



Universidad
Continental

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de
Derecho

Tesis

**El efecto regulatorio del delito de negociación
incompatible en el interés indebido de los
funcionarios o servidores públicos en las
operaciones y contratos celebrados
por razón de su cargo**

Diego Fernando Huaynate Orihuela

Huancayo, 2019

Para optar el Título Profesional de
Abogado



Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Obra protegida bajo la licencia de [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)

Asesor

Ma. Lucio Raúl Amado Picón

A mis padres, Gladys Julieta Orihuela Cárdenas y Jaime Roy Huaynate Callupe por el apoyo inconmensurable que me brindan; a mis hermanos, por las enseñanzas que me ofrecen día a día y al libre albedrío, por los aciertos y errores que voy consumando.

Agradecimiento

Quiero agradecer a los abogados Héctor Andrés Melgar Salazar, Raúl Marino Palomino Amaro y John Eric Magno Callupe por haber aportado de forma significativa en la presente tesis y en especial al profesor Lucio Raúl Amado Picón, que sin su ayuda no habría sido posible desarrollar esta investigación y a la Universidad Continental por la formación otorgada.

El autor

Presentación

Señores miembros del jurado, presento ante ustedes la Tesis titulada “El efecto regulatorio del delito de Negociación Incompatible en el interés indebido de los funcionarios o servidores públicos en las operaciones y contratos celebrados por razón de su cargo”; con la finalidad de determinar cuál es el efecto de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo, en cumplimiento del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Continental para obtener el grado académico de abogado.

Esperando cumplir con los requisitos de aprobación.

Diego Fernando Huaynate Orihuela

Resumen

La investigación realizada tuvo como problema general ¿Cuál es el efecto de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo? Y la propuesta teórica se basa en modificar el tipo penal a fin de dar un eso optimo al tipo penal analizado.

Se ha utilizado el enfoque cualitativo, el tipo de investigación denominado estudio de casos, con un diseño y caracterización de las unidades temáticas de la investigación cualitativa. Los instrumentos aplicados fueron: la lista de cotejo de análisis de caso, el guion de entrevista a expertos en derecho y el cuestionario al investigador; las cuales fueron validados por juicio de expertos y declarados altamente confiables.

Para el análisis de los resultados se ha utilizado el método de la triangulación, describiendo el caso, el resultado de los Expertos, y el resultado del investigador y luego cotejándolo con el marco teórico.

Los resultados de la discusión llegaron a la conclusión que: Los efectos regulatorios negativos del tipo penal de negociación incompatible, se dan, por defectos conceptuales del entendimiento de los fines y de la política criminal por parte operadores jurídicos, asimismo, se plantea como solución una reestructuración del tipo penal a fin de contrarrestar los mencionados efectos.

Palabras Claves: Negociación Incompatible, efecto regulatorio.

Abstract

The research carried out had as a general problem: What is the effect of the regulation of the incompatible negotiation crime in the undue interest of public officials and / or servants in contracts or operations because of their position? And the theoretical proposal is based on modifying the criminal type in order to give an optimum to the penal type analyzed.

The qualitative approach has been used, the type of research known as case studies, with a design and characterization of the thematic units of qualitative research. The instruments applied were: the checklist of case analysis, the interview script for experts in law and the questionnaire to the researcher; which were validated by expert judgment and declared highly reliable.

For the analysis of the results, the triangulation method has been used, describing the case, the result of the Experts, and the result of the researcher and then comparing it with the theoretical framework.

The results of the discussion reached the conclusion that: The negative regulatory effects of the incompatible criminal type of negotiation, are given by conceptual defects of the understanding of the ends and criminal policy by legal operators, likewise, it is proposed as a solution restructuring of the criminal type in order to counteract the mentioned effects.

Key Words: Incompatible negotiation, regulatory effect.

Introducción

Actualmente la lucha contra la corrupción es un problema álgido para nuestro país, por tanto, cada ciudadano tiene el deber a través de sus medios aportar contra la lucha anticorrupción, razón por la cual, en la presente investigación se busca otorgar solución a los efectos de la regulación del tipo penal denominado “Negociación Incompatible” regulado en el artículo 399 del Código Penal.

El delito de negociación incompatible de acuerdo a sus fines y los bienes jurídicos encargados de proteger, han sufrido una distorsión al momento de ser utilizados, por ello, en la siguiente investigación procuramos dar solución a estos inconveniente que se han ido suscitando por el erróneo uso del tipo penal.

La presente investigación tiene como objetivo determinar cuáles son los efectos jurídicos y prácticos que se han dado por la regulación del tipo en análisis, de ser el caso estos efectos sean negativos, teóricamente buscaremos otorgar solución a ellos.

La presente investigación consta de seis capítulos; el primer capítulo, denominado “Planteamiento del Estudio”, dentro de este, se desarrolla el planteamiento del problema, formulación del problema, justificación, limitaciones, antecedentes y objetivos.

En el segundo capítulo, denominado “Marco teórico”, en el, se desarrollaron los antecedentes del problemas, se incluyeron las bases teóricas de la investigación, asimismo, se definió los conceptos a utilizar en la investigación.

En el capítulo tercero, denominado “Metodología”, se estableció las unidades temáticas, el tipo de investigación, la población, muestra y unidad de análisis. En el capítulo cuarto, denominado “Recopilación y Análisis de Información”, se demuestra os instrumentos a través de los cuales se obtuvo el resultado, asimismo, la transcripción de los resultados obtenidos a partir del análisis de caso, el resultado del cuestionario al investigador y las

entrevistas a tres (03) expertos; de ello se analizó la información, realizando la triangulación de las fuentes de información, el quinto capítulo consta de la discusión de resultados, y para terminar el capítulo sexto contiene nuestra propuesta teórica, las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación, adjuntando al mismo las referencias bibliográficas y los anexos respectivos.

El autor

INDICE

Contenido

Agradecimiento	4
Presentación.....	5
INDICE.....	10
Capítulo I	13
Planteamiento del Estudio	13
1.1. Planteamiento y Formulación del Problema.....	13
1.1.1. Planteamiento del Problema.....	13
1.1.2. Formulación del Problema	25
1.2. Objetivos	25
1.2.1. Objetivo General	25
1.2.2. Objetivos Específicos.....	26
1.3. Justificación	26
1.3.1. Teórica.....	26
1.3.2. Practica.....	26
1.3.3. Metodológica	27
1.3.4. Jurídica.....	27
1.4. Contribución.....	27
1.5. Definición de los referentes empíricos	28
Capítulo II	34
Marco Teórico	34
2.1 Antecedentes del problema.....	34
2.2. Bases teóricas.....	35
2.2.1. El derecho penal como fuente de regulación de las conductas.....	35
2.2.2. Política Criminal.....	41
2.2.3. Política anticorrupción en el Perú	50
2.2.4. La pena en el derecho penal	54
2.2.5. Teorías sobre la función de la pena	55
2.2.6. Funcionario o Servidor Público	66
2.2.7. El delito de negociación incompatible	77
2.2.8. Bien jurídico protegido.....	84
2.2.9. La autoría y participación en el delito de negociación incompatible.....	86
2.2.10. El delito de negociación incompatible como tipo penal de peligro concreto.....	99
2.2.11. El Análisis de Impacto Regulatorio	103

2.3. Definición conceptual.....	104
2.3.1. Derecho Penal	104
2.3.2. Política Criminal.....	105
2.3.3. La Pena	105
2.3.4. Funcionario o Servidor Público	105
2.3.5. El delito de Negociación Incompatible.....	106
2.3.6. Bien jurídico protegido del delito de Negociación Incompatible.....	106
2.3.7. La autoría y participación en el delito de Negociación Incompatible	107
2.3.8. El delito de negociación incompatible como tipo penal de Peligro Concreto	107
2.3.9. El análisis de Impacto Regulatorio	107
Capítulo III	108
Metodología	108
3.1. Unidades Temáticas y Caracterización.....	108
3.2. Tipo de Investigación.....	111
3.3. Población, muestra y unidad de análisis	112
3.3.1. Población	112
3.3.2. Muestra	112
3.3.3. Unidad de Análisis	112
3.4. Escenario y sujetos de estudio	113
3.4.1. Descripción de escenario de estudio	113
3.4.2. Caracterización de los sujetos	114
3.5. Técnicas e instrumentos de producción de información	115
3.6. Credibilidad	116
Capítulo IV	117
Recopilación y Análisis de Información.....	117
4.1. Transcripción de los datos.....	117
4.1.1. Resultados de caso	117
Fuente: Lista de cotejo de datos, elaborado por el investigador.....	130
4.1.2. Resultado de investigador Diego Fernando Huaynate Orihuela.....	132
Fuente: Cuestionario al investigador, elaborado por el investigador.....	141
4.1.3. Resultado de entrevistas a los expertos	142
4.2. Análisis de información	164
4.2.1 Triangulación de entrevista a expertos.....	164
4.2.2. Triangulación de caso.....	176
4.2.3. Triangulación de cuestionario al investigador Diego Fernando Huaynate Orihuela.	196

4.2.4. Triangulación de expertos, caso y cuestionario al investigador	209
Capítulo V	254
Discusión	254
5.1. Discusión y análisis profundo de la información.....	254
Capítulo VI	261
Propuesta Teórica	261
Conclusiones	271
Recomendaciones	274
Referencias Bibliográficas	275
Anexos.....	280

Capítulo I

Planteamiento del Estudio

En el presente capítulo se describirá el planteamiento y la formulación del problema, los objetivos, la justificación, la contribución teórica y práctica, además se indicará la definición de los referentes empíricos. Asimismo, el planteamiento del problema de la presente investigación tiene su origen en la descripción del tipo penal del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, ya que, en la regulación del Código Penal se puede verificar que es un delito benigno con respecto a la pena; y que, debido a esta característica, es utilizado como un medio para generar menores consecuencias penales para los funcionarios y servidores públicos que se interesan en un contrato u operación beneficiándose, adicionalmente este delito no está en sincronizado con las políticas anticorrupción propuestas por el Estado peruano.

1.1. Planteamiento y Formulación del Problema

1.1.1. Planteamiento del Problema

La corrupción en las instituciones públicas es entendida como la practica consistente en la utilización de los bienes y recursos estatales por parte de los funcionarios y servidores públicos para beneficiarse o beneficiar un tercero económicamente; según la encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, en el Perú, el 48% de sus habitantes cree que el principal problema que afecta a nuestro país es la

“corrupción”, según los Resultados del Módulo: Gobernabilidad, Democracia y Transparencia (Noviembre 2016 – Abril 2017) que forma parte de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG) y la Defensoría del Pueblo en el primer reporte de la corrupción de 2017 se informa que existen 32 925 casos de corrupción en todo el Perú, asimismo, representa una pérdida anual del 10% del presupuesto nacional es decir S/ 12 600 millones de soles; por lo que en la actualidad nos encontramos, ante un problema que crea desventajas comparativas de desarrollo del país, y un clima de inseguridad jurídica.

En el Perú se han diseñado diversas formas de lucha contra la corrupción, pero creemos que estas, deben ser mejoradas para poder contrarrestar su avance. Uno de estos instrumentos fue tipificar los delitos contra la administración pública en el Código Penal, en esta clase de delitos que sancionan el actuar de los funcionarios públicos dentro de las contrataciones del estado, debido a que en ellas se maneja una gran parte del presupuesto público.

Dentro de los delitos tipificados en nuestro código penal específicamente en el Capítulo II - Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos - Sección IV -Corrupción de Funcionarios; encontramos el delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo (Artículo 399° del Código Penal), este tipo penal y el de Colusión simple y agravada (Artículo 384° del Código Penal) son los tipos penales por excelencia que tienen como objetivo luchar contra la corrupción en las contrataciones estatales.

Según el Reporte de Corrupción en el Perú emitido por la Defensoría del Pueblo en el mes de Mayo de 2017, son 4493 casos de Colusión simple y agravada que se tienen en investigación y 2303 investigaciones por el delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo, sin embargo, existe una peculiaridad con respecto

a estos dos tipos penales, el primero respectivamente, tiene dos modalidades, una simple y otra agravada, siendo sus penas privativas de libertad no menor de tres ni mayor de 6 años y el segundo supuesto no menor de 6 años ni mayor a 15 años, estableciendo una pena rigurosa de acreditarse la comisión de la modalidad agravada de la colusión, a diferencia, el delito de negociación incompatible tiene como pena privativa de libertad no menor de 4 años ni mayor a 6 años, evidenciándose claramente que este tipo penal tiene una pena piadosa a comparación de la anteriormente mencionada; es necesario precisar que tanto la colusión simple o agravada y el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido tienen una conexión al regular estos dos tipos penales, habiendo supuestos que prácticamente podrían contener uno al otro delito, explicación y desarrollo que realizaremos en esta investigación; por ello creemos conveniente que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo debe ser abordado a través del análisis de impacto regulatorio, existiendo así, la posibilidad de evaluar su reformulación y/o modificación, para que no pueda ser utilizado como mecanismo o estrategia en un proceso, con el fin de obtener una pena piadosa para el imputado, generando así un sentimiento de impunidad en la población haciendo parecer que aquellos funcionarios públicos que probablemente hayan cometido un ilícito penal grave como la colusión sea juzgado por el tipo de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, para obtener una pena piadosa que lamentablemente está regulada de esa forma en nuestro código penal.

La política criminal en el Perú para combatir la corrupción de una manera eficaz debe ser preventiva y represiva, nos enfocaremos en la segunda definición en el desarrollo de esta tesis; al nosotros tratar de desarrollar una pena más gravosa para aquellos funcionarios y/o servidores públicos que cometan ilícitos penales como el delito de

negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo procuramos desincentivar la comisión de este tipo de acciones concretamente, asimismo, citamos como ejemplo el argumento de la Recomendación N° 1/ 2017 del Consejo de Asociación Unión Europea desarrollado en la Republica de Moldavia donde propone como sugerencia lo siguiente:

“Prevención y Lucha contra la Corrupción:

*Lograr más resultados tangibles en la lucha contra la corrupción mejorando la trayectoria de las autoridades de lucha contra la corrupción a través de sanciones más eficaces y penas **más graves**, especialmente para los altos funcionarios”.*

De acuerdo a lo afirmado por la Recomendación de la Unión Europea que realiza a sus Estados miembros, se busca imponer penas más graves para así evitar o desincentivar la comisión de los tipos penales de corrupción de funcionarios.

Al respecto Diaz I. (2016) señala que; “la corrupción es un fenómeno histórico inherente a la sociedad que afecta en mayor o menor medida a todos los países del mundo. Ciertamente, “el efecto corruptor del dinero, del poder y del afán de prestigio es una permanente en la historia, como es consustancial a la condición humana, el conflicto de intereses, e inseparable de la organización social, la aparición de conductas divergentes de las pautas normativas” (p. 11).

Asimismo, Diaz I (2016) indica

(...) que en sede internacional se ha destacado la importancia de la lucha contra la corrupción a través de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, entre otros. Estos instrumentos

internacionales, que buscan el compromiso de los Estados en la lucha contra la corrupción, han puesto el énfasis en los diversos ámbitos gubernamentales afectados por este fenómeno (p. 12).

Es así como la lucha contra la corrupción dentro del ámbito de cada ordenamiento jurídico debe ser implantada de las formas más adecuadas, uno de los instrumentos para combatir este fenómeno mundial es el incremento de **las consecuencias penales**.

Siguiendo con Diaz I. (2016) menciona de los planes y consignas contra la corrupción:

“La corrupción pública, entendida como el abuso del poder encomendado a un funcionario público para beneficios privados, es un fenómeno que afecta las diversas actividades de los gobiernos nacionales. Entre ellas, el ciclo de las contrataciones estatales constituye el espacio más vulnerable a la corrupción. En un estudio del año 2007, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha incidido en la vulnerabilidad de estos procedimientos debido al alto porcentaje de dinero invertido por los Estados, como a que constituyen un espacio de interacción entre los sectores público y privado, permitiendo la negociación entre ambos” (p. 13).

Enríquez (2016) señala que, si bien es cierto que la negociación incompatible y el delito de colusión ilegal comparten un mismo escenario de proceder conductivo, esto es la contratación administrativa, en el delito de colusión se exige la acreditación de fraude o de la concertación del funcionario público con los particulares, lo que no sucede con el delito de negociación incompatible (p. 77).

En las contrataciones estatales y su malversación e inadecuada práctica por parte de los funcionarios para cometer actos corruptos es castigado con penas de exigencia cuantitativamente elevada, estas penas se encuentran en los delitos de negociación

incompatible y la colusión ilegal tipificadas en el código penal. Hay una gran diferencia en el tema condenatorio, ya que, cuando se trate de una condena el imputado siempre buscará ser sancionado con la pena más benigna.

De otra parte, la OCDE (2017) considera que también es necesario generar profesionalidad entre los responsables de la contratación. Para ello, ha planteado como primera medida, el otorgamiento de los conocimientos especializados relativos a la contratación pública de los funcionarios, más ahora que los países han adoptado un enfoque descentralizado. Además de lo anterior, resulta pertinente que los funcionarios posean conocimientos en la gestión de proyectos como en aptitudes para la gestión de riesgos. A estas medidas ayudaría, según la organización, el recurso a instrumentos tecnológicos como la implementación de un sistema de contratación electrónico (p. 26).

Por su parte, **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (2007)** señala lo siguiente:

“Transparencia Internacional también ha evaluado los factores de riesgo para la corrupción en los procesos de contratación y ha propuesto medidas para su prevención. En ese marco, su estudio parte de identificar como factores de riesgo a "las compras urgentes" realizadas especialmente cerca del final de un año fiscal; las adquisiciones de emergencia ante desastres naturales y otros eventos; el acceso inadecuado a la información; el uso no estandarizado de normas de licitación, como ocurre con aquellas promulgadas a nivel local; la descentralización de la contratación a través de instituciones sub-nacionales; y el recurso a procedimientos excepcionales en los que el Estado y un particular negocian el contenido del contrato. (p. 11).

Al Respecto Diaz I. (2016) en su discurso señala los modos de operar del estado para combatir la corrupción:

“Tal como se ha adelantado en la parte introductoria de este capítulo, no todas las medidas preventivas ni de combate a la corrupción en la contratación, se enfocan en el campo de las políticas públicas. Algunas se enmarcan directamente en el ámbito jurídico, que es materia específica de nuestro estudio. En ese contexto, el Perú ha adoptado medidas generales que repercuten en este problema. Tenemos, por ejemplo, la Ley de Control Interno de las Entidades del Estado, la Ley del Código de Ética de la Función Pública y su reglamento, la Ley Marco del Empleo Público, la Ley que regula la publicación de la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado, la Ley de Nepotismo y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su reglamento. La creación de entidades responsables de la articulación y ejecución de las políticas anticorrupción resulta también importante. Entre estas cabe destacar a las fiscalías provinciales y salas superiores especializadas en lucha anticorrupción, el equipo de fiscales anticorrupción de la Fiscalía de la Nación, la Procuraduría Anticorrupción, la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), la Dirección de Policía contra la Corrupción y la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), que articula las políticas en esta materia. En el campo más específico, son dos las medidas que inciden en el correcto funcionamiento del ciclo de la contratación: el Régimen de Contrataciones Estatales y la Responsabilidad Administrativo- Funcional de los operadores del procedimiento contractual. (...) Ahora bien, el Derecho Administrativo ha complementado estas medidas preventivas con medidas sancionatorias que se encargan de las infracciones cometidas por los funcionarios públicos contra los deberes y prohibiciones impuestos por las primeras. En el caso peruano, la responsabilidad administrativo-funcional ha sido regulada por la Ley N° 27785 y la Ley N° 29622 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM” (p. 2-27).

Asimismo, Díaz I. (2016) señala que:

*“Descrito de modo genérico el procedimiento del Régimen General de Contratación Pública y las reglas de actuación contenidas en este, conviene que nos detengamos en la revisión de algunas conductas comunes que realizan ciertos funcionarios públicos para evadir las reglas que hemos repasado. Esto nos permitirá observar que, a pesar del esfuerzo en la regulación, necesaria desde nuestro punto vista, **cada fase permite espacios a la corrupción**, más que por las falencias normativas, por la decisión y la experticia de algunos funcionarios públicos. En la fase preparatoria, por ejemplo, constituye práctica encubierta de un favorecimiento indebido que el área usuaria solicite bienes, servicios u obras que objetivamente no responden a finalidades públicas. Existirán requerimientos abiertamente innecesarios de un bien, servicio u obra (que incluso serán avalados con posterioridad); sin embargo, habrá que detenerse también en las razones que fundamentan el requerimiento, pues bien pueden encubrir la generación más que la necesidad de la prestación. Del mismo modo, en la preparación de las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, pueden orientarse las características del bien, servicio u obra a las de un postor, exigiendo cualidades que solo posea determinada persona natural o jurídica. A pesar de que la normativa prohíbe la alusión a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los bienes o servicios ofrecidos por un proveedor determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados; estos criterios pueden ser encubiertos a través de la descripción técnica que se realice, pero, además, no son los únicos criterios que pueden favorecer a un postor (resaltado agregado).*

En la determinación del valor estimado de los bienes o servicios o el valor referencial de las obras suelen encubrirse fraccionamientos, aunque estos estén

expresamente prohibidos por la normativa y sobrecostos. Con la división estratégica del valor de la contratación se podrá eludir el método de selección que establezca mayores etapas e imponga, consecuentemente, más controles; asimismo, podrían establecerse valores mayores para el bien, servicio u obra a adquirir, situación que le generará gastos excesivos a la entidad, pero favorecerá a determinado contratista y a los funcionarios que pretendan favorecerlo. Esta situación puede ser trasladada a la Aprobación del Plan Anual de Contrataciones. La designación del Comité Especial o Comité de Selección, realizada por parte del titular de la entidad o de otro funcionario designado para ello, puede derivar en el nombramiento de una o más personas captadas para elaborar las bases según intereses distintos a los del Estado, como para direccionar la fase de selección. Aunque se han establecido como impedimentos la participación de determinados funcionarios, no se puede determinar con certeza cuáles son los intereses de aquellos que, no estando impedidos, conforman el Comité. En todo caso, será necesaria la revisión de la objetividad de las Bases que elabore el Comité, como los criterios que lleven al titular de la entidad o al funcionario competente de acuerdo a las normas de organización interna, a su aprobación.

Como puede observarse, cada una de las etapas de la fase preparatoria reviste especial cuidado como espacio sensible a la corrupción, incluso una intervención coordinada en esta fase puede permitir el control del resultado de la fase de selección. Ciertamente, con el requerimiento orientado de determinado bien, servicio u obra, como a partir de la designación de un comité que favorecerá intereses privados y la aquiescencia de quien autorice las bases o documentos requeridos (según la nueva normativa), sólo queda seguir el método de selección correspondiente para otorgar la buena pro a quien se quiso favorecer desde el

principio o por lo menos, para dejar el camino listo a fin de que ello suceda” (p. 50-58).

Hernández (2014) por su parte señala que:

“Por estas razones, en un reciente trabajo que analiza las redes de corrupción en el sector Transportes y Comunicaciones (PROVÍAS), se ha concluido que “gran parte de los actos de corrupción se dan en la etapa de los actos preparatorios pues es en la determinación de las obras que se ejecutarán cada año y en la elaboración de los expedientes técnicos donde se producirán las principales coordinaciones entre los actores a fin de consolidar los actos de corrupción, lo cual finalmente se va a materializar a través del proceso de selección” (p. 23).

A partir de la revisión realizada a la normativa administrativa en materia de contrataciones estatales, incluidas las medidas de sanción, podemos afirmar que más allá de las reformas que puedan implementarse en sede jurídica como en el ámbito más social o institucional, la gravedad del fenómeno de la corrupción en el ciclo de la contratación requiere la intervención del Derecho Penal. Como dijimos, la OCDE y Transparencia Internacional han calificado a la contratación estatal como el espacio gubernamental más vulnerable a la corrupción. De hecho, “la gran cantidad de escándalos relacionados con las adjudicaciones de contratos públicos de todo tipo pone en evidencia la estrecha vinculación entre el fenómeno de la corrupción y esta clase de decisiones”. El problema, que afecta económicamente al país y, sobre todo, recorta decididamente los derechos de los ciudadanos, ha sido abordado desde diversas aristas. Se ha incidido en medidas como la transparencia en la contratación pública, la implementación de servicios electrónicos, la participación activa de la sociedad civil en su fiscalización, la profesionalización de los funcionarios

encargados de llevarla a cabo y el compromiso del sector empresarial en cuanto a prácticas éticas. Estas estrategias, sin duda necesarias para afrontar el problema, han ido aparejadas de medidas más jurídicas. Entre ellas destaca, en el ámbito preventivo, el establecimiento de regímenes de contratación que han dotado de mayor orden y transparencia a los procedimientos contractuales y que han establecido las líneas de acción de los funcionarios involucrados. Sumado a ello, se ha implementado un régimen de sanciones administrativas para los funcionarios encargados del ciclo de la contratación. A su vez, y aunque requiere ser puesta en práctica, se cuenta con una norma que regula el lobby que los particulares pueden válidamente realizar para que su propuesta se vea favorecida (p. 24).

Como ha explicado el profesor Sancinetti (2013) “respecto al delito de negociaciones prohibidas, cuya argumentación bien puede extenderse a nuestro delito de colusión, “es indudable que la actuación parcial de los órganos administrativos, no se incrementa en modo alguno por el grado de beneficio que el funcionario pueda obtener, ni por el eventual perjuicio administrativo, sino que deviene definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio” (p. 880).

Por otra parte, la Defensoría del Pueblo, en el Informe Defensorial N° 168. El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín, Defensoría del Pueblo, Lima, 2014, señala lo siguiente.

“El Informe Defensorial N° 168 detalla los problemas de prueba con que se encuentran los fiscales penales al momento de enfrentarse a una denuncia por el

delito de colusión. Estos podrían resumirse en la dificultad de acreditar el acuerdo parcializado, mayoritariamente verbal y oculto, entre el funcionario y el particular'; y la consiguiente obtención de documentos direccionados correctamente desde el punto de vista técnico a favor de un postor (p. 58).

(...)

*En cuanto al delito de negociación incompatible, la Defensoría del Pueblo reporta, en primer término, que ha sido asumido como una estrategia alterna al delito de colusión. **Así, un grupo de fiscales ha preferido formular acusación por este delito en tanto su configuración no exige la acreditación de un acuerdo colusorio.** No obstante, el Informe señala que “las estadísticas todavía no favorecen este cambio de estrategia como una mejor opción”. **Tal parece que la acreditación de actos que denoten un interés indebido del funcionario con el fin de favorecerse o favorecer a terceros tampoco ha resultado fácil de probar.** En ello ha influido, sin duda, los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales. El Informe reporta que para muchos de ellos, la prueba indiciaria no resulta suficiente para acreditar la comisión de los delitos de colusión y negociación incompatible. Para otro sector, por su parte, estos delitos sólo se configuran en ciertas etapas del procedimiento de contratación o en la actuación de ciertos actores, como las del Comité de Selección. La relevancia que los pronunciamientos judiciales poseen en sede fiscal ha generado que parte de sus criterios sean trasladados como parámetros de calificación en la investigación preparatoria, permitiendo con ello el archivo de denuncias a pesar de que estas requieren sólo de indicios razonables para su formalización. Lo anterior, no debe llevarnos a pensar en la inutilidad de estos delitos o a plantear, como ocurre en algún sector de la doctrina española, la necesidad de modificar estos delitos exigiendo la tipificación de un resultado material en ambos (p. 130-132).*

Finalmente, buscaremos demostrar que la reformulación propuesta a este tipo penal de negociación incompatible, a través del análisis de los efectos regulatorios del tipo penal, sean negativos o positivos, propondremos soluciones con respecto, a que el tipo analizado en la tesis pueda ser utilizado como estrategia penal con el objetivo de obtener una pena menos lesiva contra aquellos funcionarios que cometan delitos de corrupción.

1.1.2. Formulación del Problema

- Problema General

¿Cuál es el efecto de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo?

- Problemas Específicos

- ¿Cuál es el efecto negativo de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo?
- ¿Cuál es el efecto positivo de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo?

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo General

Determinar cuál es el efecto de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo.

1.2.2. Objetivos Específicos

- Determinar los efectos positivos de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo.
- Determinar los efectos negativos de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo.

1.3. Justificación

1.3.1. Teórica

La presente investigación aportara en el campo del derecho específicamente la rama del derecho penal a desarrollar criterios por los cuales los tipos penales que luchan contra la corrupción, deben ser rediseñados por la coyuntura que se está viviendo en nuestra sociedad actualmente, precisando que mediante la política criminal demostraremos teóricamente que el ilícito penal en discusión debería de ser modificado para que no sea utilizado como un instrumento generador de impunidad.

1.3.2. Practica

El desarrollo de nuestras tesis, se plantea como remedio a las estrategias de la defensa técnica, que utilizan el delito de negociación incompatible o aprovechamiento como medio para obtener una pena privativa de la libertad para sus patrocinados, abusando de su regulación abierta que puede hacer encajar otros tipos penales (colusión desleal, tráfico de influencias) y así conseguir que los funcionarios públicos puedan seguir realizando actos de corrupción.

1.3.3. Metodológica

La presente tesis otorgara una modificación al tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, en cuanto se analizara los efectos regulatorios de este tipo penal, proponiendo que acorde a la práctica que se llevan en los procesos penales, ya no sea más utilizado como instrumento, de los delitos de colusión desleal o tráfico de influencias para obtener una pena leve.

1.3.4. Jurídica

El Estado peruano a través del código penal desarrolla un segmento de la política criminal de lucha contra la corrupción, pero necesariamente debido a las regulaciones deficientes de algunos tipos, es deber de los operadores jurídicos desarrollar nuevos criterios de regulación para combatir actos de corrupción que nuestro país a lo largo de su historia a sufrido, por ello, a través de esta investigación realizaremos el análisis, desarrollo y modificación de este tipo pena de la mano de la política criminal que en la actualidad se desarrolla en nuestro país.

1.4. Contribución

La presente tesis buscara aportar a la lucha contra la corrupción, en el sentido que a partir del análisis de la política criminal desarrollada en nuestro país el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido sea modificado, realizando un análisis inductivo; el delito antes mencionado se encuentra regulado en el Libro Segundo, Parte Especial , Delitos – Título XVII – Delitos Contra la Administración Pública, Capítulo II – Corrupción de Funcionarios, Artículo 399° del Código Penal y citando a este: *“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado, se interesa, en proyecto 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 conforma a los***

incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”, y que, comparándolo con los tipos penales que regulan supuestos idénticos como la colusión desleal, el tráfico de influencias su pena es bastante apacible, siendo por esa razón utilizado como estrategia de las defensas técnicas en los procesos penales, como punto de discusión para modificar la imputación realizada, y como en el tipo penal analizado para esta tesis, la exigencia probatoria es de menor grado, hace que la actividad del ministerio público, por investigar los hechos de corrupción no sea exigente, termina imputándosele a los funcionarios o servidores públicos este ilícito penal, que no va acorde contra nuestra política criminal, es por ello que la presente investigación desarrollara los argumentos para que este tipo penal sea modificado con respecto a la pena.

1.5. Definición de los referentes empíricos

En la investigación desarrollada se toma como caso al proceso penal desarrollado en el Expediente 449-2015-47 en la Corte Superior de Justicia de Junín en el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo.

En el caso analizado se ha podido apreciar durante el proceso, los efectos de la regulación del tipo penal examinado en la presente tesis, básicamente a fin de ilustrar, en el desarrollo de este proceso penal, se formuló acusación a los señores Simeón Hurtado Palomino (Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla) y William Rober Vilcahuaman Barrera (Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Llaylla), como coautores del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión (Tipificación Principal) y Negociación Incompatible (Tipificación Alternativa), así también a los señores Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui, Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres, como cómplices primarios del delito contra la

Administración Pública en la modalidad de Colusión (Tipificación Principal) y Negociación Incompatible (Tipificación Alternativa).

Siendo que, el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo, de acuerdo a lo actuado dentro del proceso, emitió la Sentencia N° 0087-2016-1JUPS/CSJJU-PJ, condenando a los acusados Simeón Hurtado Palomino (Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla) y William Rober Vilcahuaman Barrera (Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Llaylla), como coautores del delito contra la Administración Pública en la modalidad Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Llaylla a cuatro años de pena privativa de la libertad cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de tres años, ordenando cumplir reglas de conducta y a los señores Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui, Artemio Pando Torres y Jorge Luis Valero Yupanqui, en su calidad de cómplices primarios del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Llaylla, en el caso de los dos primeros a cuatro años de pena privativa de la libertad, cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de tres años; y en el caso del tercero a tres años de pena privativa de la libertad, cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de dos años.

En la mencionada Sentencia se ha podido advertir en el apartado **ANALISIS INDIVIDUAL Y CONJUNTO DE LAS PRUEBAS – RESOLUCION DEL CASO TENIENDO EN CUENTA LA TEORIA DE INFRACCON DEBER E IMPUTACION OBJETIVA**, que de forma evidente, el Juez de primera instancia al analizar sobre el cumplimiento del pacto colusorio que es necesario como elemento para la consumación del tipo penal de Colusión, afirma que no se habría demostrado pese a que, utilizando las pruebas actuadas se puede concluir que tanto el Alcalde y el señor

Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui, desarrollaron un pacto para adquirir los terrenos a fin de realizar la construcción de un estadio, y que el pacto consistiría en que el segundo realice una venta de forma simulada a los señores Artemio Pando Torres y Jorge Luis Valero Yupanqui; a fin de realizar la compra del bien inmueble y así evitar infracciones administrativas, ya que el acusado Avellaneda Jauregui sería familiar (concuñado) del señor Simeón Hurtado, asimismo, el otro funcionario público, William Rober Vilcahuaman Barrera, habría participado en la celebración de los contratos fraudulentos a fin de beneficiarse económicamente en perjuicio del Estado.

Por estas razones, se puede observar como de forma errónea este despacho penal, utilizo como medio a fin de obtener una pena reducida, al tipo penal de negociación incompatible, condenado a una pena que en su ejecución sería suspendida, efecto negativo principal que en la presente tesis queremos evitar, asimismo, se puede percibir como la acción realizada puede encajar dentro del tipo penal de colusión y el analizado en la presente tesis.

Continuando con el estudio, a partir de que la primera instancia hizo un análisis defectuoso de los hechos y la subsunción al tipo penal de forma errónea, es que el Ministerio Público, interpone Recurso de Apelación, solicitando se revoque la Sentencia emitida y se condene a los acusados por la comisión del delito de colusión y se les imponga 08 años de pena privativa de la libertad, asimismo, se le imponga de forma accesoria una pena de inhabilitación por 05 años, argumentando lo siguiente:

Escrito de APELACION DE SENTENCIA (2016):

“No se puede alegar que no está probado que los acusados SIMEON HURTADO PALOMINO Y WILLIAM ROBER VILCAHUAMAN BARRERA, se hayan concertado ilícitamente para defraudar al Estado, antes esta sucesión de hechos objetivamente

acreditados durante el juicio oral ni que su proceder, al avalar las cuatro transacciones se realizaron el mismo día 12 de julio de 2011, en la misma notaria JUAN MARIO LEIVA VALDIVIA donde según declaraciones de ARTEMIO PANDO TORRES Y JORGE LUIS VALERO YUPANQUI, manifestaron que ese día viajaron juntos a la ciudad de Satipo el señor SIMEON HURTADO PALOMINO, WILLIAM ROBER VILCAHUAMAN BARRERA, DERCY MATTA FLORES, ENRIQUE RODRIGUES, para que abreviaran los gastos de viaje, conllevando a determinar que los funcionarios acusados, en todo momento tenían el dominio del hecho con conocimiento y voluntad de querer defraudar al Estado, lo que causo perjuicio económico a la Municipalidad Distrital de Llaylla, por cuanto se adquirieron los terrenos a un precio superior del inicialmente pactado, comprobándose infracción del deber, por lo que basta que el funcionario infrinja su deber especial positivo y/o de incumbencia institucional que se encuentra en normas extrapenales. Este deber positivo hace que el ciudadano sea garante del bien jurídico, es decir, convierte al sujeto en protector de las expectativas o realidades normativas, lo cual significa que tiene deberes especiales de no lesionar.

Por otro lado, al señalar que se encuentra probado que con las cuatro minutas efectuadas en la notaria LEIVA VALDIVIA del 12/07/2011, los señores FULGENCIO AVELLANEDA y su esposa ALICIA CELINDA MEDINA eran poseionarios de los terrenos materia de transferencia y no propietarios y fue el derecho de posesión lo que a su vez transfirieron a los intermediarios Jorge Valero y Artemio Pando y estos a su vez transfirieron el derecho de posesión a la Municipalidad de Llaylla y a su vez el ex alcalde Simeón Hurtado con acuerdo de consejo Nro. 17-2011 de fecha 10/09/11 aprobaron la transferencia del derecho de posesión de forma definitiva bajo la modalidad de donación a favor del anexo de Chalhuamayo que se probó que Jorge Valero al advertir actos irregulares acudió por su propia voluntad ante el Juez de Paz de Llaylla para manifestar

que Fulgencio Avellaneda le solicito que adquiriera el terreno y que lo venda a un precio más elevado a la Municipalidad, porque como tenia lazo familiares con el alcalde no podía vendérselo directamente ya que podría tener problemas, quien lo hizo por recomendaciones del Gerente Municipal William Vilcahuaman , por lo que en este orden de ideas se tiene que la persistente ilicitud administrativa para la adquisición acredita que existo concertación y no solo el interés por lo que la recurrida condeno a los acusados, siendo ello así, habiéndose sustentado únicamente la pretensión punitiva del Ministerio Publico en los alegatos de clausura por el delito de colusión, este único delito debió ser materia de análisis y pronunciamiento fina por parte del Poder Judicial”

Es así, que la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Satipo, revocó en parte la sentencia condenando a los acusados Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vilcahuaman Barrera en calidad de autores del delito de colusión ilegal, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Llaylla a cinco años de pena privativa de libertad efectiva , asimismo, condenaron a Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui, Artemio Pando Torres y Jorge Luis Valero Yupanqui a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida, debiendo cumplir reglas de conducta.

Básicamente en la Resolución N° 35 de fecha 26 de setiembre del año 2016 – Sentencia, explican que el delito de negociación incompatible tiene carácter subsidiario, con respecto al tipo penal de colusión, porque, se desarrolla que en el tipo penal examinado en la presente tesis solo basta que el funcionario público demuestre interés indebido en un contratación u operación su configuración, y en el caso en concreto de lo que se probó en la primera instancia y haciendo uso de la prueba indiciaria, basta para determinar que si existió un pacto colusorio entre los acusados, para defraudar patrimonialmente al Estado.

Finalmente, es necesario señalar, que se optó por la elección de este caso, ya que se puede apreciar que en el desarrollo del proceso, por una subsunción errónea de los hechos al tipo penal, se condenó a los procesados por el delito de negociación incompatible, favoreciéndolos, ya que las condenas impuestas en la primera instancia eran suspendidas, yendo en contra de las políticas de lucha contra la corrupción, esto debido a que los delitos cometidos por funcionarios públicos, tienen la importante misión de repeler actos que vulneren al Estado, como en el presente caso, se quiso defraudar a la Municipalidad Distrital de Llaylla, a fin de adquirir un bien del cual no se tenía derechos de propiedad, y peor aún, sobrevalorar los bienes a fin de que un familiar del funcionario público se vea favorecido.

Capítulo II

Marco Teórico

2.1 Antecedentes del problema

Castillo (2015). El *Delito de Negociación Incompatible*. El presente libro es importante e imprescindible para la presente investigación, por cuanto, aporta las bases teóricas, dogmáticas y la casuística jurisprudencial sobre el delito de negociación incompatible; por otra parte, el autor realiza una serie de críticas para la utilización de este tipo penal en las contrataciones públicas, de ello la importancia de los fundamentos para la obtención de la propuesta teórica y las conclusiones de la presente investigación.

Salinas (2009). *Delitos Contra la Administración Pública*. El presente estudio contribuye a la investigación al desarrollar de manera exegética el tipo penal de la negociación incompatible y su desarrollo dentro del código penal. Este libro expone las características del tipo penal de negociación incompatible, por lo que señala la pauta para el desarrollo del marco teórico.

Rojas (2007). *Delitos Contra la Administración Pública*. La presente investigación desarrolla la estructura normativa y descriptiva del delito de negociación incompatible, por ello es importante la para la tesis al momento de desarrollar el marco teórico.

Abanto (2003). *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. La presente investigación desarrolla la estructura normativa y descriptiva del delito de negociación incompatible, por ello es importante la para la tesis al momento de desarrollar el marco teórico.

Díaz (2016) *Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, titulada “El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano”*, la presente investigación es importante, ya que realiza u estudio profundo del delitos de negociación incompatible y la colusión en las contrataciones estatales además las conclusiones y recomendaciones nos indican que en el proceso de contratación estos delitos son de suma importancia para imputar responsabilidad a los funcionarios públicos.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El derecho penal como fuente de regulación de las conductas

El derecho penal es un instrumento de control social, para ser usado en todo proceso de criminalización. Es pues una forma de control social lo suficientemente importante, como para que, por una parte, haya sido monopolizado por el estado, y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal (Villavicencio 2009; p. 8). El monopolio punitivo que tiene el Estado, es una consecuencia inminente para la supervivencia del hombre en la tierra, ya que, gracias a la organización del poder persecutorio – criminal, la humanidad pudo crear una civilización productiva, garantizando en la actualidad la paz social.

Según Welzel (1956) el derecho penal tiene la función de estructurar el ordenamiento jurídico sobre la base de las conductas criminales:

“El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad. Es misión de la ciencia del derecho penal desarrollar el contenido de esas reglas jurídicas en su trabazón interior. Como ciencia sistemática da el fundamento, para una ecuánime y justa administración de justicia, ya que solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad. No solamente por eso, porque sirve a la administración de justicia, la ciencia del derecho penal es una ciencia "práctica", sino también, en un sentido más profundo, porque es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces llegan hasta los conceptos básicos de la filosofía práctica”. (p.1)

El mismo autor Welzel (1956) distingue dos funciones elementales del derecho penal, la primera, la función ético social y la segunda la función preventiva:

“La función ético-social del derecho penal. – *En donde señala que, es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad. El derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), determinando para su lesión consecuencias jurídicas (el disvalor del resultado). Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto. Con ello asegura la vigencia de los valores Positivos ético-sociales de actos, tales como el respeto por la vida ajena, la salud, la libertad, la propiedad, etc. Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el substrato ético-social de las normas del derecho penal. El derecho penal asegura su real observancia determinando pena para quienes se*

apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales. La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano.

La función preventiva del derecho penal. – *Esta función del derecho penal es aplicada para aquellos cuya criminalidad es de índole distinta, constituida por personas a las cuales falta en grado elevado la capacidad necesaria para ligarse con las normas ético-sociales. El grupo más importante está constituido por los llamados criminales habituales en sentido estricto. En la investigación de la criminalidad llama la atención la diferencia entre los autores ocasionales, que, llevando en sí arraigados los compromisos sociales, sucumben ocasionalmente, ante situaciones excepcionales o atractivas (seductoras), y los criminales habituales que, independientemente de los cambios que puedan producirse en el medio exterior, reinciden en el delito, por lo que puede decirse que en estos últimos el delito radica en su personalidad. En cuanto al origen, carácter y condiciones de vida, los criminales habituales se distinguen claramente del resto de la población, a la que pertenecen los autores ocasionales. Proceden de familias cargadas de graves degeneraciones caracterológicas (psicopatías) o de criminalidad, y cuyas condiciones de educación son, correspondientemente, malas. Ellos mismos, en un elevado porcentaje, presentan graves degeneraciones del carácter, siendo las más de las veces individuos sin sostén y pobres de espíritu. El derecho penal o, más exactamente, criminal, dispone por tanto de dos caminos. El uno conduce, a través de la culpa, a la pena retributiva; el otro, pasando por la peligrosidad, llega a las medidas de seguridad. Se hace necesario tener siempre presentes los puntos de unión*

y los de separación de ambos caminos. La unión se produce por una parte en el presupuesto de ambos, que es el delito, tanto para la pena como para la medida de seguridad; luego, en la naturaleza de la medida, en cuanto en ambos casos es decidida por el juez penal. La aplicación de las medidas de protección referidas, no es un mero acto administrativo, sino misión del oficio del juez penal; y ello, no solamente con miras a las garantías de protección del afectado, sino también porque la sentencia, al negar al autor el grado de dominio de sí mismo y de capacidad de compromiso necesario para la convivencia social, tiene el carácter de un fallo moral-negativo, que, como el fallo de culpa, incumbe solamente al juez.

Por lo que el autor concluye señalando que hay Un derecho penal eficaz dispone de dos caminos: es un derecho penal retributivo, fundado ético-socialmente y delimitado por tipos fijos, contra el autor ocasional, por un lado, y un derecho de seguridad -que combate peligros sociales agudos- contra el criminal de estado, por el otro". (p. 1-13)

Según Welzel (1956) el derecho penal tiene la función de estructurar el ordenamiento jurídico sobre la base de las conductas criminales:

Por otra parte, el derecho penal determina qué transgresiones contra el orden social constituyen delito, **amenazando con la pena como consecuencia jurídica por la realización de aquel**. Además, con motivo de la ejecución de un hecho delictivo también prevé la aplicación de medidas de seguridad y corrección entre otras (Heinrich 2014; p. 14). Las distintas formas de definir el derecho penal hacen ver, que es una herramienta que el Estado hizo suya, para apartar y corregir a los individuos infractores dentro del orden social, asimismo, con dicho instrumento el Estado trata de desincentivar conductas tipificadas como delictuales (finalidad de la pena, que también es parte de la definición del derecho penal).

Zaffaroni (2002) señala que:

*Es casi unánime la delimitación contemporánea del horizonte de proyección del derecho penal, centrado en la explicación de **complejos normativos que habilitan una forma de coacción estatal**, que es el poder punitivo, caracterizada por sanciones diferentes a las de otras ramas del saber jurídico: las penas. En otro momento se sostuvo que la denominación derecho penal destacaba la priorización de la punición sobre la infracción, en tanto que derecho criminal indicaría el centro de interés opuesto. No obstante, muchos años después se sostuvo lo contrario, sugiriendo la preferencia por el antiguo nombre de derecho criminal, por entender que abarcaría las manifestaciones del poder punitivo que se excluyen del concepto de pena. A este respecto, cabe señalar que las llamadas medidas, pese a todos los esfuerzos realizados por diferenciarlas, no pasan de ser una particular categoría de penas (con menores garantías y límites que las otras) o, cuanto menos, una expresión clara de **poder punitivo**, por lo cual no merece detenerse en ellas en el momento de delimitar el horizonte de proyección (p. 4).*

De lo explicado por Zaffaroni, se entiende que, el derecho penal, es comparable con el cumulo del sistema punitivo que tiene el Estado para regular conductas criminales, por ello su importancia dentro del complejo social, ya que, es inimaginable una sociedad sin criminalidad. Asimismo, cuando se habla de derecho penal, no se hace referencia solamente a la pena ni al delito, ni a la víctima, etc., sino a la explicación y caracterización de la estructura del poder punitivo, en otras palabras, la manifestación del ius puniendi del Estado, por ello, hablar de esta rama del derecho involucra un espectro complejo relacionado a regular las manifestaciones criminales.

Asimismo, Fontan (1998) señala que:

El Derecho Penal es una ciencia jurídica y su estudio cumple idéntica tarea y tiene la misma finalidad que el de cualquiera otra rama del Derecho: interpretar y elaborar los principios contenidos en la ley; bien que con las modalidades particulares que resultan de su naturaleza de derecho de excepción. No obstante, la aparente tautología de esta afirmación, es aún necesaria. (p.14).

De hecho, es eficiente que haya una definición que ayude a delimitar el campo de acción donde se desenvuelve el derecho penal, ya que, el ordenamiento jurídico es sumamente complejo. Por otra parte, al ser el derecho penal un complejo de normas jurídicas dedicadas a lo delictivo y sus consecuencias, en ella se encuentra la política criminal, que el Estado tiene como herramienta para tornar con efectividad la persecución delictual.

Roxin (2002), señala con mucha precisión lo siguiente: En la Política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho penal; mientras que, al Derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del Leviathan, del Estado (p. 32).

Asimismo, Roxin (2000) advierte que: El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica. Si se estructura la teoría del delito en este sentido teológicamente, desaparecerán las objeciones que se formulan contra la dogmática abstracto conceptual proveniente de los tiempos positivistas (p. 101).

2.2.2. Política Criminal

Guzmán y Rodríguez (2008), señalan sobre la política criminal que esta tiene una función preventiva y represiva para los agentes delictuales:

Tradicionalmente, la política criminal se ha entendido como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad. Así mismo, se ha afirmado que la política criminal es el poder definir los procesos criminales dentro de la sociedad y por tanto de dirigir y organizar el sistema social con relación a la cuestión criminal. Otros tratadistas, consideran que por política criminal puede entenderse la política respecto del fenómeno criminal y en ella se pueden distinguir dos niveles: El primero de ellos se refiere a la política criminal en sentido estricto, relacionado al ámbito acción del sistema de justicia penal. Este último es un instrumento de control y disuasión y debe contribuir a mantener la paz y el orden y propender por la tutela de los derechos humanos con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo. El segundo nivel, se refiere al sistema de control social. (p. 62)

Después de abordar, la definición del derecho penal, nos toca hacer mención a la política Criminal que el Estado, como agente monopólico del poder punitivo, adopta para el cumplimiento de sus objetivos y finalidades de persecución delictiva. Así “la política criminal es la obtención y realización de los criterios directivos en el ámbito de justicia penal; ella busca modelos de regulación y adopta decisiones en una constante revisión en orden a las posibilidades de mejora de la justicia penal. Es una parte de la política jurídica del Estado” (Villavicencio 2009; p.27).

Juarez A. Medina M.A. (S/F) señalan que:

La expresión política criminal se emplea desde el siglo XVIII en varios sentidos y bajo concepciones, de muy difuso contenido que le han llevado a perder su carácter semántico. En nuestros días, predomina un concepto que le asigna la función de establecer un estándar (deber ser), para configurar la legislación y jurisprudencia penal, con el objeto de propender a la eficaz protección de la sociedad. En la actualidad a la política criminal, se le considera un saber que tiene importancia radical para los dos grandes momentos de la definición penal, esto es, tanto para el de **incriminación primaria** como para el de **incriminación secundaria**. Interesa entonces, para el proceso en que la norma crea el delito definiendo el hecho susceptible de reacción punitiva y para la aplicación que de ella hace el órgano jurisdiccional definiendo al delincuente (p. 163-164).

Sobre la incriminación primaria y secundaria Zaffaroni (2005), hace hincapié en lo siguiente:

El sistema penal opera ejerciendo un poder punitivo represivo en forma de criminalización primaria y secundaria. Criminalización primaria es la formación penal de una conducta en una ley ósea que es un acto legislativo de prohibición bajo amenaza de pena; más claramente una conducta esta criminalizada primariamente cuando esta descrita en una ley como delito. Es un programa abstracto, un deber ser, llevado a cabo en la legislación. Y la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas. Es el acto del poder punitivo por el que este recae sobre una persona como autora de un delito (policía, justicia, cárceles) (p.11-12).

Sobre el particular la política criminal es parte de la política pública del Estado, por lo que sus acciones también irán conjuntamente con todos los fines y limitaciones de cualquier política pública,

Es importante hacer mención a la política Criminal que desarrolla el Estado, ya que, con ellas se cuantifica de manera objetiva los planes para criminalizar y estructurar las políticas criminales, la cuantificación de las penas, la aparición de los delitos en el ordenamiento jurídico penal; etc.

Asimismo, García (2008) señala que la política criminal busca, la mejor forma de erradicar o disminuir la criminalidad, **teniendo en consideración los factores de severidad y certeza del castigo** (p. 22. En consecuencia, *por política criminal se puede incrementar las penas reguladas en el Código penal, realizado el procedimiento legislativo para ello.*

Es más como señala el mismo García (2008), la política criminal puede tener influencia no solo en el ámbito de la creación o reforma de las leyes penales, sino al momento de su aplicación por parte de los tribunales penales (p. 23); ello quiere decir que la política criminal es tan importante que determina todo el sistema jurídico penal y la interpretación de sus fines por parte de los tribunales.

Por otra parte, Fontan (1998) realiza una definición mucho más puntual al advertir que la política criminal es la ciencia de la legislación penal. A través de ella el Estado determina qué *reformas* debe efectuar en sus leyes punitivas para **el mejor cumplimiento de sus fines** (p.19).

Por ello, la política criminal cuenta con un tamiz científico que involucra a disciplinas diversas, como la sociología, la antropología, la medicina, la estadística, etc., es quien determina los asuntos regulatorios en el derecho penal, por ejemplo: los casos de feminicidio se incrementaron durante los meses de noviembre y diciembre el 2017, por lo que a través de informes realizados en el Ministerio de la Mujer, estos proponen medidas urgentes, para poder combatir este problema, asimismo, en los noticieros se

observa que hay un reclamo de parte de la población para castigar con una pena más agravada este delito, y el congreso a través de sus asesores formula el incremento de penas y otras políticas que desincentiven realizar agresiones contra las mujeres, con la finalidad de reducir los femicidios. Todo el proceso narrado es parte de la política criminal que intenta determinar la puesta en marcha de penas más agravadas para una conducta criminal (intervención de incriminación primaria y secundaria).

Ahora bien, una vez abordado las características de la política criminal, queda resaltar sus métodos funciones y límites. Para ello Juárez A. Medina M.A. (S/F) han descrito lo siguiente:

(...) los modelos de política criminal, le otorgan un valor particular al sistema dogmático, el cual, no es ajeno a su significado metodológico y en consecuencia la idea de funcionalidad, se aproxima insoslayablemente a lo estructural, derivándose de ello un sistema con base en el **estructural–funcionalismo**.

En consecuencia esa construcción cultural, formalizada por un cúmulo de discursos y convenciones dogmáticas, define también sus fines, pero no considera que la sistemática se retrotraiga al análisis de sus consecuencias, en aras de implementar métodos integrales de investigación, medidas cautelares, salidas alternas del proceso, mecanismos alternativos de solución de conflictos, una etapa integral de ejecución de la sanción penal, medios de defensa, etcétera, que representen mayores beneficios para la sociedad.

Es claro, que el **método sociológico**, permite abordar desde diversos ángulos el estudio de los problemas sociales y, si tenemos en cuenta, la idea básica que nos proporciona el funcionalismo, como sistema metodológico de investigación científica, en relación al método de investigación sociológica, se puede observar,

según dichos postulados, que las investigaciones sociales no deben contenerse con el análisis causal que explican o determinan los fenómenos objeto de análisis, **sino que también deben plantearse, las funciones, fines y límites que se desprenden del propio efecto. Si seguimos este método, advertiremos, que es aquí donde se refleja la necesidad insoslayable de diseñar las funciones, fines y límites de la política criminal orientada por el respeto de las garantías individuales y los derechos humanos, bajo una mirada amplia e integral de la sociedad.**

No debemos olvidar que el problema que subyace en la regulación del proceso penal, es el conflicto existente entre el Ius puniendi y la libertad de los ciudadanos. El proceso penal debe constituir una verdadera garantía, que busque un equilibrio entre ambos. Ello significa el reconocimiento de las garantías y derechos humanos del ciudadano, pilar del Estado social y democrático de derecho. En el que sus funciones obedezcan a una actividad coherente, continua y especial, determinadas por los fines en los que encuentran su justificación. Este conjunto de actos y actividades, propios del Estado, deben supeditarse a aquellos cometidos, metas u objetivos que, como ya habíamos mencionado, pretenden garantizar: el respeto por los derechos Humanos, la seguridad, la justicia, la equidad y el bien común. En este contexto, la perspectiva del método funcional, en el derecho penal (material), que ha sido desarrollada tanto en sus orígenes, como en los fines, por Roxin y Jakobs, nos ayuda a comprender como es que los fines y las consecuencias (límite), son priorizados sobre la base de una orientación político criminal y una necesidad social, que el derecho penal debe satisfacer. En este sentido la orientación teleológica de estos conceptos, debe orientar el rediseño del sistema jurídico penal en general. No debemos olvidar que los límites de la política criminal, emergen de los modelos desarrollados por el derecho penal

material tradicional, que surge con la intencionalidad de poner límites al poder punitivo del Estado absoluto y que, por su excesivo carácter conceptual o abstracto, formal o rígido, han visto obstaculizado el logro final deseado. Hoy con mayor razón resultan potencial y efectivamente afectados o amenazados, por el desarrollo actual de la ciencia constitucional. (p. 172-173)

Por otra parte, Silva Sánchez (2000) hace referencia a que la creación de la dogmática penal tiene su principal fuente en la política criminal, ya que, todo el derecho penal esta referenciada para solucionar problemas delictuales y conseguir la convivencia pacífica:

El examen crítico de la capacidad de rendimiento de la propuesta de Roxin, en parte todavía por explorar, desbordaría con mucho las posibilidades de un texto de estas características. De ahí que me limite a un único aspecto, que estimo esencial y quizá todavía no suficientemente discutido: el relativo al *significado* del recurso a la Política criminal como elemento fundamentador del contenido de las categorías del sistema dogmático y a la incidencia o no de *límites* externos (en particular, ontológicos) a tal recurso. Es, a mi juicio, esta cuestión la que pone de relieve la trascendencia real de las modernas tendencias hacia la «normativización» de tales categorías. A la vez, en ella se manifiestan los principales retos que han de afrontar dichas propuestas. Sobre todo, cuando se trata de rebatir las frecuentes críticas que les imputan consecuencias de arbitrariedad, decisionismo e inseguridad jurídica. (...) pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar *consideraciones político-criminales* en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías. Quizá no sea ajeno a ello el hecho de que probablemente en la práctica ese modo de proceder (en su sentido más amplio: orientación de la elaboración doctrinal de la teoría del delito a la obtención de ciertas finalidades «prácticas» en relación con la persecución de la criminalidad) siempre se ha dado, incluso cuando se *declaraba*

que el sistema se construía en virtud de razonamientos puramente deductivos a partir de axiomas incontestables (pertenecientes a una determinada Ontología) esto es, de modo «ciego». Y si ese *modus operandi* se ha dado siempre, es porque resulta muy difícil negar que todo el Derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal: en concreto, la de hacer posible la convivencia pacífica en sociedad (p. 97-98).

Guzmán P. y Rodríguez F. (2008), conceptualizaron un esquema del concepto de la política criminal desde el punto de vista constitucional que abarca lo siguiente:

- Define los **bienes jurídicos que se deben proteger** a través del orden jurídico penal, mediante “La tipificación de las principales hipótesis de comportamiento, que ameritan reproche y sanción punitiva sobre las principales libertades del sujeto que incurre en ellas”.
- Determina los **instrumentos** a través de los cuales se protegerán los bienes jurídicos “La selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración”.
- Señala “las **competencias** de los jueces y los procedimientos aplicables, en materia de persecución de los delitos”. Esta es una atribución del legislador que debe ejercerse dentro del marco de la Constitución.
- Establece “**el aumento punitivo** (...) coherente con la gravedad de la conducta delictiva, en función del interés tutelado”.

- Determina **“el tratamiento de la delincuencia política”**, distinguiéndola de la delincuencia común y otorgándole un tratamiento privilegiado.
- Determina **“penas clasificándolas en principales y accesorias”**. “El legislador establece los tipos penales; señala, en abstracto, conductas que, dentro de la política criminal del Estado y previa evaluación en torno a las necesidades de justicia imperantes en el seno de la sociedad, merecen castigo según el criterio de aquel”.
- **Gradúa la intensidad de la respuesta estatal frente a las conductas que afectan un determinado bien jurídico cuya protección se ha considerado necesaria**. “La política criminal del Estado puede variar, bien en el sentido de disminuir las penas o de suprimir delitos, ya en el de hacerlas más severas, o en el de consagrar figuras delictivas nuevas, según las variaciones que se van presentando en el seno de la sociedad, tanto en lo relativo a las conductas que la ofenden, como en lo referente a la magnitud del perjuicio que causan, no menos que en la evolución de los principios y valores imperantes dentro del conglomerado.”
- Determina las **causales de detención preventiva, como instrumento para perseguir adecuadamente el delito, pero siempre dentro de criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garantizan la libertad personal como derecho fundamental**.
- Establece **criterios de mitigación y humanización de la sanción punitiva, mediante el establecimiento de subrogados penales**. “En el marco del Estado Social de Derecho, la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que, si los mismos fines pueden lograrse por otros

medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado.”

- Señala los plazos para la **prescripción** de la acción penal. (p. 63-65)

La política criminal en sentido amplio esquematiza el funcionamiento del derecho penal, y a la vez, fundamentada por este, ósea que la política criminal esta rodeada de la dogmática jurídica del derecho penal, en términos gráficos la política criminal es el relleno de un emparedado, que este cubierto por el derecho penal y la dogmática penal.

Según Muñoz (2010):

Los factores que ayudan al legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta. Unos son factores normativos o de Justicia; y otros factores empíricos o de utilidad. Juntos constituyen la Política criminal, es decir, las pautas a tener en cuenta por el legislador. Ambos factores se interfieren mutuamente y son igualmente necesarios para establecer el concepto de merecimiento de pena. En un Estado de Derecho respetuoso con los derechos fundamentales. El criterio de utilidad es también un factor a tener en cuenta en la determinación del merecimiento de pena de una conducta, por cuanto en el moderno Estado social de Derecho las normas se justifican por los efectos y consecuencias beneficiosas que producen, y no sólo por la Justicia intrínseca de las mismas. Precisamente el conocimiento empírico de estos efectos que suministran las diversas teorías criminológicas puede servir para perfilar el criterio de utilidad a la hora de decidir qué conductas, de todas las que aparecen como desviadas socialmente, merecen el calificativo de punibles. Esta conducta merecedora de pena es finalmente la que llega al Derecho penal, que la elabora con sus propios criterios y en función de finalidades y metas específicas. Por ello, a la Criminología le interesan los factores de la criminalidad y de la criminalización. Al Derecho penal, su imputación a un individuo a efectos de hacerlo responsable

conforme a un esquema o estructura de responsabilidad cuyos presupuestos establece la ley penal positiva. A la Política criminal, los criterios a tener en cuenta en la creación del Derecho penal. (p.197-196)

Un aspecto importante es también apreciar que la determinación de la política criminal, se origina en el ámbito nacional e internacional, este sistema, tiende a proteger bienes jurídicos de aspecto mundial, por ello, se crean reglas y normas jurídicas internacionales que tiene como fundamento la protección de bienes jurídicos y mejoramiento de las políticas penales de cada país. Verbigracia OCDE recomienda a los Estados que fortalezcan sus políticas contra la corrupción.

2.2.3. Política anticorrupción en el Perú

El Perú con la finalidad de luchar contra la corrupción crea un sistema de fortalecimiento contra la corrupción, para ello, emitió la Ley N° 29976 - 2012, que señala regula la creación de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción con el objeto de articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de corto, mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país. Y tiene las siguientes funciones:

1. Proponer al Poder Ejecutivo las políticas de corto, mediano y largo plazo para la prevención y lucha contra la corrupción de manera intersectorial e intergubernamental.
2. Proponer al Poder Ejecutivo el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción.
3. Fomentar y propiciar una cultura de valores en la sociedad peruana.
4. Coordinar con las entidades responsables su contribución al cumplimiento de las normas de transparencia y ética y la participación ciudadana, el conocimiento del accionar de los funcionarios públicos, los actos de la administración y el manejo presupuestal de cada entidad.

5. Promover la articulación de esfuerzos de las entidades responsables de la investigación y sanción de actos de corrupción.
6. Coordinar con las Comisiones Regionales Anticorrupción la ejecución de la política y el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción a nivel regional.
7. Exponer ante el Pleno del Congreso de la República el informe anual sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción.

Esta autoridad programática ejerce funciones de política criminal sobre los delitos de corrupciones de funcionarios, por lo cual, muchas de sus propuestas están siendo discutidas en el congreso para ser emitidas a través de leyes.

Por otra parte, mediante el Decreto Supremo N° 119-2012-PCM; 2012, aprueba el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016, en la cual se llegaron a las siguientes conclusiones:

Primero. La corrupción es un fenómeno que afecta la gobernabilidad del país, la confianza en las instituciones y los derechos de las personas. Se trata de un fenómeno que no es unitario, unidireccional, que no se concentra en un solo sector o institución; por el contrario, tiene diferentes formas y aparece de manera diversa en el escenario social, político y económico.

Segundo. La lucha contra el fenómeno de la corrupción requiere de un trabajo estratégico con enfoques interdisciplinarios, considerando las múltiples formas que adopta y las nefastas consecuencias que trae consigo en nuestra sociedad. Así, una respuesta integral para prevenir y combatir dicho flagelo lo constituye el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción, instrumento que sirve para delimitar las acciones que emprenderá el país a través de sus entidades públicas, la sociedad civil y el sector privado.

Tercero. De manera particular, el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016 está construido sobre una matriz de objetivos, estrategias y acciones generales. Su enfoque general y abierto de líneas matrices requiere del desarrollo posterior de planes institucionales que lleven a terreno operativo los objetivos planteados en él. Así, el Plan orienta y marca los criterios de construcción de planes operativos institucionales que permitirán, en base a acciones concretas, establecer elementos de cambio respecto al fenómeno de la corrupción teniendo en consideración la importancia de diferenciar la pequeña corrupción de la gran corrupción y los enfoques de prevención y combate de la corrupción.

Cuarto. Si bien el ámbito de aplicación del Plan Nacional es transversal a todas las entidades, existe información que permite válidamente colegir que existe mayor riesgo de corrupción en el sector educación, sector salud, Policía Nacional, Municipalidades, sistema judicial y sistema penitenciario. En razón de ello, resulta necesario poner especial énfasis en la aplicación de este Plan y en la construcción de estrategias específicas y acciones concretas en estos sectores.

Quinto. La lucha contra la corrupción implica necesariamente un enfoque preventivo y de combate. Dichos enfoques complementarios entre sí permiten brindar una respuesta integral contra la pequeña y gran corrupción, pues de un lado permite construir en la ciudadanía y en la administración pública una cultura de rechazo a la corrupción; y, de otro lado, permite eliminar lagunas de impunidad.

Sexto. La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción constituye un espacio de coordinación y articulación de esfuerzos e iniciativas en materia anticorrupción que evita la dispersión, la disonancia o la duplicación de esfuerzos y de actividades tanto de las instituciones del Estado, como de las organizaciones de la sociedad civil, de

las agencias de cooperación internacional y de las instituciones de la academia. Una mirada coordinada resulta importante en una lucha clara, organizada y directa contra la corrupción.

Séptimo. Es fundamental la difusión tanto del Plan Nacional, a través de los medios especializados, sin embargo, resulta más importante aún establecer un mecanismo comunicacional que permita dar a conocer a la ciudadanía las iniciativas anticorrupción que resulten exitosas, así como las acciones llevadas a cabo y los objetivos cumplidos. La difusión y el conocimiento de estos resultados permitirán generar una opinión pública favorable, mejorar la confianza en las instituciones y dar el mensaje a la ciudadanía de que es posible construir un Estado más justo, en donde la lucha contra la corrupción sea una realidad tangible y con resultados positivos (p. 88-89).

Asimismo, el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016 señala con precisión como se debe afrontar la política criminal anticorrupción.

(...) para luchar contra la corrupción debe tener un enfoque general y estratégico marcado por la necesidad de generar cambios institucionales y normativos que consoliden la necesaria articulación entre las entidades destinadas a combatir la corrupción. En ese sentido, un plan debe tener un enfoque concentrado en la mayor parte de sus objetivos y estrategias en la gran corrupción y en un enfoque de prevención y combate, el cual deberá traducirse en planes operativos u otros instrumentos de gestión que tomen en cuenta las principales vulnerabilidades o riesgos, las necesidades y consideraciones metodológicas en cada sector del Estado. Para la realización de dicha tarea se requiere una centralizada coordinación y

asistencia técnica a efectos de guardar coherencia entre dichos instrumentos y el Plan Nacional Anticorrupción. (p. 26)

2.2.4. La pena en el derecho penal

Según García (2017): “Etimológicamente la palabra pena deriva del vocablo latino Poena y este a su vez del griego Poine, que quiere decir dolor y que está relacionada con ponos que significa sufrimiento; y en sentido jurídico es el dolor físico y moral que el Derecho impone como consecuencia inevitable a quien transgrede la ley al incumplir una obligación, cuando con la obediencia de la norma se satisfagan intereses sociales importantes” (p. 107).

Zaffaroni (1989) entiende por pena en sentido material "toda sanción jurídica o inflicción de dolor a título de decisión de autoridad que no encaje dentro de los modelos abstractos de solución de conflictos de las otras ramas del derecho" (p. 54).

Por otra parte, Welsel (1956) afirma: “La pena es un mal que se dicta contra el autor por el hecho culpable. Se basa sobre el postulado de una retribución justa, que "cada uno sufra lo que sus hechos valen" (KANT), vale decir, sobre el postulado de la armonía entre merecimiento de felicidad y felicidad, merecimiento de pena y sufrimiento de pena” (p. 233).

Fontan (1998), afirma que: “Comúnmente se ha concebido la pena como un mal que se impone a quienes han cometido un delito. Desde este punto de vista, se la considera como una reacción contra quienes atacan a la sociedad” (p. 25). En resumen, podemos definir la pena como un castigo que establece la ley, y que como retribución ha de infligirse a quien cometió un delito, para mantener el orden jurídico estable y sirva como muestra del poder del estado.

García (2008), señala que: “para que el derecho penal cumpla su prestación social, no basta con imputar el hecho penalmente relevante a un sujeto imputado, la reacción frente al delito debe objetivarse en el mismo nivel que el propio hecho del autor, por lo que la pena debe constituir un retiro de los medios de interacción incorrectamente, en consecuencia el efecto comunicativo de la pena debe estar orientado socialmente a mostrar el fracaso del autor, pues de lo contrario no podrá restablecer la vigencia de la norma infringida” (p. 671). La pena al ser la consecuencia directa del delito (principio de causalidad), tiene además un importante mensaje (finalidad o función de la pena) para sociedad. A lo largo de la historia en la doctrina se discutió cual era ese mensaje o finalidad; a continuación, se hará un recuento de las principales teorías de la pena.

2.2.5. Teorías sobre la función de la pena

Villavicencio (2009), señala que:

“La pena es la característica más tradicional e importante del derecho penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado, es la forma de control social. En realidad, toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función, existe una estrecha relación entre las funciones del derecho penal y la teoría de la pena, toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal, asimismo, cada teoría de la pena, corresponde a una determinada concepción de Estado, y, consecuentemente cada teoría corresponde a una definición del derecho penal” (p. 45).

En ello radica la importancia de estudiar las teorías de la pena, que le da fundamento a la política criminal que implementa el Estado.

Heiko H. (1999) señala que, se puede decir que la pena es un mal, que se causa a una persona en un procedimiento público general, llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en tanto en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche (...) un mal tiene que ser considerado irracional sólo porque se quiera, porque ya se produjo otro mal (p. 4).

García P. (2008) señala que: “la pena debe constituir un retiro de los medios de interacción incorrectamente administrados. En la medida que la privación de los medios de interacción requiere una base cognitiva que muestre el fracaso del autor, resulta necesario que la pena constituya la aflicción de un dolor. En consecuencia, el efecto comunicativo de la pena debe estar orientado socialmente a mostrar el fracaso del autor, pues, de lo contrario, no podrá establecer la vigencia de la norma infringida. Por ello, el derecho penal cumple una función mediante la imposición de una pena a la persona que a la que se imputa la realización de un hecho penalmente relevante (p. 672)

a. Teorías absolutas de la pena

Teoría de retribución: Es la teoría más tradicional sobre la función de la pena, entendida como la retribución exigida por la Justicia, por la realización de un delito, es decir ante la comisión de un tipo penal, el delincuente debe ser castigado. En esta teoría, las penas tienen como fin supremo la función de realización de la justicia, es decir, no deben ser utilizadas para otros objetivos, su principal destino es de forma incondicionada “la justicia”. Así también debemos señalar que debe existir equidad entre el delito cometido y la pena a imponer, debido a que como ya hemos afirmado en los párrafos anteriores el ciudadano que cometió el delito no debe ser utilizado como instrumento de prevención de delitos futuros (Mañalich S/F. p. 77).

Cuello (2009) afirma: “Para las teorías absolutas el único fundamento de la pena es el delito cometido. La pena es retribución del delito cometido, compensación.

Compensación en el sentido de que el delito se concibe como un mal en sí mismo, y la pena neutraliza y compensa dicho mal, permitiendo que el infractor salde así definitivamente su deuda con la sociedad” (p. 89).

Mir Puig (2008) afirma sobre las ideas desarrolladas por el filósofo prusiano (Kant) que: *“El hombre es un fin en sí mismo que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, no sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. Solo es admisible, entonces, basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la Justicia: La ley penal se presenta como un imperativo categórico, es decir, como una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad y otros”*.

Para García Pablos de Molinas citando a Kant (García – Pablo de Molinas, 2009):

“La pena es un fin en sí misma; debe imponerse si y porque se ha cometido un delito, aunque no depare su imposición ningún provecho ni para el condenado ni para la comunidad; aunque se disolviera la sociedad civil y se dispersaran todos sus miembros habría que ejecutar al último de ellos que quedara preso para que todo el mundo sufra lo que merecen sus hechos. Fiat iustitia ut pereat mundus; es preferible- decía KANT- que muera un hombre a que se eche a perder todo un pueblo; pues si se va a pique la Justicia, no tiene sentido ya que vivan los hombres sobre la tierra. La pena es un fin, porque si se convirtiera en un medio para conseguir un bien, para el propio penado o para la sociedad, se trataría al hombre como un simple instrumento al servicio de ciertos fines, como un objeto del Derecho Civil de “cosas” (p. 35).

Mir Puig (2008 citando a Hegel) indica: *“Para este el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general*

representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente. Si la voluntad general es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general, Véase como se aplica así, el método dialéctico hegeliano: la voluntad general (orden jurídico) es la “tesis”, la negación de la misma por el delito es la “antítesis”, que tendrá lugar mediante el castigo del delito. En esta construcción la pena se concibe solo como reacción (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) no como instrumento de fines utilitarios posteriores”.

Asimismo, García – Pablo de Molinas (2009) señala: *“Hegel, fundamentara, más tarde, la pena no en un mandato absoluto de la Justicia, sino en un proceso “dialéctico” (posición-negación y negación de la negación). Parte Hegel de ordenamiento jurídico como “querer general”(posición); el delito sería la negación del mismo, y la pena, la negación de la negación, etc es: la reafirmación o restauración del orden jurídico, a través de la necesaria negación de la “voluntad especial” o particular del delincuente que, a su vez, negó la “voluntad general”. La pena, por tanto, no es un mal, sin más; sería absurdo, entonces – afirma Hegel – querer un “mal” solo porque previamente ha tenido lugar otro mal. La pena no alude aun “bien” ni a un “mal”, sino a la dialéctica “injusto” – “justicia”. La pena es la restauración ideal de orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y la particular. Es más, a juicio de Hegel, solo así se trata al delincuente como a un “ser racional” y “libre, solo así se le “honra”, dándole no ya algo justo “en sí”, sino “su derecho”; a diferencia del modo de proceder inadmisibles de quienes propugnan principios de prevención general, que amenazan al hombre como quien levanta el bastón contra el perro” (p. 68).*

Teoría de la Expiación: según Lesch (2010) sobre esta teoría, afirma: *“La pena como expiación -a diferencia de la pena como retribución- no es una restitución del orden correcto de las cosas, sino la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento quebrantado, en definitiva, con la comunidad. Con la expiación moral el culpable se libera de su culpa, alcanza de nuevo la plena posesión de su (dignidad personal. Expiación en este sentido, solo puede tener éxito de todas formas allí donde el culpable preste su libre arrepentimiento, un arrepentimiento que sea visto por la sociedad como redención de su culpa”* (p. 8).

También García – Pablo de Molinas (2009) se pronunció afirmando: *“(…) la expiación se concibe como una determinada disposición moral o personal del culpable, de suerte que el castigo no buscaría el restablecimiento de la justicia o el Derecho, sino el de la propia personalidad del autor. Este, en consecuencia, reconocería en el castigo una consecuencia justa y merecida por su delito, generando sentimientos sinceros de culpabilidad y arrepentimiento”*.

b. Teorías relativas de la pena

Sobre estas teorías, Mir Puig (2008) dice que: *“las teorías de la prevención asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Se trata de una función utilitaria, que no se funda en postulados religiosos, morales, o en cualquier caso idealista, sino en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena no se justificaría como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito (ya) cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. Mientras la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro”* (p. 45).

Así también, Cuello (2009) afirmó: *“Para las llamadas teoría relativas, sin embargo, la pena no es una “cuestión de principios”, “un imperativo categórico” derivado de la idea absoluta de justicia, ni una “necesidad lógica”, sino un medio o instrumento útil y necesario para prevenir la criminalidad. Por ello, no se justifica en sí misma, sino en cuanto cumpla con eficacia el fin que la legitima, el control de la delincuencia”* (p. 25).

Prevención general: Debemos precisar que para el desarrollo de este concepto debe entenderse a la función de prevención general como aquella que tiene como objetivo procurar la protección de la sociedad, es decir una actuación tuitiva difusa.

Por ello, Mir Puig (2008) nos dice que: *“Los hechos por ser menos graves no se ven obstaculizados por fuertes barreras en la moral social, deberían ser castigados con las penas más graves, para contrarrestar la frecuencia de su realización y la debilidad de los contraestímulos sociales. (...)*

Por otra parte, hechos reputados de máxima gravedad por la sociedad deberían ser objeto de penas de mínima cuantía, precisamente porque su gravedad, socialmente sanciona, constituye un eficaz freno que hace mucho menos necesario el recurso a la pena estatal” (p. 45).

Así el autor García – Pablo de Molinas cito a Schmidhauser (García – Pablo de Molinas, 2009): *“(...) mantiene que la pena lleva a cabo sus objetivos de prevención del crimen operando en la colectividad a través de unos mecanismos motivadores (contramotivadores) que se supone frenan y contrarrestan la delincuencia latente o potencial. Parte, pues, de la idoneidad de la “pena” para llevar a la práctica tales fines y de la viabilidad de estos”.*

Prevención general negativa

Función que busca intimidar a los ciudadanos, coaccionándolos psicológicamente para evitar tendencias a delinquir, esto a través de las facultades que tiene el Estado, como son las penas.

Feuerbach (1989) desarrollo que:” (...) *la pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo. Este entendimiento de la función de la amenaza penal presupone que exista un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos*” (p. 18).

Asimismo, Silva (2010): “*La reformulación normativa de la teoría de la prevención general negativa no la libra, sin embargo, de otros puntos críticos. En primer lugar, se dice que existen determinados delitos en los que la amenaza de pena no puede ejercer su función motivatoria, como sucede en el caso de los delitos pasionales, pues la decisión de delinquir en estos casos no es producto de una evaluación racional de los pros y los contras de la acción*” (p. 74).

Prevención general positiva

Sobre este concepto Lesch (1999) afirma que:

“Hay que conducir que la prevención general positiva en general, esto es, no sino en su variante de la psicología profunda, en realidad sigue el mismo esquema ya criticado en este estudio de la prevención negativa: No se compensa mediante la pena algo que por ejemplo haya quebrantado el autor, no se restablece un orden perturbado, sino que frente a los estados psíquicos de los otros miembros de la sociedad se estatuyen contra-impulsos que deben impedir que se delinca. Si ese mecanismo de funcionamiento de la pena se debe a puro miedo o al cálculo de que el delito no compensa -puesto que trae consigo un mal mayor-, o si es reconducible a un punto de vista ético mayor, si todo esto tiene lugar consciente o

inconscientemente, es, en definitiva, producto de la casualidad y, desde luego, por lo que se refiere a las consecuencias, indiferente. En cualquier caso, aparte de este esquema de la prevención negativa, frente a la prevención general positiva hay que elevar, además, en principio, las mismas críticas que contra la prevención negativa: El autor, mediante la punición ejemplarizante para el mantenimiento de la confianza en la norma de atrás personas no es tratado como sujeto, sino como objeto de un interés definido heterónomamente, como un simple “instrumento de un mecanismo de motivación”. En especial, la prevención general positiva -entendida en el sentido antes señalado no puede orientar la pena a la culpabilidad, a los daños sociales que han sido causados mediante el hecho, sino que se tendría que orientar según los ámbitos en los que el peligro de una «infección por medio del delito», para la «confianza en el Derecho» sea mayor. Esto podría dar lugar por ejemplo, a que, por un lado en delitos bagatela o de poca importancia, pero muy frecuentes, y por otro en delitos de gran importancia pero con un «peligro de contagio» relativamente reducido, se originen en ciertas ocasiones grandes desproporciones entre el daño y el quantum de la pena. (p. 45)

Esta busca posicionar al derecho penal, como afirmación de convicciones jurídicas fundamentales, de conciencia social, de respeto al Derecho y la norma.

Prevención especial

Mir Puig (2008) afirma que: “(...), tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. Cuando se persigue mediante la pena, se refiere al sujeto que ya ha delinquido: la pena busca, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación legal, sino en los de imposición y ejecución de la pena. Como esta clase de prevención no se dirige a la generalidad de los ciudadanos, sino a individuos ya

determinados, los ya delincuentes, también se denomina a veces “prevención individual” (p. 87).

Prevención especial negativa

Esta función de la pena busca que los delincuentes a través de una sanción penal, evitar la futura comisión de ilícitos. Según el sector doctrinal que admite funciones de prevención especial negativa en la pena, la sanción penal pretende evitar la futura comisión de ilícitos apartando, para dicho fin, a aquellos individuos que carecen de capacidad de corrección, esto quiere decir que el delincuente será inocuizado, aislado por ser incapaz de convivir en el sistema, evitándose así la posible comisión de delitos. Existe dentro del arsenal punitivo sanciones con inmanente sentido neutralizante, como es el caso de la pena de muerte, la cadena perpetua o el ergastolo italiano. Sin embargo, la adopción de sanciones de tal entidad ha sido prácticamente desaparecida en la mayoría de las legislaciones penales vigentes, las cuales, salvo situaciones excepcionales, adoptan criterios resocializadores.

Prevención especial positiva

La prevención especial positiva o resocialización es la finalidad de la pena que mayor aceptación ha tenido dentro de la doctrina penal que ha estudiado el asunto. A través de ella se busca reintegrar a la sociedad al infractor de la norma a través de su resocialización. Empero, tal aceptación no es del todo pacífica, sobre todo por las insuficiencias que el sistema penitenciario, encargado de la ejecución de la sanción penal, presenta, es por ello que actualmente se puede hablar de una “crisis de la resocialización”. Por su parte, MUÑOZ CONDE (que año) considera que las críticas formuladas contra el ideal resocializador son una muestra de la grave crisis del Derecho Penal contemporáneo, de sus contradicciones internas, sus fracasos y frustraciones, lo que ha llevado a un gran

sector social a creer que el sistema penal sólo sirve para aumentar y mantener la desigual distribución de la riqueza. El profesor de Sevilla se pregunta luego: ¿Hasta qué punto tiene sentido hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma delincuencia?, ello, añade, puede pretenderse sólo en una sociedad con un orden jurídico social considerado correcto, caso contrario debería antes modificarse el orden vigente, por lo que, siguiendo a RÜNDE, afirma: “la resocialización es un problema que se encuentra, precisamente, en el centro de la tensión entre la adaptación del individuo y la reforma de la sociedad”. Las observaciones hechas contra la idea de la resocialización no se dirigen sólo contra sus fundamentos teóricos sino también contra el sistema encargado de su ejecución: el sistema penitenciario, con problemas estructurales de alta intensidad (prisiones sobrepobladas, escasas condiciones sanitarias, violencia carcelaria, escasez de personal, abundante número de internos sin condena, deficiencias logísticas, corrupción, etc.). La situación del sistema penitenciario ha provocado que autores como ZAFFARONI consideren que la resocialización, más que una utopía, es un absurdo. Las ideologías “re”, como denomina a la readaptación, reinserción, reeducación, etc., han aplazado tanto su realización que sólo cabe hablar de absurdo cuando a ellas se refiera. La prisión más que resocializar produce efectos deteriorantes en la población penal, tendentes, salvo “cambios de vida milagrosos”, a reproducir comportamientos criminales, que convierten al interno en sujeto vulnerable de la futura intervención del sistema penal. Desde nuestro punto de vista, el sistema penitenciario, tal como está concebido, aleja al penado de su resocialización, urge en consecuencia (p. 135-151)

c. Teoría de la unión

En la actualidad la pena no solamente tiene características retributivas (teorías absolutas), ni características de prevención (teorías relativas), porque buscan retribuir de

forma proporcional al delito cometido y a la vez busca prevenir a la sociedad y a los delincuentes comitentes de delitos, es por ello que esta teoría busca unir los criterios desarrollados en ambas teorías para desarrollar la función protectora de la sociedad, que en la realidad se necesita.

