

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



**PROGRAMA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN PREVENCIÓN Y CONTROL
DE LA CORRUPCIÓN**

TÍTULO:

COMENTARIOS A LA CASACION 231-2017-PUNO: ANÁLISIS A PROPÓSITO
DE SU INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

**TRABAJO ACADÉMICO PARA OPTAR EL TÍTULO DE SEGUNDA
ESPECIALIDAD EN PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CORRUPCIÓN**

AUTORA

CARLA ALEJANDRA SAMAME BARRA

ASESORA

INGRID ROMINA DIAZ CASTILLO

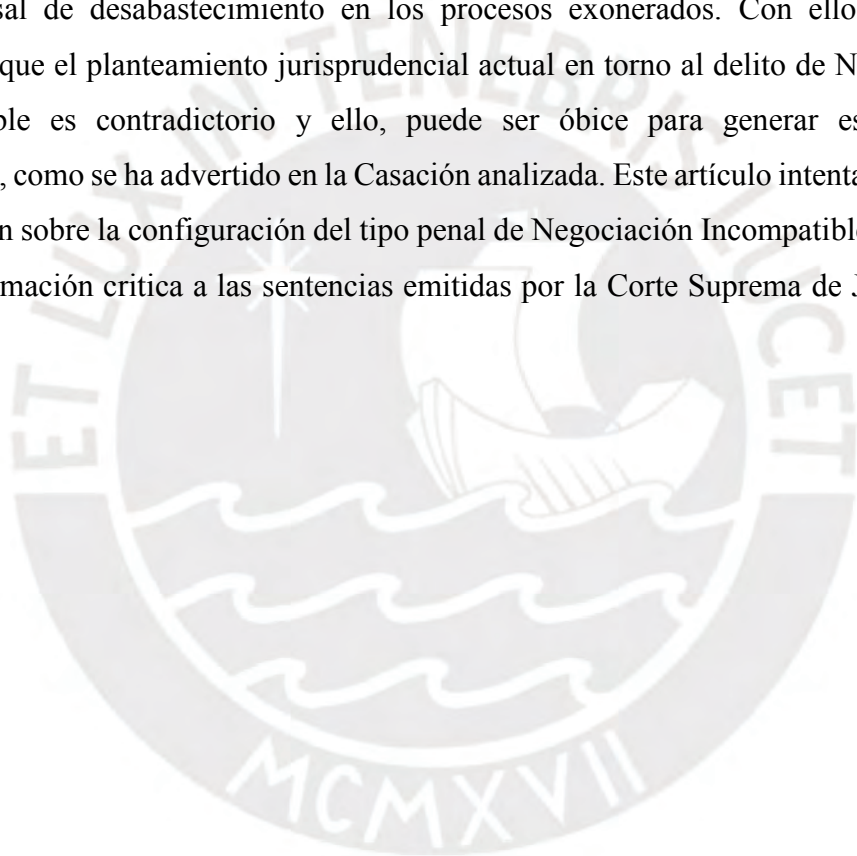
CÓDIGO

20084473

2018

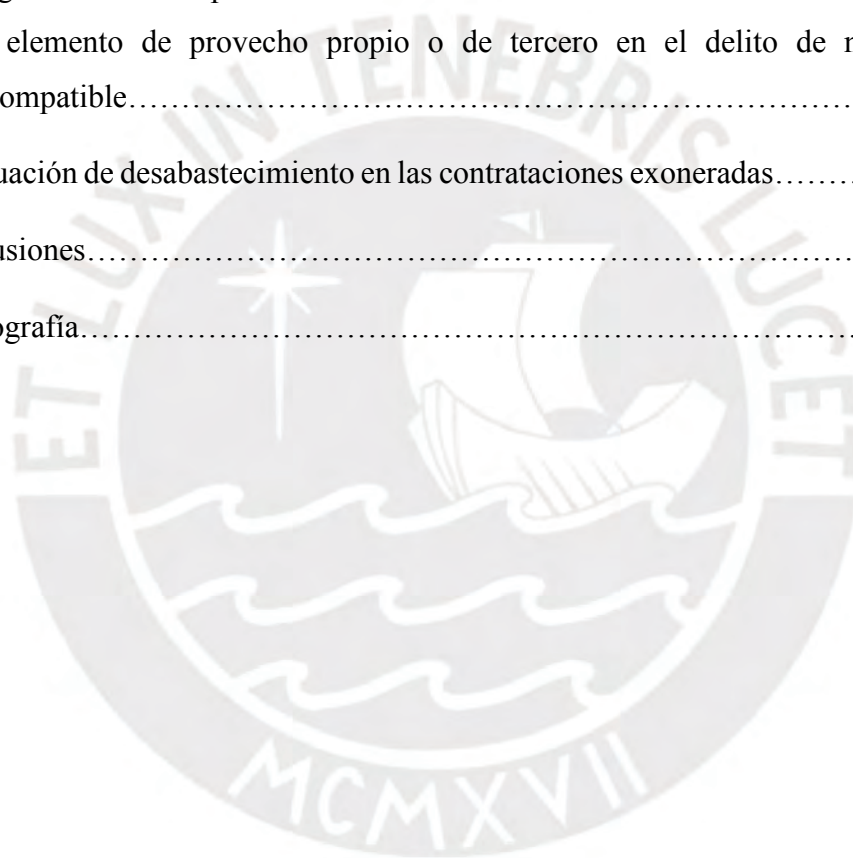
RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto abordar de manera crítica el delito de Negociación Incompatible a partir de la Casación 231-2017-PUNO emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Para ello, la autora desarrolla inicialmente los argumentos esbozados por la Corte Suprema para absolver a los implicados en la investigación, luego, realiza una breve aproximación a como está configurado el elemento de provecho propio o de tercero, sobre este extremo es necesario señalar que el planteamiento propuesto por la Corte Suprema resulta, a consideración de la autora, desacertado y, finalmente, se hace una revisión normativa y doctrinaria a la problemática de la causal de desabastecimiento en los procesos exonerados. Con ello, se busca establecer que el planteamiento jurisprudencial actual en torno al delito de Negociación Incompatible es contradictorio y ello, puede ser óbice para generar espacios de impunidad, como se ha advertido en la Casación analizada. Este artículo intenta promover la discusión sobre la configuración del tipo penal de Negociación Incompatible y generar una aproximación crítica a las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú.



INDICE

| | |
|--|----|
| Resumen..... | 2 |
| I.- Introducción..... | 4 |
| II.- Casación 231-2017: Fundamentos de la Absolución..... | 4 |
