce, emitida por la Sala Penal Liquidadora Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco, en la que se declaró fundada la excepción de prescripción formulada por el procesado Williams Padovani Dalguerre, y a favor de los procesados don Francisco Javier Juica Quiñonez, Williams Padovani Dalguerre, Elizabeth Quirita Bejar, Fernando Santoyo Vargas y Elias Kcachainca Mendoza, por el delito de negociación incompatible.

18. Resolución de Nulidad N° 2028-2013 –Lima de la Sala Penal Transitoria

Lima, trece de marzo de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Autor: Juan José Marcelo Risi

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Segundo: En la imputación fiscal se atribuye a Juan José Marcelo Risi, que en su condición de Director General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, solicitó la contratación de un consultor para la elaboración del Manual de Organización y Funciones de la Dirección Regional Agraria del Cusco, requerimiento que no estaba establecido como meta para su despacho, de conformidad con el Plan Operativo Institucional del año 2005, correspondiendo dicha petición al Gobierno Regional del Cusco. Que en mérito a dicha solicitud se programó el procedimiento de adjudicación de menor cuantía número 1362-2005-AG contratación de servicios de consultoría, y se otorgó la buena pro a la consultora ingeniera Kada Amalia Valer Jaime, el día 20.12.2005, de tal forma que en la misma fecha y sin realizar las coordinaciones respectivas con los directores y funcionarios de las regiones agrarias de Apurímac, Andahuaylas, Cusco y Madre de Dios, como lo exigían las bases se procedió al pago de honorarios con el visto bueno emitido por el imputado, el 22 de diciembre del mismo año, lo que una vez más revelaría su particular interés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Quinto: Que, en rigor, la negociación incompatible es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa.

El bien jurídico protegido es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver, garantizar su imparcialidad frente a los administrados en general y a los

competidores ofertantes en los contratos en particular. Por la intervención el sujeto activo en cualquier contrato u operación, pareciera tener similitud con la colusión defraudatoria; sin embargo, la diferencia sustancial se encuentra en que en la negociación incompatible no es requerible la concertación ni la existencia de perjuicio. Como el funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima, en función a las prerrogativas de su cargo, puesto o empleo en la administración pública; ello supone, para la norma penal, que es inherente al ámbito de su competencia, al ser parte en el contrato u operación, siendo el agente el obviamente el llamado a intervenir por Ley, reglamento o mandato legítimo, en dichos contratos u operaciones.

Por lo tanto, si bien a fojas ochenta y ocho obra la copia fotostática certificada del requerimiento de contratación de consultoría suscrito por el procesado, incluso a fojas ochenta y cuatro, un oficio dirigido por el imputado al Director de la Oficina de Logística, esta fue la única participación del procesado en el hecho sub materia hasta que con posterioridad dio visto bueno de la ejecución del servicio.

Propiamente en el proceso de adjudicación de menor cuantía, predecesora de la selección de la ingeniera Katia Amalia Valer Jaime, no tuvo mayor intervención. Tampoco tenía poder de decisión, pues este era competencia de la Oficina General de Administración, del Comité Especial Permanente del Ministerio de Agricultura, quien finalmente otorgó la buena pro.

Por lo tanto, en la celebración del contrato de consultoría el procesado no intervino por razón de su cargo, tal como lo exige el tipo penal, debido a que la selección del consultor no dependía de él.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

No haber nulidad en la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2012, que absolvió a Juan José Marcelo Risi Carbone de la acusación fiscal formulada en su contra, por el

delito contra la Administración Pública – corrupción de funcionarios, en la modalidad de negociación incompatible en agravio del Estado.

19. Resolución de Nulidad N° 253-2012 –Piura de la Sala Penal Permanente

Lima, 13 de febrero del 2013

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Coautores: José Manuel Chávez Sandoval, Gilbert Córdova García, Rigoberto Timana Silva, Emma María Córdova Córdova y Alexi Córdova Alberca

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA:

2. Síntesis del fáctum

Según el sustento fáctico de la acusación fiscal, se imputa a los procesados en sus respectivas condiciones de alcalde, administrador y miembros del comité especial permanente para la adquisición de insumos para el Programa Vaso de Leche de la Municipalidad Distrital de Yamango, haber incurrido en una serie de irregularidades en la adquisición de insumos para el Programa Vaso de Leche de la Municipalidad Distrital de Yamango, en la adquisición de insumos del referido programa en el año dos mil tres; así se tiene que en transgresión a las bases otorgaron la buena pro a postores no aptos quienes presentaron documentación incompleta, inexistencia de sustento legal, consignación de un valor referencial superior al mercado, no haberse considerado a los productores locales que ofrecían precios menores, y fraccionamiento del proceso de selección en seis armadas; ello ocasionó un perjuicio económico de S/. 72,030.30 nuevos soles.

Asimismo, se incrimina a Córdova García, en su calidad de alcalde de dicha comuna haber declarado la situación de emergencia sin existir causas establecidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que la justifiquen, pues existió un stock

remanente proveniente del ejercicio anterior, igualmente por haber aprobado las bases administrativas de los seis procesos de selección.

4 Opinión del Fiscal Supremo

En el dictamen de los folios dieciséis a veinte del cuadernillo formado en esta instancia suprema, el señor Fiscal Supremo en lo Penal opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

2.2 El delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término “**interesar**”, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor a otros, no es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga la sola condición especial de funcionario o servidor público, ya que, es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo.

2.3 De los hechos y las pruebas, se puede concluir que tanto la comisión del ilícito y la responsabilidad penal de los encausados no se han acreditado, dado que se advierte que mediante Decreto Supremo número 008-2003-PCM de dieciséis de enero de dos mil tres, se declaró en estado de emergencia entre otros, al departamento de Piura, ante la eventual ocurrencia del “fenómeno del niño”, para lo cual se formuló el “Plan Nacional de Contingencia” mediante Decreto Supremo N° 029-2003-PCM de dieciocho de

marzo de dos mil tres , se incluyó al “Programa Vaso de Leche” dentro de dicho plan nacional, además, el referido programa se amplió por treinta días adicionales.

(...)

2.6 Respecto a la realización de los cuestionados procesos de selección que se precisan en el Informe Especial N° 191-2006-CG-ORPI (en los que no participaron los encausados Cordova Garcia y Chavez Sandoval); si bien, se presentaron irregularidades en la ejecución de los mismos, como el no haberse realizado el estudio de mercado, la falta de verificación de las propuestas y de la documentación presentada por los postores, entre otros, cabe señalar que no se advierte el interés particular, así como el exceso de los cargos o funciones de los procesados Timana Silva, Cordova Cordova y Cordova Alberca (integrantes de la Comisión Especial Permanente) orientando a finalidades no funcionales, apreciándose en todo caso, que tales omisiones o la falta de cumplimiento de los dispositivos legales para la adquisición de bienes obedecerán al desconocimiento de las normas por tratarse de una gestión edil nueva y a la premura por obtener el abastecimiento necesario, toda vez que la presencia de lluvias en la zona perjudicarían la adquisición del producto alimenticio y la respectiva distribución, situación que en todo caso correspondería ser ventiladas en la vía administrativa.

2.7 Asimismo se aprecia que los procesados integrantes de la Comisión Especial Permanente, si bien no verificaron los precios de mercado; sin embargo, se observa que cumplieron con el número de postores a la adjudicación directa para la compra de soya en grano y azúcar, conforme se aprecia de las actas de otorgamiento de la buena pro, donde se aprecia en todas ellas, a tres postores, de las cuales en distintos procesos se dio como ganador a Molino San Miguel EIRL, Rendihuza Servicios Generales

EIRL, e Inkari SAC, por haber presentado mejor propuesta económica, no apreciándose una actitud dolosa de los encausados.

2.9 A todo lo expuesto, es de referir que el señor Fiscal Supremo en lo Penal quedó conforme con la decisión tomada por el órgano jurisdiccional al momento de emitir su pronunciamiento, respecto a que la conducta de los procesados no constituye delito.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

Por ello, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, administrando justicia a nombre del Pueblo, los miembros integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ACORDAMOS:

I.- Declarar NO HABER NULIDAD, en la sentencia de tres de noviembre del dos mil once, emitida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Piura, que absolvió a los encausados don José Manuel Chávez Sandoval, don Gilbert Córdova Córdova y don Alexi Córdova Alberca de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública en la modalidad de aprovechamiento indebido de cargo en agravio del Estado- Municipalidad Distrital de Yamango, con lo demás que lo contiene y los devolvieron.

20. Resolución de Nulidad N° 2619-2012 –Tumbes de la Sala Penal Permanente

Lima, veintitrés de enero de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Coautores: Ramón Caferino Gonzales López, Luis Alberto Herrera Sanjinés, Claudio Olaya Olaya, José Modesto Carrillo Sarango, Napoleón Puno Lecarnaque.

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA:

La acusación fiscal imputa que se produjeron una serie de irregularidades en la convocatoria a concurso público en la modalidad de adjudicación directa por

exoneración para la provisión de los servicios de alquiler de maquinaria pesada para las obras del shock de inversiones de septiembre a diciembre del año dos mil seis; de carácter penal en la gestión funcional de la Dirección Regional Agraria de Tumbes: i) Estos hechos fueron consumados por su director Napoleón Puño Lecarnaque, en colusión con el Comité Especial de Adjudicación, para realizar las obras de encauzamiento y descolmatación del río Tumbes, donde fueron designados sus integrantes según la Resolución Directoral número 1344-2006/GOB.RED.TUMBES-DRAT, del 28 de septiembre del 2006, en las personas de Ramón Gonzales López, Luis Alberto Herrera Sanjinés, Claudio Olaya Olaya, Modesto Carrillo Sarango, quienes de manera dolosa se coludieron para favorecer al proveedor de servicios y Gerente de la Empresa Industrias, Ventas y Servicios Jesús de Nazareth” Manuel Ventimilla Peña, quien resultó ganador de la buena – pro bajo convocatoria, pese a que este no calificaba para el objeto del concurso público convocado, pues la propuesta técnica que él mismo ofertaba carecía de los requisitos técnico legales mínimos, a pesar de lo cual se le confirió una puntuación alta, a su favor con la evidente intencionalidad y conocimiento que con esta calificación iba a superar la propuesta económica. ii) A esto se debe sumar una serie de hechos irregulares tales como: a) Se habría llevado adelante un proceso de selección sin que previamente existieran bases aprobadas por la autoridad competente, contraviniéndose el numeral III de artículo tres de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, b) No se sustentaron las causales de descalificación de los demás postores, c) El postor ganador no adjuntó copia legalizada de la declaración anual del impuesto a la renta que acreditasen los comprobantes de pago con la conformidad de la culminación del servicio, así como este presentó facturas que respondían a SUNAT y no al emisor, lo que hace presumir la inexistencia de comprobantes de pago que debieron estar habilitados por el comité de

adjudicaciones, así como que hace presumir la concertación de voluntades para beneficiarse del dinero del Estado que posteriormente fueron anulados por el propietario en referencia. d) Por el poco monto facturado, muy inferior al requerido en las bases, no debió admitirse la propuesta presentada por el postor, e) Dentro de la propuesta técnica del postor no existe documentos notariales de fecha cierta, f) El detalle de los montos facturados y las copias de las facturas revelarían una irregular y sospechosa con el Ministerio de Agricultura, así como con la maquinaria propia del Ejército Peruano y de las Municipalidades de la Región, iii) También se presentan inconsistencias respecto a las horas de alquiler de la maquinaria utilizada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Cuarto: La decisión de sobreseimiento tiene los efectos de la cosa juzgada; por lo que para dictarse este tipo de autos es necesario tener presente ciertos parámetros que la doctrina suficientemente ha desarrollado; siendo estos: a) El hecho de la causa no se hizo o no puede atribuírsele al imputado, b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpación o de no punibilidad, c) La acción penal se ha extinguido, d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

Sexto: En el caso de autos, el Fiscal Superior en su dictamen acusatorio, emitió acusación contra Ramón Ceferino Gonzales López, Luis Alberto Herrera Sanjinéz, Claudio Olaya Olaya, José Modesto Carrillo Sarango y Napoleón Puno Lecarnaque como autores del delito contra la Administración Pública - negociación incompatible. Únicamente solicitó sobreseimiento para Manuel de Jesús Ventimilla Peña, como autor del delito de negociación incompatible (extremo que no fue impugnado).

Séptimo: En el Código de Procedimientos Penales, en atención al artículo doscientos

veintinueve, cuando el Fiscal emite dictamen acusatorio, necesariamente la Sala Penal debe declarar que hay mérito para dar inicio al juicio oral, previo control formal de los aspectos de la acusación, prescritos en el artículo doscientos veinticinco del Código de Procedimientos Penales, que en ningún caso puede llevar a sobreseer la causa dejando a salvo declarar fundada de oficio o a pedido de parte una excepción, sino a corregir el aspecto formal viciado, pues la Sala Penal no se encuentra autorizada para realizar un control sustancial de la acusación, como ocurre en la etapa intermedia del Código Procesal Penal, puesto en vigencia por el Decreto Legislativo 957, existiendo el Acuerdo Plenario número seis dos mil nueve/CJ ciento dieciséis, en tal sentido que ha infringido por los Jueces Superiores que por mayoría votan que establece los límites que en la Sala Penal Superior al controlar la acusación.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

Nula la resolución del 05 de marzo del dos mil doce, que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra Ramón Caferino Gonzales López, Luis Alberto Herrera Sanjinés, Claudio Olaya Olaya, José Modesto Carrillo Sarango, Napoleón Puno Lecarnaque, como autores del delito contra la Administración Pública- negociación incompatible, en agravio de la Dirección Regional Agraria de Tumbes; que otro colegiado superior expida nueva resolución con arreglo a Ley.

21. Resolución de Nulidad N° 169-2013 –Santa de la Sala Penal Transitoria

Lima, veintitrés de enero de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Coautores: Gilmer Juan Luján Guevara Bernardo Méndez Guerrero y Sixto Díaz Tello.