Así García – Pablo de Molinas cito a Roxin (García – Pablo de Molinas, 2009) donde se afirma: “Las teorías monistas, tanto si ponen el acento en la culpabilidad como en la prevención general o en la especial, son, por fuerza, falsas porque cuando se trata de las relaciones del individuo con la comunidad y con el Estado, la puesta en práctica – estrictamente- de uno solo de los criterios orientadores, tiene como consecuencia la falta de libertad y la arbitrariedad, sin que se pueda evitar. En la vida constitucional de un país, lo mismo que en la actividad “económica”, el monismo desequilibrado condice a la “dictadura, a la “explotación” o al “sometimiento”. Y termina el autor con estas palabras: “La pureza del modelo es una consideración básica para cualquier problema social, que complace ciertamente a doctrinarios meticulosos, pero que nunca llega a comprender la complejidad real de los fenómenos”.

Y, realizando un comentario sobre el autor citado, afirma que las teorías al ser vistas como tales, de forma individual, no cumplen con los fines que en la realidad se necesitan, es decir cómo se denominan, solo quedan en teorías, por ello al desarrollar esta nueva teoría con mayor encaje en la realidad, podemos observar que esta si cumple por lo requerido por nuestra sociedad, dejando de ser una teoría que simplemente es desarrollada por libros, para pasar a ser de utilidad social, como desde los orígenes del derecho penal se ha querido, que esta sea un instrumento para castigar acciones prohibidas por el Estado y a través de las penas, los delincuentes obtengan una retribución a sus acciones, se persuada a la comunidad que no se deben cometer delitos, en forma de coacción psicología al generar temor por las penas que se impondrán por la comisión de delitos y

asimismo, crear conciencia a los ciudadanos de que la comisión de acciones tipificadas atentan contra la tranquilidad y seguridad de nuestra sociedad.

2.2.6. Funcionario o Servidor Público

Para comenzar a desarrollar y establecer las bases teóricas de la presente tesis, es necesario hacer un tratamiento pormenorizado del sujeto activo del tipo penal que analizaremos, de acuerdo a ello, iniciaremos el estudio, citando las normas que han regulado este concepto, comenzaremos por la Convención Interamericana contra la corrupción (1996) que define al Funcionario Público:

“Artículo I.- Definiciones Para los fines de la presente Convención, se entiende por: "funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

En el mismo sentido la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (2003) afirma:

“Artículo 2. Definiciones

A los efectos de la presente Convención:

a) Por “funcionario público” se entenderá:

i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en

el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte.

No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”

Así también la Constitución Política del Perú (1993) en el Capítulo IV denominado “De la Función Pública establece:

“Artículo 39.- funcionarios y trabajadores públicos Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley”.

De igual manera existe regulación en el derecho laboral que ha desarrollado en su articulado el concepto que venimos desplegando, como es el caso del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa (1990) que prescribe para el caso de los servidores públicos:

“Artículo 3.- Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con

nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares. Hace carrera el servidor nombrado y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a Ley”.

Y para el caso de los funcionarios públicos desarrollo:

“Artículo 4.- Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes Públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley”.

Asimismo, la Ley Marco del Empleo Público N° 28175 (2004) afirma que:

“Artículo 4.- Clasificación

El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

1. funcionario público. - El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El Funcionario Público puede ser: a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria. b) De nombramiento y remoción regulados. c) De libre nombramiento y remoción.

2. Empleado de confianza. - El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

3. *Servidor público. - Se clasifica en: a) Directivo superior. - El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno. A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional. Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley. b) Ejecutivo. - El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional. c) Especialista. - El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional. d) De apoyo. - El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional”.*

Igualmente, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República N° 27785 (2002) establece:

“DISPOSICIONES FINALES

Novena. - Definiciones básicas

Constituyen definiciones básicas para efectos de esta Ley, las siguientes:

Servidor o Funcionario Público. - Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades”.

Además, la Ley del Código de Ética de la Función Pública N° 27815 (2002) ha desarrollado el concepto de empleado público de la siguiente manera:

“Artículo 4°.- Empleado público

4.1 Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado. Numeral modificado por el artículo único de la LEY N° 28496 publicada el 16/04/2005.

4.2 Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto.

4.3 El ingreso a la función pública implica tomar conocimiento del presente Código y asumir el compromiso de su debido cumplimiento”.

Por último, en relación a las normas que han desarrollado el concepto de funcionario y/o servidor público, no debemos dejar de citar al Decreto Legislativo N° 635 – Código Penal (1991) que ha determinado:

“Artículo 425°. - Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.

2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3. *Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*
4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.*
7. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley”.*

En resumen, existe abundante regulación del concepto funcionario público, que ha sido desarrollado por legislación diversa, como se puede apreciar desde Convenios Internacionales que se dieron para luchar contra la corrupción, así pasando por la rama del derecho laboral a través de leyes y para concluir el Código Penal, instrumento que resulta de mayor importancia por ser la norma especial del tema que se desarrolla en nuestra investigación.

Es menester precisar que los conceptos de funcionario o servidor público desarrollados en el ámbito administrativo y ámbito penal, se distinguen por tener criterios distintos para desarrollarlos, por ello dedicaremos especial atención en esta para

establecer las diferencias y delimitar sus alcances, ya que creemos importante para el desarrollo de la tesis.

Tabla N° 1

El funcionario público en el derecho administrativo y penal

CRITERIOS UTILIZADOS POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y PENAL PARA LA DEFINICION DEL CONCEPTO FUNCIONARIO Y SERVIDOR PUBLICO

FUNCIONARIO PUBLICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

- Elementos de la Función publica
 - Sujetos con atribuciones y facultades para desarrollar la Función Publica
 - El funcionario o servidor público que incurra en el incumplimiento de cualquiera de sus deberes.
 - Deberes, incurre en falta administrativa disciplinaria y consecuentemente será responsable administrativamente, haciéndose acreedor de una sanción disciplinaria.
 - En el ámbito administrativo son funcionarios públicos aquellos que integran la carrera administrativa, rigiendo así el criterio de la “incorporación” a la carrera administrativa, solo una vez incorporado tendrá la calidad de funcionario público.
 - El funcionario Público ya incorporado a la función pública obedece a dos criterios: a) Estrictez: En el sentido de ceñirse rigurosamente a la Ley.; b) Formal: En el sentido de sujetarse a determinadas formalidades y requisitos.
 - Formalidades y Requisitos: 1. El Título o Fundamento Jurídico, por el cual el funcionario o servidor público accede a la administración pública. Puede ser por: a) Elección: Emitido por el pueblo o masa electoral, o b) Nombramiento o Designación: Cuando el título es otorgado por una autoridad o entidad con capacidad legal suficiente. C) Determinación Normativa: Cuando la Constitución, la ley u otro tipo de norma jurídica, señala y establece el acceso de determinada persona a la administración pública. 2. La investidura o juramentación o asunción del cargo: Elemento formal del acceso a la carrera administrativa, en este acto e hace la entrega formal el título de designación, se conoce a este evento como la entre de credenciales.3. Estabilidad y Permanencia. 4. Remuneración
 - La incorporación de los funcionario o servidores públicos a la carrera administrativa, implica la asunción de potestades y atribuciones, y tratado de los primeros de responsabilidades y deberes
 - Clases de funcionario: a) Funcionarios Políticos: Los que tiene la condición o ejercen la función de gobernantes. b) funcionarios – Autoridad: Dotados de la potestad de impartir órdenes y realizar actos de gobierno al interior de la administración y en determinados casos de trascendencia general. Los funcionarios políticos también son funcionarios, existiendo entre ellos una relación de especie a género, es decir, todo funcionario político es funcionario de autoridad, pero no todo funcionario de autoridad es funcionario político. c) Funcionarios de Confianza: Son los que desempeñan funciones de asesoramiento técnico- profesional o cumplen el papel de consejeros de algún funcionario político, de autoridad o cualquier otro funcionario de alto nivel, aunque también pueden realizar funciones de alta especialización o
-

-
- dirección, como el de gerente, administrador, etc. d) funcionarios de Iure: Incorporados válidamente a la administración pública, gozando de título e investidura. e) funcionarios de facto: No cuentan con título que los legitime, sea porque nunca lo tuvieron o el que lo tuvieron ha caducado o ha sido declarado nulo.
- OJO revisar página 75

FUNCIONARIO PUBLICO EN EL DERECHO PENAL

- En el derecho penal al igual que en el administrativo se considera funcionario y servidor público a todos los incorporados a la administración pública o carrera administrativa.
- Es de importancia mayor, señalar que también recoge el criterio de participación del sujeto en el ejercicio de la función pública. Por ello debemos señalar que en el derecho penal cuenta el aspecto material en el desempeño del cargo o ejercicio de la función, pues, formalmente un funcionario o puede estar revestido de los atributos propios de la función pública, pero se comporta como si lo estuviera; si en estas circunstancias cometiera cualquiera de las conductas típicas de los delitos, será considerado con funcionario o servidor público, para determinar su calidad de agente del delito.
- Es menester precisar, que en el derecho penal y específicamente en los delitos contra la administración pública o contra la administración de justicia, el concepto funcionario o servidor público únicamente cobra importancia, dentro de la estructura del delito, cuando asume la calidad de elemento del delito.
- Como se sabe los elementos objetivos del tipo penal están integrados por los elementos descriptivos y normativos, los primeros serán entendidos con en conocimiento común y empírico de cualquier persona y el segundo que, para su entendimiento debe tener el entendimiento de alguna norma, ala que el elemento remite, es decir aluden una realidad determinada por una norma jurídica o social.

Así las cosas, los conceptos de funcionario o servidor público en la estructura de los delitos de corrupción de funcionarios, se ubica nivel del tipo, como un elemento objetivo del mismo, y específicamente como un elemento normativo del tipo, razón por la cual para el conocimiento y comprensión de su alcance, debemos recurrir a una norma jurídica vigente en nuestro ordenamiento jurídico, sea esta extrapenal o también la propia norma penal.

Fuente: Gálvez Villegas Tomas Aladino (2017). El Delito de Enriquecimiento Ilícito. Editorial Pacífico Editores S.A.C. Lima. Pág. 105, elaborado por el investigador

Habiendo realizado la diferenciación del concepto y criterios manejados tanto por el derecho administrativo como el penal no debemos dejar de lado la Jurisprudencia Penal que ha desarrollado de igual forma las definiciones mencionadas, por ello es necesario citar la Casación 634-2015 (2016) que afirma:

“Primero. (...) Para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora una relación o listado de numerus apertus para entender los alcances penales de

funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto de funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional. Segundo. Que, como elemento normativo, el artículo 425 del Código Penal proporciona un listado, que progresivamente se ha precisado –no sin marchas y contramarchas–, para los efectos de imputar responsabilidad penal, cuyo contenido esencial estriba, necesariamente, en que el sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva – es un concepto funcional–, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal –el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública–. Ello es así porque el examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración Pública permite afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad (...). Cuarto. Que como el artículo 425 del Código Penal solo incorpora un listado abierto de todos aquellos que, para efectos penales, pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos –es, pues, un elemento normativo–, obviamente es pertinente encontrar referencias para su delimitación en el orden normativo solo en el cual tienen sentido, como su sustrato, aumentando su dificultad a medida que el orden normativo, de referencia es más abigarrado (...). El elemento normativo en análisis contiene una remisión normativa a otro precepto cuando, en su inciso seis o siete, menciona a la Constitución y a la Ley. Quinto. Que, en efecto, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad –esa noción, mucho más amplia que la del Derecho Administrativo, debe seguir a la de

Administración Pública con relación a la tutela penal—. Por ello, cuando la norma vigente en el momento de los hechos imputados hizo referencia a “entidades u organismos del Estado”, más allá de que la Ley número 27713 en referencia, modificó la norma anterior –norma originaria– que expresamente hacía referencia a las “empresas del Estado o sociedades de economía mixta”, imponía una interpretación que permitiera entender a toda institución, entidad u organismo público, en el que el Estado desarrolla sus actividades y servicios públicos, en los marcos de la ley, desde la que, sin duda alguna, era inevitable comprender a la actividad empresarial del Estado”.

Asimismo, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima en el expediente 0148-2012 Caso Aliaga Jacinto – DEVIDA (2013), determino en su fundamento sétimo:

(...) “El delito de Colusión, tratándose de un delito especial propio, sólo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público. Contemplándose en el artículo 425 del Código Penal, las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. Se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido, no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho Administrativo, siendo ésta una norma de reenvío”.

“Sin embargo, en el caso del inciso 3 del citado artículo 425 del Código Penal, no se produce el reenvío, considerándose que es un concepto propio a efectos penales, que debe coincidir necesariamente con el concepto empleado por la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción”.

(...) *“Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho Penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones”*.

Corresponde ahora citar la última fuente del derecho que es la doctrina, que, de igual forma, desarrolla el concepto de Funcionario Público, comenzaremos por:

Vera (2013) afirma que: funcionario público es aquel:

“El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrolla políticas de Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. Indica también que el funcionario público puede ser de elección popular directa y universal o confianza política originaria; de nombramiento y remoción regulados y de libre nombramiento”.

De igual forma Donna (2005): señala que:

“Se trata de aquella persona que: a) Está adscrita a la administración pública; b) tiene una relación de profesionalidad, en el sentido de que cubre un hueco dentro de la administración, esto es, que no colabora desde afuera; c) tiene una remuneración por parte de la administración pública; y, d) tiene un régimen jurídico administrativo propio.

Así también Salinas (2009) afirma que:

“funcionario público es aquella persona natural con poder de decisión que presta servicio o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de

naturaleza diversa orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última”.

Asimismo, Bielsa (1985): *“funcionario público” es todo aquel que, en virtud de designación especial y legal, y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando éste se dirige a la realización de un fin público”.*

No podíamos dejar de lado lo desarrollado por Rojas (2007), señala que: *“funcionario público es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por nombramiento, delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal”.*

2.2.7. El delito de negociación incompatible

El Decreto Legislativo N° 635; 1991, promulga el Código Penal, aprobado por la Comisión Revisora constituida por Ley N° 25280, regula en su artículo 399 el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013, dispone 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.

Castillo J. A. (2015), señala que:

En la doctrina comparada esta infracción es conocida también con la denominación de delito de gestión desleal, infidelidad de funcionarios, o interés particular en acto de oficio. Por otra parte, en el derecho latinoamericano y español se ha llegado a sostener que el delito de negociación incompatible carece siempre de utilidad práctica, tanto desde el punto de vista preventivo general como desde la perspectiva preventivo especial, ya que difícilmente se recuerda o se reconoce un juzgamiento y una sentencia en un caso trascendente. Sin embargo, este panorama dista de ser cierto en nuestro país, en donde el Ministerio Público investiga y lleva a juicio casos de negociación incompatible, ya sea como única imputación o como uno de los hechos materia de imputación junto con otros delitos, alcanzando en muchos de los procesos sentencias condenatorias, situación que demuestra que pese a la opacidad y alta cifra negra de este delito hay esfuerzos serios, plausibles y de gran valor para esclarecer determinados hechos en el contexto de la administración pública, que suponen un acto de interesarse indebidamente en un proceso de contratación o en una operación estatal. (p. 14)

A su vez, Guimaray (2016) señala lo siguiente:

“De esta redacción se puede colegir que el interés estatal a proteger tiene que ver con el poder político (o de gestión de intereses) con que cuentan los funcionarios públicos y con la prohibición explícita de que obtengan algún beneficio indebido en razón de dicho poder. En términos más específicos, lo incompatible de una negociación radica en que esta tiene como razón de ser el interés particular del

funcionario, en detrimento del interés general y de los principios que de ello se desprenden, como, por ejemplo, la transparencia en los contratos y operaciones comerciales donde el Estado actúa como parte. Así, parece lógico afirmar que el bien jurídico protegido (protegido del interés privado de los funcionarios públicos) es la objetividad y legalidad de los contratos u operaciones comerciales que la Administración lleva cabo. Conducta típica Es un acierto irrefutable del legislador haber utilizado una fórmula genérica para referirse a la forma en la cual el funcionario o servidor público muestra su interés en determinado contrato u operación (directa, indirecta o por acto simulado). Y es que en realidad la Administración como aparato gubernamental de ejecución y gestión funciona de forma coordinada, e incluso muchas veces dependiente entre cada una de sus oficinas, departamentos, direcciones o jefaturas. Con lo cual, es razonable prever que el interés en cierta negociación pueda nacer en la oficina A y tener repercusión en la oficina B, justamente en razón de interdependencia apuntada. De otro lado, es necesario destacar que la “muestra de interés” puede llevarse a cabo mediante un acto propio de las funciones del servidor público o, incluso, puede tratarse de acciones que trasgreden sus funciones. Y es que el tipo penal nada dice al respecto. El verdadero desvalor penal de la conducta radica en que el agente delictivo lleve a cabo conductas de interés que nacen en <razón de su cargo>, algo que debe ser interpretado, cuanto menos, de dos formas: i. que exista un abuso del cargo: es decir, que el funcionario desconozca las funciones de sus subordinados, asuma competencias impropias o imponga su criterio u opinión respecto de alguna decisión que incida en el proceso de contratación o cualquier otra operación comercial en la que el Estado actúa como interesado (esta conducta no tiene que ser, necesariamente, directa respecto de la contratación u operación comercial, como

bien señala el tipo penal); ii. el legislador no solo previó el único escenario en el que un determinado funcionario tenga competencia directa sobre algún proceso de contratación u operación comercial, sino que incluso prevé actos indirectos y simulados. En este sentido, nada impide que la frase “en razón de su cargo” también explique el actuar del funcionario interesado que sin tener competencia actual en algún contrato u operación lleve a cabo gestiones que a la postre viabilizarán contrataciones públicas de su interés. En este supuesto, claro está, habrá que probar además el interés futuro del funcionario. Si lo que ha de primar es una interpretación sistemática y teleológica, el punto ii) va de la mano con nuestra judicatura, cuando dice: “El mencionado interés puede darse en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas”. Dicho de otro modo, un contrato u operación comercial debe ser entendido como un proceso dividido en tantas etapas como sean necesarias para su configuración, y sobre cada una de ellas se protege el mismo bien jurídico, o lo que es lo mismo, el delito de negociación incompatible puede materializarse en cualquier etapa y a través de cualquier muestra de interés razonable (p. 1-3).

Salinas (2015) realiza una descripción del tipo penal de la negociación incompatible de la siguiente manera:

TIPO PENAL

La fuente directa del hecho punible denominado "negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo" lo constituye el artículo 345° del Código Penal derogado de 1924 el artículo 201° del Código Penal de 1863. Estos textos punitivos tienen idéntica redacción y solo se diferencian en la penalidad. Se trata de una figura

de incompatibilidad de cierta generalidad al no especificarse la naturaleza del contrato u operación que, como se apreciará del análisis, tiene similitudes con el delito de colusión defraudatoria contenido en el artículo 384° del Código Penal, con la diferencia de que en la negociación incompatible no se requiere la concertación ni la existencia de perjuicio. Asimismo, en doctrina este hecho punible es conocido como gestión desleal, infidelidad de funcionario o interés particular en acto de oficio. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en el texto original del Código Penal se encontraba regulado en el artículo 3970, sin embargo, con la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004, que modificó el texto punitivo, se le reubica al artículo 3990, incrementando la penalidad para esta conducta de corrupción. Luego de la modificación introducida por la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, el tipo penal tiene el siguiente contenido: *El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por actos simulados 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.*

TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de negociación incompatible 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. Se entiende que la intervención del agente en la

celebración de aquellos actos jurídicos es por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para terceros. En la estructura del tipo penal intervienen diversos elementos de la tipicidad objetiva que es necesario explicar por separado para su real comprensión (p. 555-556).

Al respecto Calderón (S/F) señala lo siguiente:

“El delito de negociación incompatible comprendido en nuestro ordenamiento jurídico penal como un delito de contra la Administración Pública criminaliza aquellas conductas de los funcionarios o servidores quienes por imperativo de la ley portan los intereses del Estado y en perjuicio de estos, favorecen sus intereses personales o de terceros particulares. En la doctrina se han desarrollado los aspectos de la conducta típica que requiere para su configuración, como las cualidades del agente activo, su vinculación funcional con los ámbitos de la contratación pública en las cuales se desarrolla el delito, u otras particularidades propias del tipo penal. Sin embargo, dentro las distintas maneras de manifestar el interés indebido del sujeto activo, se encuentra el acto simulado” (p. 426).

La multiplicidad de bienes jurídicos específicos identificados en el delito de negociación incompatible Días (2016) señala que:

“La doctrina peruana ha identificado diversos bienes jurídicos específicos para el delito de negociación incompatible. Para Rojas Vargas, por ejemplo, “el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la Administración pública del interés privado de sus agentes que anteponen sus intereses a los de ella. Se busca también mantener incólume la imagen de la Administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad

estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos”.

Para Abanto Vásquez, la conducta de negociación incompatible constituye un peligro al patrimonio estatal, de ahí que, a su parecer, se trate de una conducta previa al delito de colusión. Para el autor, la violación de la imparcialidad que debe guiar las actuaciones de los funcionarios o servidores públicos coloca en peligro el patrimonio del Estado.

Según Salinas Siccha, el bien jurídico específico en este delito radica en “proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración”.

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

Finalmente, según Guimaray Mori, la negociación incompatible busca evitar conflictos entre intereses privados y públicos, por ello, “el bien jurídico específicamente protegido en el delito de negociación incompatible sería la rectitud e imparcialidad que se debe garantizar frente a los administrados y rente a los competidores ofertantes en los contratos en los que la Administración es parte. (pp. 174-176).

2.2.8. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible no es un tema acabado ni definitivo, ya que, la doctrina no se ha puesto de acuerdo con realizar una definición precisa al respecto.

De forma general Rodríguez y Ossandón (2005), opina sobre los delitos cometidos por los funcionarios públicos:

“El bien jurídico protegido, al igual que en el resto de las figuras de este grupo, está constituido por la función administrativa, cuyo correcto desempeño exige que se respeten los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones con los particulares. Es evidente que el funcionario público posee una doble personalidad, pues en algunas facetas de su vida actúa como autoridad y en otras, como particular; sin embargo, lo que no debe hacer es confundir ambas dimensiones, haciendo primar el interés individual por sobre el general, en abierta contradicción con tales principios.”
(p.408)

Adentrándonos de forma específica sobre el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible la doctrina ha desarrollado diversos conceptos sobre este tema, así citando algunos doctrinarios:

Para Castillo J. (2015), el bien jurídico protegido en la negociación incompatible es la transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y en la exclusiva promoción de los intereses públicos. Para esta investigación se considerará la transparencia en las contrataciones públicas como bien jurídico protegido para el delito de negociación incompatible. (p.15)

De igual forma, opina Rojas (2006) sobre el bien jurídico en el delito de negociación incompatible, que el objeto genérico de la tutela penal es el normal funcionamiento y el prestigio de la administración pública. El objeto específico radica en preservar la administración pública de comportamientos infuncionales (deslealtades) de interés privado de sus agentes”.

Asimismo, Gaspar (2016) afirma:

“De esta redacción se puede colegir que el interés estatal a proteger tiene que ver con el poder político (o de gestión de intereses) con que cuentan los funcionarios públicos y con la prohibición explícita de que obtengan algún beneficio indebido en razón de dicho poder. En términos más específicos, lo incompatible de una negociación radica en que esta tiene como razón de ser el interés particular del funcionario, en detrimento del interés general y de los principios que de ello se desprenden, como por ejemplo, la transparencia en los contratos y operaciones comerciales donde el Estado actúa como parte. Así, parece lógico afirmar que el bien jurídico protegido (protegido del interés privado de los funcionarios públicos) es la objetividad y legalidad de los contratos u operaciones comerciales que la Administración lleva cabo”. (p. s/n)

Así también, la Segunda Sala Penal Transitoria en la Casación N° 231-2017 de Puno desarrollo en su considerando Décimo Segundo lo siguiente:

Casación N° 231-2017 – Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria

“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 peligro³, 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 pública⁴. Debe precisarse que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico - el correcto funcionamiento de la administración pública”.

2.2.9. La autoría y participación en el delito de negociación incompatible

A través del Decreto Legislativo N° 635 – Código Penal, en el Libro Primero: Parte General, Título II, Capítulo IV sobre autoría y participación el Estado Peruano ha establecido en sus artículos del 23 al 27 de qué manera los ejecutores de los hechos punibles serán imputados, regulándose así figuras como el autor, autor mediato, coautor, cómplice e instigador y de acuerdo al grado de participación de cada uno de ellos, se podrá determinar el grado de responsabilidad sobre la comisión del injusto penal.

Sobre la determinación a nivel de autor o participe en la doctrina se ha desarrollado diversas teorías y consideramos que a fin de poder delimitar la teoría que se utiliza en la práctica jurídica para el análisis de los delitos contra la administración pública, es necesario realizar la siguiente reseña.

a) Teoría Unitaria

Gómez (2001), desarrolla sobre esta teoría lo siguiente:

“El concepto unitario de autor se caracteriza por una renuncia a la distinción entre autor y partícipe (en el sentido que a esta palabra se le da como intervención en el hecho de otro), y por la introducción de todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría, aunque sea con la denominación general de participación, intervención, colaboración u otras acepciones similares. En tal sentido, se puede decir que históricamente han mantenido un concepto unitario determinadas legislaciones en las que no predominan claras distinciones entre las personas intervinientes en el hecho delictivo. El rechazo de la distinción entre autor y partícipe trae consigo consecuencias muy importantes como es la negación de todo vínculo de accesoriidad entre las responsabilidades de los distintos intervinientes en el hecho”. (p.84)

De forma sucinta podemos afirmar que todos los intervinientes en el hecho ilícito son considerados autores, y se evaluara la relevancia de las intervenciones para la determinación de la pena concreta.

El concepto desarrollado por la teoría unitaria se sirve a manera de instrumento de la también teoría **condición sin la cual no**, mediante la cual se debe evaluar la actuación de los imputados; para aplicarla se debe hacer una sustracción de las acciones cometidas por el imputado y si a partir de ello se configura el delito entonces no será considerado como autor, sin embargo, de ser el caso, si se hace la sustracción y desaparece la comisión del hecho delictivo, entonces será imputado como autor

Así, sobre los aspectos negativos de esta teoría, Jescheck (2003) afirma:

“Del mismo modo, impide diferenciar el grado de pena a aplicar a los distintos intervinientes, atendiendo a su participación en el hecho delictivo, pues al ser la

intervención de todos equivalentes, se diluye la diferenciación, conduciendo a una ilimitada ampliación de la punibilidad". (p.25)

b) Teorías Diferenciadoras

El fundamento principal de esta teoría nace a partir de la necesidad de distinguir a autores y partícipes, ello, debido a que no se podrá considerar a todo participante en el ilícito como autor, porque sería arbitrario, por ello se generó un sistema donde se evaluara el aspecto subjetivo y objetivo de la participación en el hecho delictivo. Cabe precisar que nuestro Código Penal, recoge aspectos de estas teorías para la regulación otorgada.

b.1.) Teoría Subjetiva

Esta primera teoría diferenciadora de la autoría y participación, prescribe, que al igual que en la teoría unificadora todos los participantes en el hecho ilícito tienen la misma condición, pero el aspecto que la diferencia, es que, se evaluara el ánimo con el que participo en el hecho ilegal.

Sobre ello debemos precisar que, con respecto al ánimo, se desdoblaron dos conceptos, uno es el dolo y el otro es el interés.

Con respecto al dolo la cual afirma ROXIN, Claus, citado por BACIGALUPO (1989):
“que todo depende de si el partícipe ha subordinado su voluntad a la del autor y si ha dejado a este decidir sobre la ejecución del hecho.”(p.226).

Y sobre el interés, si el participante en la comisión del hecho tenía “interés” en la consumación del tipo penal, será evaluado de acuerdo a ello.

En conclusión, para esta teoría, el aspecto fundamental es el ánimo (dolo o interés), es decir aquella persona que quiera ser autor, aportara como tal, asimismo, aquella persona que quiera ser partícipe, actuara con ese ánimo.

Las críticas de esta teoría parten, de la complejidad de probar el ánimo del autor, ya que ello se encuentra en el aspecto subjetivo de cada imputado.

b.2.) Teoría Objetivo- Formal

Para la teoría en desarrollo, será autor aquel que realice los actos ejecutivos del tipo penal, y será partícipe aquel que aporte en la ejecución del tipo, siempre que exista relación de causalidad entre la comisión y su ejecución.

En un sentido más estricto, para mayor entendimiento será auto aquel que cumpla con la gramática y sintaxis del tipo penal.

Por ello, sobre esta teoría quien realizo un acto típico responderá como autor, y aquel que haya realizado alguna contribución para la comisión del acto típico será partícipe.

Y, el aspecto negativo de esta, es que en el supuesto de autoría mediata, no podría ser utilizado de manera eficaz, al no, poder generar responsabilidad, ello a partir de que no cabe a través de esta teoría la figura del auto mediato, ya que este no habría cumplido con la ejecución del tipo penal..

b.3.) Teoría Objetivo-material

Sobre la teoría objetivo material, es autor aquel que contribuya de forma objetiva a la comisión de acto típico.

Desarrollando la idea expuesta en el párrafo anterior, será autor quien realice la acción causal para la comisión del tipo penal y con respecto al partícipe este solo aportara una condición para la ejecución del tipo penal.

Por su parte Lagos citando a Mir Puig (2012) sostiene que una distinción precisa entre “causa” y “condición” o entre causas más o menos importantes no puede obtenerse en el mero terreno objetivo de la causalidad y que en la actualidad se admite generalmente que todas las condiciones (necesarias) de un hecho son igualmente causales (teoría de la equivalencia). (p. 15)

b.4.) Teoría del dominio del hecho

Para la presente teoría, será considerado como autor aquel sujeto que actúa con dolo y domina la realización del delito. El autor dirige su acción hacia la realización del tipo y tiene la posibilidad de realizar o no la acción típica.

Asimismo, Villavicencio (2009) afirma sobre el concepto de la teoría del dominio del hecho: “El hecho es la obra de una voluntad que conduce el suceso, pero solamente podrá ser autor la figura clave o central del suceso, quien domina el curso del hecho; es decir, quien tiene la capacidad de poder decidir sobre la realización del hecho delictivo a través del dominio de la acción con relación al autor individual, el dominio de la voluntad con relación al autor mediato y el dominio de la acción funcional con relación a los coautores”. (p.466)

Sobre ello, Roxin (1970) afirma de forma sucinta sobre la teoría en desarrollo: “*es autor quien, de acuerdo con el papel desempeñado en el despliegue de la acción, ha tenido el dominio o codominio del suceso (el llamado “dominio del hecho”)*”. (p. 220)

Así también, Lagos (2012), precisa sobre los aspectos objetivos y subjetivos de la teoría del dominio del hecho:

“El dominio del hecho exige que el suceso aparezca como obra de la voluntad final del autor. No basta, para determinar la autoría, cualquier aporte causal al hecho, ni tampoco la mera voluntad de ser autor, sino que es necesario que el autor domine el

hecho, lo que implica que se encuentre en una posición que le permita orientar los factores causales conforme a la dirección final de su voluntad. Es decir, el dominio final del hecho exige tanto el dominio del hecho como la voluntad de dominarlo”. (p.16)

b.4.1.) La teoría de la ruptura del título de la imputación

Reconocida en nuestro Código Penal en el siguiente articulado:

“Incomunicabilidad en las circunstancias de participación

Artículo 26°.- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”.

Sobre esta teoría debemos señalar que, los intraneus, solamente será responsables por lo tipos penales especiales, que exijan la participación en el tipo penal de sujetos activos cualificados es decir funcionarios o servidores públicos, por otro lado, los extraneus serán responsables por los tipos penales comunes.

Al respecto la Casación 782-2015- Del Santa, desarrolló en su considerando 10:

10. El artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

11. Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal que prevé 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 sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.

Así también en el Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima en su fundamento 2.1.1. se amplió:

“2.1.1. En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados-en este casi, de funcionario y servidores públicos- pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente. En este sentido, en esta clase de delito rige el principio de autor único, por el cual el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcional concreta, se ha realizado mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista factico pudieran admitir la posibilidad de una graduación y diferenciación, pues el deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autoría o participación, que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio o de una competencia por organización.”

b.4.2.) La teoría de la unidad del título de imputación

Regulada en el artículo 25 del Código Penal, a partir de la modificación realizada por el Decreto Legislativo 1351:

“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.

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 él.”

Esta desarrolla que tanto el *intraneus* como el *extraneus* participen en la comisión de un delito especial, deben ser responsables penalmente, asimismo, de ser el caso ambos sujetos mencionados cometan un delito común, deberán ser juzgados por el mismo tipo penal.

Es menester precisar que con respecto a la comisión de los delitos especiales, si el *intraneus* tiene dominio del hecho, el *extraneus* deberá ser imputado como participe, asimismo, de ser el caso, el *intraneus* sea autor de un delito común, el *extraneus* será procesado como participe.

También, debemos citar el X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria-Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116, en su fundamento 14:

“Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito, En efecto, lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que

comprende al autor funcional de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25° del Código Penal, por el artículo 2° del Decreto Legislativo 1361, que expresamente señala: “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”. Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma, debe también aplicarse para resolver el caso del instigador extraneus de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24° del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional”

b.5.) Teoría de la infracción del deber

Resulta necesario desarrollar los conceptos de *intraneus* y *extraneus* a fin de mayor comprensión de esta teoría como también entender en lo posterior de la investigación: i) *intraneus*: Son sujetos, que gozan de la condición de funcionarios o servidores públicos, como ya hemos ido desarrollando párrafos arriba, esto pueden ser elegidos por voto popular o por delegación, existe un vínculo entre el Estado y estos sujetos, a razón de ellos tienen deberes encargados por la investidura que se les confió, por ello sus actos dentro del desempeño de sus labores, deben circunscribirse a las obligaciones encomendadas. ii) *extraneus*: Es un tercero o particular ajeno a la administración pública, no tiene vínculo con esta función, tampoco deber alguno que se la haya encargado de forma especial el Estado.

A manera de establecer el desarrollo de esta teoría, Pariona (2009), indica:

“por delito de infracción del deber se entiende a aquellos en los cuales la figura central (autor) del evento criminal se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal”.(p.79)

Asimismo, el profesor Caro (2003), determina:

“En los delitos de infracción de deber responde como autor aquél que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como «obligado especial». Por esta razón, en este grupo de delitos el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor no posee ninguna relevancia jurídica -penal a los efectos de la determinación del título de la imputación”. (p.3)

Así también, Aguilera citando a Roxin (2016): *“La tesis de la infracción de deber ha sido planteada como núcleo totalizador de la autoría en los delitos cometidos por funcionarios públicos de modo que carece de importancia que el sujeto especial domine materialmente el hecho delictivo. Según los postulados de esta teoría, el hombre de atrás intraneus es el autor (mediato) mientras que el hombre de adelante extraneus es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica), esto se sustenta en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el intraneus (el obligado) puede fundamentar la autoría”* (p, 161)

Por ello, para concluir, Bacigalupo (2004) concluye: *“Los delitos de infracción de deber, por tanto, son delitos en los que la delimitación de la autoría y la participación adquiere una especial configuración en comparación de los delitos de dominio del hecho. Dicho brevemente: mientras en los delitos de dominio es el autor el que domina el hecho, es decir, el que conduce la causalidad al resultado, en los delitos de infracción de deber el autor es el que infringe un deber que le incumbe, aunque no sea el que dirige la causalidad al resultado”* (p. 225)

Por ello, a fin de establecer las bases para la investigación, en el ordenamiento jurídico peruano, para determinar la autoría o el grado de participación en el delito de negociación incompatible se utiliza la teoría de la infracción del deber, ello debido a que el sujeto activo exigido por el tipo penal en análisis es un *intranei*, que deberá cumplir con el requisito de ser funcionario público a fin de declararlo como autor de los actos ilícitos.

Sin embargo, existe una preocupación con respecto a la participación del *extraneus* en el tipo penal de negociación incompatible ello debido a que el verbo recto del tipo penal es “interesarse” y solo podría ejecutar esa acción un funcionario público, sin la necesidad de una participación de tercero.

La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Penal Permanente emitió la Casación N° 841 –2015- Ayacucho, donde fija, sobre la participación de un tercero en la comisión del delito de negociación incompatible:

“V. LA INTERVENCION DEL TERCERO EN EL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE

A. LA INTERVENCION DELICTIVA EN EL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPAIBLE

Vigésimo Octavo: El delito de negociación incompatible es un delito de infracción del deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial – normativizado, que solo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o 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 el 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 un tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo., será reprimido con pena privativa de libertad no menos 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 se estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como si lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesario.

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 de Título XVII (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 arco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizara 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 presentara constituiría un delito independiente.

Asimismo, para finiquitar, sobre el concepto del autor del delito de negociación incompatible, citamos la Casación N° 231-2017 – Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la parte considerativa, desarrollo:

“5. Vinculación funcional del agente con el contrato u operación

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

ahí que su intervención en los contratos que realice el Estado siempre los realiza por imperio de la Ley.

Vigésimo.- En ese sentido, la Corte Suprema, en diversos pronunciamientos ha establecido que dicha relación funcional, debe ser entendida no solo cuando el funcionario tenga esta condición, sino que: “es necesario que cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones, es decir, posea el poder para participar en ellos”, también se define como “aquel funcionario que tiene legítimamente a su cargo el contrato u operación”

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

2.2.10. El delito de negociación incompatible como tipo penal de peligro concreto

Para comenzar la explicación, los delitos de peligro, protegen a los bienes jurídicos en una etapa anterior a la lesión, es decir, el Estado por política criminal, resguarda de forma preventiva al bien jurídico, por considerar que estos exigen un mayor cuidado.

Entonces, queda establecido que en los delitos de peligro, basta la puesta en peligro del bien jurídico protegido y no verificar ninguna lesión, para su consumación.

Sobre los delitos de peligro existen dos clasificaciones; i) el delito de peligro abstracto y ii) el delito de peligro concreto.

Sobre el primero, no se exige acreditar, efectivamente, que se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido. Basta con que el hecho sea una acción peligrosa, es decir, el peligro no es un elemento para la configuración del tipo penal.

Así, Wessels (1970) precisa sobre el concepto analizado: *“En los delitos de peligro basta, por el contrario, para realizar el tipo, que se origine una (abstracta o concreta) situación de peligro”*. (p.63)

Sobre el peligro concreto es necesario acreditar que la conducta dio origen a un supuesto real de peligro. En estos tipos penales, el peligro es un elemento típico del tipo penal.

A fin, de realiza el análisis para la presente tesis citamos la Casación N° 231-2017 – Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, donde se desarrolló, sobre la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible:

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

Trigésimo séptimo. Debido a su naturaleza de delito de peligro; su realización no se encuentra supeditada a la lesión efectiva de un bien, sino que la relación entre el peligro y la realización del mal futuro, se encontrará en un nexo de 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.

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

Cuadragésimo. Es indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Dicha acción, siempre va a implicar un riesgo para el patrimonio de la

Administración Pública; sin embargo, no basta una mera infracción del “deber de abstención” del funcionario público, sino que su interés debe ser considerado como una intervención a su favor en la obra que esté a cargo.

Asimismo la Casación N° 231-2017 - Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria, agrega sobre el concepto de delito de peligro concreto:

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

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

interpretado de conformidad con los principios de lesividad, ultima ratio (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal.

A razón de ello, concluimos, que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, es uno de peligro en concreto, siendo el objeto jurídico la imparcialidad en las contrataciones u operaciones con el Estado, por ello, el sujeto activo al interesarse a fin de favorecerse o favorecer a tercero, ya se etaria configurando el tipo penal en estudio.

2.2.11. El Análisis de Impacto Regulatorio

Al respecto, sobre el concepto, señalamos: *“El Análisis de Impacto Regulatorio o RIA por sus siglas en inglés constituye una herramienta que busca asegurar que las decisiones de política pública y regulaciones que adoptan las autoridades se basen un riguroso análisis costo-beneficio. Contrariamente a lo que podría pensarse, se trata una herramienta que debe ser empleada no solo por los organismos reguladores de servicios públicos, sino por toda la administración pública que ejerce el rol normativo o regulatorio: Congreso de la República, ministerios, gobiernos locales. Sin embargo, en estos últimos casos, el Perú enfrenta retos importantes”.* (Gonzalo Ruiz, 2018)

El análisis de impacto Regulatorio es una herramienta para la toma de decisiones del Estado, a través de ella se evalúa las regulaciones a otorgarse por el Estado, teniendo como procedimiento, otorgar la información a aquellas personas que tomen la decisión de implementarla, para que acto seguido se promuevan las decisiones más acertadas.

En tanto, a través de este análisis se evalúa según el criterio costo-beneficio las políticas que se adoptaran, precisando sobre el costo-beneficio, Mejia (2011) desarrollo:

“El análisis costo beneficio es un marco conceptual que se utiliza para medir el impacto y los efectos de las propuestas normativas sobre diversas variables que afectan a los

actores, la sociedad y el bienestar general. Esta metodología nos permite cuantificar los pros (beneficios) y contras (costos) de una propuesta normativa, facilitando la evaluación de su necesidad y la identificación de medidas alternativas que persiguen el mismo objetivo. De este modo, el análisis costo beneficio nos permite conocer los beneficios concretos que aporta esta propuesta normativa; y, a su vez, visibilizar los costos y gastos que genera al Estado, a los agentes involucrados, a los afectados por la medida y a la sociedad en su conjunto. Así, a través de dicha herramienta, es posible determinar si una propuesta normativa logrará satisfacer los objetivos públicos de una manera eficiente, buscando que se asigne la menor cantidad de recursos y obtener la mayor cantidad de beneficios con dichos recursos” (Pág. 103, 104).

Sobre ello, utilizaremos este método a partir de la información obtenida de la utilización de los instrumentos, para llegar a la conclusión si el efecto regulatorio del delito de negociación incompatible, es positivo o negativo, de ser el caso, que mejoras deberían proponerse.

2.3. Definición conceptual

2.3.1. Derecho Penal

El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad. Es misión de la ciencia del derecho penal desarrollar el contenido de esas reglas jurídicas en su trabazón interior. Como ciencia sistemática da el fundamento, para una ecuánime y justa administración de justicia, ya que solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad. No solamente por eso, porque sirve a la administración de justicia, la ciencia del derecho penal es una ciencia "práctica", sino también, en un sentido más profundo, porque es una teoría del

actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces llegan hasta los conceptos básicos de la filosofía práctica. (Welzel (1956), p.1)

2.3.2. Política Criminal

La política criminal se ha entendido como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad. Así mismo, se ha afirmado que la política criminal es el poder definir los procesos criminales dentro de la sociedad y por tanto de dirigir y organizar el sistema social con relación a la cuestión criminal. Otros tratadistas, consideran que por política criminal puede entenderse la política respecto del fenómeno criminal y en ella se pueden distinguir dos niveles: El primero de ellos se refiere a la política criminal en sentido estricto, relacionado al ámbito acción del sistema de justicia penal. Este último es un instrumento de control y disuasión y debe contribuir a mantener la paz y el orden y propender por la tutela de los derechos humanos con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo. El segundo nivel, se refiere al sistema de control social. (Guzmán y Rodríguez (2008), p.62)

2.3.3. La Pena

Según la teoría de la prevención especial positiva o resocialización es la finalidad de la pena que mayor aceptación ha tenido dentro de la doctrina penal que ha estudiado el asunto. A través de ella se busca reintegrar a la sociedad al infractor de la norma a través de su resocialización.

2.3.4. Funcionario o Servidor Público

Artículo 425° del Código Penal. - Son funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las

empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley. (Código Penal)

2.3.5. El delito de Negociación Incompatible

Artículo 399° del Código Penal. - 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. (Código Penal)

2.3.6. Bien jurídico protegido del delito de Negociación Incompatible

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. (Casación N° 231-2017 – Puno)

2.3.7. La autoría y participación en el delito de Negociación Incompatible

En los delitos de infracción de deber responde como autor aquél que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como «obligado especial». Por esta razón, en este grupo de delitos el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor no posee ninguna relevancia jurídica -penal a los efectos de la determinación del título de la imputación. (Caro (2003), p.3)

La estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse se estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como si lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesario. (Casación N° 841 –2015- Ayacucho)

2.3.8. El delito de negociación incompatible como tipo penal de Peligro Concreto

Es un delito de peligro, que importa un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. En consecuencia, el bien jurídico que se protege es la imparcialidad de los funcionarios, en la toma de decisiones, las cuales se dirigen en función a la labor pública que ejercen. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública, que pueda significar un riesgo para ella. (Casación N° 231-2017 – Puno)

2.3.9. El análisis de Impacto Regulatorio

El Análisis de Impacto Regulatorio o RIA por sus siglas en inglés constituye una herramienta que busca asegurar que las decisiones de política pública y regulaciones que adoptan las autoridades se basen en un riguroso análisis costo-beneficio. Contrariamente a lo que podría pensarse, se trata una herramienta que debe ser empleada no solo por los

organismos reguladores de servicios públicos, sino por toda la administración pública que ejerce el rol normativo o regulatorio: Congreso de la República, ministerios, gobiernos locales. Sin embargo, en estos últimos casos, el Perú enfrenta retos importantes. (Gonzalo Ruiz, 2018)

Capítulo III

Metodología

3.1. Unidades Temáticas y Caracterización

En la investigación que se desarrolla, se estudia la unidad temática denominada “Delito de Negociación Incompatible en el interés indebido de los funcionarios o servidores públicos en las operaciones y contratos celebrados por razón de su cargo, este tipo penal se encuentra tipificado en el artículo 399 del Decreto Legislativo N° 635 – Código Penal, Sandoval (1996) señala sobre las unidades temáticas en una investigación cualitativa; (...) “que emerge del análisis concreto de un sector de la realidad social o cultural tal cual ella

se manifiesta en la práctica y no a partir de conceptualizaciones previas realizadas desde alguna de las disciplinas ocupadas del estudio de lo humano. En tal sentido, la selección de los tópicos de investigación y la conceptualización de los mismos sólo puede hacerse a través del contacto directo con una manifestación concreta de una realidad humana, social o cultural” (p. 115).

Por lo dicho, la unidad de estudio define un aspecto de la realidad, con referencia a la caracterización en una investigación cualitativa señala Sandoval (1996) que: (...) “un elemento importante que se debe tener en cuenta, es el que tiene que ver con la naturaleza de la pregunta de investigación. En el marco de la investigación cualitativa son más pertinentes las preguntas por lo subjetivo, lo cultural, el proceso social o el significado individual y colectivo de realidades de diferente naturaleza. Todas estas preguntas tienen como eje la indagación desde la lógica interna de los fenómenos y realidades analizadas. Para lo cual, el investigador requiere adoptar un pensamiento orientado más hacia el descubrimiento que hacia la comprobación” (p. 116).

En la tesis en desarrollo, la caracterización se realizó teniendo como fundamento las definiciones halladas en las normas, la doctrina y jurisprudencia y tienen como objetivo dar a entender la problemática planteada y ejecutara correctamente los instrumentos y técnicas de investigación.

Tabla N° 2

Cuadro de análisis unidades temáticas, indicadores y análisis de unidad

UNIDAD TEMÁTICA	ANÁLISIS DE UNIDAD	INDICADORES	CODIGO
EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	1. EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	Efecto positivo de la regulación del delito de negociación incompatible.	AC EX CI

	La tipificación del delito de negociación incompatible felicita la labor del ministerio público.	AC EX CI
	El poder judicial determina con mayor facilidad la responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible por el nivel de estándar probatorio.	AC EX CI
	La defensa técnica utiliza el delito de negociación incompatible como estrategia.	AC EX CI
	El delito de negociación incompatible es una buena política de lucha contra la corrupción.	AC EX CI
	La autoría y participación en el delito de negociación incompatible como concepto determinado.	AC EX CI
	El delito de negociación incompatible como delito de peligro concreto.	AC EX CI
2. EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO	Efecto negativo del delito de negociación incompatible.	AC EX CI
	El ministerio público se excede en la persecución penal gracias al delito de negociación incompatible.	AC EX CI
	El poder judicial no determina responsabilidad a los funcionarios o servidores públicos cuando se les imputa el delito de negociación incompatible porque el interés indebido es difícil de probar.	AC EX CI
	La defensa técnica se aprovecha de la regulación del delito de negociación incompatible para beneficiar al imputado.	AC EX CI

		La autoría y participación en el delito de negociación incompatible como concepto indeterminado.	AC EX CI
		El delito de negociación incompatible aún no se determina la naturaleza del delito.	AC EX CI

3.2. Tipo de Investigación

La investigación en desarrollo utiliza el tipo de investigación de “Estudio de Casos” definida por Ameigeires, Chernobilsky, Giménez y otros (2006) caracterizan el (...) “estudio caso o los casos de un estudio pueden estar constituidos por un hecho, un grupo, una relación, una institución, una organización, un proceso social, o una situación o escenario específico, construido a partir de un determinado, y siempre subjetivo y parcial, recorte empírico y conceptual de la realidad social, que conforma un tema y/o problema de investigación. Los estudios de casos tienden a focalizar, dadas sus características, en un número limitado de hechos y situaciones para poder abordarlos con la profundidad requerida para su comprensión holística y contextual” (p.218).

Asimismo, Robert Yin (1984) (citado por Sandoval 1996) desarrolla sobre el estudio de casos: “Investiga un fenómeno contemporáneo dentro de su contexto real de existencia, cuando los límites entre el fenómeno y el contexto no son claramente evidentes y en los cuales existen múltiples fuentes de evidencia que pueden usarse”, (P.91)

.Cabe precisar que en la tesis se tomara como caso a estudiar el proceso penal desarrollado en el Expediente 449-2015-47 en la Corte Superior de Justicia de Junín en el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo.

3.3. Población, muestra y unidad de análisis

3.3.1. Población

De acuerdo a Córdova (2003), “se domina población a un conjunto de elementos que contienen una o más características observables de naturaleza cuantitativa o cualitativa que se pueden medir en ellas” (p.2), para la siguiente investigación cualitativa la población es conformada por todos los procesos penales iniciados por el Delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido,

3.3.2. Muestra

En el proceso cualitativo, de acuerdo a Hernández, Fernández y Baptista (2010) la muestra “es un grupo de personas, eventos, sucesos, comunidades, etc., sobre el cual se habrán de recolectar los datos, sin que necesariamente sea representativo del universo o población que se estudia” (p.394),

El proceso penal desarrollado en el Expediente 449-2015-47 en la Corte Superior de Justicia de Junín en el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo., es un caso especial, porque en él se aprecia, los defectos comunes al interpretar elementos normativos y descriptivos por el Poder Judicial y Ministerio Público, razón por la cual, consideramos la idónea para que sea utilizada como proceso muestra en la siguiente investigación.

3.3.3. Unidad de Análisis

Citando a Hernández, Fernández y Baptista (2010), sobre la unidad de análisis: (...) “Son los referentes lingüísticos que utilizan los actores humanos para aludir a la vida social como definiciones, ideologías o estereotipos. Los significados van más allá de la conducta y se describen, interpretan y justifican. Los significados compartidos por un grupo son

reglas y normas. Sin embargo, otros significados pueden ser confusos o poco articulados para serlo; pero ello, en sí mismo, es información relevante para el analista cualitativo” (p.409).

Razón por la cual elegimos al proceso penal desarrollado en el Expediente 449-2015-47 en la Corte Superior de Justicia de Junín en el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo, por tener los errores más resaltantes con respecto a temas interpretativos y funcionales del tipo penal de negociación incompatible.

3.4. Escenario y sujetos de estudio

3.4.1. Descripción de escenario de estudio

La investigación se desarrolla en el escenario del año 2018, sabemos que la corrupción es un problema que aflige a nuestra sociedad en la actualidad, según la Defensoría del Pueblo en el primer reporte de la corrupción de 2017 se informa que existen 32 925 casos de corrupción en todo el Perú, cifra que representa una pérdida anual del 10% del presupuesto nacional es decir S/ 12 600 millones de soles para el Estado Peruano.

El Reporte de Corrupción en el Perú emitido por la Defensoría del Pueblo en el mes de Mayo de 2017, halló 4493 casos de Colusión simple y agravada que se tienen en investigación y 2303 investigaciones por el delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo.

La motivación que surgió para desarrollar la presente investigación fue en base a los destapes de corrupción que salen a la luz, en el transcurso de este año (Odebrecht y Lava Jato), hechos que han afectado a nuestro país y que delito analizado en la presente investigación ayudara de gran forma, si se encuentra correctamente delimitado todos sus componentes, generara justicia frente a los actos de corrupción de los funcionarios.

Por ello, consideramos que la regulación dada a este tipo penal no sería eficaz haciendo un análisis de costo - beneficio, sin embargo, debemos establecer a través de esta investigación, criterios inequívocos que ayudaran de gran forma a los operadores jurídicos a no cometer defectos de subsunción, interpretación, etc., al realizar imputaciones para posteriormente se emita Sentencias que al ser impugnadas no tengan puntos débiles y así, poder definir al tipo penal de negociación incompatible como una política pública acertada.,

3.4.2. Caracterización de los sujetos

Investigador:

Diego Fernando Huaynate Orihuela, bachiller en derecho por la Universidad Continental, alumno perteneciente al tercio superior, becario en cursos de extensión, egresado, preocupado por la ola de corrupción puesta al descubierto en nuestro país, así como también, en nuestra región.

Expertos:

1. Raúl Marino Palomino Amaro es docente universitario de la Universidad Peruana Los Andes, Abogado por la Universidad Peruana Los Andes, Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, socio del Estudio Palomino Amaro, Huancayo – Perú, experto en temas penales.

2. Héctor Andrés Melgar Salazar es Abogado por la Universidad San Martín de Porres, con estudios de Maestría en Ciencias Penales por la Universidad Peruana los Andes. Fue Gerente General de la Empresa de Servicios Turísticos MACOTOURS, Gerente Propietario del Estudio de Abogados Héctor Melgar, y Procurador de Asuntos Legales, Recuperaciones de la Mutual de Vivienda del Centro en Liquidación – Huancayo y Regidor de la Municipalidad Provincial de Huancayo. Se desempeñó como Asesor Legal

Externo de la Municipalidad Provincial de Concepción, Municipalidad Distrital de Heroínas Toledo, Dirección Regional de Educación de Junín, Municipalidad de Distrital de Santo Domingo de Acobamba, Municipalidad de Distrital de San Pedro de Chumán. Actualmente se desempeña como Gerente Municipal en la Municipalidad Provincial de Concepción, especialista en Delitos de Corrupción de Funcionarios, asimismo, es docente universitario en la Universidad Continental.

3. Jhon Magno Callupe, Abogado por la Universidad Peruana Los Andes, con estudios en Maestría de Derecho Penal por la Universidad Peruana Los Andes, cuenta con una larga experiencia como Fiscal, asimismo, se ha desempeñado como Juez Penal, en la actualidad es un abogado litigante experto en temas penales.

3.5. Técnicas e instrumentos de producción de información

En la tesis desarrollada utilizaremos las técnicas de investigación de la observación, la entrevista y la encuesta.

Como instrumentos de producción de información recurriremos a la lista de cotejo, quion de entrevista y cuestionario.

- **La observación**, según Hernández, Fernández y Baptista (2010) señalan que la “observación cualitativa no es mera contemplación (“sentarse a ver el mundo y tomar notas”); implica adentrarnos en profundidad a situaciones sociales y mantener un papel activo, así como una reflexión permanente. Estar atento a los detalles, sucesos, eventos e interacciones” (p.411); frente a esta técnica de investigación recurrimos a aplicar el instrumento denominado lista de cotejo de análisis de caso al proceso penal desarrollado en el Expediente 449-2015-47 en la Corte Superior de Justicia de Junín en el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo.

- **La entrevista**, recurriendo a lo señalado por Hernández, Fernández y Baptista (2010): “la definen como una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados)” (p.418); ejecutamos para esta técnica de investigación, el guion de entrevista a expertos en derecho

- **La encuesta**, según Rodríguez, Gil y García (1999) señala que “la encuesta es una técnica de recolección de datos puede prestar un importante servicio en la investigación cualitativa. Pero para ello es necesario que en su elaboración y administración se respeten algunas exigencias fundamentales” (p.188), para esta técnica se utilizó el instrumento cuestionario al investigador.

3.6. Credibilidad

En la presente investigación se utiliza la triangulación como método de recolección y organización de los datos, esta triangulación se debe realizar con todas las fuentes de información para determinar las conclusiones, al respecto Hernández, Fernández y Baptista (2010) señala, “En la indagación cualitativa poseemos una mayor riqueza, amplitud y profundidad en los datos, si éstos provienen de diferentes actores del proceso, de distintas fuentes y al utilizar una mayor variedad de formas de recolección de los datos” (p.439). Para ello se utiliza la triangulación de tipo múltiple, ya que se adecua mejor al proceso investigativo de la presente investigación, por considerar.

Capítulo IV

Recopilación y Análisis de Información

4.1. Transcripción de los datos

4.1.1. Resultados de caso

Tabla 3: Recopilación y análisis de información de caso “Expediente 449-2015-47 en la Corte Superior de Justicia de Junín en el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo”

Categoría de Análisis	Caracterización	Código	Resultado
------------------------------	------------------------	---------------	------------------

<p style="text-align: center;">1. EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO</p>	<p>1. En el caso la regulación del delito de negociación incompatible tiene algún efecto positivo.</p>	<p style="text-align: center;">AC1.1.</p>	<p>No, en este primer ítem a fin de ensayar una respuesta de lo evidenciado del expediente, desarrollaremos uno a uno los efectos que consideramos generan la regulación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; para empezar consideramos, como se evidencia en el caso que es una mala práctica imputar el delito de colusión ilegal y negociación incompatible, por ser delitos diferentes, tanto, en elementos normativos y descriptivos, que no deberían confundirse, a razón de ello, evaluamos las similitudes entre ellos, teniendo como coincidencias, que los supuestos de hecho de ambos tipos penales se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, teniendo a partir de ello, diferencias marcadas, para empezar, debemos señalar que la denominación del tipo penal genera confusión al denominarse “negociación incompatible”, el termino negociación según la Real Academia de la Lengua Española, determina que significa: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, como, no compatible con alguien o algo, precisando, el tipo penal en estudio no exige algún pacto para su consumación, por ello, consideramos que de alguna forma la denominación realizada genera confusión a los operadores jurídicos, por ello, consideramos que un efecto negativo de la regulación de este tipo penal es la denominación errada asignada, por ello, al haber sido denominado en el Código Penal como; “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, consideramos que para no generar confusión se deba extraer los términos negociación incompatible y solo debería denominarse como aprovechamiento indebido del cargo.</p> <p>El segundo aspecto a analizar es el uso que se le otorga a este tipo penal, como sabemos este es utilizado por algunas de sus características, como un tipo subsidiario con respecto a los tipos penales de colusión, cohecho y patrocinio ilegal, sin embargo, estos tipos penales son totalmente distintos al analizado en el caso, a razón de ello, de forma teórica, consideramos que este tipo penal, al no exigir un elevado estándar probatorio de los elementos para su consumación, es un tipo penal, con mayor posibilidad de determinarse y así luchar contra la criminalidad, sin embargo, en la realidad, lo que observamos como en el caso en concreto, vemos que la defensa técnica, procura que los hechos cometidos encajen en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal, en comparación con el tipo en análisis, tiene un castigo más agravado (la pena), por tanto, en favor de que sus patrocinado se vean beneficiados, procuran que la decisión que se determine del proceso sea la condena por negociación incompatible, sin embargo, de lo analizado en el expediente, vemos que el juzgados de primera instancia, contaba con todos los elementos para poder concluir que nos encontrábamos frente al tipo penal de colusión, por tanto, consideramos que las</p>
---	--	---	---

		<p>defensas técnicas al usar como instrumento a la negociación incompatible para obtener una condena es un efecto negativo de su regulación.</p> <p>Con respecto a las consideraciones desde el punto de vista fiscal y de la defensa técnica, indicamos, desde un punto de vista de abogado defensor, que consideramos que el imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación y/o imputación por colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación alternativa, y sobre todo de un tipo penal que a simple vista es general, porque solo se debe probar un interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que se excede la persecución criminal, por ello deberíamos considerarlo como un efecto negativo.</p> <p>Desde el punto de vista de la fiscalía, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible es una herramienta que beneficia las investigaciones en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios, al poder ser utilizado como imputación alternativa, por ello, si no se logra acreditar que hubo comisión del delito de colusión, hay una alternativa de continuar con la persecución criminal al haberse imputado el tipo de negociación incompatible,</p> <p>Así también, haciendo un análisis del porqué, de la confusión generada por los operadores jurídicos, con asemejar el delito de negociación incompatible con el de colusión, realizando un estudio exhaustivo, citando el tipo penal:</p> <p>“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”., consideramos que el supuesto de hecho donde señalan que el interés del funcionario a favor de tercero es un supuesto que no debería considerarse en el tipo penal, porque al favorecer a un tercero, podría presumirse que entre el funcionario y este ya habría un acuerdo, para otorgar beneficios, ya que, es poco probable, que algún funcionario, pueda favorecer a alguien, si no se obtiene un beneficio, es decir, debe desarrollarse un pacto para tal beneficio, consideramos realizar esa modificación, a fin de no generar confusión al momento de utilizar este tipo penal, asimismo, para que hechos que puedan</p>
--	--	---

		<p>ser actos colusorios, puedan encajar en el tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo.</p> <p>Asimismo, en el caso, se puede percibir que otros efecto negativo hallado es el total desconocimiento por el juzgado de primera instancia de aspectos referidos como autoría y participación, asimismo, al desarrollar si es un delito de peligro o de lesión, el juzgado tiene una argumentación simple, considerando que estos conocimientos, con los que deben contar deberían ser especializado, en el caso en concreto también consideramos ello, como un efecto negativo.</p>
2. En el caso la tipificación del delito de negociación incompatible facilitó la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos	AC1.2.	<p>Si, el señor fiscal Carlos Rodrigo Mera Palomino, a través del Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Junín, formuló acusación contra los imputados, realizando una tipificación alternativa de los hechos investigados, siendo la tipificación principal de del tipo penal de colusión y la alternativa la de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, consideramos, que se planteó ello como estrategia, teniendo como finalidad, de ser el caso, no se encontraran medios probatorios para cumplir con la imputación principal, utilizarían la negociación incompatible, como medio para continuar la persecución penal, pero ya por un tipo de menor gravedad, con respecto a la pena.</p>
3. En el caso para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio	AC1.3.	<p>Si, en este ítem queremos explicar que, es reprochable la posición que tomo el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo, al determinar en la Sentencia N° 0087-2016-JUPS/CSJJU-PJ, en el folio 465 párrafo segundo:” Sin embargo en juicio no se ha acreditado el pacto colusorio, en primera instancia porque la idea de compra viene de una acta de compromiso suscrito por las autoridades de la Comuna de Llaylla (lo cual no lo hace ilegal), y segundo porque no hubo proceso de selección que posibilitaría la colusión con uno de los postores”, razonamiento evidentemente errado, porque en el desarrollo del proceso, se acredito que si existió indicios suficientes para concluir que se desarrolló un pacto colusorio, situación que si es corregida, por la segunda instancia, retomando, la respuesta, al ítem planteado, el nivel de estándar probatorio exigido por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es menor con respecto al delito de colusión que se imputo de forma alternativa en el caso de análisis, para el primero se requiere acreditar el interés propio o en favor de tercero, para acreditar el cumplimiento de este elemento normativo de tipo.</p>

	<p>4. En el caso la defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos para no agravar la condena del imputado</p>	<p>AC1.4.</p>	<p>Si, en el caso analizado, se puede apreciar, en el folio 457 del Expediente, específicamente en la Sentencia, se menciona que en los alegatos de clausura de los imputados la estrategia es que solo se juzgue a sus patrocinados, por ejemplo, citamos; considerando 3.2. “ Los alegatos de clausura del abogado de Simeón Hurtado y Willian Vilcahuaman”: Refiere que sus defendidos no han cometido el delito de colusión, sin embargo, su conducta puede subsumirse en el tipo de negociación incompatible previsto en el artículo 389 del Código Penal, pues en su actuar ha existido un conflicto e intereses que de igual forma lo señala el Jurado Nacional de Elecciones calificando la conducta de sus patrocinados en esta figura delictiva. Asimismo, precisa que la señorita fiscal no ha acreditado la concertación de sus defendidos para defraudar al Estado.</p> <p>Asimismo, en su considerado 3.3. “Los Alegatos de clausura del abogado de Fulgencio Avellaneda y Artemio Pando”: Refiere, (...) Si bien es cierto habría cometido actos irregulares de tipo administrativos e su celebración estos no se condicen con el tipo de colusión, sino, puede ser el del delito de negociación incompatible, por lo cual se absuelva a sus patrocinados por el delito de colusión y en todo caso se les condene por el delito de negociación incompatible. Retomando la respuesta al ítem, por estos extractos señalados, evidentemente la estrategia de la defensa técnica fue la de utilizar al delito de negociación incompatible como medio para generar impunidad, con respecto a los delitos cometidos.</p>
	<p>5. En el caso la tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción</p>	<p>AC1.5.</p>	<p>No, remitiéndonos al caso lo que hallamos, es que si bien es cierto la política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocinio ilegal o tráfico de influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia de defensa para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país.</p>

	<p>6. En el caso se encuentra delimitado los conceptos de autoría y participación en el delito de negociación incompatible</p>	<p>AC1.6.</p>	<p>No, para precisar en el caso en concreto al existir imputaciones alternativas, la primera (colusión), al ser un delito de encuentro, exige la participación del extraneus, con quien realizara el pacto colusorio, y, para el segundo (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) solo es punible el acto del intraneus que pone en primer lugar el interés privado o de tercero, dejando de la lado el interés estatal, para favorecer, como se está explicando, propiamente o a favor de tercero, entonces, para considerar cómplices a los extraneus en el caso, ellos deberían haber participado directamente en los hechos que se realizaron, para que el funcionario público se interese, sin embargo, en el caso en concreto, esto fue totalmente distinto, ya que en hechos se ha acreditado, que ellos fueron una contraparte que se benefició por la venta sobrevalorada de sus terrenos y sin estar sujeto al procedimiento de una contratación pública, sin tener participación en la gestación del interés del funcionario, por tanto, a fin de concluir con la respuesta, es claro que, el resolver del juzgado de primera instancia denota desconocimiento total de que en el delito de negociación incompatible, es un delito donde no se exige la participación de un tercero, ello se vio evidenciado en las sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal de Apelaciones Liquidadora de Satipo a través de la Resolución N° 35, donde en su considerando 2.3. “Ahora corresponde delimitar el delito de colusión desleal del delito de negociación incompatible en su párrafo cuarto desarrolla: “En su fundamento trigésimo (de la Casación N° 641-2015-Ayacucho) describe el verbo rector del delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo y describe la participación del extraneus de delito de colusión: “(...) 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 si lo es la Colusión”, frente a ello, concluimos que la resolución de primera instancia obvio, información de primer nivel que habría ayudado a esclarecer las imputaciones realizadas.</p>
--	--	---------------	---

	<p>7. En el caso que se encuentra delimitado el concepto del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto</p>	<p>AC1.7.</p>	<p>No, en la página 461 del Expediente, en el párrafo tercero, subtulado; “<u>Con respecto al delito de negociación incompatible</u>, desarrolla: “Este delito es un delito de resultado, esto es a diferencia del delito de colusión que es un delito de peligro (colusión simple-único párrafo-, esto se consuma con el acuerdo ilícito o concertación, no siendo necesario el perjuicio real al patrimonio del Estado. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, que establece “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, texto según Ley 28355”. De ello, podemos concluir que en el caso analizado, no se presta especial atención a este aspecto, que es importante para el entendimiento de la consumación del tipo penal, por tanto, de lo citado en el marco teórico de la Casación N° 231-2017 – Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en su argumento Trigésimo séptimo, debemos agregar lo desarrollado por este Tribunal, con respecto a la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible en su considerando 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. Por tanto se concluye que el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto.</p>
--	---	---------------	---

<p>2. EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO</p>	<p>1. En el caso la regulación del delito de negociación incompatible tendría algún efecto negativo</p>	<p>AC.2.1.</p>	<p>Si, en este primer ítem a fin de ensayar una respuesta de lo evidenciado del expediente, desarrollaremos uno a uno los efectos que consideramos generan la regulación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; para empezar consideramos, como se evidencia en el caso que es una mala práctica imputar el delito de colusión ilegal y negociación incompatible, por ser delitos diferentes, tanto, en elementos normativos y descriptivos, que no deberían confundirse, a razón de ello, evaluamos las similitudes entre ellos, teniendo como coincidencias, que los supuestos de hecho de ambos tipos penales se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, teniendo a partir de ello, diferencias marcadas, para empezar, debemos señalar que la denominación del tipo penal genera confusión al denominarse “negociación incompatible”, el termino negociación según la Real Academia de la Lengua Española, determina que significa: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, como, No compatible con alguien o algo, precisando, el tipo penal en estudio no exige algún pacto para su consumación, por ello, consideramos que de alguna forma la denominación realizada genera confusión a los operadores jurídicos, por ello, consideramos que un efecto negativo de la regulación de este tipo penal es la denominación errada asignada, por ello, al haber sido denominado en el Código Penal como; “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, consideramos que para no generar confusión se deba extraer los términos negociación incompatible y solo debería denominarse como aprovechamiento indebido del cargo.</p> <p>El segundo aspecto a analizar es el uso que se le otorga a este tipo penal, como sabemos este es utilizado por algunas de sus características, como un tipo subsidiario con respecto a los tipos penales de colusión, cohecho y patrocinio ilegal, sin embargo, estos tipos penales son totalmente distintos al analizado en el caso, a razón de ello, de forma teórica, consideramos que este tipo penal, al no exigir un elevado estándar probatorio de los elementos para su consumación, es un tipo penal, con mayor posibilidad de determinarse y así luchar contra la criminalidad, sin embargo, en la realidad, lo que observamos como en el caso en concreto, vemos que la defensa técnica, procura que los hechos cometidos encajen en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal, en comparación , con el tipo en análisis, tiene un castigo más agravado (la pena), por tanto, en favor de que sus patrocinado se vean beneficiados, procuran que la decisión que se determine del proceso sea la condena por negociación incompatible, sin embargo, de lo analizado en el expediente, vemos que el juzgados de primera instancia, contaba con todos los elementos para poder concluir que nos encontrábamos frente al tipo penal de colusión, por tanto, consideramos que las</p>
---	---	----------------	---

			<p>defensas técnicas al usar como instrumento a la negociación incompatible para obtener una condena es un efecto negativo de su regulación.</p> <p>Con respecto a las consideraciones desde el punto de vista fiscal y de la defensa técnica, indicamos, desde un punto de vista de abogado defensor, que consideramos que el imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación y/o imputación por colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación alternativa, y sobre todo de un tipo penal que a simple vista es general, porque solo se debe probar un interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que se excede la persecución criminal, por ello deberíamos considerarlo como un efecto negativo.</p> <p>Desde el punto de vista de la fiscalía, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible es una herramienta que beneficia las investigaciones en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios, al poder ser utilizado como imputación alternativa, por ello, si no se logra acreditar que hubo comisión del delito de colusión, hay una alternativa de continuar con la persecución criminal al haberse imputado el tipo de negociación incompatible,</p> <p>Asimismo, en el caso, se puede percibir que otros efecto negativo hallado es el total desconocimiento por el juzgado de primera instancia de aspectos referidos como autoría y participación, asimismo, al desarrollar si es un delito de peligro o de lesión, el juzgado tiene una argumentación simple, considerando que estos conocimientos, con los que deben contar deberían ser especializado, en el caso en concreto también consideramos ello, como un efecto negativo.</p>
	<p>2. En el caso el Ministerio Público se excedió en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado</p>	<p>AC2.2.</p>	<p>Si, en el caso analizado, se aprecia que el delito de negociación incompatible al imputarse de forma alternativa, el Ministerio Publico se excedió al ejercer su rol de persecutor de la criminalidad, como ya hemos explicado, en el sentido de que, ambos tipos penales pueden ser considerados como general (negociación incompatible) y específico (colusión ilegal), si bien es cierto para la comisión del delito de colusión ilegal e estándar probatorio es más exigente, en el tipo penal de negociación solo implica acreditar que el funcionario se interesó en un interés particular, por ello consideramos, que debido a las diferencias que existen entre los elementos descriptivos y normativos no deberían ser imputados de forma alternativa.</p>

	<p>3. En el caso el Poder Judicial no pudo determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar.</p>	<p>AC2.3.</p>	<p>Si, en el caso hemos podido hallar que el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo, al determino en la Sentencia N° 0087-2016-JUPS/CSJJU-PJ, en el folio 465 párrafo segundo:” Sin embargo en juicio no se ha acreditado el pacto colusorio, en primera instancia porque la idea de compra viene de una acta de compromiso suscrito por las autoridades de la Comuna de Llaylla (lo cual no lo hace ilegal), y segundo porque no hubo proceso de selección que posibilitaría la colusión con uno de los postores”, por tanto, se ha utilizado al delito de negociación incompatible, como una salida, al no poder probar el pacto colusorio, desarrollo sus argumentos con la finalidad de acreditar que los funcionarios públicos en el caso (Alcalde y Gerente) se habrían interesado en favor a tercero, argumentación que resulta reprochable porque en la segunda instancia se determinó que si se cometió el delito de negociación incompatible.</p>
	<p>4. En el caso la defensa técnica se aprovechó de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos</p>	<p>AC2.4.</p>	<p>Si, en el caso analizado, se puede apreciar, en el folio 457 del Expediente, específicamente en la Sentencia, se menciona que en los alegatos de clausura de los imputados la estrategia es que solo se juzgue a sus patrocinados, por ejemplo, citamos; considerando 3.2.“ Los alegatos de clausura del abogado de Simeón Hurtado y Willian Vilcahuaman”: Refiere que sus defendidos no han cometido el delito de colusión, sin embargo, su conducta puede subsumirse en el tipo de negociación incompatible previsto en el artículo 389 del Código Penal, pues en su actuar ha existido un conflicto e intereses que de igual forma lo señala el Jurado Nacional de Elecciones calificando la conducta de sus patrocinados en esta figura delictiva. Asimismo, precisa que la señorita fiscal no ha acreditado la concertación de sus defendidos para defraudar al Estado.</p> <p>Asimismo, en su considerado 3.3.”Los Alegatos de clausura del abogado de Fulgencio Avellaneda y Artemio Pando”: Refiere, (...) Si bien es cierto habría cometido actos irregulares de tipo administrativos e su celebración estos no se condicen con el tipo de colusión, sino, puede ser el del delito de negociación incompatible, por lo cual se absuelva a sus patrocinados por el delito de colusión y en todo caso se les condene por el delito de negociación incompatible. Retomando la respuesta al ítem, por estos extractos señalados, evidentemente la estrategia de la defensa técnica fue la de utilizar al delito de negociación incompatible como medio para generar impunidad, con respecto a los delitos cometidos.</p>

	<p>5. En el caso no se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible.</p>	<p>AC2.5.</p>	<p>Si, para precisar en el caso en concreto al existir imputaciones alternativas, la primera (colusión), al ser un delito de encuentro, exige la participación del extraneus, con quien realizara el pacto colusorio, y, para el segundo (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) solo es punible el acto del intraneus que pone en primer lugar el interés privado o de tercero, dejando de la lado el interés estatal, para favorecer, como se está explicando, propiamente o a favor de tercero, entonces, para considerar cómplices a los extraneus en el caso, ellos deberían haber participado directamente en los hechos que se realizaron, para que el funcionario público se interese, sin embargo, en el caso en concreto, esto fue totalmente distinto, ya que en hechos se ha acreditado, que ellos fueron una contraparte que se benefició por la venta sobrevalorada de sus terrenos y sin estar sujeto al procedimiento de una contratación pública, sin tener participación en la gestación del interés del funcionario, por tanto, a fin de concluir con la respuesta, es claro que, el resolver del juzgado de primera instancia denota desconocimiento total de que en el delito de negociación incompatible, es un delito donde no se exige la participación de un tercero, ello se vio evidenciado en las sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal de Apelaciones Liquidadora de Satipo a través de la Resolución N° 35, donde en su considerando 2.3. “Ahora corresponde delimitar el delito de colusión desleal del delito de negociación incompatible en su párrafo cuarto desarrolla: “En su fundamento trigésimo (de la Casación N° 641-2015-Ayacucho) describe el verbo rector del delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo y describe la participación del extraneus de delito de colusión: “(...) 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 si lo es la Colusión”, frente a ello, concluimos que la resolución de primera instancia obvio, información de primer nivel que habría ayudado a esclarecer las imputaciones realizadas.</p>
--	---	---------------	---

	<p>6. En el caso no se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto.</p>	<p>AC2.6.</p>	<p>No, en la página 461 del Expediente, en el párrafo tercero, subtítulo; “<u>Con respecto al delito de negociación incompatible</u>, desarrolla: “Este delito es un delito de resultado, esto es a diferencia del delito de colusión que es un delito de peligro (colusión simple-único párrafo-, esto se consuma con el acuerdo ilícito o concertación, no siendo necesario el perjuicio real al patrimonio del Estado. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, que establece “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, texto según Ley 28355”. De ello, podemos concluir que en el caso analizado, no se presta especial atención a este aspecto, que es importante para el entendimiento de la consumación del tipo penal, por tanto, de lo citado en el marco teórico de la Casación N° 231-2017 – Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en su argumento Trigésimo séptimo, debemos agregar lo desarrollado por este Tribunal, con respecto a la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible en su considerando 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. Por tanto se concluye que el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto.</p>
--	---	---------------	---

Fuente: Lista de cotejo de datos, elaborado por el investigador

4.1.2. Resultado de investigador Diego Fernando Huaynate Orihuela

Tabla N° 4 Cuestionario Diego Fernando Huaynate Orihuela

Categoría de Análisis	Caracterización	Código	Resultado
-----------------------	-----------------	--------	-----------

<p>1. EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO</p>	<p>1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto positivo.</p>	<p>CIDFHO1.1.</p>	<p>No, para ensayar una respuesta adecuada sobre este punto desarrollare cada idea de forma individual para luego sustentar el porqué de la respuesta No.</p> <p>En primer lugar, según el contexto de la investigación, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo viene siendo utilizado de forma errónea por los operadores jurídicos, ello debido a la confusión que genera la denominación otorgada por el Código Penal, en su artículo 399 como Negociación Incompatible, siendo que con un simple criterio el termino negociación, exige que debería haber un acuerdo de voluntades, e incompatible, como algo que no es compatible, que no concuerda, es decir, distorsiona lo regulado en el mismo articulo, siendo lo correcto, la denominación de aprovechamiento indebido del cargo, claro está, que esto viene ocurriendo por la falta de preparación de los operadores jurídicos. Con respecto a este tema, concluimos que tiene un efecto negativo.</p> <p>Continuando la exposición del porque la regulación del tipo penal tiene efectos negativos, indicaremos que el uso que se le viene otorgando por parte de la defensa técnica, es inadecuado, en el sentido que al estar dentro de un proceso penal, y se realizaron imputaciones alternativas, promueven que el Juez, se incline por la imputación de negociación incompatible, utilizándolo como estrategia, sin embargo, precisamos que esto se da, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, debido a que los tipos penales de colusión y negociación incompatible, son delitos que de forma general podemos decir solo coinciden que sus supuestos de hecho se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, incluso, el tipo penal de negociación es un tipo más general que incluye a las operaciones del Estado, asimismo desde un punto de vista personal, si se me imputaría ambos delitos, no procuraría que los hechos encajen en la negociación incompatible, ya que ambos tipos penales podrían desvirtuarse al ser tipos penales distintos. Con respecto a ello, debemos concluir, que el tipo penal en cuestión genera confusión, sin embargo, debemos atribuirle la responsabilidad de que vengan siendo mal utilizados por el desconocimiento de los abogados que se dedican a la defensa técnica. Por ello, debemos concluir que los efectos son negativos.</p> <p>El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Publico le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que el ministerio público le otorga un rol subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presuma la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que esta práctica, ha generado una</p>
---	---	-------------------	--

		<p>confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto concurso aparente de leyes, sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no definir que conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión, por tanto es un efecto negativo.</p> <p>Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento sería para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero sería ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es decir ¿no habría antes un acuerdo para beneficiar al tercero?, explicamos ello que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, generando confusión a los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por colusión, puedan ser admitidos a través de este tipo penal, considerando este efecto también negativo y proponiendo que debería ser extraído del tipo penal,</p> <p>Existen dos temas más que debo señalar, el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente participes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte de ministerio público o al emitir una sentencia en este caso por el poder judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad.</p>
--	--	--

	<p>2. La tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos</p>	<p>CIDFHO1.2.</p>	<p>Sí, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible facilita la labor del ministerio público, en el sentido de que a partir de las Casaciones emitidas por la Corte Suprema, este puede ser utilizado de forma subsidiaria, con los tipos penales de colusión, cohecho, tráfico de influencias, etc.</p> <p>Consideramos que facilita la labor de la fiscalía en el sentido que para el cumplimiento del supuesto de hecho, contenido en el tipo penal de negociación incompatible, basta acreditar la actuación unilateral del funcionario público, a diferencia de los otro tipos penales donde se exige que se acredite la interacción con los extraneus, aspecto que consideramos es más compleja de acreditar.</p>
	<p>3. Para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio.</p>	<p>CIDFHO1.3.</p>	<p>Si, para ensayar una respuesta debemos explicar que el tipo de negociación incompatible a fin de acreditar su comisión exige como manda el tipo penal se pruebe el interés indebido del funcionario para beneficiarse propiamente o a tercero, específicamente acreditar la actuación unilateral del intraneus, a diferencia de los delitos con los cuales aparentemente habría u concurso aparente de leyes como colusión, cohecho o tráfico de influencias donde necesariamente los medios probatorios deben apuntar a acreditar la interacción entre funcionario y extraneus, pruebas que por su naturaleza son muy complejas de obtener, sin embargo, debemos precisar que los tipos penales son totalmente diferentes.</p> <p>Por tanto, a manera de conclusión si el delito de negociación incompatible es imputado de forma alternativa conjuntamente con algunos de los tipos penales mencionadas, está claro, que se va a considerar la exigencia probatoria del tipo de negociación incompatible como un estándar menor en comparación de los tipos ya mencionados.</p>
	<p>4. La defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos para no agravar la condena del imputado</p>	<p>CIDFHO1.4.</p>	<p>Si, a lo largo de la investigación ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un medio para obtener una pena menor.</p> <p>En este ítem debo precisar que este defecto se viene dando debido al desconocimiento de los operadores jurídicos al tratar de asimilar que las conductas del tipo de negociación incompatible también puedan ser juzgadas por los delitos mencionados anteriormente, el primer error que se comete es por parte el ministerio público al imputar de forma alternativa estos tipos penales y el segundo vendría ser, que la defensa técnica al tener imputaciones alternativas por ejemplo de colusión y negociación incompatible, lo que debería procurar es lograr la absolución total de los tipos penales y no provocar que este tenga una triplicación distinta.</p>

	5. La tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción	CIDFHO1.5.	No, es que si bien es cierto la política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocinio ilegal o tráfico de influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia de defensa para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país.
	6. Se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible	CIDFHO1.6.	Si, a través de la Casación Casación N° 841 –2015- Ayacucho, la Corte Suprema ha determinado que los funcionarios públicos deben ser juzgados como autores del tipo penal en análisis y los extraneos como partícipes es decir cómplices o instigadores, sin embargo, en la práctica se viene confundiendo estos conceptos debido al desconocimiento de los operadores jurídicos.
	7. Se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto	CIDFHO1.7.	Si, la Casación N° 231-2017 – Puno determino que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es un delito de peligro concreto mas no de lesión, característica del tipo penal que debe ser manejado a la perfección por los operadores jurídicos a fin de aplicar de la mejor manera el tipo penal. En la práctica lo que se observa es desconocimiento por parte de los operadores jurídicos.

