

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Análisis de aspectos problemáticos de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de negociación incompatible, en la Casación N.º 23-2016/ICA

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

Autora

Alcedo Solano, Sandra Pamela

Asesor

Quispe Meza, Daniel Simón

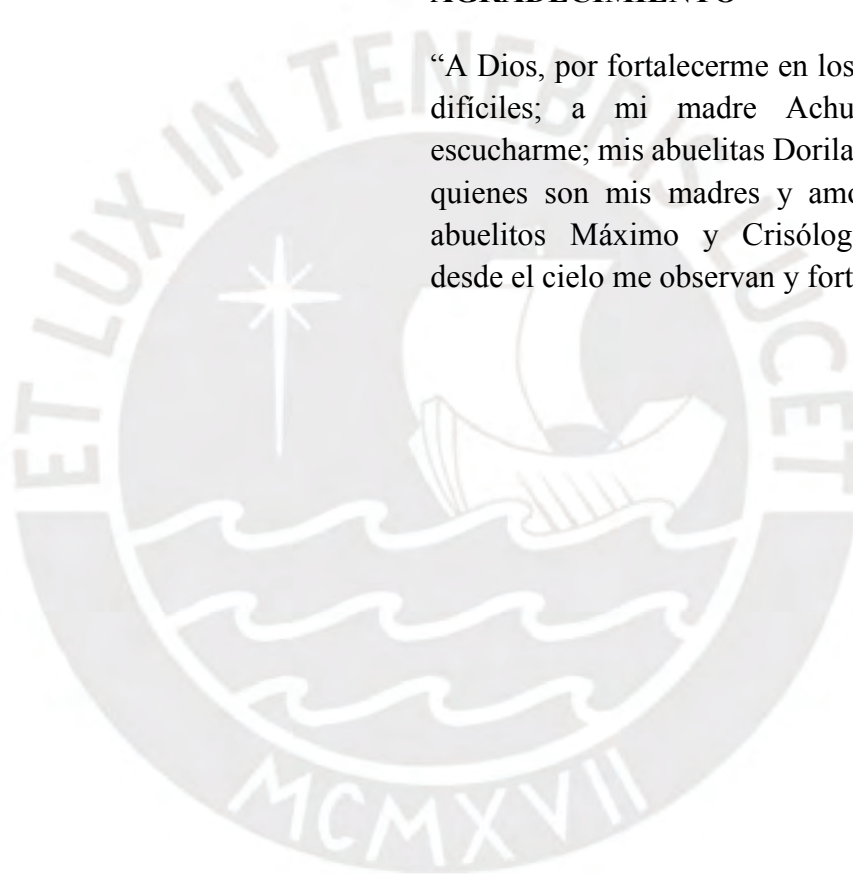
Lima, 2022

DEDICATORIA

“A mis padres, Amarildo Alcedo y Bety Solano, y a mi querida hermana Milena, por cuidarme como a una rosa.”

AGRADECIMIENTO

“A Dios, por fortalecerme en los momentos difíciles; a mi madre Achuquita, por escucharme; mis abuelitas Dorila y Teodula, quienes son mis madres y amo; y a mis abuelitos Máximo y Crisólogo, quienes desde el cielo me observan y fortalecen”.



RESUMEN

El informe jurídico ofrece un análisis de los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de negociación incompatible, a través de la Casación N° 23-2016 ICA. Se desarrolla un estudio sobre el rol y responsabilidad penal del tercero o sujeto particular debido a la falta de tratamiento unívoco en los tribunales. También, un análisis sobre la “finalidad indebida” como búsqueda de un provecho o beneficio que no requiere concretización. Por último, una reflexión general sobre la aplicación del principio de confianza o principio de desconfianza en los delitos de corrupción de funcionarios, con atención a la división horizontal y vertical de roles.

Palabras Clave

Negociación incompatible, extraneus, finalidad indebida, principio de confianza y principio de desconfianza.

ABSTRACT

This legal report offers an analysis of the elements of the objective and subjective typicity of the crime of incompatible negotiation, through Casación No. 23-2016 ICA. It develops a study on the role and criminal responsibility of the third party or private individual due to the lack of univocal treatment in the courts. Also, an analysis on the "undue purpose" as a search for an advantage or benefit that doesn't require concretization. Finally, a general reflection on the principle of trust or the principle of distrust in crimes of corruption of officials, with attention to the horizontal and vertical division of roles.

Key words

Incompatible negotiation, extraneus, improper purpose, principle of trust and principle of mistrust.

Tabla de Contenido

I. INTRODUCCIÓN	1
II. JUSTIFICACIÓN	1
III. ANTECEDENTES	2
III.1. Hechos jurídicamente relevantes del caso	2
III.2. Desarrollo del Iter procesal	3
III.2.1. Primera instancia	3
III.2.2. Segunda instancia	4
III.2.3. Del trámite del recurso de casación.....	4
IV. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO QUE SUSTENTAN LA SENTENCIA	5
IV.1. Fundamentos que sustentan el voto en mayoría	5
IV.1.1. El Rol Del Particular En El Delito De Negociación Incompatible, Para La Verificación Del Interés Particular Indebido De Tercero	6
IV.1.2. La Finalidad Indebida Como Elemento Subjetivo Del Tipo Penal De Aprovechamiento Indebido Del Cargo	7
IV.1.3. El Principio De Confianza Como Filtro De Imputación Objetiva En Las Estructuras Organizadas De La Administración Pública	7
V. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	9
V.1. Primer problema jurídico	10
V.2. Segundo problema jurídico	11
V.3. Tercer problema jurídico.....	11
VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	12
VI.1. El rol del tercero en el delito de negociación incompatible	12
<i>El Rol Del Tercero</i>	12
VI.1.1. Nociones Preliminares Sobre el Delito de Negociación Incompatible.....	12
VI.1.2. Decisión De La Corte Suprema Y Análisis Desde Un Enfoque Jurisprudencial Y Doctrinal.	13
VI.1.2.1. Decisión De La Corte Suprema	14
VI.1.2.2. Jurisprudencia Contradictoria De La Corte Suprema Sobre La Participación Del Tercero.....	14
VI.1.2.3. Doctrina Contradictoria Sobre La Participación Del Tercero.....	16
VI.1.3. Postura personal sobre el problema jurídico.....	18
VI.1.3.1. El Tercero Como Cualquier Persona – Rol Destinatario	19
VI.1.3.2. Tercero como cualquier persona – Rol destinatario y cooperador.....	19
VI.1.3.3. El Tercero Como Funcionario O Servidor – Rol Cooperador	20

VI.1.3.4. El Tercero Contratista	20
VI.1.4. Conclusiones En Relación A La Participación Del Tercero En El Delito De Negociación Incompatible	21
VI.2. La “finalidad indebida” como elemento subjetivo de la negociación incompatible.	23
<i>Materializar Un Interés O Ánimo De Alcanzar Un Interés</i>	<i>23</i>
VI.2.1. Decisión de la Corte Suprema	23
VI.2.2. La naturaleza del delito de negociación incompatible.....	24
VI.2.3. Contenido de la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible..	26
VI.2.4. Postura	28
VI.2.4.1. Interés Directo.....	28
VI.2.4.2. Interés Indirecto	28
VI.2.4.3. Interés por acto simulado	29
VI.3. La Aplicación Del Principio De Confianza En Los Delitos Contra La Administración Pública	30
<i>El Principio de Confianza y/o El Principio de Desconfianza</i>	<i>30</i>
VI.3.1. Nociones Preliminares Sobre La Teoría De La Imputación Objetiva Y Principio de Confianza.....	30
VI.3.1.1. La Teoría De Imputación Objetiva Y Su Recepción En La Doctrina Y Jurisprudencia Peruana.....	30
VI.3.1.2. El Principio de Confianza Y Su Recepción En La Doctrina Y Jurisprudencia Peruana.....	31
VI.3.2. ¿Es Posible Aplicar El Principio de Confianza Para los Delitos Contra La Administración Pública?.....	34
VI.3.2.1. Posiciones A Favor	35
VI.3.2.2. Posición En Contra – Principio de Desconfianza	37
VI.3.3. Postura Personal	39
VII.CONCLUSIONES	48
VII.1. Conclusiones del Primer Problema Jurídico	48
VII.2. Conclusiones del Segundo Problema Jurídico	49
VII.3. Conclusiones del Tercer Problema Jurídico.....	49
VIII.BIBLIOGRAFÍA.....	52

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe jurídico busca realizar un análisis sobre los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de negociación incompatible, a través de la Casación N° 23-2016 ICA, en el cual se vieron involucrados altos representantes del Gobierno Regional de Ayacucho.

La característica principal del delito de negociación incompatible es ser parte de los delitos especiales de corrupción de funcionarios, el cual busca proteger bienes jurídicos supraindividuales. En consecuencia, su interpretación es más compleja y requiere de mucho estudio, ya que no requiere de concretización de beneficio pecuniario u otro, o exigencia probatoria exhaustiva, de acuerdo a la doctrina mayoritaria.

Por ello, para alcanzar la finalidad de este estudio nos centramos en el análisis de tres problemas jurídicos: el rol del tercero en el delito, la “finalidad indebida” como elemento subjetivo del tipo y la aplicación del principio de confianza. Estos están centrados en los fundamentos de derecho D, E y F desarrollados por los magistrados de la Corte Suprema.

II. JUSTIFICACIÓN

En cuanto a los criterios evaluados para la elección de la resolución, debemos destacar los siguientes: **i)** el tratamiento de diversos problemas jurídicos vinculados a la tipicidad del delito de negociación incompatible; **ii)** la relevancia y actualidad del tema, en cuanto alude a delitos de corrupción de funcionarios en contextos de emergencia; y, **iii)** el carácter discutible de la decisión judicial adoptada.

En cuanto al primer criterio, se tiene que esta resolución destaca por su complejidad al tratar diversos problemas jurídicos vinculados al delito de negociación incompatible. Se tratan tanto temas sustantivos como la aplicación del principio de confianza en el delito de negociación incompatible, y la finalidad indebida como elemento subjetivo de dicho delito. En cuanto a temas procesales se aborda aspectos probatorios sobre la acreditación del delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia.

Precisamente este último aspecto -delitos de corrupción en situaciones de emergencia-, es el que justifica el segundo criterio -de actualidad y relevancia del tema-, toda vez que en los últimos dos años el Perú se ha encontrado en una situación de emergencia sanitaria,

en cuyo marco se han producido numerosas contrataciones, muchas de las cuales se han visto cuestionadas por la presunta comisión de delitos de corrupción. En ese sentido, la elección de esta resolución nos brinda la oportunidad de tratar aquel tema y desarrollar algunos criterios que pueden ser útiles para futuros casos sobre la materia.

El tercer y último criterio que justifica nuestra elección es el carácter discutible de la decisión judicial adoptada por la Corte Suprema. Si bien, de manera general, se puede decir que toda resolución puede ser sometida a la crítica y escrutinio ciudadano; sin embargo, hemos advertido que esta resolución, de manera especial, ha motivado la opinión de diversos operadores jurídicos, precisamente en la línea crítica que asumirá este informe al desarrollar los problemas jurídicos.

En síntesis, estas son las razones fundamentales por las que hemos optado por analizar dicha resolución; las cuales, consideramos, justifican de manera suficiente nuestra elección.

III. ANTECEDENTES

Una vez justificada la elección de la resolución que es objeto de análisis, corresponde en este apartado identificar los hechos relevantes tratados en la Casación N.º 23-2016/ICA, por parte de la Corte Suprema de la República; y, en un segundo momento, también dentro de este apartado, señalaremos el *iter* procesal de esta causa judicial.

III.1. Hechos jurídicamente relevantes del caso

Los hechos imputados a Wilfredo Ocorima (Presidente del Gobierno Regional de Ayacucho), Tony Hinojosa (Gerente General de Gobierno Regional de Ayacucho), Edwin Ayala (Jefe de Abastecimiento del Gobierno Regional de Ayacucho), Víctor De la Cruz, Sixto Ibarra, Rosauro Gamboa y Walter Quintero (Consejeros Regionales), en el proceso penal seguido en su contra por la presunta comisión del delito de negociación incompatible (art. 399 CP), en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, son los siguientes:

La convocatoria del Gobierno Regional de Ayacucho para el proceso de licitación pública de adquisición de maquinarias y equipos se llevó a cabo el 29 de noviembre de 2011. Sin embargo, el 12 de diciembre de 2011, el gerente general solicitó se declare en situación de emergencia el sistema vial de la región, adjuntando estudios técnicos del personal

como sustento de la solicitud. Los consejeros regionales accedieron y declararon la situación de emergencia el 20 de diciembre de 2011. A consecuencia de esta declaración, se llevó a cabo el proceso de exoneración por la suma de S/. 20'000,000.00, se canceló el proceso de licitación pública y el presidente del gobierno regional aprueba la adquisición de las maquinarias y equipos.

Por otro lado, la gestión del proceso de exoneración estuvo a cargo del jefe de abastecimiento Edwin Ayala, quien fue designado para la adquisición de máquinas y equipos por el gerente general el 21 de diciembre de 2011. Durante este proceso se incurrió en una serie de irregularidades, entre ellos: exclusión de postores y pagos a los ganadores sin el tipo de cambio fijado por la SBS.

A consecuencia de todo ello, el 28 de diciembre de 2011, el OSCE requirió al presidente del gobierno regional que se deje sin efecto el proceso de exoneración porque carecía de justificación la declaración de emergencia. En la misma línea, el 5 de enero de 2012, el MEF informó haber detectado 23 observaciones al proceso de exoneración. Sin embargo, el presidente del gobierno regional continuó y permitió el pago a los ganadores del proceso.

III.2. Desarrollo del Iter procesal

III.2.1. Primera instancia

En conformidad con el requerimiento de acusación y sobreseimiento del Ministerio Público se emitió el auto de enjuiciamiento, el cual concluye de la siguiente manera.

- Se declaró prescrita la acción penal a favor de Richard Reyes, Andrés Capelletti, Pavel Torres Quispe y Rafael Vargas, por el delito de incumplimiento de funciones.
- Se absolvió a Jhoan Rojas, Alfonso Martínez, Elodio Huamaní y María del Carmen Cuadros de los cargos atribuidos como cómplices primarios del delito de negociación incompatible.
- Se condenó como coautores del delito de negociación incompatible a Wilfredo Ocorima, Tony Hinojosa y Edwin Ayala.
- Se condenó como cómplices primarios del delito de negociación incompatible a Víctor de la Cruz, Sixto Ibarra, Rosauro Ventura y Walter Quintero.

III.2.2. Segunda instancia

Presentaron recurso de apelación los condenados en primera instancia por el delito de negociación incompatible, sea a título de autores o cómplices primarios. De igual manera, el Ministerio Público apeló la declaración de absolución y prescripción penal.

La resolución de vista resolvió de la siguiente manera: Confirmó la prescripción penal, anuló la absolución y confirmó la condena por el delito de negociación incompatible a título de autores y cómplices.

III.2.3. Del trámite del recurso de casación

Mediante ejecutoria suprema se admitieron los recursos de casación excepcional para desarrollo jurisprudencial. Este desarrolló diversos temas de interés, de los cuáles serán los puntos 4, 5 y 6 estudiados en el presente trabajo de investigación: El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero; la finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible; y el principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la administración pública como el gobierno regional de Ayacucho.

Sustanciado el recurso de casación de acuerdo a su naturaleza, la Corte Suprema emitió la sentencia de casación que, por mayoría, con voto de los magistrados Pariona Pastrana, Neyra Flores, Calderón Castillo y Figueroa Navarro, declararon:

- Fundado el recurso de casación por las causales 1 y 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal; respecto a los extremos desarrollados en los apartados C, E, F y G¹.
- Infundado el recurso de casación por las causales 1 y 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal; respecto a los extremos desarrollados en los apartados A, B, D y H².

¹ Los extremos C, E, F y G corresponden, respectivamente, a los siguientes tópicos: el método de valoración de la prueba necesaria para demostrar grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia; La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible; el principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública; y, el significado del Procedimiento de Regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia.

² Los extremos A, B, D y H corresponden, respectivamente, a los siguientes tópicos: La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación; la determinación de criterios de admisión de prueba producida en el juicio en el procedimientos de apelación de sentencia; el rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero; y, el dolo como

- Casaron la sentencia en el extremo que confirmó la condena de Wilfredo Ocorima, Tony Hinojosa, Edwin Ayala como coautores; y, a Rosauro Gamboa, Walter Quintero, Víctor De la Cruz y Sixto Ibarra, en calidad de cómplices primarios del delito de negociación incompatible; actuando en sede de instancia los absolvieron de los cargos.
- Nula la resolución de vista, en el extremo que declaró nula la sentencia que absolvió a Jhoan Rojas, Alfonso Martínez, Eladio Huamaní y María del Carmen Cuadros, en calidad de cómplices del delito de negociación incompatible; y, actuando en sede de instancia, confirmaron la sentencia que absolvió a los referidos procesados.
- Ordenaron la inmediata libertad de Wilfredo Ocorima, Tony Hinojosa, Edwin Ayala, Walter Quintero, Rosauro Gamboa y Sixto Ibarra.
- Establecieron como desarrollo de doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos 4.13, 4.14, 4.15, 4.26, 4.27, 4.28, 4.30 y 4.31.

Es importante destacar que este fallo no fue suscrito por el magistrado Sequeiros Vargas, quien emitió un **voto discordante** en el siguiente sentido: **i)** Se declaren infundados los recursos de casación, por falta de acreditación de las causas de fundabilidad previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal; **ii)** Disponer el archivo definitivo de los actuados, y se remitan los autos al Tribunal de origen para los fines correspondientes.

IV. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO QUE SUSTENTAN LA SENTENCIA

Habiendo precisado los antecedentes procesales más relevantes de la sentencia de casación objeto de nuestro análisis, corresponde en este apartado consignar los fundamentos fácticos y jurídicos que le sirvieron de sustento, tanto a la resolución emitida en mayoría, así como los fundamentos del voto discordante emitido por el magistrado Sequeiros Vargas.

IV.1. Fundamentos que sustentan el voto en mayoría

Conforme se advierte de los antecedentes, los puntos de interés sobre los que se pronunció la Corte Suprema fueron diversos; sin embargo, este trabajo se centrará en los puntos

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

identificados previamente como **d), e) y f)**³, por ser los que tienen directa vinculación con el análisis dogmático-jurídico del delito de negociación incompatible, y, por tanto, justifican un mayor desarrollo y análisis; mientras que, por otro lado, no desarrollaremos los otros tópicos tratados por la Corte Suprema, pues estos, al incidir sobre aspectos probatorios o de índole administrativo, exceden el objeto del presente trabajo.

IV.1.1. El Rol Del Particular En El Delito De Negociación Incompatible, Para La Verificación Del Interés Particular Indebido De Tercero

La sala suprema desarrolla que el delito de negociación incompatible tiene carácter subsidiario al delito de colusión. Además, su bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública de cara al interés privado de sus miembros. Asimismo, el verbo “interés” es la búsqueda inusitada en el resultado de un proceso o adquisición. Es decir, al hallarse observaciones durante el proceso o adquisición, ello será producto de actos indebidos del agente durante este desarrollo (Casación N° 23-2016/ICA, 2017, FJ. 4.34 – 4.39).

Por otro lado, la sala suprema afirma que al momento de los hechos la normativa vigente no permite la intervención del “tercero”, por el contrario, en el delito solo será el sujeto activo un funcionario o servidor porque se está frente a un delito especial propio. Por lo tanto, el delito materia de análisis se concreta de manera independiente a la voluntad del interesado. La sala suprema desarrolla este fundamento acogiendo a la Casación N° 841-2015-Ayacucho. (Casación N° 23-2016/ICA, 2017, FJ. 4.34 – 4.39)

Finalmente, la sala suprema señala que la responsabilidad del “tercero” será de carácter administrativo, el cual no repercutirá sobre el ámbito penal. Al Respecto señala que esta responsabilidad se fundamentará en el artículo 56 y 44 de la Ley de Contrataciones con el Estado y abarcaría a los contratistas.

Por lo que, en este extremo, declaró infundado los recursos de casación planteados por los recurrentes Wilfredo Ocorima, Tony Hinojosa, Edwin Ayala, Rosaura Gamboa, Walter Quintero, Víctor De la Cruz y Sixto Ibarra.

³ **d)** El rol del particular en el delito de negociación incompatible para la verificación del interés particular indebido de tercero, **e)** La finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo, **f)** El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la administración pública

Voto Discordante del señor Juez Supremo Sequeiros Vargas: Concuera con el voto en mayoría ya que se está frente a un delito especial propio, no bilateral.

IV.1.2. La Finalidad Indebida Como Elemento Subjetivo Del Tipo Penal De Aprovechamiento Indebido Del Cargo

La sala suprema se acoge a lo señalado por la Casación N° 841-2015 y desarrolla que el “interés” es el elemento central de la tipicidad objetiva del delito, el cual se da sobre un contrato u operación, y que el despliegue de la misma será el elemento central de la tipicidad subjetiva, el cual consiste en el provecho que obtiene el funcionario, servidor o un “tercero”. Asimismo, señala que la motivación del elemento objetivo del tipo, o el beneficio que se obtiene, debe ser objeto de prueba durante el proceso (Casación N° 23-2016/ICA, 2017, FJ. 4.40 – 4.43).

En consecuencia, la sala suprema descarta que el tipo penal se haya configurado en el caso en concreto, ello debido a la falta de motivación de la Sala Penal de Apelaciones. En otras palabras, las empresas Ferreyros S.A.A., Tracto Camiones USA, San Bartolomé S.A. no pueden ser imputadas por el delito de negociación incompatible por la sola infracción de los deberes especiales de los co autores, siendo ello interpretado como un interés de beneficiar a estas empresas. (Casación N° 23-2016/ICA, 2017, FJ. 4.40 – 4.43)

En ese sentido, se declaró fundado los recursos de casación interpuestos por Ocorima Núñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostraza.

Voto Discordante del señor Juez Supremo Sequeiros Vargas: Afirma que al estar frente a un delito de peligro abstracto no se requiere de la “finalidad indebida” o tendencia interna trascendente en el tipo subjetivo.

IV.1.3. El Principio De Confianza Como Filtro De Imputación Objetiva En Las Estructuras Organizadas De La Administración Pública

La sala suprema parte señalando que la teoría de imputación objetiva permite dilucidar que la teoría clásica de la causalidad no necesariamente definirá la responsabilidad de una persona. El principio de confianza, entre otros, serán quienes determinen la imputación. Esta premisa parte de la complejidad de las organizaciones y la importancia de la división de funciones de sus miembros, ello con la finalidad de que cumplan su función. Por lo tanto, cada miembro será garante del cumplimiento de las competencias que le fueron

asignadas, los cuales estarán delimitados en sus normativas internas. Asimismo, no serán responsables por el ejercicio de funciones de terceros o cuando este es instrumentalizado por un tercero dentro de los límites de competencia que se le fueron atribuidos. En consecuencia, es válido confiar en que los demás actuarán dentro de la ley, caso contrario se estaría en la obligación de verificar que se cumpla correctamente y ello sería una responsabilidad adicional a la asignada⁴(Casación N° 23-2016/ICA, 2017, FJ. 4.44 – 4.53).

También, es incorrecto afirmar que el representante de la alta dirección es responsable por los actos indebidos de sus subordinados, como conocimiento especializados, debido a su posición de garante. Ellos tienen deberes funcionariales que no son distintos a los otros funcionarios, a excepción del incumplimiento de los deberes de supervisión establecidos en la norma, caso contrario se estaría frente a una vulneración del principio de culpabilidad⁵ del Código Penal (Casación N° 23-2016/ICA, 2017, FJ. 4.44 – 4.53).

En el caso en concreto, la Sala Penal de Apelaciones afirma que la declaración de situación de emergencia del sistema vial de Ayacucho es falsa y ello genera la configuración del delito de negociación incompatible. Además, alega que el presidente del gobierno regional tenía la obligación de considerar y verificar el contenido cierto de los informes técnicos y legales de dicha declaración (Casación N° 23-2016/ICA, 2017, FJ. 4.44 – 4.53).

Sin embargo, la Sala Suprema afirma que la gerencia sustenta su solicitud con un informe técnico y jurídico, el cual fue aprobado por el Consejo Regional, quien ordena a la vez la exoneración de los procesos de selección de las contrataciones; todo ello de acuerdo a la legislación vigente. Por lo tanto, el órgano ejecutivo solo cumplió el mandato del Consejo Regional, acompañado de una comisión de fiscalización. Además, el deber de garante no exige que tengan conocimientos técnicos y especializados, de esa manera verificar el trabajo de los subordinados, ello dentro del marco del principio de confianza (Casación N° 23-2016/ICA, 2017, FJ. 4.44 – 4.53).

⁴ El principio de confianza presenta los siguientes límites: Primero, la persona sobre quien se tiene ascendencia no tiene la capacidad de cumplir sus funciones de manera responsable. Segundo, la persona tiene el deber de garante o la obligación de verificar el trabajo realizado. Tercero, la persona en quien se confiaba presenta falta de idoneidad. Por último, cuando el titular es quien organiza los deberes de sus subordinados y rompe su deber institucional.