| III.- La realización de provecho propio o de tercero en la configuración del tipo penal de Negociación Incompatible..... | 6 |
| a) Una breve aproximación sobre el bien jurídico protegido en el delito de Negociación Incompatible..... | 6 |
| b) El elemento de provecho propio o de tercero en el delito de negociación incompatible..... | 9 |
| IV.- La situación de desabastecimiento en las contrataciones exoneradas..... | 11 |
| V.- Conclusiones..... | 13 |
| VI.- Bibliografía..... | 14 |



COMENTARIOS A LA CASACION 231-2017-PUNO: Análisis a propósito de su interpretación del delito de negociación incompatible

I.- Introducción

A lo largo de los últimos años, la Corte Suprema de Justicia del Perú ha emitido una serie de fallos en torno al delito de negociación incompatible, sin embargo, hemos sido testigos que la línea jurisprudencial con la que contamos actualmente no sigue un único patrón, sino, por el contrario, se establecen diversas interpretaciones entorno a los elementos que configuran este tipo penal, lo cual genera contradicciones entre una y otra sentencia, por lo que no se llega a arribar a una definición clara de los elementos que componen el tipo penal de negociación incompatible.

Por esa línea, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia con fecha 14 de setiembre de 2017 emitió la Sentencia de Casación N°231-2017-PUNO, donde una vez más, se desarrolla el delito de negociación incompatible, introduciendo propuestas distintas a las planteadas hasta ese momento dentro de su línea jurisprudencial; donde se definen nuevamente los elementos del tipo penal desde una perspectiva arriesgada y, desde mi punto de vista, equivocada.

Conforme a lo expuesto, el presente artículo tiene como finalidad abordar desde una perspectiva crítica, la problemática en torno al delito de negociación incompatible, específicamente, los aspectos tratados a partir de la Casación N°231-2017 y la interpretación que se sostiene entorno a este ilícito penal.