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Segundo: Según la acusación fiscal, fluye que la Universidad Nacional del Santa, mediante Resolución Rectoral número 24-2007 de fecha 10 de enero de dos mil siete, acredita a los señores Gilmer Juan Luján Guevara Bernardo Méndez Guerrero y Sixto Díaz Tello, como miembros titulares del Comité Especial de Adquisiciones de adquisición directa y de menor cuantía (...) asimismo, el procesado Luis Alberto Vigo Bardales participó como veedor destacado por la oficina de Auditoría Interna, para fiscalizar el proceso de selección o de adjudicación de canastas de víveres para los trabajadores de la Universidad Nacional del Santa, en la que participaron Inversiones SKA S.AC.; y Distribuidora Tany EIRL. Es el caso que el procesado no elevó ningún informe sobre lo actuado acerca de las presuntas irregularidades ocurridas durante el proceso, por lo que se presumía que no ocurrieron irregularidades; sin embargo la jefa de relaciones institucionales, Lissa Micaela Salvador Moreno, denunció al procesado ante los medios de comunicación, y señaló que el 06 de agosto de dos mil siete, luego de haber pactado una entrevista con la funcionaria en mención, le manifestó que podría apoyar a la empresa TANY, a través de documentación adulterada para ganar la primera licitación; por lo que, al percatarse de que dichos procesos de licitación no se trataban de procesos regulares, decidieron grabarlo, a fin de acreditar las irregularidades que se suscitaban.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Tercero: Que, de la revisión de autos, se aprecia que el Colegiado no efectuó una debida apreciación de los hechos atribuidos al encausado Luis Alberto Vigo Bardales, ni compulsó, en forma apropiada, los medios de prueba que obran en autos; además, no llevó a cabo diligencias importantes para establecer la inocencia o culpabilidad del encausado.

Cuarto: Que, en efecto, el Tribunal de Instancia, para absolverlo se funda en que “(...)

no se ha podido acreditar que el contenido del audio corresponde a la voz del procesado Vigo Bardales, por lo que no existen datos o indicios razonables objetivos, periféricos o concomitantes, que generen certeza de que el acusado haya participado directa o indirectamente en el hecho punible (...) por lo que se ha generado duda razonable por insuficiencia probatoria a favor del acusado; sin embargo, no valoró a plenitud lo expuesto por la testigo Lissa Micaela Salvador Moreno (manifestación policial) de fojas ciento treinta y cuatro y testimonial de fojas doscientos cincuenta, cuando afirma que el acusado se contactó con ella para explicarle sobre el proceso de licitación llevado a cabo por la Universidad Nacional del Santa y le indicó que podía apoyar a inversiones SKA SAC en la segunda licitación; ya que apoyó a la Empresa Tany, a través de documentación adulterada para ganar la primera licitación; la declaración del acusado Luis Alberto Vigo Bardales (instructiva de fojas doscientos cincuenta y nueve) cuando afirma haberse reunido con la testigo Lissa Micaela Salvador Moreno en el mes de marzo, en horas de la noche, en el restaurant Venecia de Chimbote. De otro lado, tampoco se realizó una pericia sobre el disco compacto (fojas ciento dieciocho), donde la citada testigo afirma que grabó la conversación con el acusado Vigo Bardales en la cual le ofreció su ayuda para que pueda ganar la buena pro en la segunda licitación.

Quinto: Que, en tal sentido, la motivación expuesta por el Colegiado para sustentar la decisión cuestionada es insuficiente, por lo que se incurre en causal de nulidad, prevista en el inciso uno, del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, por lo que es del caso anular la sentencia recurrida.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

Declarar nula, la sentencia que absolvió a Luis Alberto Vigo Bardales de la acusación fiscal formulada en su contra; por el presunto delito contra la Administración Pública

negociación incompatible, en agravio del Estado; con lo demás que contiene; en consecuencia: ORDENARON se realice un nuevo juicio oral por otro Tribunal de Instancia, donde se tenga en cuenta lo señalado en los fundamentos jurídicos de la ejecutoria.

22. Resolución de Nulidad N° 3723-2013 –Lima de la Sala Penal Permanente

Lima, dieciséis de enero de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Autor: Antenor Herman Rosas Coronel

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Segundo: Que en la Resolución materia de grado el Colegiado Superior declaró improcedente bajo rechazo in limini (de plano) la recusación vinculada por el encausado Antenor Hermán Rosas Coronel contra los señores Jueces Superiores integrantes de la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima; y a tal efecto, sostuvo que dicha articulación no cumplió con el requisito previsto por el apartado a) del inciso uno del artículo treinta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 28117, esto es cuando en el escrito de recusación no se especifica la causal; que sin embargo, se advierte que el encausado en su escrito de recusación de fojas cientos setenta y cinco, amparó su pretensión en el artículo veintinueve y siguientes del Código de Procedimientos Penales, por lo que en mérito a la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva prevista en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, y a lo señalado por el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, en el sentido que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o la

haya sido erróneamente, corresponde a este Supremo Tribunal emitir pronunciamiento estableciendo si se presentan algunas causales previstas en el artículo veintinueve del Código de Procedimientos Penales, o existen motivos fundados para dudar de la imparcialidad de los Magistrados recusados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Tercero: Que, al respecto, debemos tener en cuenta que la recusación como acto procesal tiene por objeto impugnar legítimamente la actuación de un Juez en un proceso, cuando una parte considera que no es apto porque su imparcialidad está en duda; así es concebida como un derecho de las partes procesales para interesar el apartamiento del conocimiento o intervención en un determinado proceso de los Jueces en quienes concurra alguna circunstancia que afecte la su necesaria imparcialidad u objetividad, su fundamento radica en la necesidad de asegurar un juicio con todas las garantías, constituyendo un elemento esencial del derecho al debido proceso que exige la concurrencia de dos elementos conexos y coexistentes: por una parte, la justicia ha de ser impartida por Jueces imparciales y, por otra, la sociedad ha de constatar que así es.

Cuarto: Que, la Ley procesal, por razones de seguridad jurídica, establece un elenco de causas de recusación vinculadas a la ausencia de vinculación o de relación el Juez con las partes o con el objeto procesal que importan circunstancias de neutralidad la Ley excluye al Juez no porque sea parcial, sino porque puede temerse que lo sea en virtud a determinadas relaciones y extraprocesales taxativa y legalmente enumeradas; que, es así, que los artículos veintinueve y treinta y uno del Código de Procedimientos Penales, regulan con vocación de generalidad los supuestos en los que concurre razonadamente una apariencia de parcialidad o que hacen prever fundadamente un deterioro de su imparcialidad y para ello hay tener en cuenta el punto de visto del

justiciable, pero éste no juega un papel decisivo, pues el elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las aprehensiones del interesado como objetivamente justificadas.

Quinto: Que, en el presente caso, de la evaluación de los fundamentos de la recusación no se aprecia que se sustente en algunas de las causales previstas en el artículo veintinueve del Código de Procedimientos Penales (...). se advierte que los fundamentos del recusante no parten de un correcto entendimiento de la causal genérica de recusación vinculada al “temor de parcialidad” de su ámbito y presupuestos materiales para su apreciación; toda vez que sólo se indica como fundamento esencial que los citados magistrados han adelantado criterio por elevar en consulta al señor Fiscal Supremo el dictamen de sobreseimiento del señor Fiscal Superior, lo cual efectuaron por facultarlo así el segundo párrafo del inciso c) del artículo doscientos veinte del Código de Procedimientos Penales, es decir su decisión no fue antojadiza, arbitraria, ilícita o abusiva, en tanto estuvo amparada legalmente, es más de una simple lectura de la resolución que dispone la elevación de los autos en consulta al señor Fiscal Supremo en lo Penal no se observa ningún adelanto de opinión, tan solo se consigna el hecho objeto de denuncia fiscal, la norma jurídica que faculta la decisión en consulta y los fines así como la utilidad de la etapa intermedia en el proceso penal, no se aprecia ningún juicio de valor referente a actos de investigación recabados en la etapa preliminar o jurisdiccional que vincule directamente al encausado.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

No haber nulidad, en la resolución que rechazó de plano la recusación formulada contra los señores Jueces Superiores de la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima (...), a efecto de que se abstengan de seguir conociendo el proceso que se le sigue al encausado por el delito contra la Administración Pública en

la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo.

23. Resolución de Nulidad N° 865-2012 –Lima de la Sala Penal Transitoria

Lima, catorce de enero de dos mil catorce

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Coautores: Marius Alberto Peyre Guerin – Asesor General de Alcaldía, Joaquín Fernando Maraví – Encargado de la Oficina de Abastecimiento, y Cita Violeta Muguersa Obando – Directora Municipal de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Tercero: La acusación fiscal atribuye a los procesados que por la celebración del 465 aniversario de Lima, se llevó a cabo a los 17 y 18 de enero del año dos mil, se interesaron en la contratación de la empresa INVERSIONES RIPAL Sociedad Anónima Cerrada, para que preste servicios de fuegos artificiales por el importe de cinco mil novecientos dólares americanos, no siguiéndose los procedimientos regulares, dado que la invitación y selección de postores, así como la recepción de cotizaciones fueron realizadas por el Asesor Legal de la Alcaldía, cuando debió efectuarse por la oficina de Abastecimiento. Para ello llevaron a cabo un proceso de adjudicación sin publicación, requiriendo para tal efecto tres cotizaciones, cuya adquisición lo realizó área distinta a la que correspondía, advirtiéndose que dos cotizaciones no corresponden a empresas que prestan el servicio requerido, la oficina de Abastecimiento no participó en la convocatoria y recepción de propuestas se allanó a continuar con el proceso irregular permitiendo que la empresa RIPAVAL Sociedad Anónima Cerrada preste el servicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Quinto: A los procesados se les imputa el delito de negociación incompatible, que se

encontraba regulado en el artículo 399° del Código Penal, modificado por Ley 27074 del 26.03.1999, que señala que el funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad de dos ni mayor de cinco años.

Sexto: Este delito no posee como bien jurídico protegido alguno directamente vinculado con el perjuicio efectivo causado al patrimonio público, pues este delito no exige que se produzca un resultado material o un perjuicio patrimonial, sino que el objeto de tutela penal es organizar el normal desenvolvimiento y funcionamiento de la administración pública, en cuanto a oportunidad y eficiencia en el cumplimiento de la función pública, por lo que no es posible aplicar la duplicidad de los plazos de prescripción de la acción penal en este caso.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

No haber nulidad en la resolución del 02 de agosto de 2011, que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por los procesados Joaquín Fernando Maravi Miller, Cita Violeta Muguera Obando, y a favor de Marius Alberto Peyre Guerin, por encontrarse en la misma situación en el proceso.

24. Resolución de Nulidad N° 2770-2011 –Piura de la Sala Penal Permanente

Lima, doce de septiembre del 2012

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Autores: Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

1.1 Según la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciocho, se imputa al acusado Marco Antonio Rojas Granados en su condición de Gerente Municipal de la

Municipalidad Distrital de la Unión periodo dos mil tres, haber autorizado indebidamente el pago de adelantos, sin contar con los informes favorables del inspector de obra (el coacusado Valerio Benique Cabrera) ocasionando que se pague de manera irregular y sin fundamento al contratista Víctor Urbina Bustamante, en representación del Consorcio CERELCSA la cantidad de ochenta y un mil cuatro nuevos soles con diecinueve céntimos, en un plazo de quince días, otorgándole la buena pro el 19.12.2003 sin que la Municipalidad tome conocimiento de la aplicación de esta situación, además se le efectuó el pago de adelantos previos y sin la garantía que los materiales ingresen a la obra oportunamente, retrasando la ejecución de la obra, así como no requerir al contratista la amortización de la totalidad del adelanto otorgado y pendiente de amortizar, y por haber omitido realizar acción orientada a la aplicación de la penalidad correspondiente al contratista, lo que ha ocasionado un perjuicio económico a la Entidad y un claro favoritismo al no exigirle al contratista el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el contrato de obra.

1.2 Se incrimina al procesado Valerio Benique Cabrera, haber omitido en su calidad de inspector de obra y Gerente de Desarrollo Urbano, durante el periodo 2004, requerir al contratista del Consorcio CERELCSA la amortización de la totalidad del adelanto otorgado y pendiente de amortizar, lo que ha ocasionado un perjuicio económico a la entidad agraviada hasta por un monto de siete mil veinte y cuatro con 96/100 céntimos, evidenciando claro favoritismo al no exigirle al contratista el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el contrato de obra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

3.1 El delito de negociación incompatible previsto en el artículo 397° del Código Penal al momento de los hechos, es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía

administrativa, debiendo para ello cumplir con las exigencias del tipo penal: **a) intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional**, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone que **i)** es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; **b)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento, o mandato legítimo; **b) indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero**, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión 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, admitiendo tres modalidades de comisión: **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales; **c) el objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación**, dada la naturaleza de los actos que interviene el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc); y **d) requiere el dolo directo**, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

DECLARARON: NO HABER NULIDAD, en la sentencia del diecinueve de julio

del 2011 que absolvió a los procesados Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera, de la acusación fiscal como autores del delito de aprovechamiento indebido de cargo, tipificado en el artículo 397° del Código Penal en agravio de la Municipalidad Distrital de la Unión; y con lo demás que contiene; y los devolvieron.

25. Resolución de Nulidad N° 2641-2011 –Lambayeque de la Sala Penal Transitoria

Lima, diez de agosto del 2012

PARTE PRELIMINAR DE LA SENTENCIA

Coautores: Marco Antonio Ohama Paredes- Ex Presidente del Directorio, Teófilo 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, y Sixto Nolberto Diez Segura- ex integrante del Comité Especial Permanente, en su condición de funcionarios de la Sociedad de Beneficencia Pública de Chiclayo

PARTE EXPOSITIVA DE LA SENTENCIA

Segundo: Que, fluye de la acusación fiscal de fojas mil setecientos setenta y nueve, que el Informe Especial número 05-2008-CG-ORCH, efectuada 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 periodo comprendido entre enero del dos mil cuatro a diciembre del 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 vehículos de la entidad, se evidencia que los procesados Marco

Antonio Ohama Paredes- ex Presidente de Directorio, Teófilo Ramón Rojas Quispe ex Gerente y ex Presidente del Comité Especial Permanente, Nepton David Ruiz Saavedra ex Gerente, Jorge Antonio Reinoso Samame – ex integrante del Comité Especial Permanente, Cristobal 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 19 de agosto del 2019, 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 encontraron 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 veinte y siete mil doscientos nueve y 00/100 soles, en beneficio de los ganadores de la buena pro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Tercero: Que, respecto al delito de negociación incompatible que se imputa a los

procesados, el artículo 399° 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 “intesar”, el cual es entendido como la “injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo en 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 “intesar es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que este 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 particulares.