⁵ Artículo VI del Título Preliminar del Código Penal

Asimismo, conforme a la Acusación Fiscal, el presidente del Gobierno Regional intervino en el proceso de contratación excepcional cuando omitió las recomendaciones del OSCE y MEF, los cuales recomendaban dejar sin efecto dicho proceso por falta de sustento. Al respecto la Sala Suprema señala que el titular de la entidad levantó las observaciones con un recurso de reconsideración y que el OSCE no era competente en determinar la situación de emergencia (Casación N° 23-2016/ICA, 2017, FJ. 4.44 – 4.53).

Entonces, la Sala Suprema señala que el estatus del presidente del Gobierno Regional no genera en él el deber de garante a detalle de toda la información, el cual es de misma aplicación para el gerente general, consejeros regionales y jefe de abastecimiento.

Finalmente, el Tribunal Supremo declaró fundado el recurso de nulidad de Wilfredo Ocorima, Tony Hinojosa, Edwin Ayala, Víctor De La Cruz, Sixto Ibarra, Rosauro Gamboa, Walter Quintero, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales; en consecuencia, aplicar el principio de confianza y declarar atípica la conducta imputada.

Voto Discordante del señor Juez Supremo Sequeiros Vargas:

Señala que en el caso no se configura la teoría de la imputación objetiva, ya que el principio de confianza se desarrolla dentro de un hecho con apariencia delictiva y de que el sujeto activo actuó en función al error. En el caso en concreto, la situación excepcional de declarar en situación de emergencia, a pesar de las advertencias emitidas por el OSCE y el MEF, exigen un estado razonable de mayor alerta o diligencia a los funcionarios públicos; por lo tanto, hacen vencible el error y activan del deber de garante. Finalmente, el magistrado señala que el principio de confianza se relativiza en situaciones de emergencia debido a la característica extraordinaria del evento y no las circunstancias comunes de la entidad (Casación N° 23-2016/ICA, 2017, FJ. 6.6)

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Como se advierte del contenido de la resolución bajo análisis, los temas tratados son múltiples y de muy diversa naturaleza; sin embargo, consideramos que son tres los problemas jurídicos de mayor relevancia para el presente informe jurídico, siendo estos los siguientes: **i)** el rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero; **ii)** la naturaleza y alcance del

elemento: finalidad indebida, en la configuración del delito de negociación incompatible; y, **iii)** los supuestos en que el principio de confianza permite excluir la responsabilidad penal de los funcionarios de más alta jerarquía en una entidad pública, por el delito de negociación incompatible.

V.1. Primer problema jurídico

En relación al primer problema jurídico, referido al rol de particular en la configuración del delito de negociación incompatible, constituye un aspecto problemático en relación a este delito. Toda vez que, a nivel de la jurisprudencia, hemos identificado pronunciamientos distintos y hasta cierto punto contradictorios, sobre la responsabilidad penal que le asiste al tercero o sujeto particular, quien ordinariamente actúa como representante legal de los proveedores que contratan con el Estado.

En efecto, en el primer sentido, de considerar que el tercero puede intervenir delictivamente en la negociación incompatible, por ejemplo, a título de cómplice, se tiene el Recurso de Nulidad N.º 2068-2012/Lima, donde se consideró autores del delito de negociación incompatible a los funcionarios de CORPAC, mientras que a los representantes de la empresa V&M se les consideró cómplices. En la misma línea interpretativa se encuentra la Casación N.º 18-2017/Junín, donde se consideró cómplice a la representante de una empresa proveedora del INPE, mientras que, a los funcionarios de esta entidad, se les atribuyó la condición de autores.

Por otro lado, existe una línea interpretativa que sostiene algo distinto respecto al rol del tercero en el delito de negociación incompatible, esto es, que este delito, al ser un delito unilateral, no admite la intervención delictiva del tercero, pues de verificarse esta, estaríamos ante un delito distintos como la colusión, cohecho u otro. En esta línea se encuentran la Casación N.º 841-2015/Ayacucho, la Casación N.º 346-2019/Moquegua, así como la propia Casación N.º 23-2016/Ica, que es objeto de nuestro análisis.

Siendo así, advertimos que este aspecto del delito de negociación incompatible, referido al rol del particular, constituye un aspecto problemático que no ha tenido un tratamiento uniforme ni unívoco en la jurisprudencia nacional; por lo que, aquellas diferencias y contradicciones justifican que, en el marco de este informe, abordemos aquel problema jurídico y desarrollemos algunos criterios que nos permitan asumir una posición fundamentada sobre el particular.

V.2. Segundo problema jurídico

El segundo problema jurídico se vincula con el aspecto subjetivo del delito, nos referimos a la exigencia de que el agente actúe motivado por la finalidad de obtener un provecho propio o a favor de tercero. Al respecto, advertimos en la sentencia bajo análisis, el Colegiado Supremo, en mayoría, consideró que dicha finalidad indebida forma parte de la tipicidad subjetiva, y por tanto, sería exigible la misma, además del dolo.

Sin embargo, al desarrollar su argumentación en relación al caso concreto, el Colegiado llega a exigir que aquella finalidad ilícita de obtener un provecho propio o de tercero, sea objeto de prueba, hasta el punto de acreditar el provecho indebidamente obtenido por el tercero, como consecuencia de la gestión interesada del funcionario.

Siendo así, advertimos que aquella fundamentación resulta discutible, pues a nuestro juicio, se estaría tergiversando la naturaleza subjetiva de este elemento del delito, para convertirlo en una exigencia objetiva del tipo penal, en el sentido de exigir la probanza de que el funcionario o un tercero hayan obtenido, efectiva y materialmente, el provecho ilícito que motivó la actuación legal del funcionario.

En ese sentido, consideramos importante avocarnos al análisis de dicho elemento del delito, a efectos de ensayar, al finalizar este trabajo, algunos apuntes sobre la naturaleza y alcance de este elemento típico, en la configuración del delito de negociación incompatible.

V.3. Tercer problema jurídico

El tercer problema jurídico que hemos identificado en el caso, está vinculado a la posibilidad de aplicar el criterio de imputación objetiva denominado: principio de confianza, para excluir la responsabilidad penal de funcionarios de alta jerarquía de una entidad pública.

El carácter problemático de este aspecto, fluye de la sola lectura de la resolución bajo análisis; pues si bien la resolución en mayoría se decantó por aplicar el principio de confianza, y en consecuencia, declarar la atipicidad de la conducta del presidente del Gobierno Regional de Ayacucho y otros funcionarios de alta jerarquía; sin embargo, dicha solución no fue compartida por el magistrado supremo Sequeiros Vargas, quien al

fundamentar su voto en minoría sostuvo que, dadas las circunstancias concretar del caso, no era aplicable el principio de confianza.

Esta discrepancia jurídica, planteada en la propia resolución y en el voto en minoría, justifica que nos avoquemos a analizar si en caso analizado correspondía o no aplicar aquel criterio de imputación objetivo. Siendo que, dicho análisis nos permitirá a su vez, ensayar algunos criterios sobre la posibilidad de aplicar el principio de confianza, y bajo que condiciones, en el juzgamiento de delitos de corrupción de funcionarios como el de negociación incompatible.

La relevancia de analizar este aspecto, como nuestro tercer y último problema jurídico, se refuerza, si tenemos en cuenta que de un tiempo a esta parte, se han ido incrementando la cantidad de resoluciones que analizan y/o aplican aquel criterio de imputación objetiva en el ámbito de los delitos contra la administración pública, como lo demuestran las sentencias emitidas en la Casación N.º 102-2016/Lima, Casación N.º 1546-2019/Piura, así como la propia Casación N.º 23-2016/Ica, que es objeto de nuestro análisis, por citar algunos ejemplos.

VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

VI.1. El rol del tercero en el delito de negociación incompatible

El Rol Del Tercero

VI.1.1. Nociones Preliminares Sobre el Delito de Negociación Incompatible

Para entender adecuadamente el contexto en el que se inserta el primer problema jurídico, es necesario remitirnos al marco normativo de nuestro análisis, el cual está dado por la regulación del delito de negociación incompatible, en el artículo 399º del Código Penal peruano. Este tipo penal sanciona textualmente, la siguiente conducta:

“Artículo 399º. –

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 (...)”
(Código Penal, 1991)

En relación a este delito, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado:

“(…) se trata de un delito que vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en los que interviene un funcionario o servidor público por razón de su cargo; sobre todo porque aquel tiene el deber de procurar un óptimo beneficio para la Administración Pública. Sin embargo, el sujeto activo de este ilícito antepone en la negociación la obtención de un ilícito beneficio para sí o un tercero.” (Recurso de Casación N° 18-2017/Junín, 2019, F.J. Quinto)

Precisamente en este último aspecto -la intervención del tercero-, es donde se inserta el primer problema jurídico; toda vez que en la sentencia de casación que es objeto de análisis, el Colegiado Supremo admitió para desarrollo de doctrina jurisprudencial una causal vinculada al rol que tiene el “tercero” en la configuración del delito de negociación incompatible, planteándose la cuestión de si la configuración de este delito precisa de la intervención y/o responsabilidad del “tercero”.

En este punto, es importante precisar que cuando se alude a la figura del “tercero”, en el contexto del delito de negociación incompatible, se hace referencia al destinatario del provecho que procura el funcionario con su conducta ilícita. Asimismo, se debe aclarar que este tercero, eventualmente, podría ser el proveedor o representante del proveedor que contrata con el Estado. Sin embargo, ello no es una regla, pues dado que el tipo penal no realiza ninguna precisión en ese sentido, también es posible que el “tercero” sea una persona distinta o que no tenga vinculación alguna con el proveedor involucrado en la contratación u operación a cargo del Estado. Sin perjuicio de señalar que estos últimos supuestos serán los menos recurrentes. Además, estas precisiones respecto del “tercero” no son desarrollados en la jurisprudencia y doctrina respecto a la viabilidad de su participación en el delito de negociación incompatible.

VI.1.2. Decisión De La Corte Suprema Y Análisis Desde Un Enfoque Jurisprudencial Y Doctrinal.

Con las precisiones previas, corresponde delimitar la cuestión controvertida, la cual, en este caso, está dada por la interrogante de si el delito de negociación incompatible requiere para su configuración, la intervención delictiva del “tercero”, ya sea a título de autor o partícipe.

VI.1.2.1. Decisión De La Corte Suprema

Al responder aquella cuestión, el Colegiado Supremo, por mayoría, partió por excluir el círculo de posibles autores, señalando que, al tratarse la negociación incompatible de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo del delito -autor-, quien ostente la calidad de funcionario o servidor público, exigiendo, además, que este funcionario cumpla con la relación funcional exigida por la norma. Con dichos argumentos, el Colegiado Supremo hizo suyos los argumentos vertidos por la Corte Suprema en una sentencia de casación precedente, nos referimos al fundamento de derecho V de la Casación N.º 841-2015/Ayacucho.

A su vez, recogiendo la argumentación de esta última casación citada, afirmó de manera concluyente que “(...) la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, (...) No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión (...)” (Casación N.º 841-2015/Ayacucho, 2016, F.J. Trigésimo) Frente a esta postura asumida en la sentencia bajo análisis, se ubican otros pronunciamientos también de la instancia Suprema del Poder Judicial, donde se llega a soluciones jurídicas distintas.

VI.1.2.2. Jurisprudencia Contradictoria De La Corte Suprema Sobre La Participación Del Tercero

Como se mencionó líneas arriba, podemos citar la sentencia emitida en el marco de la Casación N.º 18-2017/Junín, donde se confirmó la condena de dos funcionarios del INPE, a quienes se les atribuyó haber tenido interés indebido en la tramitación y suscripción de un convenio celebrado con la empresa Fiorella Comunicaciones E.I.R.L. Lo relevante y particular de este caso, es que además de haberse condenado a los funcionarios del INPE, también se condenó en calidad de cómplice primaria, a la señora Élide Bertha Rojas Patiño, quien era representante legal de la empresa Fiorella Comunicaciones E.I.R.L. (Casación N.º 18-2017/Junín, 2019, F.J. Octavo-Noveno)

En efecto, en la citada resolución se señaló, en relación a la citada proveedora, quien tendría la condición de “tercero”, lo siguiente:

“En referencia a la encausada Rojas Patiño, se indicó que el interés indebido de sus coencausados Cano Carhuallanqui y Castillo Reyna fue para favorecer a su

empresa, por lo que es evidente su participación como cómplice primaria; asimismo, para la consumación del delito imputado, no se requiere la existencia de un daño patrimonial al Estado.” (Casación N° 18-2017/Junín, 2019, F.J. Tercero)

Como se advierte de aquella imputación, la sanción penal de la señora Rojas Patiño se fundamentó en el hecho de que su empresa habría sido favorecida por los funcionarios autores del delito de negociación incompatible.

Similar situación se da en el Recurso de Nulidad N.º 2068-2012/Lima, el mismo que recayó en un proceso penal seguido por el delito de negociación incompatible, que tuvo como imputación, la siguiente:

“(…) atribuye a los acusados Guillermo Rengifo Sandoval, ex gerente de logística de la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima en adelante CORPAC, y Luis Alberto Battistini del Águila, ex jefe del área de Adquisiciones y Bienes y Servicios de CORPAC y presidente del Comité Especial Permanente de Adquisiciones, haber favorecido los intereses de la empresa V&M Servicios Generales, constituida por los encausados Miguel Leonardo Toledo Manrique y Víctor Mugo Hernández Ramírez, para que se beneficien en diversas adquisiciones de menor cuantía realizada por CORPAC (...)” (Recurso de Nulidad N.º 2068-2012/Lima, 2013, F.J. Segundo).

Lo relevante de aquella imputación, es que se imputó a los funcionarios de CORPAC la calidad de autores del delito de negociación incompatible; mientras que a los representantes de la empresa V&M se les atribuyó la condición de cómplices primarios. Si bien en aquel recurso de nulidad se trató sobre un supuesto de prescripción, y, por tanto, no se determinó la responsabilidad de los encausados; sin embargo, dicha circunstancia nos muestra que el tratamiento que le ha brindado la jurisprudencia a dicho tema, no ha sido uniforme.

Por lo que, advertimos que, en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, existen criterios contradictorios respecto a la posibilidad de admitir la intervención delictiva del tercero, en la configuración del delito de negociación incompatible.

En relación a este problema jurídico, advertimos que la doctrina también se ha encargado de analizar el rol que cumple el tercero en la configuración del delito de negociación incompatible; siendo que, las soluciones a las que arriban los juristas del medio nacional, tampoco escapan a las discrepancias, tal como se analiza a continuación.

VI.1.2.3. Doctrina Contradictoria Sobre La Participación Del Tercero

Así, podemos citar la posición asumida por Castillo Alva, quien admite las diversas modalidades de participación como la complicidad e instigación en el delito de negociación incompatible. El citado jurista sostiene lo siguiente:

“(…) la negociación incompatible es cómplice primario la persona que actúa como intermediario interesándose, o conociendo el interés de otro, en el contrato u operación, salvo que se trate de funcionario público que obra en ejercicio de funciones y tiene una injerencia directa en la negociación o la celebración de los actos jurídicos” (Castillo, 2015, p. 121).

Por su parte, el magistrado Salinas Siccha (2019), al analizar las cuestiones de autoría y participación en el delito bajo análisis, no evalúa el supuesto específico de que el tercero beneficiado por el interés indebido sea, a su vez, el proveedor o contratista que celebra una operación económica con el Estado. Sin embargo, desde un punto de vista general, sí admite la participación a título de cómplice o instigador, de otros funcionarios que no tienen la relación funcional exigida por el tipo penal, así como de los extraños a la administración (p. 691).

Una posición contraria sostiene Rosales Artica, quien, al abordar este problema jurídico, hace suyos los planteamientos jurisprudenciales contenidos en la Casación N.º 841-2015/Ayacucho, los que, por lo demás fueron asumidos también en la Casación N.º 23-2016/Ica, que es objeto de nuestro análisis. Así, el citado autor se muestra crítico frente a la posibilidad de admitir la complicidad del tercero en el delito de negociación incompatible. Por lo que, citando dos casos de la jurisprudencia califica de equivocación el hecho de haber considerado como cómplices a los proveedores que en dichos casos tuvieron la calidad de “terceros” (Rosales, 2021, p. 177).

En una línea similar se encuentra Abanto Vásquez, quien al analizar la posibilidad de que el tercero responda penalmente por el delito de negociación incompatible, sostiene lo siguiente:

“[p]ara el beneficiado del “interés” del funcionario, siguiendo las reglas de la “participación necesaria” tiene que haber impunidad según el artículo 397 (sin perjuicio de la aplicación de cualquier otro tipo penal en que encaje su conducta), salvo que su contribución rebase la “contribución mínima necesaria” (Abanto, 2003, p. 519).

En relación a la postura de este autor, se debe precisar que el mismo no analiza específicamente el supuesto en que el tercero beneficiado sea, a su vez, el proveedor o contratista con quien el Estado celebra el contrato u operación económica. Sin perjuicio de ello, advertimos que su posición es favorable a admitir la impunidad del tercero.

De una posición intermedia es Rojas Vargas, quien al analizar la postura asumida en la Casación N.º 841-2015/Ayacucho, de descartar la complicidad primaria del tercero en el delito de negociación incompatible; asume un rol más descriptivo, al señalar:

“(…) dicha tesis se corresponde así con una interpretación minimalista y en línea de *última ratio* para con el tercero, pero deja abierto el análisis para otros participantes, si bien no en el rango de complicidad primaria, sí de cooperadores secundarios” (Rojas, 2021, p. 324).

En esta descripción, el citado autor, al parecer, acepta la postura plasmada respecto de la complicidad primaria; sin embargo, plantea la posibilidad de una complicidad secundaria para los sujetos distintos al tercero favorecido.

En dicho contexto, advertimos que a nivel de doctrina existen autores que sí han tratado de manera específica el supuesto de que el tercero beneficiado sea, a su vez, el proveedor o contratista con el Estado, manifestando posiciones contrarias sobre la posibilidad de admitir su punición a título de cómplices. A su vez, advertimos que importantes tratadistas de la materia, no se han planteado específicamente dicho supuesto, y, por lo tanto, tampoco han asumido una posición fundamentada sobre dicha problemática. Lo cual, nos reafirma en la idea de que resulta necesario abordar aquella problemática y plantear posibles soluciones al mismo.

VI.1.3. Postura personal sobre el problema jurídico

A efectos de plantear nuestra postura personal, es necesario partir por señalar cuáles son los supuestos de hecho que puede contemplar el tipo penal de negociación incompatible. En ese sentido, advertimos que, en relación al tercero, el tipo penal contempla inicialmente dos posibilidades:

La primera, tiene que ver con el supuesto en que el funcionario o servidor público se interesa indebidamente con la finalidad o propósito de obtener un provecho en su propio beneficio; en este supuesto, no cabe ni se admite intervención o referencia alguna hacia un tercero. Por lo que, aquella modalidad del delito de negociación incompatible no formará parte de nuestro análisis, en este acápite.

El segundo supuesto que comprende el tipo penal se presenta cuando el sujeto público se interesa indebidamente en algún contrato u operación pública, con la finalidad de obtener un provecho en favor de tercero. En este caso, por la propia redacción del tipo penal, si cabe plantearse o evaluar el rol que asume este tercero en la configuración del delito de negociación incompatible. Asimismo, advertimos que el tipo penal no ha realizado ninguna precisión o exigencia específica sobre quién puede ser el tercero que se busca beneficiar por la conducta ilegal del funcionario público. Siendo así, bajo la premisa de que no se puede realizar distinciones allá donde la ley no lo hace, una primera afirmación básica sería que el tercero puede ser cualquier persona, con excepción del propio funcionario que se interesa indebidamente, pues en este último supuesto estaríamos ante una modalidad distinta del delito. Sin perjuicio de lo señalado, es posible identificar algunos supuestos típicos que nos ayudarán en nuestro análisis.



Elaboración Propia

VI.1.3.1. El Tercero Como Cualquier Persona – Rol Destinatario

El primer supuesto, se presenta cuando el tercero que se pretende beneficiar es una persona ajena a la administración pública, pero que guarda algún tipo de vinculación con el funcionario público que le procura un provecho ilícito.

En relación a esta última exigencia -vinculación del tercero con el funcionario- esta puede ser de diversa naturaleza y fundamentarse en relaciones de diversa índole, por ejemplo, familiares, amicales, comunidad de intereses económicos, políticos, etc. En relación a este supuesto, se plantea el problema de si este tercero, que no es un proveedor o contratista, pero sí un *extraneus* a quien el funcionario pretende generarle un provecho ilícito, puede o no responder penalmente, y, de ser así, con qué título de imputación.

Al respecto, consideramos que, en este supuesto, en el que el tercero únicamente tiene el rol de ser destinatario del provecho ilícito, este no debe responder penalmente por el delito de negociación incompatible. Esto es, no puede ser considerado autor, por no reunir la calificación especial ni la relación funcional que exige el tipo penal; a su vez, tampoco puede ser considerado cómplice, pues su conducta no se adecúa a algún acto de cooperación, auxilio o facilitación, que le otorgue relevancia penal.

VI.1.3.2. Tercero como cualquier persona – Rol destinatario y cooperador

El segundo supuesto, contrario a lo anteriormente expuesto, se presenta cuando este tercero, no solo es el destinatario del provecho ilícito, sino que, además, realiza algunas acciones concretas que significan un acto de cooperación o auxilio en favor de la conducta ilícita del funcionario; por ejemplo, ayudándole a realizar algunas irregularidades que materializan su interés indebido⁶.

⁶ Aprovechamos este espacio para realizar un apunte de naturaleza probatoria, pues si bien el “interesarse”, alude a una disposición subjetiva del agente respecto de un contrato u operación específica; sin embargo, su probanza no debe dirigirse al fuero interno del funcionario, sino a aquellas manifestaciones objetivas -externas- de su comportamiento, a partir de los cuales se pueda inferir razonablemente aquel interés indebido. La experiencia nos enseña que estos comportamientos generalmente aluden a irregularidades que el funcionario gestiona o promueve en el marco del proceso contractual; los que denotan su interés inusitado por concretar aquella contratación u operación estatal.

En este supuesto, se encuentra plenamente justificada la responsabilidad penal del tercero, pues este no limita su rol a ser el destinatario del provecho ilícito; sino además realiza una contribución a la materialización del delito de enriquecimiento ilícito⁷.

VI.1.3.3. El Tercero Como Funcionario O Servidor – Rol Cooperador

El tercer supuesto, igualmente la asiste responsabilidad penal, en calidad de cómplice, al sujeto que, si bien tiene la condición de servidor o funcionario público; sin embargo, no posee la relación funcional que exige el tipo penal de negociación incompatible. Este supuesto se presenta, por ejemplo, cuando el funcionario que se interesa indebidamente, recibe auxilio o actos facilitadores de parte de otros funcionarios de la entidad, quienes no intervienen en el contrato u operación estatal, por razón de su cargo.

VI.1.3.4. El Tercero Contratista

Una circunstancia distinta se presenta cuando el tercero destinatario del provecho ilícito es, a su vez, el proveedor o representante del contratista que interviene en la operación o contrato público. En este caso, en específico, somos de la opinión que no cabe sancionar a título de cómplice al tercero que actúa directamente como proveedor o representante del proveedor; pues dicho supuesto rebaza el alcance típico del delito de negociación incompatible.

En efecto, nuestra posición sobre dicho aspecto se fundamenta en el carácter subsidiario que tiene el delito de negociación incompatible, respecto del delito de colusión. Al respecto, participamos de la opinión de Montoya Vivanco, quien sobre el particular señala lo siguiente: “(...) el delito de negociación incompatible tiene un carácter subsidiario respecto de aquellos otros que sancionen la conducta de priorizar intereses privados por encima de intereses estatales, en un marco contextual de contrataciones públicas o cualquier otra operación económica en la que el Estado esté involucrado” (Montoya, 2015, p. 135).

Bajo esta premisa teórica sostenemos que, en todo supuesto de hecho que califique como un delito de colusión, es posible, a su vez, advertir un interés indebido de parte del funcionario público, lo cual, da lugar a la comisión del delito de negociación

⁷ En esa línea se manifiesta ABANTO VÁSQUEZ (2003), cuando defiende la impunidad del tercero, salvo cuando la contribución de este rebasa lo que el citado autor denomina “la contribución mínima necesaria” (p. 519).

incompatible. Sin embargo, al ser la colusión una conducta más compleja y específica, y al encontrarnos ante un concurso aparente de leyes, aplicando el principio de especialidad, solo se sancionará este último delito, dejando de lado la negociación incompatible, dado su carácter subsidiario (Montoya, 2015, p. 136).⁸

Siendo así, en el supuesto que, en el marco del proceso penal, se pruebe que el tercero y a su vez proveedor de los bienes o servicios que contrata el Estado, ha realizado alguna contribución a la actuación ilícita del funcionario, consistente en postergar los intereses públicos y priorizar intereses particulares; no cabe imputarle complicidad primaria en el delito de negociación incompatible; sino, directamente, el delito de colusión. Esta afirmación se fundamenta en la premisa de que, si tanto el funcionario como el tercero proveedor comparten la empresa de celebrar un contrato u operación, superponiendo los intereses particulares por sobre los de la administración, también resulta evidente y lógico sostener que entre ambos existió un concierto ilícito, que es, precisamente, el elemento que caracteriza al delito de colusión. A nuestro juicio, esta solución jurídica es razonable y responde al carácter subsidiario del delito bajo análisis.