<p>2. EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO</p>	<p>1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto negativo.</p>	<p>CIDFHO2.1.</p>	<p>No, para ensayar una respuesta adecuada sobre este punto desarrollare cada idea de forma individual para luego sustentar el porqué de la respuesta No.</p> <p>En primer lugar, según el contexto de la investigación, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo viene siendo utilizado de forma errónea por los operadores jurídicos, ello debido a la confusión que genera la denominación otorgada por el Código Penal, en su artículo 399 como Negociación Incompatible, siendo que con un simple criterio el termino negociación, exige que debería haber un acuerdo de voluntades, e incompatible, como algo que no es compatible, que no concuerda, es decir, distorsiona lo regulado en el mismo articulo, siendo lo correcto, la denominación de aprovechamiento indebido del cargo, claro está, que esto viene ocurriendo por la falta de preparación de los operadores jurídicos. Con respecto a este tema, concluimos que tiene un efecto negativo.</p> <p>Continuando la exposición del porque la regulación del tipo penal tiene efectos negativos, indicaremos que el uso que se le viene otorgando por parte de la defensa técnica, es inadecuado, en el sentido que al estar dentro de un proceso penal, y se realizaron imputaciones alternativas, promueven que el Juez, se incline por la imputación de negociación incompatible, utilizándolo como estrategia, sin embargo, precisamos que esto se da, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, debido a que los tipos penales de colusión y negociación incompatible, son delitos que de forma general podemos decir solo coinciden que sus supuestos de hecho se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, incluso, el tipo penal de negociación es un tipo más general que incluye a las operaciones del Estado, asimismo desde un punto de vista personal, si se me imputaría ambos delitos, no procuraría que los hechos encajen en la negociación incompatible, ya que ambos tipos penales podrían desvirtuarse al ser tipos penales distintos. Con respecto a ello, debemos concluir, que el tipo penal en cuestión genera confusión, sin embargo, debemos atribuirle la responsabilidad de que vengan siendo mal utilizados por el desconocimiento de los abogados que se dedican a la defensa técnica. Por ello, debemos concluir que los efectos son negativos.</p> <p>El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Publico le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que el ministerio público le otorga un rol subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presuma la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que esta práctica, ha generado una</p>
---	---	-------------------	--

		<p>confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto concurso aparente de leyes, sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no definir que conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión, por tanto es un efecto negativo.</p> <p>Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento sería para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero sería ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es decir ¿no habría antes un acuerdo para beneficiar al tercero?, explicamos ello que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, generando confusión a los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por colusión, puedan ser admitidos a través de este tipo penal, considerando este efecto también negativo y proponiendo que debería ser extraído del tipo penal,</p> <p>Existen dos temas más que debo señalar, el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente participes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte de ministerio público o al emitir una sentencia en este caso por el poder judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad.</p>
--	--	--

	<p>2.El Ministerio Público se excede en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado</p>	<p>CIDFHO2.2.</p>	<p>Si, se excede, estos casos los hallamos en los supuestos donde el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es utilizado como imputación alternativa, trasgrediendo el derecho de defensa del imputado, por ejemplo, se imputa colusión agravada y negociación incompatible; como el tipo penal de colusión agravada exige la probanza del pacto colusorio y de por si es mucho más complejo acreditar tales hechos, entonces lo que sucede es archivar sobre esa imputación y continuar como delito de negociación incompatible, ello debido a que en este tipo penal solo basta con probar el interés indebido del funcionario y se encuentra consumado el tipo penal, cabe precisar que ambos delitos son totalmente distintos, sin embargo, al ser utilizado en esas circunstancias este se convierte en un medio de persecución penal.</p>
	<p>3. El Poder Judicial no puede determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar.</p>	<p>CIDFHO2.3.</p>	<p>No, en este ítem debemos señalar que este trata de recolectar información con respecto a la complejidad de probar el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido sobre ello debo señalar que en este tipo penal, no basta acreditar un incumplimiento normativo para acreditar el interés, sino, debemos evaluar si la actuación del funcionario público fue desde un punto de vista subjetivo, con intención de cometer el delito, como todos los tipos penales, es tarea del fiscal acreditar la comisión del tipo penal.</p>
	<p>4. La defensa técnica se aprovecha de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos</p>	<p>CIDFHO2.4.</p>	<p>Si, a lo largo de la investigación ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un medio para obtener una pena menor. En este ítem debo precisar que este defecto se viene dando debido al desconocimiento de los operadores jurídicos al tratar de asimilar que las conductas del tipo de negociación incompatible también puedan ser juzgadas por los delitos mencionados anteriormente, el primer error que se comete es por parte el ministerio público al imputar de forma alternativa estos tipos penales y el segundo vendría ser, que la defensa técnica al tener imputaciones alternativas por ejemplo de colusión y negociación incompatible, lo que debería procurar es lograr la absolución total de los tipos penales y no provocar que este tenga una triplicación distinta.</p>
	<p>5. No se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible.</p>	<p>CIDFHO2.5.</p>	<p>Si, a través de la Casación Casación N° 841 –2015- Ayacucho, la Corte Suprema ha determinado que los funcionarios públicos deben ser juzgados como autores del tipo penal en análisis y los extraneus como partícipes es decir cómplices o instigadores, sin embargo, en la práctica se viene confundiendo estos conceptos debido al desconocimiento de los operadores jurídicos.</p>

	<p>6. No se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto.</p>	<p>CIDFHO2.6.</p>	<p>Si, la Casación N° 231-2017 – Puno determino que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es un delito de peligro concreto mas no de lesión, característica del tipo penal que debe ser manejado a la perfección por los operadores jurídicos a fin de aplicar de la mejor manera el tipo penal. En la práctica lo que se observa es desconocimiento por parte de los operadores jurídicos.</p>
--	---	-------------------	--

Fuente: Cuestionario al investigador, elaborado por el investigador

4.1.3. Resultado de entrevistas a los expertos

Tabla N° 5 Resultado de entrevista al experto Raúl Marino Palomino Amaro

Categoría de Análisis	Caracterización	Código	Resultado
1. EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES	1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto positivo.	EERMPA1.1.	Bueno en principio considero que el tipo penal es adecuado en términos generales porque se tiene que acreditar el interesarse indebidamente en las operaciones o contratos que realizan en el contexto de la contratación estatal, sin embargo, es importante que cuando se utilice este tipo penal, pues se desarrolle dentro del marco de su razón, de su fundamento, de su existencia para que su aplicación sea lo más razonable posible. Hay que tener presente que los funcionarios y servidores públicos tienen una obligación de someterse estrictamente al marco de la legalidad como cualquier otro ciudadano, pero particularmente ellos, y entonces, al haber un interés indebido al escapar del marco de la legalidad tiene que ser reprimido por el Estado peor aún dentro de este tipo de actividad que son las contrataciones, de donde de por medio existen intereses patrimoniales que tienen que ser cuidadosamente controlados para que no se genera inconvenientes o se puedan incurrir en alteraciones o infracciones de la norma.
	2. La tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos	EERMPA 1.2.	Considero que es un tipo penal, que se ha dado de forma correcta y remitiéndonos a la pregunta anterior que este delito está destinado a penalizar los hechos donde el funcionario o servidor público, se interese de forma indebida en el marco de las contrataciones estatales y que este ha de ser un instrumento efectivo para tales situaciones fácticas.

	<p>3. Para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio.</p>	<p>EERMPA1.3.</p>	<p>Yo, considero que estamos frente a dos delitos que tienen un injusto diferente el delito de colusión en primer lugar como ya sabemos se tiene que probar el acuerdo colusorio entre el intraneus y el extraneus, tiene que probarse el acuerdo colusorio por otro lado de la forma agravada no solamente tenemos que probar el acuerdo si no también el perjuicio. Entonces ese marco tiene que ser probado de manera conveniente no?, como ya se dijo si no hay prueba directa tendrá que ser prueba indirecta o indiciaria y por otro lado también dependiendo de cómo asumamos o expliquemos el derecho penal, en todo caso como por ahí unos profesores lo sostienen habría que ver el tema del infracción normativa de manera contundente para no necesariamente tener que recurrir a la prueba indiciaria, por ejemplo el profesor Caro Jhon considera que los delitos de infracción del deber que es algo objetivo incluso la utilización de la prueba indiciaria. Ahora el estándar probatorio es menor en el caso del delito de negocio incompatible, me parece que estamos frente a un supuesto en donde lo que se va a sancionar es el interés indebido del funcionario o servidor público para favorecerse a sí mismo o a tercero, me parece que el estándar probatorio es diferente, encuentra necesariamente, menor que el delito de colusión es una conducta distinta al de colusión o sea interesarse en provecho propio o de tercero es una conducta distinta a la de colusión, entonces ese interés obviamente tiene que verse delimitado por hechos concretos que importen esa conducta, lo que se tiene que acreditar son esos hechos, el interés no es elemento subjetivo es un elemento objetivo qué tiene que advertirse fácticamente, entonces eso se asume como interés y que está representado en hechos, el fiscal pues bien lo tiene que probar.</p>
--	---	-------------------	---

	<p>4. La defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos para no agravar la condena del imputado</p>	<p>EERMPA 1.4.</p>	<p>Yo creo que no es solamente de la defensa, parece que es una práctica ahora bastante constante del Ministerio Público el asumir que el injusto de negociación incompatible en alguna medida es subsidiario al de colusión, entonces en razón especialmente de la penalidad es lamentable a veces también la defensa se conforma con esta tipificación sin advertir qué estamos hablando de injustos diferentes, existe alguna algún nivel de conexión, a lo que se refiere a la contratación estatal en donde ambos delitos se cometen, a veces se solicita una suerte de adecuación de tipicidad en esta norma que tiene una pena menor que la de negociación incompatible frente a la de colusión que es un poco más grave, me parece que no es adecuado, me parece que si se hace a razón de conveniencia, que si el Ministerio Público no puede probar el delito de colusión entonces se imputa la negociación incompatible, por el lado de la defensa no tendría por qué proponer una tipicidad menos grave como la de negociación incompatible eso es cuenta y riesgo del Ministerio Público si no puede probar y no tiene elementos entonces a la larga frente a su imposibilidad de prueba tendrá que resolverse el tema en ese extremo lo que devendría entonces pues una absolución por insuficiencia probatoria pero particularmente no considero una práctica adecuada qué la defensa esté solicitando una tipificación alternativa menor o una adecuación del tipo como en algún momento se ha llamado a este asunto para por ese lado buscar conformarse a una pena menor sacrificando la legalidad y los contenidos de la norma que son diferentes entiendo entre lo que corresponde a colusión y lo que corresponde a negociación incompatible.</p>
--	--	--------------------	--

	<p>5. La tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción</p>	<p>EERMPA 1.5.</p>	<p>Considero que si es una buena política pública, porque penaliza las acciones ilegales que se dan en las contrataciones estatales, sin embargo, existen supuestos de hecho que no son de mucha aplicación, me refiero al supuesto que se desdobra del tipo penal cuando se “favorece a tercero”, ese supuesto creo que no es de aplicación, porque, en los supuestos facticos, donde se acredita un favorecimiento a tercero, lo más probable es que exista un acuerdo y creo que este sería el supuesto que generaría confusión en los operadores inexpertos en delitos de corrupción de funcionarios, a razón de ello, imputarían de forma alternativa el delito de colusión, también hay que tener en cuenta que la denominación es algo inexacta porque el termino negociación da a entender que habría un pacto, por ello asumo que esos dos aspectos tendrían que ser reformulados, por los otros supuestos creo que no existe ningún inconveniente. Algo que quiero agregar es mayor estudio para los operadores jurídicos de los tipos penales a fin de no crear confusión al hacer imputaciones alternativas entre el delito de negociación incompatible y colusión, porque si está sucediendo esto en la práctica es por el desconocimiento que se tiene de estos tipos penales.</p>
--	---	--------------------	--

	<p>6. Se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible</p>	<p>EERMPA 1.6.</p>	<p>Yo pienso que no mi apreciación al respecto es la siguiente, creo que es un problema general no solamente de Jueces, Fiscales sino también de los abogados litigantes, no se trabaja y no se estudia responsablemente en la parte general la teoría del delito o sea en la formación del abogado incluido los Jueces Fiscales y abogados en general, la mayoría no suele estudiar la teoría del delito de manera responsable entonces eso a la larga genera pues prácticas inadecuadas en dónde la teoría del delito en este caso como por ejemplo en la teoría de la intervención o autoría y participación como lo llamamos son temas de teoría del delito que por supuesto tienen que ser asumidos dentro del contexto global que es la teoría del delito, que estos temas no se pueden estudiar aisladamente uno no puede estudiar autoría y olvidarse de que existe imputación objetiva y que existe imputación subjetiva existe un marco de antijuricidad o culpabilidad etcétera es todo un conjunto de cosas que tiene que el operador conocerlos haberlos trabajado ahí haber madurado en su comprensión y en su apreciación y en tomar además posición dogmática de lo que entiende por estas instituciones, porque como ya sabemos no hay una teoría del delito, diferentes autores y propuestas han pues expuesto diferentes posiciones frente a la teoría del delito todas muy importantes, muy relevantes pero, tienen que ser pues estudiadas tienen que ser comprendidas y tienen que ser aplicadas yo creo que el problema está en que la mayoría de los operadores de derecho, en general, no han estudiado menos van a conocer y peor va no van a poder aplicar lo que no conoce entonces en esa medida si hay excepciones, nuestra administración de justicia esta carente de esos expertos y me parece que en los casos de delitos de corrupción de funcionarios y en razón además incluso de la entrada en vigencia del código procesal penal en donde sea requerido de diferentes Fiscales y Jueces que puedan completar los espacios necesarios para la implementación de este Código, ahora todo el mundo trabaja derecho penal y derecho procesal porque ha habido una oportunidad de trabajo y han encontrado un espacio igual en la defensa no?, abogados que nunca se les conocía por lo menos aficionados del derecho penal ahora los vemos trabajando en temas penales y procesales penales entonces eso le resta un poco de contenido y calidad a la actividad en general de los operadores del derecho si hay excepciones es por eso que a veces solamente podemos contar algunos no?, pero la práctica está llena de personas tanto en la fiscalía y en los defensores técnicos que más por oportunidad y quizá por necesidad de empleos, se dedican a estos temas del derecho penal y la teoría del delito pues, no se aprende de la noche a la mañana es un proceso en el que todos estamos aprendiendo y obviamente no vamos a terminar de hacerlo.</p>
--	--	--------------------	---

	<p>7. Se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto</p>	<p>EERMPA 1.7.</p>	<p>Yo pienso que como te decía en la respuesta anterior el problema está que, la formación en teoría del delito es muy limitada en su mayoría el mismo hecho de tener una apreciación por ejemplo de definir el delito y clasificar el delito en delitos de lesión, delitos de peligro concreto, peligro abstracto, etcétera alude ya a una posición dogmática determinada, porque si nosotros nos remitimos a otras posiciones dogmáticas, no hay diferencia entre delito y delito, si el delito es de infracción de la norma no?, como el funcionalismo lo explica si el delito es una infracción a la norma no interesa lo que fácticamente o fenomenológicamente ocurra sí hubo resultado o no hubo resultado fáctico, material fenomenológico, entonces ese es el problema se suele tratar de motivar resoluciones, no sé disposiciones fiscales con argumentos de defensa, utilizando conceptos de teorías del delito, pero el problema es que en nuestro contexto la mayoría no suele utilizar un perfil dogmático determinado en todo momento si no, usa un poquito de finalismo, un poquito de Jacobs, más tarde se acuerda de nuestro medio mezcla un todo de un poco, eso no es así, a mí me parece precisamente deberías por lo menos generarte una tendencia dogmática, cada operador del derecho penal debería tener una posición dogmática independientemente que sea asumida por el resto, debería ser la base de su articulación de su entendido de sus ideas de sus argumentos sea Juez, Fiscal, Abogado entonces quizá en su precisión dogmática no tenga la necesidad de diferenciar entre los delitos de resultado o de peligro, quizá no porque si hablamos de infracción de la ley no le interesa, es suficiente pero debería de haber ese nivel de argumentación, algo que algún momento se me ha ocurrido a mí personalmente y en algún momento lo he planteado, aunque podría incomodar algún fiscal o juez es solicitar desde el inicio estamos trabajando un delito tal de pido a usted se ubique dogmáticamente y me diga, para efectos de mi defensa cuál es su lineamiento dogmático o sea usted va a pensar como finalista, va a pensar como Jacobs, o va a pensar como Roxin o va a pensar como quién para que yo pueda seguir ese pensamiento y el fiscal simplemente no me ha dicho nada, que ya en el transcurso lo veremos; si un resultado está viniendo favorablemente uno no se preocupa eso también y la práctica del resultado y la inmediatez del mismo es lo que nos hace no ser tan exigentes en ese tema en algún momento pero a veces si tenemos que ser exigentes tendríamos que pedirlo y los Jueces y Fiscales tendrían que tener una posición dogmática desde la comprensión del derecho penal de lo de la teoría del delito para nosotros podamos seguir esa ilación y requerir una respuesta adecuada a lo que él piensa sobre el delito.</p>
--	--	--------------------	--

<p>2. EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS</p>	<p>1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto negativo.</p>	<p>EERMPA 2.1.</p>	<p>Bueno en principio considero que el tipo penal es adecuado en términos generales porque se tiene que acreditar el interesarse indebidamente en las operaciones o contratos que realizan en el contexto de la contratación estatal, sin embargo, es importante que cuando se utilice este tipo penal, pues se desarrolle dentro del marco de su razón, de su fundamento, de su existencia para que su aplicación sea lo más razonable posible. Hay que tener presente que los funcionarios y servidores públicos tienen una obligación de someterse estrictamente al marco de la legalidad como cualquier otro ciudadano, pero particularmente ellos, y entonces, al haber un interés indebido al escapar del marco de la legalidad tiene que ser reprimido por el Estado peor aún dentro de este tipo de actividad que son las contrataciones, de donde de por medio existen intereses patrimoniales que tienen que ser cuidadosamente controlados para que no se genera inconvenientes o se puedan incurrir en alteraciones o infracciones de la norma.</p>
--	---	--------------------	---

	<p>2. El Ministerio Público se excede en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado</p>	<p>EERMPA 2.2.</p>	<p>Me parece que sí, cuando se asume que la negociación incompatible es un tipo subsidiario al de colusión y dependiente del mismo o sea, que partiría en menor intensidad el injusto de Colusión, me parece que son injustos diferentes tienen contenidos desde las bases fácticas que lo sustentan, contenidos de injusto diferentes, no es correcto asumir la negociación incompatible como posibilidad si la colusión no se puede probar y estas calificaciones alternativas las que haces mención ocurren muy frecuentemente en estos delitos contra la administración pública, seguramente con este delito lamentablemente no solamente estamos hablando de esta calificación alternativa si no estamos hablando incluso de que en juicio oral la desvinculación a la que tiene acceso el juez también otorga estas consecuencias, entonces, como el juez advierte que no va a poder probar la colusión entonces pues se desvincula a último momento y asumen bajo la misma lógica el Ministerio Público, lo que está ocurriendo es por falta de comprender con precisión el marco del injusto que pertenece a cada ilícito, entonces, sí se afectaría el derecho de defensa de los imputados, el derecho de defensa así como el Ministerio Público va construyendo su teoría del caso desde el momento que toma conocimiento de la noticia delictuosa y la va definiendo hasta el momento de realizar su acusación fiscal, en la etapa correspondiente la defensa también se va construyendo es todo un proceso en el que el abogado va pues teniendo presente primero el marco que el Fiscal le va a presentar y asumiendo que este marco es un marco que va a modificarse y puede perfeccionarse hacia cierto momento y qué tiene que ser un marco fáctico establecido entonces pero cuando se nos cambia la determinación alternativa de la tipicidad la desvinculación a último momento yo creo que sí afecta el derecho de defensa porque el derecho de defensa se ha expuesto a una contingencia irracional y entonces pues todo este proceso que se tuvo que construir la misma defensa simplemente no sirvió para nada porque en último momento hay que defenderse de lo que se viene proponiendo y hay una serie de contingencias, qué pasa cuando el fiscal o el juez quiere desvincularse por ejemplo al final del juicio oral porque no puede probarse o no va a poder probar la colusión pero si piensa que si va poder probar la negociación incompatible, pero qué pasa si el fiscal no acepta la desvinculación por lo que podría ocurrir que no la haga suya entonces vemos que ahí el fiscal insiste en su imputación y el juez plantea otra imputación vía desvinculación en la práctica la defensa se está enfrentando a dos imputaciones una la del juez que no tendría que hacerlo pero la legalidad le permite, asimismo se está enfrentando a la acusación fiscal entonces estas cuestiones están pasando, ese tema está ahí, está en cuestión, yo creo que se tiene que trabajar, este es un tema que se tiene que ver con el principio de contradicción no? y el proceso tiene que ver con la separación de roles y tareas, no solamente se tiene que observar el tema desde un punto de vista conveniente de política criminal por la necesidad de castigar la corrupción, pero se tiene que hacer dentro de un marco de racionalidad y de respeto a los derechos fundamentales y del debido proceso, etcétera, etcétera. Yo pienso que si bien la reforma es importante procesalmente hablando parece que todavía han quedado vigentes por la coyuntura política social de entorno el de la corrupción se</p>
--	--	--------------------	--

			suele sacrificar muy fácilmente algunos principios o algunos criterios Qué son inherentes a un modelo procesal acusatorio guía qué debería respetarse creo que con un poco más de intensidad.
	3. El Poder Judicial no puede determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar.	EERMPA 2.3.	Yo, considero que estamos frente a dos delitos que tienen un injusto diferente el delito de colusión en primer lugar como ya sabemos se tiene que probar el acuerdo colusorio entre el intraneus y el extraneus, tiene que probarse el acuerdo colusorio por otro lado de la forma agravada no solamente tenemos que probar el acuerdo si no también el perjuicio. Entonces ese marco tiene que ser probado de manera conveniente no?, como ya se dijo si no hay prueba directa tendrá que ser prueba indirecta o indiciaria y por otro lado también dependiendo de cómo asumamos o expliquemos el derecho penal, en todo caso como por ahí unos profesores lo sostienen habría que ver el tema de la infracción normativa de manera contundente para no necesariamente tener que recurrir a la prueba indiciaria, por ejemplo el profesor Caro Jhon considera que los delitos de infracción del deber que es algo objetivo incluso la utilización de la prueba indiciaria. Ahora el estándar probatorio es menor en el caso del delito de negocio incompatible, me parece que estamos frente a un supuesto en donde lo que se va a sancionar es el interés indebido del funcionario o servidor público para favorecerse a sí mismo o a tercero, me parece que el estándar probatorio es diferente, encuentra necesariamente, menor que el delito de colusión es una conducta distinta a la de colusión o sea interesarse en provecho propio o de tercero es una conducta distinta a la de colusión, entonces ese interés obviamente tiene que verse delimitado por hechos concretos que importen esa conducta, lo que se tiene que acreditar son esos hechos, el interés no es elemento subjetivo es un elemento objetivo qué tiene que advertirse fácticamente, entonces eso se asume como interés y que está representado en hechos, el fiscal pues bien lo tiene que probar.
	4. La defensa técnica se aprovecha de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos	EERMPA 2.4.	Como he venido explicando considero que si se realiza una imputación alternativa, donde la colusión sea la principal y la negociación incompatible la alternativa debe comprenderse que son tipos penales muy distintos y que la única coincidencia que se tiene es que se dan en las contrataciones estatales, yo supongo que el supuesto que contiene la pregunta debe ser que se pida en el control de acusación se impute el delito de negociación incompatible y no la colusión, yo creo que si se utiliza con esos fines si sería un aspecto negativo, pero esto solo es fruto del desconocimiento, que en gran medida es responsabilidad del Ministerio Público al imputar delitos que sus injustos son diferentes.

	<p>5. No se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible.</p>	<p>EERMPA 2.5.</p>	<p>Yo pienso que no mi apreciación al respecto es la siguiente, creo que es un problema general no solamente de Jueces, Fiscales sino también de los abogados litigantes, no se trabaja y no se estudia responsablemente en la parte general la teoría del delito o sea en la formación del abogado incluido los Jueces Fiscales y abogados en general, la mayoría no suele estudiar la teoría del delito de manera responsable entonces eso a la larga genera pues prácticas inadecuadas en dónde la teoría del delito en este caso como por ejemplo en la teoría de la intervención o autoría y participación como lo llamamos son temas de teoría del delito que por supuesto tienen que ser asumidos dentro del contexto global que es la teoría del delito, que estos temas no se pueden estudiar aisladamente uno no puede estudiar autoría y olvidarse de que existe imputación objetiva y que existe imputación subjetiva existe un marco de antijuricidad o culpabilidad etcétera es todo un conjunto de cosas que tiene que el operador conocerlos haberlos trabajado ahí haber madurado en su comprensión y en su apreciación y en tomar además posición dogmática de lo que entiende por estas instituciones, porque como ya sabemos no hay una teoría del delito, diferentes autores y propuestas han pues expuesto diferentes posiciones frente a la teoría del delito todas muy importantes, muy relevantes pero, tienen que ser pues estudiadas tienen que ser comprendidas y tienen que ser aplicadas yo creo que el problema está en que la mayoría de los operadores de derecho, en general, no han estudiado menos van a conocer y peor va no van a poder aplicar lo que no conoce entonces en esa medida si hay excepciones, nuestra administración de justicia esta carente de esos expertos y me parece que en los casos de delitos de corrupción de funcionarios y en razón además incluso de la entrada en vigencia del código procesal penal en donde sea requerido de diferentes Fiscales y Jueces que puedan completar los espacios necesarios para la implementación de este Código, ahora todo el mundo trabaja derecho penal y derecho procesal porque ha habido una oportunidad de trabajo y han encontrado un espacio igual en la defensa no?, abogados que nunca se les conocía por lo menos aficionados del derecho penal ahora los vemos trabajando en temas penales y procesales penales entonces eso le resta un poco de contenido y calidad a la actividad en general de los operadores del derecho si hay excepciones es por eso que a veces solamente podemos contar algunos no?, pero la práctica está llena de personas tanto en la fiscalía y en los defensores técnicos que más por oportunidad y quizá por necesidad de empleos, se dedican a estos temas del derecho penal y la teoría del delito pues, no se aprende de la noche a la mañana es un proceso en el que todos estamos aprendiendo y obviamente no vamos a terminar de hacerlo.</p>
--	--	--------------------	---

	<p>6. No se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto.</p>	<p>EERMPA 2.6.</p>	<p>Yo pienso que como te decía en la respuesta anterior el problema está que, la formación en teoría del delito es muy limitada en su mayoría el mismo hecho de tener una apreciación por ejemplo de definir el delito y clasificar el delito en delitos de lesión, delitos de peligro concreto, peligro abstracto, etcétera alude ya a una posición dogmática determinada, porque si nosotros nos remitimos a otras posiciones dogmáticas, no hay diferencia entre delito y delito, si el delito es de infracción de la norma no?, como el funcionalismo lo explica si el delito es una infracción a la norma no interesa lo que fácticamente o fenomenológicamente ocurra sí hubo resultado o no hubo resultado fáctico, material fenomenológico, entonces ese es el problema se suele tratar de motivar resoluciones, no sé disposiciones fiscales con argumentos de defensa, utilizando conceptos de teorías del delito, pero el problema es que en nuestro contexto la mayoría no suele utilizar un perfil dogmático determinado en todo momento si no, usa un poquito de finalismo, un poquito de Jacobs, más tarde se acuerda de nuestro medio mezcla un todo de un poco, eso no es así, a mí me parece precisamente deberías por lo menos generarte una tendencia dogmática, cada operador del derecho penal debería tener una posición dogmática independientemente que sea asumida por el resto, debería ser la base de su articulación de su entendido de sus ideas de sus argumentos sea Juez, Fiscal, Abogado entonces quizá en su precisión dogmática no tenga la necesidad de diferenciar entre los delitos de resultado o de peligro, quizá no porque si hablamos de infracción de la ley no le interesa, es suficiente pero debería de haber ese nivel de argumentación, algo que algún momento se me ha ocurrido a mí personalmente y en algún momento lo he planteado, aunque podría incomodar algún fiscal o juez es solicitar desde el inicio estamos trabajando un delito tal de pido a usted se ubique dogmáticamente y me diga, para efectos de mi defensa cuál es su lineamiento dogmático o sea usted va a pensar como finalista, va a pensar como Jacobso, va a pensar como Roxin o va a pensar como quién para que yo pueda seguir ese pensamiento y el fiscal simplemente no me ha dicho nada, que ya en el transcurso lo veremos; si un resultado está viniendo favorablemente uno no se preocupa eso también y la práctica del resultado y la inmediatez del mismo es lo que nos hace no ser tan exigentes en ese tema en algún momento pero a veces si tenemos que ser exigentes tendríamos que pedirlo y los Jueces y Fiscales tendrían que tener una posición dogmática desde la comprensión del derecho penal de lo de la teoría del delito para nosotros podamos seguir esa ilación y requerir una respuesta adecuada a lo que él piensa sobre el delito.</p>
--	--	--------------------	---

Fuente: Guion de entrevista, elaborado por el investigador.

Tabla N° 6 Resultado de entrevista al experto Héctor Andrés Melgar Salazar

Categoría de Análisis	Caracterización	Código	Resultado
<p style="text-align: center;">1. EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO</p>	<p>1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto positivo.</p>	<p>EEHAMS1.1.</p>	<p>Considero de que desde que el legislador ha establecido la existencia del delito de negociación incompatible como un delito que tiene que ver con el manejo de la cosa pública es decir de la correcta prestación de los servicios públicos dentro del esbozo que realizan los funcionarios y servidores públicos, considero que eso ha sido bien establecido en el Código Penal, por lo tanto, tiene un efecto positivo que va a permitir a que no se evada la justicia y sean sancionados aquellas personas que no cumplan con sus deberes funcionales, el encargo que le otorga el estado al designarlos como tales, serían los efectos positivos considero, primero evitar la impunidad, segundo es la existencia de una regulación precisa para la actividad humana que debe adecuarse a ese tipo penal.</p>
	<p>2. La tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos</p>	<p>EEHAMS1.2.</p>	<p>Considero que sí, porque el tipo penal ha sido establecido para castigar aquellas conductas que los funcionarios o servidores públicos puedan realizar en cumplimiento de sus funciones, especialmente en las contrataciones con el estado, este tipo se ha regulado para que el funcionario no pueda hacer primar los intereses privados o en favor de terceros y respetar la transparencia de las contrataciones públicas, debemos tener en cuenta que los funcionarios y servidores públicos tienen una relación de sujeción especial con la administración pública y su actuar debe contener la diligencia requerida.</p>
	<p>3. Para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio.</p>	<p>EEHAMS1.3.</p>	<p>Considero que el delito de negociación incompatible para ser acreditado tiene que verificarse a través de elementos de convicción el interés indebido, es decir, el interés que el mismo funcionario se vea beneficiado o beneficiar a un tercero en el ámbito de las contrataciones estatales, debo precisar que simplemente un defecto administrativo no puede demostrar la comisión del delito, porque ese aspecto sería el objetivo, sin embargo, los delitos de corrupción de funcionarios deben ser dolosos, por tanto para acreditar su comisión debe cumplirse con ello, sobre el tema de realizar imputaciones alternativas, con la colusión, cohecho y tráfico de influencias, según la Casación N° 841-2015-Ayacucho, creo que si vamos a comparar el estándar probatorio que se exige para estos tipos penales, la respuesta será muy simple, estos delitos son de encuentro por tanto debes acreditar la interacción del funcionario con el extraneus, supuesto factico que en la realidad es muy complejo de probar, reiterando, si vamos a compararlos la respuesta sería que la negociación incompatible tiene un estándar probatorio en menor intensidad, pero debo precisar que estos delitos son totalmente distintos al tipo de negociación incompatible.</p>

	<p>4. La defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos para no agravar la condena del imputado</p>	<p>EEHAMS1.4.</p>	<p>Entiendo que esta pregunta va dirigido en los supuestos que se realizaron imputaciones alternativas con los delitos mencionados en la Casación citada, debo señalar que a mi parecer esto es un error que se viene realizando por parte de Ministerio Público, esto, porque en mi opinión son delitos con bienes jurídicos protegidos totalmente distintos y por ello no deben ser imputados de forma subsidiaria, claro está, que si existe una imputación por un delito como los citados en la Casación y de forma alternativa la negociación incompatible, está claro, que la defensa técnica realizara todas as estrategias posibles para que solo quede como única imputación la negociación incompatible, porque en el delito en cuestión solo es necesario probar el interés del funcionario y remitiéndonos a la respuesta anterior, será una especie de plan reservado en caso no se pueda probar el delito más grave, viéndolo desde ese punto de vista, si los abogados de la defensa técnica podrían utilizarlo como estrategia, pero no solo por esa parte, sino también por parte de la fiscalía.</p>
	<p>5. La tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción</p>	<p>EEHAMS1.5.</p>	<p>Yo creo que sí, porque este delito está destinado a contrarrestar los actos ilegales que puedan cometer los funcionarios públicos de forma unilateral, pero, tengo algunas dudas, como por ejemplo el supuesto de beneficiar a tercero, creo que su comisión es poco probable, porque nadie hace favores a un tercero sin beneficiarse y creo que es por este tema que a veces se puede utilizar como concurso aparente de leyes con la colusión, cuando no se pueda probar el tipo penal de colusión, ese sería el primer punto, el segundo podríamos cuestionar la denominación del tipo penal, pero creo que eso sería con fines ilustrativos, porque un operador jurídico serio, no se va a dejar guiar por la denominación que le otorga el tipo penal a un delito, si no, lo estudia de forma profunda, pero ahí vemos el problema que siempre vemos no?, la calidad de abogados, jueces y fiscales, no cumplen con las expectativas, ese sería mis segundo punto y creo que no hay nada más que objetar.</p>
	<p>6. Se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible</p>	<p>EEHAMS1.6.</p>	<p>Tuve la oportunidad de leer una Casación emitida por la Corte Suprema donde ya queda establecido que el funcionario público será el único autor de este tipo penal y los terceros, extraneus, serán considerados como partícipes, entonces yo creo que ya se encuentra establecido, sin embargo, también debo decir, que los defectos que existen en las imputaciones ya no son por una mala regulación, sino por la falta de preparación de los operadores jurídicos, y como parte de esto debemos procurar mejorar esa imagen.</p>

	7.Se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto	EEHAMS1.7.	De igual manera, en la misma Casación se establece lo mismo, esto es importante para que el proceso penal en caso se impute negociación incompatible va a ayudar a conducir de mejor forma todos los actos pero también hay que señalar el mismo defecto, que la preparación a loes estudiantes debe ser con mayor intensidad para que cuando salgan al ejercicio puedan ser buenos operadores jurídicos.
2. EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO	1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto negativo.	EEHAMS2.1.	Considero que no, pero ya más o menos de lo que voy entendiendo si habría algunos efectos negativos como que se utiliza tanto por parte del Ministerio Publico, como también, por parte de los abogados, los primero porque están forzando a realizar investigaciones a base de imputaciones alternativas que no comparten el mismo injusto y los segundos para poder utilizarlos como estrategia de defensa, sin embargo, debo señalar que esto se debe a la mala preparación que existen en los operadores jurídicos, pero si yo estaría ante una situación como abogado de la defensa, ante una imputación alternativa como la mencionada, trataría de obtener una absolución total, porque son distintos tipos penales.
	2.El Ministerio Público se excede en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado	EEHAMS2.2.	Considero que sí, así como el Ministerio Publico plantea una estrategia y maneja una teoría del caso, la defensa técnica también lo hace y si por ejemplo estamos en una imputación alternativa y la defensa logra desacreditar todas las imputaciones, lo más razonable sería que se archive el caso y no se continúe con el proceso por negociación incompatible, por tanto, este delito está siendo utilizado de forma incorrecta.

	<p>3. El Poder Judicial no pudo determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar.</p>	<p>EEHAMS2.3.</p>	<p>Considero que el delito de negociación incompatible para ser acreditado tiene que verificarse a través de elementos de convicción el interés indebido, es decir, el interés que el mismo funcionario se vea beneficiado o beneficiar a un tercero en el ámbito de las contrataciones estatales, debo precisar que simplemente un defecto administrativo no puede demostrar la comisión del delito, porque ese aspecto sería el objetivo, sin embargo, los delitos de corrupción de funcionarios deben ser dolosos, por tanto para acreditar su comisión debe cumplirse con ello, sobre el tema de realizar imputaciones alternativas, con la colusión, cohecho y tráfico de influencias, según la Casación N° 841-2015-Ayacucho, creo que si vamos a comparar el estándar probatorio que se exige para estos tipos penales, la respuesta será muy simple, estos delitos son de encuentro por tanto debes acreditar la interacción del funcionario con el extraneus, supuesto factico que en la realidad es muy complejo de probar, reiterando, si vamos a compararlos la respuesta sería que la negociación incompatible tiene un estándar probatorio en menor intensidad, pero debo precisar que estos delitos son totalmente distintos al tipo de negociación incompatible.</p>
	<p>4. La defensa técnica se aprovecha de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos</p>	<p>EEHAMS2.4.</p>	<p>Entiendo que esta pregunta va dirigido en los supuestos que se realizaron imputaciones alternativas con los delitos mencionados en la Casación citada, debo señalar que a mi parecer esto es un error que se viene realizando por parte de Ministerio Publico, esto, porque en mi opinión son delitos con bienes jurídicos protegidos totalmente distintos y por ello no deben ser imputados de forma subsidiaria, claro está, que si existe una imputación por un delito como los citados en la Casación y de forma alternativa la negociación incompatible, está claro, que la defensa técnica realizara todas as estrategias posibles para que solo quede como única imputación la negociación incompatible, porque en el delito en cuestión solo es necesario probar el interés del funcionario y remitiéndonos a la respuesta anterior, será una especie de plan reservado en caso no se pueda probar el delito más grave, viéndolo desde ese punto de vista, si los abogados de la defensa técnica podrían utilizarlo como estrategia, pero no solo por esa parte, sino también por parte de la fiscalía.</p>

	5. No se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible.	EEHAMS2.5.	Tuve la oportunidad de leer una Casación emitida por la Corte Suprema donde ya queda establecido que el funcionario público será el único autor de este tipo penal y los terceros, extraneus, serán considerados como partícipes, entonces yo creo que ya se encuentra establecido, sin embargo, también debo decir, que los defectos que existen en las imputaciones ya no son por una mala regulación, sino por la falta de preparación de los operadores jurídicos, y como parte de esto debemos procurar mejorar esa imagen.
	6. No se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto.	EEHAMS2.6.	De igual manera, en la misma Casación se establece lo mismo, esto es importante para que el proceso penal en caso se impute negociación incompatible va a ayudar a conducir de mejor forma todos los actos pero también hay que señalar el mismo defecto, que la preparación a los estudiantes debe ser con mayor intensidad para que cuando salgan al ejercicio puedan ser buenos operadores jurídicos.

Fuente: Guion de entrevista, elaborado por el investigador.

Tabla N° 7 Resultado de entrevista al experto John Eric Magno Callupe

Categoría de Análisis	Caracterización	Código	Resultado
1. EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO	1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto positivo.	EEJEMC1.1.	Si, el delito de negociación incompatible que tiene como bien jurídico protegido, la imparcialidad, la transparencia con la que el funcionario o servidor público deben actuar frente a una contratación y operación pública, por tanto creo que es un acierto de la política criminal del Estado, que este tipificado como tipo penal, a fin de salvaguardar los intereses patrimoniales del Estado, como ya lo dije el efecto positivo que tendría esta tipificación sería la protección de los intereses estatales que deben primar, por encima al de los particulares.
	2. La tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos	EEJEMC1.2.	Sí, porque como ya lo dije los elementos descriptivos y normativos del tipo permiten adecuar que todos los supuestos facticos donde el funcionario o servidor público hayan realizado actos para favorecer intereses privados deben ser castigados, y la norma es clara, no te pone elementos normativos complejos para poder entenderlo, por eso, creo que es un buen instrumento para la lucha contra la corrupción.
	3. Para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio.	EEJEMC1.3.	Mi respuesta sería que el estándar probatorio requerido para este tipo penal en el que se requiere para poder acreditar lo que exige la norma, o sea, no puedo decir si es alto o bajo, pero con la precisión que me haces con respecto a las imputaciones alternativas, es claro, que los tipos mencionados en la Casación citada son mucho más complejas de probar, incluso ahí se utiliza la prueba indirecta o indiciaria no?, es decir, en comparación, con esos delitos siempre va a ser más factible probar la negociación incompatible, en mi experiencia como abogado defensor, si he visto casos donde se cae la imputación de colusión y se sigue por la negociación incompatible y eso ha? que son tipos totalmente distintos, con bienes jurídicos protegidos diferentes.
	4. La defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos para no agravar la condena del imputado	EEJEMC1.4.	Si, de hecho, mira yo te pregunto a ti te contratan como abogado defensor, tu cliente está desesperado por las imputaciones y te hacen una imputación alternativa, no procurarías que la imputación sea por negociación incompatible?, teniendo en cuenta que los abogados defensores crean su prestigio por casos ganados, entonces, yo creo que sí, si se utiliza como estrategia, pero claro está que no es algo reprochable solo al abogado defensor, porque el que abre la puerta a este tipo de situaciones, es el Ministerio Público, que también mal utiliza esto ya que son delitos totalmente distintos y que si realizas un estudio a profundidad te darás cuenta que lo único en común es que se realizan en las contrataciones estatales.

	5. La tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción	EEJEMC1.5.	Si, mira hace poco tuve asistí a un curso de especialización donde escuche algunas críticas a este tipo penal, como en su denominación, lo que asumí y ahora ya como opinión personal creo que la denominación debería ser solo como Aprovechamiento Indebido y no negociación incompatible, porque el termino negociación se puede entender como acuerdo de voluntades y este tipo penal no se trata de eso, creo que es lo que debo resaltar, a también quiero agregar que el supuesto donde el interés indebido sea para tercero, es algo confuso, porque?, te explico, porque lo que dice el tipo penal es que el beneficio del tercero lo realizara el funcionario público, pero, ojo, sin que el tercero sepa, es decir, una especie de favor entonces, creo que en la realidad nadie otorga favores si obtener nada a cambio y creo que es por esta razón que se confunde con la colusión.
	6. Se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible	EEJEMC1.6.	Si, existen libros, casaciones donde ya se ha desarrollado este tema, el único inconveniente es que los abogados, jueces y fiscales deben estudiarlo para que en sus imputaciones, resoluciones, argumentos de defensa sean sólidos y no se realicen abusos, como tampoco aprovechamientos por los operadores del derecho.
	7. Se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto	EEJEMC1.7.	Reitero lo dicho en la anterior respuesta.
2. EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE	1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto negativo.	EEJEMC2.1.	Para entenderte, lo que explicare es lo siguiente, la norma no está mal hecha y creo que tu tesis no busca decir que está bien o mal, sino, los efectos que devienen a partir de su utilización, a eso es lo que te refieres, claro si hay efectos negativos como la utilización que le da el Ministerio Público al hacer imputaciones alternativas y no solo ellos, el Juez vía desvinculación también he visto que deja de un lado la colusión y continua el proceso por negociación incompatible, supuestos donde la defensa queda desconcertada, porque los abogados cuando tenemos un caso realizamos toda una estrategia y al cambiar ello, nos afecta porque nuevamente tenemos que iniciar una nueva teoría del caso, esos son efectos negativos que son reprochables.
	2. El Ministerio Público se excede en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado	EEJEMC2.2.	Si, me remito a la pregunta anterior y agregó que los tipos penales de colusión, cohecho y tráfico de influencia son totalmente distintos al de negociación incompatible y no tendría por qué imputarse de forma alternativa.

	<p>3. El Poder Judicial no puede determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar.</p>	<p>EEJEMC2.3.</p>	<p>Mi respuesta sería que el estándar probatorio requerido para este tipo penal en el que se requiere para poder acreditar lo que exige la norma, o sea, no puedo decir si es alto o bajo, pero con la precisión que me haces con respecto a las imputaciones alternativas, es claro, que los tipos mencionados en la Casación citada son mucho más complejas de probar, incluso ahí se utiliza la prueba indirecta o indiciaria no?, es decir, en comparación, con esos delitos siempre va a ser más factible probar la negociación incompatible, en mi experiencia como abogado defensor, si he visto casos donde se cae la imputación de colusión y se sigue por la negociación incompatible y eso ha? que son tipos totalmente distintos, con bienes jurídicos protegidos diferentes.</p>
	<p>4. La defensa técnica se aprovecha de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos</p>	<p>EEJEMC2.4.</p>	<p>Si, de hecho, mira yo te pregunto a ti te contratan como abogado defensor, tu cliente está desesperado por las imputaciones y te hacen una imputación alternativa, no procurarías que la imputación sea por negociación incompatible?, teniendo en cuenta que los abogados defensores crean su prestigio por casos ganados, entonces, yo creo que sí, si se utiliza como estrategia, pero claro está que no es algo reprochable solo al abogado defensor, porque el que abre la puerta a este tipo de situaciones, es el Ministerio Público, que también mal utiliza esto ya que son delitos totalmente distintos y que si realizas un estudio a profundidad te darás cuenta que lo único en común es que se realizan en las contrataciones estatales.</p>
	<p>5. No se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible.</p>	<p>EEJEMC2.5.</p>	<p>Si, existen libros, casaciones donde ya se ha desarrollado este tema, el único inconveniente es que los abogados, jueces y fiscales deben estudiarlo para que en sus imputaciones, resoluciones, argumentos de defensa sean sólidos y no se realicen abusos, como tampoco aprovechamientos por los operadores del derecho.</p>
	<p>6. No se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto.</p>	<p>EEJEMC2.6.</p>	<p>Reitero lo dicho en la anterior respuesta.</p>

Fuente: Guion de entrevista, elaborado por el investigador.

4.2. Análisis de información

4.2.1 Triangulación de entrevista a expertos

Tabla N° 8 Triangulación de Expertos

Categoría de Análisis	Caracterización	Experto 1	Experto 2	Experto 3	Similitudes	Diferencias	Conclusiones de categorías de acuerdo a los expertos
1. EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS	<p>1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto positivo.</p>	EERMPA1.1.	EEHAMS1.1.	EEJEMC1.1.	<p>El tipo penal de negociación incompatible es un tipo penal que tiene como bien jurídico protegido la imparcialidad, la transparencia con la que los funcionarios o servidores públicos deben actuar en una contratación y operación pública, el efecto positivo que se desdobra de la regulación de este delito es que las actuaciones donde el intraneus tenga un interés indebido y este actuar escapa del marco de la legalidad debe ser reprimido por el Estado y de forma exacta a través de esta tipificación se pondrá en salvaguarda los intereses patrimoniales del Estado.</p>		<p>El tipo penal de negociación incompatible es un tipo penal que tiene como bien jurídico protegido la imparcialidad, la transparencia con la que los funcionarios o servidores públicos deben actuar en una contratación y operación pública, el efecto positivo que se desdobra de la regulación de este delito es que las actuaciones donde el intraneus tenga un interés indebido y este actuar escapa del marco de la legalidad debe ser reprimido por el Estado y de forma exacta a través de esta tipificación se pondrá en salvaguarda los intereses patrimoniales del Estado.</p>

<p>2.La tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos</p>	<p>EERMPA1.2.</p>	<p>EEHAMS1.2.</p>	<p>EEJEMC1.2.</p>	<p>El tipo penal de negociación incompatible es un instrumento idóneo para que el Ministerio Público utilice a este, en su rol persecutor de la criminalidad, ha sido regulado para penalizar conductas donde los funcionarios o servidores públicos, se interesen de forma ilegal para favorecer intereses privados, vulnerando la imparcialidad con la que se deben llevar las contrataciones y operaciones estatales.</p>	<hr/>	<p>El tipo penal de negociación incompatible es un instrumento idóneo para que el Ministerio Público utilice a este, en su rol persecutor de la criminalidad, ha sido regulado para penalizar conductas donde los funcionarios o servidores públicos, se interesen de forma ilegal para favorecer intereses privados, vulnerando la imparcialidad con la que se deben llevar las contrataciones y operaciones estatales.</p>
--	-------------------	-------------------	-------------------	--	-------	--

	<p>3. Para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio.</p>	<p>EERMPA1.3.</p>	<p>EEHAMS1.3.</p>	<p>EEJEMCI.3.</p> <p>Sobre el estándar probatorio requerido para probar la comisión del tipo de negociación incompatible, el interés indebido por parte del funcionario o servidor público para favorecer intereses privados debe ser acreditado a través de la prueba directa, si realizamos una evaluación individual del tipo, el estándar probatorio no podría ser evaluado como alto o bajo. Cuando se realice imputaciones alternativas teniendo como delito principal, los delitos de Colusión, Cohecho, Tráfico de Influencias y el delito de Negociación Incompatible como alternativo, es evidente que la complejidad para obtener la prueba de los tipos penales imputados como principales reviste mayor complejidad, porque debe acreditarse la interacción con los extraneus, incluso en este tipo de delitos podemos utilizar la prueba indiciaria y en comparación con lo exigido para el delito de negociación incompatible el estándar probatorio es de menor intensidad.</p>	<p>_____</p>	<p>Sobre el estándar probatorio requerido para probar la comisión del tipo de negociación incompatible, el interés indebido por parte del funcionario o servidor público para favorecer intereses privados debe ser acreditado a través de la prueba directa, si realizamos una evaluación individual del tipo, el estándar probatorio no podría ser evaluado como alto o bajo. Cuando se realice imputaciones alternativas teniendo como delito principal, los delitos de Colusión, Cohecho, Tráfico de Influencias y el delito de Negociación Incompatible como alternativo, es evidente que la complejidad para obtener la prueba de los tipos penales imputados como principales reviste mayor complejidad, porque debe acreditarse la interacción con los extraneus, incluso en este tipo de delitos podemos utilizar la prueba indiciaria y en comparación con lo exigido para el delito de negociación incompatible el estándar probatorio es de menor intensidad.</p>
--	---	-------------------	-------------------	---	--------------	---

	<p>4. La defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos para no agravar la condena del imputado</p>	<p>EERMPA1.4.</p>	<p>EEHAMS1.4.</p>	<p>EEJEMCI.4.</p>	<p>Las defensas técnicas si utilizan como estrategia al delito de negociación incompatible, sin embargo, esta posibilidad se da a cuenta y riesgo del Ministerio Publico, porque son ellos los que utilizan de forma subsidiaria al delito de negociación incompatible, por tanto, al evaluar la penalidad del delito de negociación incompatible frente al de colusión, cohecho o tráfico de influencias lo más favorable será para la defensa obtener la pena más baja.</p>	<p>Al realizarse las imputaciones alternativas como delito principal del delito de colusión, cohecho y tráfico de influencias, y como alternativo el de negociación incompatible lo que se debería buscar es la absolución absoluta porque son tipo penales que su injusto es distinto y no tratar de aceptar la pena del delito imputado alternativamente.</p>	<p>Las defensas técnicas si utilizan como estrategia al delito de negociación incompatible, sin embargo, esta posibilidad se da a cuenta y riesgo del Ministerio Publico, porque son ellos los que utilizan de forma subsidiaria al delito de negociación incompatible, por tanto, al evaluar la penalidad del delito de negociación incompatible frente al de colusión, cohecho o tráfico de influencias lo más favorable será para la defensa obtener la pena mas baja, sin embargo, se debe procurar la absolución de toda la imputación al ser injustos totalmente diferentes.</p>
--	--	-------------------	-------------------	-------------------	---	---	--

	<p>5. La tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción</p>	EERMPAI.5.	EEHAMS1.5.	EEJEMCI.5.	<p>El tipo penal de negociación incompatible es una buena política criminal, porque procura proteger la imparcialidad y transparencia de los contratos y operaciones del Estado, exigiendo al funcionario o servidor público anteponer los intereses estatales sobre los particulares, sin embargo, debe realizarse modificaciones a fin de evitar confusiones, en primer lugar la denominación “Negociación Incompatible” a fin de solamente denominarse como “Aprovechamiento Indevido del Cargo”, ello a razón de que el termino negociación, implica un conjunto de manifestaciones de voluntad, siendo este tipo penal, uno donde se penaliza de forma individual las acciones del funcionario público, claro está que puede estar asistido por partícipes pero no involucra la participación de un tercero (extraneus) y en segundo lugar el elemento descriptivo en “provecho de tercero”, se realiza esta propuesta, debido a que en la practica el favorecer a un tercero, no es de forma desinteresada, siempre se obtiene un beneficio, y como este tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo, es un delito de mera actividad del funcionario público y no exige la interacción de un tercero para su configuración, concluimos que este elemento descriptivo deja la posibilidad que si no se acredita el pacto colusorio en el tipo penal de colusión o la participación del extraneus en el cohecho o tráfico de influencias, el delito de aprovechamiento indebido pueda ser utilizado como una estrategia reservada tanto de parte del Ministerio Publico como de la defensa técnica.</p>		<p>El tipo penal de negociación incompatible es una buena política criminal, porque procura proteger la imparcialidad y transparencia de los contratos y operaciones del Estado, exigiendo al funcionario o servidor público anteponer los intereses estatales sobre los particulares, sin embargo, debe realizarse modificaciones a fin de evitar confusiones, en primer lugar la denominación “Negociación Incompatible” a fin de solamente denominarse como “Aprovechamiento Indevido del Cargo”, ello a razón de que el termino negociación, implica un conjunto de manifestaciones de voluntad, siendo este tipo penal, uno donde se penaliza de forma individual las acciones del funcionario público, claro está que puede estar asistido por partícipes pero no involucra la participación de un tercero (extraneus) y en segundo lugar el elemento descriptivo en “provecho de tercero”, se realiza esta propuesta, debido a que en la practica el favorecer a un tercero, no es de forma desinteresada, siempre se obtiene un beneficio, y como este tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo, es un delito de mera actividad del funcionario público y no exige la interacción de un tercero para su configuración, concluimos que este elemento descriptivo deja la posibilidad que si no se acredita el pacto colusorio en el tipo penal de colusión o la participación del extraneus en el cohecho o tráfico de influencias, el delito de aprovechamiento indebido pueda ser utilizado como una estrategia reservada tanto de parte del Ministerio Publico como de la defensa técnica.</p>
--	---	------------	------------	------------	--	--	--

	6.Se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible	EERMPA1.6.	EEHAMS1.6.	EEJEMC1.6.	Los conceptos sobre autoría y participación, que han de ser utilizados por los operadores jurídicos al momento de emitir una resolución judicial, disposición fiscal o preparar argumentos de defensa ya han sido establecidos en la doctrina como también en la jurisprudencia, sin embargo, existe una deficiencia al utilizar estas categorías de la teoría del delito, ello, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, asimismo, por confundir sistemas dogmáticos penales que en ocasiones se utilizan conceptos desarrollados en un sistema, haciendo encajar a fin de sustentar sus argumentos.		Los conceptos sobre autoría y participación, que han de ser utilizados por los operadores jurídicos al momento de emitir una resolución judicial, disposición fiscal o preparar argumentos de defensa ya han sido establecidos en la doctrina como también en la jurisprudencia, sin embargo, existe una deficiencia al utilizar estas categorías de la teoría del delito, ello, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, asimismo, por confundir sistemas dogmáticos penales que en ocasiones se utilizan conceptos desarrollados en un sistema, haciendo encajar a fin de sustentar sus argumentos.
--	--	------------	------------	------------	--	--	--

	7.Se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto	EERMPA.1.7.	EEHAMS.1.7.	EEJPMC.1.7. Sobre la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible como un delito de peligro concreto, es necesario precisar que al tratar con este tipo de categorías a tipo penal, ya implica estar dentro de un sistema dogmático penal, entonces también ya se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia cual sería la clasificación del tipo penal de negociación incompatible, los defectos que se vienen dando al momento de utilizar estos criterios es por la falta de investigación de los operadores jurídicos, asimismo, los expertos, tratan de entender que esto ocurrió debido a que las reformas del código procesal penal y la implementación de fiscalías y juzgados penales anticorrupción en su momento requirieron profesionales capacitados y lo que había en el ámbito eran profesionales inexpertos que en la actualidad están ocupando estos cargos y no solamente en los funcionarios sino también en los abogados litigantes, profesionales que nunca se encontraban vinculado al derecho penal ahora vemos como se encuentran inmersos en procesos penales.		Sobre la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible como un delito de peligro concreto, es necesario precisar que al tratar con este tipo de categorías a tipo penal, ya implica estar dentro de un sistema dogmático penal, entonces también ya se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia cual sería la clasificación del tipo penal de negociación incompatible, los defectos que se vienen dando al momento de utilizar estos criterios es por la falta de investigación de los operadores jurídicos, asimismo, los expertos, tratan de entender que esto ocurrió debido a que las reformas del código procesal penal y la implementación de fiscalías y juzgados penales anticorrupción en su momento requirieron profesionales capacitados y lo que había en el ámbito eran profesionales inexpertos que en la actualidad están ocupando estos cargos y no solamente en los funcionarios sino también en los abogados litigantes, profesionales que nunca se encontraban vinculado al derecho penal ahora vemos como se encuentran inmersos en procesos penales.
--	--	-------------	-------------	---	--	--

2- EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SILCARGO	<p>1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto negativo.</p>	<p>EE.RMPA2.1.</p>	<p>EEHAMS2.1.</p>	<p>EEJEMC2.1.</p>	<p>Los efectos negativos de la regulación del tipo de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, es el mal uso que se le está otorgando por parte del Ministerio Público y la defensa técnica, los primeros por utilizar este tipo ante imputaciones alternativas con delitos como colusión, cohecho o tráfico de influencias, tipos penales que sancionan hechos totalmente distintos y los segundos, a partir de las imputaciones alternativas realizadas utilizar como un medio para que los procesos se investiguen no por delitos graves como colusión o cohecho, sino por el tipo penal en investigación, claro está que estos efectos no previstos, con por cuenta y riesgo de Ministerio Público.</p>	<p>_____</p>	<p>Los efectos negativos de la regulación del tipo de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, es el mal uso que se le está otorgando por parte del Ministerio Público y la defensa técnica, los primeros por utilizar este tipo ante imputaciones alternativas con delitos como colusión, cohecho o tráfico de influencias, tipos penales que sancionan hechos totalmente distintos y los segundos, a partir de las imputaciones alternativas realizadas utilizar como un medio para que los procesos se investiguen no por delitos graves como colusión o cohecho, sino por el tipo penal en investigación, claro está que estos efectos no previstos, con por cuenta y riesgo de Ministerio Público.</p>	
	<p>2.El Ministerio Público se excede en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado</p>	<p>EE.RMPA2.2.</p>	<p>EEHAMS2.2.</p>	<p>EEJEMC2.2.</p>	<p>El Ministerio Público al realizar imputaciones alternativas teniendo como tipo penal de Colusión, Cohecho y Tráfico de Influencias como tipo principal, y alternativamente el delito de Negociación Incompatible, se excede en su rol persecutor al realizar este tipo de imputaciones, teniendo estos delitos injustos penales totalmente diferentes, utilizando a la negociación incompatible como plan reservado en caso no se logre acreditar los tipos penales imputados como principales, como sabemos los elementos de convicción a utilizar revisten mayor complejidad al ser tipos penales de encuentro, donde necesariamente debe probarse la interacción con el privado.</p>	<p>_____</p>	<p>El Ministerio Público al realizar imputaciones alternativas teniendo como tipo penal de Colusión, Cohecho y Tráfico de Influencias como tipo principal, y alternativamente el delito de Negociación Incompatible, se excede en su rol persecutor al realizar este tipo de imputaciones, teniendo estos delitos injustos penales totalmente diferentes, utilizando a la negociación incompatible como plan reservado en caso no se logre acreditar los tipos penales imputados como principales, como sabemos los elementos de convicción a utilizar revisten mayor complejidad al ser tipos penales de encuentro, donde necesariamente debe probarse la interacción con el privado.</p>	

	<p>3. El Poder Judicial no puede determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar.</p>	EERMPA2.3.	EEHAMS2.3.	EEJEMC2.3.	<p>Sobre el estándar probatorio requerido para probar la comisión del tipo de negociación incompatible, el interés indebido por parte del funcionario o servidor público para favorecer intereses privados debe ser acreditado a través de la prueba directa, si realizamos una evaluación individual del tipo, el estándar probatorio no podría ser evaluado como alto o bajo.</p> <p>Cuando se realice imputaciones alternativas teniendo como delito principal, los delitos de Colusión, Cohecho, Tráfico de Influencias y el delito de Negociación Incompatible como alternativo, es evidente que la complejidad para obtener la prueba de los tipos penales imputados como principales reviste mayor complejidad, porque debe acreditarse la interacción con los extraneus, incluso en este tipo de delitos podemos utilizar la prueba indiciaria y en comparación con lo exigido para el delito de negociación incompatible el estándar probatorio es de menor intensidad.</p>	_____	<p>Sobre el estándar probatorio requerido para probar la comisión del tipo de negociación incompatible, el interés indebido por parte del funcionario o servidor público para favorecer intereses privados debe ser acreditado a través de la prueba directa, si realizamos una evaluación individual del tipo, el estándar probatorio no podría ser evaluado como alto o bajo.</p> <p>Cuando se realice imputaciones alternativas teniendo como delito principal, los delitos de Colusión, Cohecho, Tráfico de Influencias y el delito de Negociación Incompatible como alternativo, es evidente que la complejidad para obtener la prueba de los tipos penales imputados como principales reviste mayor complejidad, porque debe acreditarse la interacción con los extraneus, incluso en este tipo de delitos podemos utilizar la prueba indiciaria y en comparación con lo exigido para el delito de negociación incompatible el estándar probatorio es de menor intensidad.</p>
	<p>4. La defensa técnica se aprovecha de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos</p>	EERMPA2.4.	EEHAMS2.4.	EEJEMC2.4.	<p>Las defensas técnicas si utilizan como estrategia al delito de negociación incompatible, sin embargo, esta posibilidad se da a cuenta y riesgo del Ministerio Publico, porque son ellos los que utilizan de forma subsidiaria al delito de negociación incompatible, por tanto, al evaluar la penalidad del delito de negociación incompatible frente al de colusión, cohecho o tráfico de influencias lo más favorable será para la defensa obtener la pena más baja.</p>	_____	<p>Las defensas técnicas si utilizan como estrategia al delito de negociación incompatible, sin embargo, esta posibilidad se da a cuenta y riesgo del Ministerio Publico, porque son ellos los que utilizan de forma subsidiaria al delito de negociación incompatible, por tanto, al evaluar la penalidad del delito de negociación incompatible frente al de colusión, cohecho o tráfico de influencias lo más favorable será para la defensa obtener la pena más baja.</p>

	5. No se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible.	EERMPA2.5.	EEHAMS2.5.	EEJEMC2.5.	Los conceptos sobre autoría y participación, que han de ser utilizados por los operadores jurídicos al momento de emitir una resolución judicial, disposición fiscal o preparar argumentos de defensa ya han sido establecidos en la doctrina como también en la jurisprudencia, sin embargo, existe una deficiencia al utilizar estas categorías de la teoría del delito, ello, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, asimismo, por confundir sistemas dogmáticos penales que en ocasiones se utilizan conceptos desarrollados en un sistema, haciendo encajar a fin de sustentar sus argumentos.		Los conceptos sobre autoría y participación, que han de ser utilizados por los operadores jurídicos al momento de emitir una resolución judicial, disposición fiscal o preparar argumentos de defensa ya han sido establecidos en la doctrina como también en la jurisprudencia, sin embargo, existe una deficiencia al utilizar estas categorías de la teoría del delito, ello, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, asimismo, por confundir sistemas dogmáticos penales que en ocasiones se utilizan conceptos desarrollados en un sistema, haciendo encajar a fin de sustentar sus argumentos.
--	---	------------	------------	------------	--	--	--

	6. No se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto.	EERMPA2.6.	EEHAMS2.6.	EEJEMC2.6.	Sobre la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible como un delito de peligro concreto, es necesario precisar que al tratar con este tipo de categorías a tipo penal, ya implica estar dentro de un sistema dogmático penal, entonces también ya se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia cual sería la clasificación del tipo penal de negociación incompatible, los defectos que se vienen dando al momento de utilizar estos criterios es por la falta de investigación de los operadores jurídicos, asimismo, los expertos, tratan de entender que esto ocurrió debido a que las reformas del código procesal penal y la implementación de fiscalías y juzgados penales anticorrupción en su momento requirieron profesionales capacitados y lo que había en el ámbito eran profesionales inexpertos que en la actualidad están ocupando estos cargos y no solamente en los funcionarios sino también en los abogados litigantes, profesionales que nunca se encontraban vinculado al derecho penal ahora vemos como se encuentran inmersos en procesos penales.		Sobre la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible como un delito de peligro concreto, es necesario precisar que al tratar con este tipo de categorías a tipo penal, ya implica estar dentro de un sistema dogmático penal, entonces también ya se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia cual sería la clasificación del tipo penal de negociación incompatible, los defectos que se vienen dando al momento de utilizar estos criterios es por la falta de investigación de los operadores jurídicos, asimismo, los expertos, tratan de entender que esto ocurrió debido a que las reformas del código procesal penal y la implementación de fiscalías y juzgados penales anticorrupción en su momento requirieron profesionales capacitados y lo que había en el ámbito eran profesionales inexpertos que en la actualidad están ocupando estos cargos y no solamente en los funcionarios sino también en los abogados litigantes, profesionales que nunca se encontraban vinculado al derecho penal ahora vemos como se encuentran inmersos en procesos penales.
--	---	------------	------------	------------	--	--	--

Fuente: Triangulación de expertos, elaborado por el investigador.

4.2.2. Triangulación de caso

Tabla N° 9 Análisis del Expediente 449-2015-47 en la Corte Superior de Justicia de Junín en el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo

Categoría de Análisis	Caracterización	Caso	Similitudes	Diferencias	Conclusiones de categorías según el caso
<p>1. EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO</p>	<p>1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto positivo.</p>	<p>No, en este primer ítem a fin de ensayar una respuesta de lo evidenciado del expediente, desarrollaremos uno a uno los efectos que consideramos generan la regulación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; para empezar consideramos, como se evidencia en el caso que es una mala práctica imputar el delito de colusión ilegal y negociación incompatible, por ser delitos diferentes, tanto, en elementos normativos y descriptivos, que no deberían confundirse, a razón de ello, evaluamos las similitudes entre ellos, teniendo como coincidencias, que los supuestos de hecho de ambos tipos penales se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, teniendo a partir de ello, diferencias marcadas, para empezar, debemos señalar que la denominación del tipo penal genera confusión al denominarse “negociación incompatible”, el termino negociación según la Real Academia de la Lengua Española, determina que significa: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, como, no compatible con alguien o algo, precisando, el tipo penal en estudio no exige algún pacto para su consumación, por ello, consideramos que de alguna forma la denominación realizada genera confusión a los operadores jurídicos, por ello, consideramos que un efecto negativo de la regulación de este tipo penal es la denominación errada asignada, por ello, al</p>			<p>De lo evidenciado del expediente, desarrollaremos uno a uno los efectos que consideramos generan la regulación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; para empezar consideramos, como se evidencia en el caso que es una mala práctica imputar el delito de colusión ilegal y negociación incompatible, por ser delitos diferentes, tanto, en elementos normativos y descriptivos, que no deberían confundirse, a razón de ello, evaluamos las similitudes entre ellos, teniendo como coincidencias, que los supuestos de hecho de ambos tipos penales se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, teniendo a partir de ello, diferencias marcadas, para empezar, debemos señalar que la denominación del tipo penal genera confusión al denominarse “negociación incompatible”, el termino negociación según la Real Academia de la Lengua Española, determina que significa: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, como, no compatible con alguien o algo, precisando, el tipo penal en estudio no exige algún pacto para su consumación, por ello, consideramos que de alguna forma la denominación realizada genera confusión a los operadores jurídicos, por ello, consideramos que un efecto negativo de la regulación de este tipo penal es la denominación errada asignada, por ello, al haber sido denominado en el Código Penal como; “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, consideramos que para no generar confusión se deba extraer los términos negociación incompatible y solo debería denominarse como aprovechamiento indebido del cargo.</p>

		<p>haber sido denominado en el Código Penal como; “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indevido del cargo”, consideramos que para no generar confusión se deba extraer los términos negociación incompatible y solo debería denominarse como aprovechamiento indevido del cargo.</p> <p>El segundo aspecto a analizar es el uso que se le otorga a este tipo penal, como sabemos este es utilizado por algunas de sus características, como un tipo subsidiario con respecto a los tipos penales de colusión, cohecho y patrocínio ilegal, sin embargo, estos tipos penales son totalmente distintos al analizado en el caso, a razón de ello, de forma teórica, consideramos que este tipo penal, al no exigir un elevado estándar probatorio de los elementos para su consumación, es un tipo penal, con mayor posibilidad de determinarse y así luchar contra la criminalidad, sin embargo, en la realidad, lo que observamos como en el caso en concreto, vemos que la defensa técnica, procura que los hechos cometidos encajen en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal, en comparación con el tipo en análisis, tiene un castigo más agravado (la pena), por tanto, en favor de que sus patrocinado se vean beneficiados, procuran que la decisión que se determine del proceso sea la condena por negociación incompatible, sin embargo, de lo analizado en el expediente, vemos que el juzgados de primera instancia, contaba con todos los elementos para poder</p>		<p>El segundo aspecto a analizar es el uso que se le otorga a este tipo penal, como sabemos este es utilizado por algunas de sus características, como un tipo subsidiario con respecto a los tipos penales de colusión, cohecho y patrocínio ilegal, sin embargo, estos tipos penales son totalmente distintos al analizado en el caso, a razón de ello, de forma teórica, consideramos que este tipo penal, al no exigir un elevado estándar probatorio de los elementos para su consumación, es un tipo penal, con mayor posibilidad de determinarse y así luchar contra la criminalidad, sin embargo, en la realidad, lo que observamos como en el caso en concreto, vemos que la defensa técnica, procura que los hechos cometidos encajen en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal, en comparación con el tipo en análisis, tiene un castigo más agravado (la pena), por tanto, en favor de que sus patrocinado se vean beneficiados, procuran que la decisión que se determine del proceso sea la condena por negociación incompatible, sin embargo, de lo analizado en el expediente, vemos que el juzgado de primera instancia, contaba con todos los elementos para poder concluir que nos encontrábamos frente al tipo penal de colusión, por tanto, consideramos que las defensas técnicas al usar como instrumento a la negociación incompatible para obtener una condena es un efecto negativo de su regulación.</p> <p>Con respecto a las consideraciones desde el punto de vista fiscal y de la defensa técnica, indicamos, desde un punto de vista de abogado defensor, que consideramos que el imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación y/o</p>
--	--	---	--	---

		<p>concluir que nos encontrábamos frente al tipo penal de colusión, por tanto, consideramos que las defensas técnicas al usar como instrumento a la negociación incompatible para obtener una condena es un efecto negativo de su regulación.</p> <p>Con respecto a las consideraciones desde el punto de vista fiscal y de la defensa técnica, indicamos, desde un punto de vista de abogado defensor, que consideramos que el imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación y/o imputación por colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación alternativa, y sobre todo de un tipo penal que a simple vista es general, porque solo se debe probar un interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que se excede la persecución criminal, por ello deberíamos considerarlo como un efecto negativo.</p> <p>Desde el punto de vista de la fiscalía, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible es una herramienta que beneficia las investigaciones en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios, al poder ser utilizado como imputación alternativa, por ello, si no se logra acreditar que hubo comisión del delito de colusión, hay una alternativa de continuar con</p>			<p>imputación por colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación alternativa, y sobre todo de un tipo penal que a simple vista es general, porque solo se debe probar un interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que se excede la persecución criminal, por ello deberíamos considerarlo como un efecto negativo.</p> <p>Desde el punto de vista de la fiscalía, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible es una herramienta que beneficia las investigaciones en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios, al poder ser utilizado como imputación alternativa, por ello, si no se logra acreditar que hubo comisión del delito de colusión, hay una alternativa de continuar con la persecución criminal al haberse imputado el tipo de negociación incompatible,</p> <p>Así también, haciendo un análisis del porqué, de la confusión generada por los operadores jurídicos, con asemejar el delito de negociación incompatible con el de colusión, realizando un estudio exhaustivo, citando el tipo penal:</p> <p>“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”. consideramos que el supuesto de hecho donde señalan que el interés del funcionario a favor de tercero es un supuesto que no debería considerarse en el tipo penal, porque al favorecer a un tercero, podría presumirse que entre el</p>
--	--	---	--	--	---

		<p>la persecución criminal al haberse imputado el tipo de negociación incompatible,</p> <p>Así también, haciendo un análisis del porqué, de la confusión generada por los operadores jurídicos, con asemejar el delito de negociación incompatible con el de colusión, realizando un estudio exhaustivo, citando el tipo penal:</p> <p>“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”. consideramos que el supuesto de hecho donde señalan que el interés del funcionario a favor de tercero es un supuesto que no debería considerarse en el tipo penal, porque al favorecer a un tercero, podría presumirse que entre el funcionario y este ya habría un acuerdo, para otorgar beneficios, ya que, es poco probable, que algún funcionario, pueda favorecer a alguien, si no se obtiene un beneficio, es decir, debe desarrollarse un pacto para tal beneficio, consideramos realizar esa modificación, a fin de no generar confusión al momento de utilizar este tipo penal, asimismo, para que hechos que puedan ser actos colusorios, puedan encajar en el tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo.</p>		<p>funcionario y este ya habría un acuerdo, para otorgar beneficios, ya que, es poco probable, que algún funcionario, pueda favorecer a alguien, si no se obtiene un beneficio, es decir, debe desarrollarse un pacto para tal beneficio, consideramos realizar esa modificación, a fin de no generar confusión al momento de utilizar este tipo penal, asimismo, para que hechos que puedan ser actos colusorios, puedan encajar en el tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo.</p> <p>Asimismo, en el caso, se puede percibir que otro efecto negativo hallado es el total desconocimiento por el juzgado de primera instancia de aspectos referidos como autoría y participación, asimismo, al desarrollar si es un delito de peligro o de lesión, el juzgado tiene una argumentación simple, considerando que estos conocimientos, con los que deben contar deberían ser especializado, en el caso en concreto también consideramos ello, como un efecto negativo.</p> <p>En el caso el señor fiscal Carlos Rodrigo Mera Palomino, a través del Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Junín, formuló acusación contra los imputados, realizando una tipificación alternativa de los hechos investigados, siendo la tipificación principal la del tipo penal de colusión y la alternativa la de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, consideramos, que se planteó ello como estrategia, teniendo como finalidad, de ser el caso, no se encontraran medios probatorios para cumplir con la imputación principal, utilizarían la negociación incompatible, como medio para continuar la persecución penal, pero ya por un tipo de menor gravedad, con respecto a la pena.</p>
--	--	---	--	--

		Asimismo, en el caso, se puede percibir que otros efecto negativo hallado es el total desconocimiento por el juzgado de primera instancia de aspectos referidos como autoría y participación, asimismo, al desarrollar si es un delito de peligro o de lesión, el juzgado tiene una argumentación simple, considerando que estos conocimientos, con los que deben contar deberían ser especializado, en el caso en concreto también consideramos ello, como un efecto negativo.			Es reprochable la posición que tomo el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo, al determinar en la Sentencia N° 0087-2016-JUPS/CSJJU-PJ, en el folio 465 párrafo segundo:” Sin embargo en juicio no se ha acreditado el pacto colusorio, en primera instancia porque la idea de compra viene de una acta de compromiso suscrito por las autoridades de la Comuna de Llaylla (lo cual no lo hace ilegal), y segundo porque no hubo proceso de selección que posibilitaría la colusión con uno de los postores”, razonamiento evidentemente errado, porque en el desarrollo del proceso, se acredito que si existió indicios suficientes para concluir que se desarrolló un pacto colusorio, situación que si es corregida, por la segunda instancia, retomando, la respuesta, al ítem planteado, el nivel de estándar probatorio exigido por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es menor con respecto al delito de colusión que se imputo de forma alternativa en el caso de análisis, para el primero se requiere acreditar el interés propio o en favor de tercero, para acreditar el cumplimiento de este elemento normativo de tipo.
	2. La tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en las operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos	Si, el señor fiscal Carlos Rodrigo Mera Palomino, a través del Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Junín, formuló acusación contra los imputados, realizando una tipificación alternativa de los hechos investigados, siendo la tipificación principal de del tipo penal de colusión y la alternativa la de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, consideramos, que se planteó ello como estrategia, teniendo como finalidad, de ser el caso, no se encontraran medios probatorios para cumplir con la imputación principal, utilizarían la negociación incompatible, como medio para continuar la persecución penal, pero ya por un tipo de menor gravedad, con respecto a la pena.			En el caso analizado, se puede apreciar, en el folio 457 del Expediente, específicamente en la Sentencia, se menciona que en los alegatos de clausura de los imputados la estrategia es que solo se juzgue a sus patrocinados, por ejemplo, citamos; considerando 3.2.“ Los alegatos de clausura del abogado de Simeón Hurtado y Willian Vilcahuaman”: Refiere que sus defendidos no han cometido el delito de colusión, sin embargo, su conducta puede subsumirse en el tipo de negociación incompatible previsto en el artículo 389 del Código Penal, pues en su actuar ha existido un conflicto e intereses que de igual forma lo señala el Jurado Nacional de Elecciones calificando la conducta
	3. Para el Poder Judicial determinar responsabilidad	Si, en este ítem queremos explicar que, es reprochable la posición que tomo el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo, al determinar en la Sentencia N° 0087-2016-			

<p>penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio.</p>	<p>JUPS/CSJJU-PJ, en el folio 465 párrafo segundo:” Sin embargo en juicio no se ha acreditado el pacto colusorio, en primera instancia porque la idea de compra viene de una acta de compromiso suscrito por las autoridades de la Comuna de Llaylla (lo cual no lo hace ilegal), y segundo porque no hubo proceso de selección que posibilitaría la colusión con uno de los postores”, razonamiento evidentemente errado, porque en el desarrollo del proceso, se acredito que si existió indicios suficientes para concluir que se desarrolló un pacto colusorio, situación que si es corregida, por la segunda instancia, retomando, la respuesta, al ítem planteado, el nivel de estándar probatorio exigido por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es menor con respecto al delito de colusión que se imputo de forma alternativa en el caso de análisis, para el primero se requiere acreditar el interés propio o en favor de tercero, para acreditar el cumplimiento de este elemento normativo de tipo.</p>			<p>de sus patrocinados en esta figura delictiva. Asimismo, precisa que la señorita fiscal no ha acreditado la concertación de sus defendidos para defraudar al Estado. Asimismo, en su considerado 3.3.”Los Alegatos de clausura del abogado de Fulgencio Avellaneda y Artemio Pando”: Refiere, (...) Si bien es cierto habría cometido actos irregulares de tipo administrativos e su celebración estos no se condicen con el tipo de colusión, sino, puede ser el del delito de negociación incompatible, por lo cual se absuelva a sus patrocinados por el delito de colusión y en todo caso se les condene por el delito de negociación incompatible. Retomando la respuesta al ítem, por estos extractos señalados, evidentemente la estrategia de la defensa técnica fue la de utilizar al delito de negociación incompatible como medio para generar impunidad, con respecto a los delitos cometidos. Remitiéndonos al caso lo que hallamos, es que si bien es cierto la política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocinio ilegal o tráfico de influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia de defensa para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser</p>
<p>4. La defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos para no agravar la condena del imputado</p>	<p>Si, en el caso analizado, se puede apreciar, en el folio 457 del Expediente, específicamente en la Sentencia, se menciona que en los alegatos de clausura de los imputados la estrategia es que solo se juzgue a sus patrocinados, por ejemplo, citamos; considerando 3.2.“ Los alegatos de clausura del abogado de Simeón Hurtado y Willian Vilcahuaman”: Refiere que sus defendidos no han cometido el delito de colusión, sin embargo, su conducta puede subsumirse en el tipo de negociación incompatible previsto en</p>			

		<p>el artículo 389 del Código Penal, pues en su actuar ha existido un conflicto e intereses que de igual forma lo señala el Jurado Nacional de Elecciones calificando la conducta de sus patrocinados en esta figura delictiva. Asimismo, precisa que la señorita fiscal no ha acreditado la concertación de sus defendidos para defraudar al Estado.</p> <p>Asimismo, en su considerado 3.3.”Los Alegatos de clausura del abogado de Fulgencio Avellaneda y Artemio Pando”: Refiere, (...) Si bien es cierto habría cometido actos irregulares de tipo administrativos e su celebración estos no se condicen con el tipo de colusión, sino, puede ser el del delito de negociación incompatible, por lo cual se absuelva a sus patrocinados por el delito de colusión y en todo caso se les condene por el delito de negociación incompatible. Retomando la respuesta al ítem, por estos extractos señalados, evidentemente la estrategia de la defensa técnica fue la de utilizar al delito de negociación incompatible como medio para generar impunidad, con respecto a los delitos cometidos.</p>			<p>modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país.</p> <p>En el caso en concreto al existir imputaciones alternativas, la primera (colusión), al ser un delito de encuentro, exige la participación del extraneus, con quien realizara el pacto colusorio, y, para el segundo (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) solo es punible el acto del intraneus que pone en primer lugar el interés privado o de tercero, dejando de la lado el interés estatal, para favorecer, como se está explicando, propiamente o a favor de tercero, entonces, para considerar cómplices a los extraneus en el caso, ellos deberían haber participado directamente en los hechos que se realizaron, para que el funcionario público se interese, sin embargo, en el caso en concreto, esto fue totalmente distinto, ya que en hechos se ha acreditado, que ellos fueron una contraparte que se benefició por la venta sobrevalorada de sus terrenos y sin estar sujeto al procedimiento de una contratación pública, sin tener participación en la gestación del interés del funcionario, por tanto, a fin de concluir con la respuesta, es claro que, el resolver del juzgado de primera instancia denota desconocimiento total de que en el delito de negociación incompatible, es un delito donde no se exige la participación de un tercero, ello se vio evidenciado en las sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal de Apelaciones Liquidadora de Satipo a través de la Resolución N° 35, donde en su considerando 2.3. “Ahora corresponde delimitar el delito de colusión desleal del delito de negociación incompatible en su párrafo cuarto desarrolla: “En su fundamento trigésimo (de la Casación N° 641-2015-Ayacucho) describe el verbo rector del delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo y describe la</p>
	<p>5. La tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción</p>	<p>No, remitiéndonos al caso lo que hallamos, es que si bien es cierto la política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocinio ilegal o tráfico de influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de</p>			