Cuarto: Que del estudio de autos, se advierte que la propia imputación esgrimida por la representante del Ministerio Público contra los acusados (...) tiene como fundamento el Informe Especial N° 005-2008-CG/ORCH, el cual determinó una serie

de irregularidades durante el periodo transcurrido entre enero del dos mil cuatro a diciembre del dos mil cinco, las mismas que se atribuyen a los citados encausados, y que se enmarcan en el proceso de adquisición, contratación y ejecución de servicios de arrendamiento de los bienes inmuebles, magesí 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 si solas no denotan la existencia de un interés particular de parte de los procesados, pues las irregularidades administrativas no 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 este, lo que en concreto amerita el 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 extra penal, siendo del caso señalar que la ley N° 29622 del 07 de diciembre del 2010, que modifica la Ley N° 27785 (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 contenidas en el Informe Especial que originó la presente causa.

PARTE DISPOSITIVA O FALLO

Declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas dos mil sesenta y ocho

de fecha 31 de junio del dos mil once, que absolvió a los procesados Marco Antonio Ohama Paredes, Teófilo Ramón Rojas Quispe, Nepton David Ruiz Saavedra, Jorge Antonio Reinoso Samame, 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.

4.2 Discusión de los resultados

4.2.1 De las Casaciones en el delito de negociación incompatible:

1. Casación N° 231-2017- Puno

Esta sentencia, surge del recurso de casación interpuesto por los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón, contra la sentencia de segunda instancia que confirma la sentencia de primera instancia, y los absuelve de la imputación fiscal que los condenó por el delito contra la administración pública negociación incompatible, en agravio del Estado

Es importante destacar el fundamento jurídico décimo quinto; que señala que el ilícito penal, debe ser interpretado restrictivamente, y que, el solo incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, debe ser interpretado de conformidad con los principios de lesividad, última ratio (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal. Igualmente el fundamento jurídico número veinte, que señala que el **actuar** del funcionario o servidor público en un contrato u operación que interviene por razón de su cargo, **no debe ser entendido** como “parcializarse” por una de las partes, sino

que debe **interpretarse** como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo.

En esta sentencia, consideramos que implícitamente se hace prevalecer el principio de legalidad, al sostener que el delito de negociación incompatible no se configura por el solo incumplimiento de normas de carácter administrativo, que si bien, podrían constituir una conducta ilegal, no siempre será delito.

En cuanto al interés indebido en provecho propio o de tercero, en este delito, se señala que no es suficiente, que el sujeto activo dirija la conducta más allá de lo debido; sino, que al ser un delito de peligro concreto, no es necesario que exista perjuicio económico contra el Estado, lo que se debe corroborar es, si el contrato u operación, significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado; es decir, si se cumplen o no las prestaciones, a precios del mercado, no existe peligro contra el patrimonio estatal; por tanto, no existiría provecho del propio agente (funcionario o servidor) o de un tercero (extraneus).

Finalmente, debemos señalar que el delito de negociación incompatible, que conforme con esta sentencia el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto que por principio de lesividad, su configuración está condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. De allí, que no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, sino que serán típicas aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública.

2. Casación N° 67-2017- Lima

En el *fundamento jurídico trigésimo séptimo*, se señala que es un delito de peligro y por tanto la realización del delito, no se encuentra supeditado a la lesión efectiva de un bien jurídico, sino que la relación entre el peligro y la realización del mal futuro, un nexo de posibilidad; ello podría entenderse como un adelantamiento al poder del Estado, por lo que debe ser debidamente interpretado y aplicado cada caso concreto, a fin de que se castigue el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa estatal, pues de darse ello, se vulneraría los principios de *ultima ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal; máxime, que por aplicación del principio de legalidad previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, la interpretación y aplicación debe ser restrictiva.

Respecto, al *trigésimo octavo* fundamento jurídico, que señala que *no cabe punir meros comportamientos*, que signifiquen solo *actuaciones parciales* por parte del presunto sujeto activo porque de ser así, significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés y conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio. Consideramos sumamente importante, este fundamento debido a que implícitamente acoge el principio de legalidad penal, al no considerar conductas que quebrantan normas administrativas; sino que para sancionar penalmente en el delito de negociación incompatible deben existir otros factores de corrupción más allá, del quebrantamiento de la norma administrativa.

En relación al sujeto especial cuando el funcionario o servidor público *no cumple con las obligaciones de su cargo*, en colisión con los intereses del Estado, *no basta*,

para subsumir la conducta en los elementos normativos del tipo penal, pues como se ha señalado el derecho penal es *ultima ratio* subsidiario y fragmentario, por lo que primero se debe evaluar si existe otra vía menos gravosa como el procedimiento administrativo disciplinario; y solo cuando reúna las características de relevancia y cumplimiento del injusto, deberá intervenir el Derecho Penal.

Finalmente, consideramos interesante lo dicho en el *cuadragésimo fundamento jurídico* de la sentencia casatoria, al desarrollar el elemento “en provecho propio o de tercero”, si bien la acción puede implicar un riesgo para el patrimonio de la administración pública; sin embargo, no basta una mera infracción del “deber de abstención” del funcionario público, sino que el interés debe ser considerado como una intervención a su favor en el contrato u operación que interviene por razón de su cargo.

3. Casación N° 187-2016-Lima

Esta sentencia es muy importante, porque constituye doctrina jurisprudencial penal vinculante cuando se produce el sobreseimiento en primera instancia, a pesar que el Fiscal Provincial, postula requerimiento acusatorio, y no apela el sobreseimiento; y en segunda instancia, apela el actor civil u otro sujeto procesal; en este caso prevalece el dictamen del Fiscal Superior; como se puede advertir *no se aplica la exigencia de la doble conformidad*, debido a que por el principio acusatorio y de jerarquía en la función fiscal, previsto en el artículo cinco de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales de menor grado, deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores, pues el Ministerio Público es un organismo público constitucionalmente autónomo que se encuentra jerárquicamente organizado. (Doctrina jurisprudencial fundamentos jurídicos cuarto al décimo primero y décimo

tercero).

Otro punto, importante respecto al actor civil en el delito de negociación incompatible, que recae en la Procuraduría Especializada Anticorrupción, subyace cuando no presenta oposición escrita y verbal a la solicitud de sobreseimiento del Fiscal Provincial, o por el procesado en la audiencia de control preliminar, los jueces supremos, han dicho que el actor civil si puede apelar el sobreseimiento, porque, el artículo 104° del Código Procesal Penal, faculta los recursos impugnatorios, sin establecer como presupuesto que para ejercer dicha facultad debe preexistir oposición previa al sobreseimiento. En ese sentido, todo acto que restrinja el derecho del actor civil a impugnar constituiría la vulneración al derecho al recurso de las partes, así como del principio de legalidad. (Doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos décimo quinto al vigésimo primero).

Para concluir, debemos señalar que la jurisprudencia penal vinculante contenida en esta sentencia casatoria, no comprende el ámbito sustantivo del delito de negociación incompatible, sino el ámbito procesal, que se manifiesta con la imputación en la formalización y continuación de la investigación preparatoria, y la acusación, con el sobreseimiento dictado por el Juez de Investigación Preparatoria, en la que apela el fiscal, sino el actor civil la Procuraduría Anticorrupción, a pesar que en la audiencia de control de acusación no se opuso; aquí se pone de manifiesto el respeto del principio de legalidad procesal, al establecer que si es posible jurídicamente la apelación del sobreseimiento del actor civil.

4. Casación N° 23-2016-ICA

Lo destacable en esta sentencia para los fines de la investigación, es el desarrollo del rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación

del interés particular indebido de tercero. Se señala que el artículo 399° del delito de negociación incompatible es una norma general de carácter subsidiario, y que al no especificarse la naturaleza del contrato u operación es un tipo penal general, de amplio espectro que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio. Se desarrolla que el bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; el verbo típico en este delito, es el interés que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinados; es decir requiere que el agente haya mostrado mediante actos irregulares su deseo de influir en el desarrollo de acto de adquisición. Que, el delito de negociación incompatible, por imperativo normativo al tratarse de un delito especial propio, solo puede ser aquel que ostente la cualidad de servidor o funcionario público; siempre que se cumpla la relación funcional exigida en la norma; la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, debido a que no se está, ante 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.

En nuestro modesto entender, en esta sentencia respecto al extraneus, se aplica correctamente el principio de legalidad, al señalar que la intervención del tercero no se sanciona penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal; ello se advierte en los hechos acaecidos (contratación exonerada por emergencia) la responsabilidad que recaería en los extraneus, sería de carácter

administrativo y autónomo; ello en tiene sentido, por el carácter subsidiario del delito de negociación incompatible; ante la existencia de norma administrativa Ley de Contrataciones del Estado, que establece la responsabilidad del tercero contratado, existe la vía extrapenal para sancionar la conducta del extraneus, y que es aislada de la norma penal; por ello entendemos que no es de recibo comprobar la responsabilidad administrativa previa, para luego subsumirla en responsabilidad penal del extraneus en el delito materia de la presente investigación.

Otro aspecto que debemos destacar, es el desarrollo de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de negociación incompatible; así se señala en la sentencia casatoria, que el elemento objetivo comprende: El interés indebido, y el elemento subjetivo está integrado por: El provecho propio o de tercero; y por el dolo. En cuanto, elemento objetivo *interés indebido* en un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público, sintetiza la tipicidad objetiva, y la existencia del interés del funcionario público o servidor público debe traducirse en un provecho propio o de tercero donde el agente ejecuta su actividad en el acto, o proceso de contratación que debe arribar a un resultado. En relación al elemento subjetivo *búsqueda de un provecho propio o de un tercero*, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; este elemento subjetivo viene a ser la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) *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, *requiere*, como cualquier otro elemento del tipo, ser materia de prueba dentro del proceso penal. Y en cuanto *al dolo*, es entendido normativamente en razón al rol que cumple el agente al ser el delito de negociación incompatible de carácter doloso, exige al funcionario o servidor público sujeto

activo portador original del deber de lealtad y probidad de contratar, realizar operaciones en representación del Estado, aquí se analiza la conducta voluntaria con conocimiento de ejecutar funciones, prevaleciendo en él un interés particular contrario al de la administración pública, buscando un provecho propio o de tercero.

Finalmente, merece destacar de la casación, en cuanto al partícipe, se señala que no tiene un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede; se define a la complicidad como la contribución a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. En el análisis subjetivo del tipo penal se tiene que determinar si la conducta imputada al partícipe fue realizada o no de forma dolosa; el Código Penal solo admite la posibilidad de una participación dolosa. La imputación subjetiva en el cómplice tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, y si servía para la comisión del delito; sin embargo, teniendo en cuenta la redacción del artículo 399° del Código Penal, al no admitir la participación necesaria del extraneus, sino únicamente el interés indebido del funcionario o servidor público, consideramos, que es irrelevante determinar si la conducta del extraneus fue dolosa, para sancionar penalmente al autor.

5. Casación N° 628-2015- Lima

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en esta casación de fecha 05.MAY.2016 sobre “la importancia de la motivación de sentencia en la prueba indiciaria”, establece 1. Que, la motivación descansa tanto

en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación a aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuando las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de imputación civil y quantum de la reparación civil. 2. Que, el examen de presunción de inocencia importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre suficiencia probatoria, mientras que la correlación de la motivación se encuentra en el juicio de la razonabilidad. 3. El conraindicio, que es la contraprueba indirecta, consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria.

6. Casación N° 841 –2015 Ayacucho

Esta casación del 24 de mayo del 2016, es la que con mejor claridad define la participación de un extraneus en un delito de infracción de deber, que va a depender de que la misma sea incluida en la redacción típica, que en delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, la conducta típica es distinta, a los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus.

Si bien los fundamentos de derecho 28, 29 y 30 no se establecen como doctrina jurisprudencial, es importante el desarrollo de la estructura típica del delito de negociación incompatible, se señala que no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto

(Cohecho, colusión, peculado). 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, por parte del funcionario o servidor público, el *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 el acto administrativo que perjudicase a la administración pública.

Tiene naturaleza subsidiaria, debido a 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, 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.

Otro punto, que merece destacar respecto a la finalidad especial de este delito, se encuentra en el *trigésimo cuarto* fundamento de derecho, que constituye *doctrina jurisprudencial*, se señala que este delito 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.

En el fundamento trigésimo quinto que también constituye doctrina jurisprudencial, con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Se señala que 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 el interés indebido, es 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, *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.

El trigésimo sexto, que también es doctrina jurisprudencial, desarrolla el segundo elemento el 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. 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.

Finalmente en el trigésimo séptimo fundamento de derecho, también definido como doctrina jurisprudencial establece que 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*, y que los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen por sí solos de relevancia para el Derecho Penal.

4.2.2 De las sentencias de nulidad de la Corte Suprema

7. Resolución de Nulidad N° 677-2016-Lima de la Sala Penal Permanente

En esta sentencia de nulidad se desarrolla el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible, sosteniendo que en este delito se parte del hecho que como primera línea de protección se encuentra la funcionalidad de la administración pública, cuya eficiencia y eficacia se ve vulnerada por la actuación irregular del funcionario o servidor público que se interesa en el procedimiento en curso, pero ello en modo alguno significa que el objeto jurídico específico de protección sea el patrimonio del Estado.

De ello, se puede advertir que este delito de corrupción al que se le cataloga como subsidiario, el último cuando no se puede imputar otras conductas de corrupción de funcionarios previstas en el Código Penal; sin embargo, en nuestra apreciación, es un delito previo, en el que las barreras del derecho penal se adelantan, pues puede cometerse en los actos preparatorios al contrato u operación, así el interés indebido,

se puede consumir antes del tráfico de influencias, antes de la colusión (concertación ilegal), mucho antes que el cohecho, con el solo despliegue de actos preparatorios que corresponden a una actuación administrativa.