VI.1.4. Conclusiones En Relación A La Participación Del Tercero En El Delito De Negociación Incompatible

Por estas consideraciones, por un lado, nos apartamos de aquel criterio jurisprudencial que sanciona al funcionario público como autor del delito de negociación incompatible; y, a su vez, sanciona al tercero proveedor como cómplice primario de dicho delito; pues consideramos que aquella solución jurídica, por un lado, no atiende al real alcance que tiene el delito de negociación incompatible; y, por otro lado, inaplica el delito de colusión, sin ninguna justificación razonable.⁹

A su vez, el análisis realizado, también nos permite manifestar nuestra conformidad con la solución adoptada por la Corte Suprema, en este extremo, en la casación que es objeto de nuestro análisis (Casación N.º 23-2016/Ica); pues en esta se rechaza la posibilidad de que el tercero proveedor pueda ser considerado cómplice del delito de negociación

⁸ Aquí podría hablar del interesarse indebidamente y cómo eso desde las dos posiciones se configura el delito de colusión.

⁹ Bilateralidad – interesarse por ambas personas sería en realidad un delito participación necesaria.

incompatible, ya que su intervención en el delito, daría lugar a la configuración de un delito de participación necesaria, como es la colusión.

Sin perjuicio de lo señalado, sí nos parece cuestionable le falta claridad y precisión sobre este aspecto, en la casación bajo análisis, pues en la misma no se realiza una distinción sobre los distintos supuestos que pueden concurrir respecto del tercero en el delito de negociación incompatible, como lo hemos realizado en el presente trabajo. Antes bien, realizan una afirmación genérica y concluyente que podría conducir al equívoco de los operadores jurídicos, de considerar que el delito de negociación incompatible no admite la complicidad, en ningún supuesto; lo cual, por lo demás, ha sido descartado por la propia corte suprema mediante su jurisprudencia vinculante.

En efecto, en este punto corresponde citar los criterios desarrollados por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116, en cuyo fundamento jurídico décimo cuarto, ha tenido ocasión de señalar que “[l]a intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber (...) ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional” (Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116, 2017, F.J. Décimo Cuarto).

Con estas palabras, la Corte Suprema estableció lo que consideramos una regla, esto es, que los delitos de infracción de deber como el de negociación incompatible, sí admiten la complicidad de terceros. Sin embargo, frente a dicha regla, aparecen algunas excepciones, como el caso que hemos analizado en este informe, cuando el tercero que se pretende favorecer con un provecho ilícito, es a su vez, el proveedor que contrata con el Estado. En este caso, en específico, descartamos la posibilidad de una complicidad primaria de dicho particular.

En suma, para cerrar esta parte de nuestro análisis, debemos enfatizar que si bien compartimos el criterio esbozado por la Corte Suprema, respecto a la imposibilidad de que el tercero-proveedor, sea considerado cómplice primario; sin embargo, sí nos parece cuestionable la falta de claridad y precisión con que el Colegiado Supremo, actuando en mayoría, expuso sus afirmaciones sobre este aspecto; pues las mismas, por la forma en que fueron redactadas, pueden propiciar interpretaciones erróneas sobre la posibilidad de admitir la complicidad en el delito de negociación incompatible.

VI.2. La “finalidad indebida” como elemento subjetivo de la negociación incompatible.

Materializar Un Interés O Ánimo De Alcanzar Un Interés

A continuación, considero relevante presentar el contenido y análisis que tiene la sentencia materia de investigación sobre los elementos de la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible, de esa manera delimitar la cuestión controvertida y adoptar una postura sobre el segundo problema jurídico.

VI.2.1. Decisión de la Corte Suprema

La sentencia identifica como uno de los elementos de la tipicidad objetiva al “interés indebido” que manifiesta el funcionario o servidor público sobre un contrato u operación. Asimismo, en relación a los elementos de la tipicidad subjetiva señala que se requiere del dolo (conocimiento y voluntad) y la “finalidad indebida”. En relación a este último elemento, la “finalidad indebida”, la sentencia señala que se configurará con el despliegue del “interés indebido”, el cual será en el “provecho” propio o de un tercero. Por lo tanto, el delito exige una motivación adicional por el cual el funcionario manifiesta el interés. De esa manera, la sentencia hace suyo los argumentos que desarrolla la Casación N° 841-2015 sobre los elementos de la tipicidad subjetiva del delito materia de análisis.

Sin embargo, en el análisis del caso en concreto, la sentencia desarrolla contradictoriamente este segundo elemento de la tipicidad subjetiva como un elemento de la tipicidad objetiva. Es decir, manifiesta que esta búsqueda o motivación de obtener un “provecho” requiere ser probado dentro del proceso. En otras palabras, la sentencia interpreta que el despliegue del “interés indebido” en el “provecho” propio o de un tercero como “finalidad indebida” deben ser analizadas desde la tipicidad objetiva, por ello exige medio probatorio que acredite el provecho de los proveedores Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones USA, San Bartolomé S.A. y Unimaq S.A.

En consecuencia, el análisis que realiza la sentencia sobre los elementos “interés indebido” y “finalidad indebida” es contradictorio. Es decir, en primera instancia la Corte Suprema identifica los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de negociación incompatible; sin embargo, el desarrollo del análisis del caso en concreto contradice lo anteriormente señalado. Por lo tanto, surge la controversia, si en el tipo

penal de negociación incompatible ¿el funcionario o servidor público debe materializar el beneficio sobre el cual tuvo interés? o ¿el funcionario o servidor público debe tener el ánimo de alcanzar un beneficio sobre el cual tuvo interés?

Por ello, seguidamente, considero relevante desarrollar y analizar la naturaleza y contenido del delito de negociación incompatible y los elementos de la tipicidad subjetiva; todo ello para dilucidar la debida aplicación de la “finalidad indebida” del delito materia de análisis en la sentencia.

VI.2.2. La naturaleza del delito de negociación incompatible

Comparto la postura de Abanto Vásquez (2003), quien afirma que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro, por lo que no se espera un resultado sobre el mismo, o que el interés particular se produzca (p. 506).

Al respecto, sobre el contenido o alcance de los delitos de peligro como tipologías, Mir Puig sostiene lo siguiente:

“(…) en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta* lesión (así que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien, sino que basta la peligrosidad de la *conducta*, peligrosidad que supone inherente la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano.” (Mir Puig, 2011, p. 240-241)

Por su parte, Cerezo Mir (2002) al analizar los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, sin desarrollar en específico sobre el delito de negociación incompatible, afirma que el derecho penal moderno se desarrolla dentro de una sociedad del riesgo. Es así que se busca la protección de bienes jurídicos individuales, colectivos y supraindividuales, y el continuo desarrollo de los delitos de peligro abstracto. Algunos delitos contra la administración pública se desarrollarían dentro de este último ámbito de protección como bienes jurídicos supraindividuales. Asimismo, afirma que los delitos de peligro abstracto permitirían que el derecho penal prevea e intervenga con mayor intensidad porque no requiere de una infracción, peligrosidad en concreto del bien

jurídico, medios probatorios o relación causal entre la acción y el resultado penal. (p. 54-60)

De igual manera, podemos citar la postura de Leyva Estupiñam, Lugo Arteaga y Pérez Duharte, al analizar en específico sobre las negociaciones ilícitas como delito funcional. Ellos señalan que este delito consiste, también, en la “(...) capacidad de una puesta en peligro abstracto de bienes jurídicos supraindividuales para constituir un injusto que fundamente culpabilidad (...)” (2018, p. 141)

Es así que la doctrina internacional concuerda que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto. En principio, la administración pública requiere de ciertas condiciones para garantizar el interés general sobre el interés particular. La prohibición de la negociación incompatible garantiza, de esa manera, el fiel y correcto desempeño de las funciones de la administración. Dicho de otro modo, los órganos de la administración pública deben actuar imparcialmente y estar cubiertos de toda sospecha de parcialidad. Por lo tanto, el beneficio o ventaja que haya recibido el funcionario o el tercero carece de relevancia jurídica, incluso si existiera un beneficio económico para el propio Estado (Mañalich, 2015, p. 96-101).

En una línea similar, dentro de la doctrina nacional, sostiene Cesar Nakasaki sobre el análisis del delito de negociación incompatible: “Entendemos que, según nuestra regulación actual, no es posible considerar el delito de negociación incompatible como un delito de resultado, ya que incluso es posible que el delito se haya configurado cuando exista algún beneficio para la administración pública” (Nakasaki, 2016, p. 429).

De igual modo, en relación a la naturaleza del delito de negociación incompatible, a nivel jurisprudencial, podemos citar un recurso de casación reciente, donde Ligia Calina Correa Villacorta de Vásquez con sentencia previa fue condenada como autora del delito de negociación incompatible. El contexto se desarrolla dentro de un proceso de licitación donde la empresa TLM PERU EIRL fue el único postor, alcanzando así la buena pro. En el proceso de la licitación, el contrato tenía dentro de sus cláusulas el pago de una carta fianza. Sin embargo, la acusada, en razón de su cargo como sub gerente del área de tesorería, realizó el pago por adelantado y en dos partes de la licitación en favor de la empresa TLM PERU EIRL, sin haber cumplido previamente el pago de la carta fianza de acuerdo al contrato. La defensa de la acusada sostuvo que ella actuó sin dolo y fue

sorprendida por el otro acusado. (Recurso Casación N° 1833-2019/LIMA, 2021, F.J. Primero)

En razón a la naturaleza del delito la Corte Suprema señaló:

“(…) el delito de negociación incompatible (…) no es un delito de daño (no requiere causación de perjuicio) sino de peligro abstracto –no de peligro concreto (…)- y de mera actividad, de suerte que el comienzo de la ejecución y la consumación se sitúa en el momento en que el autor participa en cualquier nivel de la contratación pública.” (Recurso Casación N° 1833-2019/LIMA, 2021, F.J. Cuarto)

Sin embargo, en relación al elemento subjetivo, la Corte Suprema brevemente desarrolla que el Tribunal Superior interpretó erróneamente los elementos del tipo penal, mas no desarrolla el fundamento de la misma sobre la defensa de la acusada.

Como se advierte, existe concordancia doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza del delito de negociación incompatible al señalar que es un delito de peligro abstracto en búsqueda de proteger bienes jurídicos supraindividuales. En consecuencia, no busca un resultado o que el interés se produzca, aun cuando el beneficiario sea el Estado. Será la peligrosidad de la conducta quien de reconocimiento a la tipología del delito. De ahí que, no se requiera de la actuación de medios probatorios.

VI.2.3. Contenido de la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible

Luego de haber desarrollado la naturaleza del delito materia de análisis, ahora corresponde delimitar el contenido del tipo subjetivo del mismo. A continuación, se desarrollará desde un enfoque doctrinal y jurisprudencial, de esa manera tener un mayor alcance sobre la “finalidad indebida” como elemento subjetivo del tipo penal.

En primera instancia, cabe señalar que uno de los elementos de la tipicidad subjetiva es el dolo, además de la tendencia interna trascendente o “finalidad indebida”. En esta dirección se puede citar el fundamento desarrollado por la Corte Superior de Justicia en el Expediente 00031-2017-7-5201-JR-PE-02, donde se condena a Domingo Arzubialde Elorrieta por el delito materia de estudio, al haber favorecido de manera directa a la empresa LAMSAC en la ejecución del contrato de concesión Línea Amarilla. Por lo tanto, la sala determinó en relación al elemento subjetivo lo siguiente:

“(…) el delito de negociación incompatible es netamente doloso, por tanto, no cabe la comisión por culpa. La configuración subjetiva de la conducta ilícita requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de celebrar contratos o realizar operaciones en representación, y a favor del Estado; no obstante, voluntariamente actúa evidenciando interés particular con el firme objetivo de obtener un provecho propio indebido para sí o para un tercero con el cual lógicamente tiene alguna vinculación.” (Expediente 00031-2017-7-5201-JR-PE-02, 2019, F.J. Vigésimo Sexto)

También, el I Pleno Casatorio 2019, de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, determinó que no es posible considerar el dolo eventual en la comisión del delito de negociación incompatible, solo el dolo directo.

Luego de haber desarrollado este primer elemento, ahora corresponde desarrollar la tendencia interna trascendente. Como se mencionó líneas arriba, la sentencia materia de análisis hace suyo los fundamentos que desarrolla la Casación 841-2015 Ayacucho sobre la finalidad especial en el delito de negociación incompatible, donde desarrolla los dos elementos típicos de este delito. El primer elemento central forma parte de la tipicidad objetiva, este es el “interés” el cual se manifiesta de dos maneras (debido e indebido). El segundo elemento, el cual es materia de controversia en este capítulo, es la búsqueda del provecho propio o de un tercero. Es decir, además del dolo, se debe exteriorizar este ánimo o motivación de beneficiarse para sí o un tercero. Sin embargo, la sentencia señala que cada uno de estos dos elementos deben ser objeto de prueba y, por lo tanto, no es posible la presunción. En consecuencia, en el análisis del caso en concreto, la sentencia señala que al no haberse acreditado el segundo elemento subjetivo por elementos distintos a defectos administrativos se declaró fundado el recurso de casación de Tony Hinojosa y Edwin Ayala (Casación 841-2015, 2016, F.J. Trigésimo Cuarto – Cuadragésimo Primero).

En la misma línea, sobre los elementos de la tipicidad subjetiva, podemos citar la posición de Rosales Artica, quien señala que el delito de negociación incompatible es netamente doloso (conocimiento y voluntad) y no cabe la infracción culposa. Asimismo, señala que desde la tipificación del delito se desprende que no solo se requiere de un “interés indebido”, sino también que este sea “en provecho propio o de tercero”. Es decir, la norma

exige, además del dolo, otro elemento subjetivo que es la tendencia interna trascendente. Este último elemento codeterminará la tipología del delito. (2021, p. 146-152).

Por lo tanto, advertimos que a nivel doctrinal y jurisprudencial la “finalidad indebida” forma parte de la tipicidad subjetiva del tipo penal de negociación incompatible, como un elemento adicional del dolo directo, el cual consiste en aquella motivación o ánimo que exterioriza el interés indebido que se conoce como tendencia interna trascendente.

VI.2.4. Postura

A efectos de plantear nuestra postura personal, es necesario partir por distinguir los tipos de interés indebido que contempla el delito en la tipicidad objetiva. La finalidad es contemplar la aplicación de los elementos de la tipicidad subjetiva y responder de acuerdo a la naturaleza del delito de negociación incompatible que se desarrolló en primera instancia en cada uno de ellos. Al respecto, el tipo penal contempla tres posibilidades:

VI.2.4.1. Interés Directo

Tiene que ver cuando el funcionario de manera personal realiza los actos administrativos y todos los esfuerzos para alcanzar el beneficio, en cualquier momento de la celebración del contrato u operación (Salinas, 2019, p. 678).

Al respecto, el funcionario o servidor actuará contrariamente a sus deberes del cargo, es decir realizará una diversidad de actos conociendo que no son propios de su rol en el proceso del contrato u operación, de esa manera romper la imparcialidad que se le exige y alcanzar un propósito o “finalidad indebida”. En otras palabras, este interés indebido del funcionario o servidor será para obtener un provecho o un beneficio. Será en este último despliegue que se configura el delito de negociación incompatible.

VI.2.4.2. Interés Indirecto

Es el supuesto del funcionario, donde a través de un tercero o intermediario, se vale para alcanzar un beneficio. Esta es la figura donde participa el “tercero” a modo a cómplice, donde no interesa el beneficio que este reciba. (Salinas, 2019, p. 679)

Es el supuesto del funcionario o servidor que coopera o auxilia para que se materialice un interés indebido. Es decir, el funcionario o servidor que interviene en el proceso de

contratación u operación por razón de su cargo, conoce que recibirá el apoyo de otro funcionario o servidor que no tenga esta característica especial que indica el tipo penal. En este supuesto, el funcionario o servidor que no tiene esta relación funcional conoce que no debe intervenir en un contrato u operación; sin embargo, realizará actos para que se alcance un beneficio indebido, aun cuando este último no esté dirigido para él.

VI.2.4.3. Interés por acto simulado

En este supuesto el funcionario aparenta actuar con probidad, es decir en beneficio de los intereses del Estado; sin embargo, el beneficio será propio o de tercero (Salinas, 2019, p. 679).

En este caso es más claro que el delito de negociación incompatible exige la configuración del dolo directo, el cual en palabras del doctor Abanto Vásquez: “(...) solamente es posible el dolo directo, pues los actos de “interés privado”, y, sobre todo, bajo la modalidad de “acto simulado” no son posibles sin quererlos” (Abanto Vásquez, 2003, p. 516).

Al respecto, el funcionario o servidor que tiene la relación funcional conoce que no está actuando con probidad, pero realiza el esfuerzo de que sus actos aparenten estar dentro del interés debido en favor del Estado. Por lo tanto, no es posible que, conociendo sus deberes dentro del proceso de contratación u operación, realice actos indebidos sin querer que estos sean así. Entonces, el dolo eventual no se puede configurar en el delito de negociación incompatible porque el funcionario o servidor sí busca un beneficio a través de su realización consciente de actos irregulares.

Luego de haber desarrollado estos supuestos sostengo que en el análisis de la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible se requiere de dos elementos. El dolo directo será necesario porque es insostenible que, conociendo el lineamiento del rol funcional dentro de un proceso, se realice otro de manera irregular sin querer que ello sea así. Asimismo, los actos ilícitos o contrarios al interés debido requieren de un desarrollo consecuencial que será el beneficio ilícito o “finalidad indebida”, el cual es la tendencia interna trascendente. Además, el estar dentro de un delito de peligro abstracto no se requiere la concretización o materialización del beneficio ilícito, pero sí de que existan indicios o ánimo para su alcance.

VI.3. La Aplicación Del Principio De Confianza En Los Delitos Contra La Administración Pública

El Principio de Confianza y/o El Principio de Desconfianza

VI.3.1. Nociones Preliminares Sobre La Teoría De La Imputación Objetiva Y Principio de Confianza

El marco teórico en el que se inserta el tercer problema jurídico está vinculado a la teoría de la imputación objetiva y el principio de confianza. En ese sentido, a efectos de contextualizar adecuadamente este problema, resulta necesario realizar breves apuntes respecto a la teoría dogmática y a la categoría normativa, su contenido y recepción por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional.

VI.3.1.1. La Teoría De Imputación Objetiva Y Su Recepción En La Doctrina Y Jurisprudencia Peruana

Al respecto, podemos señalar que esta teoría surge como un intento de superar la visión causalista de la imputación penal, según la cual, el criterio determinante para saber quién debía responder por uno u otro delito, era verificar si este “causó”, en términos naturalísticos, el resultado lesivo. Sin embargo, a partir del influjo de la teoría de la imputación objetiva, se dejó de considerar a la causalidad natural como un criterio único y suficiente para la imputación penal, y se pasó al análisis de otros criterios normativos para saber cuándo un hecho lesivo podía ser imputado al autor como un hecho u obra suya. De ahí que, según esta teoría, “un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto” (Roxin, 2009, p. 363).

Es decir, a partir del influjo de la teoría de la imputación objetiva, ya no será suficiente para imputar objetivamente un hecho a un determinado sujeto, verificar que este produjo un resultado lesivo causalmente; sino que además será necesario verificar si este resultado es imputable objetivamente al sujeto, a partir de verificar su conducta a la luz de determinados criterios de carácter normativo. Estos criterios son los de riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso e imputación a la víctima.

Sobre este aspecto, nuestra jurisprudencia ha explicado lo siguiente:

“se debe tener en cuenta que para la configuración de un ilícito penal es necesario comprobar la relación existente entre la conducta y el resultado típico, es decir, que exista una relación suficiente entre ambos, además constatada la relación de causalidad entre la acción y el resultado típico, el segundo paso, consistirá en la imputación del resultado del resultado a dicha acción. Como vemos, el primer paso consiste en una comprobación, donde se verificará, desde un punto de vista natural, la relación de causalidad; el segundo paso será la comprobación de un vínculo jurídico entre la acción y el resultado, este segundo aspecto no es más que el juicio normativo de la imputación objetiva (...)” (Recurso de Nulidad N° 3958-2010, 2011, F.J. Cuarto)

El desarrollo inicial y más importante de la teoría de la imputación objetiva, se dio de la mano del profesor alemán Claus Roxin; sin embargo, esta teoría también recibió un importante aporte y desarrollo por parte del profesor Günther Jakobs (1997, p. 253), especialmente en lo que atañe a los tres últimos criterios antes señalados. En lo que atañe al Perú, si bien en la doctrina existen quienes miran con algún reparo la utilidad y vigencia de la teoría de la imputación objetiva¹⁰(Prado y Hurtado, 2011, p. 434); sin embargo, se puede afirmar que nuestro país no ha sido ajeno al influjo de dicha teoría y sus criterios, los que han sido acogidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

VI.3.1.2. El Principio de Confianza Y Su Recepción En La Doctrina Y Jurisprudencia Peruana

Si bien hemos señalado que la teoría de la imputación objetiva ha desarrollado diversos criterios normativos, en el presente trabajo nos interesa el referido al principio de confianza. Con relación a este principio, lo primero que debemos señalar es que su ámbito de actuación está dado por contextos delictivos con pluralidad de sujetos, en los que estos intervienen de manera conjunta o secuencial, bajo un régimen de división de roles.

En efecto, para comprender dicho criterio de imputación objetiva, debemos partir por señalar que el principio de confianza tiene su fundamento en el principio de autorresponsabilidad, según el cual cada quien responde únicamente por aquellos deberes de cuidado y competencias a las que está jurídicamente obligado; dejando al margen de su responsabilidad, los resultados lesivos que se produzcan a consecuencia de la conducta

¹⁰ En esa línea de relativizar la utilidad de la teoría de la imputación objetiva.

ilícita de terceros. En buena cuenta, lo que se pretende es limitar los ámbitos de responsabilidad en determinados contextos sociales, profesionales, laborales, etc.; con la finalidad de hacer más ágiles y viables aquellas actividades sociales. (Maraver, 2012, p. 152)

En efecto, dicha referencia nos remite a los antecedentes del principio de confianza, dado que el mismo:

“(…) es un principio de creación jurisprudencial que surgió a mediados del pasado siglo XX en el ámbito del tráfico viario. Mediante este principio, la jurisprudencia pretendía limitar el deber de cuidado de los conductores de automóviles, reconociéndoles la posibilidad de confiar, por regla general, en la conducta correcta de los demás participantes del tráfico.” (Maraver, 2012, p. 147).

Con posterioridad, el principio de confianza a cobrado importancia en el ámbito médico y empresarial. Es especialmente paradigmático para ejemplificar un caso de aplicación del principio de confianza, el supuesto en que el médico utiliza un bisturí mal esterilizado por la enfermera, y producto de aquella conducta causa la muerte de su paciente. En este caso, se podría excluir la responsabilidad del médico, en razón de que este, en virtud del principio de confianza, está autorizado a confiar en que los otros profesionales que concurren con él en la práctica médica, en este caso la enfermera, se conducirá con arreglo a derecho y cumpliendo los deberes de cuidado derivados de su cargo y posición; en este caso, una correcta esterilización de los instrumentos médicos.

Como este, existen diversos supuestos de hecho que se plantean en los manuales de Derecho penal con la finalidad de ejemplificar la utilidad del principio de confianza para limitar los ámbitos de responsabilidad de quienes actúan conjuntamente en determinados contextos; teniendo como base la máxima de que todos no deben ni pueden responder por todo. Esta idea, además, encuentra un punto de apoyo en el hecho de que la aplicación del principio de confianza permite y agiliza diversas actividades consideradas valiosas por la sociedad.

En buena cuenta, el principio de confianza tiene en su base una distribución jurídica de competencias y responsabilidades, que autoriza a determinados sujetos a confiar en la conducta adecuada del tercero que concurre con él en un determinado contexto. En este punto, es importante destacar:

“(…) el nivel de confianza permitido depende del ámbito social en el que se mueva una persona y la posición que ocupe dentro de ese ámbito social o la situación dentro de un orden jerárquico. Pero éste no es el único (…) supuesto concreto el nivel de confianza permitida.” (Feijoo, 2002, p. 308)

Por lo demás, es innegable que el principio de confianza, como los demás criterios de imputación objetiva, tuvo una temprana recepción por parte de los tribunales nacionales, como lo muestra la siguiente cita jurisprudencial Exp. N° 142-06:

“(…) este filtro permite que en la sociedad se confíe en que los terceros actúen correctamente, por tanto no estamos obligados a revisar minuciosamente la actuación de aquellos, pues, ello generaría la disminución de las transacciones económicas y del desarrollo de la sociedad (…)”. (Pariona y Heydegger, 2015, p. 35)

Asimismo, en jurisprudencia más reciente la Corte Suprema se ha mantenido en la línea de admitir la utilidad del principio de confianza, como criterio de imputación objetiva. Así, en el Recurso de Nulidad N.° 1130-2012 el citado tribunal señaló lo siguiente:

“Resulta evidente que la conducta del referido encausado fue guiada por el principio de confianza, pues Castillo Meza no tenía razón para dudar del buen comportamiento de quienes compartían con él la actividad que realizaba, mantuvo la confianza de que el tercero conforme a Derecho, y no se le puede imputar un injusto solo lo hizo de forma defectuosa; de suerte que invocar a un nuevo plenario solo acarrearía dilaciones innecesarias e infructuosas, pues al anotado principio de confianza opera plenamente como causal eximente de responsabilidad penal”. (Recurso de Nulidad N° 1130-2012, 2013. F.J)

En similar sentido, se tiene que el principio de confianza fue aplicado por los tribunales nacionales en otros contextos, como fue el caso de un transportista acusado de la falsedad de la tarjeta de propiedad de un vehículo; sin embargo, su responsabilidad fue excluida en razón de que se consideró que este había actuado al amparo del principio de confianza. Concretamente, en dicho pronunciamiento se señaló lo siguiente, Exp. N° 142-06:

“El encausado se ha limitado a desarrollar su conducta conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga – chófer, existía en él la expectativa normativa

de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas; en consecuencia, no se puede imputar objetivamente el delito de falsedad documental impropia al encausado (...)" (Pariona y Heydegger, 2015, p. 35)

Si bien el contenido y utilidad del principio de confianza ha alcanzado cierto consenso en la jurisprudencia nacional, en cuanto a su aplicación en diversos contextos. Sin embargo, en la última década se han presentado nuevos supuestos problemáticos de aplicación que no fueron considerados en el surgimiento y formulación inicial del principio de confianza. Nos referimos a la aplicación de este principio en el ámbito de la administración pública, y, de manera más específica, en el juzgamiento de procesos por delitos de corrupción de funcionarios. Este es el contexto en que se enmarca este tercer y último problema jurídico.