		<p>negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia de defensa para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país.</p>			<p>participación del extraneus de delito de colusión: •(...) 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 si lo es la Colusión”, frente a ello, concluimos que la resolución de primera instancia obvio, información de primer nivel que habría ayudado a esclarecer las imputaciones realizadas.</p> <p>En la página 461 del Expediente, en el párrafo tercero, subtítulo; “Con respecto al delito de negociación incompatible, desarrolla: “Este delito es un delito de resultado, esto es a diferencia del delito de colusión que es un delito de peligro (colusión simple-único párrafo-, esto se consume con el acuerdo ilícito o concertación, no siendo necesario el perjuicio real al patrimonio del Estado. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, que establece “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, texto según Ley 28355”. De ello, podemos concluir que en el caso analizado, no se presta especial atención a este aspecto, que es importante para el entendimiento de la consumación del tipo penal, por tanto, de lo citado en el marco teórico de la Casación N° 231-2017 – Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en su argumento Trigésimo séptimo, debemos agregar lo desarrollado por este Tribunal,</p>
	<p>6. Se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible</p>	<p>No, para precisar en el caso en concreto al existir imputaciones alternativas, la primera (colusión), al ser un delito de encuentro, exige la participación del extraneus, con quien realizara el pacto colusorio, y, para el segundo (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) solo es punible el acto del intraneus que pone en primer lugar el interés privado o de tercero, dejando de la lado el interés estatal, para favorecer, como se está explicando, propiamente o a favor de tercero, entonces, para considerar cómplices a los extraneus en el caso, ellos deberían haber participado directamente en los hechos que se realizaron, para que el funcionario público se interese, sin embargo, en el caso en concreto, esto fue totalmente distinto, ya que en hechos se ha acreditado, que ellos fueron una contraparte que se benefició por la venta sobrevalorada de sus terrenos y sin estar sujeto al procedimiento de una contratación pública, sin tener participación en la gestación del interés del funcionario, por tanto, a fin de</p>			

		concluir con la respuesta, es claro que, el resolver del juzgado de primera instancia denota desconocimiento total de que en el delito de negociación incompatible, es un delito donde no se exige la participación de un tercero, ello se vio evidenciado en las sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal de Apelaciones Liquidadora de Satipo a través de la Resolución N° 35, donde en su considerando 2.3. “Ahora corresponde delimitar el delito de colusión desleal del delito de negociación incompatible en su párrafo cuarto desarrolla: “En su fundamento trigésimo (de la Casación N° 641-2015-Ayacucho) describe el verbo rector del delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo y describe la participación del extraneus de delito de colusión: “(...) 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 si lo es la Colusión”, frente a ello, concluimos que la resolución de primera instancia obvio, información de primer nivel que habría ayudado a esclarecer las imputaciones realizadas.			con respecto a la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible en su considerando 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. Por tanto se concluye que el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto.
	7.Se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible	No, en la página 461 del Expediente, en el párrafo tercero, subtítulo; “ <u>Con respecto al delito de negociación incompatible,</u> desarrolla: “Este delito es un delito de resultado, esto es a diferencia del delito de colusión que es un delito de peligro (colusión simple-único párrafo-, esto se consume con el			

	<p>como delito de peligro concreto</p>	<p>acuerdo ilícito o concertación, no siendo necesario el perjuicio real al patrimonio del Estado. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, que establece “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, texto según Ley 28355”. De ello, podemos concluir que en el caso analizado, no se presta especial atención a este aspecto, que es importante para el entendimiento de la consumación del tipo penal, por tanto, de lo citado en el marco teórico de la Casación N° 231-2017 – Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en su argumento Trigésimo séptimo, debemos agregar lo desarrollado por este Tribunal, con respecto a la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible en su considerando 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</p>			
--	--	--	--	--	--

		<p>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. Por tanto se concluye que el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto.</p>			
<p>2. EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U</p>	<p>1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto negativo.</p>	<p>Si, en este primer ítem a fin de ensayar una respuesta de lo evidenciado del expediente, desarrollaremos uno a uno los efectos que consideramos generan la regulación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; para empezar consideramos, como se evidencia en el caso que es una mala práctica imputar el delito de colusión ilegal y negociación incompatible, por ser delitos diferentes, tanto, en elementos normativos y descriptivos, que no deberían confundirse, a razón de ello, evaluamos las similitudes entre ellos, teniendo como coincidencias, que los supuestos de hecho de ambos tipos penales se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, teniendo a partir de ello, diferencias marcadas, para empezar, debemos señalar que la denominación del tipo penal genera confusión al denominarse “negociación incompatible”, el termino negociación según la Real Academia de la Lengua Española, determina que significa: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, como, No compatible con</p>			<p>En conclusión desarrollaremos uno a uno los efectos que consideramos generan la regulación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; para empezar consideramos, como se evidencia en el caso que es una mala práctica imputar el delito de colusión ilegal y negociación incompatible, por ser delitos diferentes, tanto, en elementos normativos y descriptivos, que no deberían confundirse, a razón de ello, evaluamos las similitudes entre ellos, teniendo como coincidencias, que los supuestos de hecho de ambos tipos penales se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, teniendo a partir de ello, diferencias marcadas, para empezar, debemos señalar que la denominación del tipo penal genera confusión al denominarse “negociación incompatible”, el termino negociación según la Real Academia de la Lengua Española, determina que significa: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, como, No compatible con alguien o algo, precisando, el tipo penal en estudio no exige algún pacto para su consumación, por ello, consideramos que de alguna forma la denominación realizada genera confusión a los operadores jurídicos, por ello, consideramos que un efecto negativo de la regulación de este tipo penal</p>

		<p>alguien o algo, precisando, el tipo penal en estudio no exige algún pacto para su consumación, por ello, consideramos que de alguna forma la denominación realizada genera confusión a los operadores jurídicos, por ello, consideramos que un efecto negativo de la regulación de este tipo penal es la denominación errada asignada, por ello, al haber sido denominado en el Código Penal como; “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, consideramos que para no generar confusión se deba extraer los términos negociación incompatible y solo debería denominarse como aprovechamiento indebido del cargo.</p> <p>El segundo aspecto a analizar es el uso que se le otorga a este tipo penal, como sabemos este es utilizado por algunas de sus características, como un tipo subsidiario con respecto a los tipos penales de colusión, cohecho y patrocínio ilegal, sin embargo, estos tipos penales son totalmente distintos al analizado en el caso, a razón de ello, de forma teórica, consideramos que este tipo penal, al no exigir un elevado estándar probatorio de los elementos para su consumación, es un tipo penal, con mayor posibilidad de determinarse y así luchar contra la criminalidad, sin embargo, en la realidad, lo que observamos como en el caso en concreto, vemos que la defensa técnica, procura que los hechos cometidos encajen en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal, en comparación , con el</p>			<p>es la denominación errada asignada, por ello, al haber sido denominado en el Código Penal como; “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, consideramos que para no generar confusión se deba extraer los términos negociación incompatible y solo debería denominarse como aprovechamiento indebido del cargo.</p> <p>El segundo aspecto a analizar es el uso que se le otorga a este tipo penal, como sabemos este es utilizado por algunas de sus características, como un tipo subsidiario con respecto a los tipos penales de colusión, cohecho y patrocínio ilegal, sin embargo, estos tipos penales son totalmente distintos al analizado en el caso, a razón de ello, de forma teórica, consideramos que este tipo penal, al no exigir un elevado estándar probatorio de los elementos para su consumación, es un tipo penal, con mayor posibilidad de determinarse y así luchar contra la criminalidad, sin embargo, en la realidad, lo que observamos como en el caso en concreto, vemos que la defensa técnica, procura que los hechos cometidos encajen en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal, en comparación , con el tipo en análisis, tiene un castigo más agravado (la pena), por tanto, en favor de que sus patrocínados se vean beneficiados, procuran que la decisión que se determine del proceso sea la condena por negociación incompatible, sin embargo, de lo analizado en el expediente, vemos que el juzgado de primera instancia, contaba con todos los elementos para poder concluir que nos encontrábamos frente al tipo penal de colusión, por tanto, consideramos que las defensas técnicas al usar como instrumento a la negociación incompatible para obtener una condena es un efecto negativo de su regulación.</p>
--	--	--	--	--	---

		<p>tipo en análisis, tiene un castigo más agravado (la pena), por tanto, en favor de que sus patrocinado se vean beneficiados, procuran que la decisión que se determine del proceso sea la condena por negociación incompatible, sin embargo, de lo analizado en el expediente, vemos que el juzgado de primera instancia, contaba con todos los elementos para poder concluir que nos encontrábamos frente al tipo penal de colusión, por tanto, consideramos que las defensas técnicas al usar como instrumento a la negociación incompatible para obtener una condena es un efecto negativo de su regulación.</p> <p>Con respecto a las consideraciones desde el punto de vista fiscal y de la defensa técnica, indicamos, desde un punto de vista de abogado defensor, que consideramos que el imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación y/o imputación por colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación alternativa, y sobre todo de un tipo penal que a simple vista es general, porque solo se debe probar un interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que se excede la persecución criminal, por ello deberíamos considerarlo como un efecto negativo.</p>			<p>Con respecto a las consideraciones desde el punto de vista fiscal y de la defensa técnica, indicamos, desde un punto de vista de abogado defensor, que consideramos que el imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación y/o imputación por colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación alternativa, y sobre todo de un tipo penal que a simple vista es general, porque solo se debe probar un interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que se excede la persecución criminal, por ello deberíamos considerarlo como un efecto negativo.</p> <p>Desde el punto de vista de la fiscalía, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible es una herramienta que beneficia las investigaciones en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios, al poder ser utilizado como imputación alternativa, por ello, si no se logra acreditar que hubo comisión del delito de colusión, hay una alternativa de continuar con la persecución criminal al haberse imputado el tipo de negociación incompatible,</p> <p>Asimismo, en el caso, se puede percibir que otro efecto negativo hallado es el total desconocimiento por el juzgado de primera instancia de aspectos referidos como autoría y participación, asimismo, al desarrollar si es un delito de peligro o de lesión, el juzgado tiene una argumentación simple, considerando que estos conocimientos, con los que deben contar deberían ser especializado, en el caso en concreto también consideramos ello, como un efecto negativo.</p>
--	--	--	--	--	--

		<p>Desde el punto de vista de la fiscalía, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible es una herramienta que beneficia las investigaciones en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios, al poder ser utilizado como imputación alternativa, por ello, si no se logra acreditar que hubo comisión del delito de colusión, hay una alternativa de continuar con la persecución criminal al haberse imputado el tipo de negociación incompatible,</p> <p>Asimismo, en el caso, se puede percibir que otros efecto negativo hallado es el total desconocimiento por el juzgado de primera instancia de aspectos referidos como autoría y participación, asimismo, al desarrollar si es un delito de peligro o de lesión, el juzgado tiene una argumentación simple, considerando que estos conocimientos, con los que deben contar deberían ser especializado, en el caso en concreto también consideramos ello, como un efecto negativo.</p>			<p>En el caso analizado, se aprecia que el delito de negociación incompatible al imputarse de forma alternativa, el Ministerio Público se excedió al ejercer su rol de persecutor de la criminalidad, como ya hemos explicado, en el sentido de que, ambos tipos penales pueden ser considerados como general (negociación incompatible) y específico (colusión ilegal), si bien es cierto para la comisión del delito de colusión ilegal e estándar probatorio es más exigente, en el tipo penal de negociación solo implica acreditar que el funcionario se interesó en un interés particular, por ello consideramos, que debido a las diferencias que existen entre los elementos descriptivos y normativos no deberían ser imputados de forma alternativa.</p> <p>En el caso hemos podido hallar que el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo, al determino en la Sentencia N° 0087-2016-JUPS/CSJJU-PJ, en el folio 465 párrafo segundo:” Sin embargo en juicio no se ha acreditado el pacto colusorio, en primera instancia porque la idea de compra viene de una acta de compromiso suscrito por las autoridades de la Comuna de Llaylla (lo cual no lo hace ilegal), y segundo porque no hubo proceso de selección que posibilitaría la colusión con uno de los postores”, por tanto, se ha utilizado al delito de negociación incompatible, como una salida, al no poder probar el pacto colusorio, desarrollo sus argumentos con la finalidad de acreditar que los funcionarios públicos en el caso (Alcalde y Gerente) se habrían interesado en favor a tercero, argumentación que resulta reprochable porque en la segunda instancia se determinó que si se cometió el delito de negociación incompatible.</p> <p>En el caso analizado, se puede apreciar, en el folio 457 del Expediente, específicamente en la Sentencia, se menciona que en los alegatos de clausura de los imputados la estrategia es que solo se juzgue a sus</p>
	<p>2.El Ministerio Público se excede en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado</p>	<p>Si, en el caso analizado, se aprecia que el delito de negociación incompatible al imputarse de forma alternativa, el Ministerio Público se excedió al ejercer su rol de persecutor de la criminalidad, como ya hemos explicado, en el sentido de que, ambos tipos penales pueden ser considerados como general (negociación incompatible) y específico (colusión ilegal), si bien es cierto para la comisión del delito de colusión ilegal e estándar probatorio es más exigente, en el tipo penal de negociación solo implica</p>			

		acreditar que el funcionario se interesó en un interés particular, por ello consideramos, que debido a las diferencias que existen entre los elementos descriptivos y normativos no deberían ser imputados de forma alternativa.			patrocinados, por ejemplo, citamos; considerando 3.2.“ Los alegatos de clausura del abogado de Simeón Hurtado y Willian Vilcahuaman”: Refiere que sus defendidos no han cometido el delito de colusión, sin embargo, su conducta puede subsumirse en el tipo de negociación incompatible previsto en el artículo 389 del Código Penal, pues en su actuar ha existido un conflicto e intereses que de igual forma lo señala el Jurado Nacional de Elecciones calificando la conducta de sus patrocinados en esta figura delictiva. Asimismo, precisa que la señorita fiscal no ha acreditado la concertación de sus defendidos para defraudar al Estado.
3. El Poder Judicial no puede determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar.	Si, en el caso hemos podido hallar que el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo, al determino en la Sentencia N° 0087-2016-JUPS/CSJJU-PJ, en el folio 465 párrafo segundo:” Sin embargo en juicio no se ha acreditado el pacto colusorio, en primera instancia porque la idea de compra viene de una acta de compromiso suscrito por las autoridades de la Comuna de Llaylla (lo cual no lo hace ilegal), y segundo porque no hubo proceso de selección que posibilitaría la colusión con uno de los postores”, por tanto, se ha utilizado al delito de negociación incompatible, como una salida, al no poder probar el pacto colusorio, desarrollo sus argumentos con la finalidad de acreditar que los funcionarios públicos en el caso (Alcalde y Gerente) se habrían interesado en favor a tercero, argumentación que resulta reprochable porque en la segunda instancia se determinó que si se cometió el delito de negociación incompatible.			Asimismo, en su considerado 3.3.”Los Alegatos de clausura del abogado de Fulgencio Avellaneda y Artemio Pando”: Refiere, (...) Si bien es cierto habría cometido actos irregulares de tipo administrativos e su celebración estos no se condicen con el tipo de colusión, sino, puede ser el del delito de negociación incompatible, por lo cual se absuelva a sus patrocinados por el delito de colusión y en todo caso se les condene por el delito de negociación incompatible. Retomando la respuesta al ítem, por estos extractos señalados, evidentemente la estrategia de la defensa técnica fue la de utilizar al delito de negociación incompatible como medio para generar impunidad, con respecto a los delitos cometidos.	
4. La defensa técnica se aprovecha de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado	Si, en el caso analizado, se puede apreciar, en el folio 457 del Expediente, específicamente en la Sentencia, se menciona que en los alegatos de clausura de los imputados la estrategia es que solo se juzgue a sus patrocinados, por ejemplo, citamos; considerando 3.2.“ Los alegatos de clausura del abogado de Simeón Hurtado y Willian			Para precisar en el caso en concreto al existir imputaciones alternativas, la primera (colusión), al ser un delito de encuentro, exige la participación del extraneus, con quien realizara el pacto colusorio, y, para el segundo (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) solo es punible el acto del intraneus que pone en primer lugar el interés privado o de tercero, dejando de la lado el interés estatal, para favorecer, como se está explicando,	

<p>sea beneficiado en un concurso de delitos</p>	<p>Vilcahuaman”: Refiere que sus defendidos no han cometido el delito de colusión, sin embargo, su conducta puede subsumirse en el tipo de negociación incompatible previsto en el artículo 389 del Código Penal, pues en su actuar ha existido un conflicto e intereses que de igual forma lo señala el Jurado Nacional de Elecciones calificando la conducta de sus patrocinados en esta figura delictiva. Asimismo, precisa que la señorita fiscal no ha acreditado la concertación de sus defendidos para defraudar al Estado. Asimismo, en su considerado 3.3.”Los Alegatos de clausura del abogado de Fulgencio Avellaneda y Artemio Pando”: Refiere, (...) Si bien es cierto habría cometido actos irregulares de tipo administrativos e su celebración estos no se condicen con el tipo de colusión, sino, puede ser el del delito de negociación incompatible, por lo cual se absuelva a sus patrocinados por el delito de colusión y en todo caso se les condene por el delito de negociación incompatible. Retomando la respuesta al ítem, por estos extractos señalados, evidentemente la estrategia de la defensa técnica fue la de utilizar al delito de negociación incompatible como medio para generar impunidad, con respecto a los delitos cometidos.</p>			<p>propiamente o a favor de tercero, entonces, para considerar cómplices a los extraneus en el caso, ellos deberían haber participado directamente en los hechos que se realizaron, para que el funcionario público se interese, sin embargo, en el caso en concreto, esto fue totalmente distinto, ya que en hechos se ha acreditado, que ellos fueron una contraparte que se benefició por la venta sobrevalorada de sus terrenos y sin estar sujeto al procedimiento de una contratación pública, sin tener participación en la gestación del interés del funcionario, por tanto, a fin de concluir con la respuesta, es claro que, el resolver del juzgado de primera instancia denota desconocimiento total de que en el delito de negociación incompatible, es un delito donde no se exige la participación de un tercero, ello se vio evidenciado en las sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal de Apelaciones Liquidadora de Satipo a través de la Resolución N° 35, donde en su considerando 2.3. “Ahora corresponde delimitar el delito de colusión desleal del delito de negociación incompatible en su párrafo cuarto desarrolla: “En su fundamento trigésimo (de la Casación N° 641-2015-Ayacucho) describe el verbo rector del delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo y describe la participación del extraneus de delito de colusión: “(...) 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 si lo es la Colusión”, frente a ello, concluimos que la resolución de primera instancia obvio, información de primer nivel que habría ayudado a esclarecer las imputaciones realizadas.</p>
<p>5. No se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de</p>	<p>Si, para precisar en el caso en concreto al existir imputaciones alternativas, la primera (colusión), al ser un delito de encuentro, exige la participación del extraneus, con quien realizara el pacto colusorio, y, para el segundo (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) solo es</p>			

	negociación incompatible.	<p>punible el acto del intraneus que pone en primer lugar el interés privado o de tercero, dejando de la lado el interés estatal, para favorecer, como se está explicando, propiamente o a favor de tercero, entonces, para considerar cómplices a los extraneus en el caso, ellos deberían haber participado directamente en los hechos que se realizaron, para que el funcionario público se interese, sin embargo, en el caso en concreto, esto fue totalmente distinto, ya que en hechos se ha acreditado, que ellos fueron una contraparte que se benefició por la venta sobrevalorada de sus terrenos y sin estar sujeto al procedimiento de una contratación pública, sin tener participación en la gestación del interés del funcionario, por tanto, a fin de concluir con la respuesta, es claro que, el resolver del juzgado de primera instancia denota desconocimiento total de que en el delito de negociación incompatible, es un delito donde no se exige la participación de un tercero, ello se vio evidenciado en las sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal de Apelaciones Liquidadora de Satipo a través de la Resolución N° 35, donde en su considerando 2.3. “Ahora corresponde delimitar el delito de colusión desleal del delito de negociación incompatible en su párrafo cuarto desarrolla: “En su fundamento trigésimo (de la Casación N° 641-2015-Ayacucho) describe el verbo rector del delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo y describe la participación del extraneus de delito de colusión: ‘(...) la estructura típica de</p>		<p>En la página 461 del Expediente, en el párrafo tercero, subtulado; “Con respecto al delito de negociación incompatible, desarrolla: “Este delito es un delito de resultado, esto es a diferencia del delito de colusión que es un delito de peligro (colusión simple-único párrafo-, esto se consume con el acuerdo ilícito o concertación, no siendo necesario el perjuicio real al patrimonio del Estado. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, que establece “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, texto según Ley 28355”. De ello, podemos concluir que en el caso analizado, no se presta especial atención a este aspecto, que es importante para el entendimiento de la consumación del tipo penal, por tanto, de lo citado en el marco teórico de la Casación N° 231-2017 – Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en su argumento Trigésimo séptimo, debemos agregar lo desarrollado por este Tribunal, con respecto a la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible en su considerando 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</p>
--	---------------------------	---	--	--

		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 si lo es la Colusión”, frente a ello, concluimos que la resolución de primera instancia obvio, información de primer nivel que habría ayudado a esclarecer las imputaciones realizadas.			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. Por tanto se concluye que el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto.
	6. No se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto.	No, en la página 461 del Expediente, en el párrafo tercero, subtulado; <u>“Con respecto al delito de negociación incompatible,</u> desarrolla: “Este delito es un delito de resultado, esto es a diferencia del delito de colusión que es un delito de peligro (colusión simple-único párrafo-, esto se consume con el acuerdo ilícito o concertación, no siendo necesario el perjuicio real al patrimonio del Estado. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, que establece “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, texto según Ley 28355”. De ello, podemos concluir que en el caso analizado, no se presta especial atención a este aspecto, que es importante para el entendimiento de la consumación del tipo			

		<p>penal, por tanto, de lo citado en el marco teórico de la Casación N° 231-2017 – Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en su argumento Trigésimo séptimo, debemos agregar lo desarrollado por este Tribunal, con respecto a la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible en su considerando 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. Por tanto se concluye que el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto.</p>			
--	--	---	--	--	--

Fuente: Triangulación de caso, elaborado por el investigador

4.2.3. Triangulación de cuestionario al investigador Diego Fernando Huaynate

Orihuela.

Tabla N° 10 Análisis del Cuestionario al Investigador Diego Fernando Huaynate Orihuela

Categoría de Análisis	Caracterización	Criterios del investigador	Similitudes	Diferencias	Conclusiones de categorías según criterios del investigador
<p>1. EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO</p>	<p>1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto positivo.</p>	<p>No, para ensayar una respuesta adecuada sobre este punto desarrollare cada idea de forma individual para luego sustentar el porqué de la respuesta No.</p> <p>En primer lugar, según el contexto de la investigación, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo viene siendo utilizado de forma errónea por los operadores jurídicos, ello debido a la confusión que genera la denominación otorgada por el Código Penal, en su artículo 399 como Negociación Incompatible, siendo que con un simple criterio el termino negociación, exige que debería haber un acuerdo de voluntades, e incompatible, como algo que no es compatible, que no concuerda, es decir, distorsiona lo regulado en el mismo articulo, siendo lo correcto, la denominación de aprovechamiento indebido del cargo, claro está, que esto viene ocurriendo por la falta de preparación de los operadores jurídicos. Con respecto a este tema, concluimos que tiene un efecto negativo.</p> <p>Continuando la exposición del porque la regulación del tipo penal tiene efectos negativos, indicaremos que el uso que se le viene otorgando por parte de la defensa técnica, es inadecuado, en el sentido que al estar dentro de un proceso penal, y se realizaron imputaciones alternativas, promueven que el Juez, se incline por la imputación de negociación incompatible, utilizándolo como estrategia, sin embargo, precisamos que esto se da, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, debido a que los tipos penales de colusión y negociación incompatible, son delitos que de forma general podemos decir solo coinciden que sus supuestos de hecho se</p>			<p>En primer lugar, según el contexto de la investigación, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo viene siendo utilizado de forma errónea por los operadores jurídicos, ello debido a la confusión que genera la denominación otorgada por el Código Penal, en su artículo 399 como Negociación Incompatible, siendo que con un simple criterio el termino negociación, exige que debería haber un acuerdo de voluntades, e incompatible, como algo que no es compatible, que no concuerda, es decir, distorsiona lo regulado en el mismo artículo, siendo lo correcto, la denominación de aprovechamiento indebido del cargo, claro está, que esto viene ocurriendo por la falta de preparación de los operadores jurídicos.</p> <p>Continuando la exposición del porque la regulación del tipo penal tiene efectos negativos, indicaremos que el uso que se le viene otorgando por parte de la defensa técnica, es inadecuado, en el sentido que al estar dentro de un proceso penal, y se realizaron imputaciones alternativas, promueven que el Juez, se incline por la imputación de negociación incompatible, utilizándolo como estrategia, sin embargo, precisamos que esto se da, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, debido a que los tipos penales de colusión y negociación incompatible, son delitos que de forma general podemos decir solo coinciden que sus supuestos de hecho se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, incluso, el tipo penal de negociación es un tipo penal general que incluye a las operaciones del Estado, asimismo, desde un punto de vista personal, si se me imputaría ambos delitos, no procuraría que los hechos encajen en la negociación</p>

		<p>desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, incluso, el tipo penal de negociación es un tipo más general que incluye a las operaciones del Estado, asimismo desde un punto de vista personal, si se me imputaría ambos delitos, no procuraría que los hechos encajen en la negociación incompatible, ya que ambos tipos penales podrían desvirtuarse al ser tipos penales distintos. Con respecto a ello, debemos concluir, que el tipo penal en cuestión genera confusión, sin embargo, debemos atribuirle la responsabilidad de que vengan siendo mal utilizados por el desconocimiento de los abogados que se dedican a la defensa técnica. Por ello, debemos concluir que los efectos son negativos.</p> <p>El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Público le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que el ministerio público le otorga un rol subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presume la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que esta práctica, ha generado una confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto concurso aparente de leyes, sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no definir que conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión, por tanto es un efecto negativo.</p> <p>Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en</p>		<p>incompatible, ya que ambos tipos penales podrían desvirtuarse al ser tipos penales distintos. Con respecto a ello, debemos concluir, que el tipo penal en cuestión genera confusión, sin embargo, debemos atribuirle la responsabilidad de que vengan siendo mal utilizados por el desconocimiento de los abogados que se dedican a la defensa técnica.</p> <p>El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Público le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que se le otorga un rol subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presume la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que esta práctica, ha generado una confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto concurso aparente de leyes, sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no definir que conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión.</p> <p>Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento sería para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero sería ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es decir ¿no habría antes un acuerdo para beneficiar al tercero?, explicamos ello</p>
--	--	---	--	--

	<p>cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento sería para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero sería ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es decir ¿no habría antes un acuerdo para beneficiar al tercero?, explicamos ello que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, generando confusión a los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por colusión, puedan ser admitidos a través de este tipo penal, considerando este efecto también negativo y proponiendo que debería ser extraído del tipo penal,</p> <p>Existen dos temas más que debo señalar, el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente partícipes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una</p>		<p>que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, contribuyendo a la generación de confusión en los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por colusión, puedan ser admitidos a través de este tipo penal.</p> <p>Existen dos temas más que debo señalar; el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente partícipes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte del Ministerio Público o al emitir una sentencia en este caso por el Poder Judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad.</p> <p>El tipo penal de negociación incompatible facilita la labor del ministerio público, en el sentido de que a partir de las Casaciones emitidas por la Corte Suprema, este puede ser utilizado de forma</p>
--	---	--	---

		defensa técnica, una imputación correcta por parte de ministerio público o al emitir una sentencia en este caso por el poder judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad.			subsidiaria, con los tipos penales de colusión, cohecho, tráfico de influencias, etc. Consideramos que facilita la labor de la fiscalía en el sentido que para el cumplimiento del supuesto de hecho, contenido en el tipo penal de negociación incompatible, basta acreditar la actuación unilateral del funcionario público, a diferencia de los otros tipos penales donde se exige que se acredite la interacción con los extraneos, aspecto que consideramos es más compleja de acreditar.
	2. La tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en las operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos	Sí, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible facilita la labor del ministerio público, en el sentido de que a partir de las Casaciones emitidas por la Corte Suprema, este puede ser utilizado de forma subsidiaria, con los tipos penales de colusión, cohecho, tráfico de influencias, etc. Consideramos que facilita la labor de la fiscalía en el sentido que para el cumplimiento del supuesto de hecho, contenido en el tipo penal de negociación incompatible, basta acreditar la actuación unilateral del funcionario público, a diferencia de los otros tipos penales donde se exige que se acredite la interacción con los extraneos, aspecto que consideramos es más compleja de acreditar.			El tipo de negociación incompatible a fin de acreditar su comisión exige se pruebe el interés indebido del funcionario para beneficiarse propiamente o a tercero, específicamente acreditar la actuación unilateral del intraneos, a diferencia de los delitos con los cuales aparentemente habría un concurso aparente de leyes como colusión, cohecho o tráfico de influencias donde necesariamente los medios probatorios deben apuntar a acreditar la interacción entre funcionario y extraneos, pruebas que por su naturaleza son muy complejas de obtener. Por tanto, a manera de conclusión si el delito de negociación incompatible es imputado de forma alternativa conjuntamente con algunos de los tipos penales mencionadas, está claro, que se va a considerar la exigencia probatoria del tipo de negociación incompatible como un estándar menor en comparación de los tipos ya mencionados. De la investigación ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un medio para obtener una pena menor. EL defecto que se viene dando debido al desconocimiento de los operadores jurídicos al tratar
	3. Para el Poder Judicial determinar la responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio.	Si, para ensayar una respuesta debemos explicar que el tipo de negociación incompatible a fin de acreditar su comisión exige como manda el tipo penal se pruebe el interés indebido del funcionario para beneficiarse propiamente o a tercero, específicamente acreditar la actuación unilateral del intraneos, a diferencia de los delitos con los cuales aparentemente habría un concurso aparente de leyes como colusión, cohecho o tráfico de influencias donde necesariamente los medios probatorios deben apuntar a acreditar la interacción entre funcionario y extraneos, pruebas que por su naturaleza son muy complejas de obtener, sin embargo, debemos precisar que los tipos penales son totalmente diferentes.			

		Por tanto, a manera de conclusión si el delito de negociación incompatible es imputado de forma alternativa conjuntamente con algunos de los tipos penales mencionadas, está claro, que se va a considerar la exigencia probatoria del tipo de negociación incompatible como un estándar menor en comparación de los tipos ya mencionados.			de asimilar que las conductas del tipo de negociación incompatible también puedan ser juzgadas por los delitos mencionados anteriormente, el primer error que se comete es por parte el ministerio público al imputar de forma alternativa estos tipos penales y el segundo vendría ser, que la defensa técnica al tener imputaciones alternativas por ejemplo de colusión y negociación incompatible, lo que debería procurar es lograr la absolución total de los tipos penales y no provocar que este tenga una tipificación distinta.
	4. La defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos para no agravar la condena del imputado	Si, a lo largo de la investigación ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un medio para obtener una pena menor. En este ítem debo precisar que este defecto se viene dando debido al desconocimiento de los operadores jurídicos al tratar de asimilar que las conductas del tipo de negociación incompatible también puedan ser juzgadas por los delitos mencionados anteriormente, el primer error que se comete es por parte el ministerio público al imputar de forma alternativa estos tipos penales y el segundo vendría ser, que la defensa técnica al tener imputaciones alternativas por ejemplo de colusión y negociación incompatible, lo que debería procurar es lograr la absolución total de los tipos penales y no provocar que este tenga una triplicación distinta.			La política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocinio ilegal o tráfico de influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país.
	5. La tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción	No, es que si bien es cierto la política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocinio ilegal o tráfico de influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia de defensa para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara			A través de la Casación Casación N° 841 –2015- Ayacucho, la Corte Suprema ha determinado que los funcionarios públicos deben ser juzgados como autores del tipo penal en análisis y los extraneus como partícipes es decir cómplices o instigadores, respetando la teoría de la ruptura del título de imputación, sin embargo, en la práctica se viene confundiendo estos conceptos debido al desconocimiento de los operadores jurídicos.

		una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país.			En la Casación N° 231-2017 – Puno se determinó que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es un delito de peligro concreto mas no de lesión, característica del tipo penal que debe ser manejado a la perfección por los operadores jurídicos a fin de aplicar de la mejor manera el tipo penal. En la práctica lo que se observa es desconocimiento por parte de los operadores jurídicos. En conclusión por los argumentos vertidos el efecto regulatorio realizado por el delito de negociación incompatible es mayormente negativo.
	6.Se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible	Si, a través de la Casación Casación N° 841 –2015- Ayacucho, la Corte Suprema ha determinado que los funcionarios públicos deben ser juzgados como autores del tipo penal en análisis y los extraneus como participes es decir cómplices o instigadores, sin embargo, en la práctica se viene confundiendo estos conceptos debido al desconocimiento de los operadores jurídicos.			
	7.Se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto	Si, la Casación N° 231-2017 – Puno determino que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es un delito de peligro concreto mas no de lesión, característica del tipo penal que debe ser manejado a la perfección por los operadores jurídicos a fin de aplicar de la mejor manera el tipo penal. En la práctica lo que se observa es desconocimiento por parte de los operadores jurídicos.			
EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL	1. La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto negativo.	No, para ensayar una respuesta adecuada sobre este punto desarrollare cada idea de forma individual para luego sustentar el porqué de la respuesta No. En primer lugar, según el contexto de la investigación, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo viene siendo utilizado de forma errónea por los operadores jurídicos, ello debido a la confusión que genera la denominación otorgada por el Código Penal, en su artículo 399 como Negociación Incompatible, siendo que con un simple criterio el termino negociación, exige que debería haber un acuerdo de voluntades, e incompatible, como algo que no es			En primer lugar, según el contexto de la investigación, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo viene siendo utilizado de forma errónea por los operadores jurídicos, ello debido a la confusión que genera la denominación otorgada por el Código Penal, en su artículo 399 como Negociación Incompatible, siendo que con un simple criterio el termino negociación, exige que debería haber un acuerdo de voluntades, e incompatible, como algo que no es compatible, que no concuerda, es decir, distorsiona lo regulado en el mismo artículo, siendo lo correcto, la denominación de aprovechamiento indebido del

		<p>compatible, que no concuerda, es decir, distorsiona lo regulado en el mismo artículo, siendo lo correcto, la denominación de aprovechamiento indebido del cargo, claro está, que esto viene ocurriendo por la falta de preparación de los operadores jurídicos. Con respecto a este tema, concluimos que tiene un efecto negativo.</p> <p>Continuando la exposición del porque la regulación del tipo penal tiene efectos negativos, indicaremos que el uso que se le viene otorgando por parte de la defensa técnica, es inadecuado, en el sentido que al estar dentro de un proceso penal, y se realizaron imputaciones alternativas, promueven que el Juez, se incline por la imputación de negociación incompatible, utilizándolo como estrategia, sin embargo, precisamos que esto se da, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, debido a que los tipos penales de colusión y negociación incompatible, son delitos que de forma general podemos decir solo coinciden que sus supuestos de hecho se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, incluso, el tipo penal de negociación es un tipo más general que incluye a las operaciones del Estado, asimismo desde un punto de vista personal, si se me imputaría ambos delitos, no procuraría que los hechos encajen en la negociación incompatible, ya que ambos tipos penales podrían desvirtuarse al ser tipos penales distintos. Con respecto a ello, debemos concluir, que el tipo penal en cuestión genera confusión, sin embargo, debemos atribuirle la responsabilidad de que vengan siendo mal utilizados por el desconocimiento de los abogados que se dedican a la defensa técnica. Por ello, debemos concluir que los efectos son negativos.</p> <p>El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Público le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que el ministerio público le otorga un rol</p>		<p>cargo, claro está, que esto viene ocurriendo por la falta de preparación de los operadores jurídicos.</p> <p>Continuando la exposición del porque la regulación del tipo penal tiene efectos negativos, indicaremos que el uso que se le viene otorgando por parte de la defensa técnica, es inadecuado, en el sentido que al estar dentro de un proceso penal, y se realizaron imputaciones alternativas, promueven que el Juez, se incline por la imputación de negociación incompatible, utilizándolo como estrategia, sin embargo, precisamos que esto se da, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, debido a que los tipos penales de colusión y negociación incompatible, son delitos que de forma general podemos decir solo coinciden que sus supuestos de hecho se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, incluso, el tipo penal de negociación es un tipo penal general que incluye a las operaciones del Estado, asimismo, desde un punto de vista personal, si se me imputaría ambos delitos, no procuraría que los hechos encajen en la negociación incompatible, ya que ambos tipos penales podrían desvirtuarse al ser tipos penales distintos. Con respecto a ello, debemos concluir, que el tipo penal en cuestión genera confusión, sin embargo, debemos atribuirle la responsabilidad de que vengan siendo mal utilizados por el desconocimiento de los abogados que se dedican a la defensa técnica.</p> <p>El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Público le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que se le otorga un rol subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presume la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que</p>
--	--	--	--	--

		<p>subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presume la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que esta práctica, ha generado una confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto concurso aparente de leyes, sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no definir que conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión, por tanto es un efecto negativo.</p> <p>Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento sería para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero sería ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es decir ¿no habría antes un acuerdo para beneficiar al tercero?, explicamos ello que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, generando confusión a los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por colusión, puedan ser admitidos a través</p>		<p>esta práctica, ha generado una confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto concurso aparente de leyes, sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no definir que conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión.</p> <p>Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento sería para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero sería ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es decir ¿no habría antes un acuerdo para beneficiar al tercero?, explicamos ello que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, contribuyendo a la generación de confusión en los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por colusión, puedan ser admitidos a través de este tipo penal.</p>
--	--	--	--	--

	de este tipo penal, considerando este efecto también negativo y proponiendo que debería ser extraído del tipo penal, Existen dos temas más que debo señalar, el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente partícipes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte de ministerio público o al emitir una sentencia en este caso por el poder judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad.			Existen dos temas más que debo señalar; el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente partícipes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte del Ministerio Público o al emitir una sentencia en este caso por el Poder Judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad. El Ministerio Publico, se excede en la persecución penal al realizar imputaciones alternativas, trasgrediendo el derecho de defensa del imputado, por ejemplo, se imputa colusión agravada y negociación incompatible; como el tipo penal de colusión agravada exige la probanza del pacto colusorio y de por si es mucho más complejo acreditar tales hechos, entonces lo que sucede es archivar sobre esa imputación y continuar como delito de negociación incompatible, ello debido a que en este tipo penal solo basta con probar el interés indebido del funcionario y se encuentra consumado el tipo penal, cabe precisar que ambos delitos son totalmente distintos, sin embargo, al ser utilizado en esas circunstancias este se convierte en un medio de persecución penal.
2.El Ministerio Público se excede en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado	Si, se excede, estos casos los hallamos en los supuestos donde el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es utilizado como imputación alternativa, trasgrediendo el derecho de defensa del imputado, por ejemplo, se imputa colusión agravada y negociación incompatible; como el tipo penal de colusión agravada exige la probanza del pacto colusorio y de por si es mucho más complejo acreditar tales hechos, entonces lo que sucede es archivar sobre esa imputación y continuar como delito de negociación incompatible, ello debido a que en este tipo penal solo basta con probar el interés indebido del funcionario y se			

		encuentra consumado el tipo penal, cabe precisar que ambos delitos son totalmente distintos, sin embargo, al ser utilizado en esas circunstancias este se convierte en un medio de persecución penal.			No basta acreditar un incumplimiento normativo para acreditar el interés indebido en el tipo de negociación incompatible, sino, debemos evaluar si la actuación del funcionario público fue desde un punto de vista subjetivo, con intención de cometer el delito, como todos los tipos penales, es tarea del fiscal acreditar la comisión del tipo penal.
	3. El Poder Judicial no puede determinar fácilmente la responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar.	No, en este ítem debemos señalar que este trata de recolectar información con respecto a la complejidad de probar el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido sobre ello debo señalar que en este tipo penal, no basta acreditar un incumplimiento normativo para acreditar el interés, sino, debemos evaluar si la actuación del funcionario público fue desde un punto de vista subjetivo, con intención de cometer el delito, como todos los tipos penales, es tarea del fiscal acreditar la comisión del tipo penal.			Ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un medio para obtener una pena menor. El defecto que se viene dando debido al desconocimiento de los operadores jurídicos al tratar de asimilar que las conductas del tipo de negociación incompatible también puedan ser juzgadas por los delitos mencionados anteriormente, el primer error que se comete es por parte el ministerio público al imputar de forma alternativa estos tipos penales y el segundo vendría ser, que la defensa técnica al tener imputaciones alternativas por ejemplo de colusión y negociación incompatible, lo que debería procurar es lograr la absolución total de los tipos penales y no provocar que este tenga una triplicación distinta.
	4. La defensa técnica se aprovecha de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos	Si, a lo largo de la investigación ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un medio para obtener una pena menor. En este ítem debo precisar que este defecto se viene dando debido al desconocimiento de los operadores jurídicos al tratar de asimilar que las conductas del tipo de negociación incompatible también puedan ser juzgadas por los delitos mencionados anteriormente, el primer error que se comete es por parte el ministerio público al imputar de forma alternativa estos tipos penales y el segundo vendría ser, que la defensa técnica al tener imputaciones alternativas por ejemplo de colusión y negociación incompatible, lo que debería			A través de la Casación Casación N° 841 –2015- Ayacucho, la Corte Suprema ha determinado que los funcionarios públicos deben ser juzgados como autores del tipo penal en análisis y los extraneus como partícipes es decir cómplices o instigadores, sin embargo, en la práctica se viene confundiendo estos conceptos debido al desconocimiento de los operadores jurídicos. En la Casación N° 231-2017 – Puno determino que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es un delito de peligro concreto mas no de lesión, característica del

		procurar es lograr la absolución total de los tipos penales y no provocar que este tenga una triplicación distinta.			tipo penal que debe ser manejado a la perfección por los operadores jurídicos a fin de aplicar de la mejor manera el tipo penal. En la práctica lo que se observa es desconocimiento por parte de los operadores jurídicos.
	5. No se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible.	Si, a través de la Casación Casación N° 841 –2015- Ayacucho, la Corte Suprema ha determinado que los funcionarios públicos deben ser juzgados como autores del tipo penal en análisis y los extraneus como partícipes es decir cómplices o instigadores, sin embargo, en la práctica se viene confundiendo estos conceptos debido al desconocimiento de los operadores jurídicos.			En conclusión el efecto regulatorio que otorga el tipo penal de negociación incompatible mayormente es negativo.
	6. No se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto.	Si, la Casación N° 231-2017 – Puno determino que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es un delito de peligro concreto mas no de lesión, característica del tipo penal que debe ser manejado a la perfección por los operadores jurídicos a fin de aplicar de la mejor manera el tipo penal. En la práctica lo que se observa es desconocimiento por parte de los operadores jurídicos.			

Fuente: Triangulación del investigador, elaborado por el investigador.

4.2.4. Triangulación de expertos, caso y cuestionario al investigador

Tabla N° 11 Triangulación de expertos, caso documentado y campo

Categoría de Análisis	Experto	Caso	Investigador	Similitudes	Diferencias	Conclusiones de categoría
1. EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U	El tipo penal de negociación incompatible es un tipo penal que tiene como bien jurídico protegido la imparcialidad, la transparencia con la que los funcionarios o servidores públicos deben actuar en una contratación y operación pública, el efecto positivo que se desdobra de la regulación de este delito es que las actuaciones donde el intraneus tenga un interés indebido y este actuar escapa del marco de la	De lo evidenciado del expediente, desarrollaremos uno a uno los efectos que consideramos generan la regulación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; para empezar consideramos, como se evidencia en el caso que es una mala práctica imputar el delito de colusión ilegal y negociación incompatible, por ser delitos diferentes, tanto, en elementos normativos y descriptivos, que no	En primer lugar, según el contexto de la investigación, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo viene siendo utilizado de forma errónea por los operadores jurídicos, ello debido a la confusión que genera la denominación otorgada por el Código Penal, en su artículo 399 como Negociación Incompatible,	Es un efecto negativo imputar de forma alternativa los delitos de colusión ilegal, cohecho, patrocinio ilegal y negociación incompatible, por ser delitos, que en primer lugar protegen distintos bienes jurídicos, asimismo, sus elementos normativos y descriptivos son totalmente diferentes y el único punto de convergencia sería que sus supuestos de hecho se desarrollan en las contrataciones públicas, asimismo, la denominación otorgada para este tipo penal genera confusión, al denominarse “negociación incompatible”, el término negociación según la Real	El tipo penal de negociación incompatible es un tipo penal que tiene como bien jurídico protegido la imparcialidad, la transparencia con la que los funcionarios o servidores públicos deben actuar en una contratación y operación pública, el efecto positivo que se desdobra de la regulación de este delito es que las actuaciones donde el intraneus tenga un interés indebido y este actuar escapa del marco de la legalidad debe ser reprimido por el Estado y de forma exacta a través de esta tipificación se pondrá en salvaguarda los intereses patrimoniales del Estado.	El tipo penal de negociación incompatible es un tipo penal que tiene como bien jurídico protegido la imparcialidad, la transparencia con la que los funcionarios o servidores públicos deben actuar en una contratación y operación pública, el efecto positivo que se desdobra de la regulación de este delito es que las actuaciones donde el intraneus tenga un interés indebido y este actuar escapa del marco de la legalidad debe ser reprimido por el Estado y de forma exacta a través de esta tipificación se pondrá en salvaguarda los intereses patrimoniales del Estado. El tipo penal de negociación incompatible es un instrumento idóneo para que el Ministerio Público utilice a este, en su rol persecutor de la criminalidad, ha sido regulado para penalizar conductas donde los funcionarios o servidores públicos, se

	<p>legalidad debe ser reprimido por el Estado y de forma exacta a través de esta tipificación se pondrá en salvaguarda los intereses patrimoniales del Estado. El tipo penal de negociación incompatible es un instrumento idóneo para que el Ministerio Público utilice a este, en su rol persecutor de la criminalidad, ha sido regulado para penalizar conductas donde los funcionarios o servidores públicos, se interesen de forma ilegal para favorecer intereses privados, vulnerando la imparcialidad con la que se deben llevar las contrataciones y operaciones estatales. Sobre el estándar probatorio requerido para probar la</p>	<p>deberían confundirse, a razón de ello, evaluamos las similitudes entre ellos, teniendo como coincidencias, que los supuestos de hecho de ambos tipos penales se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, teniendo a partir de ello, diferencias marcadas, para empezar, debemos señalar que la denominación del tipo penal genera confusión al denominarse “negociación incompatible”, el término negociación según la Real Academia de la Lengua Española, determina que significa: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, como, no compatible con alguien o algo,</p>	<p>siendo que con un simple criterio el término negociación, exige que debería haber un acuerdo de voluntades, e incompatible, como algo que no es compatible, que no concuerda, es decir, distorsiona lo regulado en el mismo artículo, siendo lo correcto, la denominación de aprovechamiento indebido del cargo, claro está, que esto viene ocurriendo por la falta de preparación de los operadores jurídicos. Continuando la exposición del porque la regulación del tipo penal tiene efectos negativos, indicaremos que el uso que se le viene otorgando por parte de la defensa técnica, es inadecuado, en el</p>	<p>Academia de la Lengua Española, determina que significa: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, como, no compatible con alguien o algo, precisando, el tipo penal en estudio no exige algún pacto para su consumación, El segundo aspecto a analizar es el uso que se le otorga a este tipo penal, como sabemos este es utilizado por algunas de sus características, como un tipo subsidiario con respecto a los tipos penales de colusión, cohecho y patrocinio ilegal, sin embargo, estos tipos penales son totalmente distintos al analizado en el caso, a razón de ello, de forma teórica, consideramos que este tipo penal, al no exigir un elevado estándar probatorio de los elementos para su consumación, es un tipo penal, con mayor posibilidad de determinarse y así luchar contra la criminalidad, sin embargo, vemos en la práctica que la</p>	<p>se desdobra de la regulación de este delito es que las actuaciones donde el intraneus tenga un interés indebido y este actuar escapa del marco de la legalidad debe ser reprimido por el Estado y de forma exacta a través de esta tipificación se pondrá en salvaguarda los intereses patrimoniales del Estado. El tipo penal de negociación incompatible es un instrumento idóneo para que el Ministerio Público utilice a este, en su</p>	<p>interesen de forma ilegal para favorecer intereses privados, vulnerando la imparcialidad con la que se deben llevar las contrataciones y operaciones estatales. Sobre el estándar probatorio requerido para probar la comisión del tipo de negociación incompatible, el interés indebido por parte del funcionario o servidor público para favorecer intereses privados debe ser acreditado a través de la prueba directa, si realizamos una evaluación individual del tipo, el estándar probatorio no podría ser evaluado como alto o bajo. Considero que el delito de negociación incompatible facilita la labor de la fiscalía en el sentido que para el cumplimiento del supuesto de hecho, contenido en el tipo penal de negociación incompatible, basta acreditar la actuación unilateral del funcionario público, a diferencia de los otros tipos penales donde se exige que se acredite la interacción con los extraneus, aspecto que consideramos es más compleja de acreditar. Es un efecto negativo imputar de forma alternativa los delitos de colusión ilegal, cohecho, patrocinio ilegal y negociación incompatible, por ser delitos, que en primer lugar protegen distintos bienes jurídicos, asimismo, sus elementos normativos y descriptivos son totalmente diferentes y el único punto de convergencia sería que sus supuestos de</p>
--	--	--	--	---	---	---

<p>comisión del tipo de negociación incompatible, el interés indebido por parte del funcionario o servidor público para favorecer intereses privados debe ser acreditado a través de la prueba directa, si realizamos una evaluación individual del tipo, el estándar probatorio no podría ser evaluado como alto o bajo. Cuando se realice imputaciones alternativas teniendo como delito principal, los delitos de Colusión, Cohecho, Tráfico de Influencias y el delito de Negociación Incompatible como alternativo, es evidente que la complejidad para obtener la prueba de los tipos penales imputados como principales reviste mayor complejidad,</p>	<p>precisando, el tipo penal en estudio no exige algún pacto para su consumación, por ello, consideramos que de alguna forma la denominación realizada genera confusión a los operadores jurídicos, por ello, consideramos que un efecto negativo de la regulación de este tipo penal es la denominación errada asignada, por ello, al haber sido denominado en el Código Penal como; “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, consideramos que para no generar confusión se deba extraer los términos negociación incompatible y solo debería denominarse como aprovechamiento indebido del cargo.</p>	<p>sentido que al estar dentro de un proceso penal, y se realizaron imputaciones alternativas, promueven que el Juez, se incline por la imputación de negociación incompatible, utilizándolo como estrategia, sin embargo, precisamos que esto se da, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, debido a que los tipos penales de colusión y negociación incompatible, son delitos que de forma general podemos decir solo coinciden que sus supuestos de hecho se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, incluso, el tipo penal de negociación es un tipo penal general que incluye a las</p>	<p>defensa técnica, procura que los hechos cometidos encajen en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal, en comparación con el tipo en análisis, tiene un castigo más agravado. Con respecto a las consideraciones desde el punto de vista fiscal y de la defensa técnica, indicamos, desde un punto de vista de abogado defensor, que consideramos que el imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación y/o imputación por colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación alternativa, y sobre todo de un tipo penal que a simple vista es general, porque solo se debe probar un</p>	<p>rol persecutor de la criminalidad, ha sido regulado para penalizar conductas donde los funcionarios o servidores públicos, se interesen de forma ilegal para favorecer intereses privados, vulnerando la imparcialidad con la que se deben llevar las contrataciones y operaciones estatales. Sobre el estándar probatorio requerido para probar la comisión del tipo de negociación incompatible, el interés indebido por parte del</p>	<p>hecho se desarrollan en las contrataciones públicas, asimismo, la denominación otorgada para este tipo penal genera confusión, al denominarse “negociación incompatible”, el termino negociación según la Real Academia de la Lengua Española, determina que significa: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, como, no compatible con alguien o algo, precisando, el tipo penal en estudio no exige algún pacto para su consumación, El segundo aspecto a analizar es el uso que se le otorga a este tipo penal, como sabemos este es utilizado por algunas de sus características, como un tipo subsidiario con respecto a los tipos penales de colusión, cohecho y patrocínio ilegal, sin embargo, estos tipos penales son totalmente distintos al analizado en el caso, a razón de ello, de forma teórica, consideramos que este tipo penal, al no exigir un elevado estándar probatorio de los elementos para su consumación, es un tipo penal, con mayor posibilidad de determinarse y así luchar contra la criminalidad, sin embargo, vemos en la practica que la defensa técnica, procura que los hechos cometidos encajen en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal, en comparación con el tipo en análisis, tiene un castigo más agravado</p>
---	---	---	--	---	---

	<p>porque debe acreditarse la interacción con los extraneus, incluso en este tipo de delitos podemos utilizar la prueba indiciaria y en comparación con lo exigido para el delito de negociación incompatible el estándar probatorio es de menor intensidad. Las defensas técnicas si utilizan como estrategia al delito de negociación incompatible, sin embargo, esta posibilidad se da a cuenta y riesgo del Ministerio Publico, porque son ellos los que utilizan de forma subsidiaria al delito de negociación incompatible, por tanto, al evaluar la penalidad del delito de negociación incompatible frente al de colusión, cohecho o tráfico de</p>	<p>El segundo aspecto a analizar es el uso que se le otorga a este tipo penal, como sabemos este es utilizado por algunas de sus características, como un tipo subsidiario con respecto a los tipos penales de colusión, cohecho y patrocínio ilegal, sin embargo, estos tipos penales son totalmente distintos al analizado en el caso, a razón de ello, de forma teórica, consideramos que este tipo penal, al no exigir un elevado estándar probatorio de los elementos para su consumación, es un tipo penal, con mayor posibilidad de determinarse y así luchar contra la criminalidad, sin embargo, en la realidad, lo que observamos como en el caso en concreto, vemos que la defensa técnica, procura que</p>	<p>operaciones del Estado, asimismo, desde un punto de vista personal, si se me imputaría ambos delitos, no procuraría que los hechos encajen en la negociación incompatible, ya que ambos tipos penales podrían desvirtuarse al ser tipos penales distintos. Con respecto a ello, debemos concluir, que el tipo penal en cuestión genera confusión, sin embargo, debemos atribuirle la responsabilidad de que vengan siendo mal utilizados por el desconocimiento de los abogados que se dedican a la defensa técnica. El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Publico le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que se</p>	<p>interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que se excede la persecución criminal, por ello deberíamos considerarlo como un efecto negativo. Desde el punto de vista de la fiscalía, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible es una herramienta que beneficia las investigaciones en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios, al poder ser utilizado como imputación alternativa, por ello, si no se logra acreditar que hubo comisión del delito de colusión, hay una alternativa de continuar con la persecución criminal al haberse imputado el tipo de negociación incompatible, El supuesto de hecho donde señalan el interés indebido del funcionario a favor de</p>	<p>funcionario o servidor público para favorecer intereses privados debe ser acreditado a través de la prueba directa, si realizamos una evaluación individual del tipo, el estándar probatorio no podría ser evaluado como alto o bajo. Considero que el delito de negociación incompatible facilita la labor de la fiscalía en el sentido que para el cumplimiento del supuesto de hecho, contenido en el tipo penal de</p>	<p>Con respecto a las consideraciones desde el punto de vista fiscal y de la defensa técnica, indicamos, desde un punto de vista de abogado defensor, que consideramos que el imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación y/o imputación por colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación alternativa, y sobre todo de un tipo penal que a simple vista es general, porque solo se debe probar un interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que se excede la persecución criminal, por ello deberíamos considerarlo como un efecto negativo. Desde el punto de vista de la fiscalía, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible es una herramienta que beneficia las investigaciones en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios, al poder ser utilizado como imputación alternativa, por ello, si no se logra acreditar que hubo comisión del delito de colusión, hay una alternativa de continuar con la persecución criminal al haberse imputado el tipo de negociación incompatible, El supuesto de hecho donde señalan el interés indebido del funcionario a favor</p>
--	---	--	---	---	---	--

	<p>influencias lo más favorable será para la defensa obtener la pena mas baja, sin embargo, se debe procurar la absolución de toda la imputación al ser injustos totalmente diferentes.</p> <p>El tipo penal de negociación incompatible es una buena política criminal, porque procura proteger la imparcialidad y transparencia de los contratos y operaciones del Estado, exigiendo al funcionario o servidor público anteponer los intereses estatales sobre los particulares, sin embargo, debe realizarse modificaciones a fin de evitar confusiones, en primer lugar la denominación “Negociación Incompatible” a fin</p>	<p>los hechos cometidos encajen en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal, en comparación con el tipo en análisis, tiene un castigo más agravado (la pena), por tanto, en favor de que sus patrocinados se vean beneficiados, procuran que la decisión que se determine del proceso sea la condena por negociación incompatible, sin embargo, de lo analizado en el expediente, vemos que el juzgado de primera instancia, contaba con todos los elementos para poder concluir que nos encontrábamos frente al tipo penal de colusión, por tanto, consideramos que las defensas técnicas al usar como</p>	<p>le otorga un rol subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presume la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que esta práctica, ha generado una confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto concurso aparente de leyes, sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de</p>	<p>funcionario, pueda favorecer a alguien, si no se obtiene un beneficio, es decir, debe desarrollarse un pacto para tal beneficio, consideramos realizar esa modificación, a fin de no generar confusión al momento de utilizar este tipo penal, asimismo, para que hechos que puedan ser actos colusorios, puedan encajar en el tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo.</p> <p>El nivel de estándar probatorio exigido por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es menor con respecto al delito de colusión que se imputo de forma alternativa en el caso de análisis, para el primero se requiere acreditar el interés propio o en favor de tercero, para acreditar el cumplimiento de este elemento normativo de tipo.</p> <p>Retomando la respuesta al ítem, por estos extractos señalados, evidentemente la estrategia de la defensa técnica fue la de utilizar al</p>	<p>negociación incompatible, basta acreditar la actuación unilateral del funcionario público, a diferencia de los otros tipos penales donde se exige que se acredite la interacción con los extraneos, aspecto que consideramos es más compleja de acreditar.</p>	<p>de tercero, es un supuesto que no debería considerarse en el tipo penal, porque al favorecer a un tercero, podría presumirse que entre el funcionario y este ya habría un acuerdo, para otorgar beneficios, ya que, es poco probable, que algún funcionario, pueda favorecer a alguien, si no se obtiene un beneficio, es decir, debe desarrollarse un pacto para tal beneficio, consideramos realizar esa modificación, a fin de no generar confusión al momento de utilizar este tipo penal, asimismo, para que hechos que puedan ser actos colusorios, puedan encajar en el tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo.</p> <p>El nivel de estándar probatorio exigido por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es menor con respecto al delito de colusión que se imputo de forma alternativa en el caso de análisis, para el primero se requiere acreditar el interés propio o en favor de tercero, para acreditar el cumplimiento de este elemento normativo de tipo.</p> <p>Retomando la respuesta al ítem, por estos extractos señalados, evidentemente la estrategia de la defensa técnica fue la de utilizar al delito de negociación incompatible como medio para generar impunidad, con respecto a los delitos cometidos.</p> <p>es que si bien es cierto la política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado</p>
--	--	---	---	---	---	---

	<p>de solamente denominarse como “Aprovechamiento Indevido del Cargo”, ello a razón de que el termino negociación, implica un conjunto de manifestaciones de voluntad, siendo este tipo penal, uno donde se penaliza de forma individual las acciones del funcionario público, claro está que puede estar asistido por partícipes pero no involucra la participación de un tercero (extraneus) y en segundo lugar el elemento descriptivo en “provecho de tercero”, se realiza esta propuesta, debido a que en la practica el favorecer a un tercero, no es de forma desinteresada, siempre se obtiene un beneficio, y como este tipo penal de aprovechamiento indevido del cargo, es un delito de mera</p>	<p>instrumento a la negociación incompatible para obtener una condena es un efecto negativo de su regulación. Con respecto a las consideraciones desde el punto de vista fiscal y de la defensa técnica, indicamos, desde un punto de vista de abogado defensor, que consideramos que el imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación y/o imputación por colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación</p>	<p>defensa de los imputados al no definir que conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión. Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indevido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento</p>	<p>delito de negociación incompatible como medio para generar impunidad, con respecto a los delitos cometidos. es que si bien es cierto la política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocínio ilegal o tráfico de influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia de defensa para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el</p>	<p>para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocínio ilegal o tráfico de influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia de defensa para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indevido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país. es claro que, el resolver del juzgado de primera instancia denota desconocimiento total de que en el delito de negociación incompatible, es un delito donde no se exige la participación de un tercero 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</p>
--	---	---	---	---	---

	<p>actividad del funcionario público y no exige la interacción de un tercero para su configuración, concluimos que este elemento descriptivo deja la posibilidad que si no se acredita el pacto colusorio en el tipo penal de colusión o la participación del extraneus en el cohecho o tráfico de influencias, el delito de aprovechamiento indebido pueda ser utilizado como una estrategia reservada tanto de parte del Ministerio Publico como de la defensa técnica.</p> <p>Los conceptos sobre autoría y participación, que han de ser utilizados por los operadores jurídicos al momento de emitir una resolución judicial, disposición fiscal o preparar argumentos de</p>	<p>alternativa, y sobre todo de un tipo penal que a simple vista es general, porque solo se debe probar un interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que se excede la persecución criminal, por ello deberíamos considerarlo como un efecto negativo.</p> <p>Desde el punto de vista de la fiscalía, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible es una herramienta que beneficia las investigaciones en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios, al poder ser utilizado como imputación alternativa, por ello, si no se logra acreditar que hubo comisión del delito de colusión, hay una alternativa de continuar con la persecución criminal</p>	<p>sería para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero sería ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es decir ¿no habría antes un acuerdo para beneficiar al tercero?, explicamos ello que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, contribuyendo a la</p>	<p>tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país.</p> <p>es claro que, el resolver del juzgado de primera instancia denota desconocimiento total de que en el delito de negociación incompatible, es un delito donde no se exige la participación de un tercero</p> <p>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</p>	<p>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. Por tanto se concluye que el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto.</p> <p>El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Publico le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que se le otorga un rol subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presuma la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que esta práctica, ha generado una confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto concurso aparente de leyes, sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no definir que</p>
--	--	---	--	--	---

	<p>defensa ya han sido establecidos en la doctrina como también en la jurisprudencia, sin embargo, existe una deficiencia al utilizar estas categorías de la teoría del delito, ello, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, asimismo, por confundir sistemas dogmáticos penales que en ocasiones se utilizan conceptos desarrollados en un sistema, haciendo encajar a fin de sustentar sus argumentos.</p>	<p>al haberse imputado el tipo de negociación incompatible, Así también, haciendo un análisis del porqué, de la confusión generada por los operadores jurídicos, con asemejar el delito de negociación incompatible con el de colusión, realizando un estudio exhaustivo, citando el tipo penal: “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del</p>	<p>generación de confusión en los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por colusión, puedan ser admitidos a través de este tipo penal. Existen dos temas más que debo señalar; el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que</p>	<p>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. Por tanto se concluye que el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto.</p> <p>El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Público le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que se le otorga un rol subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presuma la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que esta práctica, ha generado una confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto</p>	<p>conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión.</p> <p>Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento sería para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero sería ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es decir ¿no habría antes un acuerdo para beneficiar al tercero?, explicamos ello que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, contribuyendo a la generación de confusión en los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por colusión, puedan ser admitidos a través de este tipo penal.</p>
--	---	---	---	--	--

		<p>artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”, consideramos que el supuesto de hecho donde señalan que el interés del funcionario a favor de tercero es un supuesto que no debería considerarse en el tipo penal, porque al favorecer a un tercero, podría presumirse que entre el funcionario y este ya habría un acuerdo, para otorgar beneficios, ya que, es poco probable, que algún funcionario, pueda favorecer a alguien, si no se obtiene un beneficio, es decir, debe desarrollarse un pacto para tal beneficio, consideramos realizar esa modificación, a fin de no generar confusión al momento de utilizar</p>	<p>se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente participes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte del Ministerio Público o al emitir una sentencia en este caso por el Poder Judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea</p>	<p>concurso aparente de leyes, sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no definir que conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión. Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento sería para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero sería ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es decir ¿no</p>	<p>Existen dos temas más que debo señalar; el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente participes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte del Ministerio Público o al emitir una sentencia en este caso por el Poder Judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad. Por tanto, a manera de conclusión si el delito de negociación incompatible es imputado de forma alternativa conjuntamente con algunos de los tipos penales mencionadas, está claro, que se va a considerar la exigencia probatoria del tipo de negociación incompatible</p>
--	--	--	--	---	---

		<p>este tipo penal, asimismo, para que hechos que puedan ser actos colusorios, puedan encajar en el tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo. Asimismo, en el caso, se puede percibir que otro efecto negativo hallado es el total desconocimiento por el juzgado de primera instancia de aspectos referidos como autoría y participación, asimismo, al desarrollar si es un delito de peligro o de lesión, el juzgado tiene una argumentación simple, considerando que estos conocimientos, con los que deben contar deberían ser especializado, en el caso en concreto también consideramos ello, como un efecto negativo.</p>	<p>un instrumento para generar impunidad. El tipo penal de negociación incompatible facilita la labor del ministerio público, en el sentido de que a partir de las Casaciones emitidas por la Corte Suprema, este puede ser utilizado de forma subsidiaria, con los tipos penales de colusión, cohecho, tráfico de influencias, etc. Consideramos que facilita la labor de la fiscalía en el sentido que para el cumplimiento del supuesto de hecho, contenido en el tipo penal de negociación incompatible, basta acreditar la actuación unilateral del funcionario público, a diferencia de los otros tipos penales donde se exige que</p>	<p>habría antes un acuerdo para beneficiar al tercero?, explicamos ello que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, contribuyendo a la generación de confusión en los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por colusión, puedan ser admitidos a través de este tipo penal. Existen dos temas más que debo señalar; el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos</p>	<p>como un estándar menor en comparación de los tipos ya mencionados. De la investigación ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un medio para obtener una pena menor. La política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocinio ilegal o tráfico de influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país.</p>
--	--	--	--	--	---

		<p>En el caso el señor fiscal Carlos Rodrigo Mera Palomino, a través del Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Junín, formuló acusación contra los imputados, realizando una tipificación alternativa de los hechos investigados, siendo la tipificación principal la del tipo penal de colusión y la alternativa la de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, consideramos, que se planteó ello como estrategia, teniendo como finalidad, de ser el caso, no se encontraran medios probatorios para cumplir con la imputación</p>	<p>se acredite la interacción con los extraneus, aspecto que consideramos es más compleja de acreditar. El tipo de negociación incompatible a fin de acreditar su comisión exige se pruebe el interés indebido del funcionario para beneficiarse propiamente o a tercero, específicamente acreditar la actuación unilateral del intraneus, a diferencia de los delitos con los cuales aparentemente habría un concurso aparente de leyes como colusión, cohecho o tráfico de influencias donde necesariamente los medios probatorios deben apuntar a acreditar la interacción entre funcionario y</p>	<p>sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente participes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte del Ministerio Público o al emitir una sentencia en este caso por el Poder Judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad. Por tanto, a manera de conclusión si el delito de</p>		
--	--	---	---	---	--	--

		<p>principal, utilizarían la negociación incompatible, como medio para continuar la persecución penal, pero ya por un tipo de menor gravedad, con respecto a la pena.</p> <p>Es reprochable la posición que tomo el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo, al determinar en la Sentencia N° 0087-2016-JUPS/CSJJU-PJ, en el folio 465 párrafo segundo:” Sin embargo en juicio no se ha acreditado el pacto colusorio, en primera instancia porque la idea de compra viene de una acta de compromiso suscrito por las autoridades de la Comuna de Llaylla (lo cual no lo hace ilegal), y segundo porque no hubo proceso de selección que posibilitaría la colusión con uno de los postores”,</p>	<p>extraneus, pruebas que por su naturaleza son muy complejas de obtener.</p> <p>Por tanto, a manera de conclusión si el delito de negociación incompatible es imputado de forma alternativa conjuntamente con algunos de los tipos penales mencionadas, está claro, que se va a considerar la exigencia probatoria del tipo de negociación incompatible como un estándar menor en comparación de los tipos ya mencionados.</p> <p>De la investigación ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un medio para obtener una pena menor.</p> <p>La política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocinio ilegal o tráfico de</p>	<p>negociación incompatible es imputado de forma alternativa conjuntamente con algunos de los tipos penales mencionadas, está claro, que se va a considerar la exigencia probatoria del tipo de negociación incompatible como un estándar menor en comparación de los tipos ya mencionados.</p> <p>De la investigación ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un medio para obtener una pena menor.</p> <p>La política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocinio ilegal o tráfico de</p>	
--	--	---	--	--	--

		<p>razonamiento evidentemente errado, porque en el desarrollo del proceso, se acreditó que si existió indicios suficientes para concluir que se desarrolló un pacto colusorio, situación que si es corregida, por la segunda instancia, retomando, la respuesta, al ítem planteado, el nivel de estándar probatorio exigido por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es menor con respecto al delito de colusión que se imputo de forma alternativa en el caso de análisis, para el primero se requiere acreditar el interés propio o en favor de tercero, para acreditar el cumplimiento de este elemento normativo de tipo.</p>	<p>colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un medio para obtener una pena menor. EL defecto que se viene dando debido al desconocimiento de los operadores jurídicos al tratar de asimilar que las conductas del tipo de negociación incompatible también puedan ser juzgadas por los delitos mencionados anteriormente, el primer error que se comete es por parte el ministerio público al imputar de forma alternativa estos tipos penales y el segundo vendría ser, que la defensa técnica al tener imputaciones alternativas por ejemplo de colusión y negociación incompatible, lo que debería</p>	<p>influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país.</p>	
--	--	--	--	---	--

		<p>En el caso analizado, se puede apreciar, en el folio 457 del Expediente, específicamente en la Sentencia, se menciona que en los alegatos de clausura de los imputados la estrategia es que solo se juzgue a sus patrocinados, por ejemplo, citamos; considerando 3.2.“ Los alegatos de clausura del abogado de Simeón Hurtado y Willian Vilcahuaman”:</p> <p>Refiere que sus defendidos no han cometido el delito de colusión, sin embargo, su conducta puede subsumirse en el tipo de negociación incompatible previsto en el artículo 389 del Código Penal, pues en su actuar ha existido un conflicto e intereses que de igual forma lo señala el Jurado Nacional</p>	<p>procurar es lograr la absolución total de los tipos penales y no provocar que este tenga una tipificación distinta. La política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocinio ilegal o tráfico de influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia</p>			
--	--	--	---	--	--	--

		<p>de Elecciones calificando la conducta de sus patrocinados en esta figura delictiva. Asimismo, precisa que la señorita fiscal no ha acreditado la concertación de sus defendidos para defraudar al Estado. Asimismo, en su considerado 3.3."Los Alegatos de clausura del abogado de Fulgencio Avellaneda y Artemio Pando": Refiere, (...) Si bien es cierto habría cometido actos irregulares de tipo administrativos e su celebración estos no se condicen con el tipo de colusión, sino, puede ser el delito de negociación incompatible, por lo cual se absuelva a sus patrocinados por el delito de colusión y en todo caso se les condene por el delito de negociación incompatible.</p>	<p>para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país. A través de la Casación Casación N° 841 –2015- Ayacucho, la Corte Suprema ha determinado que los funcionarios públicos deben ser juzgados como autores del tipo penal en análisis y los extraneus como</p>		
--	--	---	--	--	--

		<p>Retomando la respuesta al ítem, por estos extractos señalados, evidentemente la estrategia de la defensa técnica fue la de utilizar al delito de negociación incompatible como medio para generar impunidad, con respecto a los delitos cometidos.</p> <p>Remitiéndonos al caso lo que hallamos, es que si bien es cierto la política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocínio ilegal o tráfico de</p>	<p>participes es decir cómplices o instigadores, respetando la teoría de la ruptura del título de imputación, sin embargo, en la práctica se viene confundiendo estos conceptos debido al desconocimiento de los operadores jurídicos.</p> <p>En la Casación N° 231-2017 – Puno se determinó que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es un delito de peligro concreto mas no de lesión, característica del tipo penal que debe ser manejado a la perfección por los operadores jurídicos a fin de aplicar de la mejor manera el tipo penal. En la práctica lo que se observa es desconocimiento</p>		
--	--	---	--	--	--

		<p>influencias, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia de defensa para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país. En el caso en concreto al existir</p>	<p>por parte de los operadores jurídicos. En conclusión por los argumentos vertidos el efecto regulatorio realizado por el delito de negociación incompatible es mayormente negativo</p>		
--	--	--	--	--	--

		<p>imputaciones alternativas, la primera (colusión), al ser un delito de encuentro, exige la participación del extraneus, con quien realizara el pacto colusorio, y, para el segundo (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) solo es punible el acto del intraneus que pone en primer lugar el interés privado o de tercero, dejando de la lado el interés estatal, para favorecer, como se está explicando, propiamente o a favor de tercero, entonces, para considerar cómplices a los extraneus en el caso, ellos deberían haber participado directamente en los hechos que se realizaron, para que el funcionario público se interese, sin embargo, en el</p>				
--	--	---	--	--	--	--

		<p>caso en concreto, esto fue totalmente distinto, ya que en hechos se ha acreditado, que ellos fueron una contraparte que se benefició por la venta sobrevalorada de sus terrenos y sin estar sujeto al procedimiento de una contratación pública, sin tener participación en la gestación del interés del funcionario, por tanto, a fin de concluir con la respuesta, es claro que, el resolver del juzgado de primera instancia denota desconocimiento total de que en el delito de negociación incompatible, es un delito donde no se exige la participación de un tercero, ello se vio evidenciado en las sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal de Apelaciones</p>				
--	--	--	--	--	--	--

		<p>Liquidadora de Satipo a través de la Resolución N° 35, donde en su considerando 2.3. “Ahora corresponde delimitar el delito de colusión desleal del delito de negociación incompatible en su párrafo cuarto desarrolla: “En su fundamento trigésimo (de la Casación N° 641-2015-Ayacucho) describe el verbo rector del delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo y describe la participación del extraneus de delito de colusión: “(...) 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</p>				
--	--	--	--	--	--	--

		<p>estamos frente a un delito de participación necesaria, como si lo es la Colusión”, frente a ello, concluimos que la resolución de primera instancia obvio, información de primer nivel que habría ayudado a esclarecer las imputaciones realizadas.</p> <p>En la página 461 del Expediente, en el párrafo tercero, subtulado; “Con respecto al delito de negociación incompatible, desarrolla: “Este delito es un delito de resultado, esto es a diferencia del delito de colusión que es un delito de peligro (colusión simple-único párrafo-, esto se consume con el acuerdo ilícito o concertación, no siendo necesario el perjuicio real al patrimonio del</p>				
--	--	---	--	--	--	--

		<p>Estado. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, que establece “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, texto según Ley 28355”. De ello, podemos concluir que en el caso analizado, no se presta especial</p>				
--	--	---	--	--	--	--

		<p>atención a este aspecto, que es importante para el entendimiento de la consumación del tipo penal, por tanto, de lo citado en el marco teórico de la Casación N° 231-2017 – Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en su argumento Trigésimo séptimo, debemos agregar lo desarrollado por este Tribunal, con respecto a la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible en su considerando 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</p>				
--	--	---	--	--	--	--

		<p>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. Por tanto se concluye que el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto.</p>				
--	--	--	--	--	--	--

<p>2. EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO</p>	<p>Los efectos negativos de la regulación del tipo de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, es el mal uso que se le está otorgando por parte del Ministerio Público y la defensa técnica, los primeros por utilizar este tipo ante imputaciones alternativas con delitos como colusión, cohecho o tráfico de influencias, tipos penales que sancionan hechos totalmente distintos y los segundos, a partir de las imputaciones alternativas realizadas utilizar como un medio para que los procesos se investiguen no por delitos graves como colusión o cohecho, sino por el tipo penal en investigación, claro está que estos efectos no previstos,</p>	<p>En conclusión desarrollaremos uno a uno los efectos que consideramos generan la regulación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; para empezar consideramos, como se evidencia en el caso que es una mala práctica imputar el delito de colusión ilegal y negociación incompatible, por ser delitos diferentes, tanto, en elementos normativos y descriptivos, que no deberían confundirse, a razón de ello, evaluamos las similitudes entre ellos, teniendo como coincidencias, que los supuestos de hecho de ambos tipos penales se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, teniendo a partir de ello,</p>	<p>En primer lugar, según el contexto de la investigación, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo viene siendo utilizado de forma errónea por los operadores jurídicos, ello debido a la confusión que genera la denominación otorgada por el Código Penal, en su artículo 399 como Negociación Incompatible, siendo que con un simple criterio el termino negociación, exige que debería haber un acuerdo de voluntades, e incompatible, como algo que no es compatible, que no concuerda, es decir, distorsiona lo regulado en el</p>	<p>En primer lugar, según el contexto de la investigación, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo viene siendo utilizado de forma errónea por los operadores jurídicos, ello debido a la confusión que genera la denominación otorgada por el Código Penal, en su artículo 399 como Negociación Incompatible, siendo que con un simple criterio el termino negociación, exige que debería haber un acuerdo de voluntades, e incompatible, como algo que no es compatible, que no concuerda, es decir, distorsiona lo regulado en el mismo artículo, siendo lo correcto, la denominación de aprovechamiento indebido del cargo, claro está, que esto viene ocurriendo por la falta de preparación de los operadores jurídicos. Continuando la exposición del porque la regulación del tipo penal tiene efectos</p>	<p>En primer lugar, según el contexto de la investigación, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo viene siendo utilizado de forma errónea por los operadores jurídicos, ello debido a la confusión que genera la denominación otorgada por el Código Penal, en su artículo 399 como Negociación Incompatible, siendo que con un simple criterio el termino negociación, exige que debería haber un acuerdo de voluntades, e incompatible, como algo que no es compatible, que no concuerda, es decir, distorsiona lo regulado en el mismo artículo, siendo lo correcto, la denominación de aprovechamiento indebido del cargo, claro está, que esto viene ocurriendo por la falta de preparación de los operadores jurídicos. Continuando la exposición del porque la regulación del tipo penal tiene efectos negativos, indicaremos que el uso que se le viene otorgando por parte de la defensa técnica, es inadecuado, en el sentido que al estar dentro de un proceso penal, y se realizaron imputaciones alternativas, promueven que el Juez, se incline por la imputación de negociación incompatible, utilizándolo como estrategia, sin embargo, precisamos que esto se da, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, debido a que los tipos penales de colusión y negociación incompatible, son delitos que de forma</p>
--	--	---	--	--	---

	<p>con por cuenta y riesgo de Ministerio Público. El Ministerio Público al realizar imputaciones alternativas teniendo como tipo penal de Colusión, Cohecho y Tráfico de Influencias como tipo principal, y alternativamente el delito de Negociación Incompatible, se excede en su rol persecutor al realizar este tipo de imputaciones, teniendo estos delitos injustos penales totalmente diferentes, utilizando a la negociación incompatible como plan reservado en caso no se logre acreditar los tipos penales imputados como principales, como sabemos los elementos de convicción a utilizar revisten mayor</p>	<p>diferencias marcadas, para empezar, debemos señalar que la denominación del tipo penal genera confusión al denominarse “negociación incompatible”, el termino negociación según la Real Academia de la Lengua Española, determina que significa: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, como, No compatible con alguien o algo, precisando, el tipo penal en estudio no exige algún pacto para su consumación, por ello, consideramos que de alguna forma la denominación realizada genera confusión a los operadores jurídicos, por ello, consideramos que un efecto negativo de la</p>	<p>mismo artículo, siendo lo correcto, la denominación de aprovechamiento indebido del cargo, claro está, que esto viene ocurriendo por la falta de preparación de los operadores jurídicos. Continuando la exposición del porque la regulación del tipo penal tiene efectos negativos, indicaremos que el uso que se le viene otorgando por parte de la defensa técnica, es inadecuado, en el sentido que al estar dentro de un proceso penal, y se realizaron imputaciones alternativas, promueven que el Juez, se incline por la imputación de negociación incompatible, utilizándolo como</p>	<p>negativos, indicaremos que el uso que se le viene otorgando por parte de la defensa técnica, es inadecuado, en el sentido que al estar dentro de un proceso penal, y se realizaron imputaciones alternativas, promueven que el Juez, se incline por la imputación de negociación incompatible, utilizándolo como estrategia, sin embargo, precisamos que esto se da, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, debido a que los tipos penales de colusión y negociación incompatible, son delitos que de forma general podemos decir solo coinciden que sus supuestos de hecho se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, incluso, el tipo penal de negociación es un tipo penal general que incluye a las operaciones del Estado, asimismo, desde un punto de vista personal, si se me imputaría ambos delitos, no procuraría que los hechos encajen en la negociación incompatible, ya que</p>	<p>general podemos decir solo coinciden que sus supuestos de hecho se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, incluso, el tipo penal de negociación es un tipo penal general que incluye a las operaciones del Estado, asimismo, desde un punto de vista personal, si se me imputaría ambos delitos, no procuraría que los hechos encajen en la negociación incompatible, ya que ambos tipos penales podrían desvirtuarse al ser tipos penales distintos. Con respecto a ello, debemos concluir, que el tipo penal en cuestión genera confusión, sin embargo, debemos atribuirle la responsabilidad de que vengan siendo mal utilizados por el desconocimiento de los abogados que se dedican a la defensa técnica. El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Público le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que se le otorga un rol subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presume la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que esta práctica, ha generado una confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto concurso aparente de leyes, sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación</p>
--	--	--	---	---	--

	<p>complejidad al ser tipos penales de encuentro, donde necesariamente debe probarse la interacción con el privado. Sobre el estándar probatorio requerido para probar la comisión del tipo de negociación incompatible, el interés indebido por parte del funcionario o servidor público para favorecer intereses privados debe ser acreditado a través de la prueba directa, si realizamos una evaluación individual del tipo, el estándar probatorio no podría ser evaluado como alto o bajo. Cuando se realice imputaciones alternativas teniendo como delito principal, los delitos de Colusión, Cohecho, Tráfico de Influencias y el delito de</p>	<p>regulación de este tipo penal es la denominación errada asignada, por ello, al haber sido denominado en el Código Penal como; “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, consideramos que para no generar confusión se deba extraer los términos negociación incompatible y solo debería denominarse como aprovechamiento indebido del cargo. El segundo aspecto a analizar es el uso que se le otorga a este tipo penal, como sabemos este es utilizado por algunas de sus características, como un tipo subsidiario con respecto a los tipos penales de colusión, cohecho y patrocínio ilegal, sin embargo, estos tipos penales son</p>	<p>estrategia, sin embargo, precisamos que esto se da, por el desconocimiento de los operadores jurídicos, debido a que los tipos penales de colusión y negociación incompatible, son delitos que de forma general podemos decir solo coinciden que sus supuestos de hecho se desarrollan en el marco de las contrataciones públicas, incluso, el tipo penal de negociación es un tipo penal general que incluye a las operaciones del Estado, asimismo, desde un punto de vista personal, si se me imputaría ambos delitos, no procuraría que los hechos encajen en la negociación incompatible, ya que ambos tipos penales podrían</p>	<p>ambos tipos penales podrían desvirtuarse al ser tipos penales distintos. Con respecto a ello, debemos concluir, que el tipo penal en cuestión genera confusión, sin embargo, debemos atribuirle la responsabilidad de que vengan siendo mal utilizados por el desconocimiento de los abogados que se dedican a la defensa técnica. El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Público le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que se le otorga un rol subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presuma la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias, cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que esta práctica, ha generado una confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto concurso aparente de leyes,</p>	<p>alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no definir que conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión. Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento sería para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero sería ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es decir ¿no habría antes un acuerdo para beneficiar al tercero?, explicamos ello que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, contribuyendo a la generación de confusión en los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por</p>
--	--	--	--	---	--

	<p>Negociación Incompatible como alternativo, es evidente que la complejidad para obtener la prueba de los tipos penales imputados como principales reviste mayor complejidad, porque debe acreditarse la interacción con los extraneus, incluso en este tipo de delitos podemos utilizar la prueba indiciaria y en comparación con lo exigido para el delito de negociación incompatible el estándar probatorio es de menor intensidad. Las defensas técnicas si utilizan como estrategia al delito de negociación incompatible, sin embargo, esta posibilidad se da a cuenta y riesgo del Ministerio Publico, porque son ellos los</p>	<p>totalmente distintos al analizado en el caso, a razón de ello, de forma teórica, consideramos que este tipo penal, al no exigir un elevado estándar probatorio de los elementos para su consumación, es un tipo penal, con mayor posibilidad de determinarse y así luchar contra la criminalidad, sin embargo, en la realidad, lo que observamos como en el caso en concreto, vemos que la defensa técnica, procura que los hechos cometidos encajen en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal, en comparación, con el tipo en análisis, tiene un castigo más agravado (la pena), por tanto, en favor de que sus patrocinado se vean beneficiados,</p>	<p>desvirtuarse al ser tipos penales distintos. Con respecto a ello, debemos concluir, que el tipo penal en cuestión genera confusión, sin embargo, debemos atribuirle la responsabilidad de que vengan siendo mal utilizados por el desconocimiento de los abogados que se dedican a la defensa técnica.</p> <p>El siguiente aspecto a analizar viene a ser el uso que el Ministerio Publico le da a este tipo penal, sobre ello, debo señalar que se le otorga un rol subsidiario a este tipo penal, cuando se imputa de forma alternativa en los casos donde probablemente se presume la comisión del delito de colusión, tráfico de influencias,</p>	<p>sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no definir que conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión.</p> <p>Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento seria para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero seria ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es decir ¿no habría antes un acuerdo</p>	<p>colusión, puedan ser admitidos a través de este tipo penal.</p> <p>Existen dos temas más que debo señalar; el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente partícipes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte del Ministerio Público o al emitir una sentencia en este caso por el Poder Judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad.</p> <p>El Ministerio Publico, se excede en la persecución penal al realizar imputaciones alternativas, trasgrediendo el derecho de defensa del imputado, por ejemplo, se imputa colusión agravada y negociación incompatible; como el tipo</p>
--	--	---	--	--	---

	<p>que utilizan de forma subsidiaria al delito de negociación incompatible, por tanto, al evaluar la penalidad del delito de negociación incompatible frente al de colusión, cohecho o tráfico de influencias lo más favorable será para la defensa obtener la pena mas baja. Los conceptos sobre autoría y participación, que han de ser utilizados por los operadores jurídicos al momento de emitir una resolución judicial, disposición fiscal o preparar argumentos de defensa ya han sido establecidos en la doctrina como también en la jurisprudencia, sin embargo, existe una deficiencia al utilizar estas categorías de la teoría del delito, ello, por el desconocimiento de</p>	<p>procuran que la decisión que se determine del proceso sea la condena por negociación incompatible, sin embargo, de lo analizado en el expediente, vemos que el juzgados de primera instancia, contaba con todos los elementos para poder concluir que nos encontrábamos frente al tipo penal de colusión, por tanto, consideramos que las defensas técnicas al usar como instrumento a la negociación incompatible para obtener una condena es un efecto negativo de su regulación. Con respecto a las consideraciones desde el punto de vista fiscal y de la defensa técnica, indicamos, desde un punto de vista de abogado defensor, que consideramos</p>	<p>cohecho, y algunos más, de ello debemos decir que esta práctica, ha generado una confusión en los operadores jurídicos, asumiendo que los tipos penales mencionados, tendrían un supuesto concurso aparente de leyes, sin embargo, cada tipo penal es totalmente distinto, asimismo, consideramos que la fiscalía al realizar una imputación alternativa con estos tipos penales, estaría vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no definir que conducta se estaría persiguiendo, dejando en ocasiones en un estado de indefensión.</p>	<p>para beneficiar al tercero?, explicamos ello que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, contribuyendo a la generación de confusión en los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por colusión, puedan ser admitidos a través de este tipo penal. Existen dos temas más que debo señalar; el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma</p>	<p>penal de colusión agravada exige la probanza del pacto colutorio y de por si es mucho más complejo acreditar tales hechos, entonces lo que sucede es archivar sobre esa imputación y continuar como delito de negociación incompatible, ello debido a que en este tipo penal solo basta con probar el interés indebido del funcionario y se encuentra consumado el tipo penal, cabe precisar que ambos delitos son totalmente distintos, sin embargo, al ser utilizado en esas circunstancias este se convierte en un medio de persecución penal. Las defensas técnicas si utilizan como estrategia al delito de negociación incompatible, sin embargo, esta posibilidad se da a cuenta y riesgo del Ministerio Publico, porque son ellos los que utilizan de forma subsidiaria al delito de negociación incompatible, por tanto, al evaluar la penalidad del delito de negociación incompatible frente al de colusión, cohecho o tráfico de influencias lo más favorable será para la defensa obtener la pena mas baja. Sobre el estándar probatorio requerido para probar la comisión del tipo de negociación incompatible, el interés indebido por parte del funcionario o servidor público para favorecer intereses privados debe ser acreditado a través de la prueba directa, si realizamos una evaluación individual del tipo, el estándar probatorio no podría ser</p>
--	--	--	--	---	---

	<p>los operadores jurídicos, asimismo, por confundir sistemas dogmáticos penales que en ocasiones se utilizan conceptos desarrollados en un sistema, haciendo encajar a fin de sustentar sus argumentos. Sobre la naturaleza del tipo penal de negociación incompatible como un delito de peligro concreto, es necesario precisar que al tratar con este tipo de categorías a tipo penal, ya implica estar dentro de un sistema dogmático penal, entonces también ya se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia cual sería la clasificación del tipo penal de negociación incompatible, los defectos que se vienen dando al</p>	<p>que el imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación y/o imputación por colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación alternativa, y sobre todo de un tipo penal que a simple vista es general, porque solo se debe probar un interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que se excede la persecución criminal, por ello deberíamos considerarlo como un efecto negativo. Desde el punto de</p>	<p>Al analizar el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido debo señalar que existe un elemento descriptivo que genera confusión en los operadores jurídicos, explicando, el tipo penal en cuestión prohíbe que los funcionarios públicos se interesen de forma indebida en contratos u operaciones para favorecerse en forma propia o a un tercero, sobre el supuesto de hecho, donde el favorecimiento sería para un tercero, no cabe duda que al favorecer a un tercero sería ¿un acto unilateral, sin beneficio alguno para el funcionario?, es</p>	<p>distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneos podrían ser coautores o solamente partícipes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte del Ministerio Público o al emitir una sentencia en este caso por el Poder Judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad. El Ministerio Público, se excede en la persecución penal al realizar</p>	<p>evaluado como alto o bajo. Cuando se realice imputaciones alternativas teniendo como delito principal, los delitos de Colusión, Cohecho, Tráfico de Influencias y el delito de Negociación Incompatible como alternativo, es evidente que la complejidad para obtener la prueba de los tipos penales imputados como principales reviste mayor complejidad, porque debe acreditarse la interacción con los extraneos, incluso en este tipo de delitos podemos utilizar la prueba indiciaria y en comparación con lo exigido para el delito de negociación incompatible el estándar probatorio es de menor intensidad. No basta acreditar un incumplimiento normativo para acreditar el interés indebido en el tipo de negociación incompatible, sino, debemos evaluar si la actuación del funcionario público fue desde un punto de vista subjetivo, con intención de cometer el delito, como todos los tipos penales, es tarea del fiscal acreditar la comisión del tipo penal. Ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un medio para obtener una pena menor. El defecto que se viene dando debido al desconocimiento de los operadores jurídicos al tratar de asimilar que las conductas del tipo de negociación</p>
--	--	--	---	---	--

	<p>momento de utilizar estos criterios es por la falta de investigación de los operadores jurídicos, asimismo, los expertos, tratan de entender que esto ocurrió debido a que las reformas del código procesal penal y la implementación de fiscalías y juzgados penales anticorrupción en su momento requirieron profesionales capacitados y lo que había en el ámbito eran profesionales inexpertos que en la actualidad están ocupando estos cargos y no solamente en los funcionarios sino también en los abogados litigantes, profesionales que nunca se encontraban vinculado al derecho penal ahora vemos como se encuentran</p>	<p>vista de la fiscalía, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible es una herramienta que beneficia las investigaciones en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios, al poder ser utilizado como imputación alternativa, por ello, si no se logra acreditar que hubo comisión del delito de colusión, hay una alternativa de continuar con la persecución criminal al haberse imputado el tipo de negociación incompatible, Asimismo, en el caso, se puede percibir que otros efectos negativos hallados es el total desconocimiento por el juzgado de primera instancia de aspectos referidos como autoría y participación,</p>	<p>decir ¿no habría antes un acuerdo para beneficiar al tercero?, explicamos ello que debido a las máximas de la experiencia, si en una contratación pública se favorece a un tercero es porque antes ya se pactó un acuerdo, sin embargo, este supuesto de hecho dice, que solo imputara la comisión del delito con la sola verificación del favorecimiento a tercero, generando impunidad para el extraneus que participe en estos hechos, contribuyendo a la generación de confusión en los operadores jurídicos y dejando una puerta abierta para que hechos que puedan ser juzgados por colusión, puedan ser</p>	<p>imputaciones alternativas, trasgrediendo el derecho de defensa del imputado, por ejemplo, se imputa colusión agravada y negociación incompatible; como el tipo penal de colusión agravada exige la probanza del pacto colutorio y de por si es mucho más complejo acreditar tales hechos, entonces lo que sucede es archivar sobre esa imputación y continuar como delito de negociación incompatible, ello debido a que en este tipo penal solo basta con probar el interés indebido del funcionario y se encuentra consumado el tipo penal, cabe precisar que ambos delitos son totalmente distintos, sin embargo, al ser utilizado en esas circunstancias este se convierte en un medio de persecución penal. Las defensas técnicas si utilizan como estrategia al delito de negociación incompatible, sin embargo, esta posibilidad se da a cuenta y riesgo del Ministerio Público, porque son ellos los que utilizan de</p>	<p>incompatible también puedan ser juzgadas por los delitos mencionados anteriormente, el primer error que se comete es por parte el ministerio público al imputar de forma alternativa estos tipos penales y el segundo vendría ser, que la defensa técnica al tener imputaciones alternativas por ejemplo de colusión y negociación incompatible, lo que debería procurar es lograr la absolucón total de los tipos penales y no provocar que este tenga una triplicación distinta.</p> <p>A través de la Casación Casación N° 841 –2015- Ayacucho, la Corte Suprema ha determinado que los funcionarios públicos deben ser juzgados como autores del tipo penal en análisis y los extraneus como partícipes es decir cómplices o instigadores, sin embargo, en la práctica se viene confundiendo estos conceptos debido al desconocimiento de los operadores jurídicos.</p> <p>En la Casación N° 231-2017 – Puno determino que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es un delito de peligro concreto mas no de lesión, característica del tipo penal que debe ser manejado a la perfección por los operadores jurídicos a fin de aplicar de la mejor manera el tipo penal. En la práctica lo que se observa es desconocimiento por parte de los operadores jurídicos.</p>
--	---	--	---	---	--

	<p>inmersos en procesos penales.</p>	<p>asimismo, al desarrollar si es un delito de peligro o de lesión, el juzgado tiene una argumentación simple, considerando que estos conocimientos, con los que deben contar deberían ser especializado, en el caso en concreto también consideramos ello, como un efecto negativo.</p> <p>En el caso analizado, se aprecia que el delito de negociación incompatible al imputarse de forma alternativa, el Ministerio Público se excedió al ejercer su rol de persecutor de la criminalidad, como ya hemos explicado, en el sentido de que, ambos tipos penales pueden ser considerados como general (negociación incompatible) y</p>	<p>admitidos a través de este tipo penal.</p> <p>Existen dos temas más que debo señalar; el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente</p>	<p>forma subsidiaria al delito de negociación incompatible, por tanto, al evaluar la penalidad del delito de negociación incompatible frente al de colusión, cohecho o tráfico de influencias lo más favorable será para la defensa obtener la pena mas baja.</p> <p>Sobre el estándar probatorio requerido para probar la comisión del tipo de negociación incompatible, el interés indebido por parte del funcionario o servidor público para favorecer intereses privados debe ser acreditado a través de la prueba directa, si realizamos una evaluación individual del tipo, el estándar probatorio no podría ser evaluado como alto o bajo. Cuando se realice imputaciones alternativas teniendo como delito principal, los delitos de Colusión, Cohecho, Tráfico de Influencias y el delito de Negociación Incompatible como alternativo, es evidente que la complejidad para obtener</p>	<p>En conclusión el efecto regulatorio que otorga el tipo penal de negociación incompatible mayormente es negativo.</p>
--	--------------------------------------	---	--	--	---

		<p>especifico (colusión ilegal), si bien es cierto para la comisión del delito de colusión ilegal e estándar probatorio es más exigente, en el tipo penal de negociación solo implica acreditar que el funcionario se interesó en un interés particular, por ello consideramos, que debido a las diferencias que existen entre los elementos descriptivos y normativos no deberían ser imputados de forma alternativa.</p> <p>En el caso hemos podido hallar que el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo, al determino en la Sentencia N° 0087-2016-JUPS/CSJJU-PJ, en el folio 465 párrafo segundo:” Sin embargo en juicio no se ha acreditado el pacto colusorio, en</p>	<p>participes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte del Ministerio Público o al emitir una sentencia en este caso por el Poder Judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad. El Ministerio Publico, se excede en la persecución penal al realizar imputaciones alternativas,</p>	<p>la prueba de los tipos penales imputados como principales reviste mayor complejidad, porque debe acreditarse la interacción con los extraneus, incluso en este tipo de delitos podemos utilizar la prueba indiciaria y en comparación con lo exigido para el delito de negociación incompatible el estándar probatorio es de menor intensidad.</p> <p>No basta acreditar un incumplimiento normativo para acreditar el interés indebido en el tipo de negociación incompatible, sino, debemos evaluar si la actuación del funcionario público fue desde un punto de vista subjetivo, con intención de cometer el delito, como todos los tipos penales, es tarea del fiscal acreditar la comisión del tipo penal.</p> <p>Ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado como un</p>		
--	--	---	---	---	--	--

		<p>primera instancia porque la idea de compra viene de una acta de compromiso suscrito por las autoridades de la Comuna de Llaylla (lo cual no lo hace ilegal), y segundo porque no hubo proceso de selección que posibilitaría la colusión con uno de los postores”, por tanto, se ha utilizado al delito de negociación incompatible, como una salida, al no poder probar el pacto colusorio, desarrollo sus argumentos con la finalidad de acreditar que los funcionarios públicos en el caso (Alcalde y Gerente) se habrían interesado en favor a tercero, argumentación que resulta reprochable porque en la segunda instancia se determinó que si se cometió el delito de negociación</p>	<p>trasgrediendo el derecho de defensa del imputado, por ejemplo, se imputa colusión agravada y negociación incompatible; como el tipo penal de colusión agravada exige la probanza del pacto colusorio y de por si es mucho más complejo acreditar tales hechos, entonces lo que sucede es archivar sobre esa imputación y continuar como delito de negociación incompatible, ello debido a que en este tipo penal solo basta con probar el interés indebido del funcionario y se encuentra consumado el tipo penal, cabe precisar que ambos delitos son totalmente distintos, sin embargo, al ser utilizado en esas circunstancias este</p>	<p>medio para obtener una pena menor. El defecto que se viene dando debido al desconocimiento de los operadores jurídicos al tratar de asimilar que las conductas del tipo de negociación incompatible también puedan ser juzgadas por los delitos mencionados anteriormente, el primer error que se comete es por parte el ministerio público al imputar de forma alternativa estos tipos penales y el segundo vendría ser, que la defensa técnica al tener imputaciones alternativas por ejemplo de colusión y negociación incompatible, lo que debería procurar es lograr la absolución total de los tipos penales y no provocar que este tenga una triplicación distinta. A través de la Casación Casación N° 841 –2015- Ayacucho, la Corte Suprema ha determinado que los funcionarios públicos deben ser juzgados como autores del tipo penal en análisis y los</p>	
--	--	---	---	---	--

		<p>incompatible. En el caso analizado, se puede apreciar, en el folio 457 del Expediente, específicamente en la Sentencia, se menciona que en los alegatos de clausura de los imputados la estrategia es que solo se juzgue a sus patrocinados, por ejemplo, citamos; considerando 3.2.“ Los alegatos de clausura del abogado de Simeón Hurtado y Willian Vilcahuaman”:</p> <p>Refiere que sus defendidos no han cometido el delito de colusión, sin embargo, su conducta puede subsumirse en el tipo de negociación incompatible previsto en el artículo 389 del Código Penal, pues en su actuar ha existido un conflicto e intereses que de igual forma lo señala</p>	<p>se convierte en un medio de persecución penal. No basta acreditar un incumplimiento normativo para acreditar el interés indebido en el tipo de negociación incompatible, sino, debemos evaluar si la actuación del funcionario público fue desde un punto de vista subjetivo, con intención de cometer el delito, como todos los tipos penales, es tarea del fiscal acreditar la comisión del tipo penal.</p> <p>Ha quedado acreditado que las defensas técnicas al haberse imputado de forma alternativa la negociación incompatible con los tipos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, está siendo utilizado</p>	<p>extraneus como partícipes es decir cómplices o instigadores, sin embargo, en la práctica se viene confundiendo estos conceptos debido al desconocimiento de los operadores jurídicos.</p> <p>En la Casación N° 231-2017 – Puno determino que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es un delito de peligro concreto mas no de lesión, característica del tipo penal que debe ser manejado a la perfección por los operadores jurídicos a fin de aplicar de la mejor manera el tipo penal. En la práctica lo que se observa es desconocimiento por parte de los operadores jurídicos.</p> <p>En conclusión el efecto regulatorio que otorga el tipo penal de negociación incompatible mayormente es negativo.</p>	
--	--	---	--	--	--

		<p>el Jurado Nacional de Elecciones calificando la conducta de sus patrocinados en esta figura delictiva. Asimismo, precisa que la señorita fiscal no ha acreditado la concertación de sus defendidos para defraudar al Estado. Asimismo, en su considerado 3.3.”Los Alegatos de clausura del abogado de Fulgencio Avellaneda y Artemio Pando”: Refiere, (...) Si bien es cierto habría cometido actos irregulares de tipo administrativos e su celebración estos no se condicen con el tipo de colusión, sino, puede ser el delito de negociación incompatible, por lo cual se absuelva a sus patrocinados por el delito de colusión y en todo caso se les condene por el delito de negociación</p>	<p>como un medio para obtener una pena menor. El defecto que se viene dando debido al desconocimiento de los operadores jurídicos al tratar de asimilar que las conductas del tipo de negociación incompatible también puedan ser juzgadas por los delitos mencionados anteriormente, el primer error que se comete es por parte el ministerio público al imputar de forma alternativa estos tipos penales y el segundo vendría ser, que la defensa técnica al tener imputaciones alternativas por ejemplo de colusión y negociación incompatible, lo que debería procurar es lograr la absolución total de los tipos penales y no provocar que</p>		
--	--	--	---	--	--

		<p>incompatible. Retomando la respuesta al ítem, por estos extractos señalados, evidentemente la estrategia de la defensa técnica fue la de utilizar al delito de negociación incompatible como medio para generar impunidad, con respecto a los delitos cometidos.</p> <p>Para precisar en el caso en concreto al existir imputaciones alternativas, la primera (colusión), al ser un delito de encuentro, exige la participación del extraneus, con quien realizara el pacto colusorio, y, para el segundo (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) solo es punible el acto del intraneus que pone en primer lugar el interés privado o de tercero,</p>	<p>este tenga una triplicación distinta. A través de la Casación Casación N° 841 –2015- Ayacucho, la Corte Suprema ha determinado que los funcionarios públicos deben ser juzgados como autores del tipo penal en análisis y los extraneus como partícipes es decir cómplices o instigadores, sin embargo, en la práctica se viene confundiendo estos conceptos debido al desconocimiento de los operadores jurídicos.</p> <p>En la Casación N° 231-2017 – Puno determino que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es un delito de peligro concreto mas no de lesión, característica del</p>			
--	--	--	--	--	--	--

		<p>dejando de la lado el interés estatal, para favorecer, como se está explicando, propiamente o a favor de tercero, entonces, para considerar cómplices a los extraneus en el caso, ellos deberían haber participado directamente en los hechos que se realizaron, para que el funcionario público se interese, sin embargo, en el caso en concreto, esto fue totalmente distinto, ya que en hechos se ha acreditado, que ellos fueron una contraparte que se benefició por la venta sobrevalorada de sus terrenos y sin estar sujeto al procedimiento de una contratación pública, sin tener participación en la gestación del interés del funcionario, por tanto, a fin de concluir con la</p>	<p>tipo penal que debe ser manejado a la perfección por los operadores jurídicos a fin de aplicar de la mejor manera el tipo penal. En la práctica lo que se observa es desconocimiento por parte de los operadores jurídicos. En conclusión el efecto regulatorio que otorga el tipo penal de negociación incompatible es mayormente negativo.</p>		
--	--	---	---	--	--

		<p>respuesta, es claro que, el resolver del juzgado de primera instancia denota desconocimiento total de que en el delito de negociación incompatible, es un delito donde no se exige la participación de un tercero, ello se vio evidenciado en las sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal de Apelaciones Liquidadora de Satipo a través de la Resolución N° 35, donde en su considerando 2.3. “Ahora corresponde delimitar el delito de colusión desleal del delito de negociación incompatible en su párrafo cuarto desarrolla: “En su fundamento trigésimo (de la Casación N° 641-2015-Ayacucho) describe el verbo rector del delito de Negociación</p>				
--	--	---	--	--	--	--

		<p>Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo y describe la participación del extraneus de delito de colusión: •(...) 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 si lo es la Colusión”, frente a ello, concluimos que la resolución de primera instancia obvio, información de primer nivel que habría ayudado a esclarecer las imputaciones realizadas.</p> <p>En la página 461 del Expediente, en el párrafo tercero, subtitulado; “Con</p>				
--	--	--	--	--	--	--

		<p>respecto al delito de negociación incompatible, desarrolla: “Este delito es un delito de resultado, esto es a diferencia del delito de colusión que es un delito de peligro (colusión simple-único párrafo-, esto se consume con el acuerdo ilícito o concertación, no siendo necesario el perjuicio real al patrimonio del Estado. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, que establece “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</p>				
--	--	---	--	--	--	--

		<p>interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, texto según Ley 28355". De ello, podemos concluir que en el caso analizado, no se presta especial atención a este aspecto, que es importante para el entendimiento de la consumación del tipo penal, por tanto, de lo citado en el marco teórico de la Casación N° 231-2017 – Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en su argumento Trigésimo séptimo, debemos agregar lo desarrollado por este Tribunal, con respecto a la</p>				
--	--	---	--	--	--	--

		<p>naturaleza del tipo penal de negociación incompatible en su considerando</p> <p>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</p>				
--	--	--	--	--	--	--

		<p>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. Por tanto se concluye que el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto.</p>				
<p>Conclusión General: De la triangulación realizada de la información obtenida de la entrevista a investigador, análisis de caso y entrevista a expertos se ha determinado que los efectos regulatorios del tipo penal de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido regulado en el artículo 399 del Código Penal, mayormente son negativos, en primer lugar, debemos decir que el tipo penal a través de su denominación “Negociación Incompatible” genera confusión cuando el operador jurídico que va a utilizar la norma, no se encuentra familiarizado con los delitos de corrupción de funcionarios, interpretando que para la consumación de este tipo penal se necesita la interacción con un tercero o extraneus, ello debido a la definición del termino negociación que implica la manifestación de voluntad de partes para llegar a un acuerdo, asimismo, decimos que dentro del tipo penal, se desarrolla un supuesto de hecho que también consideramos permite realizar una aplicación errónea de lo regulado, nos referimos al supuesto de hecho donde el interés indebido del funcionario o servidor público será para beneficiar a un tercero, en la práctica se percibe que cualquier beneficio ilegal que sea entregado por un funcionario público a un participante de una contratación u operación publica, viene ligado a un acuerdo ilegal, es decir, el legislador al haber regulado este supuesto, deja la puerta abierta para que hechos que deberían ser imputados como colusión ilegal, puedan también ser investigados por negociación incompatible, siendo que esto, permite utilizar a este tipo penal como medio para obtener una condena con menos años. Sobre la conclusión anterior viene de forma conjunta otro efecto negativo como es el de realizar imputaciones alternativas con los delitos de colusión, cohecho y tráfico de influencias como lo dispuso la Casación N° 841 –2015- Ayacucho, al afirmar que la negociación incompatible tiene un rol subsidiario, dicho defecto viene siendo realizado por cuenta y riesgo del Ministerio Publico, otorgando con esta imputación alternativa la posibilidad que la defensa trate de convencer al Juez, que se condene con un delito menos grave, generando con este tipo de acciones, una suerte de impunidad a los ojos de los que no son legos en el derecho penal, sobre el estándar probatorio que es requerido para el tipo en estudio, debemos concluir que es el idóneo para acreditare el tipo penal, no obstante, si vamos a tener que comparar con lo requerido para probar los delitos de colusión, cohecho o tráfico de influencias, definitivamente a la conclusión que se va a llegar es, a que estos delitos necesitan acreditar los hechos donde interactúan con los terceros y claro está que este tipo de pruebas son mucho más complejas de obtenerlas, de ello, se puede decir que la posibilidad de acreditar el delito de negociación incompatible será más factible por tanto al existir una imputación alternativa con los delitos mencionados, el delito que tendrá mayor posibilidad de ser acreditado es la negociación incompatible siendo este un efecto negativo, porque al estar en un proceso y este delito se encuentra acreditado lo que realiza el Ministerio Publico es dejar de lado la investigación por el delito de colusión, cohecho, tráfico de influencias, sin embargo, debo afirmar que estos efectos negativos del tipo penal se dan por el desconocimiento en delitos de corrupción de funcionarios, a pesar que existe amplios estudios y jurisprudencia donde ya e encuentra determinado aspectos puntuales sobre estos tipos penales, y en forma general seria el responsable de los efectos jurídicos negativos señalados.</p>						

Fuente: Triangulación de expertos, caso y cuestionario, elaborado por el investigador.

Capítulo V

Discusión

En el presente capítulo se realizará la discusión entre las conclusiones de la triangulación y el marco teórico, que tendrán como tema principal determinar “El efecto regulatorio del Delito de Negociación Incompatible en el interés indebido de los funcionarios o servidores públicos en las operaciones y contratos celebrados por razón de su cargo”.

5.1. Discusión y análisis profundo de la información

El Objetivo General de esta investigación fue la determinación del efecto regulatorio del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo para ello utilizamos como instrumento de identificación de efectos positivos y negativos el Análisis de Impacto Regulatorio (RIA) a través de ella identificamos los efectos que se han desdoblado a partir de la regulación del tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, permitiéndonos cuantificar los pros (beneficios) y contras (costos) de su regulación y que como resultado de la triangulación se ha concluido que los efectos regulatorios del tipo penal de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido regulado en el artículo 399 del Código Penal, mayormente son negativos, en primer lugar, debemos decir que el tipo penal a través de su denominación “Negociación Incompatible” genera confusión cuando el operador jurídico

que va a utilizar la norma, no se encuentra familiarizado con los delitos de corrupción de funcionarios, interpretando que para la consumación de este tipo penal se necesita la interacción con un tercero o extraneus, ello debido a la definición del termino negociación que implica la manifestación de voluntad de partes para llegar a un acuerdo, asimismo, decimos que dentro del tipo penal, se desarrolla un supuesto de hecho que también consideramos permite realizar una aplicación errónea de lo regulado, nos referimos al supuesto de hecho donde el interés indebido del funcionario o servidor público será para beneficiar a un tercero, en la práctica se percibe que cualquier beneficio ilegal que sea entregado por un funcionario público a un participante de una contratación u operación publica, viene ligado a un acuerdo ilegal, es decir, el legislador al haber regulado este supuesto, deja la puerta abierta para que hechos que deberían ser imputados como colusión ilegal, puedan también ser investigados por negociación incompatible, siendo que esto, permite utilizar a este tipo penal como medio para obtener una condena con menos años. Sobre la conclusión anterior viene de forma conjunta otro efecto negativo como es el de realizar imputaciones alternativas con los delitos de colusión, cohecho y tráfico de influencias como lo dispuso la Casación N° 841 –2015- Ayacucho, al afirmar que la negociación incompatible tiene un rol subsidiario, dicho defecto viene siendo realizado por cuenta y riesgo del Ministerio Publico, otorgando con esta imputación alternativa la posibilidad que la defensa trate de convencer al Juez, que se condene con un delito menos grave, generando con este tipo de acciones, una suerte de impunidad a los ojos de los que no son legos en el derecho penal, sobre el estándar probatorio que es requerido para el tipo en estudio, debemos concluir que es el idóneo para acreditar el tipo penal, no obstante, si vamos a tener que comparar con lo requerido para probar los delitos de colusión, cohecho o tráfico de influencias, definitivamente a la conclusión que se va a llegar es, a que estos delitos necesitan acreditar los hechos donde interactúan con

los terceros y claro está que este tipo de pruebas son mucho más complejas de obtenerlas, de ello, se puede decir que la posibilidad de acreditar el delito de negociación incompatible será más factible por tanto al existir una imputación alternativa con los delitos mencionados, el delito que tendrá mayor posibilidad de ser acreditado es la negociación incompatible siendo este un efecto negativo, porque al estar en un proceso y este delito se encuentra acreditado lo que realiza el Ministerio Público es dejar de lado la investigación por el delito de colusión, cohecho, tráfico de influencias, sin embargo, debo afirmar que estos efectos negativos del tipo penal se dan por el desconocimiento en delitos de corrupción de funcionarios, a pesar que existe amplios estudios y jurisprudencia donde ya encuentra determinado aspectos puntuales sobre estos tipos penales, y en forma general sería el responsable de los efectos jurídicos negativos señalados.

Sobre el primer objetivo específico en la investigación que fue determinar los efectos positivos de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo se concluyó que el tipo penal de negociación incompatible es uno que tiene como bien jurídico protegido la imparcialidad, la transparencia con la que los funcionarios o servidores públicos deben actuar en una contratación y operación pública, el efecto positivo que se desdobra de la regulación de este delito es que las actuaciones donde el intraneus tenga un interés indebido y este pretende escapar del marco de la legalidad debe ser reprimido por el Estado y de forma exacta a través de esta tipificación se pondrá en salvaguarda los intereses patrimoniales del Estado.

El tipo penal de negociación incompatible es un instrumento idóneo para que el Ministerio Público utilice a este, en su rol persecutor de la criminalidad, ha sido regulado para penalizar conductas donde los funcionarios o servidores públicos, se interesen de forma

ilegal para favorecer intereses privados, vulnerando la imparcialidad con la que se deben llevar las contrataciones y operaciones estatales.

Sobre el estándar probatorio requerido para probar la comisión del tipo de negociación incompatible, el interés indebido por parte del funcionario o servidor público para favorecer intereses privados debe ser acreditado a través de la prueba directa, si realizamos una evaluación individual del tipo, el estándar probatorio no podría ser evaluado como alto o bajo.

Consideramos que el delito de negociación incompatible facilita la labor de la fiscalía en el sentido que para el cumplimiento del supuesto de hecho, contenido en el tipo penal de negociación incompatible, basta acreditar la actuación unilateral del funcionario público, a diferencia de los otros tipos penales donde se exige que se acredite la interacción con los extraneos, aspecto que consideramos es más complejo de acreditar.

Sobre el segundo objetivo específico de la investigación donde se busca determinar los efectos negativos de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo se obtuvo como resultado que es un efecto negativo imputar de forma alternativa los delitos de colusión ilegal, cohecho, patrocinio ilegal y negociación incompatible, por ser delitos, que en primer lugar protegen distintos bienes jurídicos, asimismo, sus elementos normativos y descriptivos son totalmente diferentes y el único punto de convergencia sería que sus supuestos de hecho se desarrollan en las contrataciones públicas, asimismo, la denominación otorgada para este tipo penal genera confusión, al denominarse “negociación incompatible”, el término negociación según la Real Academia de la Lengua Española, determina que significa: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, como, no compatible con alguien o algo, precisando, el tipo penal en estudio no exige algún pacto para su consumación,

El supuesto de hecho donde señalan el interés indebido del funcionario a favor de tercero, es un supuesto que no debería considerarse en el tipo penal, porque al favorecer a un tercero, podría presumirse que entre el funcionario y este ya habría un acuerdo, para otorgar beneficios, ya que, es poco probable, que algún funcionario, pueda favorecer a alguien, si no se obtiene un beneficio, es decir, debe desarrollarse un pacto para tal beneficio, consideramos realizar esa modificación, a fin de no generar confusión al momento de utilizar este tipo penal, asimismo, para que hechos que puedan ser actos colusorios, puedan encajar en el tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo.

El segundo aspecto a analizar es el uso que se le otorga a este tipo penal, como sabemos este es utilizado por algunas de sus características, como un tipo subsidiario con respecto a los tipos penales de colusión, cohecho y patrocinio ilegal, sin embargo, estos tipos penales son totalmente distintos al analizado en el caso, a razón de ello, de forma teórica, consideramos que este tipo penal, al no exigir un elevado estándar probatorio de los elementos para su consumación, es un tipo penal, con mayor posibilidad de determinarse y así luchar contra la criminalidad, sin embargo, vemos en la práctica que la defensa técnica, procura que los hechos cometidos encajen en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal, en comparación con el tipo en análisis, tiene un castigo más agravado. Desde nuestro punto de vista, si se realizaría una imputación alternativa por delitos de colusión y negociación incompatible, no procuraría que los hechos encajen en la negociación incompatible, ya que ambos tipos penales podrían desvirtuarse al ser tipos penales distintos. Con respecto a ello, debemos concluir, que el tipo penal en cuestión genera confusión, sin embargo, debemos atribuirle la responsabilidad de que vengán siendo mal utilizados por el desconocimiento de los abogados que se dedican a la defensa técnica.

Con respecto a las consideraciones desde el punto de vista fiscal y de la defensa técnica, indicamos, desde un punto de vista de abogado defensor, que consideramos que el imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación y/o imputación por colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación alternativa, y sobre todo de un tipo penal que a simple vista es general, porque solo se debe probar un interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que se excede la persecución criminal, por ello deberíamos considerarlo como un efecto negativo. Desde el punto de vista de la fiscalía, consideramos que el tipo penal de negociación incompatible es una herramienta que beneficia las investigaciones en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios, al poder ser utilizado como imputación alternativa, por ello, si no se logra acreditar que hubo comisión del delito de colusión, hay una alternativa de continuar con la persecución criminal al haberse imputado el tipo de negociación incompatible,

Sobre la política criminal, entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, sobre el delito de negociación incompatible, lo que se buscó penalizar, eran actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal, patrocinio ilegal o cohecho, sin embargo, en la práctica, no cumple tal finalidad, es decir, el delito de negociación incompatible se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia de defensa para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que posiblemente si se realizara una investigación con mayor exhaustividad, podría condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o

aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país.

Existen dos temas más que debo señalar; el desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación tanto desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que al momento de emitirse decisiones, los conceptos sean utilizados de forma distorsionada, siendo la razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal, alegamos esto, debido a que se han emitido sentencias, como el que analizamos, donde no se tiene claro si los extraneus podrían ser coautores o solamente partícipes, asimismo, no se identifica de forma correcta si al imputar el delito de negociación incompatible nos encontramos frente a un delito de peligro concreto o de lesión, atributos que deberían ser conocidos a la perfección para realizar una defensa técnica, una imputación correcta por parte del Ministerio Público o al emitir una sentencia en este caso por el Poder Judicial, por tanto, el contexto actual hace parecer que el tipo penal de negociación incompatible, sea un instrumento para generar impunidad.

Capítulo VI

Propuesta Teórica

En este punto de la investigación por ser una de tipo cualitativa, realizaremos nuestras propuestas en base a inferencias de los resultados obtenidos como efectos negativos de la regulación del tipo penal de negociación incompatible, otorgando soluciones, a fin de corregir tales efectos y consolidar el uso del tipo penal de negociación incompatible.

El cumplimiento de los fines del Delito de Negociación Incompatible

Para esta primera propuesta teórica iniciare la argumentación estableciendo el bien jurídico del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido.

Como ya hemos señalado a lo largo de la investigación se determinó que este tipo penal tenia diversos conceptos con respecto a este punto, sin embargo, a nuestro parecer, se concluyó que el bien jurídico protegido es el deber de lealtad y probidad, así, como la imparcialidad con la cual los funcionarios o servidores públicos deben actuar en contrataciones públicas u operaciones.

Así Salinas (2014) afirma: “el bien jurídico específico en este delito radica en proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración” (Pág.574).

Ello, con el fin de preservar el correcto funcionamiento de la administración pública y proteger el interés estatal que debe predominar ante el interés privado que pueda surgir en cada funcionario o servidor público.

Por tanto a manera de conclusión, el fin que ha determinado nuestra legislación para este tipo penal es el proscribir cualquier acto realizado por un funcionario o servidor público donde pueda anteponer el interés indebido privado, frente al interés público en las contrataciones del estado y operaciones, a fin de salvaguardar los beneficios estatales, tal como, obliga su condición y el encargo otorgado, al haber ingresado a la carrera pública, teniendo como obligación apelar a procurar el normal funcionamiento de la administración pública.

Citando a Aguilera (2016), de similar parecer:

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

Asimismo, Ilabaca (2012) determinò:

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

Sobre ello, venimos a desarrollar como propuesta teórica que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido no cumple con los fines que la política criminal le otorgo, afirmamos ello, porque viene siendo utilizado para reprimir conductas que prácticamente se subsumen en otros tipos penales, hablamos de los delitos de colusión, cohecho, tipos penales que desde sus fines, son totalmente distintos.

Precisando, el bien jurídico en este tipo de delitos no tiene nada que ver con el deber de lealtad o imparcialidad, si no, lo que buscan proteger es el patrimonio del Estado, es decir el gasto público o erogaciones presupuestales, asimismo, protege la posible concertación que pueda desarrollarse en este tipo de actividades estatales, sin embargo, en la realidad el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido viene siendo utilizado como una especie de tentativa de los tipos penales mencionados, que ya en el proceso al haber realizado una imputación alterativa, por la imposibilidad de probanza de los hechos que consuman los tipos penales como elementos de convicción que acrediten la interacción entre el intraneus y extraneus, deciden optar por el tipo penal de negociación incompatible, distorsionando el fin por el cual fue otorgado.

Por tanto, como propuesta teórica inicial proponemos que a través del proceso penal se debe procurar el correcto uso de los tipos penales, teniendo como punta de partida el estudio a profundidad de los tipos penales, desde sus fines políticos criminales a fin de que no sufra distorsiones al realizar su uso, por tanto proponemos que el estudio de los

tipos penales que abarcan los delitos contra la administración pública, deba ser trabajados en el pregrado como un curso independiente del de Derecho Penal – Parte Especial, a razón de sus particularidades y la exigencia del conocimiento de conceptos que no son aplicables para este tipo de delitos.

Modificación de la denominación del tipo penal

Encontramos necesario este aporte teórico, a fin de que los operadores jurídicos no incurran en error por la denominación asignada.

Según la Real Academia de la Lengua Española, el término negociación tiene como significado: “Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto” e incompatible, para este tipo penal tendría que ser definido como no compatible con las funciones otorgadas como funcionario o servidor público.

Entonces de una interpretación literal de la denominación sería, tratos dirigidos a la conclusión de un convenio donde el funcionario público no respeta las funciones otorgadas por la administración pública, hecho o situación que no describe el tipo penal, porque estamos frente a uno donde se busca prevenir el actuar de forma interesada por el funcionario o servidor público anteponiendo el interés privado para favorecerse asimismo o a un tercero. Sin exigir probar que haya habido una negociación previa, por ello, consideramos que la denominación debe ser modificada como inicialmente se determinó el año 1991 en el Código Penal como “Aprovechamiento indebido del cargo”.

De igual opinión, Reátegui (2017) señala que:

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

Por tanto como segunda propuesta teórica, afirmamos que a efectos de no generar confusión a los operadores jurídicos sobre la denominación del tipo penal, debería realizarse la modificación señalada.

Modificación de un elemento descriptivo

Desarrollaremos esta propuesta, con el objetivo que el tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo, no deje abierta la posibilidad de que hechos que concretamente puedan configurar el delito de colusión, también se subsuman en este tipo.

Nos referimos al elemento descriptivo “en provecho propio o tercero”, específicamente “en provecho de tercero”, de un estudio del tipo penal lo que nos dice es que se va a sancionar cuando el funcionario o servidor público se interese en provecho de tercero en una contratación pública, haciendo suponer que este favorecimiento no tendría ni un móvil o motivo, entonces nos preguntamos ¿El tipo penal afirma que el funcionario favorecerá a un tercero, sin que él tenga conocimiento o haya habido un pacto de forma anterior?, este tipo de cuestionamiento permiten concluir que se ha dejado una puerta abierta para cuando en las investigaciones realizadas por el Ministerio Público no pueda

acreditarse el pacto colusorio, puedan subsumir el hecho en este supuesto, asimismo desde el punto de vista de la defensa técnica como ya hemos concluido en la investigación viene siendo utilizado para evadir responsabilidad penal de funcionarios que cometieron el delito de colusión.

Por ello, nuestra propuesta frente a esta situación es modificar el tipo penal a fin que no haya mecanismo alguno por el cual puedan mal utilizar lo regulado para sus propios fines.

Imposibilidad de imputarse negociación incompatible como imputación alternativa de algunos tipos penales

Sobre este punto, el Código Procesal Penal a través del artículo 336 dispuso en su numeral dos la posibilidad de realizar imputaciones alternativas:

“Artículo 336°.- Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria

(...)

2. La Disposición de formalización contendrá:

- a) El nombre completo del imputado;*
- b) Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación;*
- c) El nombre del agraviado, si fuera posible; y,*
- d) Las diligencias que de inmediato deban actuarse. (Subrayado y énfasis nuestro)*

(...).”

Entonces esta norma deja abierta la posibilidad de que el Ministerio Público formalice o continúe con la investigación preparatoria debe delimitar su imputación y si fuera el caso realizara una imputación alternativa.

Sobre este tipo de imputaciones lo que se desarrollo es que ante la posibilidad de que existan un concurso aparente de normas es decir el hecho imputado se subsuma en dos tipos penales, la fiscalía podrá realizar imputaciones alternativas.

Entonces se pone como condición para realizar una imputación alternativa que los tipos penales tenga un concurso aparente de leyes, sobre este concepto Bacigalupo (2004) señala que: *“el concurso aparente de leyes penales se presenta cuando el contenido ilícito de un hecho punible ya está comprendida en otro, y por ello, sólo se cometió una única lesión de la ley penal”* (Pág. 536)

Por otro lado Jakobs (1997) precisa que: *“varias leyes penales concurren en la determinación de un injusto, pero, una de esas formulaciones de delito agota la determinación del delito”* (Pág. 1044)

Asimismo, Bustos Ramírez (2004) indica que: *“el concurso aparente de leyes penales, se da cuando un hecho aparece contenido en varios tipos penales, pero su contenido es determinado completamente, sólo por uno de ellos”*. (Pág. 588)

Entonces, ¿se puede afirmar que entre los delitos de aprovechamiento indebido del cargo, colusión y cohecho existe concurso aparente de leyes?

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

“PRIMERA PONENCIA:

La primera posición parte por reconocer la usencia de nexos comunicantes entres los tipo penales de colusión desleal y negociación incompatible que permitan calificarlos como tipos penales autónomos y, por lo tanto permitan sostener la posibilidad de formular imputaciones conjuntas.

SEGUNDA PONENCIA

Plantea la imposibilidad de proponer imputaciones conjuntas por delitos de colusión desleal y negociación incompatible, en cuya virtud debe optarse por establecer cuál de los tipos penales resulta aplicable al caso concreto, permitiéndose, en todo caso, la formulación de imputaciones alternativas.

GRUPO N° 01

El grupo N° 01 está de acuerdo por unanimidad con la primera posición que reconoce la ausencia de nexos comunicantes entre los tipos penales de colusión desleal y negociación incompatible que permitan calificarlos como los tipos penales autónomos.

Conclusiones:

Primera:

Con relación a la primera posición para identificar cuál de los tipos penales se trata el Juez debe evaluar si el servidor de la administración pública ha concertado con terceros para defraudar a la administración pública, o se ha interesado para promover un beneficio personal o de tercero en perjuicio del Estado (la diferencia está en el medio comisivo), por tanto, mientras en la negociación incompatible el funcionario servidor del Estado se interesa, constituiría esta un acto de mutuo propio, a diferencia de la colusión desleal que el funcionario se concerta con un particular tratándose de un delito de encuentro y participación necesaria.

Segunda:

No pueden concurrir en forma simultanea los delitos de Colusión Desleal y Negociación Incompatible porque se trata de delitos autónomos, aun cuando tienen puntos coincidentes (funcionarios o servidores públicos – sujeto activo – afectación en ambos casos al patrimonio del Estado, de manera concreta o potencial).

Excepcionalmente, pueden concurrir siempre y cuando las conductas que desarrolla el sujeto activo configuren ambos tipos penales. Un solo comportamiento no puede calificar para ambos tipos penales, salvo que se presente conductas independientes al mismo hecho.

De acuerdo a lo expuesto y cuando se presenten ambos comportamientos estaríamos frente al concurso real de delitos, por ende, al momento de computar en este caso los plazos de prescripción estos serán de manera independiente. Y, finalmente, concluimos que la negociación incompatible no es una forma de colusión en grado de tentativa.

GRUPO N° 2

Primera:

En relación al primer tema, esto es para distinguir el delito de Colusión Ilegal del delito de Negociación incompatible, hacer la diferenciación entre los medios comisitos de ambos delitos, llegándose a establecer en cuanto a la Colusión Ilegal se requiere la concertación de dos personas a mas con la finalidad de “defraudar los intereses del Estado”, el primero en su condición de garante de los intereses estatales y el segundo lo constituye un particular. 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, en su condición también de garante del Estado atenta contra su deber de lealtad con la administración pública.

Segunda:

Consideramos que la Colusión Ilegal y la Negociación Incompatible son delitos que constituyen tipos penales autónomos eminentemente dolosos, así como de peligro concreto, con excepción del segundo párrafo del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Sustantivo, en el que si se exige un resultado. Por otro lado, admiten la posibilidad que se produzca un concurso real de delitos, siempre y cuando los actos comisitos sean producidos en distintos periodos. Por otro lado, concluyen que no se admite la tentativa en el delito de Colusión Ilegal, esto en razón a que los casos en que no se llega a determinar la defraudación patrimonial ya se encuentra tipificado en el primer párrafo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal.

DECISIÓN:

Unanimidad

Plantea la posibilidad de proponer imputaciones conjuntas por delitos de colusión desleal y negociación incompatible, en cuya virtud debe optarse por establecer cuál de los delitos penales resulta aplicable al caso en concreto, permitiéndose, en todo caso, la formulación de imputaciones alternativas”.

Entonces de las conclusiones emitidas por el Pleno Jurisdiccional, se puede concluir que existen precedentes de que situaciones pueden ser denunciadas como imputaciones alternativas.

En la práctica, se observa que los mismos hechos son imputados por el Ministerio Público como delito de negociación incompatible y colusión, consideramos como propuesta teórica, que a partir de la modificación que desarrollamos de extraer el supuesto de hecho de favorecimiento a tercero el delito de negociación incompatible y colusión no podrán ser imputados de forma alternativa y tampoco conjunta.

Conclusiones

1. Es un efecto negativo de la regulación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, la denominación otorgada en el artículo 399 del Código Penal, porque, genera confusión cuando el operador jurídico que la va a utilizar, realiza una interpretación literal del mismo. Concluyendo que, por los términos utilizados (Negociación: Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto e Incompatible: Actuación del funcionario o servidor público anteponiendo intereses no compatibles con su función) nos encontraríamos ante un tipo penal de encuentro y participación necesaria.
2. Realizar imputaciones alternativas con los delitos de colusión y cohecho teniendo como subsidiario al delito de negociación incompatible tiene como efecto negativo, que hechos graves que podrían ser condenados por delitos que revisten mayor peligro como los mencionados, obtengan condenas menos gravosas, generando con este tipo de acciones, una suerte de impunidad.
3. La defensa técnica, procura que los hechos cometidos se subsuman en el tipo penal de negociación incompatible, ello, como una estrategia legal, al evidenciarse que el delito de colusión ilegal y cohecho, tienen un castigo más agravado.
4. El estándar probatorio que es requerido para el delito de negociación incompatible es el idóneo para acreditar los supuestos donde el funcionario o servidor público se interesa de forma indebida en una contratación estatal u operación, sin embargo, si estamos frente a una imputación alternativa con delitos de colusión y cohecho para que estos sean probados se necesita acreditar los hechos donde interactúan con los terceros extraneos, siendo que, las pruebas a obtener son mucho más complejas, con ello estaríamos favoreciendo que al término de la

investigación la imputación sea únicamente por el delito de negociación incompatible.

5. Es un efecto negativo imputar de forma alternativa los delitos de colusión ilegal, cohecho, patrocinio ilegal y negociación incompatible, por ser delitos que protegen distintos bienes jurídicos, asimismo, sus elementos normativos y descriptivos son totalmente diferentes y el único punto de convergencia que tienen son sus supuestos que se desarrollan en las contrataciones públicas.
6. El imputar de forma alternativa el delito de negociación incompatible y colusión ilegal, afecta el derecho de defensa, en el sentido, de que, la defensa técnica, al tener una investigación por el delito colusión, tratara de demostrar al juzgado, que no hubo un pacto colusorio entre los participantes de una contratación, sin embargo, al haber una imputación alternativa con un tipo penal que es general, porque solo se debe probar un interés de favorecer a uno mismo o a un tercero, creemos que el Ministerio Público se excede en la persecución criminal.
7. Sobre la política criminal y la finalidad otorgada al delito de negociación incompatible, se buscó penalizar actos que no revestían mayor gravedad, como en los tipos penales de colusión ilegal y cohecho, sin embargo, en la práctica se ha convertido en el tipo penal a utilizar como estrategia para la defensa técnica con el objetivo de obtener una pena menor, frente a hechos que podrían condenarse a través de otros tipos penales, por tanto consideramos que el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido, debería ser modificado para que pueda servir a la lucha contra la corrupción en nuestro país.
8. El desconocimiento de los operadores jurídicos sobre la autoría y participación desde el punto de vista fiscal, defensa técnica y poder judicial, hace que se emita decisiones, donde los conceptos son utilizados de forma distorsionada, siendo la

razón de ello, la poca preparación que se obtuvo a nivel de pregrado o de preparación personal.

9. Los efectos regulatorios del tipo penal de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido regulado en el artículo 399 del Código Penal, mayormente son negativos

Recomendaciones

1. Realizar una reestructuración del delito de Negociación Incompatible, de sus elementos descriptivos, para delimitar su uso frente a imputaciones alternativas.
2. Promover una reformulación de la denominación otorgada al delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo.
3. Realizar una mayor precisión sobre los fines políticos criminales y el bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible.
4. Delimitar y unificar los criterios a fin de utilizar, imputaciones alternativas que no afecten el derecho de defensa.
5. Promover mayor preparación para los futuros operadores jurídicos de nuestra comunidad, sobre delitos de corrupción de funcionarios, por la complejidad que implica desarrollarlos.

Referencias Bibliográficas

1. Abanto (2003), *Los Delitos contra la Administración Publica en el Código Penal Peruano*, Segunda edición.
2. Aguilera, C. (2016). *La teoría de la unidad del título de imputación y la persecución y represión penal de los delitos especiales cometidos por Corrupción de funcionarios públicos*. Tesis para obtener el título de abogado. Trujillo – Perú. *Universidad privada Antenor Orrego*.
3. Apelación contra la Sentencia N° 0087-2016-1JUPS/CSJUU-PJ de fecha 07 de Julio realizado por el Señor Fiscal Provincial del Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, en el Expediente Judicial N° 00449-2015-47-1508-JR-PE-01.
4. Bacigalupo (1989), *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá, Año 1989.
5. Bacigalupo (2004), *Derecho Penal, Parte General*, Ara Editores E.I.R.L., Lima.
6. Bustos (2004), *Obras Completas, Derecho Penal Parte General T.I*; Edit. ARA; Lima.
7. Caro (2003)-“*Algunas Consideraciones Sobre Los Delitos De Infracción de Deber*”, Anuario de Derecho Penal, Volumen: 1.
8. Casación N° 634-2015 de fecha 28 de junio del 2015 emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.
9. Casación 782-2015- Del Santa de fecha 06 de julio de 2016, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.
10. Casación N° 231-2017 – Puno de fecha 14 de septiembre de 2017, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.

11. Casación N° 841-2015-Ayacucho de fecha 24 de mayo de 2016, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.
12. Constitución Política del Perú (1993). Congreso Constituyente Democrático, Lima, Perú. 29 de diciembre de 1993.
13. Convención Interamericana contra la corrupción emitida el 29 de marzo de 1996 por la Organización de los Estados Americanos (OEA).
14. Decreto Legislativo N° 635 (1991). Congreso de la Republica del Peru, emitido el 08 de abril de 1991.
15. Decreto Supremo N° 119-2012-PCM (2012). Decreto que aprueba el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016, emitido por la Presidencia de Consejo de Ministros el domingo 9 de diciembre de 2012.
16. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa (1990), emitido por el Presidente de la Republica del Perú el 18 de enero de 1990.
17. Cuello C.J. (2009). *Derecho Penal Español*. Madrid – España. Editorial Dykinson.
18. Feuerbach (1989), Tratado de Derecho penal, (trad. Zaffaroni/Hagemeyer), Buenos Aires.
19. Fontan (1998). *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Buenos Aires-Argentina. Abeledo Perrot.
20. Gálvez (2017). El Delito de Enriquecimiento Ilícito. Editorial Pacifico Editores S.A.C. Lima.
21. Gaspar Chirinos (2016): Material auto instructivo del Curso “Principales aspectos de los delitos de corrupción de funcionarios”, AMAG.
22. García – Pablos de Molina (2009). *Derecho Penal Parte General*. Madrid-España. Jurista Editores E.I.R.L.

23. García, M.A. (2017). *Pena, disuasión, educación y moral pública*. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Número 175.176,177.
24. Gonzalo Ruiz (2018) ¿En qué consiste el Análisis de Impacto Regulatorio?, recuperado de <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2016/06/06/en-que-consiste-analisis-de-impacto-regulatorio-ria/>
25. Gómez González (2001). *Participación criminal: Análisis Doctrinal y jurisprudencia* (en papel). España. Libros Dykinson.
26. Guimaray (2016). *Manual sobre Delitos contra la Administración Pública*. Segunda Edición.
27. Hernández, Fernández y Baptista (2010). “Metodología de la Investigación”. Interamericana Editores. México.
28. Informe Defensoría N° 168 (2014). El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín. Lima, Perú, Diciembre 2014.
29. Ilabaca, F. (2012). *Delito de negociaciones incompatibles* (Memoria). Universidad de Chile, Santiago. Recuperado de https://repositorio.uchile.ci/bitstream/handle/2250/112854/deilabaca_f.pdf?sequence=1
30. Jakobs (1997), *Derecho Penal Parte General*, Trad. Cuello Contreras y otro, 2da Edición, Editorial Marcial Pons E.J.SA, Madrid.
31. Jescheck (2003). *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Comares.
32. Lagos Chandia Glenda Cecilia. La inducción. Concepcion- Chile 2012- Trabajo de investigación para optar el título de master en derecho penal de la Universidad de Sevilla.
33. Lesch (2010). *La Función de la Pena*. Madrid – España – Editorial Dykinson.

34. Ley del Código de Ética de la Función Pública N° 27814 (2002). Emitida por el Congreso de la Republica el 13 de agosto de 2002.
35. Ley Marco del Empleo Público N° 28175 (2004). Emitida por el Congreso de la Republica el 28 de enero de 2004.
36. Ley que crea la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción N° 29976; (2013). Emitida por el Congreso de la Republica el 03 de enero del año 2013.
37. Ley que incorpora la pena de multa en los delitos cometidos por funcionarios. Emitida por el Congreso de la Republica el 25 de noviembre del año 2013.
38. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República N° 27785. Emitida por el Congreso de la Republica el 22 de julio del año 2002.
39. Mir Puig, Santiago (2008). Derecho Penal Parte General. Buenos Aires – Argentina. Euros Editores S.R.L.
40. Muñoz (2010). Derecho Penal Parte General. Octava edición. Editorial Tiront lo Blanch.
41. Pariona (2008), *“La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber, Fundamentos y Consecuencias.”*
42. Pleno Jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Lima realizado el 20 de diciembre de 2011.
43. Reátegui, J. (2017). *Delitos contra la administración pública en el Código Penal.* Jurista Editores.
44. Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima (2016) de fecha 16 de agosto del año 2016, emitida por la Sala Penal Permanente.

45. Rodríguez y Ossandón (2005). *“Delitos Contra la Función Pública. El Derecho Penal Frente a la Corrupción Política, Administrativa y Judicial”*. Editorial Jurídica de Chile.
46. Rojas (2006), *Delitos contra la administración pública*. Lima, 4a. Edición, Grijley.
47. Roxin (1970), “Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho”, en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Edic. Pannedille. Bs.As.
48. Salinas (2008), *Delitos contra la administración pública*, 3° ed., Grijley,
49. Sandoval C. (1996). “Investigación cualitativa”. Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Icfes. Bogotá.
50. Sentencia emitida el 28 de octubre de 2013 en el Expediente 0148-2012 por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.
51. Sentencia N° 0087-2016-1JUPS/CSJLU-PJ de fecha 30 de junio del año 2016 en el Expediente 449-2015-47 por el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo.
52. Sentencia emitida a través de la Resolución N° 35 de fecha 26 de setiembre del año 2016 emitida por la Sala Penal de Apelaciones Liquidadora de Satipo.
53. Silva Sanchez (2010). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Montevideo – Uruguay. Editorial B de F.
54. Villavicencio (2009), *Derecho Penal, Parte General*, Editora Jurídica Grijley, Lima.
55. Welsel (1956). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires. Roque De Palma Editor.
56. Zaffaroni (1989), Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, EDIAR, Bs.As.

Anexos

1. OPERACIONALIZACION DE VARIABLES

TITULO: EL EFECTO REGULATORIO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERES INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS O SERVIDORES PUBLICOS EN LAS OPERACIONES Y CONTRATOS CELEBRADOS POR RAZON DE SU CARGO

FORMULACION DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	METODOLOGIA	INSTRUMENTOS
<p>Problema General</p> <p>¿Cuál es el efecto de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo?</p> <p>Problemas Específicos</p> <p>1. ¿Cuál es el efecto negativo de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo?</p> <p>2. ¿Cuál es el efecto positivo de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Determinar cuál es el efecto de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo.</p> <p>Objetivos Específicos</p> <p>1, Determinar los efectos negativos de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo.</p> <p>2, Determinar los efectos positivos de la regulación del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios y/o servidores públicos en los contratos u operaciones por razón de su cargo.</p>	<p>Tipo de investigación</p> <p>La presente investigación será realizada bajo el enfoque cualitativo; específicamente en el estudio de casos.</p> <p>Método de investigación</p> <p>El método de investigación a utilizar es interpretativista, reflejado en el enfoque denominado cualitativa.</p> <p>Estrategia de análisis</p> <p>El uso de técnicas de triangulación de los resultados obtenidos durante el trabajo de campo.</p>	<p>Técnica:</p> <p>La técnica por utilizar es la observación y la entrevista</p> <p>Instrumento:</p> <p>Guía de observación, Guion de entrevista a expertos</p>

2. INSTRUMENTOS



Guion de entrevista a Expertos en Derecho

I. Datos Intervinientes:

1.1. Nombre de experto	
1.2. Grado	
1.3. Especialista	
1.4. Experiencia	

II. Objetivo del instrumento:

Analizar el efecto regulatorio del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios o servidores públicos en las operaciones y contratos celebrados por razón de su cargo.

III. Estructura del instrumento

EL EFECTO REGULATORIO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS EN LAS OPERACIONES Y CONTRATOS CELEBRADOS POR RAZÓN DE SU CARGO	
57. EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U	Introducción p1.1: Teniendo como referencia el análisis de impacto regulatorio como instrumento de política pública (política criminal). <ul style="list-style-type: none">• P1.1: ¿Tiene algún efecto positivo la regulación del delito de negociación incompatible? ¿Cuáles serían los efectos?
	<ul style="list-style-type: none">• P1.2: ¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos? ¿Por qué?

	<ul style="list-style-type: none"> • P1.3: ¿Considera que para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio? ¿Por qué?
	<ul style="list-style-type: none"> • P1.4: ¿Considera que la defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos? ¿sí? ¿no?, ¿Por qué?
	<ul style="list-style-type: none"> • P1.5: ¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción? ¿Necesita de reformas? ¿Cuáles serían?
	<ul style="list-style-type: none"> • P1.6: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales?
	<ul style="list-style-type: none"> • P1.7: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales?

58. EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO	<p>Introducción p2.1: Teniendo como referencia el análisis de impacto regulatorio como instrumento de política pública (política criminal).</p>
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.1: ¿La regulación del delito de negociación incompatible tendría algún efecto negativo? ¿Cuáles serían?
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.2: ¿El Ministerio Público podría excederse en su persecución criminal gracias al delito de negociación incompatible, ya que, este delito no reviste un estándar probatorio elevado?
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.3: ¿El Poder Judicial no podría determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesan indebidamente en los contratos u operaciones cuando se les imputa por el delito de negociación incompatible, ya que, el interés indebido es difícil de probar?
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.4: ¿Considera que la defensa técnica podría aprovecharse de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos?
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.5: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es negativa ¿Ello afecta para realizar una mejor imputación en los procesos penales?
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.6: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema del tipo penal de negociación

	incompatible como delito de peligro concreto? Si la respuesta es negativa ¿Ello afecta para realizar una mejor imputación en los procesos penales?
--	--

IV. Fuente

Elaborado por Bach. Diego Fernando Huaynate Orihuela con base en el Código Penal, artículo 399°.

Cuestionario de Investigador

I. Datos Intervinientes:

1.1. Nombre del Investigador	Diego Fernando Huaynate Orihuela
1.2. Grado	Bachiller
1.3. Problemática	El delito de Negociación Incompatible
1.4. Motivo de la Investigación	Analizar el efecto regulatorio del tipo penal de Negociación Incompatible.

II. Objetivo del instrumento:

Analizar el efecto regulatorio del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios o servidores públicos en las operaciones y contratos celebrados por razón de su cargo.

III. Estructura del instrumento

EL EFECTO REGULATORIO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS EN LAS OPERACIONES Y CONTRATOS CELEBRADOS POR RAZÓN DE SU CARGO	
1. EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO	<p>Introducción p1.1: Teniendo como referencia el análisis de impacto regulatorio como instrumento de política pública (política criminal).</p> <ul style="list-style-type: none"> • P1.1: ¿Tiene algún efecto positivo la regulación del delito de negociación incompatible? ¿Cuáles serían los efectos?
	<ul style="list-style-type: none"> • P1.2: ¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos? ¿Por qué?
	<ul style="list-style-type: none"> • P1.3: ¿Considera que para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio? ¿Por qué?

	<ul style="list-style-type: none"> • P1.4: ¿Considera que la defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos para no agravar la condena del imputado? ¿sí? ¿no?, ¿Por qué?
	<ul style="list-style-type: none"> • P1.5: ¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción? ¿Necesita de reformas? ¿Cuáles serían?
	<ul style="list-style-type: none"> • P1.6: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales?
	<ul style="list-style-type: none"> • P1.7: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales?

<p style="text-align: center;">2. EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO</p>	<p>Introducción p2.1: Teniendo como referencia el análisis de impacto regulatorio como instrumento de política pública (política criminal).</p>
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.1: ¿La regulación del delito de negociación incompatible tendría algún efecto negativo? ¿Cuáles serían?
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.2: ¿El Ministerio Público podría excederse en su persecución criminal gracias al delito de negociación incompatible, ya que, este delito no reviste un estándar probatorio elevado?
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.3: ¿El Poder Judicial no podría determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesan indebidamente en los contratos u operaciones cuando se les imputa por el delito de negociación incompatible, ya que, el interés indebido es difícil de probar?
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.4: ¿Considera que la defensa técnica podría aprovecharse de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos?
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.5: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es negativa ¿Ello afecta para realizar una mejor imputación en los procesos penales?
	<ul style="list-style-type: none"> • P.2.6: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto? Si la respuesta es

	negativa ¿Ello afecta para realizar una mejor imputación en los procesos penales?
--	---

IV. Fuente

Elaborado por Bach. Diego Fernando Huaynate Orihuela con base en el Código Penal, artículo 399°.

Lista de cotejo de análisis de caso

I. Datos Intervinientes:

1.1. N° de Expediente	449-2015-47-1508-JR-PE-01
1.2. Caso	Los imputados Vs El Estado Peruano
1.3. Evaluación	EL efecto regulatorio del delito de negociación incompatible
1.4. Descripción y estado	Expediente que se llevó hasta Casación y a la fecha su estado es Archivado.

II. Objetivo del instrumento:

Analizar el efecto regulatorio del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios o servidores públicos en las operaciones y contratos celebrados por razón de su cargo.

III. Estructura del instrumento

Ítems		Si cumple	No cumple	Descripción de detalles
EL EFECTO POSITIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES POR RAZÓN DE SU CARGO	1. En el caso la regulación del delito de negociación incompatible tiene algún efecto positivo.		X	
	2. En el caso la tipificación del delito de negociación incompatible facilitó la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en las operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos		X	
	3. En el caso para el Poder Judicial determinar	X		

	responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio			
	4. En el caso la defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos para no agravar la condena del imputado	X		
	5. En el caso la tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción		X	
	6: En el caso se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible		X	
	7. En el caso se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto		X	

EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL INTERÉS INDEBIDO DE LOS FUNCIONARIOS Y/O CEBEROS DE LOS TRIBUNALES	1. En el caso la regulación del delito de negociación incompatible tendría algún efecto negativo	X		
	2. En el caso el Ministerio Público se excedió en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado	X		

	3. En el caso el Poder Judicial no pudo determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar.		X	
	4. En el caso la defensa técnica se aprovechó de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos	X		
	5. En el caso no se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible.	X		
	6. En el caso no se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto.	X		

IV. Fuente

Elaborado por Bach. Diego Fernando Huaynate Orihuela con base en el Código Penal, artículo 399°.

3. VALIDACION DE INSTRUMENTOS

MATRIZ DE VALIDACION DE INSTRUMENTO

NOMBRE DE INSTRUMENTO: Lista de Cotejo de Análisis.

OBJETIVO: Recoger datos sobre el efecto regulatorio del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios o servidores públicos en las operaciones y contratos celebrados por razón de su cargo.

DIRIGIDO A: Análisis de Caso.

APELLIDOS Y NOMBRES DEL EVALUADOR: Ciro Francisco Rodriguez Aliaga

GRADO ACADEMICO DEL EVALUADOR: Abogado



FIRMA DEL EVALUADOR

Ciro J. Rodríguez Aliaga
ABOGADO
Reg CAJ No 762

EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	el delito de negociación incompatible	<ul style="list-style-type: none"> • Se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto • La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto negativo. • El Ministerio Público se excede en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado • El Poder Judicial no puede determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar. • La defensa técnica se aprovecha de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos • No se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible. • No se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto. 	<ul style="list-style-type: none"> • En el caso que se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto • En el caso la regulación del delito de negociación incompatible tendría algún efecto negativo • En el caso el Ministerio Público se excedió en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado • En el caso el Poder Judicial no pudo determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar. • En el caso la defensa técnica se aprovechó de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos • En el caso no se encuentra delimitado el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible. • En el caso no se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto. 															
					X					X					X			
					X					X					X			
					X					X					X			
					X					X					X			
					X					X					X			
					X					X					X			
					X					X					X			

FIRMA DEL EVALUADOR
 CIRIO J. RODRIGUEZ ALIAGA
 ABOGADO
 Reg. CAJ No 762



Universidad
Continental

MATRIZ DE VALIDACION DE INSTRUMENTO

NOMBRE DE INSTRUMENTO: Guion de entrevista a expertos

OBJETIVO: Recoger datos sobre el efecto regulatorio del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios o servidores públicos en las operaciones y contratos celebrados por razón de su cargo.

DIRIGIDO A: Expertos en Derecho.

APELLIDOS Y NOMBRES DEL EVALUADOR: Marro Quispe Cristina Rebeca

GRADO ACADÉMICO DEL EVALUADOR: Abogada


Cristina Rebeca Marro Quispe
ABOGADO
CAJ 4388

FIRMA DEL EVALUADOR

	una buena política para luchar contra la corrupción	buena política para luchar contra la corrupción? ¿Necesita de reformas? ¿Cuáles serían?													
	<ul style="list-style-type: none"> Se encuentra delimitado el tema de la autoridad y participación en el delito de negociación incompatible 	<ul style="list-style-type: none"> ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoridad y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales? 													
	<ul style="list-style-type: none"> Se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto 	<ul style="list-style-type: none"> ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales? 													
	<ul style="list-style-type: none"> La regulación del delito de negociación incompatible tiene efecto negativo. 	<ul style="list-style-type: none"> ¿Tiene algún efecto positivo la regulación del delito de negociación incompatible? ¿Cuáles serían los efectos? 													
	<ul style="list-style-type: none"> El Ministerio Público se excede en su persecución criminal gracias a que el delito de negociación incompatible no reviste un estándar probatorio elevado 	<ul style="list-style-type: none"> ¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos? ¿Por qué? 													
	<ul style="list-style-type: none"> El Poder Judicial no puede determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesaron indebidamente en los contratos u operaciones, ya que, el interés indebido es difícil de probar. 	<ul style="list-style-type: none"> ¿Considera que para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio? ¿Por qué? 													
	<ul style="list-style-type: none"> La defensa técnica se aprovecha de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos 	<ul style="list-style-type: none"> ¿Considera que la defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos para no agravar la condena del imputado? ¿sí? ¿no? ¿Por qué? 													
	<ul style="list-style-type: none"> No se encuentra delimitado el tema de la autoridad y participación en el delito de negociación incompatible. 	<ul style="list-style-type: none"> ¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción? ¿Necesita de reformas? ¿Cuáles serían? 													

EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

		<ul style="list-style-type: none"> • No se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto. 	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales? 	X		X		X	
--	--	--	--	---	--	---	--	---	--


 Cristina Rebeca Marro Quispe
 ABOGADO
 CAJ 4389

FIRMA DEL EVALUADOR



Universidad
Continental

MATRIZ DE VALIDACION DE INSTRUMENTO

NOMBRE DE INSTRUMENTO: Cuestionario de investigador.


OBJETIVO: Recoger datos sobre el efecto regulatorio del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios o servidores públicos en las operaciones y contratos celebrados por razón de su cargo.

DIRIGIDO A: Investigador.

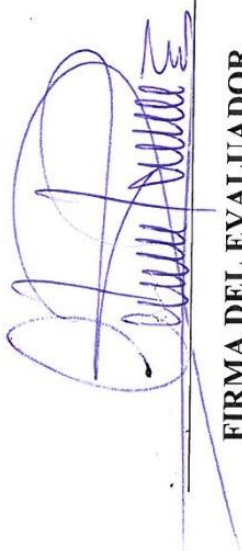
APELLIDOS Y NOMBRES DEL EVALUADOR: Ciro David Rodríguez Díaz

GRADO ACADEMICO DEL EVALUADOR: Abogado

FIRMA DEL EVALUADOR

**Ciro D. Rodríguez Díaz**
ABOGADO - CAJ 4803
CIRO RODRIGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS

	<p>en el delito de negociación incompatible.</p> <ul style="list-style-type: none"> No se encuentra delimitado el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto. 	<p>corrupción? ¿Necesita de reformas? ¿Cuáles serían?</p> <ul style="list-style-type: none"> ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales? 											
			X					X					
								X					
								X					



FIRMA DEL EVALUADOR

CA Ciro D. Rodriguez Diaz
 ABOGADO - CAJ 4803
 CIRO RODRIGUEZ & ASOCIADOS ABOGADOS

4. TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTAS

TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA		
Entrevistador		: Diego Fernando Huaynate Orihuela
Entrevistado		: Héctor Andrés Melgar Salazar
Cargo del entrevistado		: Abogado Litigante y Docente Universitario
Experiencia a fin a la investigación: Experto en temas de corrupción de funcionarios		
CÓDIGO	DIALOGO	COMENTARIOS
EEHAMS1.1.	Entrevistador DFHO: ¿Tiene algún efecto positivo la regulación del delito de negociación incompatible? ¿Cuáles serían los efectos?	Se inicia la entrevista con un saludo cordial
	Entrevistado HAMS: Considero de que desde que el legislador ha establecido la existencia del delito de negociación incompatible como un delito que tiene que ver con el manejo de la cosa pública es decir de la correcta prestación de los servicios públicos dentro del esbozo que realizan los funcionarios y servidores públicos, considero que eso ha sido bien establecido en el Código Penal, por lo tanto, tiene un efecto positivo que va a permitir a que no se evada la justicia y sean sancionados aquellas personas que no cumplan con sus deberes funcionales, el encargo que le otorga el estado al designarlos como tales, serían los efectos positivos considero, primero evitar la impunidad, segundo es la existencia de una regulación precisa para la actividad humana que debe adecuarse a ese tipo penal.	
EEHAMS1.2.	Entrevistador DFHO: ¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos? ¿Por qué?	
	Entrevistado HAMS: Considero que sí, porque el tipo penal ha sido establecido para castigar aquellas conductas que los funcionarios o servidores públicos puedan realizar en cumplimiento de sus funciones, especialmente en las contrataciones con el estado, este tipo se ha regulado para que el funcionario no pueda hacer primar los intereses privados o en favor de terceros y respetar la transparencia de las contrataciones públicas, debemos tener en cuenta que	



	los funcionarios y servidores públicos tienen una relación de sujeción especial con la administración pública y su actuar debe contener la diligencia requerida.	
EEHAMS1.3.	Entrevistador DFHO: ¿Considera que para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio? ¿Por qué?	Se hizo precisión que en la mayoría de casos, las imputaciones realizadas por el Ministerio Público, se realizan imputaciones alternativas teniendo como principal a la Colusión, Cohecho o Tráfico de Influencias, según lo descrito por la Casación N° 841 –2015-Ayacucho y el entrevistado en su experiencia dirigió su experiencia en las imputaciones alternativas de colusión y negociación incompatible.
	Entrevistado HAMS: Considero que el delito de negociación incompatible para ser acreditado tiene que verificarse a través de elementos de convicción el interés indebido, es decir, el interés que el mismo funcionario se vea beneficiado o beneficiar a un tercero en el ámbito de las contrataciones estatales, debo precisar que simplemente un defecto administrativo no puede demostrar la comisión del delito, porque ese aspecto sería el objetivo, sin embargo, los delitos de corrupción de funcionarios deben ser dolosos, por tanto para acreditar su comisión debe cumplirse con ello, sobre el tema de realizar imputaciones alternativas, con la colusión, cohecho y tráfico de influencias, según la Casación N° 841-2015-Ayacucho, creo que si vamos a comparar el estándar probatorio que se exige para estos tipos penales, la respuesta será muy simple, estos delitos son de encuentro por tanto debes acreditar la interacción del funcionario con el extraneus, supuesto factico que en la realidad es muy complejo de probar, reiterando, si vamos a compararlos la respuesta sería que la negociación incompatible tiene un estándar probatorio en menor intensidad, pero debo precisar que estos delitos son totalmente distintos al tipo de negociación incompatible.	
EEHAMS1.4.	Entrevistador DFHO: ¿Considera que la defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos? ¿sí? ¿no?, ¿Por qué?	Se hizo precisión que en la mayoría de casos, las imputaciones realizadas por el Ministerio Público, se realizan imputaciones alternativas teniendo como principal a la Colusión, Cohecho o Tráfico de Influencias, según lo descrito por la Casación N° 841 –2015-Ayacucho y el entrevistado en su experiencia dirigió su experiencia en las imputaciones alternativas de colusión y negociación incompatible.
	Entrevistado HAMS: Entiendo que esta pregunta va dirigido en los supuestos que se realizaron imputaciones alternativas con los delitos mencionados en la Casación citada, debo señalar que a mi parecer esto es un error que se viene realizando por parte de Ministerio Público, esto, porque en mi opinión son delitos con bienes jurídicos protegidos totalmente distintos y por ello no deben ser imputados de forma subsidiaria, claro está, que si existe una imputación por un delito como los citados en la Casación y de forma alternativa la negociación incompatible, está claro, que la defensa técnica realizara todas as estrategias posibles para que solo quede como única imputación la negociación incompatible, porque en el delito en cuestión solo es necesario probar el interés del funcionario y	

	<p>remitiéndonos a la respuesta anterior, será una especie de plan reservado en caso no se pueda probar el delito más grave, viéndolo desde ese punto de vista, si los abogados de la defensa técnica podrían utilizarlo como estrategia, pero no solo por esa parte, sino también por parte de la fiscalía.</p>	
EEHAMS1.5.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción? ¿Necesita de reformas? ¿Cuáles serían?</p> <p>Entrevistado HAMS: Yo creo que si, porque este delito está destinado a contrarrestar los actos ilegales que puedan cometer los funcionarios públicos de forma unilateral, pero, tengo algunas dudas, como por ejemplo el supuesto de beneficiar a tercero, creo que su comisión es poco probable, porque nadie hace favores a un tercero sin beneficiarse y creo que es por este tema que a veces se puede utilizar como concurso aparente de leyes con la colusión, cuando no se pueda probar el tipo penal de colusión, ese sería el primer punto, el segundo podríamos cuestionar la denominación del tipo penal, pero creo que eso sería con fines ilustrativos, porque un operador jurídico serio, no se va a dejar guiar por la denominación que le otorga el tipo penal a un delito, si no, lo estudia de forma profunda, pero ahí vemos el problema que siempre vemos no?, la calidad de abogados, jueces y fiscales, no cumplen con las expectativas, ese sería mis segundo punto y creo que no hay nada más que objetar.</p>	
EEHAMS1.6.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p> <p>Entrevistado HAMS: Tuve la oportunidad de leer una Casación emitida por la Corte Suprema donde ya queda establecido que el funcionario público será el único autor de este tipo penal y los terceros, extraneus, serán considerados como partícipes, entonces yo creo que ya se encuentra establecido, sin embargo, también debo decir, que los defectos que existen en las imputaciones ya no son por una mala regulación, sino por la falta de preparación de los operadores jurídicos, y como parte de esto debemos procurar mejorar esa imagen.</p>	
EEHAMS1.7.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p>	

	<p>Entrevistado HAMS: De igual manera, en la misma Casación se establece lo mismo, esto es importante para que el proceso penal en caso se impute negociación incompatible va a ayudar a conducir de mejor forma todos los actos pero también hay que señalar el mismo defecto, que la preparación a los estudiantes debe ser con mayor intensidad para que cuando salgan al ejercicio puedan ser buenos operadores jurídicos.</p>	
EEHAMS2.1.	<p>Entrevistador DFHO: ¿La regulación del delito de negociación incompatible tendría algún efecto negativo? ¿Cuáles serían?</p> <p>Entrevistado HAMS: Considero que no, pero ya más o menos de lo que voy entendiendo si habría algunos efectos negativos como que se utiliza tanto por parte del Ministerio Público, como también, por parte de los abogados, los primero porque están forzando a realizar investigaciones a base de imputaciones alternativas que no comparten el mismo injusto y los segundos para poder utilizarlos como estrategia de defensa, sin embargo, debo señalar que esto se debe a la mala preparación que existen en los operadores jurídicos, pero si yo estaría ante una situación como abogado de la defensa, ante una imputación alternativa como la mencionada, trataría de obtener una absolución total, porque son distintos tipos penales.</p>	
EEHAMS2.2.	<p>Entrevistador DFHO: ¿El Ministerio Público podría excederse en su persecución criminal gracias al delito de negociación incompatible, ya que, este delito no reviste un estándar probatorio elevado?</p> <p>Entrevistado HAMS: Considero que sí, así como el Ministerio Público plantea una estrategia y maneja una teoría del caso, la defensa técnica también lo hace y si por ejemplo estamos en una imputación alternativa y la defensa logra desacreditar todas las imputaciones, lo más razonable sería que se archive el caso y no se continúe con el proceso por negociación incompatible, por tanto, este delito está siendo utilizado de forma incorrecta.</p>	Se hizo la precisión sobre las imputaciones alternativas que se dan en la práctica.
EEHAMS2.3.	<p>Entrevistador DFHO: ¿El Poder Judicial no podría determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesan indebidamente en los contratos u operaciones cuando se les imputa por el delito de negociación incompatible, ya que, el interés indebido es difícil de probar?</p> <p>Entrevistado HAMS: Considero que el delito de negociación incompatible para ser acreditado tiene que verificarse a través de elementos de convicción el interés indebido, es decir, el interés que el mismo funcionario se vea beneficiado o beneficiar a un tercero en el ámbito de las contrataciones estatales, debo precisar que simplemente un defecto administrativo no puede</p>	

	<p>demostrar la comisión del delito, porque ese aspecto sería el objetivo, sin embargo, los delitos de corrupción de funcionarios deben ser dolosos, por tanto para acreditar su comisión debe cumplirse con ello, sobre el tema de realizar imputaciones alternativas, con la colusión, cohecho y tráfico de influencias, según la Casación N° 841-2015-Ayacucho, creo que si vamos a comparar el estándar probatorio que se exige para estos tipos penales, la respuesta será muy simple, estos delitos son de encuentro por tanto debes acreditar la interacción del funcionario con el extraneus, supuesto factico que en la realidad es muy complejo de probar, reiterando, si vamos a compararlos la respuesta sería que la negociación incompatible tiene un estándar probatorio en menor intensidad, pero debo precisar que estos delitos son totalmente distintos al tipo de negociación incompatible.</p>	
EEHAMS2.4.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que la defensa técnica podría aprovecharse de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos?</p> <p>Entrevistado HAMS: Entiendo que esta pregunta va dirigido en los supuestos que se realizaron imputaciones alternativas con los delitos mencionados en la Casación citada, debo señalar que a mi parecer esto es un error que se viene realizando por parte de Ministerio Publico, esto, porque en mi opinión son delitos con bienes jurídicos protegidos totalmente distintos y por ello no deben ser imputados de forma subsidiaria, claro está, que si existe una imputación por un delito como los citados en la Casación y de forma alternativa la negociación incompatible, está claro, que la defensa técnica realizara todas as estrategias posibles para que solo quede como única imputación la negociación incompatible, porque en el delito en cuestión solo es necesario probar el interés del funcionario y remitiéndonos a la respuesta anterior, será una especie de plan reservado en caso no se pueda probar el delito más grave, viéndolo desde ese punto de vista, si los abogados de la defensa técnica podrían utilizarlo como estrategia, pero no solo por esa parte, sino también por parte de la fiscalía.</p>	
EEHAMS2.5.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es negativa ¿Ello afecta para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p> <p>Entrevistado HAMS: Tuve la oportunidad de leer una Casación emitida por la Corte Suprema donde ya queda establecido que el funcionario público será el único</p>	

	<p>autor de este tipo penal y los terceros, extraneus, serán considerados como partícipes, entonces yo creo que ya se encuentra establecido, sin embargo, también debo decir, que los defectos que existen en las imputaciones ya no son por una mala regulación, sino por la falta de preparación de los operadores jurídicos, y como parte de esto debemos procurar mejorar esa imagen.</p>	
EEHAMS2.6.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto? Si la respuesta es negativa ¿Ello afecta para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p> <p>Entrevistado HAMS: De igual manera, en la misma Casación se establece lo mismo, esto es importante para que el proceso penal en caso se impute negociación incompatible va a ayudar a conducir de mejor forma todos los actos pero también hay que señalar el mismo defecto, que la preparación a los estudiantes debe ser con mayor intensidad para que cuando salgan al ejercicio puedan ser buenos operadores jurídicos.</p>	

<p>TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA</p>		
<p>Entrevistador : Diego Fernando Huaynate Orihuela</p>		
<p>Entrevistado : Raúl Marino Palomino Amaro</p>		
<p>Cargo del entrevistado : Abogado Litigante y Docente Universitario</p>		
<p>Experiencia a fin a la investigación: Experto en temas de corrupción de funcionarios</p>		
CÓDIGO	DIALOGO	COMENTARIOS
EERMPA1.1.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Tiene algún efecto positivo la regulación del delito de negociación incompatible? ¿Cuáles serían los efectos?</p> <p>Entrevistado RMPA: Bueno en principio considero que el tipo penal es adecuado en términos generales porque se tiene que acreditar el interesarse indebidamente en las operaciones o contratos que realizan en el contexto de la contratación estatal, sin embargo, es importante que cuando se utilice este tipo penal, pues se desarrolle dentro del marco de su razón, de su fundamento, de su existencia para que su aplicación sea lo más razonable posible. Hay que tener presente que los funcionarios y servidores públicos tienen una obligación de someterse estrictamente al marco de la legalidad como cualquier</p>	<p>Se inicia la entrevista con un saludo cordial</p>