Otro punto, que merece resaltar, es que el fallo de no haber nulidad, de la Corte Suprema de la sentencia absolutoria de segunda instancia por la *imputación en calidad de cómplices primarios* atribuidos a Daniel Saba de Andrea, Cesar Felipe Gutiérrez Peña, Miguel Hernán Celi Rivera, Rómulo León Alegría y Jostein Kar Kjerstad, no se sustenta en el hecho que son extraneus, y porque, no se les puede sancionar por el tipo penal de negociación incompatible, todo lo contrario, se les procesó, acuso y llevo a juicio oral, sobre la base del principio de accesoriedad en la participación como acto dependiente de la actuación del autor; la absolución de los cómplices primarios en segunda instancia y la no nulidad por la Corte Suprema, se sustenta en que los cargos contra los cómplices resultan absolutamente deficientes, no calificando como aportes, y porque, los hechos atribuidos a los autores por el delito de negociación incompatible, no se lograron acreditar así como la responsabilidad penal. Nótese que en este caso, al no haber autor no hay cómplice, lo que es correcto. La Corte Suprema llega a la conclusión que la conducta es atípica al no acreditarse el interés en un contrato u operación, debido a que si bien el proceso de selección forma parte conformante del proceso de contratación pública; se trataba de un caso especial, en el que el proceso de aprobación de suscripción de contrato se encontraba regulado en el Decreto Supremo N° 045-2008-EM Reglamento del Artículo 11° del TUO de la Orgánica de Hidrocarburos

Para finalizar este extremo de la sentencia de nulidad, la Corte Suprema, admite tácitamente el principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de

imputación en el extraneus; contrario a los fundamentos de la casación N° 841-2015-Ayacucho; toda vez que la confirmación de la absolución de los cómplices en el delito de negociación incompatible se sustenta en la atipicidad de la conducta de los coautores.

Otro, punto importante es el desarrollo que se realiza sobre el delito de negociación incompatible tipificado en el artículo 399° del Código Penal, compartimos el criterio que al ser una modalidad de corrupción, la conducta del sujeto debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa. Así para los elementos del tipo penal que requiere: a) Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto, empleo en la administración pública, lo que supone que: I) es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; II) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; b) **indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero**, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración de interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnando, los intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); c) **el objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación**, dada la naturaleza

de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y **d) requiere el dolo directo**, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

8. Resolución de Nulidad N° 2543-2013 –Ancash, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

En esta sentencia se declara no haber nulidad de la sentencia absolutoria de segunda instancia, dictada a favor de la Alcaldesa de la Municipalidad Distrital de Cochas – Huanchay, por insuficiencia probatoria, al no acreditarse la injerencia en la adquisición de bienes y servicios, debido a que ello, fue realizado de manera directa por el personal encargado de la entidad municipal por la urgencia de la ejecución de la obra. Nótese que en esta sentencia la Sala Suprema, *se limitó a desvirtuar el interés indebido directo de la Alcaldesa, por no advertir contrato suscrito por la encausada con los proveedores*; sin embargo, desarrolla el interés indebido indirecto que pudo ser el caso considerando la jerarquía del cargo de la encausada como Titular del Pliego, añadiendo las limitaciones en la imputación fiscal, y a los argumentos del representante del Ministerio Público en el recurso de nulidad que constituyen el ámbito para el pronunciamiento del Tribunal Supremo.

9. Resolución de Nulidad N° 734-2014 –Tumbes

En esta sentencia se falla declarando la no nulidad de la condena, porque tanto el Alcalde como el Gerente de Asesoría Jurídica, actuaron por razón de su cargo en

los procesos de selección y en los contratos de la Municipalidad, existiendo interés hasta la culminación de los procesos de contratación estatal investigados; y respecto al extraneus citado en la sentencia Roberto Collowe Neri, Gerente General de la Empresa Comercial Virgen de la Puerta EIRL, quien suscribió el contrato N° 003-2004-MPCVZ del 06.10.2004, se deduce que no hubo condena en segunda instancia. Esta sentencia no desarrolla a partir de los hechos imputados objeto de la condena, como es que se subsumen en los elementos normativos del tipo penal, si el interés fue indebido, directo, indirecto, tampoco se motiva el dolo.

10. Resolución de Nulidad N° 3365-2013 – San Martín de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

En la sentencia se confirma la condena tanto para la autora, y el cómplice en el delito de negociación incompatible, o aprovechamiento indebido de cargo, confirmando el monto de reparación civil de forma solidaria. En esta sentencia no se fundamenta el principio de legalidad, tampoco la teoría de unidad de título de imputación, mucho menos la accesoriedad; no se ampara el recurso de nulidad deducido por los condenados contra la sentencia condenatoria de segunda instancia, sobre la base del análisis de los hechos con los elementos normativos del tipo penal, sino por la condición de esposos, la autora era la funcionaria pública (esposa) que intervino en el contrato u operación por razón de su cargo, con el extraneus a título cómplice (el esposo).

Consideramos que en esta sentencia desde el ámbito de la autora, es razonable inferir el interés indebido en su condición de Alcaldesa en el contrato con su esposo (el extraneus), y por tanto, que se haya confirmado la condena; en cambio, desde el ámbito del extraneus, consideramos que se vulnera el principio de legalidad penal

en el delito de negociación incompatible, debido a que la decisión no se sustenta en argumentos jurídicos, sino en lo medular por el vínculo de afinidad de esposo de la Alcaldesa; no pretendemos sostener que la conducta del extraneus quede impune; sino, porque los elementos normativos del tipo penal en el delito de negociación incompatible, no comprende el interés indebido del extraneus, indistintamente del vínculo de consanguinidad o afinidad, ello es una manifestación del quebrantamiento del principio de legalidad penal.

11. Resolución de Nulidad N° 2139-2013 – Ica

En esta sentencia se ampara el recurso de nulidad interpuesto por el autor Edilberto Nicolás Ramos Hernández, en el extremo de la prescripción, teniendo como fundamentos el artículo 41° de la Constitución Política del Perú, el fundamento jurídico 14 literal b) del Acuerdo Plenario 01-2010/CJ-116 considerando que por el lapso del tiempo desde la fecha de la comisión de los hechos, la potestad punitiva del Estado se extingue, y con él la responsabilidad del autor. Lo destacable de esta sentencia es que no opera la duplica del plazo de prescripción, *porque en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, no se afecta el patrimonio estatal.*

12. Resolución de Nulidad N° 1378-2013 – Loreto de la Sala Penal Suprema.

En esta sentencia se falla declarando no ha lugar la nulidad deducida por el sentenciado Edgar Tananta Pinchi, en su calidad de funcionario de la Municipalidad Provincial de Mayna, por la transgresión de normas infralegales, en el marco del proceso de selección del contrato N° 094-2007-MPM, al cambiar el tipo de insumo del Programa Vaso de Leche de menor calidad con el mismo valor referencial, y

que estos hechos constituyen indicios relevantes para la configuración del elemento normativo del tipo penal del interés indebido directo en el delito de negociación incompatible y aprovechamiento indebido de cargo.

En nuestro entender, el interés indebido con relevancia penal manifestado por el sentenciado Edgar Tananta Pinchi como Sub. Gerente de Logística, se sustenta en que actuando por razón de su cargo en el proceso de selección influye para que los miembros del Comité de Administración del Programa Vaso de Leche, aceptaran la propuesta de cambio de marcas de la leche; la condena se ajusta a la legalidad, pues el hecho imputado configura actos de corrupción que se manifiestan en la disminución de las condiciones de calidad con el mismo valor referencial, que perjudicaron a los beneficiarios de un programa social en situación de pobreza y/o extrema pobreza.

13. Resolución de Nulidad N° 1782-2012 – Cajamarca

En esta sentencia se ampara la pretensión del actor civil, en agravio de SESACAJ Sociedad Anónima, destacando el principio acusatorio en el que prevalece la posición del superior del Ministerio Público frente al inferior jerárquico. El Fiscal Supremo sostiene que existen elementos de prueba suficientes que permiten concluir que la conducta desplegada por los encausados es reprochable penalmente al realizar procedimientos administrativos distintos a los exigidos, interesándose para que se elegido el Jefe de Catastro; en cambio el Fiscal Superior, decidió no acusar por este delito.

En nuestra apreciación, si bien es cierto que en el Ministerio Público, siendo un órgano jerarquizado constitucionalmente autónomo, rige el principio de unidad en la función fiscal y el principio de jerarquía, sin embargo, consideramos errado el

parecer del Fiscal Supremo, debido a que por ese hecho, no debería intervenir el derecho penal, dado que es subsidiario, sino el derecho administrativo a través del proceso administrativo disciplinario, más aún que el *delito de negociación incompatible es un delito residual subsidiario; en ese sentido, simples conductas de índole administrativo de menor lesividad, no pueden ser constitutivos de sanción penal.*

14. Resolución de Nulidad N° 432-2013 –Lambayeque - Sala Suprema

En esta sentencia se declara no haber nulidad en la sentencia absolutoria de segunda instancia por el delito de abuso de autoridad y de complicidad primaria y por el delito de negociación incompatible, sin que se sustente en un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, sino, porque la posición del Fiscal Supremo quien solicita que se confirme la absolución. Aquí una vez más, se aplican las reglas del principio acusatorio, la imputación fiscal del inferior jerárquico, se diluye, ante el parecer del superior jerárquico en aplicación del artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, siendo ese, el fundamento para que el proceso penal debe llegar a su fin.

15. Resolución de Nulidad N° 300-2014 –Cusco

En esta sentencia, como antecedente en segunda instancia se condena como autores dicho delito a los encausados Roberto Augusto Farfán Ríos, y Jorge Isaac Acurio Tito. Al primero, porque en su condición servidor municipal otorgó anuencia para la contratación del servicio de alquiler de un camión volquete de propiedad del **segundo encubierto** en un tercero una empresa, a pesar que era el **residente** de la obra “Construcción del coliseo cerrado de Calca” y se les impone a ambos,

reparación civil y la pena de inhabilitación. La Sala Permanente de la Corte Suprema, confirma la condena del autor Roberto Augusto Farfán Ríos, y declara la nulidad de la sentencia de Jorge Isaac Acurio Ttito (residente de obra), y **reformándola** lo condenaron con la misma pena a **título de cómplice primario**, de cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por tres años, y en lo demás se confirma la reparación civil y la pena de inhabilitación para ambos.

Nótese, que en esta sentencia de la Corte Suprema, condena al residente de obra, **de coautor a cómplice primario** con la misma pena que al autor, por el hecho que el volquete utilizado en la ejecución de la obra era de su propiedad, empero, el que contrato fue un tercero (persona jurídica); tanto, como coautor, o cómplice primario no intervino directamente en la contratación por razón de su cargo. De ello, en nuestro modesto entender, lo cuestionable es que la sentencia, no existe argumenta la accesoriadad y unidad de título de imputación, que son los fundamentos que se utiliza el Ministerio Público para imputar el título de cómplice, y que no se utilizaron para modificar la condición jurídica del sentenciado de coautor a cómplice. En ese contexto, consideramos que lo que se vulnera es el derecho constitucional a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancia previsto en el artículo 139.5 de la Carta Fundamental; además de ello, se vulnera el principio de legalidad al sancionar penalmente a título de cómplice primario, a un agente que no reúne la condición especial de funcionario o servidor público y que tampoco actuó por razón de su cargo en el contrato.

Otro punto, que a nuestro juicio, vulnera el principio de legalidad penal, es que no se tuvo en cuenta en esta sentencia de nulidad, que el **artículo 25°** del Código Penal, en la complicidad primaria, la sanción *solo se circunscribe a la pena*

prevista para el autor, más no comprende sanción de inhabilitación; lo que no tuvo en cuenta la Corte Suprema en esta sentencia, debido a que además de la pena, **confirma** en el cómplice primario la reparación civil y la *sanción de inhabilitación por tres años*, a pesar que era extraneus; más aún si se tiene en cuenta, que el tipo penal de negociación incompatible es un delito especial cualificado de infracción del deber, que únicamente comprende a los funcionarios o servidores públicos, cuando quebrantan deberes positivos previstos en normas legales o reglamentarias, realizando actos de corrupción, que el extraneus no tiene, en esta sentencia la sanción de inhabilitación impuesta al extraneus es ilegal, y en malam partem.

16. Resolución de Nulidad N° 1083-2013 –Lima

En esta sentencia se declara la nulidad de la sentencia de segunda instancia que condenó al autor (funcionario público), y a la cómplice primaria, por considerar el juzgador, la *existencia de concurso aparente de leyes, entre el delito de negociación incompatible con el delito de colusión*, y que por el principio de consunción al ser el delito de colusión más amplio y con mayor sanción penal, absorbe al primero menos grave (negociación incompatible). Sin, embargo, no se fundamenta para lo que es materia de la presente investigación, que en la sentencia de segunda instancia, se había procesado y condenado al cómplice por el delito de negociación incompatible, sobre la base de la teoría de unidad de título de imputación y la accesoriedad, sin considerar los elementos normativos del tipo penal y el principio de legalidad penal.

De ello, debemos entender que en esta sentencia de la Corte Suprema, tácitamente se decanta por la teoría unificadora que admite el mismo título de imputación, en la imputación por complicidad, la absolución, ocurre por la absorción del delito de

negociación incompatible (tipo penal de peligro) por el delito de colusión (tipo penal de resultado).

17. Resolución de Nulidad N° 1360-2013 –Cusco

El ámbito del recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, cuestiona la excepción de prescripción concedido por la Sala Penal Superior del Cusco, lo destacable en esta resolución es el desarrollo del objeto específico de tutela penal del delito de negociación incompatible, así, se señala que es la protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventivamente y conminatoriamente de los actos de corrupción; o garantizar a través de la conminación penal al respeto del desarrollo funcional de la administración pública, y que al no tutelar ni afectar el patrimonio del Estado, no es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción.

18. Resolución de Nulidad N° 2028-2013 –Lima

En esta sentencia no se ampara el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior, y se confirma la sentencia absolutoria de segunda instancia, a favor de Juan José Marcelo Risi, en su condición de Director General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, por *no advertirse el interés indebido como verborector de la tipicidad objetiva en el delito en cuestión*. La Corte Suprema consideró que la conducta del agente, no constituye actos de corrupción, y que las simples irregularidades administrativas no son constitutivos de la comisión del delito; lo que consideramos acertado, puesto que, para que se configure el delito de negociación incompatible, como delito de corrupción de funcionarios tiene que existir actos externos en lo que se manifiesten estos actos deslealtad o infidelidad

en el contrato u operación que se actúa por razón del cargo. En cuanto a la extraneus contratada como consecuencia del proceso de adjudicación de menor cuantía, no fue comprendida en el proceso bajo ningún título de participación, tal como se advierte en el tenor de la sentencia; lo que consideramos acertado, pues en el tipo penal en cuestión, no sanciona el interés del particular en el contrato u operación, tampoco la participación necesaria para la existencia del interés del autor.