VI.3.2. ¿Es Posible Aplicar El Principio de Confianza Para los Delitos Contra La Administración Pública?

En efecto, de manera más reciente se ha puesto en cuestión si el principio de confianza puede ser aplicado al ámbito de los delitos de corrupción de funcionarios; incluso, dentro de quienes admiten dicha posibilidad, se ha problematizado sobre en qué supuestos debe darse dicha aplicación. En este universo de casos sometidos al análisis y crítica públicos, se encuentra la resolución bajo análisis.

En efecto, en la Casación N.º 23-2016/Ica, una de las Salas Penales de la Corte Suprema aplicó el principio de confianza en el delito de negociación incompatible; y concluyó, con base en dicho principio, que las condenas de los funcionarios del Gobierno Regional de Ayacucho por aquel delito no se encontraban sustentadas y por tanto las revocó, disponiendo la absolución de todos los funcionarios procesados.

En dicho contexto, surgen dos cuestiones controvertidas; en primer lugar, una reflexión general que tiene que ver con la posibilidad de aplicar el principio de confianza en los delitos de corrupción de funcionarios, dentro de los que se encuentra el delito de negociación incompatible; y, en caso se responda en sentido afirmativo a la primera cuestión, reflexionar sobre si dicho principio fue adecuadamente aplicado al caso concreto. Sobre la primera cuestión controvertida, podemos identificar dos posiciones contrapuestas: en primer lugar, se tiene la posición según la cual sí cabe aplicar el principio de confianza en los delitos contra la administración pública, dentro de los que se encuentran los delitos de corrupción de funcionarios.

VI.3.2.1. Posiciones A Favor

Nivel Doctrinal: En esta línea se encuentran autores como Castillo Alva, quien sostiene:

“[p]ara determinar el alcance del principio de confianza en la administración pública se requiere utilizar parámetros de valoración normativo-materiales. Por ejemplo, se debe tomar en cuenta la reglamentación interna acerca de las facultades y competencias fijadas en diversas disposiciones jurídicas de los funcionarios (v. gr., ley, reglamentos, manual de organización y funciones, etc.) como también las efectivas competencias materiales que llevan a cabo dichos funcionarios v.gr., dirigen o administran de hecho la entidad, manejan materialmente el órgano de contrataciones, etc.” (Castillo Alva, 2017, p. 334)

En este punto, cabe precisar que la literatura nacional sobre esta materia específica - principio de confianza en delitos de corrupción- es aún escasa; sin perjuicio de ello, podemos considerar esta primera posición como mayoritaria, en razón a que dicha posición fue asumida por la Corte Suprema de Justicia de la República, en diversos pronunciamientos. En efecto, en la última década advertimos que la Corte Suprema se ha mostrado favorable a admitir la aplicación del principio de confianza en los delitos contra la administración pública, específicamente en delitos de corrupción.

Nivel Jurisprudencial: Sin pretensiones de afirmar que sean los únicos o más relevantes pronunciamientos sobre la materia, en nuestra investigación hemos identificado cuatro pronunciamientos de la Corte Suprema. Estos se ubican en los años 2011, 2014, 2017 y 2020, lo cual, atentos a la cronología de estos pronunciamientos, nos permite afirmar que existe una línea jurisprudencial que acepta la aplicación del principio de confianza en los delitos de corrupción de funcionarios.

En efecto, en esa línea jurisprudencial se encuentra el Recurso de Nulidad N.º 1865-2010, donde se analizó la responsabilidad penal de funcionarios de la Municipalidad Distrital de Chilca, por el delito de peculado culposo, a la luz del principio de confianza. Si bien, en este pronunciamiento no se excluyó la responsabilidad penal de dichos funcionarios; sin embargo, la Corte Suprema destacó la utilidad del citado principio, señalando lo siguiente:

“En tal sentido, acudiendo a la doctrina (FEIJOO SÁNCHEZ) debe señalarse que “el principio de confianza, (...) es un instituto que presenta una gran utilidad para

determinar los límites de la norma de cuidado o, lo que es lo mismo, el alcance del deber de cuidado que tiene una determinada persona en una determinada situación”. (Recurso de Nulidad N° 1865-2010, 2011, FJ, Tercero)

En similar sentido, admitiendo la aplicación del principio de confianza en el ámbito de los delitos contra la administración pública, se tiene el Recurso de Nulidad N.º 768-2013, donde se analizó la situación jurídica de un alcalde y se señaló sobre el particular, lo siguiente:

“Que, tratándose de una entidad pública, como una municipalidad -en la que existen cargos definidos y manuales de organización y funciones (documentos de gestación institucional)-: (i) el hecho de que el alcalde sea el titular de la institución no lo hace per se responsable penal de todo lo que ocurra en la misma; (ii) la división del trabajo también incluye división de responsabilidades y ámbitos de competencia definidos reglamentariamente, instrumentos normativos y de gestión en los que están regulados la relación entre el funcionario y los caudales o efectos públicos; y, (iii) se presume *iuris tantum* que cada funcionario actúa en el marco de sus competencias y de acuerdo al principio de buena fe y legalidad de los actos administrativos, lo que determina a su vez el principio de confianza de que los demás funcionarios actúan dentro de los límites del riesgo permitido” (Recurso de Nulidad N.º 768-2013, 2014, FJ.).

Un tercer pronunciamiento que integra esta línea jurisprudencial es la Casación N.º 102-2016-Lima, donde la Corte Suprema aplicó dicho principio para excluir la responsabilidad penal de una funcionaria de la FAP que fue acusada por el delito de peculado en calidad de cómplice primaria. En dicha sentencia se señaló lo siguiente:

“no está acreditado que la acusada conocía que las boletas presentadas por Hernán Eduardo Javier de Souza Peixoto Zumaeta eran falsas, que los gastos y consumos sustentados por el sentenciado Hernán Eduardo Javier de Souza Peixoto Zumaeta [quien tenía la facultad de administración de dicho fondo según la directiva respectiva] eran indebidos; más aún si como jefe tenía esa potestad y la imputada cumplió con su función, en base al principio de confianza, de entregarle el dinero que sustentaba mediante comprobantes de pago (...)”. (Casación N° 102-2016-Lima, 2017, FJ. Vigésimo Séptimo)

Finalmente, en jurisprudencia más reciente, en la Casación N.º 1546-2019/Piura, también se admitió la aplicación del principio de confianza para analizar la situación jurídica de funcionarios de la Municipalidad Distrital de Catacaos, por el delito de colusión. Que si bien, en la citada sentencia no se desvirtuó la responsabilidad penal en virtud de dicho principio; sin embargo, se admitió su aplicación en delitos de corrupción, como el de colusión. Así, en el fundamento sexto de la citada sentencia se señaló lo siguiente:

“Que el delito de colusión se perpetró en el marco de una organización pública -la Municipalidad de Catacaos- debidamente jerarquizada, donde prima la división del trabajo, la existencia de cadenas de delegación y roles o competencias determinadas -organigrama de competencias- a los funcionarios y servidores públicos respectivos (deberes institucionales). En el caso del máximo dirigente institucional -el Alcalde-, se entiende que, como tal, ostentaba funciones de control de riesgos, en especial de vigilancia y supervisión de la actuación, por lo menor, de los funcionarios públicos de más alto nivel, quienes como es obvio, le rendían cuentas.” (Casación N.º 1546-2019, 2020, FJ. Sexto)

Como se advierte en los citados pronunciamientos, existe una línea jurisprudencial, digamos, “asentada”, en el sentido de que sí es viable aplicar el principio de confianza en el ámbito de los delitos contra la administración pública; y, más específicamente, en el dominio de los delitos de corrupción de funcionarios, como los de colusión, peculado y negociación incompatible. Siendo este último delito analizado en la Casación N.º 23-2016-Ica, que es objeto de nuestro análisis.

VI.3.2.2. Posición En Contra – Principio de Desconfianza

Frente a esta posición mayoritaria, están quienes no admiten la aplicación del principio de confianza en el ámbito de los delitos contra la administración pública. Dado la relativa novedad del tema, no hemos identificado fuentes bibliográficas o textos que se pronuncien en este sentido; sin embargo, sí existen registros audiovisuales que dan cuenta de partidarios de esta posición. Nos referimos a la tesis sostenida por el catedrático Yvan Montoya Vivanco, quien en una reciente conferencia brindada en el programa de capacitación del Poder Judicial denominado: “La Cátedra de los Jueves”, disertó sobre esta materia y señaló que, en el ámbito de los delitos contra la administración no rige el

principio de confianza, antes bien, rige el principio de desconfianza. (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022, 1h30m20s)

Al fundamentar aquella posición, el citado docente universitario explicó que, acogiendo los postulados del profesor Maraver sobre el principio de confianza, que su aplicación tiene sentido en los delitos por competencia por organización o cuando se está ante un garante de control de peligro; no en los casos de garantes por competencia institucional o dedicado a la protección de bienes jurídicos, en estos casos, no regiría el principio de confianza. Y esto, porque el garante de protección del bien jurídico tiene deberes más intensos, tiene obligación de proteger la indemnidad del bien jurídico frente a lo que hagan los subordinados de un funcionario público. (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022, 1h.20m20s)



En consecuencia, continúa el citado profesor, todo funcionario público debe proteger el bien jurídico: correcto funcionamiento de la administración pública, en toda la administración pública que se le ha encargado; sin embargo, en el caso de los funcionarios de alta jerarquía, a estos les compete toda la entidad. Agregó que en este ámbito existiría una suerte de cotitularidad de la custodia o del deber de protección, de suerte que al inferior jerárquico le compete custodiar, por ejemplo, la ventanilla que atiende; pero a su vez, tiene deber de protección sobre este sector de la administración pública, el superior jerárquico. (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022, 1h38m15s)

Señaló además que, si bien en el ámbito empresarial se suele decir que cuando se da una delegación de facultades de los superiores jerárquicos, en los inferiores, se produce una mutación de sus deberes, de suerte que pasa de ser deberes de ejecución a deberes de

vigilancia y control. Sin embargo, esto tampoco se daría en la administración pública, pues pese a que exista delegación en este ámbito, el superior jerárquico mantiene su deber de protección del bien jurídico, y cumple dicho deber de manera indirecta, a través de sus deberes de vigilancia y control. (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022, 1h40m15s)

En suma, el principio de desconfianza que rige en el ámbito de la administración pública surge de tres variables: i) la naturaleza de la posición de garante de protección (garante por competencia institucional), ii) la vulnerabilidad del bien jurídico: correcto funcionamiento de la administración pública, la que está en una posición de vulnerabilidad frente al funcionario, iii) la potencialidad criminógena de la administración pública. (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022, 1h45m23s)

Finalmente, precisó que pese a que el principio general que debe regir es el de desconfianza, sin embargo, el funcionario -superior jerárquico- no va a responder en todos los casos, sino que su responsabilidad se excluye en los siguientes supuestos: i) inaccesibilidad fáctica o informativa, esto es, cuando el superior jerárquico no puede controlar por razones materiales lo que haga el subordinado; ii) actos de fraude o manipulación del subordinado, que se presenta cuando el subordinado, por ejemplo, falsifica documentos para cometer su delito; y iii) los actos de bloqueo del subordinado, en los que este realiza alguna otra acción que impide el control del superior jerárquico (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022, 1h45m12s).

Así las cosas, advertimos que existe controversia respecto a la posibilidad de aplicar el principio de confianza en el ámbito de los delitos contra la administración pública. En dicho contexto, corresponde en el siguiente apartado tomar posición sobre aquella problemática.

VI.3.3. Postura Personal

A efectos de tomar posición por alguno de los planteamientos enfrentados, debemos partir por señalar que, para nosotros, está fuera de discusión la razonabilidad y utilidad de los criterios de imputación objetiva, dentro de los que se encuentra el principio de confianza, para el análisis de casos penales. Esta afirmación genérica, sin embargo, no descarta que pueda resultar razonable limitar la aplicación de alguno de dichos criterios, en determinados contextos, ámbitos o supuestos de hecho.

Específicamente, en lo que atañe al principio de confianza, consideramos que tampoco cabe excluir, de plano, su aplicación en el ámbito de los delitos contra la administración pública. Fundamentamos esta posición, en el hecho de que aquel ámbito de la sociedad -la administración pública-, participa de aquellos presupuestos fundamentales que dan lugar a la vigencia y utilidad de la administración pública, como son la división del trabajo y la especialización.

En la administración pública, qué duda cabe, por la complejidad de su organización, están muy marcados y definidos, incluso normativamente, los ámbitos de actuación de cada uno de los funcionarios y servidores públicos. Por lo que, no nos parece razonable sostener, de manera general, que en dicho ámbito no cabe aplicar el principio de confianza.

Apoya esta posición, lo señalado por FEIJOO SÁNCHEZ, quien señala:

“(…) es preciso partir en general de la existencia del principio de confianza y habrá que ser muy cuidadoso para fundamentar estos casos excepcionales de deberes de garantía con respecto a conductas antijurídicas de terceras personas con capacidad para respetar las normas (que algunos autores denominan deberes de cuidado secundarios). Las posiciones de garantía con respecto a comportamientos antijurídicos ajenos son excepcionales y, como tales, exigen una fundamentación especial con base en determinadas ponderaciones de índole normativa”. (Feijoo, 2002, p. 328)

De acuerdo a lo señalado por este autor, la regla es la posibilidad de aplicación del principio de confianza; mientras que la excepción -casos excepcionales- es que se pueda fundamentar deberes de garantía de un funcionario, respecto de la actuación defectuosa o ilícita de un tercero, en este caso, otro servidor o funcionario público.

En ese sentido, respecto a la pregunta general de si consideramos viable aplicar el principio de confianza en los delitos contra la administración pública, específicamente, en los delitos de corrupción de funcionarios, respondemos afirmativamente.

En este punto, cabe puntualizar que la posición contraria, que sostiene que en dicho ámbito debe regir el principio de desconfianza, antes que el de confianza, también encuentra respaldo en la doctrina especializada en esta materia. Nos referimos a los

criterios desarrollados por el profesor Maraver Gómez, cuyos planteamientos sobre el principio de confianza son tomados como fundamento para sostener que, en el ámbito de la administración pública, no cabe aplicar el principio de confianza.

En efecto, el citado autor español, al analizar los presupuestos para la aplicación del principio de confianza, señala que para la aplicación del principio de confianza:

“(…) es necesario que el sujeto tenga una relación negativa con el riesgo; su deber de cuidado tiene que poder definirse como deber negativo que le obligue a controlar el riesgo del que es garante y no como un deber positivo que le obligue a anular las diferentes manifestaciones de ese riesgo; pues en este último caso su relación no podrá verse alterada o desplazada por la intervención del tercero.”
(Maraver, 2012, p. 147-174)

Del extracto citado, se concluye que constituye un requisito fundamental para la aplicación del principio de confianza, que entre el autor y el riesgo exista una relación negativa; es decir, un deber de controlar la fuente de peligro y que de este no se deriven resultados lesivos. Esto, por ejemplo, lo podemos apreciar en el caso del empresario, quien tiene el deber de cuidar que de la empresa -fuente de peligro- no surjan peligro o lesión para el bien jurídico: medio ambiente. (Maraver, 2012, p. 147-174)

Sin embargo, a decir de Maraver, sería distinta la situación cuando el agente tiene una posición de garante con deberes positivos, pues en dichos casos este tiene un deber de protección del bien jurídico. Es útil como ejemplo de este tipo de posición, el caso del padre, quien tiene deberes positivos de protección del bien jurídico vida e integridad de su menor hijo; y, por tanto, tiene además el deber de repeler todo ataque o riesgo que se genere para dicho bien jurídico, incluso por causa de terceros. (Maraver, 2012, p. 147-174)

Esta distinción entre los deberes negativos y positivos es utilizada por MONTROYA VIVANCO para sostener que, en el caso del funcionario público, este estaría vinculado por deberes de protección positivos, por lo que tendría el deber de proteger el bien jurídico: correcto funcionamiento de la administración pública, incluso, de la conducta defectuosa o ilícita de otros funcionarios públicos o sus subordinados. (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022, 1h45m12s)

Si bien encontramos coherente este planteamiento con los postulados teóricos del profesor MARAVER GÓMEZ, sin embargo, no consideramos que de aquella coherencia se pueda derivar, sin más, la afirmación de que el principio de confianza debe ser rechazado, de manera general, en todo el ámbito de los delitos contra la administración pública.

En efecto, consideramos que dicho postulado parte de la premisa de que el sujeto tiene deberes positivos respecto de bienes jurídicos determinados y específicos, por ejemplo, la integridad o vida del hijo. En estos casos, evidentemente, resulta viable y razonable exigir que el agente realice conductas destinadas a conjurar todo peligro para la vida e integridad del menor, pues tales bienes jurídicos se les han confiado especialmente, por su posición de garante.

Sin embargo, no nos parece igualmente razonable afirmar que el funcionario público, por su condición de tal, tenga el deber de proteger toda la administración pública, por ser este el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción. El carácter abstracto, genérico y sumamente amplió de aquel concepto, nos lleva a sostener que no se puede exigir que el funcionario proteja a toda la administración pública de los posibles ataques que puedan cometer otros funcionarios. Sostener ello sería tanto como decir que todo funcionario, sumado a los deberes funcionales específicos que ostenta, tiene a su vez deberes de control y vigilancia similares a los de un agente de cumplimiento, prevención u órgano de control institucional.

De lo dicho, se puede extraer una primera conclusión que opera como regla general, en el sentido de que, en principio, dado que no todos los funcionarios públicos tienen deberes de control y vigilancia sobre la actuación de terceros -otros funcionarios-; por tanto, a dichos funcionarios les asiste la facultad de confiar en la actuación regular de otros funcionarios. Es decir, pueden alegar el principio de confianza en el marco de sus actuaciones.

Sin embargo, a dicha regla cabe también oponerle algunas excepciones, las que se presentan en el caso de los funcionarios públicos que, por su especial posición dentro de la administración, sí ostentan aquellos deberes de control y vigilancia. Para entender esta cuestión, es importante remitirnos a los aportes teóricos, como los de Feijoo Sánchez, cuando señala sobre el particular, lo siguiente:

“(…) en los casos de división vertical del trabajo en los que el superior o los superiores pueden tener especiales deberes de control y vigilancia que limitan el alcance del principio de confianza. En las relaciones jerárquicas los superiores (por ejemplo, el director médico de un hospital) pueden tener deberes especiales de selección, información, entrega de medios materiales, preparación, etc. O, por ejemplo, ciertas personas con deberes de inspección no pueden partir en su trabajo de la confianza en que todas las personas susceptibles de investigación respetan escrupulosamente las normas y, con base en ello, infringir sus deberes de inspección.” (Feijoo, 2002, p. 326)

Lo señalado por este autor, destaca la relevancia de distinguir entre los supuestos en que se presenta una división horizontal o vertical del trabajo, siendo que, en este último caso, dado que existen relaciones de jerarquía, como también se pueden presentar casos de delegación de facultades en los inferiores jerárquicos, dichas circunstancias dan lugar al surgimiento de deberes de control y vigilancia del superior jerárquico. En nuestro análisis, los funcionarios de mayor jerarquía dentro de una entidad.

En la misma línea se ubica MARAVER GÓMEZ, quien, insistiendo sobre aquella distinción en la división del trabajo, sostiene que “aunque la regla general es que la relación con el tercero tenga carácter negativo o descentralizado, puede ocurrir que excepcionalmente la relación sea positiva y los sujetos se vean obligados a controlar conjuntamente un determinado aspecto del riesgo. Así ocurre, sobre todo, cuando se produce una división vertical del trabajo y el superior jerárquico cuenta con ciertos deberes sobre la conducta de sus subordinados; ya sean deberes de selección, instrucción o coordinación, ya sean deberes de control o supervisión.” (Maraver, 2012, p. 147-174)

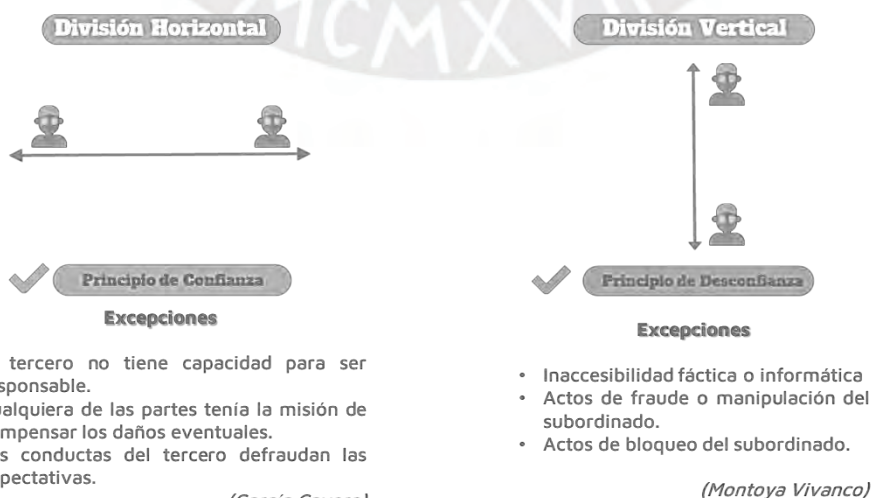
De acuerdo a dichos postulados, existe una diferencia sustancial entre los casos en que se presenta una división horizontal del trabajo, y los casos de división vertical; siendo que, en este último caso surgen los deberes de control y supervisión en cabeza del superior jerárquico. En el caso de nuestro análisis, aquellos deberes de control y vigilancia aparecen en cabeza de titular de la entidad o de otros funcionarios de alta jerarquía.

En estos casos, de funcionarios de alta jerarquía, en razón de la posición especial de garante que ostentan, no solo obligado por sus deberes funcionales ordinarios; sino además vinculados por deberes de control, vigilancia y supervisión, la alegación del

principio de confianza, por parte de estos funcionarios, aparece como un argumento débil e inconsistente. Antes bien, parece razonable que específicamente en estos casos, y solo en estos, rija como principio no el de confianza, sino el principio de desconfianza, el cual obligue a este funcionario de alta jerarquía a realizar acciones positivas de control y vigilancia respecto de la conducta de sus inferiores jerárquicos. Cuando menos, de aquellos que se encuentran en la estructura organizacional, en una posición inmediatamente inferior a estos.

Por oposición, en el ámbito de la administración pública donde se verifica una división horizontal del trabajo, por citar un ejemplo paradigmático, la división del trabajo entre los subgerentes de una municipalidad; sí cabe una aplicación amplia y del principio de confianza entre estos; pues al no existir relaciones de jerarquía entre estos, ni siquiera posibles delegaciones, tampoco surgen deberes de vigilancia y control entre estos recíprocamente; de ahí que la conducta defectuosa o ilícita de uno de estos gerentes, no tiene porque incidir sobre la irresponsabilidad penal de otro subgerente; quien, por lo antes dicho, no tiene la competencia de controlar o supervisar la actuación de aquel. Evidentemente, en estos supuestos, aquella presunción jurídica se desvirtúa por efecto de pruebas que demuestren un concierto o plan común entre estos funcionarios.

Por lo demás, este mayor ámbito de competencias y responsabilidades que le reconocemos a quienes se ubican en la cúspide de una entidad pública, o en posiciones jerárquicas cercanas, es coherente con la posición privilegiada que ostentan aquellos funcionarios en el ámbito de la administración pública. El mayor poder público que se les concede, viene aparejado de una mayor responsabilidad en su uso y manejo.



Elaboración Propia

En suma, respecto al problema jurídico planteado respecto a la posibilidad de aplicación del principio de confianza en el ámbito de los delitos contra la administración pública, concluimos sosteniendo que como regla, sí cabe invocar dicho principio por los funcionarios públicos, en ámbito en los que rige una división horizontal del trabajo; mientras que, por otro lado, descartamos dicha posibilidad para aquellos funcionarios de mayor jerarquía, para quienes rige una división vertical y por tanto, están investidos de un deber de control y vigilancia que les obliga a conducirse en su actuación funcional bajo el principio de desconfianza.