En ese sentido, expondremos en primer lugar los argumentos de la Corte Suprema para absolver a los implicados en el presente caso, como segundo punto desarrollaremos el elemento de provecho propio o de tercero en el delito de negociación incompatible y, finalmente, expondremos la problemática en torno a la situación de desabastecimiento en los procesos exonerados.

II.- Casación 231-2017: Fundamentos de la Absolución

La casación resuelve el caso de la investigación seguida en contra de Bernardo Natividad Meza Alvarez, ex alcalde de la Municipalidad Provincial de Melgar, Jose Domingo

Choquehuanca Soto, Helard Huaman Mamani y Jose Haytara Carreón por el delito de negociación incompatible por haberse interesado directa e indebidamente en el Proceso Exonerado 001-2010-MPM-A en provecho de la Empresa Alabama S.A.

Los hechos del caso se enmarcan en la adquisición de semillas de alfalfa, dactylis e inoculantes de parte de la Municipalidad Provincial de Melgar, en el marco de los proyectos de inversión denominados “Fortalecimiento de la asistencia técnica de Productores Agropecuarios del distrito de Ayaviri, Provincia de Melgar” e “Instalación de pastos cultivados y forrajes en la comunidades de la Provincia de Melgar”. A raíz de ello, se convocan hasta en cuatro oportunidades, procesos de selección que fueron declarados nulos o desiertos por el comité especial.

Es necesario resaltar que en estas convocatorias se presentó como postor la empresa ALABAMA, es decir, la empresa que habría salido favorecida a partir del interés que demostraron los funcionarios públicos de la Municipalidad Provincial de Melgar, como narraremos más adelante.

Habiéndose llevado a cabo varios procesos de selección y, sin existir un sustento adecuado que probase la existencia de una situación de desabastecimiento, se resuelve aprobar un proceso exonerado (por esta causal) para la adquisición de las semillas que requería la Municipalidad para repartirlas a una serie de pobladores beneficiarios. Sobre esto último, es importante señalar que uno de los sustentos para llevar a cabo este proceso exonerado fue la existencia del Decreto de Urgencia N°78-2009¹, el cual no correspondía ser aplicado en el caso en concreto.

Por ello, el comité especial² del Proceso Exonerado N° 001-2010-MPM-A, a partir de una calificación parcializada³, decidieron otorgar la buena pro a la empresa ALABAMA

¹ Decreto de Urgencia resultaba inviable, ya que la cuantía establecida en el mismo difería significativamente del monto real requerido para la adquisición de semillas. Es decir, el Decreto de Urgencia contemplaba la adquisición de bienes hasta por el monto de S/.550,000.00, y el valor referencial requerido para la adquisición de semillas de alfalfa, dactylis e inoculantes ascendía a S/.1'592,000.00 soles.

² Conformado nuevamente por Jose Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huaman Mamani y Jose Haytara Carreón (miembros del comité especial de los otros 4 procesos de selección frustrados).

³ Los miembros del comité especial analizaron las ofertas de cada empresa postora (Corpagro SAC, AGP SAC, Asociación Granja Don Bosco Prelatura de Ayaviri y Alabama SA), descartando a las 3 primeras por un intento de corrupción a uno de los funcionarios de la Municipalidad Provincial de Melgar; además, respecto a la segunda, presentaba un incumplimiento de contrato en un proceso del 2008; y, la tercera, no reportaba un registro de importación de semillas. Por lo tanto, el comité especial acordó invitar a la empresa Alabama SA, a través de la Carta N°001-2010-MPM-A/CE, con fecha 09 de diciembre de 2010, pese a que esta última también presentaba antecedentes de incumplimiento contractual, por lo que se evidenciaba una calificación parcializada de parte del comité especial

SA, inobservado la advertencia que remite OCI informando el riesgo y no procedencia de proceso exonerado en el presente caso, advertencia y comunicación que fue enviada tanto al ex alcalde, como a los miembros del comité especial.