19. Resolución de Nulidad N° 253-2012 –Piura de la Sala Penal Permanente

Lo destacable en esta sentencia, es el desarrollo del verbo rector del tipo penal así se señala que importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros tiene que tener la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor, o favor a otros. Importante también, cuando se señala que *no es suficiente para la configuración de este tipo penal*, que lo que determina la condición del autor, no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo.

Así en los hechos, la contratación de insumos para el Programa Vaso de Leche, ocurre en el marco de la Declaración de Emergencia con Decreto Supremo, y con Acuerdo de Concejo, en el que no se hizo estudio de mercado, pero sí existieron tres postores (extraneus) que no se los incluye como cómplices, y que salió ganador el que ofertó el menor precio; por lo que a criterio de los Magistrados Supremos, en estos hechos no se advierte conducta dolosa de los autores por lo que declararon no haber lugar a la nulidad de la sentencia absolutoria de segunda instancia.

20. Resolución de Nulidad N° 2619-2012 –Tumbes

El ámbito de la sentencia se circunscribe a lo procesal, el representante del Ministerio Público formula acusación contra los autores, y solicita el sobreseimiento a favor de uno de ellos; se ampara los recursos de nulidad interpuesto por el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, y por el representante del Ministerio Público, fundamentalmente porque al existir acusación fiscal previo control formal de los aspectos de la acusación, debía la Sala Penal, declarar que hay mérito para pasar a juicio oral.

21. Resolución de Nulidad N° 169-2013 –Santa, la Sala Penal Transitoria

En esta sentencia se declara la nulidad de la resolución de segunda instancia, porque no se valoró a plenitud lo declarado por la testigo en sede policial; y, porque el imputado en su declaración instructiva afirmó haberse reunido con la testigo, y no se realizó la pericia al disco compacto donde la testigo dijo que gravó la conversación con el acusado en la que *le ofreció su ayuda para que pueda ganar la buena pro en la segunda licitación*. Para los Magistrados Supremos, la sentencia de segunda instancia de argüir que existe duda razonable por insuficiencia probatoria, y que no existen datos o indicios razonables objetivos, periféricos o concomitantes que generen certeza de que el acusado haya participado directa o indirectamente en el hecho punible; no es tal, por ello, considera que debe volverse a realizar un nuevo juicio oral por otro Tribunal de instancia.

En nuestra apreciación, el caso pasa, por la deficiente actuación y/o valoración de los medios de prueba en el juicio oral, en el que si habría existido actos de corrupción que debería corroborarse a fin de determinar si es susceptible de sanción por el delito de negociación incompatible, pues el agente habría actuado por razón

de su cargo en el proceso de selección para que el extraneus (participante del proceso de selección) gane la buena pro en la segunda licitación; en ese contexto, consideramos acertado que otro tribunal de instancia lleve a cabo un nuevo juicio oral.

22. Resolución de Nulidad 3723-2013 de la Sala Penal Permanente

En esta sentencia el ámbito fue, si la recusación interpuesta por el investigado Antenor Herman Rosas Coronel en el delito de negociación incompatible, se sustenta en la causal genérica de recusación “temor de parcialidad”; este recurso fue desestimado por la Corte Suprema, porque, considera que el acto de elevar en consulta al Fiscal Supremo el dictamen de sobreseimiento del Fiscal Superior, se ampara en la norma legal prevista en el segundo párrafo del inciso c) del artículo doscientos veinte del Código de Procedimientos Penales; y consecuentemente, no se configura la causal.

23. Resolución de Nulidad N° 865-2012 –Lima

El recurso de nulidad fue interpuesto por el representante del Ministerio Público, al considerar que en el delito de negociación incompatible se le aplica la duplicidad de los plazos de prescripción, y que existen suficientes elementos probatorios que acreditan el delito; al igual que el Procurador Público de la Contraloría de la República, cuestionando que se debe aplicar la duplica del plazo de prescripción, y que la ejecutoria anterior tiene calidad de cosa juzgada y no puede ser modificada por el Acuerdo Plenario número 01-2010-CJ/116, más aun que el delito se encuentra acreditado el delito.

Más allá, que el ámbito del recurso de nulidad se centra en determinar si en este

caso, es aplicable la duplica del plazo de prescripción, lo interesante de la sentencia, es que en el delito de negociación incompatible no se tutela el patrimonio público, a partir de ello la Corte Suprema, precisa que el objeto de tutela es el normal desenvolvimiento y funcionamiento de la administración pública en cuanto a oportunidad y eficiencia en el cumplimiento de la función pública; por lo que no es aplicable la duplica del plazo de prescripción; por otra parte, si bien en la acusación fiscal se menciona al extraneus la empresa RIPAVAL SAC, no se advierte que hubo condena contra el representante legal de esta empresa.

24. Resolución de Nulidad N° 2770-2011 –Piura de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

Esta resolución es muy importante porque desarrolla las exigencias del tipo penal de delito de negociación incompatible en su modalidad de corrupción, y no en una simple irregularidad o anomalía administrativa, así se desarrolla la intervención por razón del cargo, la vinculación funcional del funcionario o servidor público en los contratos u operaciones, por ser inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; es el llamado a intervenir por ley, reglamento, o mandato legítimo; asimismo se desarrolla el elemento interesarse indebidamente de forma directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero, que implicaría interesarse indebidamente en el contrato u operación, en una pretensión no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, intereses particulares o de terceros, se desarrolla las tres modalidades de comisión: **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo en el contrato u

operación a través de obras personas) o por **acto simulado** (es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales; **el objeto del interés** del funcionario o servidor público: el contrato u operación, dada la naturaleza de los actos que interviene el interés ilícito es de naturaleza económica, y que los contratos u operaciones en los que interviene en funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc); y en cuanto al **dolo directo**, ello se aprecia con mayor énfasis en la intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

Consideramos correcto, el parecer en esta sentencia, y que implícitamente se destaca el principio de legalidad penal, en la conducta del supervisor de la obra, al sostener que no constituye indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito, la irregularidad de carácter administrativo toda vez que los adelantos al contratista con garantía de fiel cumplimiento de contrato (pólizas de caución) se efectuaron de acuerdo al contrato. Otro punto importante, es el desarrollo del principio de confianza como filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito; siempre que la conducta sea adecuada a derecho, y que aquella no produzca un resultado típico, debido al comportamiento jurídico del otro; y por otra parte, que para efectos del delito objeto de investigación, se tiene en cuenta el perjuicio económico como efecto del interés indebido; por estas razones consideran la no nulidad de la sentencia recurrida.

25. Resolución de Nulidad N° 2641-2011 –Lambayeque de la Sala Penal Permanente Transitoria de la Corte Suprema

Lo destacable de esta sentencia es el desarrollo del desarrollo jurídico del verbo rector interés, se afirma que en este tipo penal el verbo rector viene a ser “intesarse”, el cual es entendido como la “injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo en función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés)”; se cita al maestro argentino Carlos Creus, para quien “intesarse es, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que el negocio asuma una configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él propugnándolos, intereses particulares o de terceros”.

Es importante porque desarrolla las modalidades de comisión del delito de negociación incompatible **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

Compartimos el parecer, de la Corte Suprema, al declarar la no nulidad de la sentencia absolutoria de segunda instancia, debido a que las irregularidades administrativas contenidas en el Informe Especial de la Contraloría General de la República que acoge la Fiscalía en la imputación, no se subsume en el verbo rector de existencia de un interés particular de parte de los procesados, y que a lo mucho,

las irregularidades administrativas, sólo pueden tomarse en cuenta como indicios necesitando de otros elementos probatorios que constituyan actos de corrupción que no se advierten en los hechos.

4.3 Vulneración del principio de legalidad en el extraneus en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018.

De las veinticinco sentencias de la Corte Suprema de Justicia, analizadas en la presente investigación, ninguna de ellas, establece doctrina jurisprudencial vinculante respecto a la participación del extraneus, en el delito de negociación incompatible; sin embargo, si existen fundamentos jurídicos respecto a ello en cada caso en concreto, en el que concurren autores y partícipes (cómplices primarios), conforme se señalan a continuación:

1. La Casación N° 23-2016-ICA de la Sala Penal Permanente

En esta sentencia casatoria del dieciséis de mayo del dos mil diecisiete, concurren coautores y cómplices primarios, en ella se desarrollan fundamentos jurídicos respecto, al rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero.

En el fundamento 4.35 se señala que el delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, es una norma general de carácter subsidiario y que al no especificarse la naturaleza del contrato u operación, es un tipo penal general, de amplio espectro que se asemeja al delito de colusión, *diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio*. Que, el bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada, es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de

sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración.

En el fundamento 4.36 se precisa que el sujeto activo del delito de negociación incompatible, por *imperativo normativo al tratarse de un delito especial propio, solo podía ser aquel que ostente la cualidad de servidor o funcionario público*; siempre que se cumpla la relación funcional exigida en la norma; para ello se remite a la Casación N° 841-2015, fundamento jurídico 30, que precisa:

“(…) la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, (…) 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.*

En el fundamento jurídico 4.37 se hace referencia al **principio de legalidad**, al sostener que de acuerdo con la norma penal al momento de sucedidos los hechos, *la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal*, y que conforme al caso en concreto, *la responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo*; y que el tercero que se beneficiara 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.

Por otra parte, es importante en esta casación, el desarrollo del dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, así como, si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo

penal, para ello en el fundamento jurídico 4.56 se indica que la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible está constituida por dos elementos:

El dolo, y el elemento de trascendencia interna que implica que debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero; y el dolo, es entendido normativamente por el rol que cumple el agente.

En el fundamento jurídico 4.58 se señala que la teoría del dominio del hecho, es autor quien ostenta el dominio sobre el resultado del hecho, y es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho; el partícipe, pese a no tener control del hecho reside en brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible, y que el Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva: 1) La autoría y 2) la participación. El partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, cual accede; por lo que la *complicidad* es definida como la contribución a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. La complicidad tiene dos niveles dependiendo de la importancia de la contribución en el hecho delictivo.

En el fundamento jurídico 4.59 se señala que en la jurisprudencia precedente (Cas. N°367-2011) mediante *el análisis subjetivo del tipo penal se tiene que determinar si la conducta imputada al partícipe fue realizada o no de forma dolosa; en tanto, nuestro Código Penal solo admite la posibilidad de una participación dolosa*. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva se tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito, por lo que el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, conocer que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración.

Cabe señalar que esta casación que declara fundado por mayoría el recurso de casación, absolviendo a los cómplices, se expide el 16 de mayo del 2017, cuando ya se encontraba vigente la modificatoria del artículo 25° Código Penal del 07 de enero del 2017 con el Decreto Legislativo 1351 que textualmente se agrega lo siguiente “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él”. La absolución de los cómplices primarios, subyace del principio de legalidad, teniendo en cuenta el momento de sucedido los hechos, antes de la modificatoria de artículo 25° que regula la complicidad primaria y complicidad secundaria; de allí que no existe certeza de un criterio definido respecto al principio de legalidad en el extranjero en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018.

2. Casación N° 841-2015 –Ayacucho de la Sala Penal Permanente

En esta casación de fecha veinte y cuatro de mayo del dos mil dieciséis, es la que mejor desarrolla el principio de legalidad en el extranjero; así en el **fundamento jurídico quinto**, se precisa que el principio de legalidad es conocido también como axioma de corta legalidad o mera legalidad, o como principio de la reserva de ley penal, por virtud del cual solo la ley ni el juez ni autoridad alguna determina qué conducta es delictiva. Se hace referencia al artículo 2, inciso 24, acápite “d”, de la Constitución Política del Perú, que prescribe que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista por la ley; y que el principio de legalidad obliga al legislador a precisar el contenido de sus leyes penales, que deben propiciar certeza.

Importante es el **fundamento jurídico vigésimo octavo**, en cuanto a la intervención del tercero en el delito de Negociación Incompatible, se señala que 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.

Que, la participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. se cita como ejemplo a los delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus, tales como en el delito de peculado para un tercero, requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos.

En el fundamento **vigésimo noveno**, se indica que para determinar el nivel de *injerencia típica del tercero en este delito*, es necesario **analizar la estructura del mismo**. Para ello, se describe el artículo 399° del Código penal:

“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 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.”

Sobre lo anterior, en el **trigésimo fundamento**: se precisa que 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). Que no se está 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.

En el fundamento **trigésimo primero**, se señala que 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; de allí que 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.

Si bien, es cierto que, ninguno de los fundamentos jurídicos antes citados constituye doctrina jurisprudencial vinculante, y que su emisión se produce antes de la modificatoria del artículo 25° del Código Penal de la complicidad primaria y secundaria; es la que mejor desarrolla, el principio de legalidad y la participación del extraneus (el tercero); y **concluye que el tercero intervinientes (extraneus) no responde penalmente como instigador o cómplice en el artículo 399° del Código Penal.**

Finalmente, debemos destacar el *fundamento cuadragésimo*; que se señala que 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. De ello, en nuestro modesto entender, este elemento subjetivo debe acreditarse respecto al autor, y no en el extraneus, debido a que la conducta típica en el delito de negociación incompatible, está dirigida únicamente al funcionario o servidor público.

3. Resolución de Nulidad N° 677-2016 –Lima de la Sala Penal Transitoria

En esta sentencia del diecisiete de mayo del 2017, concurren coautores y cómplices primarios por distintos delitos como Tráfico de Influencias, Patrocinio Ilegal, Cohecho Pasivo Propio y Negociación Incompatible; de un caso muy mediático vinculado con los petroaudios, que tuvo como implicados al Sr. Rómulo Augusto León Alegría y al Sr. Alberto Quimper Herrera.