Por lo demás, esta línea de argumentación, con algunos matices y variantes la encontramos en un pronunciamiento reciente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Nos referimos al Recurso de Nulidad N.º 2124-2018-Lima, donde se señaló lo siguiente:

“En el caso de la delegación, si bien el delegado pasaría a recibir la posición de garantía, el delegante pasaría a tener, respecto de éste, el deber de vigilancia y control; la delegación está presidida por el principio de desconfianza -el fundamento de este principio sería, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, el potencial criminógeno de la institución como estructura, que generaría en sus miembros “sesgos cognitivos” que merman la autorresponsabilidad inicial (...). En el campo de la especialización rige, por el contrario, el principio de confianza, en cuya virtud el garante primario podría confiar en el correcto desempeño de la actividad del garante especializado, por lo que carecería del deber de vigilar su desempeño, a menor que se advirtiera el comportamiento delictivo del delegante especializado y se mantiene pasivo, entonces, responderá por la no evitación.” (Recurso de Nulidad, N° 2124-2018-Lima, 2019. FJ. Décimo Quinto)

Si bien en esta sentencia no se alude expresamente al principio de confianza, consideramos que dichos criterios son perfectamente aplicables a nuestro análisis; en lo que concierne a las diferencias derivadas de una división horizontal del trabajo, que la sentencia identifica como campo de especialización; y la división vertical del trabajo, que la sentencia identifica como campo de la delegación.

Claro está, que tanto en el primer y segundo grupo de supuestos, es decir, tanto en el ámbito donde rige el principio de confianza como el de desconfianza, cabe alegar

excepciones a la aplicación de dicho principio. En cuanto a las excepciones al principio de confianza, hacemos nuestras las señaladas por García Cavero, quien destaca los siguientes supuestos:

“a) la confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad; b) no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa; y c) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes”. (García, 2012, p. 420)

Igualmente, aun cuando sobre esto no existan mayores desarrollos, estimamos razonables los supuestos que propone el profesor Montoya Vivanco, como excepciones a la aplicación del principio de desconfianza. Es decir, podrá excluirse la responsabilidad penal de los funcionarios de más alta jerarquía, cuando se presenten alguno de los siguientes supuestos: i) inaccesibilidad fáctica o informativa; ii) actos de fraude o manipulación del subordinado; y, iii) actos de bloqueo del subordinado. (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022, 1h50m10s)

Finalmente, con base en la aplicación de estas excepciones, manifestamos nuestra posición crítica en relación al sentido de la casación analizada; pues en la misma, como se tiene dicho, se aplicó el principio de confianza para todos los funcionarios, incluso, para el funcionario de más alta jerarquía del Gobierno Regional de Ayacucho, como era el señor Wilfredo Ocorima Núñez.

Más allá de que no compartimos el criterio de aplicar el principio de confianza en caso de funcionario de dicha jerarquía; incluso en la lógica que manejó la Corte Suprema en esa sentencia, de un principio de confianza aplicable para cualquier funcionario público; consideramos que la solución brindada no resulta adecuada. Ello, en razón de que el principio de confianza, como hemos dicho, tiene excepciones, siendo una de ellas aquella que se presenta cuando es notoria la conducta defectuosa de uno de los intervinientes. En estos casos, cesa la autorización al funcionario de poder confiar en una actuación arreglada a derecho de los demás funcionarios.

En el caso analizado, como se sostiene en el voto en discordia, existieron hechos que debieron alertar al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho, sobre la actuación

irregular de los funcionarios de menor jerarquía. Estos hechos fueron las comunicaciones dirigidas a dicho funcionarios por parte del OSCE y el MEF, quienes advirtieron a dicho funcionario de las numerosas irregularidades que presentaba el proceso de contratación; que si bien, aquellas irregularidades no eran directamente imputables al presidente regional; sin embargo, su especial posición y sus deberes de control y vigilancia debieron llevarlo a tomar acciones sobre el particular.

Sin embargo, lejos de activar aquellas señales de alerta, motivó que el citado presidente regional cuestione aquellas advertencias mediante recursos impugnatorios. Lo cual, a nuestro juicio, constituyen elementos más que suficientes para descartar la aplicación del principio de confianza. Máxime, si tenemos en cuenta la especial posición que tenía dicho funcionario en la organización del Gobierno Regional de Ayacucho.

Esta línea de argumentación, por lo demás, es respaldada por Castillo Alva, quien sostiene:

“(…) el hecho de que haya controles y filtros previos en un proceso de contratación pública (v. gr., los actos del Comité de selección, informes previos, etc.) puede llevar a confiar racionalmente al funcionario que no hay ninguna irregularidad o acto ilícito, más aún si no aparece algún indicador objetivo, suceso o advertencia que haga ver lo contrario.” (Castillo, 2017, p. 341)

De lo señalado, se concluye que si bien la existencia de controles previos en el ámbito de la administración pública podría generar en el superior jerárquico alguna confianza fundada sobre la regularidad de la actuación de los demás funcionarios; sin embargo, esta confianza se excluye en casos en que existen indicadores objetivos o advertencias de conducta irregular de terceros. Los cuales, en el caso bajo análisis, sí existieron.

VII. CONCLUSIONES

VII.1. Conclusiones del Primer Problema Jurídico

- En la jurisprudencia y doctrina nacionales no es uniforme el tratamiento que se dispensa al tercero en el delito de negociación incompatible. En algunas resoluciones y para algunos autores, el tercero puede responder penalmente a título de cómplice de aquel delito; mientras que, en otras sentencias y para otros autores, no cabe admitir la intervención delictiva del tercero en el delito de negociación incompatible.
- De acuerdo a la configuración típica del delito de negociación incompatible, la figura del tercero puede ser cualquier persona, pues el tipo penal no exige ninguna condición o cualidad especial para el tercero en provecho de quien el funcionario se interesa; sin perjuicio de ello, en la casuística se pueden presentar distintos supuestos que dan lugar a respuestas también distintas.
- Un primer supuesto se presenta cuando el tercero es un *extraneus* a quien el funcionario pretende generarle un provecho ilícito. En este supuesto, en que el tercero tiene únicamente la condición de destinatario del provecho ilícito, este no debe responder penalmente por el delito de negociación incompatible. No puede ser autor por no tener la condición especial, ni cómplice por no haber realizado ningún acto de auxilio al delito del funcionario.
- El segundo supuesto se presenta cuando el tercero, además de ser el destinatario del provecho ilícito, realiza algunas acciones de cooperación o auxilio a favor de la conducta ilícita; por ejemplo, ayudándole a concretar irregularidades que materializan su interés indebido. En estos supuestos el tercero debe responder penalmente como partícipe del delito de negociación incompatible, en razón a su contribución con este delito.
- El tercer supuesto se presenta cuando el tercero, que no es un *extraneus*, sino un servidor o funcionario público que no tiene la relación funcional exigida por el tipo penal, coopera o realiza actos facilitadores del delito, a favor del funcionario que es autor del delito. En estos casos, aquel funcionario debe responder a título de cómplice de delito de negociación incompatible.
- El cuarto supuesto se presenta cuando el tercero es un proveedor o contratista con el Estado que realiza algún acto en favor del interés indebido del funcionario. En estos casos rechazamos que el proveedor pueda ser considerado cómplice del delito de

negociación incompatible; sino que estaremos ante un supuesto de colusión, siendo que el tercero tiene la calidad de cómplice primario de este delito. El carácter subsidiario de la negociación incompatible respecto del delito de colusión, fundamentan esta solución.

- Si bien compartimos el sentido de la solución brindada por la Corte Suprema en la Casación N.º 23-2016-Ica, sobre este aspecto; sin embargo, nos parece cuestionable su falta de claridad y precisión, al haber establecido una regla general de no punición del tercero, sin advertir los distintos supuestos y soluciones que puede y de hecho surgen en la casuística.

VII.2. Conclusiones del Segundo Problema Jurídico

- En la casación materia de análisis se presenta una contradicción respecto al primer postulado de determinar que un elemento de la tipicidad subjetiva, además del dolo, sea la tendencia interna trascendente, porque seguidamente se exige que esta sea probada a nivel procesal.
- El acto de interesarse es un elemento de la tipicidad objetiva, el cual, a través de su despliegue o finalidad indebida, recién se podrá configurarse el delito de negociación incompatible.
- En la jurisprudencia no hay un mayor desarrollo respecto al delito de negociación incompatible y su relación con la protección de bienes jurídicos supraindividuales, el cual es un fundamento por el cual se desarrolla los delitos de peligro abstracto.
- El delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, por lo tanto, no exige el resultado próximo de una lesión de un concreto bien, bastará con la peligrosidad de la conducta. En ese sentido, no se puede exigir probar el provecho de los proveedores de la licitación pública.

VII.3. Conclusiones del Tercer Problema Jurídico

- En el caso peruano, tanto la doctrina y jurisprudencia han acogido como criterios útiles y relevantes los criterios de imputación objetiva como los de riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza e imputación a la víctima, a efectos de determinar cuándo se puede imputar objetivamente un hecho a su autor.
- Si bien en su origen, el principio de confianza surgió como un criterio para resolver casos vinculados al tráfico viario, el ámbito médico y empresarial; en la actualidad se

ha planteado la posibilidad de aplicar dicho principio a otros contextos como el de la administración pública, a efectos de evaluar la situación jurídica de servidores y funcionarios públicos.

- Si bien en la doctrina existen posiciones discrepantes respecto a la posibilidad de aplicar el principio de confianza en el contexto de la administración pública; sin embargo, en la última década, la jurisprudencia peruana ha asentado una línea jurisprudencial, según la cual, sí cabe aplicar el principio de confianza en el ámbito de los delitos contra la administración pública, y, específicamente, en el ámbito de los delitos de corrupción de funcionarios.
- En la doctrina se pretende descartar la aplicación del principio de confianza en el ámbito de los delitos contra la administración pública, bajo la consideración de que dicho principio no es aplicable debido a que los funcionarios públicos tienen deberes positivos de protección del bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública. Por lo que, antes que el principio de confianza debe regir en dicho ámbito el principio de desconfianza, en razón de los deberes de control y vigilancia que ostentan los funcionarios públicos.
- Para saber cuándo un funcionario público tiene deberes de control y vigilancia, es fundamental distinguir los casos de división horizontal del trabajo, respecto de los casos de división vertical del trabajo. Solo en este último caso, el superior jerárquico tiene, además de sus deberes funcionales ordinarios, deberes de control y vigilancia respecto de sus inferiores jerárquicos. Por lo que, solo respecto de aquellos, cabe aplicar el principio de desconfianza.
- Por oposición, en el caso de división horizontal del trabajo, al no existir relaciones de jerarquía ni delegación, no se puede sostener que dichos funcionarios tengan deberes de control y vigilancia; por lo que, en dicho ámbito horizontal regido por la especialización, sí cabe alegar el principio de confianza.
- Tanto el principio de confianza como el principio de desconfianza puede ser excepcionados en determinados supuestos que la doctrina se ha encargado de definir. Siendo una de las excepciones más relevantes el que no quepa invocar el principio de confianza cuando existen hechos o señales que muestran una conducta defectuosa o ilícita del tercero.
- En la Casación N.º 23-2016-Ica, pese a haber admitido la aplicación del principio de confianza, así como sus excepciones; no se resolvió adecuadamente el caso, al no

haber aplicado una de las excepciones al principio de confianza referida a la evidente actuación irregular del tercero. En este caso, tanto el OSCE como el MEF pusieron en conocimiento del presidente regional diversas irregularidades que debieron activar las señales de alerta; lo cual, evidentemente descartaba la aplicación del principio de confianza respecto de este funcionario.



VIII. BIBLIOGRAFÍA

Abanto Vásquez, Manuel. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra, Lima.

Aula Virtual del Poder Judicial. (28 de abril de 2022). *El principio de confianza en los delitos contra la administración pública*. [Archivo de Vídeo]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=Tfdkuy4xkEw>

Castillo Alva, José Luis. (2015). *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico, Lima.

CASTILLO ALVA, José Luis (2017). *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico.

Cerezo Mir, José. (2002). *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), 47-72.

Feijoo, Bernardo. (2002). *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley.

García, Percy. (2012). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Juristas Editores.

Günther, Jakobs (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Cuello Contreras/Serrano Gonzales De Murillo (Trad.). Madrid: Marcial Pons

Leyva Estupinan, M., Lugo Arteaga, L., & Duharte, A. (2018). *Las negociaciones ilícitas como delito funcional: valoraciones dogmáticas análisis comparado*. *Derecho Penal Criminología*, 39(107), 133-154.

Mañalich Raffo, Juan Pablo. (2015). *La negociación incompatible como delito de corrupción: Estructura típica y criterios de imputación*. *Revista de Estudios de la Justicia*, (23), 93-104.

Maraver, Mario. (2012). El principio de confianza en derecho penal. En: Urquiza Olaechea y Salazar Sánchez. *Imputación objetiva* (pp.147 a 174). Lima: IDEMSA.

Mir Puig, Santiago. (2011). *Derecho Penal Parte General*. Reppertor, Barcelona.

Montoya Vivanco, Yvan. (2015). *Manual sobre Delitos contra la Administración Pública*. IDEPUCP, Lima.

Nakasaki, Cesar. (2016). *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios*. Gaceta Jurídica, Lima.

Prado, V y Hurtado, J. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Cuarta edición. Lima: Idemsa.

Rojas Vargas, Fidel. (2021). *Delitos contra la administración pública*. Tomo II. Quinta edición. Gaceta Jurídica, Lima.

Rosales Artica, David. (2021). *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Editores del Centro, Lima.

Roxin, Claus (2009). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Luzón Peña/García Conlledo/Vicente Remesal (Trad.). Madrid: CIVITAS

Salinas Siccha, Ramiro. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. 5ta edición. Iustitia, Lima.

Instrumentos Nacionales

Código Penal. Decreto Legislativo de 1991. 3 de abril de 1991 (Perú)

Corte Superior de Justicia de Lima. Tercera Sala Especializada en lo Penal para Proceso con Reos Libres. Expediente N° 142-06, 2 de abril de 2007. En: Pariona y Heydegger. (2015). *Imputación objetiva*. Lima: Instituto Pacífico, pp. 29-56.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N° 1865-2010, Ines Villa Bonilla, 23 de junio de 2011.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N.° 3958-2010, Barrios Alvarado, 14 de noviembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N.°1130-2012, del 3 de abril de 2013

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N.° 2068-2012/Lima, César San Martín Castro; 19 de abril de 2013.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N.° 768-2013, del 30 de abril de 2014.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N° 841-2015/Ayacucho, Josué Pariona Pastrana; 24 de mayo de 2016.

X Pleno Jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria. Acuerdo Plenario N° 03-2016/CJ-116; 12 de junio de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N° 23-2016/Ica, Josué Pariona Pastrana; 16 de mayo de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 102-2016/Lima, Chavez Mella; 11 de julio de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad, N° 2124-2018/Lima, San Martín Castro, 29 de abril de 2019.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Casación N° 18-2017/Junín, Víctor Prado Saldarriaga; 24 de julio de 2019.

Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente 00031-2017-7-5201-JR-PE-02, Angulo Morales, 29 de mayo de 2019.

Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios. I Pleno Jurisdiccional 2019. Acuerdo Plenario N° 04-2019-CSJPE, 15 de noviembre de 2019.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N° 346-2019/Moquegua, Chávez Mella; 16 de noviembre de 2019.

Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Permanente. Casación N° 1546-2019/Piura, Cesar San Martín Castro, 05 de agosto de 2020.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso Casación N° 1833-2012/LIMA, Cesar San Martín Castro; 16 de agosto de 2021.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PODER JUDICIAL
SALA PENAL PERMANENTE EQUIPO TÉCNICO DE IMPLEMENTACIÓN DEL CPP
SECRETARIA

26 MAY 2017

Lima, 23 de Mayo de 2017

RECIBIDO
Firma:.....Hor:.....

OF. Nro.3061-2017-S-SPPC

Señorita

SECRETARIA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Presente.-

Por disposición de la Sala Penal Permanente de esta Suprema Corte, tengo el honor de dirigirme a Ud., a fin de **REMITIRLE a fojas 69**, copia certificada de la Sentencia del Recurso de Casación de fecha 16 de Mayo de 2017, expedida por esta Suprema Sala, declarando **por mayoría FUNDADO** el **Recurso de Casación N° 23-2016** por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; respecto a los extremos desarrollados en los apartados C,E,F y G, **INFUNDADO el Recurso de Casación** por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; respecto a los extremos desarrollados en los apartados: A,B,D y H.-, Sin Renvió, **CASARON** la Sentencia de fecha 18 de Noviembre de 2015; Actuando en sede de Instancia, absolvieron a Wilfredo Ocorima Nuñez y otros, **NULA** la resolución de fecha 18 de Noviembre de 2015, declararon **SIN REENVÍO**, actuando en sede de Instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo **CONFIRMARON** la sentencia de fecha 16 de Junio de 2015, **ORDENARON** la inmediata libertad de Wilfredo Ocorima Nuñez y otros, **ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos 4.13, 4.14, 4.15, 4.26, 4.27, 4.28, 4.30 y 4.31, **MANDARON** se publique en el diario oficial "El Peruano", en el **Proceso Nro. 603-2014**, seguido contra Wilfredo Ocorima Nuñez y otros por el delito contra la administración pública- negociación incompatible- en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, para conocimiento y fines pertinentes.

Dios guarde a usted,




PILAR SALAS CAMPOS

Secretaria de la Sala Penal Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

SUMILLA: En el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones al analizar la imputación por delito de negociación incompatible, parte de la premisa de que la declaración de situación de emergencia es inexistente, al indicar que los defectos administrativos, en el proceso de exoneración y contratación de maquinaria, configuran dicho ilícito penal.

Cabe señalar que los defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación. En ese sentido, este Tribunal Supremo advierte que el órgano jurisdiccional de mérito, al partir del presupuesto de que la situación de emergencia resulta ficticia, no consideró que los defectos administrativos no configuran por sí solos prueba suficiente para arribar a la responsabilidad penal de los procesados; es decir, de comprobarse la idoneidad de la declaración de situación de emergencia no existiría -pese a los defectos administrativos en la contratación- el referido ilícito.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, dieciséis de mayo de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia pública el recurso de casación excepcional por las causales 1 y 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal, en razón de los recursos de casación interpuestos por la defensa técnica de los procesados Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO, Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, Víctor DE LA CRUZ EYZAGUIRRE, Sixto Luis IBARRA SALAZAR, Rosaura GAMBOA VENTURA, Walter QUINTERO CARBAJAL, Jhoan Pavel ROJAS CARHUAS, Alfonso MARTÍNEZ VARGAS, Eladio HUAMANÍ PACOTAYPE y María del Carmen CUADROS GONZALES contra la sentencia de vista del dieciocho de noviembre de dos mil quince -obrante a fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

I. ANTECEDENTES:

1.1 Según la acusación fiscal -fojas dos del tomo I- se imputa a los recurrentes la comisión del delito de negociación incompatible -artículo 399 del Código Penal- en virtud del proceso de exoneración N° 06-2011-GRA SEDE CENTRAL, el cual se configuró en tres momentos:

a) La indebida declaración del proceso de exoneración por situación de emergencia y la cancelación de la Licitación Pública N° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL.

El 29 de noviembre de 2011 se convocó al proceso de Licitación Pública N° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL para la adquisición de las maquinarias y equipos para el proyecto Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Servicio de Equipo Mecánico. Pese a existir este proceso, el Gerente General del Gobierno Regional de Ayacucho, *Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco*, mediante el oficio N° 0938-2011-GRA/PRES-GG del 12 de diciembre de 2011, solicitó ante el Consejero Delegado que se determine una situación de emergencia de atención del sistema vial de la región Ayacucho. Atendiendo a dicho pedido, que habría estado sustentado por estudios técnicos de personal del Gobierno Regional, los consejeros regionales Víctor De La Cruz Eyzaguirre, Sixto Luis Ibarra Salazar, Rosaura Gamboa Ventura, Walter Quintero Carbajal, Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamaní Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzales, mediante Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR del 20 de diciembre de 2011, declararon en situación de emergencia la red

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

vial de la región Ayacucho. La Fiscalía imputa la simulación de una situación de emergencia, para que -de esa forma- se convoque irregularmente el proceso de Exoneración por la suma de S/. 20, 000 000.00 soles, lo que habría generado que se cancele el proceso de licitación Pública N° 13-2011-GRA- SEDE CENTRAL, permitiendo que el presidente del Gobierno Regional de Ayacucho -Wilfredo Ocorima Núñez- apruebe, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 1409-2011-GRA-SEDE CENTRAL, la adquisición de las máquinas que iban a adquirirse en el proceso de Licitación Pública N° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL.

b) El proceso de exoneración N° 06-2011-GRA-SEDECENTRAL

El jefe de abastecimiento del Gobierno Regional de Ayacucho, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, fue designado como encargado de la adquisición de las maquinarias del proceso de Exoneración N° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL, mediante el memorándum N° 2438-2011-GERA/PRES-GG del 21 de diciembre de 2011, que fue emitido por el Gerente General del Gobierno Regional de Ayacucho, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco. Según la Fiscalía, Ayala Hinostroza habría realizado dicho proceso de exoneración sin cumplir con lo previsto en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado. La irregularidad consistiría en haber dado las condiciones para aparentar que se trataba de una licitación pública, sin serlo. Muestra de ello sería la exclusión de los postores Komatsu y Volvo, pues ya habría direccionado la buena pro. Así, se imputa a Hinojosa Vivanco el haber suscrito dicho contrato, pese a que habrían existido una serie de irregularidades, tales como haber realizado pagos a los ganadores, sin respetar el tipo de cambio previsto en la Superintendencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

de Banca y Seguros, según lo señalado por el informe pericial contable N° 002-2013-MP-FEDCF-MBS/PAC.

c) Nulidad del Proceso de exoneración N° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL

El OSCE mediante oficio N° E-067-2011/DSU-VVS del 28 de diciembre de 2011, requirió al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho -Wilfredo Ocorima Nuñez- para que deje sin efecto el procedimiento de exoneración supervisado, porque -a su entender- no existía situación de emergencia en dicha región. Asimismo, este mismo proceso de exoneración también fue observado por la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el informe N° 004-2012/EF63.01 del 5 de enero de 2012, que comunica que existen 23 observaciones al proceso de exoneración. Agrega que, pese a ello, el acusado Ocorima Nuñez -Presidente del Gobierno Regional de Ayacucho- habría dispuesto continuar con este proceso de exoneración. Muestra de ello sería el haber presentado un recurso de reconsideración, con fecha 5 de enero de 2012, contra el oficio emitido por el OSCE, incumpliendo con dejar sin efecto dicho proceso de exoneración, permitiendo que se le pague a los proveedores en dicho proceso de exoneración observado. El OSCE mediante oficio N° E-021-2012/DSU PAA, del 19 de enero de 2012, comunicó al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho que subsistían las conclusiones señaladas en el oficio N° E-067-2011/DSU-VVS.

II. ITINERARIO DEL PROCESO DE 1º INSTANCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

2.1. El requerimiento de acusación y sobreseimiento -fojas 2 del tomo I- señaló que en el extremo a la imputación fáctica de la formalización de la investigación preparatoria por delito de colusión desleal, respecto a que los funcionarios públicos Carlos Andrés Capelleti Zuñiga y otros, se habrían concertado en el proceso de licitación pública con los imputados Jaime Eduardo Gujón Guerra [representante legal de la empresa UNINAQ], Manuel Martín Rojas Álvarez [representante de la empresa FERREYROS S.A.A.], César Chávez Campos [representante de la empresa FERREYROS S.A.A.], Jorge Enrique Martínez Merizalde Ríos [representante de la empresa TRACTO CAMIONES USA] y Luis Ernesto Zapata Ríos [representante legal de la empresa SAN BARTOLOMÉ S.A.]; sin embargo, el representante del Ministerio Público, en el referido extremo, sobreseyó la causa al considerar que no existen suficientes elementos de convicción que acrediten fehacientemente la concertación entre proveedores y los funcionarios públicos.

Cabe resaltar que ante la decisión del representante del Ministerio Público en sobreseer la causa en el extremo señalado líneas arriba, las partes en el control de acusación estuvieron conforme -véase resolución del ocho de enero de dos mil catorce, obrante a fojas ochenta del tomo I-, emitiéndose el auto de enjuiciamiento contra Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa y otros, por delito de negociación incompatible -fojas resolución que obra a fojas ochenta y seis-.

2.2. El proceso tuvo los siguientes resultados: Se declaró prescrita la acción penal a favor de Richard William Reyes Araujo, Carlos Andrés Capelletti Zuñiga, Pavel Torres Quispe y Rafael Americo Vargas Lindo por delito de incumplimiento de funciones. Se absolvió a Jhoan Pavel ROJAS CARHUAS, Alfonso MARTÍNEZ VARGAS, Eladio HUAMANÍ PACOTAYPE y María del Carmen

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

CUADROS GONZALES de los cargos atribuidos como cómplices primarios del delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho. Se condenó como coautores del citado delito a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho; asimismo, se condenó como cómplices primarios del citado ilícito a Víctor DE LA CRUZ EYZAGUIRRE, Sixto LUIS IBARRA SALAZAR, Rosauro GAMBOA VENTURA y Walter QUINTERO CARBAJAL -VÉASE RESOLUCIÓN DEL DIECISÉIS DE JUNIO DE DOS MIL QUINCE, OBRANTE A FOJAS SEISCIENTOS QUINCE-.

III. ITINERARIO DEL PROCESO DE 2º INSTANCIA

3.1. Ante la resolución precedente, interpusieron recursos de apelación los condenados por delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, a título de coautores y cómplices primarios -véase considerando precedente-; asimismo, el Ministerio Público apeló el extremo absolutorio, y el que declaraba la prescripción del delito de incumplimiento de funciones.