Pese a la existencia de estos hechos, la Corte Suprema decidió absolver a Bernardo Natividad Meza Alvarez (ex alcalde) y, a los miembros del comité especial, Jose Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huaman Mamani y Jose Haytara Carreón; por dos razones, la primera de ellas se enmarca en que efectivamente si se habría configurado la causal de desabastecimiento, por lo que si procedía llevar a cabo un proceso exonerado para la adquisición de semillas; en segundo lugar, se afirmó que no se habría acreditado el provecho propio o de tercero y, que al no configurarse este elemento, los hechos investigados no se enmarcarían en el delito de negociación incompatible, calificando los mismos como atípicos.

En lo que sigue, nos detendremos a analizar los fundamentos esgrimidos por la Corte Suprema, que dieron pie a la absolución de los investigados en el presente caso.

III.- La realización de provecho propio o de tercero en la configuración del tipo penal de Negociación Incompatible

Antes de pasar a analizar el provecho propio o de tercero como uno de los elementos que compone el tipo penal de negociación incompatible, es importante esbozar brevemente el bien jurídico que se protege en el mismo a fin de enmarcarnos en cuál es la finalidad del elemento a analizarse, tomando en consideración los argumentos precisados en la sentencia casatoria evaluada en el presente artículo.

c) Una breve aproximación sobre el bien jurídico protegido en el delito de Negociación Incompatible

De acuerdo a lo establecido en nuestro Código Penal, el bien jurídico de relevancia penal protegido en los delitos del Título XVIII es el “correcto y regular funcionamiento de la administración pública” (bien jurídico genérico), sin embargo, como lo precisa Guimaray, el bien jurídico específico protegido en el delito de negociación incompatible es la

objetividad o imparcialidad en la actuación del funcionario público en el contexto de algún contrato u operación económica en la que participa el estado⁴.

Asimismo, Vasquez-Portomeñe precisa que en los delitos de corrupción de funcionarios se protege el funcionamiento de la administración pública de los riesgos connaturales al carácter corruptible de sus agentes⁵, debiendo analizarse que el concepto de administración pública tiene un carácter multidimensional, así también, Reyna menciona que lo que se protege genéricamente como el correcto y regular funcionamiento de la misma, debe tomar en consideración acciones específicas del funcionario en su obrar con probidad, imparcialidad, fidelidad, entre otros.⁶

En la actualidad, como ha sido señalado previamente, aun no existe un consenso doctrinal ni jurisprudencial entorno a cuál sería el bien jurídico específico que se protege en el delito de negociación incompatible y, muestra de ello es que en la Casación 231-2017 se afirma que el delito de Negociación Incompatible protege al patrimonio porque este supone que el funcionario con su accionar atenta directamente contra las arcas estatales.

Al respecto, en la sentencia, se absuelve al ex alcalde de la Provincia de Melgar y a los integrantes del comité de selección debido a que no se había acreditado afectación patrimonial alguna puesto que no había pericia que lo acreditara⁷ (fundamento vigésimo octavo), haciendo alusión directamente a que el bien jurídico que se protege a través del delito de negociación incompatible es el patrimonio y, que en consecuencia, al no haberse afectado dicho bien jurídico no se habría cometido ningún ilícito penal por parte de los imputados.

Esta teoría señalada en la sentencia ya ha sido rebatida tanto a nivel jurisprudencial⁸ como por diversos autores, Díaz descarta que el patrimonio sea el bien jurídico protegido por

⁴ GUIMARAY MORI, Erick. (2014, julio). Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible. En: Boletín Informativo Mensual, N° 39. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/APUNTES-DETIPICIDAD.pdf>

⁵ VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. Los delitos contra la Administración Pública. En: Instituto Nacional de Administración Pública Universidad de Santiago de Compostela. Madrid, 2003. P.374

⁶ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Delitos contra la Administración Pública. Jurista Editores. Lima, 2008. P.256

⁷ “Vigésimo octavo.- En ese sentido, revisados los autos se aprecia, que el proceso de exoneración mediante el cual se contrató a la empresa ALABAMA S.A., no significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado, tampoco obra pericia que así lo haya establecido (..)”