En cuanto al delito de negociación incompatible, el fallo de no haber nulidad a la resolución de segunda instancia que declara fundada la excepción deducida por el procesado Alberto Quimper Herrera, se sustenta concretamente en el principio de accesoriadad en la participación, debido a que al no lograrse la responsabilidad penal

de los autores, al ser la complicidad un acto dependiente del autor, la imputación a título de cómplices resulta carente de atribución de responsabilidad; y porque los hechos que se imputan a los autores, no están referidos a los actos de colaboración de los cómplices (fundamento jurídico 5.9)

Como se puede advertir en esta sentencia, el fallo de no haber nulidad, se sustenta fundamentalmente en el supuesto que no puede existir cómplice sin autor, aquí se aplica el principio de accesoriedad en la participación, en el extremo que beneficia a los cómplices (extraneus) al no acreditarse el interés indebido del autor; más no por el principio de legalidad, en el sentido, de la aplicación del elemento normativo del delito de negociación incompatible, que únicamente sanciona el interés indebido del funcionario o servidor público que interviene por razón de su cargo, en el contrato u operación.

4. Resolución de Nulidad N° 2543-2013 –Ancash de la Sala Penal Transitoria

En esta sentencia de nulidad de fecha doce de diciembre del dos mil catorce, comprende autor y partícipes como cómplices primarios por los delitos de colusión ilegal y negociación incompatible, se resuelve no haber nulidad en la sentencia absolutoria de la acusación Fiscal en agravio de la Municipalidad Distrital de Cochas-Huanchay, debido a que los Jueces Supremos, consideraron que el representante del Ministerio Público no aportó otras pruebas validas e idóneas que permitan al juzgador inferir indubitablemente que los procesados, ya sea por razón de su cargo, en el caso del intraneus, como por complicidad en caso de los extraneus se coludieron para defraudar al Estado en provecho propio, y que de sostener lo contrario, contravendría la garantía constitucional y penal de la proscripción de la responsabilidad objetiva. (Fundamento de jurídico sexto).

En el delito de negociación incompatible, no se advierte que la procesada Díaz Bartolo (Alcaldesa) se haya interesado indebidamente en la adquisición de bienes y servicios para la entidad agraviada, con la finalidad de favorecer a los procesados Milton Santiago Kusano Watanabey Juan Martin Quispe Quiroga (extraneus), se demostró que esta no ha realizado contrato u operación alguna, en los que se advierta un conflicto de interés entre la referida y los particulares; tampoco obra elemento de prueba que acredite que esta determinó o direccionó a los servidores de la entidad municipal para que realicen la compra de determinado establecimiento comercial.

En esta sentencia, la no nulidad de la sentencia absolutoria se sustenta en la falta de pruebas que produzcan certeza de la comisión del ilícito penal en detrimento del principio de presunción de inocencia, y no, en el principio de legalidad o el principio de accesoriadad en la participación en relación a los cómplices primarios.

5. Resolución de Nulidad N° 3365-2013 – San Martin de la Sala Penal Transitoria

En esta sentencia expedida del cinco de diciembre de dos mil catorce tiene como autora la Jefe del área de Adquisiciones de Logística del Hospital de Apoyo Santa Gema de Yurimaguas Auraluz del Pilar Pedraza Manrique, y como cómplices primarios a Juan Flores Rodríguez y Smith Reátegui Guerra de Flores; que según la imputación fiscal, esta última no presentó la documentación requerida, y pese a ello, se le otorgó la buena – pro, para posteriormente proceder a regularizar la documentación, y además tener incompatibilidad para contratar con el Estado, en razón que era esposa del trabajador del Hospital Juan Rodríguez Flores; y que la trabajadora Auraluz del Pilar Pedraza Manrique, en su condición de Jefe del Área de Adquisiciones de Logística del Hospital de Apoyo Santa 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 hospital con la finalidad de favorecer a la empresa de servicios generales de Juan Manuel Rodríguez Flores, quien realizó el servicio requerido, y brindo la proforma del servicio, hechos que sucedieron entre junio y diciembre de dos mil cinco, siendo representado por la procesada Simith Reátegui Guerra de Flores.

Los Magistrados Supremos en el fundamento jurídico quinto, señalaron que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo es netamente doloso, no cabe la comisión por culpa, que la configuración subjetiva de la conducta ilícita, requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con el conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de celebrar contratos o realizar operaciones en representación y a favor del Estado; no obstante ello, voluntariamente actúa evidenciando interés particular, con el firme objetivo de obtener un provecho indebido para sí o para un tercero con el cual lógicamente tiene una vinculación.

El fallo confirma la sentencia del 19 de julio del 2013 que condenó a i) Auraluz del Pilar Pedraza Manrique como autora del delito contra la administración pública de negociación incompatible en agravio del Hospital de Apoyo Santa Gema de Yurimaguas; a tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente; e inhabilitación por el plazo de dos años, ii) Condono a Smith Reátegui Guerra de Flores como cómplice primario del delito contra la administración pública de negociación incompatible, a dos años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente. Asimismo se fijó en la suma de mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberán pagar en forma solidaria a favor del Hospital Apoyo Santa Gema de Yurimaguas.

Si bien, esta sentencia se emite antes de la casación N° 841-2015-Ayacucho, del 24

de mayo del 2016 y la casación 23-2016-Ica, se confirma la condena de la cómplice, a pesar que en el fundamento cuarto, se señala que el delito de negociación incompatible se trata de un delito especialísimo del sujeto activo que tiene doble condición de funcionario o servidor público, y que debe tener dentro de sus atribuciones o funciones la celebración de contratos u operaciones; y que la *tercera persona ajena a la administración pública* como aparece en este caso, no tiene la calidad de servidora ni funcionaria pública, lo que la **doctrina le denomina extraños**, por lo que tiene la calidad de cómplice del delito.

En esta resolución, no existe motivación de como la extraneus Simith Reátegui Guerra de Flores debe responder a título de cómplice, si de la redacción del tipo penal, no sanciona la conducta del extraño ajeno a la administración pública, y por otro lado consideramos que se incurre en error al considerar a Juan Flores Rodríguez, esposo de la extraneus como testigo cuando fue el que firmó el contrato; consideramos que en este caso, prevaleció lo subjetivo por el vínculo de afinidad; antes que los criterios objetivos de los elementos normativos del tipo penal previsto en el artículo 399° del Código Penal.

6. Resolución de Nulidad N° 432-2013 –Lambayeque de la Sala Penal Transitoria

En esta sentencia del veintitrés de mayo de dos mil trece, en segunda instancia, se absolvió a los procesados Salvador Díaz Vásquez (Alcalde) como autor; y a Menor Julón, Espinoza Fernández, Vílchez Rojas, Tocto Cieza, Hernández Díaz, Berrios Garnica, Figueroa Piscoya, Quijano Fernández, Menor Vallejos y Pérez Huanca (regidores), cómplices primarios del delito de negociación incompatible, por lo que, el representante del Ministerio Público deduce recurso de nulidad, señalando que no se valoró adecuadamente las pruebas actuadas, por cuanto en calidad de regidores de la

Municipalidad de Choros, se interesaron en forma directa por la contratación con la empresa Corporación Pakamuros SAC, para que fuera proveedora de la Municipalidad agraviada, y que el representante de la citada empresa era cuñado del Alcalde, por lo que deben ser condenados como cómplices primarios por dicho delito.

El Fiscal Supremo opinó que fueron acusados como cómplices primarios los procesados Menor Julón, Espinoza Fernández, Vílchez Rojas, Tocto Cieza, Hernández Díaz, Berrios Garnica, Figueroa Piscocoya, Quijano Fernández, Menor Vallejos y Pérez Yanca; sin embargo, la *complicidad es accesoria a la autoría*, por lo que si se absuelve al autor de los hechos se debe absolver también a los presuntos cómplices, y que la absolución se ajusta a ley.

La Sala Suprema, señala en el **fundamento jurídico quinto**, que al no existir pretensión penal sostenida por el órgano encargado de ejercitarla, bajo las reglas del principio acusatorio se ha diluido la imputación penal; técnicamente el titular de la acción penal, en la praxis se ha desistido de la persecución del delito, en los términos que se aprecia del Dictamen del Fiscal Supremo, por lo que el Colegiado independientemente del parecer que pudiera tener sobre el fondo, corresponde declarar la culminación del encausamiento definitivo por ese motivo.

En nuestro modesto entender, de los propios términos de esta sentencia, se puede advertir la vulneración del principio de legalidad, en razón que se procesa y se lleva a juicio oral, incluso a segunda instancia y hasta la Corte Suprema, a funcionarios públicos (regidores) como cómplices primarios del delito de negociación incompatible, a pesar que los elementos normativos del tipo penal, no comprenden al extraneus, más aun que los regidores municipales, no tiene la competencia funcional para intervenir por razón del cargo en un contrato u operación de la entidad pública. En este caso, consideramos que si lo que se cuestiona es el conocimiento que tenían de que el

Alcalde de la Municipalidad agraviada, contrataba con la empresa de su cuñado, y actuaron omisivamente o, aun cuando se hubieren interesado, existe la vía extrapenal para sancionar estas conductas, como el proceso de vacancia, por la vulneración del artículo 11° de la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades.

Otro punto que debemos señalar, es que la Corte Suprema, en esta sentencia omite el rol protagónico de interpretación de la Constitución, y de las normas del derecho penal, no considera el principio de legalidad previsto en el artículo 2 numeral 24 literal d), y en el artículo II del Código Penal, y sin más, falla declarando no haber nulidad por que el Fiscal Supremo desiste de la persecución del delito.

7. Resolución de Nulidad N° 300-2014 –Cusco de la Sala Penal Permanente

En esta sentencia, del veintiuno de mayo de dos mil catorce concurre como autor el sentenciado Roberto Augusto Farfán Ríos, y como cómplice primario el extraneus Jorge Isaac Acurio Ttito, por el delito de negociación incompatible. La acusación fiscal sostiene que la responsabilidad penal por el referido hecho ilícito, se sustenta en que el acusado Roberto Augusto Farfán Ríos, aprovechando su cargo, en forma dolosa, dio anuencia para la suscripción del contrato de alquiler de volquete a Nicolás Alejandro Rivera Quispe, en representación de empresa Comercial Industria Delta Sociedad anónima, *pese a que tenía conocimiento que la unidad móvil le pertenecía al residente de obra* Acurio Ttito; a este último, se le imputa, que con la anuencia del encausado Roberto Augusto Farfán Ríos, logró que se suscribiera el contrato de alquiler de un volquete de su propiedad, haciéndose pasar en la documentación, que dicha unidad vehicular era de propiedad de Nicolás Alejandro Rivera Quispe.

El fallo de los Magistrados Supremos, es haber nulidad en la sentencia del 17 de diciembre de dos mil trece, en el extremo que **condenó** a Jorge Isaac Acurio Ttito

como **autor** del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (respecto al alquiler del camión volquete); y **reformándola** lo condenaron como **cómplice primario** del mencionado delito, y **no haber nulidad** en la misma sentencia en los extremos que condenó a Roberto Augusto Farfán Ríos, como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible o a aprovechamiento indebido de cargo (respecto al alquiler del camión volquete) en agravio de la Municipalidad Provincial de Calca en representación del Estado Peruano.

Nótese en esta sentencia, que los Magistrados Supremos, modifican el título de imputación de autor a cómplice primario en el delito de negociación incompatible al residente de obra, es decir se admite el principio de accesoriedad, y unidad de título de imputación, en desmedro del principio de legalidad, debido a que el tipo penal previsto en el artículo 399° del Código Penal, no admite la participación necesaria, únicamente sanciona la conducta dolosa del autor, el interés indebido del funcionario o servidor que actúa en un contrato u operación por razón del cargo.

8. Resolución de Nulidad N° 1083-2013 –Lima de la Sala Penal Permanente

En esta sentencia de nulidad del nueve de abril de dos mil catorce, comprende a un autor y a una cómplice primaria. El caso gira, en torno a que la acusación fiscal, en contra de los encausados Anchante Anyarín y Balta Izaguirre, conllevo a un perjuicio patrimonial al Estado por la suma de ocho mil nuevos soles, por lo que, la conducta incriminada se situaría en el delito de colusión, toda vez que no solo se sobrepasó la barrera de adelantamiento punitivo en el caso concreto, sino porque además, el delito de negociación incompatible estaría subsumido en el de colusión que sería el tipo penal más amplio. Se señala que nos encontramos ante un concurso aparente de leyes, el mismo que se presenta cuando una conducta cometida aparece comprendida en varios

tipos penales, pero su contenido de injusto está definido completamente por uno solo de dichos tipos penales, ello en virtud al principio de consunción, que se verifica cuando el precepto más amplio o complejo absorbe a los que castigan infracciones consumidas en aquel, es decir, cuando el contenido del injusto y de la imputación personal de un delito están incluidas en otro, o que es lo mismo decir, cuando un tipo penal más grave incluye a uno menos grave.

Así, el Fiscal Supremo en su dictamen señaló:... el delito de negociación incompatible (...) se erige como un delito de peligro, mientras que la figura contemplada en el artículo 384 del Código Penal es de resultado, ello explica la mayor penalidad del delito de colusión en la medida que la afectación denota un plus de antijuricidad penal...” Por tanto, estando a los fundamentos expuestos, debe absolverse a los encausados por el delito de negociación incompatible, ciñéndose al presente pronunciamiento, en ese extremo, al delito de colusión

Los Magistrados Supremos en el noveno fundamento jurídico, señalan que la conducta imputada, a Anchante Anyarín resulta ser ajena al delito de colusión, debido a que participo únicamente para viabilizar el pago correspondiente, en función a la documentación que se había alcanzado, la misma que en forma objetiva daba cuenta de la realización efectiva del trabajo encomendado (hecho que posteriormente resultó ser falso); pues el encausado Del Pozo, durante dicha etapa se encontraba en el extranjero, por lo que no habiendo Anchante Anyarin formado parte del acuerdo colusorio alguno para beneficiar a Del Pozo Moreno, siendo insuficiente para acreditar, la relación de amistad que los acusados habían tenido entre sí). (...)", debe declararse la absolución por el delito de colusión (...)"

Por ello en el fallo, se declara haber nulidad en la sentencia que condenó a Daniel Gregorio Anchante Anyarin y Anita Doris Balta Izaguirre como autor y cómplice

primaria de los delitos contra la administración pública colusión y negociación incompatible, en agravio del Estado – Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MINDES), y reformándola los absolvieron.

En esta sentencia, la absolución del autor y el cómplice por el delito de negociación incompatible, tiene como fundamento el principio de consunción, al absorber el delito de colusión, delito más grave, al de menor gravedad el delito de negociación incompatible, y luego del análisis de los hechos y fundamentos señalados en la sentencia de segunda instancia, absolver al autor y cómplice del delito de colusión; como se puede advertir, en esta sentencia, la absolución del delito de negociación incompatible del autor y la cómplice, no se funda en el análisis del verbo rector y de los elementos normativos del tipo penal.

A partir de lo señalado, es importante aclarar, que hasta la fecha, no existe doctrina jurisprudencial vinculante, respecto a la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible; si bien, es cierto, que en las sentencias casatorias N° 23-2016- ICA, de fecha 16 de mayo del 2017 y N° 841-2015-Ayacucho de fecha 24 de mayo del 2016, **concluyen que el tercero interviniente (extraneus) no responde penalmente como instigador o cómplice en el artículo 399° del Código Penal**, no existe uniformidad judicial, ni Acuerdo Plenario que específicamente se hayan ocupado de este problema jurídico, en la praxis, el Ministerio Público, investiga, procesa, y acusa; y, el órgano judicial, juzga al extraneus a título de cómplice por este delito, en primera y segunda instancia, llegando inclusive a la Corte Suprema, vía casación con el nuevo Código Procesal Penal, o en recurso de nulidad, con el Código de Procedimientos Penales.

La hipótesis se contrasta, puesto que actualmente la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, se toma en cuenta el Art. 25° del Código Penal,

que regula la complicidad primaria y complicidad secundaria, es decir, se utiliza la teoría de unidad de título de imputación, que con la imputación objetiva al autor (funcionario o servidor público), y con la actuación probatoria, se determina que el cómplice primario siga la suerte del autor. Por ello, concluimos que la aplicación del principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus, vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia durante los años 2011 al 2018.

CAPITULO V:

CONSIDERACIONES JURÍDICAS RESPECTO AL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El principio de legalidad:

Como adelantamos al iniciar la presente investigación el principio de legalidad es reconocido universalmente y se encuentra instituido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en otras convenciones internacionales, en nuestro país lo consagra la Constitución Política del Estado en el artículo 2 numeral 24 literal d) *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de someterse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley”*

El injusto penal, por tanto, es un injusto objetivo ya que su base reposa en dos de los tres elementos de la teoría del delito: la tipicidad y la antijuridicidad. El primero de ellos se refiere a la adecuación de un hecho con la descripción que del mismo se hace en la ley pena, mientras la antijuridicidad, implica la contrariedad a Derecho de la conducta típica¹²⁰.

En la doctrina el maestro Bacigalupo Zapater, Enrique (1984), nos indica que: “La consecuencia práctica de este principio es que ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena¹²¹”

120. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal*, pág. 251.

121 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal - Parte General*. Akal Ediciones, pág. 56.

El principio de legalidad constituye un importante límite externo al ejercicio del Ius-Puniendi por parte del Estado; su acatamiento impide que los poderes ejecutivo y judicial configuren libremente delitos, faltas o infracciones administrativas, circunstancias de agravación y penas, sanciones o medidas de seguridad, pues ostenta un carácter fundamental defensivo frente a toda clase de abuso o arbitrariedades en materia tan sensible como la restricción y privación de la libertad individual.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia casatoria N° 11-2007- La Libertad, fundamento jurídico tercero, señaló que la garantía material del principio de legalidad, en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por la ley. El principio de legalidad impone tres exigencias concurrentes: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

En la Casación N° 456-2012- del Santa, del 13 de mayo del 2014, en el fundamento jurídico 2.3 desarrolla con amplitud el principio de legalidad, en el acápite 2.3.1. *Nullum crimen sine lege certa*, **2.3.1.1. La garantía de lex certa** impone al legislador la obligación de formular de manera clara y precisa las conductas que decide tipificar, que la ley penal no debe dar lugar a ambigüedades al momento de su aplicación, evitando la actuación arbitraria del juzgador (...). La razón del mandato de determinación radica en que la reserva de la ley únicamente puede tener completa eficacia si la voluntad jurídica de la representación popular se ha expresado con tal claridad en el texto que se evite cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez. **2.3..1.2 La garantía de lex praevia**, se manifiesta

en la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, para que una conducta pueda sancionarse como delictiva, debe estar prevista como delito con anterioridad a su realización; la ley penal creadora de delitos solo tiene efectos desde el momento en que se crea hacia el futuro; por regla general hasta que sea derogada, pero no retrotrayendo sus efectos a acciones anteriores.

A nivel constitucional en la sentencia del **expediente N° 5815-2005-PHC/TC-Lima**, en el fundamento jurídico tercero ha establecido, que el derecho fundamental a la legalidad penal, no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, *incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos*. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita, su reparación mediante los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

En nuestro Código Penal, el **principio de legalidad** se encuentra positivizado en el **artículo II del Título Preliminar del Código Penal**, que prescribe *“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la Ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”*. El **artículo 11°** del mismo cuerpo normativo establece que, son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley, y el **Artículo III del Título Preliminar** del texto penal sustantivo, prohíbe la aplicación de la analogía al calificar el hecho como delito o falta, o para definir un estado de peligrosidad, o determinar una pena o una medida de seguridad.

Sobre la accesoriadad y unidad de título de imputación:

Para el maestro Rojas Vargas, el **principio de accesoriadad**, sostiene que una conducta es accesoria cuando depende de la existencia de un hecho principal; y, que existen dos tipos de participación: 1. Cuando existe un aporte esencial para la realización del hecho punible se está ante una participación a título de complicidad primaria, y 2. Cuando se trata de un simple acto de colaboración corresponde la complicidad secundaria.

En el mismo sentido, Quiroz Salazar (2002), el principio de accesoriadad delimita cuando la realización de un supuesto de hecho constituye un hecho principal que pertenece a la esfera del autor, y cuando la conducta del otro interviniente es una actividad accesoria, y que la accesoriadad, tiene que ver con la participación (inducción y complicidad), por lo que de no haber el hecho principal no hay accesoriadad, y por tanto no hay participación¹²².

Pueden intervenir personas que no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos, que coadyuvan a la realización del acto incompatible, las personas que colaboran dolosamente en la realización del delito de negociación incompatible; si bien no tienen la calidad especial de funcionarios o servidores públicos, son igualmente responsables por que tienen la calidad de cómplices extraneos¹²³ (Art. 25° del Código Penal).

Que, la teoría de la participación descansa sobre dos presupuestos: el principio de la unidad del título de imputación y el principio de accesoriadad¹²⁴

122. QUIROZ ZALAZAR, Willian. *Lecciones de derecho penal general*, edición 2002, Lima, pág.330.

123. REATEGUI SANCHEZ, James. *El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal*, 1era. Edición 2016, pág. 36.

124. RODRIGUEZ Y SERRANO. *Derecho penal español parte general*. Editorial Dykinson, Madrid 1994, pág.806.

Contraria a la teoría unidad de título de imputación, la tesis diferenciadora (ruptura del título de imputación) sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos intraneus y extraneus cada sujeto responde por distintos títulos de imputación. El intraneus responderá como autor de un delito especial; mientras que el extraneus responderá como partícipe o autor de un delito común. (Rueda Martín, “Reflexiones sobre la participación de los extraneus en los delitos contra la administración pública”. En Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 8. 2° época, Madrid 2001, p. 157.). Esta posición se fundamenta recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias (Art. 26° del C. P.), que limitaría la imputación del extraneus en el tipo penal especial, y por el contrario, respondería por un delito común; por la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del intraneus al extraneus (...). El traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio por lo que lo dogmáticamente correcto, sería realizar una imputación diferenciada, que permitiría imputar a los extraneus sólo la autoría o la participación de los delitos comunes¹²⁵.

Es cierto, que las teorías unitarias o la unidad del título de la imputación, en la actualidad es la teoría dominante en la doctrina penal peruana y comparada; es utilizada para no dejar impune conductas de particulares que en concurso con los sujetos cualificados de un delito especial propio realizan aportes quebrantando el bien jurídico protegido por el derecho penal; por lo que, el partícipe extraneus que interviene en un delito especial deberá ser sancionado como partícipe, tanto el intraneus como extraneus responden por el mismo delito especial.

125. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116*, La participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”

Esta teoría se identifica, con la teoría infracción de deber, por lo que, en todos los delitos especiales el intraneus sería autor del delito, al quebrantar dolosamente un deber especial, mientras que los extraneus que colaboren con dicho incumplimiento serán partícipes del mismo. Aquí no interesa que el delito especial sea propio o impropio; el partícipe extraneus siempre responderá por el mismo delito que el autor.¹²⁶.

En adición a lo señalado precedentemente, la accesoriedad se encuentra positivizado en el artículo 25° de nuestro Código Penal, y es más con la modificatoria de esta norma penal, textualmente quedó redactado de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 25°.- Complicidad primaria y la complicidad secundaria

“El que, dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él¹²⁷.

Con la modificatoria de la norma penal, queda claro, que el tercero, o el extraño a la administración pública, aun cuando, no tenga la condición de sujeto cualificado por la ley, o por norma infra legal, reglamento, o norma con rango de ley, responde penalmente por el mismo delito cometido por el autor en el mismo proceso penal.

126. MONTOYA VIVANCO, Iván. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Primera Edición: Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 71 y 72.

127. Decreto Legislativo N° 1351 publicado el 07 de enero del 2017.

El extraneus en el delito de negociación incompatible:

Si bien, con la modificatoria del artículo 25° del Código Penal, publicada el 07 de enero del 2017, se podría procesar e incluso sancionar penalmente al extraneus que realiza aportes en la perpetración del delito de negociación incompatible, conjuntamente con el funcionario o servidor que interviene por razón de su cargo en el contrato u operación en representación del Estado; sin embargo, debemos destacar que en nuestro Código Penal, el delito en mención previsto en el artículo 399°, en su estructura típica no ha variado, se mantiene incólume sus elementos normativos, que para nada comprende para su configuración, la participación del extraneus, siendo el verbo rector el interés indebido del funcionario o servidor; conforme textualmente se señala a continuación:

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.

Ahora bien, de las sentencias supremas objeto de análisis en la presente investigación, si bien la Casación N° 23-2016-ICA de la Sala Penal Permanente, fue expedida el 16 de mayo del 2017, con posterioridad a la modificatoria del artículo 25° del Código Penal desarrolla, debe tenerse en cuenta que esta casación considera hechos acaecidos antes de la modificatoria la norma penal en mención. Así, refiere en cuanto al rol del particular en el delito de negociación incompatible para la verificación del interés particular indebido de tercero; que el delito de negociación incompatible previsto en el

artículo 399° del Código Penal, es una norma general de carácter subsidiario, y que al no especificarse la naturaleza del contrato u operación es un tipo penal general, de amplio espectro que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio. Respecto al extraneus, señala que por tratarse de un *delito especial propio*, solo puede ser aquel que ostente la cualidad de servidor o funcionario público y que se cumpla la relación funcional exigida en la norma; **la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, debido a que no se está, ante un delito de participación necesaria**, 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.

En el mismo sentido, la Casación N° 841 –2015 Ayacucho, del 24 de mayo del 2016, anterior a la modificatoria del artículo 25° del Código Penal, los magistrados supremos señalaron que **la participación de un extraneus** en un delito de infracción de deber, va a **depender de que la misma sea incluida en la redacción típica**, y que en el **delito de negociación incompatible** previsto en el artículo 399° del Código Penal, **la conducta típica es distinta**, a los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus. En cuanto al extraneus, en los fundamentos jurídicos 28), 29) y 30) que no constituyen doctrina jurisprudencial, refieren que la estructura típica del delito de negociación incompatible, **no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto** (Cohecho, colusión, peculado); que, no se está 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; y que la *negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado.*

Ciertamente, que antes de la modificatoria del artículo 25° del Código Penal, no existe jurisprudencia penal vinculante sobre la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, conforme se corrobora en las sentencias analizadas en la presente investigación ha sido poco desarrollada en la jurisprudencia y doctrina peruana. Ahora, con la incorporación del tercer párrafo en el artículo 25° de la código sustantivo, habilita procesar y sancionar a título de cómplice al partícipe del hecho punible cometido por funcionario o servidor público en el delito de negociación incompatible, por lo que no se quebrantaría el principio de legalidad, al encontrarse amparado en la norma penal, empero como el verbo el verbo rector típico del artículo 399° del Código penal, es el interés indebido del funcionario o servidor público, consideramos que aún no se habría solucionado en su total plenitud la problemática en torno al concurso del partícipe extraneus en este delito.

Ahondando en detalles, debemos señalar que en la actualidad, para determinar la autoría y participación de los delitos especiales, se acoge la doctrina de Claus Roxin, la teoría de la infracción del deber; también desarrollada por Jakobs, por el que la responsabilidad penal se fundamenta en la infracción de deberes generales que comprenden a todos los ciudadanos por igual, bajo la premisa de no dañar a los demás; y los deberes especiales que nacen del compromiso asumido por la persona como deberes institucionales; en estos últimos recaen los delitos de infracción de deber, mientras que los deberes generales fundamentan los delitos de dominio o delitos de organización.

En ese contexto como solución a la problemática estudiada presentamos como aporte de la presente investigación, la propuesta de modificatoria del artículo 399° del Código Penal conforme a lo siguiente:

FORMULA LEGAL:

ARTÍCULO 1.- Modificar el artículo 399° del Código Penal, referido al delito de negociación incompatible y aprovechamiento indebido de cargo, el cual queda establecido de acuerdo lo 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.

El partícipe que contribuya dolosamente con el hecho punible cometido por el funcionario o servidor público, será reprimido a título de cómplice con la pena prevista para el autor; la pena podrá disminuir por debajo del mínimo legal, si el aporte que se preste, no resulte esencial para la comisión del delito.

Finalmente, estimamos que la participación del extraneus, va a depender de cada en concreto, en la forma, tiempo, y modo, de la vulneración del bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible, debiendo tenerse en cuenta que la norma especial de contrataciones del Estado, establece en la vía extrapenal el procedimiento administrativo sancionador ante el OSCE; asimismo, INDECOPI tiene a cargo el procedimiento administrativo sancionador por prácticas colusorias de los postores o proveedores privados; ello a razón, que el derecho penal es ultima ratio y que el delito previsto en el artículo 399° del Código Penal, objeto de la presente investigación, es subsidiario y residual.

CONCLUSIONES

1. El principio de legalidad conocido también como principio de la reserva de ley penal, ni el juez ni autoridad alguna determina qué conducta es delictiva; sino está establecida taxativamente en ley previa al hecho cometido, así se encuentra prescrito en el artículo 2, inciso 24, acápite “d”, de la Constitución Política del Perú, señala que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista por la ley. La garantía del principio de legalidad prohíbe que se pueda aplicar una sanción penal, si esta no está determinada por la ley.
2. El principio de accesoriadad y la teoría de unidad de título de imputación, se utilizan para poder sancionar a los sujetos (extraneus) que no poseen la cualidad especial que exige el tipo penal para ser considerado autor. La accesoriadad y la teoría de unidad de título de imputación, son los presupuestos de la participación (instigación y complicidad), por lo que, de no haber el hecho principal no hay accesoriadad. Nuestro Código Penal, en el artículo 25°, asume la tesis de la accesoriadad, al regular la complicidad primaria y secundaria, estableciendo que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.
3. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, es un delito de corrupción especial subsidiario, por el que cualquiera no puede ser autor, sino sólo quienes cumplan con la cualificación establecida. Sanciona el acto del funcionario, o servidor público, que exterioriza conductas de interés parcializado buscando favorecerse o favorecer a terceros, en el contrato u operación que interviene

por razón del cargo. Se debe acreditar, si el interés fue en provecho propio o de tercero, no cualquier conducta, o el simple quebrantamiento de la norma infra legal, implica estar ya, en la comisión del delito, sino que debe acreditar la conducta corruptora.

4. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia emitidas entre los años 2011 al 2018, por hechos acaecidos antes de la modificatoria del artículo 25° del Código Penal, sobre el extraneus en el delito de negociación incompatible, son contradictorias, no establecen jurisprudencia penal vinculante, por lo que, ante las deficiencias estructurales en el artículo 399° del C.P., para comprender en el mismo tipo penal al extraneus, vulneran el principio de legalidad penal; sin embargo, en la actualidad, es factible que el extraneus, pueda ser sancionado penalmente a título de cómplice, ya que el art. 25 del C. P. acepta que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los operadores del derecho, que se promueva un Acuerdo Plenario a la Corte Suprema de Justicia, con la finalidad de que pronuncie doctrina vinculante que concuerde y defina criterios jurisprudenciales de orden jurisdiccional específicos respecto a la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, a la luz de la modificatoria del artículo 25° del Código Penal.
2. Se recomienda modificar el artículo 399° del Código Penal, a fin de que estructuralmente se extienda la responsabilidad penal al extraneus, que permita imputar responsabilidad penal en calidad de cómplice, proponiendo que se incorpore al mencionado artículo lo 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.

El partícipe que contribuya dolosamente con el hecho punible cometido por el funcionario o servidor público, será reprimido a título de cómplice con la pena prevista para el autor; la pena podrá disminuir por debajo del mínimo legal, si el aporte que se preste, no resulte esencial para la comisión del delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILERA BOLAÑOS, Clever. (2016). *La teoría de la unidad del título de imputación y la persecución y represión penal de los delitos especiales cometidos por corrupción de funcionarios público* (tesis de pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. Perú.
- ARROYO ZAPATERO, Luis. (1983). *Principio de Legalidad y reserva de la Ley en materia penal*. Valencia- España: Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Akal Ediciones.
- BINCI LUQUE, Matías, y GOÑI, Gabriel. (2016). *La responsabilidad penal del funcionario público en el derecho Argentino. Análisis jurisprudenciales*. Seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes. Recuperado de www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_binlar262.pd.
- COLMENARES URUPEQUE, Noemí, FERNÁNDEZ MONTENEGRO, Karla. (2017). *La participación del extraneus en los delitos de corrupción de funcionarios y los supuestos para su calificación jurídica como parte esencial en la comisión de dichos ilícitos a partir de los casos presentados en los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014 y 2015*. (tesis de maestría). Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque. Perú.
- CÓRDOVA PALACIOS, Franklin. (2013). *El delito de interés indebido en la celebración de contratos. Especial referencia al elemento normativo del tipo:*

interés indebido (trabajo de grado). Medellín: Universidad EAFIT.

- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana, y PICADO VARGAS, Carlos. (2015). *Como litigar estrategia procesal*. Lima, Perú: Editorial San Marcos EIRL.
- CALDERON VALVERDE, Leonardo. (2016). *La configuración del delito de negociación incompatible en los procesos de contrataciones públicas informales*. Lima, Perú: .Gaceta Jurídica, Gaceta Penal & Procesal Penal.
- CUELLO CALON, Eugenio. (1961). *Derecho Penal Parte General*. Maxico: Editora Nacional de Mexico.
- CREUS CARLOS. (1990).*Derecho general Parte General*, Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- DÍAZ CASTILLO, Ingrid. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano* (tesis doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca, España.
- GONZALES ORBEGOSO, Jhonny. (2016). *El delito de negociación incompatible objeto de protección y su prueba* (tesis de pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. Perú.
- HERNÁNDEZ, MIRANDA, Edith. (2018). *La prueba indiciaria en el proceso penal*. Lima, Perú: Editorial El Buzo EIRL. Lima, Perú.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. (2010). *Metodología de la investigación*. México: Editorial Mcgraw-Hill / Interamericana Editores, S.A. de C.V.

- HUGO ÁLVAREZ, Jorge, y HUARCAYA RAMOS, Betty. (2018). *Delitos contra la administración pública, análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima, Perú: Editorial el Buho EIRL.
- HURTADO POZO, J. (1978). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: Editorial Sesator.
- ILABACA MÉNDEZ, Francisca. (2012). *Delito de negociaciones incompatibles* (tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile.
- JURISTAS EDITORES EIRL. (2018). *Código Penal*. Lima, Perú: Edición marzo 2018.
- LEGIS PASIÓN POR EL DERECHO. (2014). *Casación N° 456-2012 de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia*. Recuperado de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-456-2012-Del-Santa-Legis.pe_.pdf
- MANDUJANO RUBÍN, José. (2017). *Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión*. (Tesis de maestría). Universidad de Huánuco, Perú.
- MINAYA CHIRINOS, Hugo. (2015). *Fundamentos para la aplicación de la prescripción especial al extraneus en delitos de colusión desleal como medida para combatir las organizaciones ilícitas para delinquir en el Perú*. (tesis doctoral). Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Juliaca, Perú.
- MOMETHIANO SANTIAGO, Javier. (2011). *Código Penal Fundamentado*. Segunda Edición, Lima, Perú: Editorial San Marcos EIRL.

- MONTOYA VIVANCO, Iván. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Primera Edición: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (1996) *Derecho Penal Parte General*. Valencia, España: Ediciones Tirant Blllanch.
- NAKASAKI SERVIGÓN, César. (2016). *Rol del particular en el tipo penal de aprovechamiento indebido de cargo*. Gaceta Juridica Penal y Procesal Penal. Lima, Peru.
- PAREDES GUEVARA, Blanca. (2017). *Delitos de corrupción de funcionarios y servidores públicos en los Gobiernos Locales*. (tesis de maestría). Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. (2013). *Curso Elemental de Derecho Penal Parte General*. Lima Perú: Editora y Distribuidora Ediciones Legales EIRL.
- PÉREZ LÓPEZ, Jorge. (2018). *La prueba en el proceso penal en Gaceta Jurídica*. Lima, Perú: Ediciones El Buho EIRL.
- PEZO JIMENEZ, Omar. (2018). *Implicancias de la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en los condenados por los delitos contra la administración pública, en el departamento de Tacna, del año 2015 al año 2017*. (tesis de maestría). Universidad Privada de Tacna.
- PISFIL FLORES, Daniel. (2018). *La prueba en el proceso penal en Gaceta Juridica*. Lima, Perú: Ediciones El Buho EIRL.
- ADRIANZEN ROMÁN, Pierr. (2017). *La participación en los delitos especiales*

análisis de la intervención de un extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito (tesis de post grado). Universidad de Piura, Perú.

- RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2007). *Como hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. (4ta). ISBN 978-603-4002-03-6.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. (2016). *El delito de negociacion incompatible y de patrocinio ilegal de interes privados*. Lima, Peru: Ediciones Lex &Iures.
- REYES RIOS, Leslie, VÍLCHEZ GAMBOA, Sheily. (2017). *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 de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo, La Libertad, Perú.
- REYES STANDEN, Javiera. (2009). *Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad*. Universidad de Chile, Santiago. Recuperado de repositorio. uchile. cl/tesis /uchile/2009/de-reyes-J/pdfamont/de-reyes-j.pd
- RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria. (2004). *Derecho penal español*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- RODRIGUEZ, J. Y SERRANO, A. (1994). *Derecho penal español parte general*. Madrid – española: Editorial dykinson.
- ROJAS VARGAS, Fidel. (2007). *Delitos contra la administracion pública*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2016). *Código penal parte general delitos*. Lima, Perú: Editorial RZ Editores.

- ROJAS VARGAS, Fidel (2016). *Código penal parte especial y leyes penales especiales*. Lima, Peru: RZ editores.
- ROSAS YATACO, Jorge (2009) *Manual de Derecho Procesal Pena*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- FRANCISCO SAENZ, Denis. (2017). *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 de pregrado). Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo”, Huaraz, Perú.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. (2014). *Delitos contra la administración pública*. Lima-Peru: Editorial Grijley.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. (2006). *Derecho procesal penal primera reimpresión*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. (2015). *Derecho procesal penal lecciones*. Lima, Perú: Editorial Jurista Editores.
- QUIROZ SALAZAR, Willian. (2002). *Lecciones de derecho penal general*. Lima – Peru: Primera Edición, Editorial Imsergraf EIRL.

Artículo de internet

CASTILLO ALVA, José. (2008). *Delitos de Administración Pública* (versión electrónica)recuperadoen/www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_47.pdf.
 Sistema Jurídico. *Informacion Juridica del sistema peruano* (en linea) recuperado en <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos>.

ANEXOS



ANEXO 1



TÉCNICA DE ANALISIS DOCUMENTAL

Instrumento: Guía de Análisis documental

Documento de análisis: Las sentencias de la Salas Penales del Distrito Judicial de Trujillo y de la Corte Suprema de Justicia

Objetivo:

Determinar la vulneración del principio de legalidad en el extraneus del delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia durante los años 2011 al 2018.

Criterios de análisis:

a) Criterios de inclusión:

Se tendrá en cuenta las sentencias del delito de negociación incompatible, en las que concurra, la participación de autores (funcionario y/o servidor público) con el extraneus (proveedor, profesional, o personal natural que representa a una persona jurídica), en los contrataos con las entidades del Estado.

b) Criterios de exclusión: No se establecen criterios de exclusión.

Documento:

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia N°

DATOS	OBSERVACIONES
<p>Parte preliminar de la sentencia: Para verificar la concurrencia de autores y extraneus.</p>	
<p>La parte expositiva de la sentencia: Para indicar la pretensión del fiscal y la imputación contra el autor (es) y el extraneus.</p>	
<p>Los fundamentos de derecho de la sentencia: Para destacar el razonamiento del juzgador, en la calificación jurídica del delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399° del Código Penal, y la relación con los principios de legalidad, accesoriedad y unidad de título de imputación en el extraneus.</p>	
<p>La parte dispositiva o fallo de la sentencia: Para señalar, si se condena o absuelve, al autor y al extraneus.</p>	

MATRIZ N° 01

PROBLEMA: ¿La aplicación del principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus, vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018?

OBJETIVO GENERAL

Determinar, si la aplicación del principio de accesoriedad, y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus, vulnera el principio de legalidad en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

INSTRUMENTO

1. Explicar a la luz de la Constitución Política del Perú, de la norma penal y de la doctrina, la prevalencia del principio de legalidad en el delito de Negociación Incompatible.

Guía de análisis documental:

- Constitución Política del Perú
- Código Penal
- Código Procesal Penal

2. Describir sobre la base de la doctrina, y la norma penal, el principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación en el extraneus.

- Autores de libros en derecho penal y procesal penal

Guía de análisis documental:

3. Analizar el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido

- Código Penal
- Autores de revistas en derecho penal

de cargo, en el derecho penal comparado, en la doctrina y en la norma penal.

4. Identificar, la vulneración del principio de legalidad en el extraneus en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018.

.

5. Proponer, consideraciones jurídicas respecto a la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible.

- Autores de libros en derecho penal

Guía de análisis documental:

- Código Penal

- Autores de revistas en derecho penal

- Autores de libros en derecho penal

Guía de análisis documental:

- Sentencias de la Corte Suprema.

MATRIZ N° 02

DEFINICION DEL OBJETO DE ESTUDIO: Bacigalupo Zapater (1984), sostiene que: “La consecuencia práctica del principio de legalidad, es que ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena” (pág. 56).

OBJETIVO ESPECIFICO N° 04:

Identificar, la vulneración del principio de legalidad en el extraneus en el delito de negociación incompatible, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, durante los años 2011 al 2018.

DIMENSIONES	INDICADORES	ENUNCIADO
	Parte preliminar o encabezamiento de la sentencia en el delito de negociación incompatible.	Según San Martín (2015) incluye la indicación y lugar de la sentencia, la mención de los jueces y el director debates, el número de orden, la identificación de las partes, el delito objeto de imputación, los defensores, y las generales de ley de los acusados.

	<p>La parte expositiva de la sentencia en el delito de negociación incompatible.</p> <p>Los fundamentos de derecho de la sentencia en el delito de negociación incompatible</p>	<p>Según el Dr. San Martín (2015), contiene la pretensión del fiscal con el relato de la imputación, la posición de las partes, la resistencia del acusado, y define el objeto del debate.</p> <p>Comprende la motivación jurídica el razonamiento lógico que impone empezar por los hechos y acabar por la norma jurídica. La calificación jurídico penal de los hechos, la subsunción al tipo legal, la participación, el grado del delito, las circunstancias concurrentes modificativas de las responsabilidades penales, y los factores de individualización y medición de la pena.</p> <p>Contiene la decisión del juzgador que puede ser condenatoria o absolutoria. Si es absolutoria, de acuerdo</p>
--	---	---

	<p>La parte dispositiva o fallo de la sentencia del delito de negociación incompatible.</p>	<p>con el artículo 398° de Código Procesal Penal se deben fijar las razones de la absolución. Si es condenatoria, conforme con el artículo 399° del NCPP se debe fijar la pena o medida de seguridad impuesta, su duración, y la fecha la excarcelación.</p>
--	---	--