3.2. En ese sentido, se emitió la resolución de vista del 18 de noviembre de 2015 -obstante a fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco- que resuelve, por unanimidad: **i)** Confirmar el extremo que prescribe la acción penal del delito de incumplimiento de funciones; y, **ii)** Declaró Nulo el extremo absolutorio. Por otro lado, por mayoría, decidieron: **i)** Confirmar el extremo que condena como coautores del citado delito a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO, Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho; y, condena como cómplices primarios del referido ilícito a Víctor DE LA CRUZ EYZAGUIRRE, Sixto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

Luis IBARRA SALAZAR, Rosaura GAMBOA VENTURA, Walter QUINTERO CARBAJAL, en agravio del antes citado.

Deliberado la causa en sesión concreta y producida la votación, corresponde dictar la sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan- el dieciséis de mayo del presente año, a horas ocho y treinta de la mañana.

IV. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

4.1. Contra la sentencia del 18 de noviembre de 2015 -fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco-, se interpusieron diversos recursos de casación, que fueron admitidos mediante la ejecutoria suprema del 4 de julio de 2016 -fojas mil seiscientos once del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal-, que declaró bien concedido el recurso de casación excepcional para desarrollo jurisprudencial por las causales 1 y 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal. Así, conforme al fundamento jurídico 2.6 de la citada ejecutoria, los puntos de interés a resolver por esta Suprema Corte a partir del caso concreto son: **1.** La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación. **2.** La determinación de criterios de admisión de prueba producida en el juicio en el procedimiento de apelación de sentencia. **3.** El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia. **4.** El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero. **5.** La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible. **6.** El principio de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 23-2016
ICA

confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho. **7.** El significado del Procedimiento de Regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia (artículo 23º de la Ley de Contrataciones del Estado y del artículo 128 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado). **8.** El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal.

A. DE LA ADMISIÓN DE PRUEBA NUEVA EN APELACIÓN - CRITERIOS

4.2. La Prueba.- La definición que se encuentra de la prueba en la RAE -lenguaje común- es: "*razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo*". Esta definición toma dos puntos necesarios de lo que ha de entenderse por prueba al interior del proceso.

El primer punto se encuentra estrechamente ligado a uno de los fines del proceso: el establecimiento de una verdad procesal. Si bien es cierto no es posible una reconstrucción exacta de lo sucedido en el pretérito, es posible aproximarse a la misma mediante la actividad probatoria. Por ende, es necesario realizar una doble diferencia cuando hablamos del concepto de verdad: la verdad en un sentido natural y la verdad procesal. Ambas tienen una característica en común, que se refieren a hechos sucedidos en el pasado, pero la diferencia está en el nivel de proximidad de dichos hechos. Por un lado, la verdad natural refleja fielmente los hechos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

sucedidos en el pasado, sin que algún detalle pueda escaparse a ella. Por otro lado, la verdad procesal es el acercamiento al hecho acaecido, el cual -por su complejidad- ya no puede ser totalmente reconstruido, sino que sólo puede producirse una aproximación que intenta ser lo más cercana a él. El proceso no tiene como objeto buscar la verdad natural, pues ello no resulta -al menos según el avance científico actual- posible. La aspiración de los órganos jurisdiccionales de justicia, entonces sólo se circunscribe a la verdad procesal.

El segundo punto está vinculado a la forma cómo se alcanza la verdad procesal. Dado que nos encontramos frente a sucesos pasados y sobre los cuales el Juzgador carece de conocimiento alguno, es necesario acudir a un medio para que él pueda reconstruir el suceso histórico. Ese mecanismo es la actividad probatoria, pue mediante la actuación de los medios probatorios ofrecidos por las partes el juez puede reconstruir hechos ya acaecidos.

4.3. La doctrina realiza una definición más extensa del tema. Así, Mixán Mass señala que:

“La prueba consiste en una actividad cognoscitiva, metódica, selectiva, jurídicamente regulada, legítima y conducida por el funcionamiento con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

respecto, que permita un ejercicio correcto y legítimo de la potestad jurisdiccional penal."¹

4.4. El derecho a la prueba.- En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que:

"(...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el **derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios;** a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia (...)"² [El resaltado es nuestro].

4.5. Asimismo, se entiende que:

"(...) el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que **los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes,** a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos."³ [El resaltado es nuestro].

¹ MIXÁN MASS, Florencio, *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, Ediciones BLG, Trujillo, 1996, p.303.

² Cfr. STC Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, caso MEDINA VELA, fundamento jurídico N.º 15.

³ Cfr. EXP. N.º 01557-2012-PHC/TC, caso NINAHUANCA SOSA, fundamento jurídico N.º 2.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.6. Sin embargo, no podemos olvidar que, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas, tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión⁴. A lo largo del Código Procesal Penal, podemos encontrar una serie de restricciones a este derecho fundamental, las cuales tienen diversos fundamentos.

En lo referente, a la admisión de pruebas en segunda instancia, la disposición legal pertinente es el artículo 422 del Código Procesal Penal, que señala:

"(...) 2. Sólo se admitirán los siguientes medios de prueba:

- a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia;
- b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y,
- c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él. (...)"

4.7. Los límites que se precisan en el artículo precedente, buscan evitar que las partes abusen del derecho, e interpongan -maliciosamente- medios

⁴ Cfr. STC 4831-2005-PHC/TC, caso Curse Castro, fundamento jurídico N° 4.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

probatorios en segunda instancia que no puedan ser contradichos. Asimismo, si bien se permite la interposición de medios probatorios ya propuestos que pudieron ser denegados indebidamente, ello se condiciona a la existencia de una reserva. Se entiende que, en tanto exista una reserva, se garantiza el interés que se tiene sobre determinado medio probatorio y su importancia en el caso concreto. Y, por último, la norma procesal busca subsanar la omisión de actuación de prueba que no le es imputable al recurrente; ello en virtud del respeto al derecho de prueba del que éste goza (derecho a que se actúen las pruebas).

4.8. Con los conceptos previos referidos a la prueba y su rango constitucional, cabe preguntarnos si, en efecto, el cumplimiento del artículo 422, inciso 2, del Código Procesal Penal debe ser irrestricto; o si, por el contrario, merece una interpretación constitucional, que permitiría -según el caso- la flexibilización de la regla, a fin de admitir pruebas legales y pertinentes al proceso. Previo a resolver la interrogante planteada, cabe precisar que, ya en otras oportunidades, esta Suprema Corte ha mantenido una posición abierta respecto a superar formalidades que exige la ley en pos de una interpretación constitucional de la norma procesal para una mejor resolución -siempre respetando los derechos de las partes-. Así, en la Sentencia de Casación N° 07-2010, emitida por la Sala Penal Permanente, en su fundamento jurídico sexto, indicó que:

"La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego una lesión a los derechos de las partes."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.9. Sobre la base de las consideraciones pertinentes, corresponde a este Supremo Tribunal fijar una posición sobre si es o no posible la admisión de prueba -fuera de los supuestos antes mencionados- en segunda instancia.

Con respecto al supuesto del literal "a", del inciso 2 del artículo 422° del Código Procesal Penal, podemos observar que el mismo prevé la clásica excepción al principio de preclusión procesal: la existencia de una prueba nueva, que se configura como aquella que la etapa procesal precluyera, no existía o las partes no tuvieron conocimiento de su existencia. Así, la prueba nueva es la excepción, por excelencia, a las reglas de temporalidad de la admisión de un medio probatorio.

4.10. Respecto a la prohibición de admisión de medios probatorios que fueron indebidamente denegados, sin que exista una reserva formulada, este Tribunal Supremo considera que -igual que en el punto precedente- este artículo es ya una excepción en sí misma.

El supuesto establecido en la norma procesal es que existen medios probatorios indebidamente denegados. Ergo, es la misma norma, la que establece que existió una posibilidad de error por parte del Juzgador de primera instancia en denegar dichos medios. Por ende, para evitar una situación en la cual la verdad procesal no sea debidamente alcanzada, se prevé como salida procesal que el error del Juzgador de primera instancia sea subsanado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.11. Por último, es necesario abordar la causal referida a la admisión de medios probatorios no actuados por causas no imputables al recurrente. Constituye también una excepción a la preclusión de la admisión de la prueba.

En este caso, si fue el propio recurrente quien impidió o generó que dicho medio probatorio no se actúe, resulta claro que la consecuencia será la imposibilidad de que se produzca en segunda instancia. Sin embargo, aun en este supuesto es posible que el medio probatorio se actúe nuevamente, considerando la prevalencia de la obtención de la verdad procesal; no obstante, la actuación se encuentra supeditada a situaciones mucho más restrictivas, como es el caso de una defensa técnica negligente.

4.12. Analizando el caso concreto, el Juez de primera instancia, en su sentencia consideró como uno de los puntos centrales de su pronunciamiento, que el Gobierno Regional no debió declarar la situación de emergencia y, posteriormente, las medidas adoptadas. Basa su pronunciamiento en las declaraciones del Testigo Experto *Víctor Villanueva Sandoval*, quien -como miembro del OSCE (Organismo de Supervisión de las Contrataciones Estatales)- consideró que no existía una situación de emergencia -conforme a lo previsto por la Ley de Contrataciones del Estado-, pues la existencia de lluvias era considerada como una situación estacional o cíclica, y no se había precisado por qué era una emergencia en los informes sustentatorios de la exoneración.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

Al respecto, la defensa técnica postuló como medios probatorios en segunda instancia, lo que ha venido a denominar como testigos expertos en derecho administrativo y un testigo experto del SINAGERD de la región de Ayacucho. El objeto de los primeros fue acreditar distintos aspectos en torno a la materia antes señalada, como el ámbito de actuación del OSCE, y el objeto del segundo fue señalar por qué, en el presente caso, era necesario contar con el informe del SINAGERD, para decidir si se presentaba o no una situación de emergencia.

La Sala de Apelaciones mediante la Resolución N° 32 no admitió los medios probatorios por considerar que el expediente administrativo de declaración de situación de emergencia ya era conocido por las partes desde el inicio de juzgamiento.

4.13. Con respecto al medio de prueba señalado, no nos encontramos frente a un testigo experto, pues se trataba de órganos de prueba encargados de emitir un dictamen sobre aspectos jurídicos en torno a la aplicación de las normas del Derecho Administrativo al caso concreto, tienen la condición de peritos. La segunda prueba postulada, efectivamente, se trató de un testigo experto, pues es una persona que -aparentemente y según lo postulado- tuvo un contacto directo con el hecho imputado, ya que formaba parte del SINAGERD -Órgano encargado de la gestión de Riesgos- del Gobierno Regional de Ayacucho, creado mediante la Ley N° 29664.

El objeto de ambos medios de prueba, sobre todo del segundo, era señalar la necesidad de utilizar la información técnica del SINAGERD, a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

efectos de determinar la existencia de una situación de emergencia. Planteado de esta manera, la necesidad de probar la utilidad de dicha información del SINAGERD, ya era conocida antes de iniciar el juicio oral y -por tanto- pudieron ser postulados oportunamente. En consecuencia, no deberían de ser admitidos como regla general.

4.14. Ahora bien, los medios probatorios mencionados no buscan acreditar elementos fácticos, sino estrictamente jurídicos. En concreto, si es que el informe aludido debía o no servir -jurídicamente- para determinar la existencia de una situación de emergencia.

4.15. En sentido estricto, se ha entendido tradicionalmente que la parte jurídica no puede ser objeto de prueba, pues admitir prueba sobre aspectos jurídicos podría ir contra la presunción de conocimiento del Derecho por parte del Magistrado. Sin embargo, dado el avance normativo actual y la alta especialización de los diversos sectores del ordenamiento jurídico, es posible admitir excepcionalmente informes de esta naturaleza, siempre que versen sobre instituciones, regulaciones o decisiones jurídicas, en el ámbito comparado, en tanto que si se trata de informes jurídicos relacionados con interpretaciones de derecho nacional no podrían tener valor probatorio. En todo caso, puede considerárseles como argumentos de defensa y tienen un valor meramente referencial.

4.16. Por ende, en el caso concreto, consideramos que la no admisión de los medios de prueba antes señalados, fue correcta, en la medida que los dictámenes de este tipo no vinculan al Magistrado, sino son sólo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

mecanismos auxiliares que lo apoyan en la labor de interpretación de la norma.

Por los fundamentos precedentes, deviene en infundado el recurso de casación interpuesto, referido al pedido de admisión de medios probatorios ofrecidos por la defensa técnica de los recurrentes (Oscorima Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostraza).

B. CRITERIOS DE ADMISIÓN DE PRUEBA PRODUCIDA EN JUICIO EN EL PROCEDIMIENTO DE APELACIÓN DE SENTENCIA.

4.17. Respecto a la prueba en segunda instancia en el inciso 5 del artículo 422° del Código Procesal Penal, prevé que:

*"También serán citados aquellos **testigos** -incluidos los agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala **por exigencias de inmediación y contradicción** considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta de juicio."*

4.18. De la norma previamente citada se puede advertir que nuestro legislador sólo ha previsto la actuación de ciertas pruebas -de primera instancia- a nivel de segunda. Uno de esos medios de prueba son las declaraciones testimoniales, cuya necesidad se sustenta en dos exigencias: inmediación, entendida como la vinculación entre el Juzgador

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

y el órgano de prueba, y de contradicción, sometimiento a un test de credibilidad por las partes.

Así, la citada norma se refiere a los testigos, precisando que también sean los agraviados; ello en razón al principio de inmediación y contradicción. Sin embargo, no se regula esta admisión en segunda instancia para pruebas de carácter pericial o documental, entendiéndose que dichos medios probatorios pueden ser valoradas nuevamente por el Juzgador de segunda instancia, sin vulnerar el principio de inmediación.

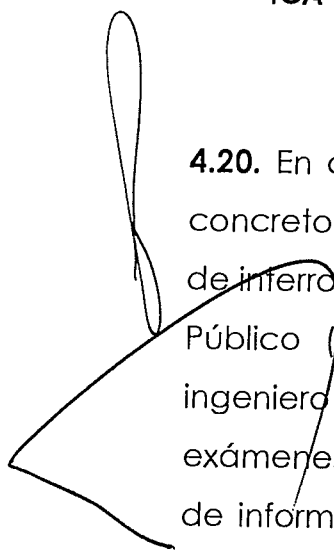
El inciso 2, del artículo 425 del Código Procesal Penal, señala que:

"La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, (...)"

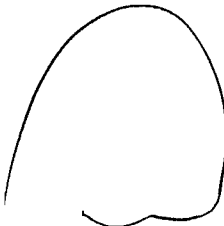
4.19. Un análisis conjunto de la normativa procesal penal nos permite afirmar coherentemente que en principio la Sala Penal de Apelaciones está habilitada a una nueva valoración de la prueba pericial -conforme al inciso 2 del artículo 425° del CPP-; en ese sentido, implicará conforme al artículo 181 del CPP un examen o interrogatorio al perito, con la finalidad de obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos, y la conclusión que se sostiene. El examen o interrogatorio del perito, será de mayor necesidad si a nivel de segunda instancia se presenta un medio probatorio -nuevo- que contradiga el peritaje realizado en primera instancia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA




4.20. En consideración a lo señalado, se puede advertir que, en el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones, rechazó el pedido de la defensa de interrogar a los peritos presentados en primera instancia por el Ministerio Público (Examen Pericial N° 05-2012-2-5335, y el informe pericial del ingeniero del 30 de enero de 2013), al considerar que los citados exámenes periciales no adolecían de sensibles defectos legales o déficits de información que impidan el esclarecimiento de los hechos objeto de debate. Este Supremo Tribunal advierte que lo señalado por la Sala Penal de Apelaciones, en dicho extremo es correcto, en la medida que a su consideración no necesitaban del interrogatorio al perito, por tener claro el informe pericial, siendo éste suficiente, pues no existía medio probatorio -nuevo- que lo desacreditará a punto de que se necesite de una mejor explicación por parte del perito especialista.

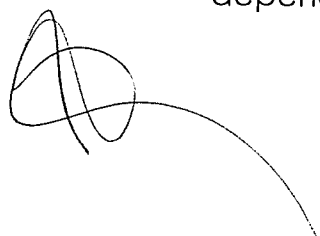


Por las razones precedentes, los argumentos esgrimidos por los recurrentes en dicho extremo deben ser declarados infundado.

C. EL MÉTODO NECESARIO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL GRAVE PELIGRO COMO CAUSA DE DECLARACIÓN DE SITUACIÓN DE EMERGENCIA



4.21. La resolución del presente tema amerita contar con ciertos conceptos del ámbito procesal, como son el *objeto de prueba*, y el *medio de prueba*. Como se desarrollará a continuación, en principio, el objeto de prueba definirá el medio de prueba idóneo a utilizar, y de este último dependerá la valoración probatoria a realizar.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.22. El objeto de prueba.- Conforme lo regula el Código Procesal Penal en su artículo 156:

"Son (...) los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito."

4.23. El medio probatorio.- Como ya se señaló, el objeto de prueba es todo aquel hecho y/o realidad susceptible de ser probado. En ese sentido, el medio probatorio es todo aquello que sirve para probar determinado hecho -objeto de prueba-. Así, respecto a los medios probatorios nuestro Código Procesal Penal señala en su artículo 157°, lo siguiente:

"1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas.

3. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos."

4.24. El medio probatorio que se utilice para demostrar la configuración de determinado hecho necesario en juicio dependerá directamente del hecho a probar -objeto de prueba-. Lo señalado permitirá la búsqueda de la idoneidad del medio probatorio que generará el escenario perfecto para una correcta valoración probatoria.

Citado lo anterior, se puede afirmar que ante hechos complejos que se planteen demostrar en juicio, será de aplicar necesariamente el medio probatorio denominado *pericia*. Así, el Código Procesal Penal en su artículo 172, establece que:

"La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica artística o de experiencia calificada."

4.25. En ese sentido, si se pretende demostrar un desbalance patrimonial, más allá de las afirmaciones vertidas por testigos, se requerirá una pericia contable, que en efecto determine el citado desbalance. Asimismo, si hablamos de delitos contra el medio ambiente, en donde se aduzca contaminación sonora, se requerirá una pericia especializada que demuestre que los índices acústicos de determinada zona superan el límite legalmente permitido. Como se aprecia las situaciones planteadas son complejas, requieren conocimientos especializados, y en más de una

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 23-2016
ICA

ocasión nos remite a normativa sumamente detallada -que suele ser ignorada-.

Diariamente se observa que el Derecho Penal se encuentra más involucrado con otras ramas del derecho -ambiental, corporativo, minero, administrativo, entre otros-. Cada una cuenta con normativa e instituciones especializadas, las cuales deben ser de conocimiento del Juzgador, en el extremo que se relacionen con la actividad delictiva. Sin embargo, debido a la sobrepundancia normativa y a la alta especialización, es necesario contar con una opinión jurídica técnica que proponga sólidos criterios de interpretación de la normativa extrapenal.

4.26. En el caso concreto, se ha de determinar la definición de **grave peligro**, en un contexto específico de declaración de **situación de emergencia**⁵. Es preciso señalar el contexto en el que se habla de determinado tema, más aún de un concepto que descontextualizado suele ser muy subjetivo. En ese sentido, se advierte que, conforme al artículo 22 de la Ley de Contrataciones con el Estado, vigente en el momento de los hechos, la situación de emergencia es definida como:

"Artículo 22.- Situación de emergencia.-

Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que

⁵ La declaración de la situación de emergencia es una decisión de una Entidad de carácter particular que intenta proteger la continuidad de sus operaciones y/o servicios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

supongan grave peligro de necesidad que afecten la defensa nacional.

En este caso la Entidad queda exonerada de la tramitación de expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente Ley.

El Reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la regularización del procedimiento correspondiente.

El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Entidad ya no tendrá el carácter de emergencia y se adquirirá o contratará de acuerdo a lo establecido en la presente Ley."

En ese sentido, es previsto por el artículo 128 del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D.S. N° 084-2008-EF), vigente en la fecha de los hechos, el cual señala que:

"Artículo 128.- Situación de Emergencia

En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que **supongan grave peligro**, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva.

Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra, incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones."

4.27. Conforme lo observado, en la normativa que regula la situación de emergencia, no se define, ni precisa qué se debe entender por *grave peligro*, dejando ello aparentemente a una libre interpretación. Sin embargo, siendo una cuestión de carácter jurídico, conviene verificar si

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

existe alguna entidad u organismo que sea especializado en determinar un *grave peligro* que pueda generar una situación de emergencia.

4.28. El artículo 1 de la Ley N° 29664 -"Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres"-, publicado el 19 de febrero de 2011, establece lo siguiente:

"(Se crea) el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd) como sistema interinstitucional, sinérgico, descentralizado, transversal y participativo, con la finalidad de identificar y reducir los riesgos asociados a peligros o minimizar sus efectos, así como evitar la generación de nuevos riesgos, y preparación y atención ante situaciones de desastre mediante el establecimiento de principios, lineamientos de política, componentes, proceso e instrumentos de la Gestión del Riesgo de Desastres."

Teniendo dentro de sus objetivos principales:

"a) La identificación de los peligros, el análisis de las vulnerabilidades y el establecimiento de los niveles de riesgo para la toma de decisiones oportunas en la Gestión del Riesgo de Desastres." (Véase artículo 8 de la citada Ley)

4.29. Asimismo, es importante advertir que conforme el artículo 3 de la citada Ley:

"La Gestión del Riesgo de Desastres está basada en la investigación científica y de registro de informaciones, y orienta las políticas,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

estrategias y acciones en todos los niveles de gobierno y de la sociedad con la finalidad de proteger la vida de la población y el patrimonio de las personas y del Estado."

En ese sentido, dependiendo del riesgo que se busque determinar, el proceso de investigación de nivel científico estará a cargo de instituciones especializadas como son el Instituto Geofísico del Perú, el Instituto Geológico Minero (INGEMET), el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI), entre otros.

4.30. El Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI)⁶, es la institución encargada de determinar el riesgo –nivel- de desastre generado por lluvias. En este punto, es necesario precisar que la OSCE no es la institución competente para afirmar o negar la existencia de un peligro grave –que generará una situación de emergencia-; asimismo, lo señala este organismo en repetidas opiniones técnica emitidas, como por ejemplo la Opinión N° 084-2014/DTN, que, en su fundamento N° 2.1.1, señala que:

"En primer lugar, debe indicarse que, conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en esa medida, en vía de

⁶Creado mediante el Decreto Ley N° 17532, el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI) es un organismo técnico especializado del Estado Peruano que brinda información sobre el pronóstico del tiempo, así como asesoría y estudios científicos en las áreas de hidrología, meteorología, agro-meteorología y asuntos ambientales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

consulta, este Organismo Supervisor no puede determinar si una situación en específico configuraría la causal de exoneración por situación de emergencia, pues ello contravendría el literal j) del artículo 58 de la Ley."

4.31. Por lo que, ante la necesidad de probar la idoneidad de una situación de emergencia, corresponderá verificar a qué clase de grave peligro se refiere ésta, y dependiendo de ello la institución u organismo encargado en determinar científicamente si es o no en efecto un *peligro grave*.

Como se puede advertir, la determinación del concepto de *peligro grave* a efectos de dictaminar una situación de emergencia requiere pasar por un proceso entre instituciones especializadas en la materia –SINAGERD, entre otras- que no involucra a organismos consultores –de opinión- como el OSCE cuya especialidad es otra –Normativa referida a la contratación del Estado-. El OSCE no es competente para la determinación de la existencia del peligro, pues el peligro no se determina sobre la base de un criterio jurídico, sino a través de la verificación un criterio técnico (riesgo de un daño grave).

Siendo el objeto de prueba una situación que amerita conocimientos especializados como lo es la determinación del peligro grave para determinar una situación de emergencia, se advierta que ello no depende de un criterio jurídico, sino -ante todo- técnico. En el caso concreto, la entidad competente para emitir dicho criterio técnico es el SINAGERD, y las instituciones relacionadas como el SENAMHI. Si ellas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

determinaban la existencia de un peligro, entonces debía presumirse la realidad e inminencia del mismo.

4.32. Es de apreciar, asimismo, que como consecuencia de las intensas precipitaciones pluviales que originaron la crecida de los ríos, huaycos y deslizamientos, trayendo consecuencias peligrosas a la salud de los pobladores y daños materiales en las viviendas, campos agrícolas, carreteras y servicios básicos, la Región de Ayacucho fue declarada en estado de emergencia mediante varios Decretos Supremos. Es así que mediante Decreto Supremo N° 012-2011-PCM, del 23 de febrero del 2011, se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huamanga, Huanta, y Vilcashuaman; igualmente, mediante Decreto Supremo N° 016-2012-PCM, del 26 de febrero del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Huanta, Lucanas, y La Mar; así también mediante Decreto Supremo N° 047-2012-PCM, del 29 de abril del 2012 se declaró el estado de emergencia en las Provincias de Páucar del Sara Sara y Víctor Fajardo.