	<p>otro ciudadano, pero particularmente ellos, y entonces, al haber un interés indebido al escapar del marco de la legalidad tiene que ser reprimido por el Estado peor aún dentro de este tipo de actividad qué son las contrataciones, de donde de por medio existen intereses patrimoniales que tienen que ser cuidadosamente controlados para que no se genera inconvenientes o se puedan incurrir en alteraciones o infracciones de la norma.</p>	
EERMPA1.2.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos? ¿Por qué?</p> <p>Entrevistado RMPA: Considero que es un tipo penal, que se ha dado de forma correcta y remitiéndonos a la pregunta anterior que este delito está destinado a penalizar los hechos donde el funcionario o servidor público, se interese de forma indebida en el marco de las contrataciones estatales y que este ha de ser un instrumento efectivo para tales situaciones fácticas.</p>	
EERMPA1.3.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio? ¿Por qué?</p> <p>Entrevistado RMPA: Yo, considero que estamos frente a dos delitos que tienen un injusto diferente el delito de colusión en primer lugar como ya sabemos se tiene que probar el acuerdo colusorio entre el intraneus y el extraneus, tiene que probarse el acuerdo colusorio por otro lado de la forma agravada no solamente tenemos que probar el acuerdo si no también el perjuicio. Entonces ese marco tiene que ser probado de manera conveniente no?, como ya se dijo si no hay prueba directa tendrá que ser prueba indirecta o indiciaria y por otro lado también dependiendo de cómo asumamos o expliquemos el derecho penal, en todo caso como por ahí unos profesores lo sostienen habría que ver el tema del infracción normativa de manera contundente para no necesariamente tener que recurrir a la prueba indiciaria, por ejemplo el profesor Caro Jhon considera que los delitos de infracción del deber que es algo objetivo incluso la utilización de la prueba indiciaria. Ahora el estándar probatorio es menor en el caso del delito de negocio incompatible, me parece que estamos frente a un supuesto en donde lo que se va a sancionar es el interés indebido del funcionario o servidor público para favorecerse a sí mismo o a tercero, me parece que el estándar probatorio es diferente, encuentra necesariamente, menor que el delito de colusión es una conducta distinta al de colusión o sea interesarse en</p>	<p>Se hizo precisión que en la mayoría de casos, las imputaciones realizadas por el Ministerio Público, se realizan imputaciones alternativas teniendo como principal a la Colusión, Cohecho o Tráfico de Influencias, según lo descrito por la Casación Nº 841 –2015- Ayacucho y el entrevistado en su experiencia dirigió su experiencia en las imputaciones alternativas de colusión y negociación incompatible.</p>

	<p>provecho propio o de tercero es una conducta distinta a la de colusión, entonces ese interés obviamente tiene que verse delimitado por hechos concretos que importen esa conducta, lo que se tiene que acreditar son esos hechos, el interés no es elemento subjetivo es un elemento objetivo qué tiene que advertirse fácticamente, entonces eso se asume como interés y que está representado en hechos, el fiscal pues bien lo tiene que probar.</p>	
EERMPA1.4.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que la defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos? ¿Sí? ¿No?, ¿Por qué?</p> <p>Entrevistado RMPA: Yo creo que no es solamente de la defensa, parece que es una práctica ahora bastante constante del Ministerio Público el asumir que el injusto de negociación incompatible en alguna medida es subsidiario al de colusión, entonces en razón especialmente de la penalidad es lamentable a veces también la defensa se conforma con esta tipificación sin advertir qué estamos hablando de injustos diferentes, existe alguna algún nivel de conexión, a lo que se refiere a la contratación estatal en donde ambos delitos se cometen, a veces se solicita una suerte de adecuación de tipicidad en esta norma que tiene una pena menor que la de negociación incompatible frente a la de colusión que es un poco más grave, me parece que no es adecuado, me parece que si se hace a razón de conveniencia, que si el Ministerio Público no puede probar el delito de colusión entonces se imputa la negociación incompatible, por el lado de la defensa no tendría por qué proponer una tipicidad menos grave como la de negociación incompatible eso es cuenta y riesgo del Ministerio Público si no puede probar y no tiene elementos entonces a la larga frente a su imposibilidad de prueba tendrá que resolverse el tema en ese extremo lo que devendría entonces pues una absolucón por insuficiencia probatoria pero particularmente no considero una práctica adecuada qué la defensa esté solicitando una tipificación alternativa menor o una adecuación del tipo como en algún momento se ha llamado a este asunto para por ese lado buscar conformarse a una pena menor sacrificando la legalidad y los contenidos de la norma que son diferentes entiendo entre lo que corresponde a colusión y lo que corresponde a negociación incompatible.</p>	<p>Se hizo precisión que en la mayoría de casos, las imputaciones realizadas por el Ministerio Público, se realizan imputaciones alternativas teniendo como principal a la Colusión, Cohecho o Trafico de Influencias, según lo descrito por la Casación Nº 841 –2015- Ayacucho y el entrevistado en su experiencia dirigió su experiencia en las imputaciones alternativas de colusión y negociación incompatible.</p>
	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política</p>	

EERMPA1.5.	<p>para luchar contra la corrupción? ¿Necesita de reformas? ¿Cuáles serían?</p> <p>Entrevistado RMPA: Considero que si es una buena política pública, porque penaliza las acciones ilegales que se dan en las contrataciones estatales, sin embargo, existen supuestos de hecho que no son de mucha aplicación, me refiero al supuesto que se desdobra del tipo penal cuando se “favorece a tercero”, ese supuesto creo que no es de aplicación, porque, en los supuestos facticos, donde se acredita un favorecimiento a tercero, lo más probable es que exista un acuerdo y creo que este sería el supuesto que generaría confusión en los operadores inexpertos en delitos de corrupción de funcionarios, a razón de ello, imputarían de forma alternativa el delito de colusión, también hay que tener en cuenta que la denominación es algo inexacta porque el termino negociación da a entender que habría un pacto, por ello asumo que esos dos aspectos tendrían que ser reformulados, por los otros supuestos creo que no existe ningún inconveniente. Algo que quiero agregar es mayor estudio para los operadores jurídicos de los tipos penales a fin de no crear confusión al hacer imputaciones alternativas entre el delito de negociación incompatible y colusión, porque si está sucediendo esto en la práctica es por el desconocimiento que se tiene de estos tipos penales.</p>	
EERMPA1.6.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible y es correcta su aplicación por los operadores jurídicos? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p> <p>Entrevistado RMPA: Yo pienso que no mi apreciación al respecto es la siguiente, creo que es un problema general no solamente de Jueces, Fiscales sino también de los abogados litigantes, no se trabaja y no se estudia responsablemente en la parte general la teoría del delito o sea en la formación del abogado incluido los Jueces Fiscales y abogados en general, la mayoría no suele estudiar la teoría del delito de manera responsable entonces eso a la larga genera pues prácticas inadecuadas en dónde la teoría del delito en este caso como por ejemplo en la teoría de la intervención o autoría y participación como lo llamamos son temas de teoría del delito que por supuesto tienen que ser asumidos dentro del contexto global que es la teoría del delito, que estos temas no se pueden estudiar aisladamente uno no puede estudiar autoría y olvidarse de que existe imputación objetiva y que existe imputación subjetiva existe un marco de antijuricidad o</p>	

	<p>culpabilidad etcétera es todo un conjunto de cosas que tiene que el operador conocerlos haberlos trabajado ahí haber madurado en su comprensión y en su apreciación y en tomar además posición dogmática de lo que entiende por estas instituciones, porque como ya sabemos no hay una teoría del delito, diferentes autores y propuestas han pues expuesto diferentes posiciones frente a la teoría del delito todas muy importantes, muy relevantes pero, tienen que ser pues estudiadas tienen que ser comprendidas y tienen que ser aplicadas yo creo que el problema está en que la mayoría de los operadores de derecho, en general, no han estudiado menos van a conocer y peor va no van a poder aplicar lo que no conoce entonces en esa medida si hay excepciones, nuestra administración de justicia esta carente de esos expertos y me parece que en los casos de delitos de corrupción de funcionarios y en razón además incluso de la entrada en vigencia del código procesal penal en donde sea requerido de diferentes Fiscales y Jueces que puedan completar los espacios necesarios para la implementación de este Código, ahora todo el mundo trabaja derecho penal y derecho procesal porque ha habido una oportunidad de trabajo y han encontrado un espacio igual en la defensa no?, abogados que nunca se les conocía por lo menos aficionados del derecho penal ahora los vemos trabajando en temas penales y procesales penales entonces eso le resta un poco de contenido y calidad a la actividad en general de los operadores del derecho si hay excepciones es por eso que a veces solamente podemos contar algunos no?, pero la práctica está llena de personas tanto en la fiscalía y en los defensores técnicos que más por oportunidad y quizá por necesidad de empleos, se dedican a estos temas del derecho penal y la teoría del delito pues, no se aprende de la noche a la mañana es un proceso en el que todos estamos aprendiendo y obviamente no vamos a terminar de hacerlo.</p>	
EERMPA1.7.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p> <p>Entrevistado RMPA: Yo pienso que como te decía en la respuesta anterior el problema está que, la formación en teoría del delito es muy limitada en su mayoría el mismo hecho de tener una apreciación por ejemplo de definir el delito y clasificar el delito en delitos de lesión, delitos de peligro concreto, peligro abstracto, etcétera alude ya</p>	

	<p>a una posición dogmática determinada, porque si nosotros nos remitimos a otras posiciones dogmáticas, no hay diferencia entre delito y delito, si el delito es de infracción de la norma no?, como el funcionalismo lo explica si el delito es una infracción a la norma no interesa lo que fácticamente o fenomenológicamente ocurra sí hubo resultado o no hubo resultado fáctico, material fenomenológico, entonces ese es el problema se suele tratar de motivar resoluciones, no sé disposiciones fiscales con argumentos de defensa, utilizando conceptos de teorías del delito, pero el problema es que en nuestro contexto la mayoría no suele utilizar un perfil dogmático determinado en todo momento si no, usa un poquito de finalismo, un poquito de Jacobs, más tarde se acuerda de nuestro medio mezcla un todo de un poco, eso no es así, a mí me parece precisamente deberías por lo menos generarte una tendencia dogmática, cada operador del derecho penal debería tener una posición dogmática independientemente que sea asumida por el resto, debería ser la base de su articulación de su entendido de sus ideas de sus argumentos sea Juez, Fiscal, Abogado entonces quizá en su precisión dogmática no tenga la necesidad de diferenciar entre los delitos de resultado o de peligro, quizá no porque si hablamos de infracción de la ley no le interesa, es suficiente pero debería de haber ese nivel de argumentación, algo que algún momento se me ha ocurrido a mí personalmente y en algún momento lo he planteado, aunque podría incomodar algún fiscal o juez es solicitar desde el inicio estamos trabajando un delito tal de pido a usted se ubique dogmáticamente y me diga, para efectos de mi defensa cuál es su lineamiento dogmático o sea usted va a pensar como finalista, va a pensar como Jacobs, o va a pensar como Roxin o va a pensar como quién para que yo pueda seguir ese pensamiento y el fiscal simplemente no me ha dicho nada, que ya en el transcurso lo veremos; si un resultado está viniendo favorablemente uno no se preocupa eso también y la práctica del resultado y la inmediatez del mismo es lo que nos hace no ser tan exigentes en ese tema en algún momento pero a veces si tenemos que ser exigentes tendríamos que pedirlo y los Jueces y Fiscales tendrían que tener una posición dogmática desde la comprensión del derecho penal de lo de la teoría del delito para nosotros podamos seguir esa ilación y requerir una respuesta adecuada a lo que él piensa sobre el delito.</p>	
EERMPA2.1.	<p>Entrevistador DFHO: ¿La regulación del delito de negociación incompatible tendría algún efecto negativo? ¿Cuáles serían?</p>	

	<p>Entrevistado RMPA: Bueno en principio consideró que el tipo penal es adecuado en términos generales porque se tiene que acreditar el interesarse indebidamente en las operaciones o contratos que realizan en el contexto de la contratación estatal, sin embargo, es importante que cuando se utilice este tipo penal, pues se desarrolle dentro del marco de su razón, de su fundamento, de su existencia para que su aplicación sea lo más razonable posible. Hay que tener presente que los funcionarios y servidores públicos tienen una obligación de someterse estrictamente al marco de la legalidad como cualquier otro ciudadano, pero particularmente ellos, y entonces, al haber un interés indebido al escapar del marco de la legalidad tiene que ser reprimido por el Estado peor aún dentro de este tipo de actividad que son las contrataciones, de donde de por medio existen intereses patrimoniales que tienen que ser cuidadosamente controlados para que no se genera inconvenientes o se puedan incurrir en alteraciones o infracciones de la norma.</p>	
EERMPA2.2.	<p>Entrevistador DFHO: ¿El Ministerio Público podría excederse en su persecución criminal gracias al delito de negociación incompatible, ya que, este delito no reviste un estándar probatorio elevado?</p> <p>Entrevistado RMPA: Me parece que sí, cuando se asume que la negociación incompatible es un tipo subsidiario al de colusión y dependiente del mismo o sea, que partiría en menor intensidad el injusto de Colusión, me parece que son injustos diferentes tienen contenidos desde las bases fácticas que lo sustentan, contenidos de injusto diferentes, no es correcto asumir la negociación incompatible como posibilidad si la colusión no se puede probar y estas calificaciones alternativas las que haces mención ocurren muy frecuentemente en estos delitos contra la administración pública, seguramente con este delito lamentablemente no solamente estamos hablando de esta calificación alternativa si no estamos hablando incluso de que en juicio oral la desvinculación a la que tiene acceso el juez también otorga estas consecuencias, entonces, como el juez advierte que no va a poder probar la colusión entonces pues se desvincula a último momento y asumen bajo la misma lógica el Ministerio Público, lo que está ocurriendo es por falta de comprender con precisión el marco del injusto que pertenece a cada ilícito, entonces, sí se afectaría el derecho de defensa de los imputados, el derecho de defensa así como el Ministerio Público va construyendo su teoría del caso desde el momento que toma conocimiento de la noticia delictuosa y la va definiendo hasta el momento de realizar su acusación fiscal, en la etapa correspondiente la defensa también se</p>	

	<p>va construyendo es todo un proceso en el que el abogado va pues teniendo presente primero el marco que el Fiscal le va a presentar y asumiendo que este marco es un marco que va a modificarse y puede perfeccionarse hacia cierto momento y qué tiene que ser un marco fáctico establecido entonces pero cuando se nos cambia la determinación alternativa de la tipicidad la desvinculación a último momento yo creo que sí afecta el derecho de defensa porque el derecho de defensa se ha expuesto a una contingencia irracional y entonces pues todo este proceso que se tuvo que construir la misma defensa simplemente no sirvió para nada porque en último momento hay que defenderse de lo que se viene proponiendo y hay una serie de contingencias, qué pasa cuando el fiscal o el juez quiere desvincularse por ejemplo al final del juicio oral porque no puede probarse o no va a poder probar la colusión pero si piensa que si va poder probar la negociación incompatible, pero qué pasa si el fiscal no acepta la desvinculación por lo que podría ocurrir que no la haga suya entonces vemos que ahí el fiscal insiste en su imputación y el juez plantea otra imputación vía desvinculación en la práctica la defensa se está enfrentando a dos imputaciones una la del juez que no tendría que hacerlo pero la legalidad le permite, asimismo se está enfrentando a la acusación fiscal entonces estas cuestiones están pasando, ese tema está ahí, está en cuestión, yo creo que se tiene que trabajar, este es un tema que se tiene que ver con el principio de contradicción no? y el proceso tiene que ver con la separación de roles y tareas, no solamente se tiene que observar el tema desde un punto de vista conveniente de política criminal por la necesidad de castigar la corrupción, pero se tiene que hacer dentro de un marco de racionalidad y de respeto a los derechos fundamentales y del debido proceso, etcétera, etcétera. Yo pienso que si bien la reforma es importante procesalmente hablando parece que todavía han quedado vigentes por la coyuntura política social de entorno el de la corrupción se suele sacrificar muy fácilmente algunos principios o algunos criterios Qué son inherentes a un modelo procesal acusatorio guía qué debería respetarse creo que con un poco más de intensidad.</p>	
EERMPA2.3.	<p>Entrevistador DFHO: ¿El Poder Judicial no podría determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesan indebidamente en los contratos u operaciones cuando se les imputa por el delito de negociación incompatible, ya que, el interés indebido es difícil de probar?</p>	

	<p>Entrevistado RMPA: Yo, considero que estamos frente a dos delitos que tienen un injusto diferente el delito de colusión en primer lugar como ya sabemos se tiene que probar el acuerdo colusorio entre el intraneus y el extraneus, tiene que probarse el acuerdo colusorio por otro lado de la forma agravada no solamente tenemos que probar el acuerdo si no también el perjuicio. Entonces ese marco tiene que ser probado de manera conveniente no?, como ya se dijo si no hay prueba directa tendrá que ser prueba indirecta o indiciaria y por otro lado también dependiendo de cómo asumamos o expliquemos el derecho penal, en todo caso como por ahí unos profesores lo sostienen habría que ver el tema de la infracción normativa de manera contundente para no necesariamente tener que recurrir a la prueba indiciaria, por ejemplo el profesor Caro Jhon considera que los delitos de infracción del deber que es algo objetivo incluso la utilización de la prueba indiciaria. Ahora el estándar probatorio es menor en el caso del delito de negocio incompatible, me parece que estamos frente a un supuesto en donde lo que se va a sancionar es el interés indebido del funcionario o servidor público para favorecerse a sí mismo o a tercero, me parece que el estándar probatorio es diferente, encuentra necesariamente, menor que el delito de colusión es una conducta distinta al de colusión o sea interesarse en provecho propio o de tercero es una conducta distinta a la de colusión, entonces ese interés obviamente tiene que verse delimitado por hechos concretos que importen esa conducta, lo que se tiene que acreditar son esos hechos, el interés no es elemento subjetivo es un elemento objetivo qué tiene que advertirse fácticamente, entonces eso se asume como interés y que está representado en hechos, el fiscal pues bien lo tiene que probar.</p>	
EERMPA2.4.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que la defensa técnica podría aprovecharse de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos?</p> <p>Entrevistado RMPA: Como he venido explicando considero que si se realiza una imputación alternativa, donde la colusión sea la principal y la negociación incompatible la alternativa debe comprenderse que son tipos penales muy distintos y que la única coincidencia que se tiene es que se dan en las contrataciones estatales, yo supongo que el supuesto que contiene la pregunta debe ser que se pida en el control de acusación se impute el delito de negociación incompatible y no la colusión, yo creo que si se utiliza con esos fines si sería un aspecto negativo, pero esto solo es fruto del</p>	

	desconocimiento, que en gran medida es responsabilidad del Ministerio Público al imputar delitos que sus injustos son diferentes.	
EERMPA2.5.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es negativa ¿Ello afecta para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p> <p>Entrevistado RMPA: Yo pienso que no mi apreciación al respecto es la siguiente, creo que es un problema general no solamente de Jueces, Fiscales sino también de los abogados litigantes, no se trabaja y no se estudia responsablemente en la parte general la teoría del delito o sea en la formación del abogado incluido los Jueces Fiscales y abogados en general, la mayoría no suele estudiar la teoría del delito de manera responsable entonces eso a la larga genera pues prácticas inadecuadas en dónde la teoría del delito en este caso como por ejemplo en la teoría de la intervención o autoría y participación como lo llamamos son temas de teoría del delito que por supuesto tienen que ser asumidos dentro del contexto global que es la teoría del delito, que estos temas no se pueden estudiar aisladamente uno no puede estudiar autoría y olvidarse de que existe imputación objetiva y que existe imputación subjetiva existe un marco de antijuricidad o culpabilidad etcétera es todo un conjunto de cosas que tiene que el operador conocerlos haberlos trabajado ahí haber madurado en su comprensión y en su apreciación y en tomar además posición dogmática de lo que entiende por estas instituciones, porque como ya sabemos no hay una teoría del delito, diferentes autores y propuestas han pues expuesto diferentes posiciones frente a la teoría del delito todas muy importantes, muy relevantes pero, tienen que ser pues estudiadas tienen que ser comprendidas y tienen que ser aplicadas yo creo que el problema está en que la mayoría de los operadores de derecho, en general, no han estudiado menos van a conocer y peor van a poder aplicar lo que no conoce entonces en esa medida si hay excepciones, nuestra administración de justicia esta carente de esos expertos y me parece que en los casos de delitos de corrupción de funcionarios y en razón además incluso de la entrada en vigencia del código procesal penal en donde sea requerido de diferentes Fiscales y Jueces que puedan completar los espacios necesarios para la implementación de este Código, ahora todo el mundo trabaja derecho penal y derecho procesal porque ha habido una oportunidad de trabajo y han encontrado un espacio igual en la defensa no?,</p>	

	<p>abogados que nunca se les conocía por lo menos aficionados del derecho penal ahora los vemos trabajando en temas penales y procesales penales entonces eso le resta un poco de contenido y calidad a la actividad en general de los operadores del derecho si hay excepciones es por eso que a veces solamente podemos contar algunos no?, pero la práctica está llena de personas tanto en la fiscalía y en los defensores técnicos qué más por oportunidad y quizá por necesidad de empleos, se dedican a estos temas del derecho penal y la teoría del delito pues, no se aprende de la noche a la mañana es un proceso en el que todos estamos aprendiendo y obviamente no vamos a terminar de hacerlo.</p>	
<p>EERMPA2.6.</p>	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto? Si la respuesta es negativa ¿Ello afecta para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p> <p>Entrevistado RMPA: Yo pienso que como te decía en la respuesta anterior el problema está que, la formación en teoría del delito es muy limitada en su mayoría el mismo hecho de tener una apreciación por ejemplo de definir el delito y clasificar el delito en delitos de lesión, delitos de peligro concreto, peligro abstracto, etcétera alude ya a una posición dogmática determinada, porque si nosotros nos remitimos a otras posiciones dogmáticas, no hay diferencia entre delito y delito, si el delito es de infracción de la norma no?, como el funcionalismo lo explica si el delito es una infracción a la norma no interesa lo que fácticamente o fenomenológicamente ocurra sí hubo resultado o no hubo resultado fáctico, material fenomenológico, entonces ese es el problema se suele tratar de motivar resoluciones, no sé disposiciones fiscales con argumentos de defensa, utilizando conceptos de teorías del delito, pero el problema es que en nuestro contexto la mayoría no suele utilizar un perfil dogmático determinado en todo momento si no, usa un poquito de finalismo, un poquito de Jacobs, más tarde se acuerda de nuestro medio mezcla un todo de un poco, eso no es así, a mí me parece precisamente deberías por lo menos generarte una tendencia dogmática, cada operador del derecho penal debería tener una posición dogmática independientemente que sea asumida por el resto, debería ser la base de su articulación de su entendido de sus ideas de sus argumentos sea Juez, Fiscal, Abogado entonces quizá en su precisión dogmática no tenga la necesidad de diferenciar entre los delitos de resultado o de peligro, quizá no porque si hablamos de infracción de</p>	

	<p>la ley no le interesa, es suficiente pero debería de haber ese nivel de argumentación, algo que algún momento se me ha ocurrido a mí personalmente y en algún momento lo he planteado, aunque podría incomodar algún fiscal o juez es solicitar desde el inicio estamos trabajando un delito tal de pido a usted se ubique dogmáticamente y me diga, para efectos de mi defensa cuál es su lineamiento dogmático o sea usted va a pensar como finalista, va a pensar como Jacobso, va a pensar como Roxin o va a pensar como quién para que yo pueda seguir ese pensamiento y el fiscal simplemente no me ha dicho nada, que ya en el transcurso lo veremos; si un resultado está viniendo favorablemente uno no se preocupa eso también y la práctica del resultado y la inmediatez del mismo es lo que nos hace no ser tan exigentes en ese tema en algún momento pero a veces si tenemos que ser exigentes tendríamos que pedirlo y los Jueces y Fiscales tendrían que tener una posición dogmática desde la comprensión del derecho penal de lo de la teoría del delito para nosotros podamos seguir esa ilación y requerir una respuesta adecuada a lo que él piensa sobre el delito.</p>	
--	---	--

<p>TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA</p> <p>Entrevistador : Diego Fernando Huaynate Orihuela</p> <p>Entrevistado : John Eric Magno Callupe</p> <p>Cargo del entrevistado : Abogado Litigante</p> <p>Experiencia a fin a la investigación: Experto en temas de corrupción de funcionarios</p>		
CÓDIGO	DIALOGO	COMENTARIOS
EEJEMC 1.1.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Tiene algún efecto positivo la regulación del delito de negociación incompatible? ¿Cuáles serían los efectos?</p> <p>Entrevistado JEMC: Si, el delito de negociación incompatible que tiene como bien jurídico protegido, la imparcialidad, la transparencia con la que el funcionario o servidor público deben actuar frente a una contratación y operación publica, por tanto creo que es un acierto de la política criminal del Estado, que este tipificado como tipo penal, a fin de salvaguardar los intereses patrimoniales del Estado, como ya lo dije el efecto positivo que tendría esta tipificación seria la</p>	<p>Se inicia la entrevista con un saludo cordial</p>



	protección de los intereses estatales que deben primar, por encima al de los particulares.	
EEJEMC 1.2.	<p>Entrevistador DFHO:¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible facilita la labor del Ministerio Público para perseguir el interés indebido en la operaciones y contratos en las que participan los funcionarios y servidores públicos? ¿Por qué?</p> <p>Entrevistado JEMC: Si, porque como ya lo dije los elementos descriptivos y normativos del tipo permiten adecuar que todos los supuestos facticos donde el funcionario o servidor público hayan realizado actos para favorecer intereses privados deben ser castigados, y la norma es clara, no te pone elementos normativos complejos para poder entenderlo, por eso, creo que es un buen instrumento para la lucha contra la corrupción.</p>	
EEJEMC 1.3.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que para el Poder Judicial determinar responsabilidad penal en los delitos de negociación incompatible es más factible por el nivel de estándar probatorio? ¿Por qué?</p> <p>Entrevistado JEMC: Mi respuesta seria que el estándar probatorio requerido para este tipo penal en el que se requiere para poder acreditar lo que exige la norma, o sea, no puedo decir si es alto o bajo, pero con la precisión que me haces con respecto a las imputaciones alternativas, es claro, que los tipos mencionados en la Casación citada son mucho más complejas de probar, incluso ahí se utiliza la prueba indirecta o indiciaria no?, es decir, en comparación, con esos delitos siempre va a ser más factible probar la negociación incompatible, en mi experiencia como abogado defensor, si he visto casos donde se cae la imputación de colusión y se sigue por la negociación incompatible y eso ha? que son tipos totalmente distintos, con bienes jurídicos protegidos diferentes.</p>	Se hizo precisión que en la mayoría de casos, las imputaciones realizadas por el Ministerio Publico, se realizan imputaciones alternativas teniendo como principal a la Colusión, Cohecho o Trafico de Influencias, según lo descrito por la Casación N° 841 –2015- Ayacucho y el entrevistado en su experiencia dirigió su experiencia en las imputaciones alternativas de colusión y negociación incompatible.
EEJEMC 1.4.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que la defensa técnica utiliza como estrategia el delito de negociación incompatible cuando hay un concurso de delitos? ¿sí? ¿no?, ¿Por qué?</p> <p>Entrevistado JEMC: Si, de hecho, mira yo te pregunto a ti te contratan como abogado defensor, tu cliente está desesperado por las imputaciones y te hacen una imputación alternativa, no procurarías que la imputación sea por negociación incompatible?, teniendo en cuenta que los abogados defensores crean su prestigio por casos ganados, entonces, yo creo que sí, si se utiliza como estrategia, pero claro está que no es algo reprochable solo al abogado defensor, porque el que abre la puerta a este tipo de situaciones, es el Ministerio Publico, que también mal utiliza esto ya que son delitos totalmente distintos y que si realizas un</p>	Se hizo precisión que en la mayoría de casos, las imputaciones realizadas por el Ministerio Publico, se realizan imputaciones alternativas teniendo como principal a la Colusión, Cohecho o Trafico de Influencias, según lo descrito por la Casación N° 841 –2015- Ayacucho y el entrevistado en su experiencia dirigió su experiencia en las imputaciones alternativas

	estudio a profundidad te darás cuenta que lo único en común es que se realizan en las contrataciones estatales.	de colusión y negociación incompatible.
EEJEMC 1.5.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que la tipificación del delito de negociación incompatible es una buena política para luchar contra la corrupción? ¿Necesita de reformas? ¿Cuáles serían?</p> <p>Entrevistado JEMC: Si, mira hace poco tuve asistí a un curso de especialización donde escuche algunas críticas a este tipo penal, como en su denominación, lo que asumí y ahora ya como opinión personal creo que la denominación debería ser solo como Aprovechamiento Indebido y no negociación incompatible, porque el termino negociación se puede entender como acuerdo de voluntades y este tipo penal no se trata de eso, creo que es lo que debo resaltar, a también quiero agregar que el supuesto donde el interés indebido sea para tercero, es algo confuso, porque?, te explico, porque lo que dice el tipo penal es que el beneficio del tercero lo realizara el funcionario público, pero, ojo, sin que el tercero sepa, es decir, una especie de favor entonces, creo que en la realidad nadie otorga favores si obtener nada a cambio y creo que es por esta razón que se confunde con la colusión.</p>	
EEJEMC 1.6.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p> <p>Entrevistado JEMC: Si, existen libros, casaciones donde ya se ha desarrollado este tema, el único inconveniente es que los abogados, jueces y fiscales deben estudiarlo para que en sus imputaciones, resoluciones, argumentos de defensa sean sólidos y no se realicen abusos, como tampoco aprovechamientos por los operadores del derecho.</p>	
EEJEMC 1.7.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto? Si la respuesta es positiva ¿Ello apoya para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p> <p>Entrevistado JEMC: Reitero lo dicho en la anterior respuesta.</p>	
EEJEMC 2.1.	<p>Entrevistador DFHO: ¿La regulación del delito de negociación incompatible tendría algún efecto negativo? ¿Cuáles serían?</p> <p>Entrevistado JEMC: Para entenderte, lo que explicare es lo siguiente, la norma no está mal hecha y creo que tu tesis no busca decir que está bien o mal, sino, los efectos que devienen a partir de su utilización, a eso es lo que te</p>	

	refieres, claro si hay efectos negativos como la utilización que le da el Ministerio Público al hacer imputaciones alternativas y no solo ellos, el Juez vía desvinculación también he visto que deja de un lado la colusión y continua el proceso por negociación incompatible, supuestos donde la defensa queda desconcertada, porque los abogados cuando tenemos un caso realizamos toda una estrategia y al cambiar ello, nos afecta porque nuevamente tenemos que iniciar una nueva teoría del caso, esos son efectos negativos que son reprochables.	
EEJEMC 2.2.	<p>Entrevistador DFHO: ¿El Ministerio Público podría excederse en su persecución criminal gracias al delito de negociación incompatible, ya que, este delito no reviste un estándar probatorio elevado?</p> <p>Entrevistado JEMC: Si, me remito a la pregunta anterior y agrego que los tipos penales de colusión, cohecho y tráfico de influencia son totalmente distintos al de negociación incompatible y no tendría por qué imputarse de forma alternativa.</p>	
EEJEMC 2.3.	<p>Entrevistador DFHO: ¿El Poder Judicial no podría determinar fácilmente responsabilidad a los funcionarios y servidores públicos que se interesan indebidamente en los contratos u operaciones cuando se les imputa por el delito de negociación incompatible, ya que, el interés indebido es difícil de probar?</p> <p>Entrevistado JEMC: Mi respuesta seria que el estándar probatorio requerido para este tipo penal en el que se requiere para poder acreditar lo que exige la norma, o sea, no puedo decir si es alto o bajo, pero con la precisión que me haces con respecto a las imputaciones alternativas, es claro, que los tipos mencionados en la Casación citada son mucho más complejas de probar, incluso ahí se utiliza la prueba indirecta o indiciaria no?, es decir, en comparación, con esos delitos siempre va a ser más factible probar la negociación incompatible, en mi experiencia como abogado defensor, si he visto casos donde se cae la imputación de colusión y se sigue por la negociación incompatible y eso ha? que son tipos totalmente distintos, con bienes jurídicos protegidos diferentes.</p>	
EEJEMC 2.4.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que la defensa técnica podría aprovecharse de la regulación del delito de negociación incompatible para que el imputado sea beneficiado en un concurso de delitos?</p> <p>Entrevistado JEMC: Si, de hecho, mira yo te pregunto a ti te contratan como abogado defensor, tu cliente está desesperado por las imputaciones y te hacen una imputación alternativa, no procurarías que la imputación sea por negociación incompatible?, teniendo en cuenta que los abogados defensores crean</p>	

	<p>su prestigio por casos ganados, entonces, yo creo que sí, si se utiliza como estrategia, pero claro está que no es algo reprochable solo al abogado defensor, porque el que abre la puerta a este tipo de situaciones, es el Ministerio Público, que también mal utiliza esto ya que son delitos totalmente distintos y que si realizas un estudio a profundidad te darás cuenta que lo único en común es que se realizan en las contrataciones estatales.</p>	
EEJEMC 2.5.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema de la autoría y participación en el delito de negociación incompatible? Si la respuesta es negativa ¿Ello afecta para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p> <p>Entrevistado JEMC: Si, existen libros, casaciones donde ya se ha desarrollado este tema, el único inconveniente es que los abogados, jueces y fiscales deben estudiarlo para que en sus imputaciones, resoluciones, argumentos de defensa sean sólidos y no se realicen abusos, como tampoco aprovechamientos por los operadores del derecho.</p>	
EEJEMC2.6.	<p>Entrevistador DFHO: ¿Considera que se encuentra delimitado en la doctrina y jurisprudencia el tema del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro concreto? Si la respuesta es negativa ¿Ello afecta para realizar una mejor imputación en los procesos penales?</p> <p>Entrevistado JEMC: Reitero lo dicho en la anterior respuesta.</p>	

5. SENTENCIA N° 0087-2016-1JUPS/CSJLU-PJ, APELACIÓN Y RECURSO DE CASACION

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
Exp. 449-2015-47

SENTENCIA N° 0087-2016-1JUPS/CSJJU-PJ

Resolución N° TREINTA
Satipo, treinta de Junio
Del año dos mil dieciséis.

OIDOS Y VISTOS; en audiencia pública, oral y con intermediación, el juzgamiento incoado, contra **JORGE LUIS VALERO YUPANQUI, SIMEÓN HURTADO PALOMINO, WILLIAM ROBER VILCAHUAMAN BARRERA, FULGENCIO ELQUIADES AVELLANEDA JÁUREGUI Y ARTEMIO PANDO TORRES** por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de **usurpación - Tipificación Principal y negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo - Tipificación Alternativa;**

Abog. ANGEL ANDRINA ORAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

ANTECEDENTES:

I. INDIVIDUALIZACION DE LOS ACUSADOS.

- **JORGE LUIS VALERO YUPANQUI**, identificado con Documento Nacional de identidad número 20999338, nacido el trece de marzo del año mil novecientos setenta y uno, natural del Distrito de Llaylla, Provincia de Satipo, Departamento de Junín, de cuarenta y dos años de edad, hijo de don Martín y doña Mercedes, con grado de instrucción primaria, de estado civil soltero, de ocupación agricultor, con domicilio en el Anexo de Chalthumayo, Distrito de Llaylla, Provincia de Satipo, Departamento de Junín.

- **SIMEÓN HURTADO PALOMINO**, identificado con Documento Nacional de identidad número 20969249, nacido el diecinueve de febrero del año mil novecientos sesenta y cuatro, natural del Distrito de Llaylla, Provincia de Satipo, Departamento de Junín, de cincuenta y dos años de edad, hijo de don Esteban y doña Alvina, con grado de instrucción secundaria, de estado civil soltero, de ocupación agricultor, con domicilio en Juan Velasco Alvarado S/N, Distrito de Llaylla, Provincia de Satipo, Departamento de Junín.

RA RIVERA
2016 JUN 30
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

- **WILLIAM ROBER VILCAHUAMAN BARRERA**, identificado con Documento Nacional de identidad número 43811388, nacido el nueve de junio del año mil novecientos ochenta, natural del Distrito y Provincia de Huancayo, Departamento de Junín, de treinta y seis años de edad, hijo de don Alberto Donato y doña Rocila, con grado de instrucción secundaria, de estado civil casado, de ocupación contador, con domicilio en el Pasaje Jorge Basadre N° 142, Distrito y Provincia de Huancayo, Departamento de Junín.

- **FULGENCIO MELQUIADES AVELLANEDA JÁUREGUI**, identificado con Documento Nacional de identidad número 20969823, nacido el uno de enero del año mil novecientos cincuenta y ocho, natural del Distrito de Andamarca, Provincia de Concepción, Departamento de Junín, de cincuenta y ocho años de edad, hijo de don Cesar y doña Severina, con grado de instrucción secundaria, de estado civil casado, de ocupación agricultor, con domicilio en el Anexo de Chaluamayo, Distrito de Llaylla, Provincia de Satipo, Departamento de Junín.

- **ARTEMIO PANDO TORRES**, identificado con Documento Nacional de identidad número 43374371, nacido el seis de octubre del año mil novecientos ochenta y uno, natural del Distrito de Huachocolpa, Provincia de Tayacaja, Departamento de Huancavelica, de treinta y cinco años de edad, hijo de don Gilberto y doña Epifania, con grado de instrucción secundaria, de estado civil soltero, de ocupación agricultor, con domicilio en el Anexo de Chaluamayo, Distrito de Llaylla, Provincia de Satipo, Departamento de Junín.

ABDOL ABRILET NORRINA DIAZ CERRIENO
 Especialista Judicial de Juzgado
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

II. PARTE EXPOSITIVA

PRIMERO: ACUSACION FISCAL POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

DESCRIPCIÓN DE HECHOS ATRIBUIDOS. CIRCUNSTANCIAS PRECEDENTES, CONCOMITANTES Y POSTERIORES.

De lo actuado en la investigación preliminar y en la investigación preparatoria se tiene que:

A. Circunstancias precedentes.

1. El terreno sobrevaluado adquirido por la Municipalidad Distrital de Llaylla, representado por el Ex Alcalde Simeón Hurtado Palomino, provincia de Satipo, departamento de Junín, se encuentra ubicado en

RAFAEL AGUSTÍN HERRERA RIVAS
 U.T. 2
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

el Anexo de Chalhuanayo, distrito de Llaylla, provincia de Satipo, departamento de Junín.

- 2. Haciendo un recuento histórico, si bien es cierto con fecha **26** de abril del **2011**, el Ex Alcalde Simeón Hurtado Palomino suscribió el Acta de Compromiso con Moisés de la Cruz Shonori, Agente Municipal del anexo de Chalhuanayo (ver folios 139), en el cual se compromete realizar la compra de 10,000 m2 del señor Fulgencio Melquíades Avellaneda Jáuregui por la suma de **S/20,000**, acto que materializó el Ex Alcalde Simeón Hurtado Palomino a través de sus funcionarios sin contar con un perfil ni estudio de mercado que determine el valor referencial.

Ante el compromiso arribado por el Ex Alcalde Simeón Hurtado Palomino mediante oficio N° 110-2011-MDLL, de fecha 27/04/11 (ver folios 184) emitido por el Gerente Municipal William Rober Vilcahuaman Barrera dirigido a Moisés de la Cruz Shonori, Agente Municipal del anexo de Chalhuanayo comunica que según acuerdo de consejo N° 008 de fecha 18/04/2011 se acordó financiar la adquisición del terreno por la suma de S/20,000; sin embargo, de la revisión de sesiones del concejo el acuerdo N° 8 está referido a la celebración de convenio interinstitucional entre la Gerencia Sub Regional de Satipo y la Municipalidad Distrital de Llaylla, mas no la adquisición de los terrenos de Chalhuanayo; asimismo mediante Oficio N° 112-2011- MDLL) de fecha 27/04/11 (ver folios 185), documento emitido por el Gerente Municipal dirigido a Moisés de la Cruz Shonori, Agente Municipal del anexo de Chalhuanayo comunica que se acordó financiar la suma de S/30,000 nuevos soles, cambiando de monto ya que ante ofrecía la suma de S/20,000.

Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

B. Circunstancias Concomitantes

PARTICIPACION DE LOS IMPUTADOS EN EL DELITO DE COLUSIÓN:

- 4. Que, se imputa a Simeón Hurtado Palomino, que en calidad de Ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla (Funcionario Público intranej), se interesó de manera particular en la adquisición de los terrenos que se encuentran ubicados en el anexo de Chalhuanayo, distrito de Llaylla en beneficio de un tercero (concuñado) Fulgencio Avellaneda Jáuregui, es así que con fecha 12 de julio del 2012 suscribió

PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN
JUEZ
RAFAEL ACOSTA HERRERA RIVAS

el Acuerdo de Consejo N° 013-2011-MDLL, donde supuestamente se aprueba la compra del derecho de posesión del terreno con un área de 5,005.50 m2 de propiedad del señor JORGE LUIS VALERO YUPANQUI, con minuta de transferencia de derecho de posesión ubicado en el distrito de Chalhuanayo por un monto de S/10,000.00 nuevos soles; del mismo modo se aprobó también la compra de derecho de posesión del terreno con un área de 5,005.50 m2 de propiedad de Sr. Artemio PANDO TORRES, con minuta de transferencia de derecho de posesión ubicado en el Distrito de Chalhuanayo por un monto de S/. 10,000.00 nuevos soles, haciendo un total de la compra por los dos terrenos por el monto de S/20,000 nuevos soles.

[Handwritten signature]
 CESARCELO NORMA DIAZ GENTENO
 JUEGA
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

5. En este supuesto según Acuerdo de Consejo N° 013-2011-MDLL, de fecha 12 de julio del 2011, suscrito por el señor alcalde hace referencia a la Sesión de Consejo Ordinaria N° 13-2011 MDS/CM, de fecha 28 de junio del 2011, sin embargo la mencionada acta corresponde al 12 de julio del 2011, donde se habría aprobado la compra del derecho de posesión de los terrenos, acta que fue elaborado por el Gerente Municipal toda vez que el libro de actas según refiere el Gerente Municipal William Rober Vilcahuaman Barrera extrañamente se habría extraviado, documento que no fue suscrito por ninguno de los participantes de la Sesión Extraordinaria.

6. Asimismo con el documento acuerdo de consejo N° 013-2011-MDLL, de fecha 12 de julio del 2011, y acta con el mismo número y de la misma fecha suscrito por el señor Alcalde y el Gerente Municipal, han direccionado la adquisición del bien con conocimiento y voluntad simulando los contratos que realizaron Fulgencio Avellaneda Jáuregui, Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres, con la finalidad de defraudar al Estado. Para lo cual Simeón Hurtado Palomino, Ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla interesado en la adquisición de los terrenos de Chalhuanayo para favorecer a su concañado Fulgencio Avellaneda Jáuregui, otorgó poder especial al señor William Robert Vilcahuaman Barrera, en su calidad de Gerente Municipal para que pueda efectuar la compra y venta de posesión del terreno ante Notario Público a favor de la Municipalidad Distrital de Llaylla PODER ESPECIAL celebrado la misma fecha es decir 12 de julio del 2011, donde se precisa que el Ex Alcalde Simeón Hurtado Palomino otorga poder especial a favor de William Rober Vilcahuman Barrera para que en su

[Handwritten signature]
 WILLY RIVERA RIVAS
 JUEGA
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

representación pueda realizar la compra de derecho de posesión de dos predios de propiedad de los señores Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres, si todavía ese terreno era de propiedad de Fulgencio Avellaneda Jáuregui, advirtiéndose con los mismo que el Alcalde Simeón Hurtado Palomino ordenaba a su Gerente Municipal Simeón Hurtado palomino en la adquisición del terreno de su concuñado Fulgencio Avellaneda Jáuregui, interesándose de manera directa; toda vez que el Ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla si bien no ha actuado de manera directa en la celebración del contrato ha utilizado a otro funcionarios como es el Gerente Municipal lógicamente que es influyente por tener un cargo de confianza para la adquisición del terreno en favor de terceros es decir en favor de su concuñado Fulgencio Avellaneda Jáuregui.

7. De la relación funcional: la relación con el objeto del delito puede ser mediata o inmediata, es decir el agente puede estar encargado de modo directo de celebrar los contratos o solo puede tener la disposición jurídica o disposición funcional en este último caso El Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla tenía la disposición jurídica se entiende que otro funcionario dependiente de aquel participa de manera directa en la celebración del contrato.

B) ADQUISICIÓN DE LOS TERRENOS POR PARTE DE LA MUNICIPALIDAD DE LLAYLLA.

8. Coincidentemente con fecha 12JUL2011, en comunión de ideas concertaron la suscripción de la minuta en la Notaría Juan Mario LEIVA VALDIVIA - Satipo, donde se extendió una escritura pública de transferencias de derecho de posesión, que celebraron como transferentes el señor Fulgencio Melquíades AVELLANEDA JAUREGUI y doña Alicia Celinda MEDINA ESPINOZA DE AVELLANEDA (esposa de Fulgencio AVELLANEDA JAUREGUI), y el adquirente Artemio PANDO TORRES, habiendo fijado el precio de la parcela la suma de S/2,000.00 nuevos soles.

9. Asimismo; con la misma fecha 12JUL2011, en comunión de ideas se suscribió la minuta realizada en la Notaría Juan Mario LEIVA VALDIVIA, extendiendo una escritura pública una de las transferencias de

ABEEL MURMA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

AGUSTIN HERRERA RIVAS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

derecho de posesión, que celebran como transferentes Fulgencio Melquíades AVELLANEDA JAUREGUI y doña Alicia Celinda MEDINA ESPINOZA DE AVELLANEDA (esposa de Fulgencio AVELLANEDA JAUREGUI), y el adquiriente Jorge Luis VALERO YUPANQUI, habiendo fijado el precio de la parcela la suma de S/ 2,000.00 nuevos soles.

Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL YUPANQUI DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

10. Es decir que con la misma fecha el señor Fulgencio Melquíades AVELLANEDA JAUREGUI (concuñado del Ex Alcalde de la Municipalidad de Llaylla) vendió dos lotes de terrenos a favor de Jorge Luis VALERO YUPANQUI y don Artemio PANDO TORRES, por un monto de 2,000 nuevos soles cada terreno, donde dicha transacción se realizó ante el mismo Notario de Satipo.

11. A su vez la misma fecha 12JUL2011 en la misma Notaría Juan Mario LEIVA VALDIVIA se suscribieron contratos minutas, donde se extendió una escritura pública una de las transferencias de derecho de posesión, que celebran como transferentes Artemio PANDO TORRES, y el adquiriente la Municipalidad Distrital de Llaylla, habiendo fijado el precio de la parcela la suma de S/ 10,000.00 nuevos soles, donde el pago se realizó con el cheque N° 61773620 2 018 del Banco de la Nación.(Entiéndase los contratos como objeto del hecho punible).

12. Se debe tener en cuenta que ese mismo día simulando la venta y concertando voluntades se suscribió en la misma Notaría Juan Mario LEIVA VALDIVIA, una minuta donde se extendió una escritura pública una de las transferencias de derecho de posesión, que celebran como transferentes Jorge Luis VALERO YUPANQUI, y el adquiriente la Municipalidad Distrital de Llaylla, habiendo fijado el precio de la parcela la suma de S/ 10,000.00 nuevos soles, donde el pago se realizó con el cheque N° 617736-19 4 018 del Banco de la Nación.

13. Advirtiéndose con dichas celebraciones de contratos que el mismo día el terreno fue sobrevaluado de S/2,000 nuevos soles a S/10,000 nuevos soles cada terreno, es decir por dos terrenos la Municipalidad Distrital de Llaylla pago S/. 15,242.00 Nuevos Soles nuevos soles además a comparación de la venta primigenia que se celebró el mismo día.

RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL YUPANQUI DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

14. Ahora bien se debe tener en cuenta que las cuatro transacciones se realizaron el mismo día 12JUL2011, en la misma notaría Juan Mario LEIVA VALDIVIA, donde según declaraciones de Artemio PANDO TORRES y Jorge Luis VALERO YUPANQUI, manifestaron que ese día (12JUL2011) viajaron juntos a la ciudad de Satipo el señor Simeón HURTADO PALOMINO, William Rober VILCAHUAMAN BARRERA, Dercy MATA FLORES, Enrique RODRÍGUEZ, para que abreviaran los gastos de viaje, conllevando a determinar que los funcionarios acusados Simeón HURTADO PALOMINO, William Rober VILCAHUAMAN BARRERA en todo momento tenían el dominio del hecho con conocimiento y voluntad de querer defraudar al estado, lo que causó perjuicio económico a la Municipalidad Distrital de Llaylla.

[Handwritten signature]
 Abog. RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
 Especialista Judicial de Juzgado
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

15. Como se podrá advertir con conocimiento y voluntad de los denunciados se adquirió los terrenos a un precio superior del inicialmente pactado, más aun para evitar el proceso de selección han fraccionado con la finalidad de no convocar a proceso de selección conforme lo estipula La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por cuanto las transacciones se realizaron en la misma notaría en presencia de los funcionarios denunciados.

16. De los documentos y declaraciones recabadas se ha llegado a establecer la forma y circunstancia en que se suscribió nuevamente un contrato de compra y venta ante el Juez de Paz de Llaylla, con el detalle siguiente:

17. Ahora bien mediante Resolución de Alcaldía N° 081-2011-MDLL/A de fecha 08AGO2011 el acusado Ex Alcalde Simeón Hurtado Palomino delega al Gerente Municipal Sr. William Rober VILCAHUAMAN BARRERA las atribuciones administrativas que le compete al Alcalde, siendo la de celebrar los contratos necesarios para el ejercicio de las funciones en la Municipalidad.

18. Pese tener conocimiento mediante Resolución de Alcaldía N° 015-2011-MDLL de fecha 30SET2011, nuevamente Simeón Hurtado Palomino en su calidad de Alcalde de la Municipalidad Distrital de

[Handwritten signature]
 RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

Llaylla aprueba la compra de DERECHO DE POSESIÓN del terreno que será destinado para el Estadio de Chalhuanayo, del distrito de Llaylla, por el monto en esta ocasión por el total de S/20,000 (veinte mil y 00/100 nuevos soles). Además de aprobar la transferencia definitiva bajo la modalidad de donación a favor del anexo de Chalhuanayo, advirtiéndose que se aprobó la adquisición del mismo terreno que ya comprado como se señaló precedentemente, que dicho acuerdo celebrado con fecha posterior a la adquisición de los terrenos de la presente toda vez que estos se realizaron con fecha 13JUL2011, siendo pagados con fecha 13JUL2011.

Abog. **ARACELI NORRINA DIAZ CUFFENO**
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIVERSAL DE SUMARIO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

Con fecha 04OCT2011, el señor William Rober VILCAHUAMAN BARRERA; busco a Artemio PANDO TORRES y a Jorge Luis VALERO YUPANQUI, para que nuevamente hicieran un contrato de compra venta de un terreno rustico, pero esta vez ante el Juez de Paz de Llaylla; esto a consecuencia de que el Asesor Legal Externo Helio VÍLCHEZ JORGE, le informo que la transacción realizada en el Distrito de Llaylla había sido un acto irregular y que no debían de haberle otorgado un poder especial solamente un poder simple, en razón a ello recomienda que debe realizar otra transacción pero esta vez ante la Autoridad competente de Llaylla en este caso el Juez de Paz de Llaylla.

20. Es así que para perfeccionar la defraudación a la Municipalidad Distrital de Llaylla, el 04OCT2011, se reúnen en la oficina del Juez de Paz de Llaylla y suscriben el contrato de compra y venta de terreno rustico, celebrado ante el Juez de Paz del Distrito de Llaylla, donde la persona de Artemio PANDO TORRES, vende a la Municipalidad de Llaylla, habiendo consignado en dicho documento el cheque N° 61773636 del Banco de la Nación es decir un cheque distinto al consignado en el documento notarial, por un monto de S/ 10,000.00 nuevos soles.

21. De igual forma se suscribió Contrato de Compra y Venta de terreno rustico de fecha 04OCT2011, celebrado ante el Juez de Paz del Distrito de Llaylla, de la persona de Jorge Luis VALERO YUPANQUI, donde se consignó el mismo número de cheque que el documento por el monto de S/. 10,000.00 nuevos soles, que verificado el

RAPHAEL AGUSTÍN HERNÁNDEZ
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIVERSAL DE SUMARIO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

Sistema este cheque habría sido anulado por la Tesorera Dercy MATTA FLORES quien señala que el cheque anulado lo ha roto por que había sido modificado.

22. Con fecha 07OCT2011, se acercó el señor Jorge Luis VALERO YUPANQUI a la oficina de Juez de Paz Llaylla, afín de realizar una declaración testimonial, donde le manifestó que el señor Fulgencio Melquíades AVELLANEDA JAUREGUI se había acercado a su casa y le había manifestado que quería que le hiciera un favor que consistía en comprarle unos de sus terrenos y luego venderlo a la Municipalidad a mayor precio y que como el Alcalde era su concuñado el no podía venderle directamente, es así que el señor Jorge Luis VALERO YUPANQUI como pensaba que era para adquirir el terreno del Estadio de Llaylla le dijo que estaba bien es así donde le hizo la compra y venta del terreno en la Notaría simulado después el mismo día le hizo el documento de compra y venta a la Municipalidad de donde el cobro el dinero que fue SI 10,000.00 nuevos soles el mismo que le hizo entrega en su totalidad al señor Fulgencio Melquíades AVELLANEDA JAUREGUI por el terreno CON LO QUE QUEDA ESTABLECIDO QUE PARA LA ADQUISICIÓN Y SOBREVALUACIÓN DE LOS TERRENOS PREVIAMENTE HABRIAN CONCERTADO VOLUNTADES CONSECUENTEMENTE SIMULADO LA COMPRAVENTA DE LOS TERRENOS DE CHALHUAMAYO.

DE LA EMISIÓN DE LOS CHEQUES Y COMPROBANTES DE PAGOS:

23. El cheque N° 61773620 2018 por la suma de SI. 10,000.00 nuevos soles, a nombre de ARTEMIO PANDO TORRES, fue anulado por error de escritura donde la tesorera Dercy MATTA FLORES había equivocado en escribir el monto, donde según comprobante de pago N° 672 de fecha 13JUL2011, el monto que figura es S/9,242.30 nuevos soles mas no SI 10,000.00 nuevos soles.

24. Posteriormente se firmo el Acuerdo de Consejo N° 15-2011-MDLL de fecha 30SET2011, donde se aprueba la compra de derecho de posesión de terreno que será destinado para el Estadio, ubicado en el Anexo de Chalhuamayo- Llaylla.

[Handwritten signature]
Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAYLLA

[Handwritten signature]
RAPHEL AGUSTIN HERRERA
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAYLLA

25. Con fecha 09NOV2011, mediante Registro de esc
celebrado entre el señor Simeón HURTADO PALOMINO Alcansferencia
Municipalidad Distrital de Llaylla y por otra parte el anante en
Chalhuamayo, debidamente representado por el señor Moisés Lde la
CRUZ SHONORY, donde el primero nombrado dona al anexo da
Chalhuamayo los terrenos adquiridos.

26. Según declaración de Dercy MATTA FLORES los cheques
consignados en la Minuta ante el Notario fueron entregadas a sus
respectivos acreedores al día siguiente (13JUL2011) donde por un error
de escritura el cheque N° 61773620 2018 fue anulado, ya que por orden
de William Rober VILCAHUAMAN BARRERA cambio el monto de S/
10,000.00 nuevos soles a S/9242.30 nuevos soles.

27. Respecto al Informe N°52-2011-MDLL-SGDUR/LAPT de fecha
21SET2011, documento obrante en el folio (526) se advierte entre otros
aspectos que el Arq. Luis A. PILCO TOVAR comunica al alcalde Simeón
HURTADO PALOMINO ver la posibilidad de la adquisición de más área
para la ejecución de un estadio con las medidas reglamentarias pues
el terreno actual no cubre la demanda reglamentaria en espacio para
realizar un torneo nacional o internacional opacando la proyección
con visión de desarrollo que se tiene del Distrito, PRECISANDO al
respecto que los terrenos materia de la presente fueron adquiridos sin
estudio previo por cuanto en el informe en mención se requiere de otro
terreno de más área ya que no cubren la demanda reglamentaria en
espacio, siendo solicitado posteriormente dicha adquisición mediante
el Informe N°56-2011-MDLL-SGDUR/LAPT de fecha 06OCT2011,
documento obrante en el folio (522), donde se advierte entre otros
aspectos que el Arq. Luis A. PILCO TOVAR requiere la adquisición de
más áreas, refiriendo que la Municipalidad Distrital de Llaylla cuenta
con un terreno destinado para la construcción del futuro estadio del
distrito de Llaylla el cual no cumple con las medidas en área para su
ejecución, de donde se advierte que pese a tener conocimiento el
señor Simeón HURTADO PALOMINO que el área de terreno materia de
la presente no cumplía con la demanda reglamentaria en espacio se
requiere la compra con fecha 04OCT2011 conforme se advierte de los
documentos obrantes en el folio (17 y 21).

ABDOLARAC...
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SAIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE QUITO

ABDOLARACUS
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SAIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE QUITO

fin de que se determine el precio base; así mismo no se muestra el analítico de gasto de inversiones toda vez que se está utilizando el dinero de canon la cual es exclusividad para inversiones en la que debe existir un proyecto de inversión, además debe tener el requerimiento del área usuaria (Anexo de Chalhuamayo) debidamente aprobado por el área de Infraestructura o las que haga sus veces; con fecha 12 de Julio 2011 se realiza una primera transacción por este terreno la cual se da por el precio de S/. 2,000.00 Nuevos Soles del Sr. Ingencio Melquíades Avellaneda Jáuregui a Artemio Pando Torres, a la misma fecha 12 de Julio del 2011 se realiza la transacción para la Municipalidad por el importe de S/. 10,000.00 Nuevos Soles pagándose según minuta con Cheque Nro. 61773620 por lo cual debería existir un C/P. lo cual no existe; posteriormente con fecha 04/10/2011 se regulariza la transacción anterior ante el Juez del Paz indicándose allí que se realiza el pago con el Cheque Nro. 61773636 mencionado cheque se encuentra en el C/P. Nro. 0672 operación realizada de fecha 13/07/2011 fecha anterior a la realización del Contrato de Compra Venta regularizado 04/10/2011 en la que se indica el cheque con la que se efectuó el pago C/P. 0672 de fecha 13/07/2011 así mismo esta es cobrado esa mismo fecha; acto irregular ya que en la compra venta regularizada de fecha 04/10/2011 indica dejar sin efecto legal la minuta celebrada el 12 de Julio del 2011; esto se agrega que la transacción realizada en un mismo día vario el precio en un 400%; emitiendo incluso el Acuerdo de Concejo Nro. 013-2011-MDLL con fecha 12 de Julio del 2011 en la se Aprueba la compra de derecho de posesión del terreno ubicado en el anexo de Chalhuamayo con un área de 5002 m2 de propiedad del Sr. Artemio Pando Torres por el precio de S/. 10,000.00 Nuevos Soles con el mismo acuerdo se Otorga poder especial al Sr. William Rober Vilcahuamán para adquisición de este predio acuerdo realizado en la que se indica posesión del terreno el mismo día de la transacción; según el C/P. 598 emitida con fecha 13/07/2011 a favor de Valero Yupanqui Jorge Luís por el concepto de compra de terreno proyecto adquisición de terreno para el Estadio Municipal según sesión de Concejo Nro. 0013-2011-MDLL por el importe de SA 10,000.00 cheque Nro. 61773619 Banco de la Nación realizándose el cobro de este cheque el 13/07/2011 tal como se aprecia en el estado de cuenta; a mencionado C/P. no se adjunta

ARACELI NORMA DIAZ CENTENO

Especialista Judicial de Juzgado
PENAL URBANO DE SATIPO
PRIMER JUZGADO PENAL URBANO DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN



RAFAEL AGUSTIN FERRERA RIVAS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL URBANO DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

cotizaciones para realizar la compra a fin de que se determine el precio base; ni existe el plan anual de adquisiciones tampoco se muestra el analítico de gasto de inversiones toda vez que se está utilizando el dinero de canon la cual es exclusividad para inversiones en la que debe existir un proyecto de inversión, además debe tener el requerimiento del área usuaria (Anexo de Chalhuanayo) con un proyecto de inversión debidamente aprobado por el área de infraestructura o las que haga sus veces; con fecha 12 de Julio 2011 se realiza una primera transacción por este terreno la cual se da por el precio de SI. 2,000.00 Nuevos Soles realizada ello entre personas naturales, esa misma fecha 12 de Julio del 2011 se realiza la transacción para la Municipalidad por el importe de SI. 10,000.00 Nuevos Soles pagándose según minuta con Cheque Nro. 61773619; posteriormente con fecha 04/10/2011 se regulariza la transacción anterior ante el Juez del Paz indicándose allí que se realiza el pago con el Cheque Nro. 61773619 siendo la fecha en la que se visualiza el Nro. de Cheque de indicado en el C/P. 598 de fecha 13/07/2011 y no la fecha de regularización 04/10/2011 ya que en la compra venta del terreno de fecha 04/10/2011 indica se deja sin efecto legal la minuta celebrada con fecha 12/07/2011 y resulta también ilógico que en la transacción de fecha 04/10/2011 indica el cheque emitido el 13/07/2011; a esto se agrega que la transacción realizada en un mismo día vario el precio en un 400%; emitiendo incluso el Acuerdo de Concejo Nro. 013-2011-MDLL con fecha 12 de Julio del 2011 la compra de derecho de posesión del terreno ubicado en el anexo de Chalhuanayo con un área de 5,002 m2 de propiedad del Sr. Jorge Luís Valero Yupanqui por el precio de SI. 10,000.00 Nuevos Soles mismo día que se realiza la transacción con el mismo acuerdo se Otorga poder especial al Sr. William Rober Vilcahuamán para adquisición de este predio, además existe la declaración testimonial de fecha 07 de Octubre del 2011 del Sr. Jorge Luís Valero Yupanqui en la que manifiesta que el Sr. Fulgencio Melquíades Avellaneda Jáuregui indicando que se realice un simulacro de venta en SI. 2,000.00 acto irregular ya que la venta hacia la Municipalidad debería haberse realizado con el propietario Fulgencio Melquíades con ello se aclara que el propietario inicial fue la persona de Fulgencio Melquíades Avellaneda quien es propietario de 02 terrenos por lo cual se debió de

[Handwritten signature]

Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

[Handwritten signature]

2011
MUNICIPAL
DE
SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

realizar la venta directa a la Municipalidad Distrital de Llaylla debiéndose realizar para ello un proceso de selección correspondiente. (Punto B.3. de la Exposición detallada de lo que se ha comprobado y Anexo 03).

30. Tomando en consideración el Informe Técnico Pericial Nro. 002-013-PERITO-FPCEDCF-JUNIN realizada por el Ing. Enrique Saravia alpartida "indica el costo el costo estimado por metro cuadrado equivalente a SI. 0.3998 Nuevos Soles (2,000.00 / 5,002.50 de la compra venta el 12 de julio del 2011 el costo a pagar por la Municipalidad distrital de Llaylla por la compra del terreno debía ser de SI. 4,000.00 Nuevos Soles (0.3998 x 10,005.00 m2) y el importe pagado según los Comprobantes de Pago detallados en el punto B.3. fue la cantidad de S/.19,242.30 Nuevos Soles existiendo una diferencial pagado por demás de SI. 15,242.00 Nuevos Soles. (Punto B.4. de la Exposición detallada de lo que se ha comprobado y Anexo 04)

31. ADEMÁS LOS HECHOS SE CORROBORAN CON LA RESOLUCIÓN DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES N° 06558-2012-JNE EN LA QUE RESUELVEN VACAR AL EX ALCALDE SIMEÓN HURTADO PALOMINO, en la que se determina

- Que, en el considerando tercero de la mencionada Resolución, fundamentos de la decisión, segundo párrafo señala que la existencia de relaciones de parentesco es una causal de vacancia por restricciones de contratación. En el presente caso, se cumple que adicionalmente a la presencia de conexiones familiares entre el Alcalde y los terceros implicados en las compras ventas de los terrenos adquiridos por la Municipalidad, existieron otros elementos de juicios complementarios que fueron determinantes para considerar fundado el pedido de vacancia del Alcalde Simeón Hurtado Palomino.

- Así, en cuanto a la compra municipal de los dos terrenos de 5 002,5 metros cuadrados se observó que los originales propietarios de estos. Alicia Celinda Medina Espinoza y su esposo Fulgencio Melquíades Avellaneda Jáuregui, resultaban ser parte de familia del Alcalde, pues la primera., al ser hermana de la que era conviviente del Alcalde es tía de los hijos de este, mientras que el segundo resultaba ser su

Abog. ARACELI NORRINA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANJOSE
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

JUNIN
2012
MAY 15
POSCEDENTE

RAFAEL AGUIRRE
JUEZ

PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANJOSE
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

concuñado, por ser hermano del difunto esposo de la hermana del Alcalde, por lo que dicha situación implicó una situación primera, que a juicio de este supremo tribunal Electoral, ameritaba su atención.

- Conjuntamente con esto, el fundamento 10 de la Resolución recurrida expuso el hecho de que en un solo día y ante el mismo notario se hayan efectuado tanto la venta de los terrenos de sus propietarios originales a favor de los terceros Jorge Luis Valero Yupanqui Artemio Pando Torres como la venta de estos a favor de la Municipalidad, cuyo representante los adquirió por poder especial y específico para dicho fin, otorgado también en el mismo día por el Alcalde, -atiendo así se consideró que estos hechos impedían que el Alcalde alegase desconocimiento sobre quiénes eran los propietarios originales de estas propiedades, y además en dicha posición cabía considerar que el Alcalde ya se encontraba en un conflicto de intereses, más aun se observa que Luis Valero Yupanqui ha declarado ante el Juez de Paz del distrito de Llaylla, Alberto Romero Huamán, haber celebrado el contrato a pedido de Fulgencio Melquíades Avellaneda Jáuregui y su esposa a fin de que estos puedan contratar con la Municipalidad.

- Finalmente, el dato adicional observado de que la primera venta de los terrenos fue por S/2,000 nuevos soles cada uno, pero que luego en el mismo día, los terceros vendieron a la Municipalidad por S/10,000 nuevos soles cada uno, terminó por confirmar que el Alcalde, en pleno conocimiento de toda esta situación, decidió conscientemente adoptar una actitud pasiva u omisiva, abiertamente contraria a su deber de resguardar los intereses municipales por lo que terminó incurriendo en la causal de vacancia.

32. En lo concerniente a los vendedores señores Fulgencio Melquíades Avellaneda Jáuregui, Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres, advirtiéndose las contradicciones producto de las investigaciones efectuadas se debe precisar que para la sobrevaluación del bien en todo momento tenían conocimiento que el bien se vendió de manera simulada primero Fulgencio Melquíades Avellaneda Jáuregui vende a Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres por la suma de S/2,000 nuevos soles cada terreno y el mismo día lo venden a la Municipalidad a S/10,000 nuevos soles,

[Handwritten signature]

ABOG. ARABELI HERRERA
Especialista Judicial en Jurisprudencia
PRIMER JUZGADO PENAL UNIFORME DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

PRIMER JUZGADO PENAL UNIFORME DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN
RAFAEL AGUSTÍN BARRERA
JUEZ PENAL UNIFORME DE SANTIAGO

advertiéndose con ello que concertando voluntades con los funcionarios de la Municipalidad Distrital de Llaylla y simulando la compra y venta en provecho propio y de terceros habrían tenido participación en calidad de Cómplices Primarios extraneus.

C. Circunstancias posteriores

33. Como consecuencia de la colusión entre los procesados, se ha originado un perjuicio patrimonial al Estado Peruano por un monto de 15,242.00 Nuevos Soles, conforme se desprende de la Pericia Informativa y Pericia Contable respectivamente.

Al respecto el Perito Ingeniero Enrique René Saravia Malpartida atribuye a las siguientes conclusiones:

El Ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla, compra dos lotes de terreno según Resumen del:

a.1. Día 12/07/11:

- Se elabora el Acuerdo de Concejo N° 013-2011-MDLL, para la compra de terreno para donar al anexo de Chalhuanayo, cuando el mismo día ya había comprado, luego con acuerdo de concejo N° 015-2011 MDLL de fecha 30 de setiembre del 2011 nuevamente se acuerda la compra de terreno para donar al anexo de Chalhuanayo para uso como estadio deportivo.
- Los señores Jorge L. Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres (posteriores vendedores a la MDLL compran (del supuesto concuñado del Alcalde) los lotes del terreno por el costo de dos mil soles cada uno.
- La Municipalidad Distrital de Llaylla, compra los lotes de terreno Jorge L. Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres por el costo de diez mil soles cada lote de terreno.

a.2. Día 04 de octubre del 2011:

- Se elabora nueva minuta de compra de los lotes de terreno ante el Juez de Paz del Distrito de Llaylla, anulando las minutas notariales suscritas el 12 de julio del 2011, con contenido igual al anterior.

a.3. Día 09 de noviembre del 2011:

- Entrega mediante documento de donación, al anexo de Chalhuanayo, los lotes de terrenos comprados, en el literal segundo del referido documento, se refiere que los lotes de terreno en donación corresponden a los adquiridos mediante minuta del 12 de julio del 2012.

[Handwritten signature]
Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
 Especialista Judicial de Juzgado
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIDISTRACIONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIDISTRACIONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

35. De lo cual se establece que la adquisición de los lotes de terreno se han efectuado de manera irregular, toda vez que:

- La compra de los lotes de terreno fue para una entidad pública y no para una entidad privada, por lo tanto la compra se debió efectuar mediante convocatoria, según lo normado por el organismo supervisor de las contrataciones del estado (OSCE), con conocimiento y aceptación anticipada de los señores regidores de la M.D. de Llaylla, asimismo fijar el presupuesto base con referencia al precio arancelario, estudio de mercado y cotizaciones de precios con propuesta de propietarios de terrenos del lugar, hasta lograr un justiprecio.
- El Cuadro de Valores Arancelarios para el año 2011, que la Municipalidad Distrital de Llaylla aplica con fines tributarios, debió aplicar con referencia para establecer el presupuesto base para la convocatoria y que su costo por hectárea es de S/581.16 valorizándose el terreno en S/584.66 (1.005x581.16)
- La otra posibilidad de compra pudo ser con referencia del precio de adquisición efectuada el 12 de julio, por los vendedores, cuyo costo por hectárea se estima en S/0.3998, valorizándose el terreno en S/4,000.00 como máximo.
- Existe agravante al haber comprado el terreno, como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla.

36. Para la adquisición de los terrenos de Chalhuanayo precedentemente señalado no se tenía asignado un presupuesto en el PIA 2011 para el proyecto en mención se hizo a través de modificaciones presupuestarias y una incorporación de mayores transferencias del Plan de Incentivos y Modernización Municipal, habiendo utilizado el dinero de incentivos conforme al Informe N° 001-2013-MDLL/SGPP emitida por el Sr. Roberto Escobar León - Sub Gerente de Planeamiento y Presupuesto indicando en el punto 3 del 3.2., no se tenía asignado un presupuesto en el PIA 2011 para el proyecto en mención, se hizo a través de Modificaciones Presupuestales y una incorporación de mayores transferencias de Plan de Incentivos y Modernización Municipal.

[Handwritten signature]
Alicia Ariyvello Noriega Pizarro
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

2011
2013
MUNICIPAL
PERU
RAFAEL AGUSTIN FERRERA RIVAS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

37. Si bien es cierto que se ha utilizado el dinero de transferencia de incentivos y Modernización Municipal estos han de utilizarse para a) Incrementar los niveles de recaudación de los tributos municipales, fortaleciendo la estabilidad y eficiencia en la percepción de los mismos (siendo ello simplificación administrativa de trámites "promover y facilitar las actividades que logren reducción de pasos innecesarios y costos en los trámites" auto sostenibilidad fiscal y financiera promover el aumento de la recaudación de los impuestos municipales mejora de su gestión mediante el desarrollo de campañas de promoción, así como acciones de control y fiscalización de pago de auto) b).- Mejorar la ejecución de proyectos de inversión, considerando los lineamientos de política de mejora en la calidad del gasto "garantizar el mantenimiento y operación de las inversiones realizadas, así como proveer con un nivel de calidad mínimo, los servicios de limpieza pública y disposición final de residuos sólidos, así como los servicios de seguridad ciudadana, promover la inversión de infraestructura agua, desagüe y saneamiento, electrificación, infraestructura vial y de comunicaciones c).- Reducir la destrucción crónica infantil en el país " contribuir a asegurar la provisión de servicios de salud en el primer nivel de atención y educación básica (Decreto Supremo 183-2010; Ley 29332); al adquirir un terreno que hasta la fecha no tiene el uso adecuado estando abandonado e incluso sin el mantenimiento adecuado se está perjudicando a la Municipalidad Distrital de Llaylla toda vez que no se tuvo en consideración lo referido en la Normas que se indican los Decreto Supremo 183-2010; Ley 29332 relacionados a la utilización de este presupuesto.

[Handwritten signature]
 Abog. ARACELI NORRINA DIAZ CENTENO
 Especialista Judicial Escrito
 PRIMER JUZGADO PENAL Y SUPLENTE EN EL
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE SAN JOSE

38. Para la afectación de las determinadas partidas presupuestales en la adquisición de terrenos se han realizado por órdenes y conocimiento del Ex Alcalde Simeón Hurtado Palomino y Gerente Municipal William Rober Vilcahuaman Barrera conforme ha quedado establecido con la declaración testimonial de Marco Antonio Armaulia Poma quien enfáticamente ha señalado que todos los trabajos y afectaciones de partida se hacía por ordenes del Ex Alcalde Simeón Hurtado Palomino y Gerente Municipal William Rober Vilcahuaman Barrera.

[Handwritten signature]
 RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVERA
 PRIMER JUZGADO PENAL Y SUPLENTE EN EL
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE SAN JOSE

39. Además de lo precedentemente señalado ha quedado establecido que para la adquisición de los terrenos para el Proyecto del Estadio de Llaylla no existe un proyecto de Inversión Pública a Nivel Distrital, Provincial y Regional asimismo no se tenía asignado un presupuesto en el PIA 2011 para el proyecto, se hizo a través de Modificaciones Presupuestarias habilitándose el Presupuesto con la Modificación Presupuestal Nota Nro. 103 dado en Junio del 2011, en la que se habilita el Presupuesto en la Meta 0046 Adquisición de Terreno para el Estadio Municipal de Llaylla el importe de S/. 20,000.00 Nuevos Soles habilitando el Presupuesto de Canon Minero así mismo en el Extracto SIAF 2011 de Marco de Gastos y sus Modificaciones 2011 se tiene que el presupuesto habilitado para la Meta 0046 está dado en Junio por el importe de S/. 20,000.00 Nuevos Soles no tomándose en consideración que para realizar la Programación Presupuestal se ha consignado los proyectos de inversión priorizados en el marco del Presupuesto Participativo, de acuerdo con la asignación presupuestaria prevista para el año fiscal; en la Investigación no se encuentra el Libro de Actas en la que se ha consignado las prioridades de la población; tampoco se tiene el Plan Anual de Contrataciones en la que se deberá prever todas las contrataciones de bienes, servicios y obras que se requerirán durante el año fiscal (Artículo 8 Ley de Contrataciones del Estado); toda vez que la ejecución de un Proyecto en este caso un Estadio es un gasto de Inversión e incluso se ha utilizado Canon Minero y de acuerdo a la Ley Nro. 27506 Ley del Canon indica en el artículo 6 Utilización del Canon 6.2. Los recursos que los concejos municipales y gobiernos regionales reciban por concepto de canon se utilizarán de manera exclusiva en gastos de inversión y según numeral modificados por el artículo 4 de la Ley Nro. 28077 indica los gobiernos regionales y gobiernos locales reciban por concepto de canon serán utilizados exclusivamente para el financiamiento o co-financiamiento de proyectos u obras de infraestructura de impacto regional y local, respectivamente a cuyo efecto establecen una cuenta destinada a esta finalidad tomando en consideración ello este acto de Inversión debería contar con el expediente técnico necesario para poder realizar un gasto de Inversión en la que en el expediente debe figurar el gasto de la adquisición del terreno por importe presupuestado así como el análisis analítico de gasto respectivo, tampoco existe el sustento del

[Handwritten signature]
Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
 Especialista Judicial de Juzgado
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

[Handwritten signature]
CO. RIVERO
RAFAEL AGUSTIN FERREIRO
 JUEZ UNIPERSONAL DE SATIPO
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

área Usuaria en esta caso el Anexo de Chalhuanamayo el cual debería haber realizado un convenio para la donación del terreno así como el proyecto de inversión debidamente aprobado por el área de infraestructura o las que haga sus veces. (Punto B.1. de la Exposición detallada de lo que se ha comprobado y Anexo 01)

Abog. ARACELI NORRINA DÍAZ CERVINO
Especialista Judicial de Jugado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SAIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

PARTE CONSIDERATIVA.

PRIMERO: ACUSACIÓN FISCAL POR COLUSIÓN COMO TIPIFICACIÓN PRINCIPAL y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE COMO TIPIFICACION ALTERNATIVA; SEGÚN REQUERIMIENTO FISCAL

a. El Ministerio Público imputa a los acusados.

"Que, tanto el señor Simeón Hurtado Palomino en su condición de ex alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla y el señor William Rober Vilcahuaman Barrera en su condición de Gerente de la Municipalidad Distrital de Llaylla, se coluden con los señores Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui, Artemio Pando Torres y Jorge Luis Valero Yupanqui, con la finalidad de adquirir vía transferencia el derecho de posesión de un terreno sobrevaluado, sin cumplir con la meta del presupuesto institucional modificado del año 2011 de la Municipalidad Distrital de Llaylla, fraccionando dicha compra, a efectos de evitar un proceso de selección, por lo que correspondería una adjudicación de menor cuantía, con el consecuente perjuicio acarreado contra la Municipalidad, favoreciendo en esta adquisición al poseedor inicial del terreno y direccionando dicha adquisición "

b. Calificación Jurídica.

Los hechos expuestos han sido tipificados por el Ministerio Público como delito de Colusión, previsto y penado en el artículo 384° del Código Penal, artículo modificado por la Ley N° 29703 (vigente en el momento de los hechos) y de manera alternativa el delito de negociación incompatible tipificado en el artículo 399 del Código Penal, artículo modificado por la Ley N° 28355.

CONCLUSIÓN PUNITIVA.

RAFAEL AGUSTIN BARRERA
Especialista Judicial de Jugado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SAIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

El Ministerio Público, ha solicitado que se sancione en calidad de autores al señor Simeón Hurtado Palomino en su condición de ex alcalde y al señor William Rober Vilcahuaman Barrera en su condición de ex Gerente Municipal, **con ocho años de pena privativa de libertad** e inhabilitación de cinco años conforme el artículo 36° incisos 1) y 2). Asimismo se solicita a sus cómplices primarios Fulgencio Melquiades Avellaneda quien siguió como dueño inicial de los terrenos, y a Artemio Pando Torres como intermediario, a la pena de **seis años de pena privativa de libertad**, e inhabilitación de tres años conforme al artículo 36 inciso 1 y 2. En relación al Acusado Jorge Luis Valero Yupanqui, teniendo en cuenta que este acusado desde el primer momento de la investigación ha confesado y al amparo del art. 160 y 161 del CPP, solicita se le imponga **tres años de pena privativa de libertad suspendida** e inhabilitación conforme al Art. 36 inciso 1) y 2) del Código Penal, por el tiempo que dure la condena.

d. Pretensión Civil:

En un inicio el actor civil solicitó la pena de treinta mil soles, lo cual ha sido ratificado por el Ministerio Público que solicita por concepto de reparación civil la suma de treinta mil nuevos soles, que deberán abonar los acusados de manera solidaria en ejecución de sentencia.

e. Principio de legalidad.

Conforme a lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal "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, conforme a lo previsto en el artículo 11 del mismo código, "son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley".

SEGUNDO: Alegatos preliminares del Ministerio Público y Procurador Público.

2.1. Alegatos del Ministerio Público.- El Ministerio Público establece que, "El día 26 de abril del 2011 el ex alcalde Simeón Hurtado Palomino, suscribió el acta de compromiso con Moisés de la Cruz Shonori, agente Municipal del distrito de Chalhuanayo, en el cual se compromete a realizar la compra

[Handwritten signature]

CUBA
 ARTIFICIAL
 NORMA DÍAZ CORTÉS
 CARRERA DE LEGISLACIÓN
 ESCUELA DE LEGISLACIÓN
 UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES
 PRIMER JUZGADO PENAL DE INVESTIGACIÓN DE JULIÁN
 CÁRCEL DE LA CALLE DE LA UNIÓN

ANEXO
 RAFAEL AGUSTÍN FERRER
 ESCUELA DE LEGISLACIÓN
 UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES
 PRIMER JUZGADO PENAL DE INVESTIGACIÓN DE JULIÁN
 CÁRCEL DE LA CALLE DE LA UNIÓN

de 10,000 m2 para ser donados para la construcción de un ejus Valero dicha acta se precisa el predio a adquirir, indicándose el nombre Barrera persona que le pertenecería dicho predio, que es el señor Fulgencio de Melquiades Avellaneda Jáuregui y su esposa Alicia Celinda Medina Espinoza, quien era hermana de la que era conviviente del ex alcalde Simeón Hurtado Palomino, acuerdo al que se arribó sin que haya estado presupuestado en el presupuesto institucional de apertura del año dos mil once (PIA), posteriormente en el mes de junio del 2011, se modifica el presupuesto inicial de la Municipalidad Distrital de Llaylla y se incorpora la meta 046 que es la adquisición de terreno para el estadio Municipal de Llaylla, presupuestándose una inversión de veinte mil nuevos soles, monto que es superior a las tres unidades impositivas tributarias. El doce de julio del año dos mil once se emite un acuerdo de concejo, y el trece de julio del año dos mil once es suscrito únicamente por el ex alcalde Simeón Hurtado Palomino; en este acuerdo de concejo se dispone la compra del derecho de posesión del terreno de 10.000 m2 en dos partes, y ya no se adquiere del poseedor inicial que es Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui, es decir, se dispone que la compra sea de 5.000 m2 para Jorge Luis Valero Yupanqui y 5.000 m2 que se le debía de adquirir a Artemio Pando Torres, por el valor de cada lote de terreno en S/. 10.000. (Diez mil nuevos soles), lo cual sumados darían la suma de s/. 20.000 (veinte mil nuevos soles); en este acuerdo de concejo se otorga poder al Gerente Municipal William Rober Vilcahuamán Barrera, para que en nombre y representación del alcalde adquiera la compra de estos 10.000 m2 que se había partido en dos.

Ese mismo día 12 de julio del 2011, fecha en que se emite este acuerdo de concejo que ordena la compra y en la que se otorga poder especial al Gerente Municipal William Rober Vilcahuaman Barrera, en los cuales ocurre cinco actos jurídicos en la misma notaria "Valdivia Leiva" 1.- El ex alcalde Simeón Hurtado Palomino otorga poder especial a su gerente municipal William Rober Vilcahuaman Barrera, para que en su nombre y representación adquiera el derecho de posesión de dos predios del señor Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres. 2.- El poseedor inicial del terreno el señor Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y su esposa Alicia Celinda Medina Espinoza en la misma notaria "Valdivia Leiva" venden el derecho de posesión de 5.000 m2 al señor Artemio Pando Torres; 3.- En los mismos poseedores el señor Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y su esposa Alicia Celinda Medina Espinoza, le venden el derecho

[Handwritten signature]
 Simeón Hurtado Palomino
 Ex Alcalde

[Handwritten signature]
 Rafael Agustín Herrera Rivas
 Jefe de Oficina Ejecutiva
 Primer Juzgado Penal Unipersonal de San Juan
 Corte Superior de Justicia de Junín

PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SAN JUAN
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

de posesión de la parcela rústica de 5.000 m2 al señor Jorge Luis Valero Yupanqui; 4.- El Gerente Municipal William Rober Vilcahuaman Barrera adquiere del acusado extraneus Jorge Luis Valero Yupanqui el derecho de posesión de la parcela rústica que recientemente había adquirido ese mismo día, pero no a S/2,000.00 (dos mil y 00/100 nuevo soles), sino le vende a la Municipalidad al precio de S/.10.000.00 (Diez mil y 00/100 nuevos soles); 5.- El Gerente Municipal William Rober Vilcahuaman Barrera, adquiere del acusado extraneus Artemio Pando Torres el derecho de posesión de la parcela rústica de 5.002 con 5.00 metros cuadrados (cinco mil dos con punto cinco metros cuadrados) pero no al precio que lo había adquirido de 2,000.00 (dos mil y 00/100 nuevos soles), sino le vende a la municipalidad al precio de s/.10.000.00 (Diez mil y 00/100 nuevos soles, esto es, que por la compra de cada uno de los terrenos el precio de dichos predios se sobrevaloró en los dos terrenos según pericia contable, la suma de s/. 15.242.00 (quince mil doscientos cuarenta y dos nuevos soles). Al haberse dividido el terreno de 10.000 m2 se ha fraccionado esta adquisición con el objeto de no llevar a cabo este proceso de selección que en este caso correspondía a una adjudicación de menor cuantía por superar este monto las TRES UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS.

El 30 de setiembre del año 2011 se emite un nuevo acuerdo de concejo, 15-2011, documento firmado sólo por el ex alcalde Simeón Hurtado Palomino, en el cual se aprueba la compra del derecho de posesión del terreno que ya había sido adquirido el 12 de julio 2011, y se aprueba la transferencia de los terrenos al anexo de Chalhuamayo,

El 04 de octubre del año 2011, el Gerente Municipal William Rober Vilcahuaman Barrera, en representación de la municipalidad nuevamente celebra contratos, con los cómplices extraneus Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres, respecto de los mismos predios que ya habían sido adquiridos en la notaria el 12 de junio del año 2011, pero esta vez ante el Juez de Paz Letrado del Distrito De Llaylla, consignando en la séptima clausula del contrato que la trasferencia es en vía de regularización y se deja sin efecto legal las minutas celebradas en el año 2011 en la notaria "Leiva", sin embargo el precio ya había sido cancelado.

Finalmente el ex alcalde Simeón Hurtado Palomino de la Municipalidad Distrital de Llaylla, mediante documento denominado minuta de donación, transfiere el derecho de posesión de este terreno el día 09 de noviembre

[Handwritten signature]
 Abog. ABACELI INDERMA DIAZ CENTENO
 Especialista Judicial de Juzgado
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CARRETERA SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

[Handwritten signature]
 JUEZ
 RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CARRETERA SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

del año 2011, al Anexo de Chalhuamayo, representado por su agente municipal Moisés De La Cruz Sonorio.

El 07 de octubre del año 2011 el cómplice extraneus señor Jorge Luis Valero Yanpanqui, que había sido usado como intermediario para la venta de este terreno como poseedor inicial a la municipalidad, acude al Juez de Paz de la ciudad de Llaylla para rendir su testimonial: indicando que el dueño inicial del terreno señor "Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui, cercó a su casa a pedirle de favor que compre uno de sus terrenos y o se los venda a la Municipalidad Distrital de Llaylla a mayor precio por tanto el ex alcalde Simeón Hurtado Palomino era su concuñado y no podía venderlo directamente, por lo que accedió por cuanto el terreno a comprar era en beneficio de su comunidad".

[Handwritten signature]

Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

En este caso no se ha cumplido con la meta N° 46 en la cual indica, la adquisición del terreno es para el estadio de la Municipalidad De Llaylla. Adquiriendo el derecho de posesión de terrenos, sin que exista un proceso de selección, sin que existan cotizaciones, sin existir el requerimiento del área usuaria, donde sustente la necesidad de la adquisición,

Hechos que según el Ministerio Público se adecúan al tipo penal de colusión delito previsto en el artículo 384 del Código Penal, articulo modificado por la ley 29703 y de manera alternativa el delito de negociación incompatible tipificado en el artículo 399 del Código Penal, por el artículo primero de la Ley 28355.

2.2. **Alegatos del Abogado del Actor Civil.**- Señala que primigeniamente había solicitado la suma de s/. 50.000 (cincuenta mil nuevo soles) como monto de reparación civil, y que posteriormente solicita s/. 30.00 treinta mil nuevos soles que deberán pagar los acusados en forma solidaria atendiendo al artículo 95 código procesal penal, asimismo dentro de los alcances del artículo 93 del código penal en el cual se considera lo indebidamente apropiado y la indemnización por daños y perjuicios.

2.3. **Alegatos de apertura del abogado de los acusados Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y Artemio Pando Torres.**- señala que, con respecto al acusado Melquiades Avellaneda Jáuregui, la imputación concreta que se le hace es acerca de la participación con los co-procesados con quienes habría concertado para

COPIA
PODER JUDICIAL
Rafael Agustín Herreñero
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

defraudar a la Municipalidad distrital de Llaylla, en la compra de un terreno destinado para el funcionamiento de una losa deportiva dentro de la jurisdicción de la Municipalidad de Llaylla, uno de los elementos importantísimos en el delito de colusión es que los supuestos acuerdos que realiza el funcionario público con los terceros, es precisamente acuerdos extralegales, acuerdos fraudulentos, acuerdos bajo la mesa, en embargo de los medios probatorios que existen tanto en el expediente judicial como en la carpeta fiscal, la fiscalía, no ha tenido en consideración que existe en autos, el acta de compromiso suscrito en el Anexo de Chalhuanmayo del distrito de Llaylla - de Satipo, de fecha 26 de abril del año 2011, esto es, de tres meses antes de la suscripción de los acuerdos de la compra de los terrenos, que son materia de la presente investigación, en dicha acta de compromiso que tiene la participación del agente municipal del Distrito de Llaylla, tiene la participación el alcalde de ese entonces, asimismo tiene la participación el señor Melquiades Avellaneda Jáuregui, así también se cuenta con la presencia del pleno de regidores de dicha comuna Municipal, en dicha acta de compromiso se llega a los arreglos en los términos siguientes: compromiso de realizar la compra de un terreno, para el estadio de Chalhuanmayo, para un área superficial de 10,000 m2, por lo que reitera que según tratadistas y la normativa procesal vigente el concierto tiene que ser un concierto fraudulento, bajo la mesa, tiene que tener la calidad de ilegal, asimismo refiere que existe en autos el oficio N° 110-2011- Municipalidad Distrital de Llaylla de fecha 27 de abril, mediante el cual el gerente Municipal del Distrito de Llaylla, le cursa traslado al agente Municipal del Anexo de Chalhuanmayo, y que asimismo existe una solicitud con el expediente N° 670, por el cual se señala que es prioridad del despacho de alcaldía financiar y adquirir los terrenos del señor Melquiades Avellaneda Jáuregui, por lo que señala que se puede advertir la única participación que ha tenido es el de haber sido dueño conjuntamente con su esposa de los terrenos que al final han sido materia de venta a favor de la Municipalidad de Llaylla; en igual sentido señala que la participación del señor Artemio Pando Torres se ha limitado a ser un intermediario para la compra del terreno, el mismo que al final ha sido a favor de la Municipalidad, precisando como sus medios probatorios: el testimonio que otorga la Municipalidad Distrital de Llaylla a favor del Gerente Municipal a quien a su vez se le faculta las prerrogativas para que realice la compra a través de la

Araceli Norma Díaz Centeno
Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
 Especialista Judicial de Juzgado
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 COORDINADOR DE JUSTICIA DE JUNIN

Rafael Agustín Herrera
RAFAEL AGUSTIN HERRERA
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

minuta extendida por el señor Notario de esta ciudad de Satipo de venta realizada por el señor Fulgencio Melquiades Avellaneda y esposa la señora Alicia Celinda Medida Espinoza de Avellaneda, a favor de Artemio Pando Torres, documento de fecha 12 de julio del 2011, por la venta de un terreno de 5,000 m²; y la otra minuta realizada de la misma fecha ante Notario Público "Leyva" de la misma fecha donde los vendedores son el señor Fulgencio Melquiades Avellaneda y esposa la señora Alicia Celinda Medida Espinoza a favor de Jorge Luis Valero Upanqui, por esas consideraciones no cumple la acusación con los elementos del tipo penal del segundo párrafo del artículo 384°, delito de colusión agravada, por lo que solicito se absuelva de los cargos que median en contra de sus patrocinados.

2.4. Alegatos de apertura del abogado del acusado Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vilcahuamán Barrera.

- Refiere que, va a demostrar que el ex alcalde no tiene la calidad de autor, por cuanto éste le da el poder por escritura pública a su Gerente Municipal para que éste lo represente en todo este tracto sucesivo para la compra de este terreno, por lo que se quiere demostrar que la persona que propuso hacer este tracto sucesivo ha sido el propio notario público, de lo cual la representante del Ministerio Público no ha demostrado si la ley permite hacer o no varios tractos sucesivo en un solo día, a tres o cuatro vendedores, en el derecho penal se prevé "no hagas lo que la ley te prohíba, tampoco dejes de hacer lo que la ley no te prohíba"; asimismo refiere que, va demostrar que la participación de su patrocinado no se asemeja al tipo penal, a los elementos configurativos del tipo penal materia del delito, por el contrario más allá de la norma y más allá del criterio apunta al tipo penal de negociación incompatible, esto en el caso del señor William Rober Vilcahuaman Barrera, ha cumplido la función que le ha encomendado el señor alcalde, mediante carta poder por escritura pública, de igual manera se plantea cual sería el acto colusorio del señor Rober con los cómplices ahora; en consecuencia este señor Rober sólo ha cumplido la función que le han dado mediante carta poder, asimismo señala que para el proceso de compra de ese terreno ha existido un acuerdo de consejo así como también en el proceso de Llaylla, del que curiosamente desapareció el libro de actas, en el cual se aprueba la compra de estos dos terrenos, así como lo hizo, siendo él que le sucedía al alcalde; por todo ello, solicita la

[Firma]
Abog. AVAGELL-NORMA DIAZ-GENEHO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

[Firma]
RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
JUZG
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

absolución tanto de la pena la reparación civil, y la pena accesoria de inhabilitación en contra de su patrocinado.

Alegatos de apertura de la abogada del acusado Jorge Luis

Hero Yupanqui.- refiere que, en el año 2011, el señor Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla, se interesó en la adquisición de un terreno para la construcción de una losa deportiva en el anexo de Chahuamayo, se compró el terreno de un tercero - en este caso de su pariente Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui-, con fecha 12 de julio de 2011, se suscribió un acuerdo de consejo en la cual se aprueba la compra de un terreno en un área de cinco mil metros cuadrados a nombre de Jorge Luis Valero Yupanqui, asimismo en el mes de julio del año 2011, se ha realizado la minuta de compra y venta en el Notario "LEYVA", por la cual el señor Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y su esposa transfieren el terreno al señor Jorge Luis Valero Yupanqui, por la suma de dos mil nuevos soles, esa misma fecha se realiza una simulación de compra venta a favor de la Municipalidad Distrital de Llaylla, donde el señor Jorge Luis Valero Yupanqui transfiere el bien a la Municipalidad debidamente representada por su gerente de ese entonces, por la suma de diez mil nuevos soles. Asimismo el día 12 de julio del año 2011, hay una declaración del acusado Jorge Luis Valero Yupanqui, y del otro comprador y vendedor -el acusado- Artemio Pando Torres, asimismo con el gerente municipal y la tesorera, realiza el cobro del cheque, donde el señor Jorge Luis Valero Yupanqui, cobró el dinero ese día, en el acto entregó el dinero a las personas que se encontraban, sin recibir ninguna remuneración económica. Asimismo el 8 de octubre del 2011, el señor William Rober Vilcahuaman Barrera, quien ocupaba el cargo de Gerente Municipal, va en busca de su patrocinado, para referirle que tenían que hacer un contrato de terreno rustico, por cuanto existían algunas irregularidades que se habían realizado, es por ello que su patrocinado va al Juzgado de Paz, para hacer un contrato, esto a pedido del Gerente Municipal. Asimismo el siete de octubre del año 2011, el señor Jorge Luis Valero Yupanqui, se acerca al Juzgado de Paz a fin de dar una declaración testimonial, en donde manifiesta que el señor Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui, se había acercado para referirle que quería que le ayude a comprar un terreno con la finalidad de que el señor Jorge Luis Valero Yupanqui compre un terreno y lo venda a favor de la Municipalidad Distrital de Llaylla, ya que este

Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
Especialista Abogada de Juizado
PRIMER JUZGADO DE PAZ UNIFORMADO DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

PRIMER JUZGADO DE PAZ UNIFORMADO DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN
RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS

señor Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui por ser pariente no podía vender a la Municipalidad Distrital de Llaylla, es por ello que su patrocinado pensando en el bien de su Comunidad, porque se iba construir una losa deportiva acepta y realiza la compra venta, dicha venta que realiza a la Municipalidad lo hace sin recibir ningún beneficio económico, por lo que refiere que su patrocinado sólo ha querido apoyar a su comunidad, solicitando la absolución por cuanto es inocente de los cargos que se le imputan.

Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
PARTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

Examen a los acusados.

la audiencia de fecha veintitrés de mayo del dos mil dieciséis se llevó a cabo el examen de los acusados que se desarrolló de la siguiente manera:

Examen del acusado Simeón Hurtado Palomino.

Por parte del Ministerio Público. A las preguntas formuladas por el representante del Ministerio Público, el acusado responde: "Que, la señora Alicia Celina Medina Espinoza es hermana de Hilda Medina Espinoza quien es su esposa, por lo que la señora Alicia Celina Medina Espinoza vendría ser su cuñada; y que asimismo del año 2011 al año 2012 fue alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla, y que lo vacan por la compra de terreno el cual no recuerda si dicha compra fue o no regular. Que asimismo durante su gestión mediante el Gerente General de entonces quien tenía poder notarial, adquirió el derecho de posesión de un terreno de diez metros cuadrados del señor Melquiades Avellaneda Jáuregui y de su esposa Alicia Celinda Medina Espinoza. Que, ante la necesidad prioritaria de adquirir un terreno para un estadio en el anexo de Chalhuanayo, se realizó un Acta de compromiso de fecha 26 de abril del año 2011, pero el acusado desconocía que se habían comprometido a comprar dicho terreno el señor Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui; y que, al firmar dicho acta de compromiso no estaba contemplado en el presupuesto institucional de apertura del año 2011 de la Municipalidad Distrital de Llaylla, y que a un acuerdo de consejo se consignó en el Libro de actas el mismo que se perdió y que hasta donde tiene conocimiento ya se ha asentado denuncia en la comisaría de Mazamari. Asimismo refirió que actualmente el terreno de diez mil metros cuadrados ha sido entregado al anexo Chalhuanayo.

Abog. RAFAEL AGUSTIN JUEZ TRINIDAD
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
PARTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

b. **Por parte del Abogado de los acusados Fulgencio Melquiade Avellaneda Jáuregui y Artemio Pando Torres.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, según acuerdo de consejo N° 008 2016 de fecha 18 de abril del año 2011, se acordó financiar la adquisición de un lote por la suma de veinte mil nuevos soles el mismo que estaba destinado para el Anexo de Chalhuanayo.

c. **Por parte del Abogado de Jorge Luis Valero Yupanqui:** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera:"Que, desconocía que el terreno destinado para el estadio era de propiedad del señor Jorge Luis Valero Yupanqui, y que le correspondía a sus funcionarios realizar las invitaciones a las personas a fin de que presenten propuestas de venta de terrenos, ya que él se encontraba ocupado en el aspecto político de la municipalidad".

d. **Por parte de su abogado defensor.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, la persona que redacta el Acta de compromiso de fecha 26 de abril fue el Gerente General, y que al momento de firmar dicha acta no procedió a leerlo antes, y que asimismo los miembros del Consejo Municipal conocen que el señor Avellaneda Jáuregui es su familiar, así también refiere que en el compromiso con la población se acuerda comprar un terreno al precio de treinta mil soles, en sesión de consejo los regidores aprueban que se compre en un precio de veinte mil soles, por lo que considera que no habría ninguna sobrevaluación, y que asimismo no ha obtenido ningún beneficio económico de esta transacción".

d. **Por parte de la representante del Ministerio Público. Contrainterrogatorio.** A las repreguntas formuladas señaló: "Que, si puede acreditar con documento idóneo que compra el terreno a exigencias de la población, y que el Gerente General era el funcionario que estaba avocado a la compra y venta de dicho terreno; asimismo, refiere que no puede acreditar con documento la inspección realizada al terreno, y que también el libro de actas donde consta la sesión de consejo en el cual se aprobó la compra del terreno es en el precio de veinte mil soles se ha extraviado".

e. **Por parte del Abogado de los acusados Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y Artemio Pando Torres. Réplica.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera:"Que, a la fecha de la compra del terreno ya no mantenía relación con su conviviente la señora Hilda Fajardo Espinoza".

[Handwritten signature]
Abog. ATRELLI MARIANA DÍAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNTA

[Handwritten signature]
PODERADO
DA 1998
RAFAEL AGUIRRE
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNTA

f. **Por parte del Juez Unipersonal.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, al extraviarse el Libro de Actas Extraordinario el Gerente General de la Municipalidad realizó la denuncia en la Comisaria de Mazamari".

2. Examen del acusado Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui.

a. **Por parte del Ministerio Público.** A las preguntas formuladas por el representante del Ministerio Público, el acusado responde: "Que, fueron a su casa el teniente alcalde, los Regidores y algunos ciudadanos a buscarlo a fin de que venda su propiedad a la Municipalidad Distrital de Llaylla por lo que se compromete a dicha venta al precio de tres soles el metro cuadrado, y que vende a dos personas como intermediarios por que el Gerente General de la Municipalidad le refirió que podía haber problemas, a fin de que no genere problemas acepta el consejo dado por el Gerente, y que en realidad la venta se hizo a la Municipalidad de Llaylla.

b. **Por parte del Abogado de Simeón Hurtado Palomino y Willian Rober Vilcahuamán Barrera.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, la Municipalidad se entera de la venta de su terreno a raíz de que estaba lotizando para hacer un centro turístico; asimismo, señala que dicho terreno cuesta más de cuatro mil soles, y que con respecto a la compra sí tenían conocimiento el Teniente Alcalde y los Regidores ya que consta su firma en el acuerdo de compra de los terrenos por el precio de veinte mil soles, pero que nunca hizo tratos con el señor Simeón Hurtado Palomino. Asimismo refiere que el gerente municipal Rober Vilcahuaman le aconseja buscar a dos personas a fin de no tener problemas, y que asimismo realizan el tracto sucesivo de transferencia en un día para no estar volviendo, de lo cual la Notaria no se opuso".

c. **Por parte del Abogado de Jorge Luis Valero Yupanqui:** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera:"Que, por recomendación del Gerente del Municipio busca al señor Jorge Luis Valero Yupanqui quien es su vecino, a fin de realizar la compra del terreno".

d. **Por parte del Abogado de los acusados Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y Artemio Pando Torres.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, anteriormente ya había vendido otros terrenos similares al de la Municipalidad, y que asimismo desconocía que vender a un familiar con cargo de Funcionario Público era un delito.

[Handwritten signature]
APELLADO: AVELLANEDA JÁUREGUI
NOMBRE: FULGENCIO MELQUIADES
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

[Handwritten signature]
APELLADO: HURTADO PALOMINO
NOMBRE: WILLIAN ROBER VILCAHUAMÁN BARRERA
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

e. **Por parte del Juez Unipersonal.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, el busca a las dos personas y les propone que supuestamente comprasen el terreno y que el precio de dos mil nuevos soles cada lote fue a propuesta de la Notaria a fin de no pagar más impuestos" y no porque realmente valieran así.

3. Examen del acusado Artemio Pando Torres.

a. **Por parte del Ministerio Público.** A las preguntas formuladas por el representante del Ministerio Público, el acusado responde: "Que, adquiere el derecho de posesión de un terreno de cinco mil metros cuadrados del señor Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui, ya que este le debía de una cosecha ya anterior, por lo que le vende el terreno a dos mil nuevos soles, pero que lo compra en el precio de la deuda, que era dos mil quinientos. Asimismo indica que, al vender el terreno a la Municipalidad Distrital de Llaylla recibe de la Municipalidad nueve mil soles y tantos, el mismo que le hizo entrega al señor Fulgencio los ocho mil soles, quedándose con dos mil soles; y que, a sugerencia de la notaria se realiza la compra venta primero de Fulgencio a su persona y luego de su persona a la Municipalidad Distrital de Llaylla.

b. **Por parte del Abogado de los acusados Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vilcahuaman Barrera.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, desconocía que ese terreno era del esposo de la hermana de la conviviente del señor Hurtado Palomino, y que asimismo sí tenía conocimiento de que la Municipalidad iba comprar un terreno para el estadio y también que el señor Fulgencio vendía su terreno".

c. **Por parte del Abogado de Jorge Luis Valero Yupanqui:** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, tenía conocimiento que el día en que se realizó la transferencia en la ciudad de Satipo, estaba presente el señor Jorge Luis Valero Yupanqui".

d. **Por parte del Abogado de los acusados Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y Artemio Pando Torres.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, al señor Fulgencio Avellaneda lo conoce desde el año 2001, y que nunca anteriormente le había solicitado realizar actos contractuales ante un notario.

e. **Por parte del Juez Unipersonal.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, el señor Fulgencio le propone a raíz de la deuda

ALDO ARCELI INDERIA BIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVERA
JUEZ UNIPERSONAL DE SATIPO
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

de dos mil quinientos nuevos soles y a fin de poder hacer cobro de dicha deuda supuestamente le iba a comprar su terreno, dicha deuda era de dos años atrás".

4. Examen del acusado Jorge Luis Valero Yupanqui.

a. **Por parte del Ministerio Público.** A las preguntas formuladas por el representante del Ministerio Público, el acusado responde: "Que, con fecha siete de octubre del año 2011, realizó una declaración ante el Juez de Paz Llaylla, en el cual hace de constar como ocurrieron los hechos con respecto a la compra y venta del terreno, y que asimismo no se benefició en ninguna manera con la transacción en la que participó como intermediario en la venta del señor Fulgencio Melquiades Jáuregui a la Municipalidad Distrital de Llaylla.

[Handwritten signature]
ABIG. ARACELI NÚÑEZA DÍAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

b. **Por parte del Abogado de los acusados Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y Artemio Pando Torres.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, en la redacción de la declaración testimonial de fecha siete de octubre del 2011, narró las cosas que estaban pasando, y que asimismo el no ha sido amenazado, ni coaccionado o cuestionado por el señor Fulgencio Melquiades para que pueda cambiar su versión".

c. **Por parte del Abogado de los acusados Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vilcahuaman Barrera:** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, el no rechaza la propuesta de simulación de compra venta que le hicieron por ayudar, y que declara ante el Juez de Paz de apellido Romero sobre lo que estaba pasando por que tenía que decir la verdad". Que el señor Rober Vilcahuamán los mandó a llamar y me preguntó si yo era dueño del hotel y le dije que no era mi terreno.

d. **Por parte de su Abogado defensor.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, mediante un acuerdo entre el agente municipal, el regidor, Robert Vilcahuamán y la señora tesorera nos pusimos de acuerdo para realizar la simulación de la compra venta del terreno del señor Melquiades Avellaneda; y que asimismo realiza la declaración testimonial ante el Juzgado de Paz Distrital de Llaylla, voluntariamente.

e. **Por parte del Juez Unipersonal.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, el señor Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui es quien le dijo para que simulen un contrato de compra venta".

[Handwritten signature]
RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

5. Examen del acusado William Rober Vilcahuaman Barrera. A la cabeza en la

a. **Por parte del Ministerio Público.** A las preguntas formuladas se plasmó el representante del Ministerio Público, el acusado responde: "Que, encontraba trabajando en la Municipalidad de Llaylla como Gerente Municipal, refiere que el motivo de la vacancia del ex. alcalde señor Simeón Hurtado Palomino fue por la compra de terreno en el anexo de Chaluamayo y la compra de terreno de la capital del mismo Llaylla, asimismo refirió tener conocimiento del acta de compromiso de fecha 26 de abril del año 2011, pero que no habría participado en dicha acta; así también señala que para la adquisición de los terrenos que se hace mención en el Acta de compromiso no estuvo presupuestado la adquisición de dichos terrenos por la Municipalidad Distrital de Llaylla en la apertura institucional del año 2011; asimismo refiere que él fue quien emitió los oficios 10-2011 de fecha 27 de abril del 2011 y el oficio 112-2011 de fecha 03 de mayo del 2011 los mismos que hacen referencia al mismo lote de terreno, pero con precios diferentes. Manifiesta que efectuó las transacciones del contrato y con las mismas personas primero el 12 de julio del 2011 ante la notaria Leyva Valdivia, posteriormente el 04 de octubre del 2011, a sugerencia del asesor legal, quien opinó en sesión de consejo que ese poder especial no era necesario ya que era una sobre exigencia del notario público y sugirió que se haga nuevamente esa transacción ya que no era necesario comprar en un notario; y, que los acuerdos de consejo constan en el Libro de Actas, el mismo que ha desaparecido.

b. **Por parte del Abogado de los acusados Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y Artemio Pando Torres.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, no tenía conocimiento de que los terrenos materia de investigación pertenecían a la familia de su conviviente del señor alcalde Simeón Hurtado Palomino".

c. **Por parte del Abogado del acusado Jorge Luis Valero Yupanqui:** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, realiza la transacción de la compra del terreno por la suma de Diez Mil Nuevos Soles".

d. **Por parte de su Abogado defensor.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, la coordinación que tuvo para que se lleve a cabo la transacción el día 12 de julio del año 2011, fue con el señor Moisés Choimoni y con un regidor, y que al momento de suscribir la transacción a favor de la municipalidad no tuvo la necesidad de revisar los documentos

[Handwritten signature]
 ABOG. RAFAEL ACUSTIN HERRERA ROSAS
 Especialista Judicial de Juzgado Penal Unipersonal de Satipo
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

2011
 0001
 INVESTIGACION
 04.07.2011
 RAFAEL ACUSTIN HERRERA ROSAS
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

anteriores. Así también refirió que el acuerdo que se llevó a cabo en la reunión de sesión de consejo para la adquisición de este terreno se plasmó en un Libro de Actas el mismo que se extravía el año siguiente, realizando la denuncia correspondiente ante la policía de Mazamari.

e. **Por parte del Ministerio Público. Contrainterroga.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, desconoce haber señalado y sugerido al señor Fulgencio haga la transacción con terceros, y se entera que el terreno era del señor Fulgencio el día 29 de enero del 2012 en audiencia pública de rendición de cuenta.

[Handwritten signature]
AUXILIAR JUDICIAL
ELIZABETH RIVERA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juicio
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

f. **Por parte del Juez Unipersonal.** A las preguntas efectuadas responde de la siguiente manera: "Que, si existe un acuerdo de consejo sobre la modificación presupuestal, lo cual permitía comprar el terreno y que la facultad lo tenía el Consejo Municipal de realizar las modificaciones y/o aprobaciones, y que cuando toman conocimiento de esos terrenos, los posesionarios eran dos personas, entonces realizan el acuerdo de consejo, a lo que formaliza la compra venta en notario público con dos personas, de lo cual cada uno era poseedor de cincuenta por ciento cada uno".

Cuarto: MEDIOS DE PRUEBA ACTUADOS.

1. Órganos de prueba.

1.1. Del Ministerio Público.

a. Testimonio de Wilder Alberto Romero Huamán, verificada en la audiencia del día uno de junio de dos mil dieciséis. A las preguntas realizadas:

- **Por parte del Representante del Ministerio Público.** Señaló: "Que, en el año 2011 se ha desempeñado como Juez de Paz del Distrito de Llaylla, y fue él quien recibe la testimonial del señor Jorge Luis Valero Yupanqui, con fecha 07 de octubre del año 2011; posterior a esta fecha recibió amenazas anónimas diciendo que no me meta en problemas, o que me podía pasar cualquier cosa, pero no podría precisar que fuera a raíz de la declaración testimonial.
- **Por parte del Abogado de los acusados Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y Artemio Pando Torres.** Señaló: "Que, él fue quien redacta la declaración testimonial de fecha 07 de octubre del año 2011, y que posteriormente pone en conocimiento a la autoridad competente

[Handwritten signature]
MAGISTER JUDICIAL
RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

sobre la compra venta notarial que eran repetitivas del mismo predio, ya que había algo no correcto. Precisa que fue el señor Vilcahuamán le dejó en USB un modelo de contrato.

- **Por parte del Abogado de los acusados Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vicahuaman Barrera.** Señaló: "Que, no tiene conocimiento si existió antes de la declaración testimonial alguna otra denuncia respecto de estos hechos, al menos en su Despacho no obra ninguna denuncia, pero el señor Artemio se encontraba temeroso.

[Handwritten signature]
Abog. GRACIELA INGRID PAZ GENTENO
 Especialista Judicial de Juzgado
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

Por parte de la Abogada de Jorge Luis Valero Yupanqui, señaló: "Que, conoce al señor Jorge Luis Valero Yupanqui desde el año 2002, y que no sugiere al señor Valero que haga la denuncia ante la Fiscalía porque testimonial no era fundamento suficiente".

Testimonio del perito Ingeniero Civil Enrique Renee Saravia Malpartida, verificada en la audiencia del día diez de junio del año dos mil dieciséis.

- **Por parte del Representante del Ministerio Público.** Señaló: "Que, se ratifica del Informe Pericial N°002-2013 en el contenido y firma. En las conclusiones de su Informe Pericial refiere que la adquisición de lotes de terreno se efectuaron de manera irregular porque la adquisición no se ha ajustado a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, y más aun teniendo en cuenta que dicha compra fue para una entidad pública debió de existir una convocatoria previa; y que asimismo en la compra y venta realizada existió un fraccionamiento prohibido por la Ley de Contrataciones del Estado. Que de acuerdo a los valores arancelarios del año 2011 el precio es de S/. 581.16 nuevos soles, por lo que refiere que ha existido una sobrevaluación en la adquisición de los terrenos en un total ascendente a dieciséis mil nuevos soles, en el caso que se haya reportado cuatro mil nuevos soles". Precisa que el día veinte de diciembre del 2012 se realizó la visita e inspección a la Municipalidad Distrital de Llaylla, y el terreno que había adquirido la misma Municipalidad que está ubicado en el Anexo de Chalhuanayo, el cual es un terreno en forma ondulada, el mismo que no tiene ningún tipo de sembrío, y que en un sólo día doce de Julio del dos mil once se realizaron hasta cuatro minutas de compra ventas sobre dos lotes de terreno de quinientos metros cada uno, siendo que dicha adquisición se ha efectuado de manera irregular, la compra de los lotes de terreno fue por una entidad pública y no para una entidad privada, por lo tanto la

[Handwritten signature]
RAFAEL AGUSTIN HERRERA ROSAS
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

compra se debió efectuar mediante convocatoria, según lo normado por el ordenamiento Superior de las contrataciones del Estado con conocimiento y aceptación anticipada de los señores regidores de la Municipalidad Distrital de Llaylla, asimismo fijado el presupuesto base con referencia al precio arancelario, estudio de mercado y cotizaciones de precios con propuestas de propietarios de terrenos del lugar, hasta lograr un justiprecio. Precisa que el valor total del lote es de cuatro mil soles, tomando como referencia los valores especiales de terrenos rústicos para la región selva, emitido por el Ministerio de Vivienda, por lo cual ha existido sobrevaluación en la adquisición del terreno ya que se ha quintuplicado el precio, siendo la sobrevaluación en la suma de dieciséis mil soles.

[Handwritten signature]
Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
 Especialista Judicial de Juzgado
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

Por parte del Abogado de la Defensa Técnica de los acusados Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y Artemio Pando Torres. Señaló: "Que, toma de base el valor arancelario para hacer su pericia ya que es un valor oficial, proveniente del Ministerio de Vivienda, y que todas las Municipalidades lo utilizan como base para las tributaciones. Asimismo que, los cuatro mil soles es un precio que compran los dos señores, los cuales posteriormente venden a la Municipalidad a un precio superior debiendo haber sido en el valor de cuatro mil nuevos soles.

- **Por parte del Abogado de la Defensa Técnica de los acusados Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vilcahuaman Barrera,** señaló: "Que, la Fiscal le encarga constatar los terrenos adquiridos por la Municipalidad y su respectiva valorización. Que concluye que el precio llega a cuatro mil soles por que el precio tiene que ser igual a la compra realizada ese mismo día".
- **Por parte del Juez Unipersonal.** Señaló: "Que, según su Informe Técnico Pericial establece un valor de terreno en cuatro mil soles aproximadamente, para ello toma como referencia que cada metro cuadrado debía costar en la primera venta cuarenta céntimos, y en la segunda venta dos soles el metro cuadrado aproximadamente, y que asimismo refiere en sus conclusiones en el punto "G" que la adquisición de los lotes de terreno se efectúa de manera irregular por el fraccionamiento que hubo".

[Handwritten signature]
RAFAEL AGUSTÍN HERRERA RIVAS
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

c. **Testimonio de la perito C.P.C. Lourdes Margot Gálvez Vilcahuamán**, verificada en la audiencia del día diez de junio del año dos mil dieciséis, en la cual se ratifica de su Informe Pericial contable N°005-2013.

- **Por parte del Representante del Ministerio Público**, Señaló: "Que, en el ITEM E1 de sus conclusiones refiere que no existe un proyecto de inversión pública debido a que revisado las notas modificatorias del presupuesto, asimismo el SIAF marco de gastos y modificatorias del año 2011, en la que se consigna la meta 046 Adquisición de terreno para el fraccionamiento de Llaylla, en la cual observo que se utilizó la fuente de financiamiento 18, que es de canon y sobre-canon, el mismo que se debe usar en función a la priorización de sus necesidades; por lo que, es necesario que exista un Proyecto de Inversión, conforme se establece en el artículo 6, en su punto 6.2. de la Ley Canon Minero - Ley 27506. En tal sentido la meta 046 que figura en el presupuesto Institucional modificado no se ha cumplido; asimismo, el presupuesto no indicaba que se compraba para una donación que realizaría la Municipalidad de Llaylla al Anexo de Chalhuamayo; ahora bien, con respecto a la donación, la Ley Orgánica de Municipalidades - artículo 64° de la Ley N° 27972, señala que, la Municipalidad por excepción puede donar o permutar bienes de su propiedad inscritas en Registros Públicos a fin de donarlos como institución a nivel del Estado. Con respecto a la sobrevaloración de los terrenos se estima en un 400% y que asimismo se corrobora con el peritaje realizado por el Ingeniero Civil se llega a la diferencia de pago en un importe de S/. 15,242.00 nuevos soles, lo que conllevaría a un perjuicio para la Municipalidad". Explica que el fraccionamiento es adquirir bienes que sobrepasa en este caso para el 2011 las 3 UITs, que es de S/3,650 multiplicado por 3, da como resultado S/10,800 nuevos soles, en este caso se ha fraccionado para la adquisición.

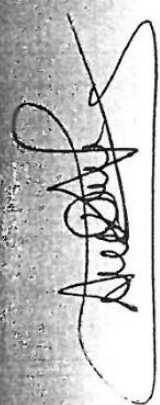
[Handwritten signature]
 Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENEFINO
 Especialista en Litigación de Juicio Oral
 PRIMER JUZGADO PENAL, UNIVERSIDAD DE SANTIAGO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

- **Por parte del Abogado de la Defensa Técnica de los acusados Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y Artemio Pando Torres**. Señaló: "Que, la motivación de la Pericia es practicar la pericia contable a fin de determinar la afectación presupuestal en la adquisición del terreno de la Municipalidad Distrital de Llaylla. Que con respecto a sus conclusiones en el punto E.2 observó que hay hechos que se han dado para efectuar una operación administrativa, financiera y presupuestal, un egreso y es la que indica el señor perito, tiene que dar las alertas al Fiscal para que el tema financiero que es irregular, y que toma el valor del precio de

[Handwritten signature]
 RAFAEL AGUSTIN HERRERA
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL, UNIVERSIDAD DE SANTIAGO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

los lotes de terreno en S/ 4,000.00 nuevos soles ya que es el valor de la última fecha que se realiza la Compra Venta (12 de junio del 2011).

- **Por parte del Abogado de la Defensa Técnica de los acusados Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vilcahuamán Barrera.** Señaló: "Que, concluye que existió fraccionamiento en la compra de los dos terrenos por que ambos terrenos pertenecen al señor Melquiades Avellaneda, asimismo refiere que la Municipalidad de Llaylla es quien fracciona dicha compra, y que la meta es para un gasto efectuado por un proceso de inversión".




2011
 ARACELI NORRINA DIAZ CENTENO
 Abogada Especialista Judicial de Juzgado
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

Seba documental oralizada

Del Ministerio Público.

- a. Acta de compromiso de fecha 26 de abril del 2011 a fojas 182
- b. Oficio N° 110-2011 de fojas 184
- c. Oficio N° 112-2011 de fojas 185
- d. Acuerdo de Consejo N°013-2011 de fojas 142
- e. Poder por escritura pública de fojas 153
- f. Boleta de Venta N°029677 de fojas 475
- g. Minuta de Transferencia de posesión de fojas 15
- h. Minuta de Transferencia de posesión de fojas 19
- i. Minuta de transferencia de posesión de fojas 16
- j. Minuta de transferencia de posesión de fojas 20
- k. Talón de cheque N°61773636 de fojas 410
- l. Talón de cheque N°61773619 de fojas 411
- m. Copia de Cheque N°61773620 de fojas 120
- n. Extracto bancario de fojas 122
- o. Comprobante de pago N°672 de fojas 130



RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

- p. Comprobante de pago N°598 de fojas 141
- q. Resolución de alcaldía N°081-A-2011 de fojas 282
- r. Acta N°14-2011 de fojas 155
- s. Informe N°52-2011 de fojas 526
- t. Acuerdo de Consejo N° 15-2011 de fojas 131
- u. Contrato de compra venta de terreno rústico de fojas 17
- v. Contrato de compra venta de terreno rústico de fojas 151
- w. Informe N°56-2011 de fojas 522
- x. Acuerdo de Consejo N°17-2011 de fojas 143
- y. Reporte de página del Ministerio de Economía de fojas 490
- z. Reporte de página del Ministerio de Economía de fojas 491
- Minuta de donación de transferencia de posesión de fojas 132
- aa. Copia certificada de denuncia policial N°12 del 27 de enero de 2012.
- bb. Resolución N°586-2012 del JNE de fojas 374
- cc. Acta Fiscal de verificación de terreno de fojas 58
- dd. Informe N° 02-2011 de fojas 157
- ee. Informe Técnico Pericial N° 002-2011 de fojas 612
- ff. Informe Pericial Contable de fojas 1468
- gg. Declaración de Jorge Valero Yupanqui de fojas 290

2.2. De la Defensa Técnica.

La defensa técnica de los acusados refieren que no tienen medios probatorios que oralizar.

3.- Los alegatos de clausura y autodefensa de los acusados

2011
08/02
PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN
JUEZ
RAFAEL AGUSTIN HERRERA RAMOS

3.1.- Los alegatos de clausura del Ministerio Público

Conforme a la acusación fiscal este Ministerio Público ha demostrado en el desarrollo del presente juicio oral, de manera objetiva y más allá de toda duda razonable que los acusados Simeón Hurtado Palomino y William Robert Vilcahuamán Barrera fueron funcionarios públicos, el primero en su condición de ex alcalde de la Municipalidad de Llaylla y el segundo en su calidad de Gerente General de la referida Comuna, en el año 2011. Que el Alcalde Simeón Hurtado y el Gerente Municipal William Robert Vilcahuaman participaron en el acta de compromiso suscrito con fecha 06/04/2011, acto en el que participó el extraneus Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui, el agente municipal del Anexo de Chalhuanayo Moises De La Cruz Shonori y tres Regidores, documento en el que el ex alcalde Simeón Hurtado y tres Regidores se comprometen a realizar la compra de un terreno para Estadio de Chalhuanayo con un área de 10,000m2 del señor Fulgencio Melquiades Avellaneda, documento que fue redactado por el Gerente Municipal William Rober Vilcahuamán, según lo declaró en juicio el ex alcalde Simeón Hurtado en la respuesta a la pregunta número sesenta de su interrogatorio.

- Está probado el vínculo familiar entre Simeón Hurtado y los poseedores iniciales del predio, Fulgencio Avellaneda y Alicia Celinda Medina Espinoza por ser ésta última hermana de la ex conviviente del ex alcalde Simeón Hurtado.

- Está probado con el examen de la perito contable Lourdes Gálvez Vilcahuamán que en el año 2011 no se incorporó la meta presupuestal "Adquisición de terreno que será destinado para el Estadio del Anexo de Chalhuanayo, distrito de Llaylla", ni en el PIA, ni en el PIM de ese año.

- Está probado que la meta "Adquisición de terreno que será destinado para el Estadio del Anexo de Chalhuanayo, distrito de Llaylla" no contó con un proyecto de inversión pública, conforme lo ha declarado el Gerente Municipal William Vilcahuamán y ratificado por la perito contable Lourdes Gálvez Vilcahuamán.

- Está probado que el día 12/07/2011 el acusado Simeón Hurtado firmó el Acuerdo de Consejo N°13-2011-MDLL, que aprueba la compra de derechos de posesión de Jorge Luis Valero y Artemio Pando y se otorga Poder Especial al Gerente Municipal William Vilcahuamán para que adquiera el derecho de posesión a los antes mencionados y también ese mismo día otorgó personalmente poder en la Notaría Leiva al aludido Gerente

Abog. ARIEL ESPINOZA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
DE CHILE - SUPLENTE DE (JUSTICIA DE JUVENIL)

DR. JUEZ
RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
DE CHILE - SUPLENTE DE (JUSTICIA DE JUVENIL)

conforme es de verse del expediente judicial a fojas 141. Ese mismo día 12/07/2011, los poseedores iniciales del terreno Alicia Celinda Medina Espinoza y Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui transfirieron el derecho de posesión del terreno de 10,000m2 a Artemio Pando Torres y Jorge Luis Velero Yupanqui, y ese mismo día éstos últimos transfirieron el derecho de posesión a la Municipalidad Distrital de Llaylla representado por el Gerente Municipal Willian Vilcahuamán, actos inusualmente celerados.

Está probado con el examen a la perito Lourdes Gálvez Vilcahuamán que para pagar a Artemio Pando y Jorge Valero se usó **Presupuesto de CANON la Meta Presupuestal 0046** correspondiente a "Adquisición de terreno para estadio municipal de Llaylla", meta diferente a la consignada en el acuerdo de Consejo N°13-2011-MDLL de fecha 12/07/2011, firmado únicamente por el acusado Simeón Hurtado donde falsamente afirma que en el programa de inversiones de la Municipalidad se tiene previsto "Adquisición de terreno que será destinado para estadio del anexo de Chalhuamayo - distrito de Llaylla"

- Está probado que se usó presupuesto de canon violando la Ley de CANON N°27506 art.6.2, que dispone que los recursos que reciban los gobiernos regionales o locales serán destinados exclusivamente para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos u obras de infraestructura de impacto regional o local", y se ha probado en juicio que nunca existió un proyecto de inversión pública u obra.

- Está probado con el interrogatorio a la perito contable Lourdes Gálvez Vilcahuamán y con la Ley Orgánica de Municipalidades Art. Que las donaciones por parte de una autoridad sólo proceden como excepción y respecto a bienes de propiedad de la Municipalidad y no de terceros.

- Está probado con el examen de la perito contable Lourdes Gálvez Vilcahuaman que es falso lo consignado en el segundo considerando de los acuerdos de Consejo N°013-2011de fecha 12/07/2011 y Acuerdo de Consejo N°015-2011 de fecha 30/09/2011sobre el hecho de que la Municipalidad hubiera tenido previsto en su Programa de inversiones la "Adquisición de terreno que será destinado para estadio del Anexo de Chalhuamayo - distrito de Llaylla. Eso es falso.

- Está probado con las cuatro minutas efectuadas en la notaría Leiva Valdivia que el día 12/07/2011 los señores Fulgencio Avellaneda y su esposa Alicia Celinda Medina eran poseionarios de los terrenos materia de transferencia y no propietarios, y fue el derecho de posesión lo que

Abog. ARTEMIO PANDO TORRES
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

PEREZ MUNCIAL
RIVAS
RAFAEL AGUSTIN HERRERA
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

transfirieron a los intermediarios Jorge Valero y Artemio Pando, y éstos a su vez transfirieron el derecho de posesión a la Municipalidad de Llaylla, y a su vez el ex alcalde Simeón Hurtado con Acuerdo de Consejo N°017-2011 de fecha 10/09/2011 aprueba la transferencia del derecho de posesión de firma definitiva bajo la modalidad de donación a favor del anexo de alhuamayo.

[Handwritten signature]

ABDO AL RAFAEL NORRINA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SAIBO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

Está probado que Jorge Valero al advertir actos irregulares acude por su propia voluntad al Juez de Paz de Llaylla para manifestar que Fulgencio Avellaneda le solicitó que adquiriera el terreno y que lo venda a un precio elevado a la Municipalidad de Llaylla, porque como tenía lazos familiares con el alcalde no podía vendérselo directamente ya que podría tener problemas, quien lo hizo por recomendación del Gerente Municipal William Vilcahuamán.

- Está probado con la manifestación de Fulgencio Avellaneda y ratificado por los testigos Jorge Yupanqui y Artemio Pando que Fulgencio Avellaneda fue quien vendió los terrenos a la Municipalidad utilizando como intermediarios a Jorge Valero y Artemio Pando y el dinero producto de dicha transferencia fue íntegramente para el poseedor inicial.
- Está probado que en la adquisición del terreno el poseedor inicial Fulgencio Avellaneda cuyo valor inicial fue de veinte mil soles, pero se procedió al fraccionamiento de la adquisición en dos partes a través de intermediarios, con ello se evitó un proceso de selección que en este caso correspondía a una de adjudicación de menor cuantía, con lo cual se habría violado las leyes sobre contrataciones del Estado, corroborado con el examen de la perito contable y del perito ingeniero civil, así como la irregular suscripción del acta de compromiso de fecha 26/04/2011.
- Está probado con el examen al perito Ingeniero civil que el precio de los terrenos fueron sobrevaluados y con el examen a la perito contable se determinó la sobrevaluación en quince mil doscientos cuarenta y dos soles.
- Por lo que concluye que los acusados han concertado para adquirir el derecho de posesión de un terreno con todas las irregularidades detectadas y probadas, en perjuicio del patrimonio estatal. Encuadra la conducta de los acusados en el delito de colusión previsto en el artículo 384 del Código Penal, único párrafo a la fecha de comisión del evento delictivo cuando estaba vigente la Ley 29703, solicitando se le imponga ocho años de pena privativa de libertad a Simeón Hurtado y William Vilcahuaman, así como la pena de inhabilitación de cinco años. Para el acusado Fulgencio Avellaneda y Artemio Pando solicita seis años de pena

ACTA
RAFAEL ASUSTIN HERRERA RAMOS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SAIBO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

privativa de libertad y tres años de inhabilitación. Para el acusado Jorge Valero solicita la pena suspendida de tres años e inhabilitación por el mismo período, así como el pago de una reparación civil de treinta milsoles en forma solidaria.

[Handwritten signature]

Abog. ARAÚZELI HURTADO GILZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SERVIDORES PÚBLICOS
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

3.2.- Los alegatos de clausura del abogado de Simeón Hurtado y Willian Cahuamán

Refiere que sus defendidos no han cometido el delito de colusión, sin embargo su conducta puede subsumirse en el tipo de negociación incompatible previsto en el artículo 389 del Código Penal, pues en su actuar ha existido un conflicto de intereses que de igual forma lo señala el Jurado Nacional de Elecciones calificando la conducta de sus patrocinados en esta figura delictiva. Asimismo precisa que la señorita Fiscal no ha acreditado la concertación de sus defendidos para defraudar al Estado, más por el contrario se realizó dicha compra para beneficiar al Anexo de Chahuamayo en la construcción de un Estadio que tiene la condición de un proyecto de inversión pública, posibilitando el hecho de usar dinero de canon en su realización; además que el MEF ha establecido que se puede aprobar presupuesto y si no hubo perfil ni expediente técnico, primero se adquiere el terreno y luego se hacen los estudios respectivos. Por lo cual solicita se absuelva a sus patrocinados por el delito de colusión y desvinculándose de la acusación en todo caso se les condene por el delito de negociación incompatible.

3.3.- Los alegatos de clausura del abogado de Fulgencio Avellaneda y Artemio Pando

Refiere que sus defendidos no han cometido el delito de colusión, puesto que la colusión implica una concertación ilícita, un acuerdo ilícito para causar perjuicio al patrimonio estatal, un acuerdo clandestino, soterrado, bajo la mesa, y del acta de compromiso de fecha 26 de abril del dos mil once no se advierte ello, ya que fue un acuerdo público con la participación del Alcalde, tres regidores, Agente Municipal, entre otros, lo que desdice y rebate la tesis del Ministerio Público. Si bien es cierto se habría cometido actos irregulares de tipo administrativos en su celebración estos no se condicen con el tipo de colusión, sino, puede ser el de negociación incompatible, por lo cual solicita se absuelva a sus patrocinados por el delito de colusión y en todo caso se les condene por el delito de negociación incompatible.

PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SERVIDORES PÚBLICOS
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN
JUEZ
RAFAEL AGUSTÍN HERNÁNDEZ
PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SERVIDORES PÚBLICOS
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

3.3.- Los alegatos de clausura de la abogada de Jorge Luis Valero

Refiere que su defendido fue utilizado por la persona de Fulgencio Avellaneda y que si aceptó dicha transacción fue por desconocimiento debido a su grado de instrucción, y porque el Anexo de Chalhuanayo se iba a beneficiar con la construcción del Estadio, por lo cual solicita se absuelva a su patrocinado por el delito de colusión.

Abog. ARAGEL NORMA DÍAZ DEL C. 10
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SAN PEDRO DE SACRAMENTO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

4.- Autodefensa de los acusados

Que los acusados refieren que no cometieron delito alguno y solicitan su absolución, y que en el caso de Simeón Hurtado y Robert Vilcahuamán actuaron por desconocimiento de la norma y ante la exigencia del agente municipal y de la población del Anexo de Chalhuanayo, por su parte Fulgencio Avellaneda, Artemio Pando y Jorge Valero lo hicieron por el beneficio que iba a significar tener un estadio en el Anexo de Chalhuanayo y para hacerse pago de una deuda.

Quinto: EL TIPO PENAL DE COLUSIÓN.

El tipo penal de colusión se encuentra previsto en el artículo 384° del Código Penal vigente a la fecha de los hechos que prevé el delito de la siguiente forma:

"El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente(1) al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años".

(1) De conformidad con el Resolutivo 1 del Expediente N°00017-2011-PI-TC, publicado el 07 junio 2012, se declara FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del presente artículo a través de la Ley N°29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión "patrimonialmente"

Sexto: Exigencias legales abstractas referidas al tipo penal objetivo y subjetivo. Para que una acción u omisión dolosa o culposa sea considerada como delito, conforme a la estructura más difundida del delito (estructura tripartita conforme a la teoría finalista) tiene que

JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SAN PEDRO DE SACRAMENTO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN
JUEZ
RAFAEL AGUSTIN HERRERA CRIVAS

subsumirse en tres categorías: la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; debiendo verificarse cada una de las categorías en el orden precisado para que se configure la siguiente, caso contrario, el delito no se habría configurado.

Cherub
Dra. ARACELI TORRES DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL IMPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

In cuanto al tipo penal objetivo.

El tipo penal objetivo se encuentra conformado por varios elementos entre los sujetos tanto activo (funcionario o servidor público) como pasivo (El Estado - Municipalidad Distrital de Llaylla), el bien jurídico protegido (garantizar el normal funcionamiento de la Administración Pública), la conducta incriminada (concertar y defraudar), los medios utilizados, las circunstancias de tiempo, lugar, modo, elementos descriptivos, normativos y valorativos, así como el resultado.

1.a. Sujetos activo y pasivo. "Solo pueden ser agentes del delito de colusión aquellas personas que tienen la condición de funcionarios o servidores públicos. Asimismo, es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones de bienes, obras, servicios o concesiones representando al Estado. El sujeto pasivo siempre será el Estado y como se indica en el tipo penal cualquier entidad u organismo del Estado"¹.

Araceli Torres Diaz Centeno

"Los interesados como cómplices primarios. Los interesados que concertan con los funcionarios o servidores públicos de modo alguno, se les puede imputar el delito a título de autores debido a que no tienen la relación funcional que exige el tipo penal, tampoco tienen un deber funcional que cautelar y respetar, pero ello no significa que su conducta quede impune. Aquellos tienen la calidad de partícipes primarios del delito, pues sin ellos, por la fórmula penal, sería impracticable la tipicidad del delito"².

1.b. Bien jurídico protegido. "El objeto de tutela penal es múltiple en el delito de Colusión: a) Preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales (funcionarios y servidores públicos especialmente vinculados); b) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus

[Handwritten signature]

¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. "Delitos cometidos por funcionarios públicos". 2da. Edición. Grijley. Lima, 2011. p. 270
² Ob. Cit. SALINAS SICCHA, Ramiro. p. 271

RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL IMPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; de este modo se asegura, mediante el efecto comunicativo de naturaleza preventiva de la norma penal, la profesionalidad, objetividad y celo de los funcionarios y servidores públicos especialmente consignados y; Asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, aminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus roles especiales de negociación y representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado³".

[Handwritten signature]
 ABOG. ABAGETTORAMA DIAZ
 Especialista Judicial de Agracac
 PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

1.c. **Comportamiento típico.** El delito de **Colusión desleal** tiene como base fáctica- normativa una abundante gama de relaciones contractuales en las que el Estado es parte en las negociaciones y procedimientos técnicos de selección de los contratantes que le proveerán obras, bienes, o servicios. En palabras de Fidel Rojas Vargas, los componentes materiales del tipo reúnen diversos componentes de naturaleza administrativa extrapenal en torno al comportamiento del funcionario o servidor público; pero el núcleo rector se halla resumido en el acto de defraudar los intereses estatales y paraestatales concertándose con los interesados. Así se tiene: **a) Núcleo rector típico:** El núcleo del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por éste mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. Agrega, que ésta defraudación implica toda una flagrante violación de los deberes inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial confiada a los funcionarios y servidores públicos. Éstos se valen de las atribuciones poseídas para variar, soslayar o sustituir ilícitamente los intereses y pretensiones estatales o paraestatales, los cuales por ley deben asegurar o cautelar, optando en cambio por preferir intereses diferentes e incluso por priorizar pretensiones particulares lesivas a los que son propios de la administración pública⁴; **b) La concertación del agente público con los interesados:** Implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego. Se puede concertar ilícitamente en cualquier fase de la negociación con tal de que ella tenga eficacia defraudatoria, mediante diversas modalidades confabulatorias. Toda concertación ilegal vulnera el deber de lealtad para con los intereses del Estado -que es un deber funcional de los servidores y funcionarios públicos, con más énfasis para

³ ROJAS VARGAS, Fidel "Delitos contra la administración pública". 4ta. Edición. Grijley. Lima, 2007. p. 407
⁴ Ob. Cit. ROJAS VARGAS, Fidel, pp. 410-411

[Handwritten signature]
 JUDICIAL
 PENAL
 PERSONAL
 DE SATIPO
 JUEZ
 RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
 PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

éstos últimos- y defrauda expectativas especiales; **c) Ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos:** El tipo penal es abierto al respecto. Los negocios en los que tenga que intervenir el funcionario o servidor público son: 1. Contratos: Los contratos en los que interviene el funcionario son necesariamente acuerdos escritos formalizados con los particulares para ejecución de obras, provisión de bienes y/o prestación de servicios; 2. Suministros; 3. Licitaciones; 4. Concurso de precios; 5. Subastas; 6. Cualquier otra operación semejante; **d) Ámbito de operaciones donde se produce la concertación que defrauda al Estado:** La ley restringe a cuatro las operaciones administrativas susceptibles de defraudar el marco adecuado para la concertación entre los funcionarios y servidores con los interesados: 1. Convenios, que está tomado para indicar los acuerdos específicos a los que se llegue. Un contrato puede constar de uno o de múltiples convenios, los acuerdos son positivizados en los convenios que contiene el contrato o tratado, 2. Ajustes, 3. Liquidaciones, 4. Suministros⁵.

2. En cuanto al tipo penal subjetivo.

De la lectura del tipo penal, se concluye que es de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. El agente conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierta con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él. Nos señala Salinas Siccha, que aquí sólo es posible el dolo directo, pues esto se desprende de la exigencia de conocer y querer por parte del agente, del elemento concertar para defraudar al Estado⁶.

Con respecto al delito de negociación incompatible

Este delito es un delito de resultado, esto es, a diferencia del delito de colusión que es un delito de peligro (colusión simple - único párrafo -, esto es se consuma con el acuerdo ilícito o concertación, no siendo necesario el perjuicio real al patrimonio del Estado. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, que establece "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

Handwritten signature

Handwritten notes: "colusión"

Handwritten initials: "RJS"

2011
 2011
 2011
 RAFAEL AGUSTÍN HERRERA RAMÍREZ
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

⁵ Ibidem, pp. 415-416
⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro, "Delitos contra la Administración Pública". 2da Edición. Grijley, Lima, 2011. p. 275

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. Texto según ley 28355.

TESIS PLANTEADA POR EL MINISTERIO PUBLICO

Abogado
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANITO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

Ministerio Público encuadra la conducta de los acusados en colusión ya que los intraneus y extraneus habrían concertado para defraudar al acusado, por lo siguiente:

- Fraccionamiento del terreno para evitar un proceso de selección.
- No se encontraba presupuestada la adquisición de terreno para estadio del Anexo de Chaluamayo, ni en el PIA, ni en el PIM del año 2011. No contó con un proyecto de inversión pública, por lo que el acta de compromiso suscrito de fecha 26/04/2011 es irregular.

c.- Que con inusitada rapidez se realizaron hasta cinco actos jurídicos en un solo día y en la misma Notaría (12/07/2011), primer acto otorgamiento de poder de ex alcalde a gerente municipal para la compra del terreno; segundo acto compra venta de Artemio Pando a Fulgencio Avellaneda y esposa; tercer acto compra venta de Jorge Valero a Fulgencio Avellaneda y esposa; cuarto acto, compra venta de Artemio Pando a la Municipalidad de Llaylla; y quinto acto, compra venta de Jorge Valero a la Municipalidad de Llaylla, lo curioso del asunto es que en las dos primeras ventas el monto es por dos mil soles cada terreno, y las dos últimas ventas es a diez mil soles cada terreno, lo que constituiría un perjuicio al Municipio concretado en la suma de quince mil doscientos cuarenta y dos nuevos soles, y que después dichas ventas fueran declaradas insubsistentes y se volvieran a realizar a sugerencia del asesor legal en el Juzgado de Paz de Llaylla. Que la valorización hecha por el perito e ingeniero civil que lo valoriza en cuatro mil soles, lo cual ha sido sostenido y ratificado por los peritos en audiencia.

d.- Que se utilizó dinero del CANON, conforme ha referido en audiencia la perito contadora, lo cual no está permitido por la Ley de CANON, ya que sólo deben utilizarse en obras de impacto regional o local. Asimismo que las donaciones se hacen sobre bienes de propiedad de la Municipalidad y de manera excepcional y no de propiedad de terceros. Por otro lado refiere que es falso lo consignado en los Acuerdos de Consejo N°13-2011 y

AGACEL AGUSTIN
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANITO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

estos últimos- y defrauda expectativas especiales; **c) Ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos:** El tipo penal es abierto al respecto. Los negocios en los que tenga que intervenir el funcionario o servidor público son: 1. Contratos: Los contratos en los que interviene el funcionario son necesariamente acuerdos escritos formalizados con los particulares para ejecución de obras, provisión de bienes y/o prestación de servicios; 2. Suministros; 3. Licitaciones; 4. Concurso de precios; 5. Subastas; 6. Cualquier otra operación semejante; **d) Ámbito de operaciones donde se produce la concertación que defrauda al Estado:** La ley restringe a cuatro las operaciones administrativas susceptibles de configurar el marco adecuado para la concertación entre los funcionarios y servidores con los interesados: 1. Convenios, que está tomado para indicar los acuerdos específicos a los que se llegue. Un contrato puede constar de uno o de múltiples convenios, los acuerdos son positivizados en los convenios que contiene el contrato o tratado, 2. Ajustes, 3. Liquidaciones, 4. Suministros⁵.

2. En cuanto al tipo penal subjetivo.

De la lectura del tipo penal, se concluye que es de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. El agente conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierne con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él. Nos señala Salinas Siccha, que aquí sólo es posible el dolo directo, pues esto se desprende de la exigencia de conocer y querer por parte del agente, del elemento concertar para defraudar al Estado⁶.

Con respecto al delito de negociación incompatible

Este delito es un delito de resultado, esto es, a diferencia del delito de colusión que es un delito de peligro (colusión simple - único párrafo -, esto es se consuma con el acuerdo ilícito o concertación, no siendo necesario el perjuicio real al patrimonio del Estado. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, que establece "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

⁵ Ibidem, pp. 415-416

⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. "Delitos contra la Administración Pública", 2da Edición. Grijley, Lima, 2011, p. 275



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. Texto según ley 28355.

TESIS PLANTEADA POR EL MINISTERIO PUBLICO

Abog. JESUS EL NORMA DÍAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNTA

Ministerio Público encuadra la conducta de los acusados en colusión ya que los intraneus y extraneus habrían concertado para defraudar al Estado, por lo siguiente:

- Fraccionamiento del terreno para evitar un proceso de selección.
- No se encontraba presupuestada la adquisición de terreno para el estadio del Anexo de Chalhuamayo, ni en el PIA, ni en el PIM del año 2011. No contó con un proyecto de inversión pública, por lo que el acta de compromiso suscrito de fecha 26/04/2011 es irregular.

c.- Que con inusitada rapidez se realizaron hasta cinco actos jurídicos en un solo día y en la misma Notaría (12/07/2011), primer acto otorgamiento de poder de ex alcalde a gerente municipal para la compra del terreno; segundo acto compra venta de Artemio Pando a Fulgencio Avellaneda y esposa; tercer acto compra venta de Jorge Valero a Fulgencio Avellaneda y esposa; cuarto acto, compra venta de Artemio Pando a la Municipalidad de Llaylla; y quinto acto, compra venta de Jorge Valero a la Municipalidad de Llaylla, lo curioso del asunto es que en las dos primeras ventas el monto es por dos mil soles cada terreno, y las dos últimas ventas es a diez mil soles cada terreno, lo que constituiría un perjuicio al Municipio concretado en la suma de quince mil doscientos cuarenta y dos nuevos soles, y que después dichas ventas fueran declaradas insubsistentes y se volvieran a realizar a sugerencia del asesor legal en el Juzgado de Paz de Llaylla. Que la valorización hecha por el perito e ingeniero civil que lo valoriza en cuatro mil soles, lo cual ha sido sostenido y ratificado por los peritos en audiencia.

d.- Que se utilizó dinero del CANON, conforme ha referido en audiencia la perito contadora, lo cual no está permitido por la Ley de CANON, ya que sólo deben utilizarse en obras de impacto regional o local. Asimismo que las donaciones se hacen sobre bienes de propiedad de la Municipalidad y de manera excepcional y no de propiedad de terceros. Por otro lado se refiere que es falso lo consignado en los Acuerdos de Consejo N°13-2011 y

Abog. RAFAEL AGUSTIN HERRERA SUAREZ
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNTA

N°015-2011 sobre adquisición de terreno para estadio del Anexo de Chalhuamayo.

e.- Que, Jorge Luis Valero Yupanqui declaró ante Juez de Paz de Llaylla sobre la compra simulada del terreno por solicitud de Fulgencio Avellaneda.

que se evitó un proceso de selección a través de un fraccionamiento, y debió darse en una adjudicación de menor cuantía, trasgrediendo la ley y reglamento de contrataciones con el Estado.

En conclusión de lo señalado por el Ministerio Público se habrían trasgredido las siguientes normas administrativas:

. Ley orgánica de Municipalidades, Ley de CANON, Ley y Reglamento de contrataciones del Estado.

TESIS PLANTEADA POR LA DEFENSA

La defensa concuerda de que la conducta atribuida a sus defendidos no se encuadra al tipo de colusión por no existir acuerdo ilícito, clandestino, soterrado, subrepticio, defraudatorio, cuestión que no ha demostrado la Fiscalía, sin embargo, refieren que sí se evidencia actos irregulares de tipo administrativo en la compra del terreno, pero que no concluyó en perjuicio del Estado, sino, por el contrario en beneficio del Anexo de Chalhuamayo del distrito de Llaylla, por lo siguiente:

a.- El MEF ha establecido que es legal la modificación presupuestaria para incluirla en el PIA.

b.- Que el acuerdo para la compra del terreno surgió de un Acta de compromiso suscrito por el alcalde y regidores, además del Agente Municipal de Llaylla y demás autoridades, en acto público y legal.

c.- Que, el hecho que en un solo día (12/07/2011) se haya dado lugar varios actos jurídicos, no lo hace irregular, ya que no lo prohíbe la ley, dicha situación surgió a sugerencia de la Notaría.

d.- Que efectivamente se ha utilizado dinero del CANON para la compra del terreno, pero acaso no puede considerarse la construcción de un estadio una obra de inversión pública.

Abog. ARACELI TORRES DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Litigación
PRIMER CATEGORÍA PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

RAFAEL AGUSTÍN HERRERA RIVAS
JUEZ
PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

e.- Si como refiere el Despacho fiscal que existió colusión entre los acusados porque no se incluyó también a la esposa de Fulgencio Avellaneda, al teniente alcalde y al agente municipal de Llaylla, si dichas personas participaron en la ejecución del acuerdo y posterior compra del terreno.

f.- Por último los abogados de Simepon Hurtado, Rober Vilcahuaman, Fulgencio Avellaneda y Artemio Pando concluyen que la conducta de sus patrocinados se encuadra en el tipo penal de negociación incompatible y de colusión.

Abog. ARACEL AGUIRRE HERRERA
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

ANÁLISIS INDIVIDUAL Y CONJUNTO DE LAS PRUEBAS.

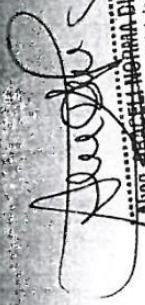
SOLUCION DEL CASO TENIENDO EN CUENTA LA TEORIA DE INFRACCION EL DEBER E IMPUTACION OBJETIVA

Que, tanto Simeón Hurtado y William Vilcahuamán tenían la condición de funcionarios públicos, en su calidad de alcalde y gerente municipal, por tanto tenían el deber preexistente de cuidado, protección y fomento de los valores integrantes del bien jurídico penal "administración pública", cumpliendo un rol especial a diferencia del rol general o común que existe en los delitos de dominio o por organización. La imputación objetiva no viene a ser otra cosa que la superación del riesgo permitido, esto es, toda conducta que se mantenga dentro del riesgo permitido es lícita, sin embargo, si se traspasa dicha barrera, superará dicho riesgo y se convertirá en ilícita; y es la norma penal la que definirá cuando estamos dentro o fuera de ese riesgo permitido, en algunos casos será suficiente la norma penal (Código Penal), pero en otros casos como el que nos ocupa no basta la norma penal, sino que debemos recurrir a la accesoriad administrativa, que son normas de índole administrativo que van a completar o definir el sentido de una norma penal.

En el caso del ex alcalde Simeón Hurtado Palomino, en su calidad de ex-alcalde de la Municipalidad de Llaylla habría concertado con su Gerente municipal y tres extraneus para comprar un terreno que sería destinado para la construcción de un estadio del Anexo de Chalhuanayo, pero el mismo no estaba presupuestado, para ello omitió convocar un proceso de selección de adjudicación de menor cuantía, y para evitar ello se fraccionó el terreno materia de compra para que no superase su costo las 3 UITs (2011), asimismo dispuso la compra de un terreno, delegando la representación a su gerente municipal directamente cuando el artículo 63


REP. RIVAS
RAFAEL AGUSTIN HERRERA
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

de la Ley Orgánica de Municipalidades establece restricciones de contrataciones por interpósita persona, del mismo modo las municipalidades pueden donar bienes de su propiedad, y no sobre derechos de posesión, es decir, el Estado no puede comprar un bien que no se encuentre saneado, por ende no puede donar uno que no sea de su propiedad; y en el caso que nos ocupa el ex alcalde Simeón Hurtado autorizó la compra y posterior donación de un bien no saneado, conforme se de verse del Acuerdo de Concejo N°013-2011-MDLL, que incluso en su parte considerativa no cuenta con la opinión técnica del área de desarrollo urbano y/o catastro, ni tampoco del área legal, ya que todo requerimiento nace de una necesidad de una área determinada. Por otro lado si bien es cierto se puede modificar el presupuesto anual, para la adquisición de bienes o servicios con dinero de CANON, éstos deben ser sólo en casos excepcionales o de emergencia, como por ejemplo por desastres naturales, y la compra de un estadio, definitivamente, no justifica la misma; ello lo ha señalado la perito contable en juicio. Sin embargo en juicio no se ha acreditado el acto colusorio, el acuerdo ilegal, clandestino o subrepticio en el que habría surgido el acto colusorio, en primera instancia porque la idea de compra viene de una acta de compromiso suscrito por las autoridades de la Comuna de Llaylla (lo cual no lo hace ilegal), y segundo porque no hubo proceso de selección que posibilitaría la colusión con uno de los postores. Al respecto véase Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo V, idemsa, Lima-Perú, pág.325-326.


 ABOG. RAFAEL HERRERA RIVAS
 Especialista Judicial de Juzgado
 PENAL PERSONAL DE SANTIAGO
 PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SANTIAGO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

?

En el caso de William Rober Vilcahuamán Barrera, en su calidad de gerente municipal, habría concertado con el vendedor inicial y extraneus Fulgencio Avellaneda para la compra del terreno de 10,000m2, pero dada la familiaridad con Simeón Hurtado (concuñado) le sugirió que busque dos intermediarios que simularan una compra venta, y que posteriormente éstos vendieran el terreno al Municipio, y que como tiene indicado Jorge Valero y Artemio Pañdo el monto de diez mil soles fue sugerido por Fulgencio Avellaneda, para la venta al Municipio de Llaylla. El acusado Rober Vilcahuamán refiere que actuó por delegación del Alcalde y desconocía sobre la ilicitud de los sucesivos tractos sucesivos en un solo día así como de informarse sobre su procedencia, cuestión que se considera como un mero argumento de defensa, porque como se ha señalado fue a sugerencia de éste que Fulgencio buscó dos intermediarios y que además Robert Vilcahuaman brindó su USB para ser usada de plantilla para la


 RAFAEL AGUSTÍN HERRERA RIVAS
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL PERSONAL DE SANTIAGO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

minuta de compra venta ante el Juez de Paz como así lo ha manifestado en juicio el testigo Alberto Romero Huamán, pero que definitivamente este accionar tampoco denota un acto colusorio, sino, actos irregulares de tipo administrativo.

En el caso de Fulgencio Avellaneda Jáuregui, en su calidad de concuñado del ex alcalde Simeón Hurtado (extraneus) se habría favorecido con la venta del terreno de diez mil metros cuadrados, puesto que cobró los cheques respectivos que desembolsó la Municipalidad de Llaylla, asimismo fue la persona que contactó con Artemio Pando y Jorge Valero para la compra venta del terreno a su solicitud ya que su persona no podía venderlo directamente al alcalde por su relación de familiaridad, es así que hizo la venta de cada terreno en la suma de dos mil soles, para que posteriormente Artemio Pando y Jorge Valero hicieran lo propio con la Municipalidad de Llaylla, pero al precio de diez mil soles cada terreno, esto es, la suma de veinte mil soles, generándose una pérdida o perjuicio económico en la municipalidad por el monto de quince mil doscientos cuarenta y dos nuevos soles. Refiere en su defensa que a sugerencia de la secretaria de la Notaría se vendió a dos mil cada terreno para evitar pagar impuestos, lo que indudablemente no justifica que después éste haya recibido veinte mil soles por la venta de ambos terrenos, por lo que se habría visto beneficiado en perjuicio del Estado, que como ha precisado el ingeniero Civil en juicio, el metro cuadrado del terreno en cuestión estaba valorizado aproximadamente en cuarenta céntimos, haciendo un total de cuatro mil soles, tomando como base los valores del ministerio de vivienda para la región selva, significando una sobrevaluación en un 400 por ciento, que se trasunta en una pérdida de quince mil doscientos cuarenta y dos soles, sin embargo para el juzgador no queda claro que un metro cuadrado de terreno pueda costar cuarenta céntimos el metro dada la ubicación de la zona del terreno, lo cual no justifica el accionar del referido acusado en haber contactado a dos intermediarios para la venta de su terreno a mayor precio del precio original.

En el caso de Artemio Pando Flores, en su calidad de extraneus aceptó la propuesta de Fulgencio Avellaneda en el sentido de comprarle un terreno de 500m2 a dos mil soles, y lo hizo porque Fulgencio le adeudaba la suma de dos mil quinientos nuevos soles por un trabajo de cosecha, y que al recibir el dinero procedente de la venta del mismo terreno a la Municipalidad se haría el cobro de la suma adeudada, como así pasó, refiriendo que desconocía que su proceder constituía delito, sin embargo

[Handwritten signature]
Abog. ALBERTO ROMERO HUAMÁN
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

[Handwritten signature]
RAFAEL AGUSTÍN HERRERA RIVAS
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

dicho desconocimiento no lo exime de ser pasible de una sanción penal, por la participación en el delito de negociación incompatible.

En el caso de Jorge Luis Valero Yupanqui, en su calidad de extraneus aceptó la propuesta de Fulgencio Avellaneda en el sentido de comprarle un terreno de 500m2 a dos mil soles, porque iba a beneficiar al Anexo de Chalhuanayo para la construcción de un Estadio y le explicó que no podía vender directamente al Municipio porque tenía familiaridad con el Alcalde y podía surgir problemas, por eso aceptó, pero después se dirigió al Juez de Paz para hacer de su conocimiento lo que había pasado, y que no sabía que su conducta era delito, sin embargo dicho desconocimiento no lo exime de ser pasible de una sanción penal, por la participación en el delito de negociación incompatible, el mismo que ha confesado los hechos materia de investigación.

Abog. RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
Especialista Judicial de Propiedad
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE JUNIN

Séptimo: Hechos probados y no probados.

Hechos probados.

- Que los acusados Simeón Hurtado Palomino y William Robert Vilcahuaman Barrera tuvieron la calidad de funcionarios públicos, el primero en su condición de ex alcalde de la Municipalidad de Llaylla y el segundo en su calidad de Gerente General de la referida Comuna, en el año 2011, con experiencia en gestión pública desde el año dos mil tres.
- Que el Alcalde Simeón Hurtado y el Gerente Municipal William Rober Vilcahuaman participaron en el acta de compromiso suscrito con fecha 26/04/2011, acto en el que participó el extraneus Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui, el agente municipal del Anexo de Chalhuanayo Moisés De La Cruz Shonori y tres Regidores, documento en el que el ex alcalde Simeón Hurtado y tres Regidores se comprometen a realizar la compra de un terreno para Estadio de Chalhuanayo con un área de 10,000m2 del señor Fulgencio Melquiades Avellaneda, documento que fue redactado por el Gerente Municipal William Rober Vilcahuamán, según lo declaró en juicio el ex alcalde Simeón Hurtado.
- Está probado el vínculo familiar entre Simeón Hurtado y los poseedores iniciales del predio, Fulgencio Avellaneda y Alicia Celinda Medina Espinoza por ser ésta última hermana de la ex conviviente del ex alcalde Simeón Hurtado.
- Está probado con el examen de la perito contable Lourdes Gálvez Vilcahuamán que en el año 2011 no se incorporó la meta presupuestal

PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE JUNIN
RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
JUEZ

"Adquisición de terreno que será destinado para el Estadio del Anexo de Chalhuanayo, distrito de Llaylla", ni en el PIA, ni en el PIM de ese año.

- Está probado que la meta "Adquisición de terreno que será destinado para el Estadio del Anexo de Chalhuanayo, distrito de Llaylla" no contó con un proyecto de inversión pública, conforme lo ha declarado el Gerente Municipal William Vilcahuamán y ratificado por la perito contable Lourdes Galvez Vilcahuamán.

- Está probado que el día 12/07/2011 el acusado Simeón Hurtado firmó el Acuerdo de Consejo N°13-2011-MDLL, que aprueba la compra de derecho posesión de Jorge Luis Valero y Artemio Pando y se otorga Poder Social al Gerente Municipal William Vilcahuamán para que adquiera el derecho de posesión a los antes mencionados y también ese mismo día otorgó personalmente poder en la Notaría Leiva al aludido Gerente para ese mismo día 12/07/2011, los poseedores iniciales del terreno Alicia Pando Medina Espinoza y Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui transfirieron el derecho de posesión del terreno de 10,000m2 a Artemio Pando Torres y Jorge Luis Velero Yupanqui, y ese mismo día éstos últimos transfirieron el derecho de posesión a la Municipalidad Distrital de Llaylla representado por el Gerente Municipal Willian Vilcahuamán, actos inusualmente acelerados.

- Está probado con el examen a la perito Lourdes Gálvez Vilcahuamán que para pagar a Artemio Pando y Jorge Valero se usó Presupuesto de CANON, trasgrediendo la Ley de CANON N°27506 art.6.2, que dispone que los recursos que reciban los gobiernos regionales o locales serán destinados exclusivamente para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos u obras de infraestructura de impacto regional o local", y se ha probado en juicio que nunca existió un proyecto de inversión pública u obra y la Meta Presupuestal 0046 correspondiente a "Adquisición de terreno para estadio municipal de Llaylla", meta diferente a la consignada en el acuerdo de Consejo n°13-2011-MDLL de fecha 12/07/2011 firmado únicamente por el acusado Simeón Hurtado, lo cual ha sido aceptado por Simeón Hurtado y Rober Vilcahuamán.

- Está probado con el interrogatorio a la perito contable Lourdes Gálvez Vilcahuamán y con la Ley Orgánica de Municipalidades Art.64, que las donaciones por parte de una autoridad sólo proceden como excepción y respecto a bienes de propiedad de la Municipalidad y no de terceros.

[Handwritten signature]

Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Contratación
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SAN PEDRO DE CAYASH
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

[Handwritten signature]
RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SAN PEDRO DE CAYASH
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

- Está probado con las cuatro minutas efectuadas en la notaría Leiva Valdivia que el día 12/07/2011 los señores Fulgencio Avellaneda y su esposa Alicia Celinda Medina eran poseionarios de los terrenos materia de transferencia y no propietarios, y fue el derecho de posesión lo que transfirieron a los intermediarios Jorge Valero y Artemio Pando, y éstos a su vez transfirieron el derecho de posesión a la Municipalidad de Llaylla, y a su vez el ex alcalde Simeón Hurtado con Acuerdo de Consejo N°017-2011 de fecha 10/09/2011 aprueba la transferencia del derecho de posesión de forma definitiva bajo la modalidad de donación a favor del anexo de Chalhuamayo.

[Handwritten signature]
Abog. ARACELI NORMA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Propiedad
PRIMER JUZGADO PENAL POR POSICIÓN DE SAJITO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

- Está probado que Jorge Valero al advertir actos irregulares acude por su propia voluntad al Juez de Paz de Llaylla para manifestar que Fulgencio Avellaneda le solicitó que adquiriera el terreno y que lo venda a un precio elevado a la Municipalidad de Llaylla, porque como tenía lazos familiares con el alcalde no podía vendérselo directamente ya que podría haber problemas, quien lo hizo por recomendación del Gerente Municipal de Vilcahuaman.

- Está probado con la manifestación de Fulgencio Avellaneda y ratificado por los testigos Jorge Yupanqui y Artemio Pando que Fulgencio Avellaneda fue quién vendió los terrenos a la Municipalidad utilizando como intermediarios a Jorge Valero y Artemio Pando y el dinero producto de dicha transferencia fue íntegramente para el poseedor inicial.

- Está probado que en la adquisición del terreno el poseedor inicial Fulgencio Avellaneda cuyo valor inicial fue de veinte mil soles, pero se procedió al fraccionamiento de la adquisición en dos partes a través de intermediarios, con ello se evitó un proceso de selección que en este caso correspondía a una de adjudicación de menor cuantía, con lo cual se habría violado las leyes sobre contrataciones del Estado (Art. 3, letra h d.leg.1017), corroborado con el examen de la perito contable y del perito ingeniero civil, así como la irregular suscripción del acta de compromiso de fecha 26/04/2011.

- Está probado con el examen al perito Ingeniero civil Enrique Saravia Malpartida que el precio de los terrenos fueron sobrevaluados y con el examen a la perito contable Lourdes Gálvez se determinó la sobrevaluación en quince mil doscientos cuarenta y dos nuevos soles. Sin embargo estos hechos no se encuadran en el tipo de colusión, sino, en el tipo de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, por lo tanto no ha existido proceso de selección para que dentro de

[Handwritten signature]
JUZGADO PENAL POR POSICIÓN DE SAJITO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN
RAFAEL AGUSTÍN HERRERA RAMOS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL POR POSICIÓN DE SAJITO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

cualquiera de las etapas de un proceso de selección en la contratación pública pueda haberse dado la oportunidad de coludirse en perjuicio del Estado con uno o varios de los postores, esto es, desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la Buena Pro. Lo que sí efectivamente se enmarca la conducta desplegada por los acusados en una de negociación incompatible por todas y cada una de las irregularidades anotadas para la compra del terreno.

Hechos no probados

1. No está probado que los acusados se hayan concertado ilícitamente para defraudar al Estado, puesto que la decisión de adquirir un terreno para estadio en el Anexo de Chalhuamayo - Laylla, nace de un acta de compromiso de fecha veintiséis de abril del dos mil once, esto es, con una antelación de casi tres meses que se aprobara en sesión de consejo la compra del derecho de posesión de terreno de Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres. Si bien es cierto se han saltado u omitido procedimientos establecidos por normas administrativas como la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, Ley de Canon y hasta de Presupuesto Público, pero no se advierte concertación ilícita para defraudar al Estado, sino infracciones de tipo administrativo. Por otro lado si bien es cierto existe pericia sobre la valorización del terreno en cuestión por perito examinado en juicio, resulta difícil creer que un metro cuadrado de terreno plano pueda haber costado en el año dos mil once, menos de cuarenta céntimos, para que en diez mil metros cuadrados llegue al monto de cuatro mil soles, sin embargo, la defensa no ha ofrecido pericia de parte que cuestione el informe técnico pericial N°002-2013 emitido por el perito de la Fiscalía, sin embargo este Despacho debe tener en cuenta las máximas de la experiencia para resolver un caso, conforme lo establece el artículo 393 del Código Procesal Penal.

2. Que, el delito de colusión debe darse en el marco de una contratación pública, con la concurrencia de proveedores, esto es, en cualquier etapa de la contratación pública (convocatoria, registro de participantes, formulación y absolución de consultas, formulación y absolución de observaciones, integración de las Bases, presentación de propuestas, calificación y evaluación de propuestas

Abog. ARACELI ROGANA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SALTO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE COCUMIN

RAFAEL AGUSTÍN HERRERA RIVAS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SALTO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE COCUMIN

y, otorgamiento de la Buena Pro), que se inicia desde la convocatoria del proceso de selección hasta el otorgamiento de la Buena Pro, en cualquiera de estas etapas deberá producirse el acuerdo colusorio (concertarse para defraudar al Estado), caso contrario, no podría darse la figura de colusión, sino, la de negociación incompatible, por graves irregularidades administrativas, como efectivamente se ha verificado en autos, causando perjuicio efectivo al Estado, que se trasunta en un monto de quince mil doscientos cuarenta y dos nuevos soles, conforme a la valoración del perito ingeniero civil, pero que en definitiva no superó veinte mil o treinta mil soles que se había destinado para dicha compra. Por lo expuesto no se encuentra probada la concertación colusoria por parte de los acusados, sino, por el contrario una negociación incompatible, que omitió un proceso de selección para reservarse directamente en una compra con modificación presupuesta!, en tal sentido teniéndose alternativamente como requerimiento acusatorio el delito de negociación incompatible, debe condenarse por este delito y no por colusión.



Abogado Defensor
 Juan Carlos Centeno
 Escribano Judicial de Juzgado
 Primer Juzgado Penal, Criminal y de Familia
 de la Corte Superior de Justicia de Junín

Séptimo: IMPOSICIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

Conforme lo prescribe el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, la realización del derecho a sancionar del Estado sólo está justificada cuando se ha lesionado o se pone en peligro bienes jurídicos tutelados por ley. **Artículo IV.- "La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley".**

Así mismo, según lo prescribe el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, sólo hay responsabilidad penal si existe vinculación personal del sujeto con el hecho y que las formas de vinculación admitida son dolo y culpa; y comprobada esta vinculación es exigible responsabilidad por la realización de tal hecho; es decir, el injusto tiene carácter personal. **Artículo VII.- "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".**

Establecida la culpabilidad y por tanto la vinculación de los acusados con el hecho, será el principio político criminal de necesidad de pena, y concretamente el sub principio de proporcionalidad, la medida de la culpabilidad; proporcionalidad determinada por la jerarquía de los



Jefe de Sala
 Primera Sala
 de lo Penal
 Rafael Agustín Heredia Rivas
 Primer Jefe de Sala Penal
 Corte Superior de Justicia de Junín

bienes jurídicos y el principio de dignidad de la persona. Por tanto, la realización de la proporcionalidad se hará teniendo en cuenta la intensidad del ataque al bien jurídico, el grado de afectación y de vinculación del acusado con el hecho punible realizado; la dignidad atiende a las circunstancias personales, desigualdades, edad y la calidad del sujeto como fin que impide su utilización, como un medio mediante la imposición de penas ejemplarizadoras.

Por lo que, para la determinación de la pena e imposición de la misma tiene en cuenta:

Artículo 45 del Código Penal: texto original

Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su rango, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o posición que ocupe en la sociedad.

- 2.- Su cultura y sus costumbres; y
- 3.- Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

En el caso del acusado Simeón Hurtado Palomino es agricultor, con tercer año de secundaria (según datos proporcionados en el juicio), según ficha del RENIEC con secundaria completa. Con un ingreso mensual de S/700.00 a S/800.00 nuevos soles, por lo que no ha tenido carencia social, se advierte un grado suficiente de cultura, y a la fecha de la comisión del ilícito penal era Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla, por lo que no ha tenido carencia social, se advierte un grado razonable de cultura, el mismo que se interesó en la compra del terreno sobrevalorado y posibilitó y un desmedro económico para el Estado que se traduciría en un aproximado de dieciséis mil nuevos soles.

En el caso del acusado William Rober Vilcahuamán Barrera, es contador, con un ingreso mensual de un mil quinientos nuevos soles, casado con dos hijos y a la fecha de la comisión del ilícito penal era gerente municipal de la municipalidad de Llaylla, por lo que no ha tenido carencia social, se advierte un grado razonable de cultura y debió contratar conforme a los procedimientos de la ley de contrataciones.



ABOY. ANISABEL ROFENA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Acusado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIFICADO DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN



COPIAS
RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVERA
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIFICADO DE SANTIAGO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

En el caso del acusado Fulgencio Avellaneda Jáuregui, es agricultor, con secundaria completa, por lo que no ha tenido carencia social, se advierte un grado razonable de cultura, el mismo que se habría beneficiado con el desembolso de los veinte mil soles por la adquisición del terreno vendido.

En el caso del acusado Artemio Pando Torres es agricultor, con cuarto grado de primaria (según datos proporcionados en el juicio), según ficha RENIEC con 2do año de secundaria. Con un ingreso mensual de \$300.00 a \$/580.00 nuevos soles, por lo que no ha tenido carencia social, se advierte un grado insuficiente de cultura, pero que no le impide conocer el carácter delictivo de su conducta.

En el caso del acusado Jorge Luis Valero Yupanqui es agricultor, con primaria completa, con un ingreso diario de \$/25.00 soles, tres hijos y sin antecedentes, por lo que no ha tenido carencia social, se advierte un grado insuficiente de cultura, pero que no le impide conocer el carácter delictivo de su conducta.

Art. 46 de Código Penal: texto vigente en la fecha de los hechos:

- La naturaleza de la acción: que en este caso es dolosa;
- Los medios empleados: "negociación incompatible" para realizar la venta sucesiva de un lote de terreno sobrevaluado en el posterior tracto sucesivo.
- La extensión del daño o peligro causado: Un aproximado de dieciséis mil nuevos soles.
- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, denotando que el hecho se cometió el 12/07/2011, en la Notaría Leyva, Municipalidad y Juzgado de Paz de Llayla.
- Los móviles y fines, negociación incompatible en la venta de un lote de terreno.
- La unidad o pluralidad de los agentes, han participado cinco personas acusadas.
- La reparación espontánea que hubiera hecho del daño, no han reparado el daño causado al Estado de forma alguna.

Araceli
 Abog. ARACELI INORMA DIAZ CENTENO
 Especialista Judicial de Juzgado
 CAMERA JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE SURIAN

Rafael
 JEFES DE
 DIVISION
 DE PERITOS
 RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SANTIAGO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

La confesión sincera antes de haber sido descubierto, en el caso en particular existe confesión sincera por parte del acusado Jorge Luis Valero Yupanqui.

Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento de los agentes, los acusados son agentes primarios en la comisión del delito.

Octavo.- Control de la legalidad de la pena.

Para efectos del control de legalidad, debe tenerse en cuenta el marco unitivo que se establece en el delito de negociación incompatible o provechamiento indebido de cargo, esto es, de cuatro a seis años, considerando el suscrito que por la naturaleza del delito y el móvil de los agentes debe imponérses una pena prudencial y proporcional al daño rogado al Estado. En este sentido para Simeón Hurtado Palomino, William Rober Vilcahuaman Barrera, Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui y Artemio Pando Torres debe imponérses cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida e inhabilitación de tres años; siendo que para Jorge Luis Valero Yupanqui, en aplicación de la confesión sincera debe imponérsese tres años de pena privativa de la libertad suspendida e inhabilitación por dos años.

Noveno: Sobre la pena de inhabilitación.

Conforme al artículo 36 del Código Penal, incisos 1 referido a privación de función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; y 2, referido a incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo, o comisión de carácter público.

En el presente caso, el Ministerio Público ha solicitado la pena de inhabilitación de cinco años para los acusados Simeón Hurtado Palomino y Wilber Rober Vilcahuaman Barrera, de tres años para los acusados Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui, Artemio Pando Torres y Jorge Luis Valero Yupanqui, por lo que teniendo presente el hecho ilícito cometido por los acusados este Juzgado considera que la pena de inhabilitación debe imponerse por el término de tres años, en todos los casos.

Décimo: Determinación de la reparación civil.

[Handwritten signature]
ARACELI NORRINA DIAZ CENTENO
Especialista Judicial de Juzgado
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

[Handwritten signature]
RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVERA
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

Que el ordenamiento procesal penal regula obligatoriamente la pretensión penal y civil, por lo que su objeto es doble: el penal y el civil, así lo dispone claramente el artículo 92° del Código Penal. El objeto civil está regulado en los artículos 11° al 15° del Código Procesal Penal y los artículos 92° al 101° del código sustantivo; éste último nos remite en lo pertinente a las disposiciones del Código Civil y por ende al Código Procesal civil, motivo por el cual la reparación civil "no es pena ni está dentro de los límites del *ius puniendi* del Estado e incluso las reglas de descripción en orden a su ejecución está normada en el artículo 2001° Código Civil".

[Handwritten signature]
 Abog. ARACELI... GHAZ CENTENO
 Escribana Judicial de Satipo
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

, la reparación civil tiene como uno de sus fines el de reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y consecuentemente debe de guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan; en el presente caso el perjuicio irrogado al Estado en la compra concertada de un lote de terreno fraccionado, además que el delito de negociación incompatible supone un quebrantamiento al ideal funcionamiento de la administración pública, la cual sufre un menoscabo por este tipo de conductas como las realizadas por los acusados, en perjuicio del patrimonio del Estado.

En consecuencia, se ha determinado que la conducta de los acusados generó un daño al funcionamiento y prestigio de la administración pública, asimismo, se generó un efectivo perjuicio patrimonial en la suma de quince mil doscientos cuarenta y dos nuevos soles.

DECISIÓN:

POR ESTOS FUNDAMENTOS, en aplicación del artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, concordante con los artículos trescientos noventa y dos, trescientos noventa y seis, trescientos noventa y siete, y trescientos noventa y nueve del Código Procesal Penal, apreciando los hechos y las pruebas con criterio de conciencia y Administrando Justicia a Nombre de la Nación, el Juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Satipo, resuelve:

FALGÓVAS
 JUEZ
 RAFAEL AGUSTÍN HERRERA
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

[Handwritten signature]

Primero.- CONDENANDO a los acusados reos libres **SIMEÓN HURTADO PALOMINO** y **WILLIAM ROBER VILCAHUAMAN BARRERA**; en su calidad de autores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO**, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Llaylla; a **CUATRO AÑOS** de pena privativa de la libertad; cuya ejecución se **SUSPENDE** por el período de prueba de **TRES AÑOS**, tiempo durante el cual deberán cumplir las siguientes reglas de conducta: 1. No ausentarse del lugar donde reside sin previa autorización del juzgado; 2. Comparecer personal y obligatoriamente cada treinta días al local del Juzgado a informar y justificar sus actividades, así como a registrar su firma en el registro correspondiente; 3. No frecuentar lugares de dudosa reputación, ni expendio de bebidas alcohólicas; 4. No cometer nuevo delito como el que dio origen a la presente instrucción; 5. Pagar por concépto de reparación civil, que se establece en el monto de TREINTA MIL NUEVOS SOLES; en forma solidaria y en el plazo de noventa días, de emitida la presente sentencia, todo bajo expreso apercibimiento de aplicarse lo establecido por el artículo 59° del Código Penal y revocarse la condicionalidad de la pena.

Segundo.- CONDENANDO a los acusados reos libres **FULGENCIO MELQUIADES AVELLANEDA JAUREGUI**, **ARTEMIO PANDO TORRES** y **JORGE LUIS VALERO YUPANQUI**, en su calidad de cómplices primarios del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO**, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Llaylla; en el caso de los dos primeros a **CUATRO AÑOS** de pena privativa de la libertad; cuya ejecución se **SUSPENDE** por el período de prueba de **TRES AÑOS**; y en el caso del tercero a **TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, cuya ejecución se **SUSPENDE** por el período de prueba de **DOS AÑOS**; tiempo durante el cual deberán cumplir las siguientes reglas de conducta: 1. No ausentarse del lugar donde reside sin previa autorización del juzgado; 2. Comparecer personal y obligatoriamente cada treinta días al local del Juzgado a informar y justificar sus actividades, así como a registrar su firma en el registro correspondiente; 3. No frecuentar lugares de dudosa reputación, ni expendio de bebidas alcohólicas; 4. No cometer nuevo delito como el que dio origen a la presente instrucción; 5. Pagar por concépto de reparación civil, que se establece en el monto de TREINTA

JUN 20 2010
 OFICINA DE REGISTRO
 RAFAEL AGUSTIN HERRERA
 JUEZ
 PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN


MIL NUEVOS SOLES; en forma solidaria y en el plazo de noventa días, de emitida la presente sentencia, todo bajo expreso apercibimiento de aplicarse lo establecido por el artículo 59° del Código Penal y revocarse la condicionalidad de la pena.

Tercero.- FIJO por concepto de reparación civil la suma de **TREINTA MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES** que los sentenciados deberán pagar en forma solidaria y con sus bienes propios y libres.

Cuarto.- Impongo a todos los sentenciados la pena accesorio de **INHABILITACIÓN** consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los condenados, aunque provenga de elección popular y la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el término de **TRES AÑOS**, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

Quinto.- Que, consentida o ejecutoriada que sea la sentencia, se proceda:

- 1.- Se remita todo lo actuado al Juzgado de Investigación Preparatoria para la ejecución de la presente sentencia.
 - 2.- Se remita el Boletín y Testimonio condena al Registro Nacional de Condenas de la Corte Suprema de Justicia de la República en la forma prevista en la normatividad vigente, bajo responsabilidad del personal de Secretaría.
 - 3.- Se remita otro Testimonio de Condena a la Dirección Región Centro del INPE en esta ciudad.
 - 4.- Se entregue por triplicado Testimonio de Condena al sentenciado, por Especialista de causa, debiendo dejarse constancia en autos.
- COMUNÍQUESE** de ésta resolución a la Sala Penal Superior correspondiente.-


PODER JUDICIAL
DE PERU
RAFAEL AGUSTIN HERRERA RIVAS
JUEZ
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN


PODER JUDICIAL
DE PERU
Abog. ARACELI RODRIGUEZ DIAZ
ESPECIALISTA DE CAUSA
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN



Código único de carpeta Fiscal

2206060201-2012-80-0

Distrito Judicial

JUNIN

Ministerio Público
Segundo Despacho
Provincial Penal Corporativa Especializada
de Corrupción de Funcionarios de Junín



Expediente Judicial N°	: 00449-2015-47-1508-JR-PE-01
Especialista	: Araceli Norma Díaz Centeno
Carpeta Fiscal	: 2206015500-2012-80-0
Imputado	: Simeón Hurtado Palomino y otros
Delito	: Colusión
Agraviado	: El Estado
Sumilla	: APELACIÓN DE SENTENCIA

SEÑOR JUEZ DEL JUZGADO UNIPERSONAL DE SATIPO

Aldo Soto Paredes, Fiscal Provincial (P) del Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, en el presente proceso penal seguido en contra de **Simeón Hurtado Palomino y otros**, por la comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de **COLUSIÓN** en agravio de El Estado Peruano, ante Usted respetuosamente digo:

I. Petitorio:

Con la autoridad que nos confiere al Ministerio Público los numerales 1 y 5 del artículo 159 de la Constitución Política del Perú y conforme a lo previsto por el artículo 404 incisos 1 y 2, artículo 405 inciso 1 literales a), b) y c), artículo 414 literal b) del inciso 1 y artículo 416 del literal a) del inciso 1 del Código Procesal Penal, dentro del plazo legal se interpone y fundamenta recurso de apelación contra la Sentencia de fecha 30 de junio del año 2016, leída en audiencia del 01 de julio de 2016 que falla: **Condenando a los acusados Simeón Hurtado Polomino Y William Rober Vilcahuaman Barrera Como autores de la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo a cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución de sentencia se suspende por el periodo de prueba de tres años y condenando a los acusados Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui, Artemio Pando Torres y Jorge Luis Valero Yupanqui como cómplices primarios de la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo a los dos primeros a cuatro años de pena privativa de libertad cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de tres años y en el caso del tercero a tres años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de dos años y establece el monto de S/. 30,000.00 soles en forma solidaria por reparación civil, e inhabilitación para todos por el periodo de tres años conforme al inciso 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, debiendo el Juzgado conceder el recurso interpuesto para que la recurrida sea REVOCADA en el extremo señalado por parte del Superior en grado.**

II. Fundamentos de Hecho y Derecho:

La sentencia recurrida resolvió **condenar** a los acusados Simeón Hurtado Polomino Y William Rober Vilcahuaman Barrera como autores y a Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui, Artemio Pando Torres y Jorge Luis Valero Yupanqui como cómplices primarios

ALBERTO ANGLADE
Fiscalía Provincial Corporativa
Especializada en Delitos de Funcionarios
de Junín
Ministerio Público Osuato Fiscal Junín



Código único de carpeta Fiscal

2206060201-2012-80-0

Distrito Judicial

JUNIN

Ministerio Público
Segundo Despacho
Provincial Penal Corporativa Especializada
en Delitos de Funcionarios de Junin

de la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo, señalando la recurrida categóricamente que no se advierte la concurrencia del delito de Colusión.

En la sentencia recurrida se señala lo siguiente:

Hechos no probados.-

1. (...), **No está probado que los acusados se hayan concertado ilícitamente para defraudar al Estado, puesto que la decisión de adquirir un terreno para estadio en el Anexo de Chalhuanayo – Llaylla, nace de un acta de compromiso de fecha veintiséis de abril del dos mil once, esto es, con una antelación de casi tres meses que se aprobara en sesión de consejo la compra del derecho de posesión de terreno de Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres. Si bien es cierto se han saltado u omitido procedimientos establecidos por normas administrativas como la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, Ley de Canon y hasta de Presupuesto Público, pero no se advierte concertación ilícita para defraudar al Estado, sino infracciones de tipo administrativo. Por otro lado, si bien es cierto existe pericia sobre la valorización del terreno en cuestión por perito examinado en juicio, resulta difícil creer que un metro cuadrado de terreno plano pueda haber costado en el año dos mil once, menos de cuarenta céntimos, para que en diez mil metros cuadrados llegue al monto de cuatro mil soles; sin embargo, la defensa no ha ofrecido pericia de parte que cuestione el informe técnico pericial N°002-2013 emitido por el perito de la Fiscalía, sin embargo este Despacho debe tener en cuenta las máximas de la experiencia para resolver un caso, conforme lo establece el artículo 393 del Código Procesal Penal.**
2. Que, el delito de colusión **debe darse en el marco de una contratación pública, con la concurrencia de proveedores, esto es, en cualquier etapa de la contratación pública (convocatoria, registro de participantes, formulación y absolución de consultas, formulación y absolución de observaciones, integración de las Bases, presentación de propuestas, calificación y evaluación de propuestas y, otorgamiento de la Buena Pro), que se inicia desde la convocatoria del proceso de selección hasta el otorgamiento de la Buena Pro, en cualquiera de estas etapas deberá producirse el acuerdo colusorio (concertarse para defraudar al Estado), caso contrario, no podría darse la figura de colusión, sino, la de negociación incompatible, por graves irregularidades administrativas, como efectivamente se ha verificado en autos, causando perjuicio efectivo al Estado, que se trasunta en un monto de quince mil doscientos cuarenta y dos nuevos soles, conforme a la valoración del perito ingeniero civil, pero que en definitiva no superó los veinte mil o treinta mil soles que se había destinado para dicha compra. Por lo expuesto no se encuentra probada la concertación colusoria por parte de los acusados, sino,**

ALDO SOTO BARRALES
Fiscal Provincial (P)
Fiscalía Provincial Corporativa
Especializada en Delitos de Corrupción
de Funcionarios de Junin
Ministerio Público Distrito Judicial Junin



Código único de carpeta Fiscal

2206060201-2012-80-0

Distrito Judicial

JUNIN

Ministerio Público
Segundo Despacho
Provincial Penal Corporativa Especializada
Unidad de Corrupción de Funcionarios de Junin

por el contrario una negociación incompatible, que omitió un proceso de selección para interesarse directamente en una compra con modificación presupuestal, en tal sentido teniéndose alternativamente como requerimiento acusatorio el delito de negociación incompatible, debe condenarse por este delito y no por colusión (el resaltado es nuestro)

El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N° 03433-2013-PA/TC, al analizar el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ha establecido: "4.4.1) La cuestión constitucional propuesta por el recurrente se vincula a la necesidad de que las resoluciones, en general, y las resoluciones judiciales, en particular, estén debidamente motivadas, por ser éste un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas. Al respecto, este Colegiado (STC 8125-2005-PHC/TC, FJ 11) ha señalado que: "[l]a exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...)."

4.4.2) Este Supremo Colegiado precisando el contenido del derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ha establecido que éste "(...) obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). (...) El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (STC N° 04295-2007-PHC/TC, fundamento 5 e).

4.4.3) El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

4.4.4) A mayor abundamiento, este Tribunal, en distintos pronunciamientos, ha establecido que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.

Unidad de Corrupción de Funcionarios de Junin
Ministerio Público Distrito Fiscal Junin



Código único de carpeta Fiscal

2206060201-2012-80-0

Distrito Judicial

JUNIN

Ministerio Público
Segundo Despacho
Penal Corporativa Especializada
Superior de Funcionarios de Junin

En el expediente N° 3943-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional, ha sostenido que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado en los siguientes supuestos:

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente.
- b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.
- d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)".

La sentencia recurrida incurre en una motivación sustancialmente incongruente, la cual se evidencia en los fundamentos expuestos en los considerandos *primero* y *segundo* referentes a **Hechos no probados** y los que finalmente sustentan el razonamiento del señor juez al determinar que no se ha demostrado la concurrencia del elemento subjetivo dolo del tipo penal -delito de colusión previsto bajo los alcances de la Ley N° 29703, al referir textualmente que no está probado que los acusados hayan concertado ilícitamente para defraudar al Estado, puesto que la decisión de adquirir nace de una acta de compromiso de fecha 26 de abril del 2011, con una antelación de casi de 03 meses que se aprobara en sesión de consejo la compra del derecho de posesión de terreno de Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres.

Especializada de Funcionarios de Junin
Ministerio Público Oficina Fiscal Junin



Código único de carpeta Fiscal

2206060201-2012-80-0

Distrito Judicial

JUNIN

Ministerio Público
Segundo Despacho
Fiscal Penal Corporativa Especializada
de Funcionarios de Junin

Agrega también que el delito de colusión debe darse en el Marco de una contratación pública, con la concurrencia de proveedores, esto es en cualquier etapa de la contratación pública como son: convocatoria, registro de participantes, formulación y absolución de consultas, formulación y absolución de observaciones, integración de las bases, presentación de propuestas, calificación y evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro; es decir, no está admitiendo que los elementos subjetivos dolo, al no haberse concertado ilícitamente para defraudar al Estado; sin embargo, se debe detallar que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, señalo dos notas características de la concertación jurídicamente relevante: "... i) **La concertación a la que se refiere el tipo penal debe ser defraudatoria en la medida que se trate de acuerdos ilegales o prohibidos que se manifiestan en la infracción de los deberes especiales que fundamentan el ejercicio de la función pública, infracción que constituye el eje central del injusto delictivo y es la causa generadora del riesgo o peligro menoscabo a los intereses patrimoniales del Estado.** En síntesis para que la concertación sea típica debe ser generadora de un riesgo o peligro no permitido expresado en la violación de los deberes especiales descritos en las normas administrativas que guían y orientan el desarrollo de los procesos de contrataciones o adquisiciones de bienes y servicios para el Estado, y, ii) de igual modo, la concertación debe ser clandestina o subrepticia en tanto que los acuerdos a los que lleguen los agentes públicos y los particulares se practican al margen de la ley..."

Además de ello teniéndose en cuenta que el delito de colusión, tal como se encuentra analizado en la sentencia recurrida, se construyó sobre hechos probados en juicio oral y en mérito a los cuales se ha acreditado objetivamente la teoría del caso del Ministerio Público, teniéndose:

- a) Acta de compromiso de fecha 26 de abril del 2011 a fojas 182
- b) Oficio N° 110-2011 de fojas 184
- c) Oficio N° 112-2011 de fojas 185
- d) Acuerdo de Consejo N°013-2011 de fojas 142
- e) Poder por escritura pública de fojas 153
- f) Boleta de Venta N°029677 de fojas 475
- g) Minuta de Transferencia de posesión de fojas 15
- h) Minuta de Transferencia de posesión de fojas 19
- i) Minuta de transferencia de posesión de fojas 16
- j) Minuta de transferencia de posesión de fojas 20
- k) Talón de cheque N°61773636 de fojas 410
- l) Talón de cheque N°61773619 de fojas 411
- m) Copia de Cheque N°61773620 de fojas 120
- n) Extracto bancario de fojas 122
- o) Comprobante de pago N°672 de fojas 130
- p) Comprobante de pago N°598 de fojas 141
- q) Resolución de alcaldía N°081-A-2011 de fojas 282
- r) Acta N°14-2011 de fojas 155
- s) Informe N°52-2011 de fojas 526

ALDO SORIANO
Fiscalía Promoción Corporativa
Especializada en Delitos de Colusión
de Funcionarios de Junin
Ministerio Público Distrito Fiscal Junin



Código único de carpeta Fiscal

2206060201-2012-80-0

Distrito Judicial

JUNIN

Ministerio Público
Segundo Despacho
Fiscal Penal Corporativa Especializada
de Corrupción de Funcionarios de Junín

- t) Acuerdo de Consejo N° 15-2011 de fojas 131
- u) Contrato de compra venta de terreno rústico de fojas 17
- v) Contrato de compra venta de terreno rústico de fojas 151
- w) Informe N°56-2011 de fojas 522
- x) Acuerdo de Consejo N°17-2011 de fojas 143
- y) Reporte de página del Ministerio de Economía de fojas 490
- z) Reporte de página del Ministerio de Economía de fojas 491
- aa) Minuta de donación de transferencia de posesión de fojas 132
- bb) Copia certificada de denuncia policial N°12 del 27 de enero de 2012.
- cc) Resolución N°586-2012 del JNE de fojas 374
- dd) Acta Fiscal de verificación de terreno de fojas 58
- ee) Informe N° 02-2011 de fojas 157
- ff) Informe Técnico Pericial N° 002-2011 de fojas 612
- gg) Informe Pericial Contable de fojas 1468
- hh) Declaración de Jorge Valero Yupanqui de fojas 290

No se puede alegar que no está probado que los acusados SIMEON HURTADO POLOMINO y WILLIAM ROBER VILCAHUAMAN BARRERA, se hayan concertado ilícitamente para defraudar al Estado, ante esta sucesión de hechos objetivamente acreditados durante el juicio oral ni que su proceder, al avalar la cuatro transacciones se realizaron el mismo día 12 de Julio 2011, en la misma notaría Juan Mario LEIVA VALDIVIA, donde según declaraciones de Artemio PANDO TORRES y Jorge Luis VALERO YUPANQUI, manifestaron que ese día (12JUL2011) viajaron juntos a la ciudad de Satipo el señor Simeón HURTADO PALOMINO, William Rober VILCAHUAMAN BARRERA, Dercy MATTA FLORES, Enrique RODRÍGUEZ, para que abreviaran los gastos de viaje, conllevando a determinar que los funcionarios acusados Simeón HURTADO PALOMINO, William Rober VILCAHUAMAN BARRERA en todo momento tenían el dominio del hecho con conocimiento y voluntad de querer defraudar al estado, lo que causó perjuicio económico a la Municipalidad Distrital de Llaylla, por cuanto se adquirieron los terrenos a un precio superior del inicialmente pactado, comprobándose infracción de deber, por lo que basta que el funcionario infrinja su deber especial positivo y/o de incumbencia institucional que se encuentra en normas extrapenales. Este deber positivo hace que el ciudadano sea garante del bien jurídico, es decir, convierte al sujeto en protector de las expectativas o realidades normativas, lo cual significa que tiene deberes especiales de no lesionar.

Por otro lado, al señalar que se encuentra probado que con las cuatro minutas efectuadas en la notaría Leiva Valdivia del 12/07/2011 los señores Fulgencio Avellaneda y su esposa Alicia Celinda Medina eran poseionarios de los terrenos materia de transferencia y no propietarios y fue el derecho de posesión lo que a su vez transfirieron a los intermediarios Jorge Valero y Artemino Pando y estos a su vez trasfirieron el derecho de posesión a la Municipalidad de Llaylla y a su vez el ex alcalde Simeón Hurtado con acuerdo de Consejo Nro. 017-2011 de fecha 10/09/11 aprobaron la transferencia del derecho de posesión de forma definitiva bajo la modalidad de donación a favor del anexo de Chalhuamayo, que se probó que Jorge Valero al advertir actos irregulares acudió por su propia voluntad ante el Juez de Paz de Llaylla para manifestar que Fulgencio Avellaneda le solicitó que adquiriera el

ALDO RIVERA VALENZUELA
Fiscal Provincial Corporativa
Especializada en Delitos de Corrupción
de Funcionarios de Junín
Ministerio Público



Ministerio Público
Segundo Despacho
Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada
en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín

Código único de carpeta Fiscal

2206060201-2012-80-0

Distrito Judicial

JUNIN

terreno y que lo venda a un precio más elevado a la Municipalidad, porque como tenía lazo familiares con el alcalde no podía vendérselo directamente ya que podría tener problemas, quien lo hizo por recomendaciones del Gerente Municipal William Vilcahuaman, por lo que en este orden de ideas se tiene que la persistente ilicitud administrativa para la adquisición acredita que existió concertación y no solo el interés por la que la recurrida condenó a los acusados; siendo ello así, habiéndose sustentado únicamente la pretensión punitiva del Ministerio Público en los alegatos de clausura por el delito de Colusión, este único delito debió ser materia de análisis y pronunciamiento final por parte del Poder Judicial.

III. Fundamentos del agravio:

De lo expuesto, fluye con claridad que la sentencia recurrida causa agravio al Ministerio Público al ser defensor de la legalidad, ello también al transmitirse un mensaje negativo a la sociedad al dejarse en la impunidad actos de concertación debidamente acreditados por el Ministerio Público en la etapa de juicio oral, en relación a los hechos imputados.

IV. Sustentación de la Pretensión Impugnatoria:

Se pretende obtener la **REVOCATORIA** de la **Sentencia de fecha 30 de junio del año 2016**, en el extremo indicado a efecto que el superior en grado **REFORMÁNDOLA** declare **RESPONSABLE PENALMENTE** a los acusados Simeón Hurtado Polomino Y William Rober Vilcahuaman Barrera como autores y a Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui, Artemio Pando Torres y Jorge Luis Valero Yupanqui como cómplices primarios de la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, previsto y sancionado por el artículo 384 del Código Penal, y como consecuencia de ello se les imponga **08 AÑOS PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, conforme al requerimiento acusatorio, y **accesoriamente** pena de **INHABILITACIÓN** por el periodo de **CINCO AÑOS**, conforme a lo estipulado por los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal o declare la nulidad de la sentencia.

V. Fundamentación Jurídica:

Se interpone el presente medio impugnatorio al amparo de lo dispuesto por el artículo 404 incisos 1 y 2, artículo 405 inciso 1 literales a), b) y c), artículo 414 literal b) del inciso 1 y artículo 416 del literal a) del inciso 1 del Código Procesal Penal.

Por tanto:

A Usted señor Juez, solicito se sirva dar el trámite a la presente apelación y disponga la elevación de los actuados al Superior Jerárquico, donde se espera alcanzar la revocatoria de la sentencia apelada, conforme a ley.

Huancayo, 05 de julio del año 2016.


ALDO SOTO PAREDES
Fiscal Provincial (P)
Fiscalía Provincial Corporativa
Especializada en Delitos de Corrupción
de Funcionarios de Junín
Ministerio Público Distrito Judicial Junín



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

SALA PENAL DE APELACIONES Y LIQUIDADORA DE SATIPO

573
García
Sentencia y
Circulo

SENTENCIA

EXPEDIENTE : 00449-2015-47-1508-JR-PE-01.
RELATOR : SIXTO GUTIERREZ CARHUAMACA.
SENTENCIADOS : SIMEÓN HRUTADO PALOMINO y OTROS.
DELITO : COLUSIÓN y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.
AGRAVIADO : EL ESTADO.

RESOLUCIÓN NÚMERO: 35

Satipo, veintiséis de setiembre del año dos mil dieciséis.

I. ANTECEDENTES:

Resolución impugnada

1.1.-Viene al presente proceso penal en grado de apelación la Sentencia Nro.0087-2016-1JUPS/CSJJU-PJ contenido en la resolución número treinta de fecha treinta de junio del año dos mil dieciséis (30.06.2016) que corre de fojas 415 a 477 donde se resuelve:

"FALLO:Primero.- CONDENANDO a los acusados reos libres SIMEÓN HURTADO PALOMINO y WILLIAM ROBER VILCAHUAMÁN BARRERA, en su calidad de autores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Llaylla; a CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad; cuya ejecución se SUSPENDE por el periodo de prueba de TRES AÑOS , tiempo durante el cual deberán cumplir las siguientes reglas de conducta: 1. No ausentarse del lugar donde reside sin previa autorización del juzgador; 2. Comparecer personal y obligatoriamente cada treinta días al local del Juzgado a informar y justificar sus actividades, así como a registrar su firma en el registro correspondiente; 3. No frecuentar lugares de dudosa reputación, ni expendio de bebidas alcohólicas; 4. No cometer nuevo delito como el que dio

origen a la presente instrucción; 5. Pagar por concepto de reparación civil, que se establece en el monto de TREINTA MIL NUEVOS SOLES; en forma solidaria y en el plazo de noventa días, de emitida la presente sentencia, todo bajo expreso apercibimiento de aplicarse lo establecido por el artículo 59° del Código penal y revocarse la condicionalidad de la pena.

Segundo.- CONDENANDO a los acusados reos libres FULGENCIO MELQUIADES AVELLANEDA JAUREGUI, ARTEMIO PANDO TORRES y JORGE LUIS VALERO YUPANQUI, en su calidad de cómplices primarios del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Llaylla; en el caso de los dos primeros a CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad; cuya ejecución se SUSPENDE por el período de prueba de TRES AÑOS; y en el caso del tercero a TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, cuya ejecución se SUSPENDE por el período de prueba de DOS AÑOS; tiempo durante el cual deberán cumplir las siguientes reglas de conducta: 1. No ausentarse del lugar donde reside sin previa autorización del juzgador; 2. Comparecer personal y obligatoriamente cada treinta días al local del Juzgado a informar y justificar sus actividades, así como a registrar su firma en el registro correspondiente; 3. No frecuentar lugares de dudosa reputación, ni expendio de bebidas alcohólicas; 4. No cometer nuevo delito como el que dio origen a la presente instrucción; 5. Pagar por concepto de reparación civil, que se establece en el monto de TREINTA MIL NUEVOS SOLES; en forma solidaria y en el plazo de noventa días, de emitida la presente sentencia, todo bajo expreso apercibimiento de aplicarse lo establecido por el artículo 59° del Código Penal y revocarse la condicionalidad de la pena.

Tercero.- FIJO por concepto de reparación civil la suma de TREINTA MIL y 00/100 NUEVO SOLES que los sentenciados deberán pagar en forma solidaria y con sus bienes propios y libres.

Cuarto.- Impongo a todos los sentenciados la pena accesoria de INHABILITACIÓN consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los condenados, aunque provengan de elección popular y la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el término de TRES AÑOS, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal."

Partes Apelantes y agravios:

1.2:-Apelantes Simeón Hurtado Palomino y William Robert Vilcahuamán Barrera, tal como se aprecia del escrito de apelación de fojas 484 a 487, autorizado por el letrado Eosten Abel León Llallico, quien no ha concurrido a la audiencia de apelación programada para el día catorce de setiembre del presente año (14.09.2016), en consecuencia y de conformidad al numeral tres del artículo 423° del vigente Código Procesal Penal del año 2004 se ha declarado inadmisibile el escrito de apelación presentado por Simeón Hurtado Palomino y William Robert Vilcahuamán Barrera, y sin objeto el análisis de los agravios.

576
Fuentes
Sentencia
Ser

Es importante indicar que la defensa técnica de los procesados apelantes es de ineludible omisión a la audiencia de apelación debido a que considera el Colegiado que es aquél quien debe dar a conocer los pormenores del agravio tanto fácticamente como jurídicamente; si bien es cierto, nuestro Tribunal Constitucional Peruano ya se ha pronunciado en este extremo en el expediente número Nro.02964-2011-PHC/TC quien en su fundamento jurídico veintidós –penúltimo párrafo– señala:

“(...). Es decir, solo se declarará inadmisibles el recurso de apelación cuando, además de la ausencia del imputado, también se aprecie la ausencia del abogado defensor a la audiencia de apelación; de lo contrario, la sola presencia de este último basta para admitir el recurso y llevar adelante el debate contradictorio en la audiencia de apelación.”

El Colegiado, y estando al criterio normativo esbozado por el Tribunal Constitucional (Nro.02964-2011-PHC/TC) considera que es de recibo que la sola presencia de la defensa técnica del apelante en la Audiencia de Apelación de Sentencia es de ineludible cumplimiento; y sola esta justifica su no inadmisibilidad ya que consideramos que en la Audiencia de Apelación de Sentencia se requiere un debate y contradicción de hechos y posturas jurídicas que sustenten tales hechos; y quien mejor preparado para tal la defensa técnica. En el presente caso incluso la Audiencia de Apelación de Sentencia se ha reprogramado.

1.3.-Apelantes Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui y Artemio Pando Torres, tal como se aprecia del escrito de apelación de fojas 490 a 497, autorizado por el letrado César W. Bartolo Elescano, quien ha concurrido a la audiencia de apelación programada para el día de hoy (14.09.2016). Y en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 424° del Código Procesal Penal se DESISTE PARCIALMENTE en el extremo de la pena impuesta y la conducta típica incriminada, persistiendo su apelación solo en el extremo de las consecuencias civiles (la reparación civil) expresando el siguiente agravio: “1.-Señor Juez, ... el monto fijado por concepto de reparación civil es un monto exorbitante ... conforme su propio despacho a señalado en el ANÁLISIS INDIVIDUAL Y CONJUNTO DE PRUEBAS referido en el caso de Fulgencio Avellaneda Jauregui, en el que taxativamente el juzgador señala que: ... “para el juzgador no queda claro que un metro cuadrado de terreno pueda constar cuarenta céntimos el metro dada la ubicación de la zona del terreno...”, consecuentemente señor, este análisis resulta incompleto e incongruente cuando al final su despacho resuelve establecer como monto de la reparación civil la suma de S/.30,000.00 soles, monto propuesto por el representante del Ministerio Público sin mayor fundamentación.”

597
Fundamentos
Sentencia
Señete.

578
Fundamentos
Ocho.

1.4.-Apelante Ministerio Público, tal como se aprecia del escrito de apelación de fojas 498 a 504 quien se encuentra en la presente audiencia de Apelación de Sentencia, expresando los siguientes agravios: "1:-La sentencia recurrida incurre en una motivación sustancialmente incongruente (...) no está admitiendo que los elementos subjetivos dolo, al no haberse concertado ilícitamente para defraudar al estado; sin embargo se debe detallar que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema señala dos notas características de la concertación jurídicamente relevante: "...1) La concertación a la que se refiere el tipo penal debe ser defraudatoria en la medida que se trata de acuerdos ilegales o prohibidos que se manifiesta en la infracción de los deberes especiales que fundamentan el ejercicio de la función pública, infracción que constituye el eje central del injusto delictivo y es la causa generadora del riesgo o peligro menoscabado a los intereses patrimoniales del Estado. En síntesis para que la concertación sea típica debe ser generadora de un riesgo o peligro o permitido expresado en la violación de los deberes especiales descritos en las normas administrativas que guían y orientan el desarrollo de los procesos de contrataciones o adquisiciones de bienes y servicios para el Estado, y, 11) de igual modo, la concertación debe ser clandestina o subrepticia en tanto que los acuerdos a los que lleguen los agentes públicos y los particulares se practican al margen de la ley...". Además de ello teniéndose en cuenta que el delito de colusión, tal como se encuentra analizado en la sentencia recurrida, se construyó sobre hechos probados en juicio oral y en mérito a los cuales se ha acreditado objetivamente la teoría del caso del Ministerio Público.(...) por cuanto se adquirieron los terrenos a un precio superior del inicialmente pactado, comprobándose infracción de deber."

II. CONSIDERANDOS:

2.1. EL PRINCIPIO DE LIMITACIÓN

Nuestro Código Procesal Penal de 2004 regula en su artículo 409 el principio de limitación

"Artículo 409 Competencia del Tribunal Revisor.-

1:-La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante."

Nuestra Corte Suprema en la Casación Nro.147-2016 Lima ¹ señala en el fundamento jurídico número 2.3.6 "El Tribunal Constitucional señaló que "El principio de limitación, aplicable a toda la actividad recursiva, le impone al superior o Tribunal de alzada la limitación de sólo referirse al tema del cuestionamiento a través de un medio impugnatorio, es decir el superior que resuelve la alzada no podría ir más allá de lo impugnado por cualquiera de las partes. De lo que se colige

¹ Vid. La Casación Nro.147-2016 Lima, publicado en el diario oficial "El Peruano" el tres de agosto del año 2016, en separata especial, p.7513, fj.2.3.6

579
documentos
nueve

que en toda impugnación el órgano revisor solo puede actuar bajo el principio de limitación (tantum apelatum quantum devolutum) que a su vez implica reconocer la prohibición de la reformatio in peius, que significa que el superior jerárquico está prohibido de reformar la decisión cuestionada en perjuicio del inculpado más allá de los términos de la impugnación”.

En el presente caso, este Colegiado sólo se avocará a los extremos apelados, no apreciándose un supuesto de nulidad absoluta o sustancial no advertida por los impugnantes.

2.2. EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

Debemos partir señalando que la Fiscalía subsume la conducta de los sentenciados bajo el tipo legal de colusión desleal regulado en el artículo 384° del vigente Código Penal, desechando la tesis del A-quo por el delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo regulado en el artículo 399° del indicado Código.

La tesis de la Fiscalía es que el acto colusorio de los sentenciados se llevó a cabo el doce de julio del año dos mil once (12.07.2011) donde el sentenciado ex - alcalde de la Municipalidad Distrital de Llaylla formalizó la compra del derecho de posesión de dos terrenos de propiedad del Sr. Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres; el testimonio de poder por escritura pública de fecha doce de julio del año dos mil once otorgado por el ex - alcalde antes indicado a favor de su Gerente Municipal de Llaylla don William Rober Vilcahuamán Barrera donde el acto de apoderamiento (poder) consiste “... pueda realizar la compra de derecho de posesión de dos predios de propiedad de los señores Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres ...”; la minuta de fecha cierta del doce de julio del año dos mil once que contiene la transferencia de derecho de posesión otorgado por el otro sentenciado Fulgencio Melquiades Avellaneda y esposa a favor de Artemio Pando Torres; la minuta de fecha cierta del doce de julio del año dos mil once que contiene la transferencia de derecho de posesión otorgado por el otro sentenciado Fulgencio Melquiades Avellaneda y esposa a favor de Jorge Luis Valero Yupanqui; la minuta de fecha cierta del doce de julio del año dos mil once que contiene la transferencia de derecho de posesión otorgado por Artemio Pando Torres a favor de la Municipalidad Distrital de Llaylla representado por William Rober Vilcahuamán Barrera y la minuta de fecha cierta del doce de julio del año dos mil once que contiene la transferencia de derecho de

Impugnación del delito de colusión

posesión otorgado por Jorge Luis Valero Yupanqui a favor de la Municipalidad Distrital de Llaylla representado por William Rober Vilcahuamán Barrera. Tales medios de prueba corren de fojas 5 a 16 del cuaderno que se acompaña Nro.00449-2015-23-1508-JR-PE-01.

A la fecha de los hechos doce de julio del año dos mil once -12.07.2011- (acuerdo colusorio según la Fiscalía) se encontraba vigente el siguiente texto:

"Artículo 384.- Colusión

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare **patrimonialmente** (1) al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."

(1) De conformidad con el Resolutivo 1 del Expediente N° 00017-2011-PI-TC, publicado el 07 junio 2012, se declara FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del presente artículo a través de la ley N° 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión "**patrimonialmente**".

En el indicado Expediente Nro.00017-2011-PI/TC publicado en el diario oficial "El Peruano" el día siete de junio del año dos mil doce, nuestro Tribunal Constitucional Peruano he expedido una sentencia de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley Nro.29703, dispositivo éste que modificó el artículo 384° del Código Penal, bajo cuyo texto están siendo juzgados los sentenciados. En dicha sentencia se ha indicado respecto al delito de Colusión los siguientes fundamentos:

"26. Este Tribunal, conforme a lo advertido líneas arriba sobre los bienes constitucionales que informan la persecución penal de los actos de colusión ilegal, reitera que de modo genérico los delitos contra la administración pública encuentran su fundamento constitucional en el artículo 39° de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal ha derivado el principio de "buena administración", a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático(...). En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es el funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública.

28. En este orden de ideas, en cuanto al término "defraudar", éste ha merecido en la doctrina penal, interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Si, por ejemplo, es posible

588
Fuentes
Ochenta

entender que defraudar implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial(...). En efecto, si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación las expectativas del estado se verán puestas en peligro..."

581
Fuentes
y
uno

Algo importante es en señalar que el injusto penal de colusión es reprimir el desacato a los principios que regulan las normas de contratación pública. Ahora la pregunta que debemos de plantearnos es que **¿el delito de colusión sólo se puede configurar dentro de un proceso de selección ya iniciado?**

El A-quo señala en la sentencia apelada a fojas 465 respecto al sentenciado Simeón Hurtado Palomino lo siguiente:

"(...). Sin embargo en juicio no se ha acreditado el acto colusorio, el acuerdo ilegal, clandestino o subrepticio en el que habría surgido el acto colusorio, en primera instancia porque la idea de compra viene de una acta de compromiso suscrito por las autoridades de la Comuna de Llaylla (lo cual no lo hace ilegal), y segundo porque no hubo proceso de selección que posibilitaría la colusión con uno de los postores. Al respecto véase Alonso Raúl Peña Cabrera Frevre. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo V, IDEMSA, Lima-Perú, pág.325-326."

Antes de tomar postura y dar a conocer nuestra interpretación jurídica respecto al texto normativo del artículo 384° del Código Penal debemos de precisar lo siguiente:

A) El artículo 76° de la Constitución Política dispone lo siguiente:

"Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública
Artículo 76.- *Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.*
La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades." (El subrayado es agregado).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que *“La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.”*² (El subrayado es agregado).

Como se desprende del artículo 76 de la Constitución Política y de lo señalado por el Tribunal Constitucional, la contratación de bienes, servicios y obras con fondos públicos debe realizarse, obligatoriamente, mediante los procedimientos que establezca la ley que desarrolla este precepto constitucional.

B) A la fecha de los hechos doce de julio del año dos mil once se encontraba vigente el Decreto Legislativo Nro.1017 “Ley de Contrataciones del Estado”³, vigente desde el 01 de febrero de 2009 y a través del Decreto Supremo N°184-2008-EF se aprobó el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Esta ley (D.Leg.1017), es la Ley de Contrataciones del Estado que, conjuntamente con su Reglamento (Decreto Supremo N°184-2008-EF) y las directivas emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), establecen las reglas que las Entidades deben observar para llevar a cabo las contrataciones de bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones, con cargo a fondos públicos⁴; así como las excepciones para su aplicación y las responsabilidades que acarrea su incumplimiento.

² Numeral 12 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

³ El régimen de Contratación Pública ha venido evolucionando desde la emisión de la Ley N°26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, a través de diversas modificaciones y su posterior derogación mediante el Decreto Legislativo Nro.1017, Ley de Contrataciones del Estado, y esta a la vez derogado por la última y vigente Ley de Contrataciones Nro.30225 y su Reglamento el Decreto Supremo Nro.350-2015-EF, que conforme a lo establecido en la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Contrataciones Nro.30225 y el artículo 2° Reglamento Decreto Supremo Nro.350-2015-EF se encuentran vigentes desde el 09 de enero del año 2016.

⁴ Según el artículo 15° de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, son fondos públicos los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. De manera complementaria, el Anexo - Glosario de Definiciones de la Ley N° 28112, precisa que fondos públicos son los recursos financieros del Sector Público que

Feinerados / 582
Ochofite
Obs

Precisado lo anterior, debe indicarse que, las contrataciones que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, son las que realizan las Entidades señaladas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley, siendo una de ellas los Gobiernos Locales (inc. c) para proveerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo la obligación de pagar al contratista la respectiva retribución con cargo a fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante.

En este punto, debe precisarse que por "Entidades" se entiende a aquellas que, además de estar señaladas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley, cuentan con un nivel de independencia administrativa, financiera y presupuestal que les permite ejecutar gasto y llevar a cabo las contrataciones necesarias para cumplir con sus funciones, por cuenta propia, y que este requisito lo cumple la Municipalidad Distrital de Llaylla por mandato del artículo 194° de la Constitución Política del Perú.

"Artículo 194°.- Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. (...)."

En ese sentido, se advierte que la sujeción de las contrataciones a las disposiciones de la Ley y su Reglamento resultará obligatoria cuando quien pretende satisfacer sus necesidades de bienes, servicios y obras tiene la calidad de "Entidad", en los términos referidos en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley y si además, para tal efecto, debe proveer una contraprestación con cargo a recursos públicos; condiciones que deben presentarse de forma concurrente.

En virtud de ello, mientras concurren los elementos antes indicados, todas las contrataciones se sujetarán a las disposiciones de la Ley (D.Leg.1017) y su Reglamento(Decreto Supremo N°184-2008-EF).

comprende a las entidades, organismos, instituciones y empresas. Finalmente, el artículo 10 de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, señala que los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

584
Fomento y
Obra

C) Es preciso indicar que de acuerdo con el artículo 15° de la Ley de Contrataciones(D.Leg.1017), los mecanismos para contratar bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, son los procesos de selección de: Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa (pública o selectiva) y Adjudicación de Menor Cuantía, los mismos que pueden convocarse de manera corporativa o sujetos a modalidades como es el caso de la Subasta Inversa o el Convenio Marco.

Cabe precisar que, con respecto a la necesidad de la Entidad de convocar un proceso de selección, debe mencionarse que la normativa de contrataciones del Estado *-vigente a la fecha de los hechos imputados-* establece supuestos en los que carece de objeto realizar un proceso de selección, toda vez que, por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un proveedor para satisfacer su necesidad. Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 20 de la Ley(D.Leg.1017), constituyendo las causales de exoneración de la obligación de realizar la fase de selección del proceso de contratación⁵. Es importante indicar que en todo proceso de contratación se dan tres fases:

- **Fase de programación y actos preparatorios**, que comprende: i) definición de necesidades y aprobación del Plan Anual de Contrataciones; ii) realización de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado a fin de determinar el tipo de proceso de selección a convocarse, iii) la aprobación del expediente de contratación, entre otros; iv) designación del Comité Especial; y, v) elaboración y aprobación de las Bases.
- **Fase de selección**, que se desarrolla en las siguientes etapas principales: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación y absolución de consultas; iv) formulación y absolución de observaciones; v) integración de Bases; vi) presentación de propuestas; vii) calificación y evaluación de propuestas; y, viii) otorgamiento de la Buena Pro, hasta antes de la suscripción del contrato.
- **Ejecución contractual**, que va desde la suscripción del contrato hasta el pago por las prestaciones ejecutadas.

⁵Vid. Opinión Nro.113-2015/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Se debe tener en cuenta que todo proceso de contratación se desarrolla en tres (3) fases:

- **Fase de programación y actos preparatorios**, que comprende: i) definición de necesidades y aprobación del Plan Anual de Contrataciones; ii) realización de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado a fin de determinar el tipo de proceso de selección a convocarse, iii) la aprobación del expediente de contratación, entre otros; iv) designación del Comité Especial; y, v) elaboración y aprobación de las Bases.
- **Fase de selección**, que se desarrolla en las siguientes etapas principales: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación y absolución de consultas; iv) formulación y absolución de observaciones; v) integración de Bases; vi) presentación de propuestas; vii) calificación y evaluación de propuestas; y, viii) otorgamiento de la Buena Pro, hasta antes de la suscripción del contrato.
- **Ejecución contractual**, que va desde la suscripción del contrato hasta el pago por las prestaciones ejecutadas.

Por lo expuesto, queda claro para este Colegiado que el delito de Colusión no necesariamente se configura dentro de una fase de selección, sino también se da en la fase de programación y actos preparatorios tal como se ha dado en el presente caso.

90 puntos
Ochoenta y cinco.

2.3. Ahora corresponde delimitar el delito de Colusión Desleal del delito de Negociación Incompatible

El veintiocho de junio del presente año (28.06.2016) se ha publicado en el diario oficial "El Peruano" en separata especial la Casación Nro.841-2015 Ayacucho donde nos da a conocer las diferencias entre el delito de Colusión Desleal y el de Negociación Incompatible. Algo que hay que resaltar es que la indicada sentencia Casatoria se ha dado dentro del marco establecido en la Ley de Contrataciones (D.Leg.1017) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 184-2008-EF).

La sentencia Casatoria en su vigésimo octavo fundamento prescribe:

"El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial -normativizado-, que solo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición."

Y algo de suma importancia señala - en el mismo fundamento- respecto a los terceros no funcionarios o servidores públicos (los extraneus):

"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."

En su fundamento trigésimo describe el verbo rector del delito de Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y describe la participación del extraneus en el delito de colusión:

"... 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 (...)"

En su fundamento trigésimo tercero establece el carácter subsidiario del delito de Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo con los delitos de cohecho y colusión:

"El delito de negociación incompatible se enmarca dentro del Título XVIII (...) 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".

Podemos concluir que en el delito de colusión desleal el funcionario o servidor público concierda con terceros para defraudar los intereses del Estado, debido a que es un delito de participación necesaria en la modalidad de encuentro establecida en la estructura típica del delito (elemento normativo del tipo objetivo), en tanto que el delito de negociación incompatible el funcionario o servidor público se interesa (verbo rector del tipo objetivo) de mutuo propio en determinadas relaciones jurídicas contractuales por razón de su cargo.⁶

2.4. Estando a lo dicho precedentemente nos corresponde contestar la siguiente interrogante ¿la conducta de los sentenciados se subsume en el delito de Colusión Desleal o se enmarca dentro del delito de Negociación Incompatible?

En la Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad Nro.3611-2002 Huánuco⁷ se ha establecido para la configuración del delito de colusión la concurrencia de los

⁶REATEGUI SANCHEZ James. El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal. Lex / Iuris. Febrero 2016, p.73 señala: "... la diferencia estaría en la forma o los medios de afectación del interés patrimonial del Estado: en uno es a través de la concertación entre dos personas, y el otro es a través del interés unilateral del sujeto especial."

⁷Vid. Actualidad Penal. Enero 2015 Número 7, Instituto Pacifico, p.185.

siguientes elementos: a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) perjudicar a un tercero, en este caso el Estado y c) mediante diversas formas contractuales.

La valoración de la prueba: necesaria aplicación de la prueba indirecta o indiciaria

Nuestro Código Procesal Penal se adscribe al sistema de "libre valoración de la prueba" bajo las reglas de la sana crítica, reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. En el presente caso, para determinar si se configuran los elementos del delito de colusión ilegal debemos de recurrir a la prueba indirecta o indiciaria para poder enervar la presunción de inocencia de los sentenciados. Nuestra Corte Suprema a través del Recurso de Nulidad Nro.1912-2005 Piura reiterados en el Acuerdo Plenario Nro.1-2006/ESV-22, ha precisado respecto al indicio: a) éste - hecho base - ha de estar plenamente probado- por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, c) deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar y d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

2.4.1: En el presente caso apreciamos los siguientes indicios:

a) Indicio antecedente a fojas 136/137: Que en virtud del Acta de Compromiso de fecha veintiséis de abril del año dos mil once (26.04.2011) celebrado por el Agente Municipal del anexo de Chalhuamayo, el Alcalde del distrito de Llaylla, Regidores y el señor Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui acuerdan la compra de un terreno para el estadio de Chalhuamayo de un área de 10,000 m². de propiedad de este último. Y algo más, don Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui es el concuñado del Alcalde Simeón Hurtado Palomino. En efecto, Fulgencio Melquiades Avellaneda Jáuregui quien es casado con Alicia Celinda Medina Espinoza de Avellaneda esta última es hermana de Hilda Justina Medina Espinoza quien es la pareja del ex - alcalde distrital de Llaylla Simeón Hurtado Palomino.

b) Indicio antecedente a fojas 138: el Oficio Nro.110-2011-MDLL/A de fecha veintisiete de abril del año dos mil once (27.04.2011) remitido por el Gerente Municipal William Vilcahuamán Barrera al Agente Municipal del anexo de Chalhuamayo don Moisés De La Cruz Shonori comunicándole "que según acuerdo de concejo Nro.008 de fecha 18/04/2011, se acordó financiar la adquisición de un Lote por la suma de veinte mil nuevos soles que será destinado para el estadio del Anexo de Chalhuamayo"; luego de seis días el mismo Gerente Municipal William

583
Gommentos
Ochenfa y
S186

Vilcahuamán Barrera con Oficio Nro.112-2011-MDLL/A se vuelve a dirigir al Agente Municipal del anexo de Chaluamayo variando el valor de la adquisición ahora de treinta mil soles (S/.30,000).

c)Indicio antecedente a fojas 142: consta el acuerdo de Concejo Nro.013-2011-MDLL de fecha doce de julio del año dos mil once (12.07.2011) suscrito por el Alcalde Simeón Hurtado Palomino, donde se aprueba por un lado otorgar poder especial al Gerente Municipal Sr. William Rober Vilcahuamán Barrera. Acto de apoderamiento (poder) que se materializa por escritura pública (fojas 141) de fecha doce de julio del año dos mil once (12.07.2011) que por cierto es la misma fecha del Acuerdo de Concejo Nro.013-2011-MDLL.

En el indicado Acuerdo de Concejo Nro.013-2011-MDLL., también se aprueba la compra de derecho de posesión de un terreno de un área de 5,002.50 m² de propiedad del Sr. JORGE LUIS VALERO YUPANQUI por un valor de S/.10,000.00 diez mil soles, y otro de la mis área de propiedad del Sr. ARTEMIO PANDO TORRES por un valor de S/.10,000.00 diez mil soles.

Nos preguntamos ¿Por qué la transferencia de los predios es de propiedad del Sr. JORGE LUIS VALERO YUPANQUI y del Sr. ARTEMIO PANDO TORRES? La respuesta es que con fecha doce de julio del año dos mil once (12.07.2011) don Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui transfiere a favor de Sr. ARTEMIO PANDO TORRES un área de 5,002.50 m² por un valor de S/.2,000.00 soles según se aprecia del documento privado de fecha cierta (fojas 142). Y a fojas 143 obra otro documento de fecha cierta de la misma fecha doce de julio del año dos mil once a través del cual don Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui transfiere a favor de Sr. JORGE LUIS VALERO YUPANQUI un área de 5,002.50 m² por un valor de S/.2,000.00 soles.

Ahora a fojas 145 se encuentra la transferencia del derecho de posesión de una parte en calidad de vendedor don JORGE LUIS VALERO YUPANQUI a favor de la Municipalidad Distrital de Llaylla (en calidad de comprador) quien se encuentra representado por su gerente Municipal WILLIAM ROBER VILCAHUAMÁN BARRERA en virtud del poder otorgado por el Alcalde de Llaylla; dicha transferencia también se llevó a cabo el doce de julio del año 2011 siendo en este caso el valor del bien materia de venta diez mil soles por el área de 5,002.50 m². Podemos concluir que en el mismo día (12.07.2011) el bien materia de venta pasaba de costar de

Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui
Venta y
del

S/.2,000.00 a S/.10,000.00 soles. En el mismo modus operandi se aprecia a fojas 144 la transferencia por parte de Sr. ARTEMIO PANDO TORRES de un área de 5,002.50 m2 por un valor de S/.10,000.00 soles a favor de la Municipalidad Distrital de Llaylla.

d) Indicio concomitante de fojas 271/294: se aprecia el Informe Pericial Contable Nro.005/2013-MP/FN/ANTICORRUPCIÓN/LMGV en cuya conclusión E.1 señala que respecto al Proyecto del Estadio de Llaylla no existe un proyecto de Inversión Pública a Nivel Distrital, Provincial y Regional, así mismo no se tiene asignado un presupuesto en el PIA (Presupuesto Institucional de Apertura) para el indicado proyecto de Paz del distrito de Llaylla.

e) Indicio posterior a fojas 157: se aprecia un contrato de compraventa ante el Juez de Paz del distrito de Llaylla celebrado por una parte don ARTEMIO PANDO TORRES a favor de la Municipalidad Distrital de Llaylla dejando sin efecto la minuta celebrada con fecha 12 de julio del 2011 ante notario Juan Mario Leiva Valdivia, pero lo importante en este contrato radica en el precio, ahora ya no es S/.2,000.00 sino S/. 10,000.00 soles (cláusula cuarta). En el mismo modus operandi obra a fojas 159/160 la venta otorgada por JORGE LUIS VALERO YUPANQUI a favor de la Municipalidad Distrital de Llaylla.

Todos estos indicios genera en el Colegiado la certeza que se ha generado un acuerdo fraudulento entre Simeón Hurtado Palomino, William Rober Vilcahuamán Barrera, Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui, Jorge Luis Valero Yupanqui y Artemio Pando Torres, siendo perjudicado el Estado debido a que el proceso de una donación de terreno por parte del Gobierno Local de Llaylla según el acta de compromiso debió someterse a un proceso de contratación pública desechando la configuración del delito de Negociación Incompatible.

2.5. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Estando a que el acuerdo fraudulento se ha dado con fecha doce de julio del año dos mil once (12.07.2011), no se encontraba vigente la Ley 30076 (vigente desde el 20.08.2013) que incorpora el artículo 45-A sobre individualización de la pena. Al respecto este Colegiado toma en cuenta los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario Nro.1-2008/CJ-116 publicado en el diario oficial "El Peruano" el tres de noviembre del año dos mil ocho (03.11.2008).

Sumenfo
Ochenta
nuestro

domingo 15/09/2010
navarra

El tipo legal del delito de Colusión Desleal al doce de julio del año dos mil once (12.07.2011) establecía una pena privativa de la libertad de **no menor de seis ni mayor de quince años** que vendría a ser la pena básica. Teniendo en cuenta las condiciones personales de los sentenciados como son la de **VILCAHUAMÁN BARRERA WILLIAM ROBER** y **HURTADO PALOMINO SIMEON** quienes si registran antecedentes penales tal como se aprecia de los certificados de antecedentes penales Nro.3077432 y 3077435 respectivamente; y respecto a **VALERO YUPANQUI JORGE LUIS**, **AVELLANEDA JAUREGUI FULGENCIO MELQUIADES** y **PANDO TORRES ARTEMIO** quienes carecen de antecedentes penales tal como se aprecia de los certificados de antecedentes penales Nro.3077427, 3077430 y 3077429 respectivamente; por otro lado, estando al **principio de humanización de la pena** "Cabe al colegiado aplicar este principio respecto de la penalidad, lo que a decir de Landa Arroyo "tiene expresión en la dignidad de la persona humana de donde fluyen los derechos como la libertad, la vida, el honor, etc.⁸" **El principio resocializador de la pena** "el régimen penitenciario tiene como finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, conforme el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado; disposición respecto de la cual el Tribunal Constitucional en la sentencia expediente N°0012-2010-PI/TC ha dejado definido que: "67.- Una interpretación conjunta del artículo 139º, inciso 22) de la Constitución y el artículo 10.3 del Pacto, tal como lo dispone la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, permite sostener que la resocialización de un penado exige un proceso, orientado a un objeto o fin, a saber, su rehabilitación y readaptación social, que permita asegurar su aptitud para ser reincorporado a la comunidad. 69.- A luz de esta distinción, el artículo 139º, inciso 22 de la Constitución- incluso tras su interpretación a la luz del artículo 10.3 del aludido Pacto- es una norma de fin, puesto que impone a los poderes públicos, y principalmente al legislador, la creación de un régimen orientado al cumplimiento de una finalidad, sin especificar cuáles son las acciones concretas que deben ejecutarse para su consecución." **y el principio de proporcionalidad** reconocido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal; por el cual la pena impuesta debe condecirse con la realidad⁹, como se tiene dicho debe tomarse en cuenta que los acusados no tiene antecedentes penales.

8 LANDA ARROYO, César, Dignidad de la Persona Humana. Ius et Veritas, año XXI, Nro. 21, pág. 17 y sts; en: Castillo Alva (ob. cit.), pág. 339.

9 R. N. N° 3227 - 2003, Cono Norte. En El Código Penal en su Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, pág. 127, 2007.

Corresponde imponer una pena efectiva para los intraneus HURTADO PALOMINO SIMEON y VILCAHUAMÁN BARRERA WILLIAM ROBER, y una pena suspendida para los extraneus VALERO YUPANQUI JORGE LUIS, AVELLANEDA JAUREGUI FULGENCIO MELQUIADES y PANDO TORRES ARTEMIO.

Fundamentalmente
020.

2.6. ANALIZANDO EL EXAMEN DEL QUANTUM DE LA REPARACIÓN CIVIL

Los apelantes Fulgencio Melquiades Avellaneda Jauregui y Artemio Pando Torres, tal como se aprecia del escrito de apelación de fojas 490 a 497, autorizado por el letrado César W. Bartolo Elescano, apelan solo el extremo de la reparación civil expresando el siguiente agravio: "1.-Señor Juez, ... el monto fijado por concepto de reparación civil es un monto exorbitante ... conforme su propio despacho a señalado en el ANÁLISIS INDIVIDUAL Y CONJUNTO DE PRUEBAS referido en el caso de Fulgencio Avellaneda Jauregui, en el que taxativamente el juzgador señala que: ... "para el juzgador no queda claro que un metro cuadrado de terreno pueda constar cuarenta céntimos el metro dada la ubicación de la zona del terreno...", consecuentemente señor, este análisis resulta incompleto e incongruente cuando al final su despacho resuelve establecer como monto de la reparación civil la suma de S/.30,000.00 soles, monto propuesto por el representante del Ministerio Público sin mayor fundamentación."

Se aprecia de fojas 271° a 294° (Exp. Nro.00449-2015-23-1508-JR-PE-01) el Informe Pericial Contable Nro.005/2013-MP/ANTICORRUPCION/LMGV elaborado por el Perito Auditor Contable C.P.C.C. Lourdes Margot Gálvez Vilcahuamán quien señala en su conclusión número E.4 que tomando en consideración el Informe Técnico Pericial Nro.002-2013-PERITO-FPCEDCF-JUNIN realizada por el Ing. Enrique Saravia Malpartida indica el costo estimado por metro cuadrado equivalente a S/.0.3998 soles y que el precio por la compraventa de fecha doce de julio del año dos mil once (12.07.2011) el costo a pagar por la compra de los dos terrenos debía ser de S/.4,000.00 soles ($S/.0.3998 \times 10,005.00 \text{ m}^2$) y sin embargo, el pago efectuado fue la cantidad de S/.19,242.30 soles, existiendo una diferencial pagado por demás de S/.15,242.00 soles, que vendría hacer uno de los componentes de la reparación civil regulado en el artículo 93° inciso 1 del Código Penal (la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor).

En cuando al segundo componente de la reparación civil que comprende la indemnización de los daños y perjuicios (y que en el presente caso se trata de un daño patrimonial) apreciamos que concurren sus elementos componentes de

9 de junio 15
Procesos
Ayer

DISPUSIERON se curse los oficios respectivos a las autoridades para su captura e internamiento en el penal que designe el INPE.

2: -CONFIRMARON el numeral quinto de la sentencia apelada.

3: -REVOCARON LOS DEMAS EXTREMOS de la Sentencia Nro.0087-2016-1JUPS/CSJJU-PJ contenido en la resolución número treinta de fecha treinta de junio del año dos mil dieciséis; **REFORMANDOLA CONDENARON** a los reos libres FULGENCIO MELQUIADES AVELLANEDA JAUREGUI, ARTEMIO PANDO TORRES y JORGE LUIS VALERO YUPANQUI, en su calidad de cómplices primarios del delito de COLUSIÓN ILEGAL. **IMPUSIERON** a todos ellos **FULGENCIO MELQUIADES AVELLANEDA JAUREGUI, ARTEMIO PANDO TORRES y JORGE LUIS VALERO YUPANQUI** la pena de CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad suspendida, e INHABILITACIÓN consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los condenados, aunque provengan de elección popular y la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el término de TRES AÑOS, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.; **la ejecución de la pena privativa de libertad se SUSPENDE** por el periodo de prueba de TRES AÑOS; **DEBIENDO LOS SENTENCIADOS** cumplir las siguientes reglas de conducta: 1. No ausentarse del lugar donde reside sin previa autorización del juzgador; 2. Comparecer personal y obligatoriamente cada treinta días al local del Juzgado a informar y justificar sus actividades, así como a registrar su firma en el registro correspondiente; 3. No frecuentar lugares de dudosa reputación, ni expendio de bebidas alcohólicas; 4. No cometer nuevo delito como el que dio origen a la presente instrucción; 5. Pagar por concepto de reparación civil, que se establece en el monto de VEINTE MIL SOLES en forma solidaria, todo bajo expreso apercibimiento de aplicarse lo establecido por el artículo 59° del Código Penal y revocarse la condicionalidad de la pena.

Srs.

Samaniego Cornelio.

Dominguez Toribio.

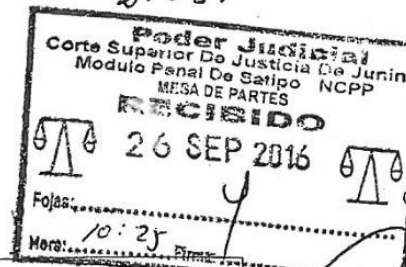
Villalobos Mendoza.

[Handwritten signature: Samaniego Cornelio]
[Handwritten signature: Domingo Toribio]
[Handwritten signature: Villalobos Mendoza]

[Handwritten signature: Eduardo Daniel Reyes Salguera]
Abog. EDUARDO DANIEL REYES SALGUERA
Especialista Judicial de Audiencia
SALA PENAL DE APELACIONES DE SATIPO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN

"León & Llallico"
Defensa Legal para todos
Jr. Torre Tagle N° 123 - Hvca.
Pje. Los Laureles N° 115-200, T-Hyo.

Secretario : Dr. KENY TREVINOZ
Exp. No : 0449-2015.
Escrito : 001. correlativo
Cuaderno : Principal.
Sumilla : Se tenga presente para resolver la apelación y otros.



SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA DE APELACIONES DE SATIPO - JUNIN.

SIMEON HURTADO PALOMINO, en la instrucción que se me sigue por la supuesta comisión del ilícito penal contra la administración pública en su modalidad de Colusión y/o negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Distrital de Llaylla - Satipo; ante Ud., con incita consideración digo:

Que, habiéndose llevado a cabo la diligencia de vista de la causa para el día 14 de Setiembre del 2016, la misma que fui notificado sin la debida anticipación conforme a ley, con 3 días mínimo de anticipación motivo por el cual mi Abogado no ha pudo asistir a sus tentar nuestra pretensión, por lo que lo hacemos de manera escrita de ser el caso, sustentando nuestra pretensión; bajo los fundamentos de hecho que la expongo:

- 1.- Que, se ha sustentado que no ha existido la responsabilidad penal del sentenciado Simeón Hurtado Palomino, por cuanto si bien es cierto el bien materia de adjudicación provenía de su familia, es decir tenía pleno conocimiento que la compra de algún bien o servicio de su familia constituía delito, la cual su consecuencia sería una sanción no solo administrativa, sino hasta punitiva, con consecuencias jurídica.
- 2.- Ratificamos que en el presente proceso si bien es cierto existe los elementos de punibilidad del tipo penal de Negociación incompatible, mas no así la del tipo penal contra la administración pública en su modalidad de Colusión, por cuanto nunca ha existido el acuerdo subrepticio entre los funcionarios públicos y el tercero extraneus, para defraudar al estado, en dicha contratación como lo ha sustentado en todo momento la Fiscal Superior. Por lo que no cabería la posibilidad de desvincular la sentencia y adecuando el tipo declarar nula la sentencia y pretender que se dicte una nueva sentencia con el tipo penal de Colusión, se atentaría contra el debido proceso penal.

572
Fuentes
Selen fa y
dos

3.- Por otro lado, lo propuesto por el Ministerio Público a través de la Fiscal, no tiene asidero jurídico, por cuanto en la sentencia no HA DEMOSTRADO LOS ELEMENTOS TIPICOS DEL TIPO PENAL, no existe una prueba idónea que lo acredite ello, tanto mas que si buscamos, la idoneidad de los hechos para poder atrevernos a señalar que existe el acto colusorio, simplemente presume basado en la pericia contable, así como como la del perito que valorizo el terreno, los mismos que fueron contradichos con la pericia de parte, tanto mas si analizamos la finalidad de la prohibición, así como el conflicto de interés y negociación incompatible, el bien jurídico, el interesarse directa o indirectamente por acto simulado y los verbos rectores del tipo, estamos seguros que nos encontramos frente al TIPO PENAL DE NEGOCIACION incompatible, como lo ha acertado el Juez que plasmo en su sentencia, la misma que lo veremos en adelante:

3.1- LA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN.- La figura negociación incompatible es prohibir que el funcionario se interese indebidamente, ya sea de modo directo o indirecto,, para si o para terceros,, por cualquier contrato u operación en la que intervenga por razón de su cargo. El funcionario debe actuar con estricta sujeción y respeto a los intereses públicos y las metas dela administración publica. Dicho proceder debe estar guiado por la exclusividad del patrocinio y defensa de los intereses estatales y no particulares, como se ha dado en el presente caso, abandonado cualquier otro interés que no los sean la propia administración publica.

En realidad lo que prohíbe y castiga el precepto es de interesarse en un contrato u operación realizando determinados actos materiales que revelen una especial preocupación de favorecer a terceros o a los objetivos particulares del propio funcionario, realiza un acto de desviación de poder, ya que antes de buscar la consecución de un fin público.

3.2.- EL CONFLICTO DE INTERÉS Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.- La norma penal establece de manera implícita que cuando concurren en el funcionario dentro del ejercicio de la función publica un conflicto de interes, el agente publico siempre debe abstenerse de participar o intervenir o si decide continuar debe preferir la aplicación y vigilancia de los intereses publicos sobre intereses personales o particulares. Por tanto no existe o no ccocurre dicho conflicto de intereses, habiéndolo no es preceptible, ni es posible de manera adecuada individualizacion, difícilmente se prodra plantear la configuración del tipo. ES LO QUE HA OCURRIDO EN EL PRESENETE CASO, pues el suscrito se ha abstenido y retirado en dicho negocio jurídico de la compra del terreno, por cuanto si bien es cierto como titular

573
García y
Jes.

del pliego, otorgue poder el Gerente Municipal, para que actuara en mi cambio y representación.

3.3.- EL BIEN JURIDICO. - Es la transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos. No posee un alcance amplio e ilimitado, no comprende a todos los actos administrativos en los que interviene el funcionario público por razón de su cargo, ni abarca todos los actos jurídicos en los que puede participar de manera directa o indirecta. En consecuencia, viene a ser y dado por la reservación de la transparencia en los contratos estatales operaciones. Es decir un interés indebido, lo que se pretende es que los procesos de contratación estatal desde su preparación, inicio, celebración y ejecución se desarrollen con objetividad, bajo los principios constitucionales y legales que inspiran los contratos públicos, sin la intervención o interferencia ilícita de un funcionario público, que valiéndose de su cargo o especial posición en la contratación estatal, pueda dirigir, subvertir e instrumentalizarse a su antojo, es decir un normal funcionamiento de la administración pública.

3.4.- EL INTERESARSE DIRECTA O INDIRECTAMENTE POR ACTO SIMULADO. - Si bien se busca mantener incólume la imagen de la administración pública ante los ciudadanos; el interés que castiga la Ley es un interés ajeno al que debe representar, velar o cuidar el funcionario. El interesarse forma parte del injusto penal, en concreto del tipo penal objetivo, que revela de uno o más actos, sin embargo, un sector cualificado de la doctrina considera, sin embargo, que el interesarse pertenece al tipo subjetivo y en concreto, actúa como especial el elemento subjetivo del tipo. Por lo mismo es directa cuando se interese de manera personal, manifiesta sus pretensiones o los intereses que promueve a través de actos externos y objetivos, empero de manera directa cuando utiliza a otras personas para la promoción o favorecimiento de los intereses particulares. No interesa si son funcionarios o particulares.

4.- En consecuencia estando al estado de la presente, si bien es cierto como máxima autoridad (titular del pliego) otorgo no solo poder jurídico, sino toda la potestad administrativa para poder ejercer desde el procedimiento administrativo que por función administrativa, sino jurídicamente hasta la firma del contrato, por lo que no ha tenido la intervención directa, máxima que del análisis de lo orientado por la Fiscal se pretender penal a un sujeto por la acción de otro, como se tiene el principio de la confiabilidad del funcionario público, este no habría participado en absoluto, difiriendo su por el Gerente Municipal.

574
Sentencia y
Cuadro

5.- Ahora bien, si bien es cierto en todo momento y con amorosa pasión la Fiscal Provincial, señalo que se habría sobrevaluado, no se habría hecho el estudio de mercado entre otros hechos administrativos, no son elementos de convicción con para poder nulificar dicha adjudicación, peor aunque demuestre el acto colusorio entre los funcionarios y el extraneus; así como del interés que cuenta el sujeto para poder consumir el tipo penal.

6.- Y finalmente se señala que el bien adjudicado no sirve para el municipio, menos para el objeto materia de compraventa, por ser un terreno, no solo sobrevaluado, sino pendiente, sin las condiciones técnicas para el proyecto que se adjudicó, lo cual hace entrever.

DE LA NO PROCEDENCIA DE LA DESVINCULACION DEL TIPO PENAL.- Sobre la basa de la inalterabilidad del hecho penal acusado e, inclusive, cuando existan alteración parcial del hecho acusado, la desvinculación será posible si la sala, para garantizar el principio de contradicción, invita a las partes (**esto se denomina plantear la tesis**) a pronunciarse este punto, la misma que no se ha realizado en ello en la audiencia de apelación. También podrá la exigencia de plantear la tesis si una de las partes plantea o postula a tesis de cambio; lo no ha ocurrido por cuanto esta parte se encuentra conforme con el tipo penal denunciado de manera alternativa y ello haya sido planteada de manera integral de las demás par en su conocimiento.

OTROSI DIGO. - Por lo que precedentemente señalado, impetramos al Colegiado que revoque dicha sentencia o en su defecto, confirme en todo sus extremos la sentencia recurrida en apelación.

POR LO EXPUESTO.

A Ud. Señores del Colegiado, sírvase tener presente lo expuesto y acceder a lo solicitado por ser justa y conforme a Ley.

Sotipo, 20 de Setiembre del 2016.

Costes
CASA N° 1411-00111P-107

10 [Signature]

[Signature]

fundamentos
noventa y
dos

antijuridicidad, daño, nexo de causalidad y factor de atribución en los sentenciados apelantes, sin embargo tanto el lucro cesante (lo que dejás de ganar si el indicado monto pagado en exceso no hubiera salido de las arcas del Municipio) como el daño emergente (es el perjuicio que causa el egreso del pago en exceso) deben de estar acreditados, hecho que no se aprecia en el presente caso; no obstante lo dicho y tratándose de un Gobierno Local hay una presunción de que el indicado monto habría generado un lucro cesante si tal dinero en exceso no hubiera salido de las arcas Municipales, razón por la cual y estando a un principio de equidad debemos de fijar en la suma total por reparación Civil la suma de S/.20,000.00 soles.

Por todo lo expuesto resultan fundados los agravios señalados por la Fiscalía y la defensa técnica del abogado César W. Bartolo Elescano.

Por los fundamentos expuestos y normas acotadas, la **SALA PENAL DE APELACIONES Y LIQUIDADORA DE SATIPO**, administrando justicia a nombre de la Nación, **FALLA:**=====.

1:-REVOCARON en PARTE la Sentencia Nro.0087-2016-1JUPS/CSJJU-PJ contenido en la resolución número treinta de fecha treinta de junio del año dos mil dieciséis (30.06.2016) que corre de fojas 415 a 477 donde se resuelve: "**FALLO: Primero.-** CONDENANDO a los acusados reos libres SIMEÓN HURTADO PALOMINO y WILLIAM ROBER VILCAHUAMÁN BARRERA, en su calidad de autores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Llaylla; a CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad; **REFORMANDOLA CONDENARON** a los acusados reos libres SIMEÓN HURTADO PALOMINO y WILLIAM ROBER VILCAHUAMÁN BARRERA, en su calidad de autores del delito de COLUSIÓN ILEGAL, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Llaylla a CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA la misma que se computará desde que sean capturados y al pago de la Reparación Civil, que se establece en el monto de VEINTE MIL SOLES que será pagado en forma solidaria con los demás sentenciados INHABILITACIÓN consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejercían los condenados, aunque provengan de elección popular y la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el término de TRES AÑOS, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE CASACIÓN N° 307-2017
JUNÍN

Seici entos
veinti cual

SUMILLA: En los delitos cuya pena mínima conminada es de 6 años de pena privativa de libertad o menos, no procede el recurso de casación, en aplicación contrario sensu del artículo 427°, inciso 2, del Código Procesal Penal. Excepcionalmente, procederá dicho recurso para desarrollo de doctrina jurisprudencial, que deberá ser expresamente invocado por el recurrente. En el presente caso, no se ha interpuesto este tipo de recurso excepcional; por lo que el recurso de casación resulta manifiestamente inadmisibile.

Lima, nueve de mayo del dos mil diecisiete.-

AUTOS y VISTOS: Es materia de calificación, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de los procesados Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vilcahuamán Barrera, contra la resolución de vista del veintiséis de setiembre del dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Satipo, de la Corte Superior de Justicia de Junín; la misma que, revocando la de primera instancia, condenó a los acusados Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vilcahuamán Barrera, como autores del delito Contra la Administración Pública en su modalidad de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio de la Municipalidad Distrital de Llaylla; imponiéndoles cinco años de pena privativa de libertad efectiva.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo **Hinostroza Pariachi**.

CONSIDERANDO

§. El recurso de Casación

PRIMERO: El recurso de casación no es de libre configuración; por el contrario, debe cumplirse con las disposiciones previstas en el artículo

Sei ciento
Veinte Cinco



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE CASACIÓN Nº 307-2017
JUNÍN

427°, y normas concordantes del Código Procesal Penal, cuyos presupuestos deben satisfacerse para que se declare bien concedido.

SEGUNDO: En ese sentido, y previamente a la decisión que se adoptará, debe verificarse si se cumplió con los presupuestos de admisibilidad, de esta clase de recurso extraordinario residual -casación-, y la superación de las causales de desestimación, contempladas en el artículo 428° del Código Procesal Penal; requisitos que deben cumplirse en forma ineludible para, posteriormente, analizar las causales en que se sustenta.

TERCERO: El artículo 427° del Código Procesal Penal, en su primer numeral, establece que el recurso de casación procede contra "*las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores*". En el presente caso, es objeto del recurso de casación la sentencia de vista, emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Satipo, de la Corte Superior de Justicia de Junín. En ese sentido, corresponde señalar que la procedencia del presente recurso está sujeta a lo previsto en el inciso 2, literal b), del citado artículo 427°, que señala: "*La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral primero, está sujeta a las siguientes limitaciones: (...) b) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años*".

§. Análisis del caso concreto

CUARTO: De conformidad con el requerimiento de acusación fiscal de fecha dos de abril del dos mil trece, el Ministerio Público formuló acusación contra los recurrentes, por el delito de Colusión, como tipificación principal; y, por el delito de Negociación Incompatible, como tipificación alternativa. El primero de estos delitos, tipificado en el

Sección
Veinti...



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE CASACIÓN N° 307-2017
JUNÍN

artículo 384°, segundo párrafo, del Código Penal, contemplaba al momento de los hechos una pena privativa de libertad *no menor de seis ni mayor de quince años*; mientras que, el segundo, tipificado en el artículo 399° del mismo Código, se sancionaba con pena privativa de libertad *no menor de cuatro ni mayor de seis años*. Siendo esto así, se observa que la sentencia de vista cuestionada no cumple con la exigencia prevista en el literal b) del inciso 2 del artículo 427° del Código Procesal Penal; por cuanto ninguno de los delitos objeto de acusación fiscal, contempla en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor a los seis años.

QUINTO: Por otra parte, conforme se aprecia del auto de fecha treinta de diciembre de dos mil dieciséis, obrante a folios treinta y dos del cuadernillo supremo, la Sala Penal de Apelaciones concedió el presente recurso por, supuestamente, haberse invocado el inciso 4 del artículo 427° del Código Procesal Penal, eso es, la figura de la casación *excepcional* para desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Sin embargo, de la revisión minuciosa del escrito de recurso de casación, que obra a folios seiscientos, no se observa invocación alguna a dicha figura procesal.

SEXTO: Aunado a lo anterior, la defensa técnica de los recurrentes, tampoco precisa cuál o cuáles instituciones o normas jurídicas requieren de desarrollo jurisprudencial por parte de esta Corte Suprema; lo cual explica, asimismo, la ausencia de razones fundadas y argumentos idóneos para justificar el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre algún aspecto jurídico en específico.

*Seicenta
veinti siete*



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE CASACIÓN N° 307-2017
JUNÍN

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **DECLARARON:** I) **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de los procesados Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vilcahuamán Barrera, contra la resolución de vista del veintiséis de setiembre del dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Satipo, de la Corte Superior de Justicia de Junín; la misma que, revocando la de primera instancia, condenó a los acusados Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vilcahuamán Barrera, como autores del delito Contra la Administración Pública en su modalidad de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio de la Municipalidad Distrital de Llaylla; imponiéndoles cinco años de pena privativa de libertad efectiva. II) **CONDENARON:** al pago de las costas de la tramitación del presente recurso a los recurrentes Simeón Hurtado Palomino y William Rober Vilcahuamán Barrera, que será exigido por el Juez de Investigación Preparatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 506° del Código Procesal Penal. III) **DISPUSIERON:** se devuelva los autos al Tribunal Superior de origen. Hágase saber y archívese.

S.S.

HINOSTROZA PARIACHI

VENTURA CUEVA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. Cynthia Bazán Cachata
Secretaria (e)
Segunda Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

04 JUL 2017
4