⁸ R.N. 661-2009 : (..)“si bien el referido tipo penal está comprendido entre los delitos contra la Administración pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional (..)”

el delito de Negociación incompatible y por el contrario señala que este delito busca proteger la imparcialidad en las actuaciones de los funcionarios públicos, adicionando que la misma debe darse necesariamente en el marco de una contratación estatal⁹.

Por esa línea, la Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo 12¹⁰ precisa que no es necesario que los actos de corrupción generen algún perjuicio patrimonial para ser sancionados, así como en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que en su artículo 3 inciso 2¹¹ señala que no es necesario que exista perjuicio o daño patrimonial para que se configure un delito de corrupción.

A nuestro parecer, la Casación N°231-2017 se equivoca al plantear que el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es el patrimonio, debido a que lo que se busca a proteger en realidad es la imparcialidad en el actuar de los funcionarios públicos en el marco de los contratos u operaciones estatales, atendiendo a la finalidad prestacional del estado que se encuentra contenida en nuestra constitución. Afirmar que el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es el patrimonio no solo brinda una mirada sesgada y contraria a la política criminal del Derecho Penal, sino que atenta contra lo que textualmente establece el tipo penal (redacción), el cual, no exige explícitamente que se configurará dicho delito si es que se llega a afectar las arcas estatales y, se inobservaría la protección que busca este delito que es salvaguardar los intereses públicos de los intereses privados, en cuanto al accionar y comportamiento del funcionario público.

Por lo cual, la sala se equivoca al forzar los argumentos que han sostenido para absolver a los imputados en el caso que es materia de análisis, el cual además de señalar que el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es el patrimonio, este se encontraría ligado directamente al elemento de provecho propio o de tercero, ya que para la sala, no se cumplió con acreditar este elemento del tipo penal.

⁹ DIAZ CASTILLO, Ingrid. Tesis Doctoral "El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano". Universidad de Salamanca. España. P.220

¹⁰"Artículo XII : Efectos sobre el patrimonio del Estado

Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado"

¹¹ "Art. 3 (...) 2. Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado"

d) El elemento de provecho propio o de tercero en el delito de negociación incompatible

El primer argumento que desarrolla la Corte Suprema para absolver tanto al ex alcalde Bernardo Natividad Meza Alvarez como a los miembros que integraron el comité de selección del Proceso Exonerado N° 001-2010-MPM-A, que tenía como finalidad la adquisición de alfalfa, dactilys e inoculantes para los pobladores de la provincia de Melgar, es que en el caso concreto no se habría acreditado el provecho propio o de tercero, es decir, no se habría llegado a probar que efectivamente los funcionarios públicos o la empresa que obtuvo la buena pro hayan percibido algún beneficio de carácter económico (como precisa la sentencia) y por tanto no se habría llegado a consumar el delito de negociación incompatible debido a que no se llegó a acreditar este elemento de este tipo penal.

Sin embargo, la Sala olvida que no es requisito para que se consume el delito de negociación incompatible que se acredite el provecho propio o de tercero en el marco del accionar de los funcionarios públicos y dentro de determinado contrato u operación.

Sobre este elemento, debemos mencionar que varios autores han desarrollado que debe entenderse por provecho propio o de tercero como un elemento que configura el tipo penal de negociación incompatible. Por un lado, Rojas señala que este elemento del tipo penal debe suponer o ser la consecuencia del interés exteriorizado por el funcionario público¹². Por esa línea, Salinas precisa que el funcionario público actúa con un interés indebido que es guiado o motivado por el provecho que planifica obtener en favor suyo o de tercero.¹³

En esta medida, podemos advertir que el provecho propio o de tercero posee un nexo directo con el elemento “interés indebido”, es decir, existe una vinculación entre el actuar indebido del funcionario público en determinado contrato u operación de carácter económico con la finalidad que este persigue para sí mismo o para un tercero.

Ahora bien, después de comprender que el interés parcializado que exterioriza el funcionario público persigue la obtención de un provecho propio o de tercero, corresponde analizar si efectivamente se requerirá la acreditación de este último para que se tenga por consumado el delito de negociación incompatible.

¹² Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Grijley 2007. Lima. P.823

¹³ Salinas Siccha, Ramiro. Delitos cometidos por funcionarios públicos. Grijley 2011. Lima P. 559

En la jurisprudencia comparada, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha señalado que en el delito de negociaciones prohibidas (símil del delito de negociación incompatible en Perú) es indiferente que el provecho propio o de tercero se obtenga ya que solo es necesario corroborar que el interés indebido del funcionario público tenga como objetivo favorecerse a sí mismo o a un tercero¹⁴, descartándose así cualquier exigencia de acreditación de dicho elemento del tipo penal. Por ese tenor, se pronuncia Díaz, quien señala que el delito de negociación incompatible sanciona actos de interés indebido exteriorizados por el funcionario público que persiga un provecho propio o de tercero¹⁵, vinculando nuevamente estos elementos del tipo penal, sin que esa vinculación exija que se acredite el propósito o la motivación del agente (provecho) para la configuración del mismo. Por su parte, Hugo y Huarcaya son categóricos al afirmar que el delito de negociación incompatible se consume con el solo hecho de interesarse indebidamente en determinado contrato u operación aunque no se llegue a obtener algún provecho o ventaja propuesto por el agente, por lo que si el autor no consigue la finalidad que se propuso, ello, no será óbice para que se consuma el delito de negociación incompatible siempre y cuando el interés indebido exteriorizado sea manifiesto¹⁶.

Desde otra perspectiva, Reaño señala que las expresiones contenidas en los tipos penales de corrupción de funcionarios relativas a la finalidad ulterior (“para”) no integran la estructura objetiva del tipo sino que se refieren a elementos subjetivos adicionales, cuya configuración exige el actuar del funcionario público dirigida a una finalidad o intencional adicional posterior a la conducta típica¹⁷. Con ello, se verifica también que en el delito de negociación incompatible, de acuerdo a su configuración, no se exige que el elemento de provecho propio o de tercero se acredite, sino que este se enmarca en un contexto que servirá como indicio para valorar la producción del delito, específicamente, el interés indebido con el actúa el funcionario público.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, radicado 34282 del 8 de noviembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, en: CÓRDOBA PALACIOS, F., El delito de interés indebido en la celebración de contratos especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido, op. cit., pág. 28. . En: Díaz Castillo Ingrid. Tesis Doctoral “El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano”. Universidad de Salamanca. España P. 314

¹⁵ DIAZ CASTILLO, Ingrid. Tesis Doctoral “El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano”. Universidad de Salamanca. España P.366

¹⁶ HUGO, Jorge y HUARCAYA, Betty. Delitos contra la Administración Pública: Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios. Gaceta Jurídica. Lima, 2018. P. 439.

¹⁷ REAÑO PESCHIERA, Jose. Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos. Ius et Veritas. Lima, 2001. P.287

En efecto, consideramos que en el caso en concreto, el argumento esbozado por la Corte Suprema entorno a la exigencia de la acreditación de un provecho propio o de tercero para que se entienda por configurado el tipo penal de negociación incompatible resulta equivocado, puesto que ha quedado establecido que el tipo penal no exige que el provecho propio o de tercero se acredite para que se entienda por consumado el delito, ello, en atención a esta vinculación existente entre el elemento “interés indebido” el cual tiene como finalidad ulterior la obtención de una ventaja por parte del funcionario público para sí mismo o para tercero, sin que se tenga que demostrar la concurrencia de este último para que el delito se consume.

IV.- La situación de desabastecimiento en las contrataciones exoneradas

Como se mencionó, el segundo argumento de la Corte Suprema se enmarca en que en el caso concreto si se habría configurado la causal de desabastecimiento que sustentó la aprobación de un proceso exonerado para la adquisición de semillas de alfalfa, dactilys e inoculantes.

Sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema omite señalar que para que se configure la situación de desabastecimiento, la entidad debe cumplir con reunir ciertos requisitos exigidos por ley, que en el caso en concreto no se aprecian.

Es necesario señalar que el artículo 22 de la Ley de Contrataciones del Estado define la situación de desabastecimiento como “aquella situación inminente, extraordinaria e imprevisible en la que la ausencia de bien, servicio u obra que compromete en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo. Dicha situación faculta a la Entidad a la contratación de los bienes, servicios u obras sólo por el tiempo o cantidad, según sea el caso, necesario para resolver la situación y llevar a cabo el proceso de selección que corresponda”¹⁸; definición que se encuentra respaldada por las Opiniones N°053-2017/DTN¹⁹ y N°209-2017/TDN²⁰ del OSCE.

¹⁸ <http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20de%20Contrataciones%20y%20Reglamento.pdf>

¹⁹ En la cual se establece en torno a una situación de desabastecimiento que “deben distinguirse dos elementos que necesariamente deben concurrir: (i) un hecho o situación extraordinario e imprevisible que determina la ausencia inminente de un bien o servicio; y (ii) que dicha ausencia comprometa en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo”

²⁰ Se señala entorno a estos dos elementos que “debe tener en cuenta que la situación de desabastecimiento se configura ante la ausencia o privación de un bien o servicio debido a una causa extraordinaria –entendida como algún hecho o situación fuera del orden o regla natural o común– e imprevisible –entendida como el hecho o situación que no puede

Atendiendo a la definición citada, se verifica que en caso se suscite la situación antes descrita, cualquier institución del estado está facultada a la contratación de bienes, servicios u obras, para asegurar el normal funcionamiento y cumplimiento de las funciones que han asumido como entidad, pero únicamente durante el tiempo o la cantidad que resulten necesarios para superar dicha situación (carácter temporal) y llevar a cabo un proceso de selección regular.

Lo expuesto refleja que una inminente situación de desabastecimiento debe ser admitida si únicamente se da con la finalidad de garantizar la continuidad de las actividades y funciones de la entidad, entendiéndose que una vez superado este problema, la contratación de bienes, servicios u obras debe darse en estricto cumplimiento de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, por lo que cualquier uso abusivo de esta figura, puede desencadenar en responsabilidad penal o administrativa de los funcionarios públicos que generaron dicha situación.

En cuanto a los cuestionamientos que se dan en torno al presenta caso, podemos verificar que la causal de desabastecimiento no se encontraba debidamente sustentada ya que no se verificaron los dos requisitos establecidos por la normativa vigente, es decir, no se suscitó un hecho imprevisible o extraordinario, ni tampoco la ausencia del bien comprometió la continuidad de las actividades que la entidad tenía a su cargo.

Conforme se desprende de lo expuesto, en primer lugar, no se acreditó que existiese un hecho o situación extraordinaria o imprevisible que haya determinado la ausencia de los bienes a contratarse (semillas de alfalfa, dactitlys e inoculantes), toda vez que es la propia entidad que programó la convocatoria de hasta 4 procesos de selección para la adquisición de estos bienes, los cuales fueron frustrados a partir de la inclusión de un requisito adicional por parte del comité de selección (quienes participaron en los cuatro procesos de selección frustrados y en el procesos exonerado), lo cual impidió que los postores puedan ser calificados de manera adecuada, ya que si no se hubiera añadido este requisito adicional²¹, la entidad ya hubiese adquirido dichos bienes.

Asimismo, tampoco ha quedado corroborada que la ausencia de los bienes en aquel momento haya significado que la entidad se haya visto impedida de cumplir con la función o actividad que tenía encomendada. Debemos señalar que los investigados

ser previsto-, y siempre que dicha ausencia evite que la Entidad cumpla con la función o actividad que le ha sido encomendada

²¹ El requisito adicional estaba referido al grado de pureza de las semillas y que estas sean semillas del año.

sostienen que la ausencia de las semillas habría generado que pobladores beneficiarios opten por realizar una huelga ya que estos habrían invertido dinero en trabajar las tierras donde estas iban a ser cosechadas las mismas. No obstante, esta versión no ha sido acreditada, ya que la misma consta en el Acta de Consejo Municipal en la que se consigna que esta versión habría partido de rumores de los pobladores, por lo que no podría verificarse tampoco la concurrencia de este segundo requisito.

Sin ánimo de ahondar más en el análisis de este aspecto, debemos recalcar que la entidad trató de sustentar el desarrollo del Proceso Exonerado N°78-2009, el cual tenía como finalidad el fomento de la inversión de pequeñas empresas en contextos de pobreza y pobreza extrema, adquisiciones que podrían darse hasta por el monto de S/. 550,000.00 soles, el cual difería significativamente del valor referencial establecido por la entidad para la adquisición de semillas, el cual ascendía a S/.1'592,000.00 soles, por lo que nuevamente puede advertirse un sustento forzado por parte de la Municipalidad Provincial de Melgar para llevar a cabo este proceso exonerado.

Estas razones no constituyeron fundamentos legítimos para que la entidad sostuviese la existencia de una situación de desabastecimiento para llevar a cabo un proceso exonerado, sino por el contrario, se utilizó esta figura para favorecer a la empresa ALABAMA SA en desmedro de los intereses de la Municipalidad Provincial de Melgar, puesto que no se habría configurado ninguno de los requisitos que sustentan una situación de desabastecimiento, que ha sido expuesto en párrafos anteriores.

V.- Conclusiones

A partir del análisis de la Casación 231-2017 y la problemática que plantea entorno al delito de negociación incompatible, podemos concluir lo siguiente:

- a) La línea jurisprudencial peruana ha establecido de manera contradictoria las definiciones y características del tipo penal de negociación incompatible, generando argumentos que inobservan la normativa vigente y la doctrina nacional y comparada, lo cual afecta la calificación jurídica que aplican los operadores de justicia a hechos que puedan tener relevancia penal o no. En el caso en concreto, se verifica que la Sala Suprema absuelve de manera equivocada a los procesados por el delito de negociación incompatible, realizando una argumentación forzada de los elementos que componen el tipo penal y a su vez justificando la situación de desabastecimiento que dio pie al proceso exonerado cuestionado.

- b) El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es la imparcialidad en la actuación del funcionario público en los contratos u operaciones de carácter económico, ello, en atención a lo dispuesto por la constitución (carácter prestacional del estado) y por la relevancia social que tiene el correcto y regular funcionamiento de la administración pública para los intereses generales de la ciudadanía. Con ello, se descarta completamente el argumento señalado por la Corte Suprema respecto a que el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es el patrimonio.
- c) A diferencia de lo señalado en la sentencia, concluimos que el elemento “provecho propio o de tercero” del tipo penal de negociación incompatible debe entenderse como la finalidad ulterior que tiene el funcionario público al interesarse indebidamente en determinado contrato u operación, este elemento no requiere ser acreditado para que se consuma el delito, sin embargo, dota de un contexto que servirá como indicio para valorar la producción del delito, específicamente, el elemento interés indebido.
- d) Finalmente, debemos señalar que en el caso en concreto, existen suficientes elementos que demuestran que no existió una situación de desabastecimiento en la Provincia de Melgar y, por tanto no era viable que se lleve a cabo un proceso exonerado para la adquisición de semillas; ello, debido a que la normativa de contrataciones del estado es muy rigurosa al establecer los requisitos por los cuales se configuran estas causales, requisitos que no fueron acreditados por la entidad, por lo cual, tomando en consideración este contexto, la sala no debió utilizar este argumento para absolver a los procesados.

VI.- Bibliografía

DIAZ CASTILLO, INGRID

2016 Tesis Doctoral: *“El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano”*

GUIMARAY MORI, ERICK

2012 *“Apuntes de tipicidad en torno al delito de Negociación Incompatible-Idehpucp”*

GUIMARAY MORI, ERICK

2015 *“Compendio jurisprudencial sistematizado-Idehpucp”*

GUTIERREZ, LAURA

2014 *“Exoneraciones: Módulo de Capacitación OSCE”*

HUARCAYA RAMOS, BETTY y HUGO ALVAREZ, JORGE

2018 *“Delitos contra la Administración Pública: Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios”*

OSCE

2016 *Opiniones Técnicas. En: <http://portal.osce.gob.pe/osce/opis>*

REAÑO PESCHIERA, JOSE

2001 *“Los delitos de corrupción de funcionarios: Una visión crítica a partir del caso Montesinos”*

REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL

2008 *“Delitos contra la Administración Pública”*

ROJAS VARGAS, FIDEL

2007 *“Delitos contra la Administración Pública”*

SALINAS SICCHA, RAMIRO

2011 *“Delitos cometidos por funcionarios públicos”*

VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO

2003 *“Los delitos contra la Administración Pública”*