4.33. Estas normas jurídicas fueron emitidas considerándose las alertas meteorológicas del SENAMHI y otros informes técnicos que dieron cuenta del grave peligro generado por las intensas precipitaciones [conforme se advierte del informe del Instituto de Defensa Civil, respecto a la preparación para la temporada de lluvias 2011-2012, donde se consigna el registro de emergencias por temporadas de lluvias –véase expediente de solicitud para declarar en situación de emergencia la Región de Ayacucho, así como el informe técnico número N° 007-2012-INDECI/11.0, obrante a fojas tres mil trescientos cuarenta y cinco-]. Por ello, el Poder Ejecutivo procedió a declarar el estado de emergencia en diversos sectores de la región de Ayacucho, disponiendo que se tomen las

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

medidas pertinentes al respecto. Los mismos Decretos Supremos en buena cuenta confirman que en los periodos indicados en la Región Ayacucho existió grave peligro por la intensidad de las lluvias, antes y después de la declaración de situación de emergencia y la compraventa de las maquinarias; de allí que la magnitud de la situación de emergencia demandaba la adopción de medidas urgentes que permitan al Gobierno Regional de Ayacucho y los Gobiernos Locales la ejecución de acciones inmediatas destinadas a la atención de la emergencia y rehabilitación de zonas afectadas.

Ante dicho panorama, queda claro que el grave peligro sí era real, conforme lo venían sosteniendo los informes técnicos pertinentes, emitidos por la autoridad competente en la materia. Por dichas razones, se debe declarar fundado el recurso de casación, en dicho extremo, interpuestos por los recurrentes Ocorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinojosa, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, De la Cruz Eyzaguirre, e Ibarra Salazar.

D. EL ROL DEL PARTICULAR EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, PARA LA VERIFICACIÓN DEL INTERÉS PARTICULAR INDEBIDO DE TERCERO

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

“Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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

4.35. Es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación -es un tipo penal general, de amplio espectro- que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio.⁷ El bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración. El verbo típico en este delito es el interés que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinados. No basta, por tanto, con que se haya verificado observaciones al proceso o adquisición misma, sino que el agente haya mostrado mediante actos irregulares su deseo de influir en el desarrollo de acto de adquisición.

⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal de 1991*, 2 Ed., Palestra, Lima, 2003, p. 510.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

"(...) la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, (...) No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado."

4.37. Mediante la sentencia citada, se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos –en aplicación del principio de legalidad–, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal. Debemos indicar que si bien el artículo 56, cuarto párrafo, de la Ley de Contrataciones con el Estado –vigente al momento de los hechos–, precisa que *"En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, **asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.**"* (El resaltado es nuestro); en el mismo sentido, el artículo 44 de la actual Ley de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 23-2016
ICA

Contrataciones con el Estado señala, "(...) cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, **asumen responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato (...)**" (El resaltado es nuestro).

4.38 La responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero *contratado*, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece en principio al cumplimiento cabal del principio de legalidad y asimismo, a que el tercero –que se beneficiara- no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiado –de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública.

4.39. Por ello, en dicho extremo, los recursos de casación planteados por los recurrente (Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostraza, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, De La Cruz Eyzaguirre, e Ibarra Salazar) debe ser declarado infundado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

E. LA FINALIDAD INDEBIDA COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

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

4.41. Al respecto, conforme ya ha sido establecido en la Casación N° 841-2015, en su fundamento jurídico trigésimo sexto, *"El segundo elemento: búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario"*.

4.42. En ese sentido, el provecho propio o de tercero, al ser un elemento del tipo penal del delito de negociación incompatible requiere, como cualquier otro elemento del tipo, ser materia de prueba dentro del proceso penal. Por ende, queda proscrito la presunción de su configuración, estableciéndose el deber del Ministerio Público de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

demostrar la existencia de este tipo penal y del Juzgador de señalar por qué, a su juicio, el mismo se presenta o no en el caso concreto.

4.43 De la revisión de autos -véase sentencia de vista a fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco- no se advierte una motivación suficiente que sustente -más allá de toda duda razonable- la configuración de este elemento típico; esto es, si conforme a la acusación fiscal, se logró establecer el provecho indebidamente obtenido por el tercero, como consecuencia de la gestión interesada del agente. En otros términos, si producto del interés mostrado, de acuerdo con la acusación fiscal, las empresas contratadas fueron efectivamente e indebidamente beneficiadas. La Sala Penal de Apelaciones no establece de qué manera pudo configurarse la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, orientado a brindar un beneficio indebido a favor de un tercero particular, máxime si cuando en el presente caso los terceros fueron los proveedores Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones USA, San Bartolomé S.A y Unimaq S.A., fueron objeto de sobreseimiento definitivo, sin sanción penal ni inhabilitación alguna, esto es, obtuvieron un pronunciamiento judicial de que obtuvieron un provecho debido.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 23-2016
ICA

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

F. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO FILTRO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LAS ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.44. La atribución penal de una conducta a una persona ha partido, tradicionalmente, desde un mismo punto: la demostración de un nexo de causalidad entre su acción y la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico penalmente relevante. No obstante, no toda causación de un resultado hace que una persona responda penalmente por dicha acción.

A través de la denominada teoría de la imputación objetiva, se determina cuándo una acción imputada es normativamente atribuible a una persona y, por tanto, la hace responsable de dicha acción. Para ello, la teoría de la imputación objetiva tiene cuatro instituciones, que sirven a dicho fin: **1)** el riesgo permitido, **2)** el principio de confianza, **3)** la prohibición de regreso, y **4)** la imputación de a la víctima. A continuación, para efectos de desarrollar el presente punto del recurso de casación, nos centraremos en analizar puntualmente lo que se entiende por principio de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

confianza y sus alcances, en el marco de estructuras organizadas de la administración pública.

4.45. Una de las características principales del mundo contemporáneo, es la complejidad de las relaciones sociales; el ámbito de desarrollo de las personas día a día exige cada vez mayor especialización. A nivel de una empresa u organización pública o privada mayor será la complejidad dependiendo de su dimensión y su expansión; así, para que exista un correcto funcionamiento de la organización deberá existir división de funciones entre los miembros del organismo, para lograr un actuar conjunto en pos de la organización.

4.46. Las organizaciones (públicas o privadas), como por ejemplo: las Municipalidades, Clínicas, Hospitales, entre otros, son estructuras en las cuales se manifiesta un alto nivel de organización, para que las mismas puedan cumplir la función que les ha sido encomendada. De esta forma, cada integrante de la organización tiene una esfera de competencias propia, por la cual es garante. Toda organización tiene reglas, normativa interna que busca regular las acciones y funciones de cada trabajador, las cuales delimitan el espectro de derechos y de deberes de todos los funcionarios. En el ámbito de la estructura pública nacional, lo señalado se plasma en el Manual de Organizaciones de Funciones (MOF) y en el Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF) que vienen a ser la normativa que delimita los ámbitos de competencia funcional con la finalidad de optimizar el servicio de los funcionarios y servidores públicos. En este sentido, sólo será posible atribuir responsabilidad en el ámbito funcional por el quebrantamiento de las expectativas de conducta que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

formen parte del ámbito de competencia delineado por la normativa en referencia, lo que a su vez significa que el funcionario público no podrá responder por las consecuencias del ejercicio de las funciones que pertenecen a la esfera de competencia de terceros. Mejor dicho, solamente se ha de responder por las consecuencias que deriven de los propios actos delineados normativamente en el MOF y en el ROF. Al respecto, REYES ALVARADO refiere que en las organizaciones *"Las labores individuales se deben desarrollar de acuerdo con una asignación de funciones preestablecidas, cada persona es responsable solamente por el correcto desempeño de las actividades que le han sido asignadas, y puede por ende confiar en que sus demás compañeros harán asimismo con las labores inherentes a sus cargos"*⁸.

4.47. La delimitación del ámbito de competencias permite al funcionario tener seguridad de cuándo su acción constituirá un riesgo penalmente relevante y cuándo ello no será así. De esta forma, nadie responderá penalmente por el correcto cumplimiento de las funciones asignadas a su persona. Incluso si su trabajo es instrumentalizado por un tercero, y con ello se afecta un bien jurídico, carecerá de responsabilidad penal si es que se verifica -en el caso concreto- que actuó dentro del contorno de sus funciones.

Así, en virtud del principio de confianza, la persona que se desempeña dentro de los contornos de su rol puede confiar en que las demás personas con las que interactúa y emprende acciones conjuntas, van a desempeñarse actuando lícitamente. El principio de confianza se incardina en la esencia de la sociedad, pues sin él nadie podría

⁸ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación Objetiva*, Editorial Temis, Bogotá, 1996, p. 153.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

interactuar si, además del deber de cumplir los parámetros de su rol, estuviera en la obligación de observar que la persona con la que se interactúa está cumpliendo cabalmente sus obligaciones.

La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando hablamos de organizaciones complejas, como son las instituciones públicas, en las cuales la persona tiene que interactuar con muchos otros funcionarios día a día. Por ende, si el funcionario público tuviera como exigencia permanente verificar que otro funcionario ubicado en un nivel jerárquicamente inferior o en un nivel horizontal al suyo cumple o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias labores. De ahí que se parte de una presunción: todo funcionario con el que se interactúa obra en cabal cumplimiento de sus funciones.

Cabe mencionar que el principio de confianza encuentra ciertos límites por ejemplo, cuando una persona sobre quien se tiene una ascendencia funcional no tiene capacidad para cumplir de manera responsable un rol designado⁹. Asimismo, el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante¹⁰ que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. Por último, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba¹¹. Entonces, toda conducta desplegada en el marco laboral dentro de una organización con división de roles, deberá ser analizada

⁹ JAKOBS, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones y Editorial Civitas S.A., España, 2007, p. 219.

¹⁰ JAKOBS, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones y Editorial Civitas S.A., España, 2007, p. 220.

¹¹ JAKOBS, Gunther, *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones y Editorial Civitas S.A., España, 2007, p. 220.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

bajo el principio de confianza, salvo que se presente alguno de los supuestos citados.

4.48. Tradicionalmente se suele considerar que la máxima autoridad de una institución tiene una posición de garante que lo hace responsable por todo acto que cometan sus subordinados. En un sentido normativo, sobre la base de las consideraciones esbozadas previamente, dicha consideración es manifiestamente incorrecta. Los deberes funcionariales de la persona que lidera una institución, por ejemplo, que ostente la titularidad del pliego, no son distintos a los deberes del resto de funcionarios; si bien por ejercer el liderazgo tiene un mayor poder de decisión y una mayor injerencia en la actividad de la institución pública, pero sus deberes funcionariales también se rigen por el marco normativo de la institución que delinea la esfera de competencia de cómo debe conducirse en el ejercicio del cargo. Por tanto, si es del caso exigírsele un deber especial de supervisión, dicho deber debe estar normativamente establecido y formar parte de sus competencias. Naturalmente, ello podría colisionar con funcionarios que, precisamente, tienen determinado dicho deber de supervisión, como son los encargados del control interno.

La exigencia del deber de supervisión al titular de una institución, sin más fundamento que por ser el titular de la misma, podría menoscabar el desempeño de las funciones de la institución, pues dedicaría más tiempo a controlar al resto de funcionarios -incluso de muy menor rango- que a desempeñar sus propias funciones. Esta postura haría ineficaz la división del trabajo, sobretodo en órganos donde existen personas especializadas en dicha función. Y, si la atribución de responsabilidad penal sólo se basa,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

sin más fundamento, en que por ser la máxima autoridad de la institución, debe responder por los actos de cualquiera de sus subordinados, entonces estaríamos ante una flagrante vulneración del principio de culpabilidad, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que proscribe la responsabilidad objetiva. Precisamente contra esta posibilidad de imputación de responsabilidad basada en el puro resultado, además del principio de culpabilidad, opera el principio de confianza, que brinda legítimamente al funcionario de alto nivel la posibilidad de confiar en quien se encuentra en un nivel jerárquico inferior, máxime cuando este último posee una especialización funcional. En el entendido de que el personal que labora en una institución es el adecuado, el principio de confianza, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir mecánica y directamente a quien se encuentra en la cúspide funcional de la institución. De otro modo: el funcionario que se encuentre en dicho nivel no tiene deber jurídico alguno de ejercer un férreo y pormenorizado control de cada una de las tareas que son de exclusiva incumbencia de los niveles funcionariales subordinados a los que, en clave de reparto funcional, plasmados en el MOF y en el ROF, les son delimitadas sus competencias. A dicho funcionario le asiste la posibilidad de confiar en quien se ubica en un nivel jerárquico inferior, más aún si éste posee conocimientos especializados, razón por la cual precisamente forma parte de dicho nivel funcional.

La excepción a este principio se da cuando el titular de la institución es quien quiebra su deber institucional y organiza los deberes de sus subordinados para ello. Lo señalado es una posición ya asumida por esta

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

Suprema Corte, mediante el R.N. N° 449-2009/Lima, emitida el nueve de julio de dos mil nueve¹².

4.49. Centrándonos en el análisis del caso concreto, en base a los conceptos jurídicos previos, cabe realizar la siguiente pregunta: ¿El principio de confianza permite excluir de responsabilidad penal al 1) Presidente regional de Ayacucho, 2) Gerente General, 3) Jefe de abastecimiento, y demás Consejeros Regionales? Para poder dar una respuesta, resulta necesario establecer la participación que se imputa a cada uno de los citados involucrados, en el delito de negociación incompatible. Asimismo, corresponde verificar si el órgano jurisdiccional de mérito hizo un adecuado análisis de la delimitación del ámbito de funciones que cumplían los antes señalados funcionarios, para lo cual debió basarse en el MOF y en el ROF de la citada entidad. Permittiéndonos ello verificar si los recurrentes, en sus diversos roles dentro de la organización, actuaron dentro de su rol jurídicamente establecido, en base al principio de confianza.

4.50. Se advierte conforme la acusación fiscal que la primera infracción que generaría la configuración del delito de negociación incompatible, sería la declaratoria de la situación de emergencia del sistema vial de la Región Ayacucho, que la Sala Penal de Apelaciones estimó como falsa. En los hechos probados se tiene que la declaratoria de la citada situación de emergencia del sistema vial, fue solicitada por la Gerencia de infraestructura al Gerente Regional, para lo cual se amparó en un informe técnico y jurídico. A su vez, el Gerente General trasladó dicho pedido al

¹² La Corte Suprema también ha resuelto conforme al principio de confianza los R.N. N° 608-2004; 552-2004; 4631-2008; 1865-2010; 1449-2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

órgano competente para aprobarlo: el Consejo Regional de Ayacucho. Conforme lo establecido en el art. 37, numeral a, y el art. 39 de la Ley N° 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales), el acuerdo regional fue adoptado y el Consejo Regional emitió el Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR. En dicho acuerdo, el Consejo Regional ampara la solicitud de la Gerencia Regional y acuerda declarar la situación de emergencia del sistema vial de la Región Ayacucho. Finalmente, es el Consejo Regional, como consta en el acuerdo regional antes mencionado, quien dispone la exoneración de los procesos de selección de las contrataciones y adquisiciones para afrontar la situación de emergencia previamente declarada.

Una vez que el acuerdo es adoptado, sólo corresponde que el órgano ejecutivo del Gobierno Regional cumpla el mismo, pues se encuentra vinculado a dicho mandato. Así, tanto el Presidente Regional, como el Gerente Regional y demás funcionarios integrantes del órgano ejecutivo del Gobierno Regional, se encontraron en la obligación de adoptar las acciones destinadas a cumplir dicho acuerdo. Finalmente, es necesario destacar que ello no significa dar una carta abierta a los funcionarios del ejecutivo, pues sus actos son fiscalizados directamente por el Consejo Regional, quien -conforme también se dispuso en la mencionada resolución- conformó una comisión de fiscalización de las decisiones adoptadas por el ejecutivo.

Ahora bien, para aprobar dicha situación de emergencia mediante resolución ejecutiva regional 1409-2011-GRA-PRES, el Presidente Regional debió contar con las opiniones técnicas y legales que sustentaron el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

pedido, los cuales previamente pasaron por una línea de revisión. Al respecto, la Sala Penal de Apelaciones no señala que el Presidente Regional haya obviado considerar los informes especializados, sino que supone que éste tenía la obligación específica de verificar si el contenido era correcto, es decir si los informes técnicos y legales analizaban correctamente la procedencia de la situación de emergencia.

En ese sentido, debemos afirmar que lo señalado resulta erróneo. La actuación del Presidente Regional, al igual que el Gerente Regional y los funcionarios que directamente no opinaron sobre la existencia técnica o legal de la situación de emergencia, se enmarca dentro del principio de confianza, pues la normatividad que regula sus ámbitos de competencia no les impone el deber de garante de poseer conocimientos técnicos y especializados que les obligue a la verificación de cada una de las acciones de sus subordinados. Exigirles que desconfiaran de los informes técnicos que les presentaron sus subordinados no es un deber que se encuentra dentro de sus funciones. Por el contrario, el Presidente Regional solo cuenta con la obligación de verificar la existencia de informes especializados que sustenten el pedido razonablemente, mas no determinar si el contenido exacto de los mismos es o no correcto. Lo contrario implicaría exigir a dicho funcionario el deber de cumplir con la función de especialistas técnicos y legales, haciendo obsoleto e impracticable el proceso de división de trabajo. Ello resulta más evidente para el caso de los puestos más altos de la estructura, quienes no se encuentran en contacto directo con los especialistas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.51. Por otro lado, tenemos que una vez declarada la situación de emergencia, se continuó con el proceso de contratación de carácter excepcional, en el cual el Presidente Regional no intervino, pues correspondía a otros órganos de la entidad su realización (Gerente General, el Jefe de abastecimiento, entre otros). Sin embargo, conforme la acusación fiscal, el Presidente Regional vuelve a intervenir -a su entender de manera delictiva- al hacer caso omiso al oficio emitido por la OSCE -N° E-067-2011/DSU-VVS del 28 de diciembre de 2011, donde se recomendaba que si deje sin efecto el procedimiento de exoneración supervisado por no existir tal situación de emergencia; y a las observaciones planteadas por la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el informe N° 004-2012/EF63.01 del 5 de enero de 2012, que comunica que existen 23 observaciones al proceso de exoneración.

Al respecto, de la revisión de autos, esta Suprema Sala puede advertir que si bien el Presidente Regional continuó con un proceso observado, fue en razón a que levantó dichas observaciones mediante un recurso de reconsideración con fecha 5 de enero de 2012 contra el oficio emitido por el OSCE, que contaba con sustento técnico y legal -realizado por las áreas correspondientes-; y si bien la OSCE mediante oficio N° E-021-2012/DSU PAA del 19 de enero de 2012 comunicó al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho que subsisten las observaciones, sin embargo, ello no generaba el cese de la situación de emergencia -pues las necesidades de las zonas afectadas se mantenían y más bien reclamaban la ejecución de acciones inmediatas destinadas a la atención del peligro grave generador del estado de emergencia- ni del proceso administrativo correspondiente. En tanto, a consideración del procesado, se consideró que la OSCE no era el organismo competente que determinara una situación de emergencia,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

más aún si existía información consistente contrapuesta de carácter técnico que le permitía legítimamente proseguir con la adopción de las medidas urgentes y necesarias, al amparo al principio de confianza.


Por tanto, en el extremo antes señalado, consideramos que el Presidente Regional habría actuado en base al principio de confianza, sustentando su posición en argumentos elaborados por áreas especializadas de la entidad.

4.52. Como se puede advertir, el punto específico de análisis es determinar si el Presidente Regional, el Gerente General, Jefe de Abastecimiento, y los Consejeros actuaron bajo el principio de confianza; o, si ellos tenían la obligación de verificar la correcta elaboración de los informes técnicos que sustentaron la idoneidad de la situación de emergencia y, por ende, desconfiar de los informes técnicos emitidos por los especialistas en prevención de riesgos.

No se puede afirmar que únicamente el estatus de Presidente Regional genera en quien lo ostenta el deber de garante sobre toda la información a detalle que le es alcanzada, incluso aquella que es de mero trámite. Al encontrarnos dentro de una organización de la complejidad de un Gobierno Regional, se puede advertir mediante la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Ley N° 27867, que existen diversos funcionarios que previamente a la intervención del Presidente Regional tienen una intervención. Así, se cuentan con diversas gerencias especializadas -por ejemplo: infraestructura, desarrollo social, económico, etc., que tienen como inmediato superior al Gerente Regional. A su vez, éste tampoco es


CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

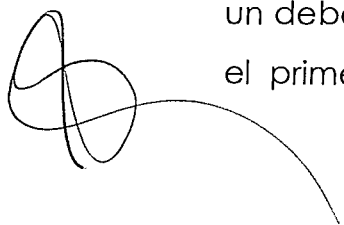


la persona encargada de determinar si es o no necesaria la declaratoria de la situación de emergencia, sino que son los técnicos especializados en la materia, quienes hacen dicha determinación sobre la base de esos criterios. Advirtiendo el despliegue de funciones, se puede afirmar que en el caso concreto los informes -técnicos y legales- que arriben al Presidente Regional, al Gerente Regional y a los Consejeros, serán documentos que reflejen una necesidad real de la declaratoria en situación de emergencia. Ninguno de los funcionarios antes señalados, de propia iniciativa, puede decidir la existencia o no de una situación de emergencia, pues ellos se amparan necesariamente en los informes técnicos. Por tanto, su conducta se enmarca dentro del principio de confianza.

4.53. En virtud de lo señalado, se advierte que la resolución de vista, en relación al Presidente Regional, rechaza la falta de imputación objetiva -principio de confianza-, por considerar que en el caso concreto el Presidente Regional contaba con un deber específico de supervisar los informes técnicos y jurídicos que sustentaban la situación de emergencia; sin embargo, como se explicó dicha obligación, como obligación jurídica específica, no existe.



Dicho razonamiento es igualmente aplicable a los otros intervinientes que, por la labor de su cargo, no fueron las personas que elaboraron los informes técnicos y legales pertinentes. Así, se tiene el caso del Gerente General, como el caso de los Consejeros Regionales, pues ninguno tenía un deber de refutar la información establecida en los informes técnicos. En el primer caso, el Gerente General tiene un ámbito de competencias



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

vinculado a la gestión del ejecutivo, mas no a la emisión de criterios técnicos especializados. De igual manera, los Consejeros Regionales se encargan de la función legislativa, es decir, de emitir la declaración de situación de emergencia. Ellos tienen también una función fiscalizadora, pero que se circunscribe -al igual que la función legislativa- a parámetros políticos y no técnicos. Siendo la declaratoria de la situación de emergencia, motivada en criterios técnicos y no políticos.

Finalmente, en el caso del jefe de abastecimiento, el razonamiento es el mismo, pues a éste se le encarga la adquisición de los bienes para paliar la situación de emergencia. En ningún momento él podía cuestionar o dudar de la existencia de dicha situación de emergencia, dado que su cargo se limitaba a decidir las adquisiciones, y no podía decidir si las mismas eran o no correctas.

Por estas razones, el presente extremo del recurso deviene en **fundado**, debiendo aplicarse el principio de confianza, y -por tanto- declarar atípica la conducta imputada a los recurrentes Ocorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinojosa, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales.

G. EL SIGNIFICADO DEL PROCEDIMIENTO DE REGULARIZACIÓN DE LOS DEFECTOS ADMINISTRATIVOS REALIZADOS EN UNA CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA

4.54. Para el desarrollo del presente tema, resulta necesario remitirnos al artículo 21 de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente en el momento

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

de los hechos, que para el presente caso fija la regla de la regularización de los defectos administrativos en los casos de situaciones de emergencia:

“Formalidades de las contrataciones exoneradas:

Las contrataciones derivadas de exoneración de procesos de selección se realizarán de manera directa, previa aprobación mediante Resolución del Titular de la Entidad, Acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según corresponda, en función a los informes técnico y legal previos que obligatoriamente deberán emitirse.

Copia de dichas Resoluciones o Acuerdos y los informes que los sustentan deben remitirse a la Contraloría General de la República y publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), dentro de los diez (10) días hábiles de su aprobación, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Están exonerados de las publicaciones los casos a que se refiere el inciso d) del artículo 20 de la presente norma.

Está prohibida la aprobación de exoneraciones en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia.”

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

A este respecto es oportuno también considerar la sentencia de Casación N° 841-2015/Ayacucho, en la cual este Supremo Tribunal sienta como doctrina jurisprudencial, lo siguiente:

“Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen –por sí solos- de relevancia para el Derecho Penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son posibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones con el Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia- sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contrataciones como la única que admite la regularización administrativa. Estos efectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal.”¹³

4.55. En el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones, al analizar la imputación por delito de negociación incompatible, parte de la premisa

¹³ Cfr. sumilla de la citada resolución, y para mayor detalle los fundamentos jurídicos del 12 al 23 y del 34 al 37 de la citada Ejecutoria Suprema.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

de que la declaración de situación de emergencia es falsa; así cita, además defectos administrativos en el proceso de exoneración y contratación de maquinaria que demostrarían la configuración del ilícito.

Al respecto, debemos afirmar que dichos defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación. Asimismo, tal como lo hemos referido antes, siendo del caso de que no está probado que los funcionarios hayan obrado con la finalidad de favorecer a terceros, los defectos administrativos que determinó la juez no son suficientes para demostrar el delito y justificar la condena.

En ese sentido, esta Suprema Corte puede advertir que el órgano jurisdiccional de mérito, al partir del presupuesto de que la situación de emergencia era ficticia, no consideró que los defectos administrativos que señala -fuera de la declaratoria de emergencia- son defectos que no configuran por sí solos prueba suficiente del delito de negociación incompatible. Entonces, de comprobarse la idoneidad de la declaración de situación de emergencia no existiría -pese a defectos administrativos en la contratación-, el delito imputado; por tales razones este extremo del recurso interpuesto por los procesados Oscurima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales es **fundado**.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

H. EL DOLO COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, Y SI DICHA NORMA ACOGE LA PARTICIPACIÓN CULPOSA DE LOS CÓMPLICES COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL

4.56. Como se pudo apreciar en los fundamentos jurídicos precedentes, la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible está constituida por dos elementos: **1)** el dolo, y **2)** el elemento de trascendencia interna -debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero-. Así, en lo que se refiere al dolo, éste es entendido normativamente en razón al rol que cumple el agente. No cabe duda que el delito analizado - artículo 399 del Código Penal- es de carácter doloso, donde se exige al funcionario o servidor público -sujeto activo- portador original del deber de lealtad y probidad de contratar, realizar operaciones en representación del Estado, voluntariamente -con conocimiento- ejecuta sus funciones, prevaleciendo en él un interés particular contrario al de la administración pública, buscando un provecho propio o de tercero.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

4.58. Conforme a la teoría del dominio del hecho es autor quien ostenta el dominio sobre el resultado del hecho, y es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. En ese sentido, se advierte que la responsabilidad penal del partícipe -pese a no tener control del hecho- reside en brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. En el mismo sentido, nuestro Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva: **1)** la autoría y **2)** la participación. Es pertinente resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede.¹⁴ Entonces, la complicidad es definida como la contribución a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. La complicidad tiene dos niveles dependiendo de la importancia de la contribución en el hecho delictivo¹⁵.

4.59. Conforme se ha señalado en la jurisprudencia precedente (Cas. N°367-2011) mediante el análisis subjetivo del tipo penal se tiene que determinar si la conducta imputada al partícipe fue realizada o no de forma dolosa; en tanto, nuestro Código Penal solo admite la posibilidad de una participación dolosa. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva se tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito. En ese entender, si el aporte realizado a la configuración típica fue accidental o se trata de una ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad

¹⁴ La posición aquí expuesta es sustentada con anterioridad por esta Suprema Corte, véase el recurso de casación N° 367-2011, del quince de julio de 2013.

¹⁵ Véase a más detalle la sentencia de casación N° 367-2011, fundamentos jurídicos N° 3.10 a 3.12

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

no es complicidad, y no cabe hablar de participación -jurídicamente relevante en nuestro ordenamiento jurídico-. Así, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, conocer que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración.

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

4.61. En el caso de autos, se advierte que la sentencia que se dictó en primera instancia absolviendo a los **imputados Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales**, se sustentó considerando que su participación el hecho delictivo se dio de manera culposa. Conforme a los considerandos precedentes, efectivamente, de un análisis estricto de los términos de la imputación, se aprecia que ellos habrían realizado un aporte a, casualmente, permitió celebrar los procesos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

de exoneración. Nos referimos a la emisión del Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR.

Sin embargo, antes de analizar si la conducta es dolosa o culposa, es necesario hacer un análisis de la tipicidad objetiva de la misma. Dicho análisis ya fue realizado anteriormente, concluyéndose en que la conducta desplegada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza. Por ende, carece de relevancia penal el pronunciamiento sobre el lado subjetivo de la acción, cuando se ha acreditado la inexistencia del aspecto objetivo. Por las razones referidas, el presente extremo del recurso de casación es declarado infundado en lo presentado por Ocorima Nuñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinojosa, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales.

Cabe precisar que los procesados **Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales interpusieron sus respectivos recursos de casación** [como se señala precedentemente], de modo que al indicarse que la conducta desplegada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza; por ello, se debe confirmar la decisión emitida en primera instancia, en dicho extremo.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos declararon, por mayoría:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

III. **SÍN REENVÍO, CASARON** la sentencia de vista del dieciocho de noviembre de dos mil quince -fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco-, en el extremo que confirmó, por mayoría, la sentencia del dieciséis de junio de dos quince -fojas seiscientos cincuenta y cinco, del tomo II- que condenó a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO, Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA como co-autores del delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, a cinco años de pena privativa de libertad; a Rosauro GAMBOA VENTURA y Walter QUINTERO CARBAJAL por delito de negociación incompatible, en calidad cómplices primarios, en agravio del referido Gobierno Regional, a cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva; a Víctor DELA CRUZ EYZAGUIRRE y Sixto Luis IBARRA SALAZAR por delito de negociación incompatible, en calidad cómplices primarios, en agravio del acotado Gobierno Regional, a cuatro años de pena privativa de libertad de carácter suspendida por el periodo de prueba de tres años; **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA** absolviéron a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO, Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, Víctor DE LA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

CRUZ EYZAGUIRRE, Sixto Luis IBARRA SALAZAR, ROSAURO GAMBOA VENTURA y Walter QUINTERO CARBAJAL por el delito y agraviado antes mencionados.

IV. NULA la resolución de vista del dieciocho de noviembre de dos mil quince, en el extremo que declaró nula la sentencia del dieciséis de junio de dos mil quince-fojas seiscientos cincuenta y cinco, del tomo II- que absolvió a Jhoan Pavel ROJAS CARHUAS, Alfonso MARTÍNEZ VARGAS, Eladio HUAMANÍ PACOTAYPE y María del Carmen CUADROS GONZALES en calidad de cómplices primarios, por delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho; declararon **SIN REENVÍO**, actuando en sede de instancia, y emitiendo pronunciamiento de fondo **CONFIRMARON** la sentencia del dieciséis de junio de dos mil quince -fojas seiscientos cincuenta y cinco, del tomo II- que absolvió a los referidos procesados por el delito y agraviado antes citado.

V. ORDENARON la inmediata libertad de Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, Walter Quintero Carbajal y Rosauro Gamboa Ventura, siempre y cuando no exista mandato judicial por otra autoridad competente, **oficiándose VÍA FAX** para tal efecto, así como la anulación de sus antecedentes penales generados como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de la presente causa,

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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 23-2016
ICA**

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

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

S.S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

FIGUEROA NAVARRO

JPP/mceb

09 6 MAY 2017

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA


VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SEQUEIROS VARGAS

VISTOS: Los recursos de Casación interpuestos por: i) Las defensa de los encausados Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamani Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzáles, ii) La defensa técnica de Rasauro Gamboa Ventura y Walter Quintero Carbajal, iii) Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, y iv) la defensa de Víctor de la Cruz Eyzaguirre y Sixto Luis Ibarra Salazar; con los recaudos que se adjuntan al cuaderno de casación; y **OÍDO** el Informe Oral llevado a cabo el cinco de abril

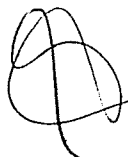
FUNDAMENTOS DISCORDANTES

PRIMERO.- SENTENCIA IMPUGNADA

Es la Sentencia de Vista expedida por los integrantes de la Primera Sala penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica que **POR UNANIMIDAD:**

- 
- i) Declararon que se confirme la sentencia contenida en la Resolución veintidós, de dieciséis de junio de dos mil quince, en el extremo que declaró prescrita la acción penal a favor de Richer William Reyes Araujo, Carlos Andrés Capelletti Zúñiga, Pavel Torres Quispe y Rafael Américo Vargas Lindo en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de incumplimiento de funciones tipificado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal.
 - ii) Declararon Nula la sentencia en el extremo que absolvió a Eladio Huamani Pacotaype, María Del Carmen Cuadros Gonzáles, Alfonso Martínez Vargas u Jhoan Pavel Rojas Carhuas de la acusación como cómplices secundarios de la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, disponiendo un nuevo juzgamiento por otro Juez.

En tanto que por **MAYORÍA** acordaron confirmar:

- 
- i) La condena dictada contra Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza como coautores de la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en perjuicio del Gobierno Regional de Ayacucho; y en consecuencia les impuso la pena de cinco años de privación de la libertad, e inhabilitación por el periodo de tres años.
 - ii) La condena dictada contra Walter Quintero Carbajal y Rosauro Gamboa Ventura como cómplices primarios de la comisión del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo; y

en consecuencia le impusieron la pena de cuatro años y seis meses de privación de la libertad, e inhabilitación por un periodo de dos años y seis meses.

- iii) La condena dictada contra Víctor De La Cruz Eyzaguirre y Sixto Luis Salazar como cómplices primarios del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en perjuicio del Gobierno Regional de Ayacucho; y en consecuencia le impuso la pena de cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, e inhabilitación por un periodo de dos años.
- iv) El monto a pagar por concepto de reparación civil en la suma de Un Millon, Trescientos Nueve Mil Cuatrocientos once soles.

SEGUNDO.- IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

2.1. Hechos imputados

La imputación fáctica se halla conforme a lo referido en el voto en mayoría, clasificado en tres apartados:

- a. La indebida declaración del proceso de exoneración por situación de emergencia y la cancelación de la Licitación Pública N° 131-2011-GRA-SEDE CENTRAL
- b. El Proceso de exoneración N° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL
- c. Nulidad del Proceso de exoneración N° 6-2011-GRA-SEDE CENTRAL.

2.2. Calificación Jurídica

Conforme a la acusación Fiscal, se imputan y condenaron a los procesados la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, previsto en el artículo 399 del Código Penal cuya estructura típica es:

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

TERCERO.- SOBRE ELEMENTOS DE LA CASACIÓN

El planteamiento de casación para ser declarado fundado o infundado, conforme a las exigencias estipuladas en la Sección V, del Libro IV sobre la impugnación, requiere la configuración de las causas de fundabilidad previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.



Conforme al auto de calificación, expedido por Ejecutoria Suprema de cuatro de julio de dos mil dieciséis, se concedió el recurso de casación en su forma excepcional –inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal– para su evaluación conforme a los incisos uno –casación constitucional–¹ y tres –casación procesal–² del artículo cuatrocientos veintinueve de la norma procesal.

Por ello, el recurso de casación además de exponer las razones por las que desarrolla la doctrina jurisprudencial en determinadas materias, con igual o mayor exigencia también debe fundamentar la configuración de una causa de fundabilidad, evaluando el grado de afectación que su concurrencia genera, así las materias que propone

	MATERIA PROPUESTA	CAUSA DE FUNDABILIDAD Art. 429
1	La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación	Inciso 1
2	La determinación de criterios de admisión de prueba producida en el juicio en el procedimiento de apelación de sentencia	Inciso 1
3	El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia	Inciso 1
4	El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero	Inciso 3
5	La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible	Inciso 1
6	El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho	No precisa
7	El significado del procedimiento de regularización Administrativa en una contratación de emergencia –artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado, y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.	Inciso 3
8	El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo	No precisa

En cuanto a la primera causa se refiere a una presunta infracción al principio de legalidad, en tanto que la causa prevista en el inciso tres se halla referido a una errónea interpretación de la Ley penal, sin embargo ambas causas de fundabilidad exigen un juicio de suficiencia sobre su configuración.

CUARTO.- EVALUACIÓN DE LAS MATERIAS PROPUESTAS PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

¹ Si la sentencia o auto han sido expedidas con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.

² Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

Los temas analizados para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, conforme plantea el voto en mayoría son los siguientes:

1. La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación
2. La determinación de criterios de admisión de prueba producida en el juicio en el procedimiento de apelación de sentencia
3. El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia
4. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero
5. La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible
6. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho
7. El significado del procedimiento de regularización Administrativa en una contratación de emergencia –artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado, y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
8. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo

Sin embargo, conforme al Auto de Calificación del Recurso de casación dichas materias fueron propuestas indistintamente, así:

La defensa de los procesados Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamani Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzales plantearon los siguientes temas:

1. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal.
2. La exigencia de motivación de resoluciones judiciales en la participación culposa en el delito de negociación incompatible –tema no evaluado en la casación de fondo–.


En tanto que los encausados Rosauro Gamboa Ventura, y Walter Quintero Carbajal plantearon las siguientes materias:

1. La prueba del grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia del artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
2. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero.

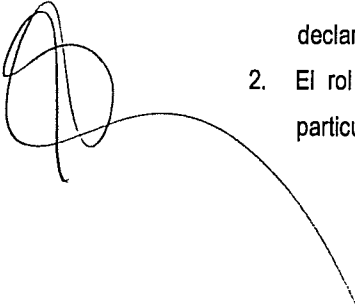


3. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho.
4. La determinación del dolo de complicidad primaria en el delito de negociación incompatible, previsto en el primer párrafo del artículo veinticinco, y el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal –no precisado en el voto en mayoría–
5. El significado del procedimiento de regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia –artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado, y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado–.
6. La condena al pago de reparación civil sin haber determinado el daño civil indemnizable, para lo cual debe precisarse el alcance del artículo ciento cinco del Código Procesal Penal –Materia no evaluada a en la sentencia casatoria–

De otro lado la defensa técnica de los encausados Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa propuso los siguientes temas:

- 
1. La determinación de criterios de admisión de prueba nueva en apelación
 2. El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia
 3. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero.
 4. La finalidad del beneficio indebido como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible
 5. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho
 6. El significado del procedimiento de regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia –artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado, y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado–.
 7. La condena al pago de reparación civil sin haber determinado el daño civil indemnizable, para lo cual debe precisarse el alcance del artículo ciento cinco del Código Procesal Penal –Materia no evaluada a en la sentencia casatoria–

Finalmente, la defensa de Víctor de la Cruz Eyzaguirre y Sixto Luis Ibarra Salazar, propuso los siguientes temas:

- 
1. El método de valoración de la prueba necesaria para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia
 2. El rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero.



3. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública como el Gobierno Regional de Ayacucho
4. La determinación del dolo de complicidad primaria en el delito de negociación incompatible, previsto en el primer párrafo del artículo veinticinco, y el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal –no precisado en el voto en mayoría–
5. El significado del procedimiento de regularización Administrativa realizado en una contratación de emergencia –artículo veintitrés de la Ley de Contrataciones del Estado, y del artículo ciento veintiocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado–.
6. La condena al pago de reparación civil sin haber determinado el daño civil indemnizable, para lo cual debe precisarse el alcance del artículo ciento cinco del Código Procesal Penal –Materia no evaluada a en la sentencia casatoria, planteada únicamente por el sentenciado Sixto Luis Ibarra Salazar–.

Como se aprecia, los temas propuestos difieren en determinados puntos, no obstante, el Colegiado Supremo que calificó el referido recurso en virtud de la aplicación de la doctrina de la voluntad impugnativa, consideró los referidos temas para el desarrollo jurisprudencial.

Al respecto, expreso discordia en tal extremo, dado que la Casación al ser un recurso excepcional requiere un mayor grado de precisión en los términos que se plantea. El juzgador no puede proceder de oficio, invocando la voluntad impugnativa, para adecuar o determinar los temas de interés casacional, tanto más si dicha exigencia habilita el requisito de procedibilidad a los que se refieren los incisos uno y dos del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

Adicionalmente se debe tener presente que respecto a las materias propuestas no hubo una adecuada evaluación en el auto de calificación, dado que no se examinó la necesidad de desarrollo jurisprudencial en cada caso, toda vez que dicho estándar debería ser cumplido atendiendo al carácter diverso del proceso en el que concurren diversas personas con diferente grado de participación.

Si bien mediante la casación excepcional se permite quebrantar una norma procesal claramente establecida para habilitar el recurso en un caso al que la Ley expresamente impone límites; también es cierto que en virtud de la función nomofiláctica de la Casación,



los términos a los que se arribe en acuerdo en la casación excepcional, deben servir para todos los casos, por ser un referente desarrollado jurisprudencialmente.

Conforme a lo expresado, correspondería reevaluar la calificación del recurso de casación; sin embargo también es cierto que el proceso penal, por seguridad jurídica, se guía conforme al principio de prelación, por lo que no se puede retrotraer la causa al estado anterior; sin embargo, considerando las materias obtenidas por casación excepcional sirven para arribar a una solución en la impugnación planteada.

QUINTO.- EVALUACIÓN DE LAS MATERIAS ANALIZADAS POR EL VOTO EN MAYORÍA

Con el mayor respeto que se merecen mis colegas que suscriben el voto en mayoría, considero que la evaluación de las causas de procedibilidad por las que se habilitó el recurso de casación, y mediante interpretación entimemática de las sentencia se arribaría a la configuración de una causa de fundabilidad de la casación; sin embargo considero que la relevancia de los temas amparados por el voto en mayoría deberían ser evaluados en el caso por caso, conforme a las pretensiones casatorias propuestas, esto es si el tema o materia amparada soluciona o varía la condena dictada por el Tribunal Superior en la sentencia recurrida, mas no realizar una evaluación sin diferenciar el presupuesto fáctico y jurídico.

SEXTO.- PRECISIONES SOBRE LAS MATERIAS PROPUESTAS

6.1. SOBRE EL CRITERIO REFERIDO A LA ADMISIÓN DE PRUEBA NUEVA EN APELACIÓN

Comparto el análisis referido a la inadmisibilidad de los testigos, dado que la propuesta de un testigo experto en derecho administrativo y otro experto del SINAGERD no constituyen nuevos medios de prueba a ser evaluados a nivel de la judicatura Superior por no estar dentro de los supuestos establecidos en el artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal.

La Ley en este extremo es clara, por lo que no se puede hacer distinciones donde la Ley no distingue. La prueba que se pretenda incorporar en segunda instancia, si está referida a la modalidad del ofrecimiento de pruebas nuevas, este supuesto exige como presupuesto el desconocimiento de su existencia o que su aparición se hubiera producido una vez expedida la sentencia; sin embargo las pruebas que se pretendió incorporar en Segunda Instancia al no tener esta connotación, no es objeto de evaluación en Sede Superior.



6.2. SOBRE LOS CRITERIOS DE ADMISIÓN DE PRUEBA PRODUCIDA EN JUICIO EN EL PROCEDIMIENTO DE APELACIÓN DE SENTENCIA.

Concuero con los fundamentos sostenidos en esta materia, dado que el inciso 2 del artículo 425 del Código Procesal Penal refiere que "La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y la prueba pericial, documental", dado que constituye una Facultad de la Sala, a solicitud de la parte legitimada en aquellos casos en los que haya necesidad de dicho examen por defecto o déficit de la información, y toda vez que esa condición no surge, corresponde desestimar el recurso en este extremo.

6.3. SOBRE EL MÉTODO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL GRAVE PELIGRO COMO CAUSA DE DECLARACIÓN DE SITUACIÓN DE EMERGENCIA

No expreso conformidad con lo señalado en este extremo, dado que los métodos de valoración de prueba deben ser generales, y deben obedecer al principio de libre valoración de la prueba, actividad que se halla directamente ligada a la capacidad cognoscitiva de aprehensión que tiene el Juez para comprender el contenido de la prueba actuada ante su Tribunal.

La determinación de una situación de emergencia es una situación concreta que se debe evaluar de modo contextual. La emergencia no puede ser declarada vía jurisprudencial, sino únicamente su declaración conforme a Ley, dado que en el sistema nacional existen entidades competentes para esta declaración.

6.4. SOBRE EL ROL DEL PARTICULAR EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, PARA LA VERIFICACIÓN DEL INTERÉS PARTICULAR INDEBIDO

Concuero con este extremo del voto en Mayoría, dado que por la estructura del tipo penal, los terceros *-el extraneus-* no forma parte esencial de la estructura típica, toda vez que es un delito especial propio, y no es bilateral.

6.5. SOBRE LA FINALIDAD INDEBIDA COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

El elemento subjetivo debe ser motivado, sin embargo en la sentencia emitida en sede ordinaria se aprecia un déficit en tal extremo, por lo que a criterio del suscrito, conforme a los recaudos, la finalidad indebida como elemento del subjetivo del tipo penal es la obtención de recursos ilícitos como consecuencia de la declaración de



emergencia que genera el empleo de recursos públicos del Gobierno Regional de Ayacucho sin el control respectivo aprovechando una presunta situación de necesidad/emergencia, cuya negación fue advertida y reiterada en su momento tanto por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, así como por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Finalmente, de modo puntual considero que la naturaleza del delito de negociación incompatible, al ser un delito de peligro abstracto no requiere este elemento adicional en el tipo subjetivo.

6.6. SOBRE EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO FILTRO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LAS ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Considero que en el presente caso no se configura este supuesto de la teoría de la imputación objetiva por las siguientes razones

El principio de confianza no niega la comisión del hecho, por el contrario inicia su análisis sobre la base de un hecho con apariencia delictiva, buscando justificar y determinar normativamente la responsabilidad de los implicados con la comisión de este hecho.

Para el presente caso, el Presidente Regional y sus funcionarios deberían asumir una decisión en función al contexto –si se quiere entender como elemento contextual–, y la evaluación no se debe restringir al cumplimiento o incumplimiento de determinada norma como primer análisis, sino se debe evaluar la circunstancia excepcional como la declaración de una situación de emergencia, en el que razonablemente los estados de alerta de los funcionarios de alto nivel de la entidad se incrementan y denotan mayor interés en las acciones que se realizan con motivo de contrarrestar la emergencia.

El principio de confianza se aplica bajo la premisa de que uno u otro funcionario actúa en función al error, sin embargo conforme al Oficio E-067-2011-DSU-VVS/ de veintiocho de diciembre de dos mil once, el OSCE advirtió a los funcionarios del Gobierno Regional de Ayacucho que dejen sin efecto el procedimiento de exoneración supervisado, asimismo el Ministerio de Economía y Finanzas también hizo una observación en su Informe 4-2012/EF63.01 de cinco de enero de dos mil doce; por lo que estos instrumentos no hacen más que incrementar los estados de alerta, y



PODER JUDICIAL

limitaban el proceder erróneo en el que incurrieron los procesados, mas aún si dichas observaciones fueron levantadas mediante recurso de Reconsideración. Los elementos mencionados hacen vencible el error desapareciendo el supuesto de ignorancia conllevando a obrar de modo diligente, activándose el deber de garante que tienen los principales directivos de las entidades Públicas.

Nadie se puede escudar en el principio de confianza, desconociendo su deber de garante, así como sostiene el voto en Mayoría el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante.

Contextualmente considero que el principio de confianza se relativiza en situaciones de emergencia, dado que la atención de las autoridades se halla captada o enfocada en las circunstancias que genera el peligro común, por lo que su proceder demanda mayor cuidado y el deber de verificación o consulta con los organismos encargados de la Supervisión de Contrataciones del Estado. El principio de confianza no puede amparar un capricho de la autoridad para disponer de fondos de la entidad pública para adquirir bienes cuya advertencia, de su mal proceder, fue realizada por el organismo supervisor.

6.7. RESPECTO AL SIGNIFICADO DEL PROCEDIMIENTO DE REGULARIZACIÓN DE LOS DEFECTOS ADMINISTRATIVOS REALIZADOS EN UNA CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA

La subsanación de los defectos administrativos no constituye fuente de delito de modo genérico; sin embargo en el caso analizado, la reconsideración o levantamiento de las observaciones formuladas por la OSCE en modo alguno hace atípica la conducta de negociación incompatible.

La declaración de emergencia puede dar lugar a la configuración del delito de negociación incompatible, no es que se trate del momento consumativo, sino que es la base para disponer el patrimonio del Estado sin control.

Este extremo podría entenderse de aplicación para los cómplices primarios, mas no para los autores Wilfredo Ocorima Núñez, Tony Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala por la naturaleza de la imputación y la modalidad declarada. El tema propuesto no ostenta mayor relevancia.



6.8. RESPECTO A LA MODALIDAD CULPOSA DE LOS CÓMPLICES SECUNDARIOS

Conforme al artículo 12 del Código penal, los delitos son dolosos y culposos, los culposos se hallan tipificados expresamente como tales en el Código penal, y toda vez que el delito de negociación incompatible no admite modalidad culposa de comisión, se tiene que esta materia no es relevante, dado que la sala Superior dispuso la realización de un nuevo juicio para Eladio Huamani Pacotaype, María del Carmen Cuadros Gonzáles, Alfonso Martínez Vargas y Johan Pavel Rojas Carhuas por la presunta comisión del delito de negociación incompatible, a título de cómplice primario

DECISIÓN DISCORDANTE

Por estas razones, **MI VOTO** es porque:

1. **SE DECLAREN INFUNDADOS LOS RECURSOS DE CASACIÓN**, por falta de acreditación de las causas de fundabilidad previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 429 del Código Penal.
2. **DISPONER** el archivo definitivo de lo actuado, y se remitan los autos al Tribunal de origen para los fines correspondientes, sin perjuicio de leer estos fundamentos en la Audiencia de Lectura de Sentencia Casatoria.

S.S.

SEQUEIROS VARGAS

IASV/WHCh

16 MAY 2017

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 23-2016

ICA

VISTOS; en mérito a la Ejecutoria Suprema del dieciséis de mayo de dos diecisiete [recaía en el recurso de casación n° 23-2016], emitida por este Tribunal Supremo, y de conformidad con el artículo 124° del Código Procesal Penal que faculta al Juez adicionar el contenido de una resolución que no implique modificar el fondo de la controversia; declararon: **INTEGRAR** la referida resolución, en su parte resolutive, en lo siguiente: **DISPUSIERON** la suspensión de las ordenes de capturas e internamiento en cárcel que pudiera registrar en contra de los encausados Tony Oswaldo Hinojoza Vivanco, Edwin Teodoro Ayala Hinojosa y Rosauro Gamboa Ventura, a causa del presente proceso; con lo demás que contiene; oficiándose para tal fin, **VÍA FAX**, a la Sala Superior correspondiente; y los devolvieron.-

S.S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

FIGUEROA NAVARRO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA