

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre la Casación N° 841-2015/Ayacucho

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

Autor:

Yhasira Elisa Fabián Terreros

Asesor:

Daniel Simón Quispe Meza

Lima, 2022

RESUMEN

El presente trabajo se aboca al análisis de la Casación N° 841-2015/Ayacucho, que aborda aspectos fundamentales del delito de negociación incompatible en un contexto bastante particular. Así, en la referida resolución, se identifican los siguientes problemas jurídicos: i) la falta de relevancia penal de los denominados defectos administrativos en las contrataciones directas en situación de emergencia, ii) la imposibilidad de admitir la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible y iii) la importancia probatoria del provecho como elemento de tendencia interna trascendente del delito de negociación incompatible.

Durante la resolución de cada problema jurídico, a partir de la revisión de diversa doctrina nacional e internacional, se abordan diversos temas. Entre estos, se encuentra la diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, la importancia del análisis caso por caso, el fundamento de la participación en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública y el estándar probatorio de elementos subjetivos del tipo.

Palabras clave: negociación incompatible, contratación directa, situación de emergencia, participación, provecho.

ABSTRACT

The present work focuses on the analysis of Cassation N° 841-2015/Ayacucho, which addresses fundamental aspects of the crime of incompatible negotiation in a very particular context. Thus, in the aforementioned resolution, the following legal problems are identified: i) the lack of criminal relevance of the so-called administrative defects in direct contracting in an emergency situation, ii) the impossibility of admitting the participation of the extraneus in the crime of negotiation incompatible and iii) the probative importance of profit as an element of transcendent internal trend of the crime of incompatible negotiation.

During the resolution of each legal problem, from the review of various national and international doctrine, various topics are addressed. Among these, there is the difference between Criminal Law and Administrative Law, the importance of case-by-case analysis, the

basis of participation in special crimes committed by public officials against the Public Administration and the evidentiary standard of subjective elements of the type.

Keywords: *incompatible negotiation, direct contracting, emergency situation, participation, benefit.*



ÍNDICE

1. Introducción.....	1
2. Justificación de la elección de la resolución.....	1
3. Antecedentes.....	2
4. Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia.....	4
5. Identificación de los problemas jurídicos del caso.....	6
6. Resolución de los problemas jurídicos.....	8
7. Conclusiones.....	20
8. Referencias bibliográficas.....	22



1. Introducción

En los últimos años, debido a la pandemia, las contrataciones directas en situación de emergencia han venido siendo usadas con mayor frecuencia. Esto se refleja en las cifras que reporta el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en relación a la cantidad de veces que estas han sido realizadas y a los montos de inversión que para ellas destina el Estado.

En esa línea, el rol de las autoridades y los operadores de justicia al momento de identificar, denunciar, investigar y sancionar actos de corrupción cometidos en este tipo de contratación es fundamental. Ello, en tanto, de esa manera, será posible garantizar el interés general que debe guiar toda contratación estatal: la satisfacción eficaz y oportuna de las necesidades de la población.

Para el cumplimiento de tan importante tarea, será fundamental que los fiscales y los jueces se encuentren en la capacidad de investigar y sancionar de manera efectiva a aquellos funcionarios que incurran en delitos de corrupción de funcionarios. Entre ellos, se encuentra el delito de negociación incompatible, el cual sanciona al funcionario público que se interesa indebidamente en una contratación estatal a fin de beneficiarse o beneficiar a terceros.

Respecto a este delito, lo cierto es que el desarrollo jurisprudencial no ha sido uniforme y, en ciertas ocasiones, ha creado nuevos espacios de impunidad. Un ejemplo de esto lo constituye la Casación N° 841-2015/Ayacucho, la cual, entre otros aspectos cuestionables, limita la punibilidad de los extraneos en delitos de corrupción cometido por funcionarios públicos solo a delitos de participación necesaria. Este es uno de los motivos por los que, en el presente trabajo, se realizará un análisis respecto a esta resolución en particular.

Así, a partir de la revisión de doctrina nacional e internacional, se buscará dar respuesta a todos los problemas jurídicos identificados en la mencionada casación. Ello, a fin de brindar un pequeño aporte en la investigación sobre el delito de negociación incompatible.

2. Justificación de la elección de la resolución

El presente trabajo se centra en la Casación N° 841-2015/Ayacucho, emitida por la Corte Suprema el 24 de mayo de 2016, toda vez que aborda temas fundamentales sobre el delito de negociación incompatible.

En primer lugar, la resolución seleccionada abre la discusión sobre la relevancia penal de las irregularidades cometidas por los funcionarios públicos en el marco de una contratación directa en situación de emergencia, la cual curiosamente prevé un proceso de regularización. Haciendo posible de esa manera, volver a recordar que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo tienen lógicas distintas, y reiterar la importancia de que los jueces realicen un análisis de los casos que vaya más allá de la verificación de una permisión administrativa.

En segundo lugar, esta resolución permite ingresar al debate en torno a la posibilidad de admitir partícipes en el delito de negociación incompatible. De esta forma, esta hace necesario el análisis sobre el fundamento de la participación en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública y sobre los posibles escenarios en los que esta pueda desenvolverse, de ser posible.

En tercer lugar, la resolución se presenta como una oportunidad para recordar que tanto los elementos del tipo objetivo como los del tipo subjetivo deben ser acreditados de manera objetiva, así como para determinar el estándar probatorio razonable en relación al elemento provecho del delito de negociación incompatible

3. Antecedentes

En el presente apartado, se procederá a desarrollar la identificación de los hechos relevantes de la Casación N° 841-2015-Ayacucho y, posteriormente, se desarrollará el iter procesal de la citada resolución.

a. Identificación de los hechos relevantes del caso

El 20 de diciembre del 2011, mediante Acuerdo del Consejo Regional N° 110-2011-GRA/CR, el Consejo Regional de Ayacucho dispuso lo siguiente:

1. Declarar en situación de emergencia la actividad agraria de las provincias de la zona sur y otras de similar situación de la región de Ayacucho, por el periodo de tres meses.
2. Exonerar de los procesos de selección para las adquisiciones y contrataciones que se realicen para la atención de la situación de emergencia de la actividad agraria de las provincias de la zona sur y otras de similar situación de la región de Ayacucho.

Ello, en base a los Informes Técnicos N° 020-2011-GRA-DRAA-DPA/R y N° 020-2011-GRA/GRRNGMA-SGDC, elaborados por la Dirección de Proyectos Agrarios de Ayacucho y la Subgerencia de Defensa Civil de Ayacucho respectivamente. Por un lado, el

primer informe da cuenta de que más de 14,146 hectáreas de áreas de cultivo de la zona sur de la región de Ayacucho se encontraban afectadas por la invasión de la plaga de kikuyo (una gramínea africana). Por otro lado, ambos informes dan cuenta de la necesidad de adquirir maquinarias agrícolas y de fumigación para erradicar la referida plaga.

En ese sentido, el 26 de diciembre de 2021, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, director del Sistema Administrativo de la Oficina de Abastecimiento y Patrimonio Fiscal del Gobierno Regional de Ayacucho, emitió dos órdenes de compra por la adquisición de tractores agrícolas y sus respectivos accesorios, a favor de las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C. respectivamente (Guía de internamiento N° 005027 y N° 5031).

Entre el 26 de diciembre y 29 de diciembre de 2011, se llevó a cabo la fase de compromiso. El 28 de diciembre de 2011, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza invitó a participar como postores a las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C. El 29 de diciembre de 2011, se aprobaron las bases administrativas de la exoneración, siendo ello comunicado mediante memorando N° 2475-2011-GRA/PRES-GG. Ese mismo día, se otorgó la buena pro y la empresa IPESA S.A.C. presentó una carta de propuesta económica y la declaración jurada del plazo de entrega.

Así, el 03 de enero de 2012, se suscribieron los contratos, en los cuales se estableció, conforme a las bases administrativas, que los tractores agrícolas y sus respectivos accesorios serían entregados en el plazo de 2 días. Sin embargo, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza autorizó a las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C. a entregar los tractores agrícolas en el plazo de 10 días, pese a lo acordado en los contratos respectivos y en las bases administrativas.

Asimismo, en esa misma fecha, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, gerente general del Gobierno Regional de Ayacucho, suscribió los contratos N° 012-2011 y N° 013-2011 con las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C., para establecer que las rastras hidráulicas, discos, surcadora y otros accesorios serían entregados progresivamente en el plazo máximo de 30 días desde la suscripción de los mencionados contratos.

b. Desarrollo del iter procesal

En primera instancia, el Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Ayacucho emitió la sentencia de fecha 15 de abril de 2015, condenando a Edwin Teodoro Ayala Hinostroza y Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco por el delito de negociación incompatible a

cuatro años de pena privativa de libertad con carácter de suspendida por el periodo de tres años.

En segunda instancia, luego de la apelación interpuesta por el representante del Ministerio Público, el actor civil y la defensa de Edwin Teodoro Ayala Hinostroza y Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho emitió la sentencia de fecha 21 de agosto de 2015, confirmando la sentencia condenatoria del 15 de abril de 2015.

Ante esta última decisión, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza y Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco interpusieron recurso de casación, la misma que fue admitida para el desarrollo jurisprudencial por las causales previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, mediante la Ejecutoria Suprema del 25 de enero de 2016.

El 24 de mayo de 2016, mediante Casación N° 841-2015-Ayacucho, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema casó sin reenvío la sentencia del 21 de agosto de 2015, en el extremo que confirmó la sentencia que condenó a Edwin Teodoro Ayala Hinostroza y Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco por el delito de negociación incompatible. Así, esta Sala, actuando en sede de instancia, revocó la sentencia de primera instancia y, reformándola, absolvió a los procesados.

4. Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia

Una vez presentados los hechos y el iter procesal de la Casación N° 841-2015, en este apartado, se desarrollarán los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia.

Estos fundamentos se centran en tres temas principales: la relevancia penal de los defectos administrativos en las contrataciones directas en situaciones de emergencia, la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible y la determinación de la finalidad especial en el comportamiento ilícito del imputado.

a. La relevancia penal de los defectos administrativos en las contrataciones directas en situaciones de emergencia

En relación con la relevancia penal de los defectos administrativos en las contrataciones directas en situaciones de emergencia, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (en adelante, la Sala) sostiene que los defectos administrativos en el marco de este tipo de

contrataciones directas pueden ser regularizados y, por ende, carecen de relevancia penal por sí solos.

Para llegar a esta conclusión, la Sala recurre al artículo 23 de la Ley de Contrataciones con el Estado – Decreto Legislativo N° 1017, vigente al momento de los hechos. Según la Sala, de esta norma, se desprende que la comisión de defectos administrativos está permitida en la contratación directa en situación de emergencia, siempre que sean regularizados posteriormente de conformidad con los mecanismos y plazos previstos en el Reglamento de la referida ley (Decreto Supremo N° 184-008-EF). Ello, en tanto que, en este tipo de contrataciones, 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 otro lado, la Sala añade que estos defectos administrativos solo pueden tener relevancia penal si vienen acompañados de otros actos distintos al proceso administrativo en sentido estricto, que acrediten la comisión de un ilícito penal. A modo de ejemplo, esta menciona a los delitos de colusión y cohecho, en cuales los actos externos al proceso de contratación son el acuerdo colusorio y el pago de una dádiva.

En ese sentido, la Sala considera que, en la contratación con las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C., Edwin Teodoro Ayala Hinojosa y Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco solo incurrieron en defectos propios de una contratación directa en situación de emergencia (en este caso, debido a la plaga de kikuyo). Por lo tanto, no habiéndose probado la existencia de un elemento externo a esta contratación, esta concluye que las conductas de los procesados carecen de relevancia penal.

b. La participación del extraneus en el delito de negociación incompatible

En relación con la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, la Sala sostiene que el delito en cuestión solo puede configurarse en aquellos casos en los que el interés indebido del funcionario se materializa sin la intervención de un tercero.

Para fundamentar lo anterior, la Sala señala que, en tanto la negociación incompatible es un delito de infracción de deber normativizado, este deber solo puede ser infringido por un funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición. Siendo esto así, la participación de un tercero en los delitos de infracción de deber depende de que esta haya sido prevista en el tipo penal. En ese sentido, la Sala afirma que la participación en tales

casos solo es posible en los delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia del obligado especial y del extraneus.

Por lo tanto, toda vez que la estructura típica del delito de negociación incompatible no prevé la intervención de un tercero con el que se realiza la operación, la Sala sostiene que no es posible construir una imputación por participación. En el caso en el que un tercero intervenga, esta señala que se estaría configurando otro delito, como, por ejemplo, el cohecho o la colusión. Esto le permite a la Sala concluir que las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C. no debieron ser procesadas como partícipes del delito de negociación incompatible.

c. La determinación de la finalidad especial en el comportamiento ilícito del imputado

En relación con la finalidad especial del delito de negociación incompatible, la Sala sostiene que el provecho o la finalidad especial del comportamiento ilícito del imputado, en tanto elemento subjetivo adicional al dolo (elemento subjetivo de trascendencia interna), debe ser materia de prueba y no solo presumible a partir del interés indebido.

Para ello, la Sala desarrolla brevemente los siguientes elementos típicos del delito de negociación incompatible: el interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público, y el provecho propio o para un tercero al que se debe orientar el interés. En cuanto al primer elemento, la Sala sostiene que este es entendido como aquella situación en la que el funcionario tiene un interés que no es el de procurar un beneficio para la administración pública y que, por tanto, lo lleva a quebrantar el deber de la adecuada gestión del patrimonio estatal. En cuanto al segundo elemento, esta sostiene que la finalidad especial del comportamiento del imputado, consiste en la búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional antes mencionado. En esa línea, la Sala afirma que tanto el provecho (como elemento adicional al dolo) y el interés indebido deben ser materia de prueba en el proceso penal.

Aterrizando estas ideas en el caso, la Sala declaró fundado el recurso de casación planteado por la defensa técnica de Edwin Teodoro Ayala Hinostroza y Tony Oswaldo Hinojosa en este extremo. Ello, debido que la sentencia de segunda instancia no indicó cuál fue el provecho que tuvieron los procesados o el particular, y solo se limitó a sostener que, de los defectos administrativos de la contratación en cuestión, se desprendía un interés ilegítimo.

5. Identificación de los problemas jurídicos del caso

Habiendo revisado los fundamentos de hecho y derecho de la Casación N° 841-2015-Ayacucho, en este apartado, corresponde identificar los problemas jurídicos del caso a efectos de analizarlos con posterioridad en el presente informe.

Estos problemas jurídicos son los siguientes: la falta de relevancia penal de los defectos administrativos en la contratación directa en situación de emergencia, la imposibilidad de admitir la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible y la importancia probatoria del provecho como elemento de tendencia interna trascendente del delito de negociación incompatible.

a. La falta de relevancia penal de los defectos administrativos en la contratación directa en situación de emergencia

El primer problema jurídico identificado es el relativo a los defectos administrativos en el marco de contrataciones directas en situaciones de emergencia. Para la Sala, estos defectos carecen de relevancia penal, ya que, en este tipo de contrataciones, pueden ser regularizados con posterioridad. Esto la lleva a postular que, para la configuración de algún delito contra la administración pública en este contexto, es necesaria la presencia de actos distintos a los que son propios de la contratación en cuestión, tales como el acuerdo colusorio o el ofrecimiento de una dádiva.

De esta manera, la postura adoptada por la Sala imposibilitaría la configuración del delito de negociación incompatible en las contrataciones directas en situaciones de emergencia, toda vez que el acuerdo colusorio o el ofrecimiento de una dádiva constituyen elementos propios de otros delitos distintos al delito bajo análisis. En esa línea, es menester determinar si los defectos administrativos efectivamente carecen de relevancia penal.

b. La imposibilidad de admitir la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible

El segundo problema jurídico identificado está relacionado a la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible. Al respecto, la Sala sostiene que la participación, en los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios, depende fundamentalmente de su inclusión expresa en la descripción típica y que, por ende, esta solo sería posible en los delitos de participación necesaria. En ese sentido, esta añade que, de darse alguna intervención de tercero en la negociación incompatible, se estaría ya frente a delitos como la colusión o el cohecho, los cuales la prevén de manera expresa.

Esta postura, además de no admitir la participación en la negociación incompatible por no tratarse de un delito de participación necesaria, generaría grandes espacios de impunidad en relación al extraneus y desconocería las reglas generales sobre participación previstas en los artículos 24 y 25 del Código Penal. Por lo tanto, en este punto, será relevante 1) analizar si en efecto la punibilidad del partícipe en los delitos especiales se debe estrictamente a su inclusión en el tipo penal, así como 2) determinar si, en el caso concreto de la negociación incompatible, es posible admitir la intervención de terceros o si ello implica necesariamente la configuración de otros delitos.

c. La importancia probatoria del provecho como elemento de tendencia interna trascendente del delito de negociación incompatible

El tercer problema jurídico identificado es el relativo al provecho como elemento del delito de negociación incompatible. Al respecto, Sala señala que el provecho propio o para un tercero es un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente, es decir, un elemento adicional al dolo. En esa línea, esta añade que, en tanto parte del tipo subjetivo, su no acreditación genera la atipicidad de la conducta.

Habiendo aclarado lo anterior, la Sala decide declarar fundado el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de los procesados en este extremo. Ello, bajo el argumento de que la Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho no había cumplido con “[...] indicar cuál sería el provecho que tuvieron los procesados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA o el particular [...]”.

En ese sentido, si bien la Sala reconoce que el provecho es un elemento de tendencia interna trascendente, la afirmación anterior parece apuntar a que la acreditación de este elemento subjetivo implicaría acreditar un provecho obtenido o concretado. En consecuencia, en este punto, será necesario determinar cuál debe ser el estándar probatorio del elemento provecho al cual apunta la conducta del funcionario público en el delito de negociación incompatible.

6. Resolución de los problemas jurídicos

A partir de lo desarrollado hasta este punto, se procederá a analizar y resolver cada problema jurídico identificado en la Casación N° 841-2015-Ayacucho.

a. Los defectos administrativos como indicios de la comisión del delito de negociación incompatible

Sobre la contratación directa en situaciones de emergencia

Para resolver el primer problema jurídico identificado, es necesario previamente revisar qué son las contrataciones directas. Al respecto, Christian Guzmán sostiene que estas contrataciones son aquellas que se encuentran exoneradas del proceso de selección y en las que, por ende, las entidades pueden contratar directamente con un proveedor (2015, p. 286). Cabe precisar que ello solo es posible en determinados supuestos a los que Morón y Zita Aguilera (2017) denominan causales de exoneración. De acuerdo con estos autores, ello es así, toda vez que estas causales son las que justifican la exoneración del proceso de selección, pues, en tales supuestos, la realización del proceso en cuestión se convierte en imposible e inviable (p. 105-106).

Así, dentro de estas causales de exoneración, se encuentran previstas las situaciones de emergencia derivadas de acontecimientos catastróficos, o que suponen un grave peligro o afecten la defensa y seguridad nacional (Morón & Aguilera, 2017, p. 105). En este supuesto, es importante tener en cuenta que la contratación directa debe apuntar a la atención y/o prevención inmediata de la situación de emergencia invocada (Morón & Aguilera, 2017, p. 105-106).

Por otro lado, es primordial tener presente que esta contratación directa, como toda contratación estatal, no puede realizarse de cualquier manera. Si bien es cierto que la actividad contractual del Estado está dirigida a perseguir el interés general, ello debe hacerse de conformidad con ciertos principios rectores y/o medios necesarios para la consecución del referido interés (Díaz, 2016, p. 166). Aquí, es preciso mencionar a los principios de eficacia y eficiencia, los cuales, como podrá observarse en lo desarrollado a continuación, fundamentan esencialmente la existencia de contrataciones exoneradas en situaciones de emergencia.

Estos principios exigen que el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en todas sus fases estén orientados a la consecución de los fines perseguidos por la entidad con la contratación de manera efectiva y oportuna, priorizándolos sobre formalidades no esenciales (Morón & Aguilera, 2017, p. 81). Asimismo, los principios en cuestión requieren que los referidos fines sean alcanzados bajo condiciones óptimas de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos (Morón & Aguilera, 2017, p. 81).

Tomando en consideración lo anterior, por un lado, es evidente que, en una contratación directa habilitada por una situación de emergencia, la exoneración del proceso de selección

no significa que el Estado podrá contratar con cualquier proveedor. Al contrario, antes de cursar una invitación y eventualmente celebrar algún contrato, la entidad estatal deberá previamente identificar al proveedor que cumpla con las bases de la contratación (Morón & Aguilera, 2017, p. 107; Guzmán, 2015, p. 537). En otras palabras, ello implica verificar que este efectivamente cuente con las condiciones necesarias para cumplir con lo que se requiere para la atención y/o prevención inmediata de la situación de emergencia invocada.

Por otra parte, queda claro también que la entidad deberá velar por el cumplimiento oportuno de la obligación asumida por el proveedor dentro del plazo previsto en las bases y, por ende, también en el contrato suscrito en virtud de estas. Ello, toda vez que las ampliaciones de plazo injustificadas, además de desnaturalizar el sentido de esta contratación, no contribuyen a hacer alcanzar su finalidad: atender/prevenir una situación de emergencia de manera inmediata.

Sobre los defectos administrativos de la contratación directa en situación de emergencia

Una vez aclarado lo anterior, corresponde determinar qué es lo que se debe entender por defectos administrativos.

Al respecto, cabe precisar que ninguna de las principales normas administrativas aplicables al caso (la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento) hace uso del referido término. De hecho, estas normas solo abordan la posibilidad de regularizar el proceso de contratación directa en situaciones de emergencia (artículo 20 y 23 de la Ley, y artículo 128 del Reglamento. Sin embargo, de lo desarrollado por la Corte Suprema (la Corte, en adelante) en la casación bajo análisis, es posible extraer una definición.

Así, en las contrataciones directas en el marco de alguna situación de emergencia, los defectos administrativos vendrían a ser las irregularidades pasibles de ser subsanadas en el Derecho Administrativo a través de un proceso de regularización (fundamento décimo noveno). Ello, dentro de un plazo de 10 días, el cual se deberá computar a partir de la entrega del bien, de la primera entrega de suministros, del inicio de la prestación del servicio o de la ejecución de la obra (artículo 128 del Reglamento).

Sobre la relevancia penal de los denominados defectos administrativos

Ya en este punto, corresponde ingresar al análisis de si efectivamente los denominados defectos administrativos carecen de relevancia penal.

Sobre el tema, la Corte sostiene que los defectos administrativos por sí solos carecen de relevancia penal, toda vez que pueden ser subsanados en vía administrativa con posterioridad (fundamento décimo noveno). No obstante, esta añade que, en todo caso, estas irregularidades subsanables serán relevantes para el Derecho Penal, solo cuando estén acompañadas de elementos externos a la contratación, tales como el acuerdo colusorio o la entrega de una dádiva (fundamento vigésimo).

No obstante, en este punto, es menester recordar lo desarrollado en el primer acápite de esta sección: la contratación directa en una situación de emergencia debe apuntar a la atención y/o prevención inmediata de la misma. En ese sentido, lo lógico es que la regularización administrativa (a la que hacen referencia tanto la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento) esté limitada a la esfera de medidas que contribuyen a alcanzar la finalidad que persigue y a la vez justifica la existencia de este tipo de contratación directa.

La postura contraria, por un lado, llevaría a concluir que, en esta contratación, pueden cometerse cualquier tipo de irregularidades sin atenerse a ninguna eventual consecuencia. Lo anterior inevitablemente convertiría a las contrataciones directas en escenarios favorables para el encubrimiento de actos de direccionamiento y, por ende, generaría espacios de impunidad.

Por otro lado, esta conllevaría a vaciar de contenido a aquellos tipos penales que comprendan, dentro de sus modalidades delictivas, actos simulados. Es decir, actos que en apariencia se mantienen dentro de lo regular, pero que en realidad pueden ocultar conductas delictivas. De ahí que Fontán Balestra los defina como actos que contienen “una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a fin de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido.” (1990, pp. 336).

Por último, la postura contraria también desconocería que el Derecho Penal sigue una lógica distinta al Derecho administrativo. Cabe precisar que lo anterior se materializa esencialmente en dos aspectos. El primer aspecto está relacionado al concepto de funcionario público. Aquí es necesario recordar que el Derecho Penal maneja un concepto de funcionario público independiente del concepto propio del Derecho administrativo (Montoya, 2015, p. 39).

Por su parte, el segundo aspecto es el relativo al principio de necesidad o mínima intervención, el cual es fundamental para diferenciar entre el Derecho Penal y, en particular, el Derecho Administrativo Sancionador. Si bien ambos pertenecen al *ius puniendi* del Estado

y, por lo tanto, comparten la finalidad de proteger bienes jurídicos valiosos (García-Cobián, 2013, p. 464), el Derecho Penal se encuentra obligado a limitar su intervención en base a los siguientes sub-principios en los que se clasifica el principio de necesidad o mínima intervención:

1. En virtud del sub-principio de subsidiariedad, el Derecho Penal, en tanto expresión más intensa del ius puniendi del Estado, solo debe activarse cuando el resto de controles sociales haya fracasado (Villavicencio, 2017, p. 36)
2. En virtud del sub-principio fragmentariedad y complementando lo anterior, el Derecho Penal debe reaccionar ante las conductas de mayor entidad ((Villavicencio, 2017, p. 36)

Ello es así, toda vez que la diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador es cuantitativa (Cerezo, 1975, pp. 166), y que, por ende, el Derecho Penal debe ser entendido como la protección subsidiaria de bienes jurídicos (Roxin, 1997, pp. 51).

De lo expuesto hasta este punto, se desprende la exigencia de que los operadores de justicia penal realicen un análisis exhaustivo caso por caso. Esto implica que determinen, más allá de si se está o no ante permisiones administrativas, si cierta conducta se subsume en el injusto de alguno de los tipos penales de los delitos contra la Administración Pública o si da luces sobre su posible comisión. Lo afirmado en este párrafo no solo debe observarse al momento de analizar las infracciones administrativas más evidentes como indicios de la comisión de este tipo de delitos, sino también al momento de analizar determinadas irregularidades que aparenten ser regulares.

En consecuencia, al momento de analizar la relevancia penal de los defectos administrativos en contextos de emergencia, será imprescindible revisar los documentos que fundamentan la existencia de la situación de emergencia y verificar que las medidas que se adopten en este contexto sean acordes a los fines que persiguen las entidades con este tipo de contratación: la prevención y atención inmediata de la situación de emergencia. Por lo tanto, será siempre necesario que los operadores de justicia analicen los denominados defectos administrativos en cada caso concreto y, de corresponder, los tomen en cuenta como indicios de la realización de determinada conducta típica prevista en los delitos contra la administración pública.

Sobre la necesidad de la presencia actos externos a la contratación directa en situación de emergencia

En este punto, corresponde analizar lo propuesto por la Corte en relación a la presencia necesaria de actos externos a la contratación directa en situación de emergencia como presupuesto para habilitar en tales casos la intervención del Derecho Penal.

En la casación bajo análisis, la Corte sostiene que los denominados defectos administrativos tendrán relevancia penal solo si vienen acompañados de otros actos distintos al proceso administrativo (en otras palabras, el proceso de contratación estatal) (fundamento vigésimo). Empero, la Corte no brinda mayores precisiones sobre qué es lo que se debe entender cuando se hace referencia a “actos distintos”, y solo limita a mencionar que estos pueden manifestarse en la forma de un acuerdo colusorio o en la forma del pago de una dádiva (fundamento vigésimo primero).

Como puede advertirse, esta postura puede llevar a vaciar de contenido al delito de negociación incompatible en el contexto de una contratación directa en situación de emergencia. Ello, toda vez que el acuerdo colusorio o la entrega de una dádiva dan luces sobre la comisión de otros delitos como la colusión o el cohecho. Ciertamente, en el caso de estos últimos, será totalmente entendible que se exija verificar la presencia necesaria del acuerdo colusorio o la entrega de una dádiva, precisamente porque son elementos de sus tipos penales.

No obstante, este no es el caso de la negociación incompatible, delito que no exige la acreditación de estos elementos para su configuración. Dicho en otras palabras, seguir lo propuesto por la Corte conllevaría a exigir elementos que no son previstos por el tipo penal del delito de negociación incompatible.

De esa manera, la referida postura también llevaría a reducir los estándares de protección del correcto funcionamiento de la Administración Pública, pues se crearían espacios de impunidad en las contrataciones directas en cuestión. Ello evidentemente no contribuye a satisfacer finalidades de primer orden en el Estado, como el buen funcionamiento de la administración estatal, la eficiencia de las necesidades sociales y la prevención de la corrupción (García-Cobián, 2013, pp. 474-475).

Habiendo aclarado este punto, resulta necesario determinar cómo entonces podría acreditarse la comisión del delito de negociación incompatible en el contexto de la casación bajo análisis (es decir, en el contexto de una contratación directa en situación de emergencia). Para ello, es imprescindible mencionar previamente a la sentencia C-128/03 de la Corte Constitucional de

Colombia, en la que se pronunció sobre la constitucionalidad del delito de interés ilícito en la celebración de contratos (la negociación incompatible en el Perú).

En la referida sentencia, este tribunal abordó la problemática relacionada a la acreditación de la conducta típica, sosteniendo que la misma se manifiesta externamente a través de actos concretos del servidor público (fundamento 3.4.2). En esa línea, nada impide que estos actos puedan incluir tanto a las irregularidades administrativas aparentemente regulares (en otras palabras, los denominados defectos administrativos) como las infracciones administrativas más evidentes. Ello, siempre que, como sostiene Ingrid Díaz (2016), estos exterioricen un interés parcializado que busca favorecer al mismo funcionarios o terceros, en tanto es esa finalidad ulterior la que pone en peligro (abstracto) al bien jurídico protegido en específico por este delito (p. 307-308). Esta última acotación es importante, toda vez que, de no ser tomada en cuenta, puede llevar a vulnerar el principio de fragmentariedad del Derecho Penal, ya desarrollado con anterioridad.

Cabe señalar que la acreditación del delito de negociación incompatible también no solo se limita a la tipicidad objetiva, sino que también abarca a la tipicidad subjetiva. Sin embargo, lo relacionado a este tema no será abordado en esta sección, sino en aquella dedicada a la resolución del tercer problema jurídico.

Sobre el caso concreto

En el caso concreto de la Casación N° 841-2015/Ayacucho, la Sala, sin mayor análisis que la revisión de normas relacionadas a la regularización administrativa en el marco de contrataciones directa por situaciones de emergencia, resolvió absolver a Teodoro Ayala Hinostroza y Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco del delito de negociación incompatible.

Ello, argumentando que, en ese contexto, los procesados habían incurrido en defectos administrativos, los cuales, al ser situaciones irregulares subsanables, carecen de relevancia penal y por ende no pueden servir para acreditar la comisión de algún delito.

Sin embargo, en este punto, es importante volver a revisar los hechos que la Corte recogió en la casación en cuestión, a fin de proceder con su respectivo análisis. En ese sentido, cabe mencionar lo siguiente:

1. En los hechos plasmados en la casación, el plazo de entrega original (plasmado en los contratos respectivos y en las bases administrativas) de los tractores y sus accesorios era de 2 días.
2. Pese a lo previsto en los referidos documentos, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza autorizó a las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C. a entregar los tractores agrícolas en el plazo de 10 días.
3. De la misma forma, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco suscribió los contratos N° 012-2011 y N°013-2011 con las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C., para establecer que los accesorios de los tractores (esto es, rastras hidráulicas, discos, surcadora y otros) serían entregados progresivamente en el plazo máximo de 30 días.

En relación a las bases administrativas, si bien la Corte solo las menciona al recoger los hechos, más no las cita en la sentencia, es necesario recurrir al ya revisado Acuerdo del Consejo Regional N° 110-2011-GRA/CR. Ello, toda vez que las bases, en las contrataciones directas en situación emergencia, como mínimo deben detallar las características técnicas de los bienes requeridos, el lugar y el plazo de entrega (Guzmán, 2015, p. 537), en función a la finalidad que estas contrataciones buscan cumplir.

Así, cabe recordar que, en este acuerdo, se sustentó la existencia de la plaga de kikuyo en la región de Ayacucho y la necesidad imperante de adquirir maquinarias agrícolas y de fumigación para erradicar la referida plaga. Igualmente, es importante reconocer que la decisión del Consejo Regional de Ayacucho de exonerar de los procesos de selección a las contrataciones que fuesen necesarias, se basó esencialmente en la necesidad de erradicar la plaga del kikuyo de manera rápida.

En ese sentido, como consta en los hechos, Teodoro Ayala Hinostroza contrató a dos empresas que no estaban en condiciones de cumplir con los requerimientos de la contratación directa del caso. Asimismo, consta también que Teodoro Ayala Hinostroza y Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco aprobaron la ampliación del plazo para el cumplimiento de lo requerido (es decir, la entrega de los tractores agrícolas y sus accesorios) sin la aplicación de alguna penalidad. A su vez, estos hechos permiten observar que las conductas realizadas por ambos procesados no apuntaban a la atención y/o prevención inmediata de la situación de emergencia (generada, en este caso, por la plaga de kikuyo), finalidad que, junto a la existencia de la referida situación, justifica la exoneración del proceso de selección en la contratación directa.

En esa misma línea, es posible afirmar que la contratación de un proveedor que no está condiciones de cumplir con lo requerido y la ampliación de plazos sin la aplicación de alguna penalidad constituyen indicios de la comisión del delito de negociación incompatible. Esto, a tanto denotan un posible direccionamiento de la contratación hacia las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C. y, por ende, una posible preponderancia de otros intereses diferentes al interés público, expresando así una puesta en peligro de la imparcialidad en la actividad contractual del estado (bien jurídico específico en el delito de negociación incompatible).

b. El extraneus como partícipe del delito de negociación incompatible

Para resolver el segundo problema jurídico identificado, será necesario determinar lo siguiente:

1. Si la punibilidad del partícipe, en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública, se debe estrictamente a su inclusión en el tipo penal.
2. Si, en el caso concreto de la negociación incompatible, la intervención de terceros implica necesariamente la configuración de otros delitos como la colusión.

Sobre la punibilidad del partícipe en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública

Antes de ingresar al tema en cuestión, es menester recordar lo argumentado por la Corte Suprema al respecto en la casación bajo análisis. En esta resolución, la Corte sostiene que la posibilidad de admitir la participación del extraneus, en un delito especial contra la Administración Pública cometido por funcionarios públicos, depende fundamentalmente de si esta ha sido expresamente prevista en el tipo penal (fundamento vigésimo octavo).

Habiendo aclarado lo anterior, corresponde comenzar precisando que, en los delitos especiales cometidos por funcionarios pública contra la Administración Pública, los sujetos que no tienen la condición personal requerida para ser autores de tales delitos, no responderán penalmente como tales, pero sí como partícipes (Mir, 2016, p. 415). Esta postura también fue adoptada por el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011, en la que además las Salas Penales de la Corte Suprema establecieron que el extraneus, a pesar de no poder ser autor del delito especial por carecer de la obligación especial del intraneus, puede responder penalmente como partícipe (cómplice o inductor) (fundamento 11).

Lo anterior es así, debido a que el Derecho Penal le brinda al bien jurídico protegido por los delitos funcionariales contra la Administración Pública una protección especial ante determinada esfera de sujetos y una protección general ante el resto (Rueda, 2001, p. 161). En ese sentido, Yván Montoya (2015) sostiene que no existe ningún obstáculo para aplicar en estos casos las reglas de participación comprendidas en los artículos 24 y 25 de la Parte General del Código Penal, y, con ello, ampliar el ámbito de sanción de los delitos funcionariales a aquellos sujetos que instigan o cooperan con el autor (p. 69).

En ese sentido, es posible concluir que, si bien la norma jurídica contenida en los delitos funcionariales está dirigida directamente al intraneus, también lo está indirectamente al extraneus a través de los citados artículos 24 y el 25 (Montoya, 2015, p. 69). En otras palabras, “el extraneus quebranta un tipo penal ampliado por las reglas generales de la participación pues, en principio, los tipos penales de la parte especial del Código Penal solo están pensados para las conductas de los autores” (Montoya, 2015, p. 69). Así, conforme a la naturaleza de su intervención, el extraneus podrá responder penalmente a título de cómplice o instigador por el delito cometido por el intraneus (Salinas, 2021, p. 433), independientemente de si su intervención haya sido o no prevista expresamente en el delito funcional.

Por lo tanto, la participación punible del extraneus no se limita a los delitos de participación necesaria, en los cuales la intervención del mismo ha sido tipificada expresamente.

Respecto a este tipo de delitos, Enrique Gimbernat sostiene que el legislador los crea cuando considera que está tipificando un comportamiento que acompañará siempre y necesariamente a la conducta del autor (1966, p. 263). Por lo tanto, la calidad de delito de participación necesaria no fundamenta la punibilidad del partícipe en los delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública. En realidad, este tipo de delitos se encarga de explicar por qué, en determinados tipos penales, el injusto requiere ser realizado de una manera particular. Esto es, por varios sujetos con actos similares y orientados en la misma dirección para la afectación del bien jurídico (delito de convergencia), o con actos provenientes de distintas direcciones, que finalmente acaban por encontrarse (delito de encuentro) (García Caveró, 2019, p. 398).

En consecuencia, es posible afirmar que el hecho de que la negociación incompatible no sea un delito de participación necesaria no impide que existan partícipes en relación a ella.

¿La intervención de terceros en la negociación incompatible implica necesariamente la configuración de otros delitos?

En ese punto, también es preciso recordar previamente lo argumentado por la Corte Suprema en este extremo de la casación bajo análisis. En esta resolución, la Corte sostiene que el delito de negociación incompatible queda reservado solo para aquellos supuestos en los que el funcionario público materializa el interés indebido sin la intervención de un tercero. De esta manera, en los casos que esta intervención se presentaba, la Corte precisa que se estaría ante otro delito y menciona como ejemplos a la colusión y al cohecho (fundamento trigésimo primero).

Una vez aclarado lo anterior, corresponde determinar si efectivamente, en el caso concreto de la negociación incompatible, la intervención de terceros (en otras palabras, del extraneus) implica necesariamente la configuración de otros delitos.

Para abordar este tema, en primer lugar, es fundamental tener en cuenta lo desarrollado en el acápite anterior. Es decir, cabe recordar que, como ya se argumentó, la participación en los delitos especiales no depende de si estos son delitos de participación necesaria. En segundo lugar, conviene señalar preliminarmente que los terceros intervinientes pueden ser tanto el particular como el funcionario público que no tiene la relación funcional exigible por el tipo penal del delito de negociación incompatible.

Siguiendo esa línea, Ramiro Salinas (2021) sostiene que este tipo de funcionarios y los extraños a la administración pueden responder por el delito de negociación incompatible, a título de cómplices o instigadores, siempre que colaboren o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible (p. 182). Por su lado, Fidel Rojas (2007) sostiene que esta participación puede adquirir diversas manifestaciones, tales como “[...] intermediarios, facilitadores de las negociaciones con intencional orientación de las mismas, terceros negociadores que sirven a los intereses del funcionario o servidor vinculado, etc.” (p. 826).

No obstante, es necesario hacer algunas salvedades respecto a determinados supuestos en los que el tercero (a quien se le imputa la comisión del delito en cuestión a título de partícipe) es un particular extraño a la administración. Ello, debido a que, para diferenciar entre los delitos de negociación incompatible y colusión, será fundamental verificar si este particular está vinculado a la contratación estatal a la que hacen referencia estos tipos penales.

En estos casos, recogiendo algunas ideas de lo propuesto por Daniel Quispe (2019), será imprescindible que el Ministerio Público realice una exhaustiva investigación fiscal que apunte a probar la existencia de acuerdos colusorios (p. 132). Lo anterior, porque, en este escenario, la intervención del particular extraño a la administración y vinculado a la contratación estatal, más que arrojar indicios de una intervención a título de partícipe, aporta indicios objetivos sobre la existencia de un acuerdo con el funcionario público obligado a fin de defraudar al Estado. En otras palabras, en tales supuestos, es lógico afirmar se está ante el delito de colusión y no ante el delito de negociación incompatible.

Lo desarrollado hasta este punto no significa que, ante la presencia de cualquier particular, pueda afirmarse de plano la configuración de otros delitos (en específico, el de delito de colusión simple). Como se señaló en la solución del primer problema jurídico, es necesario que los operadores de justicia se avoquen a analizar los hechos caso por caso, de manera que puedan subsumirlos en los tipos penales adecuados.

Volviendo al caso bajo análisis, cabe hacer la observación de que, como lo menciona la Corte de manera demasiado breve, se pretendió incluir a las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C. como partícipes del delito de negociación incompatible cometido por Teodoro Ayala Hinostroza y Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco. En ese sentido, es correcto lo que la Corte a cargo afirma en el fundamento trigésimo tercero: la inclusión de estos particulares involucrados en la contratación puede dar luces sobre la comisión de otros delitos diferentes a la negociación incompatible (especialmente, el de colusión).

Sin embargo, como ya se argumentó y se reiteró con anterioridad, la fundamentación no debió centrarse en la idea de que la negociación incompatible no es un delito de participación necesaria. Ello, toda vez que esta clasificación a la que pertenecen determinados tipos penales no fundamenta la participación en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública.

Aquí, resulta pertinente advertir que esta interpretación de la Corte llevaría a excluir de responsabilidad penal a aquellos terceros intervinientes que, siendo particulares, no están relacionados a la contratación en la que realiza el delito de negociación incompatible. Lo mismo sucedería con aquellos funcionarios públicos que, sin tener calidad especial exigida por el tipo, contribuyen en la comisión del delito bajo análisis.

7. El estándar probatorio del provecho como elemento de tendencia interna trascendente del delito de negociación incompatible

Para resolver el tercer problema jurídico, será necesario abordar previamente qué es lo que se entiende por elemento de tendencia interna trascendente. Al respecto, tanto Santiago Mir Puig (2016) como Luzón Peña (2016) sostienen que este consiste en una finalidad o ánimo que es diferente al dolo y que trasciende a la realización del tipo penal (p. 287; p. 223).

Este elemento de tendencia interna trascendente se ubica en tipicidad subjetiva junto al dolo y se imputa a partir de las circunstancias objetivas que rodean al caso (Meini, 2014, p. 254). Siguiendo esa línea, en la casación bajo análisis, la Corte Suprema sostiene que el provecho (propio o para tercero), en la negociación incompatible, es un elemento de tendencia interna trascendente y, por ende, pertenece a la tipicidad subjetiva.

Complementando lo anterior, resulta primordial resaltar que, por su naturaleza, la concreción de este elemento subjetivo no es necesaria para consumir el tipo (Meini, 2014, p. 253). En esa línea, Ramiro Salinas (2019) sostiene que la negociación incompatible se consume con la realización del verbo rector: interesarse indebidamente en alguna actividad contractual del Estado (p. 694). Asimismo, por su parte, Ronald Vílchez (2021) añade que, en este delito, la razón principal del castigo es la conducta del funcionario público de interesarse por otros motivos completamente ajenos a los intereses de la Administración Pública (p. 280).

En ese sentido, en relación con la casación bajo análisis, resulta incoherente la argumentación de la Sala a cargo en este extremo. Ello, en tanto finaliza señalando que su decisión se debe a que, en la sentencia de segunda instancia, no se había indicar cuál era el provecho que tuvieron Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, o las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C.

Este estándar de exigencia probatoria resulta excesivo, toda vez que exige más allá de lo que se requiere para consumir el tipo penal del delito negociación incompatible. De la misma forma, desnaturaliza a este elemento de tendencia interna trascendente, cuya concreción, como ya se señaló, no es necesaria.

8. Conclusiones

- La contratación directa en situación de emergencia, como toda contratación estatal, no puede realizarse de cualquier manera, sino de conformidad con principios rectores y/o medios necesarios para la consecución del interés general.

- Tomando en cuenta lo anterior, la regularización prevista para este tipo de contrataciones no puede prestarse para encubrir todo tipo de irregularidades. Lo contrario convertiría a estas contrataciones directas en escenarios favorables para el encubrimiento de actos de direccionamiento y, por ende, generaría espacios de impunidad.
- En ese sentido, los operadores de justicia penal deben realizar un análisis exhaustivo caso por caso. Esto implica que determinen, más allá de si se está o no ante permisiones administrativas, si cierta conducta se subsume en el injusto de alguno de los tipos penales de los delitos contra la Administración Pública o si da luces sobre su posible comisión.
- En el caso concreto, los procesos contrataron con dos empresas que no estaban en condiciones de cumplir con los requerimientos de la contratación directa del caso, y aprobaron la ampliación del plazo para el cumplimiento de lo requerido (es decir, la entrega de los tractores agrícolas y sus accesorios) sin la aplicación de alguna penalidad. Estos actos denotan un posible direccionamiento de la contratación hacia las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C. y, por ende, una posible preponderancia de otros intereses diferentes al interés público, expresando así una puesta en peligro de la imparcialidad en la actividad contractual del estado (bien jurídico específico en el delito de negociación incompatible).
- La calidad de delito de participación necesaria no fundamenta la punibilidad del partícipe en los delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública. En realidad, este tipo de delitos se encarga de explicar por qué, en determinados tipos penales, el injusto requiere ser realizado de una manera particular. Este es el caso de los delitos de convergencia y encuentro.
- El fundamento de la punibilidad de la participación del extraneus en los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, se debe a que el Derecho Penal le brinda al bien jurídico protegido por estos delitos una protección especial ante determinada esfera de sujetos y una protección general ante el resto.
- La intervención de terceros en la negociación incompatible no se traduce automáticamente en la comisión de otros delitos diferentes. Sin embargo, en los casos en los que el tercero es un particular extraño a la administración y vinculado a la contratación estatal, más que arrojar indicios de una intervención a título de partícipe, aporta indicios objetivos sobre la existencia de un acuerdo con el funcionario público obligado a fin de defraudar al Estado. En otras palabras, en tales supuestos, es lógico

afirmar se está ante el delito de colusión y no ante el delito de negociación incompatible.

- En ese sentido, la Corte Supremo afirmó correctamente que la inclusión de las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C. como partícipes del delito de negociación incompatible da luces sobre la comisión de otros delitos diferentes a la negociación incompatible (especialmente, el de colusión). Sin embargo, los argumentos que fundamentaron la referida decisión no debieron centrarse en la idea de que la negociación incompatible no es un delito de participación necesaria.
- Tomando en cuenta que el provecho es un elemento de tendencia interna trascendente, no es razonable exigir la acreditación de un provecho concretado u obtenido. Un estándar probatorio que exija lo anterior no resulta excesivo, toda vez que exige algo que el tipo penal de delito negociación incompatible no requiere para su configuración.
- Si bien la Corte Suprema afirma correctamente que el provecho es un elemento de tendencia interna trascendente, la fundamentación de su decisión en este extremo es incoherente. Ello, en tanto finaliza señalando que su decisión se debe a que, en la sentencia de segunda instancia, no se había indicar cuál era el provecho que *tuvieron* los procesados, o las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.C.

9. Referencias bibliográficas

Abanto, M. (2003). Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, 2ª edición. Palestra Editores.

Abanto, M. (2004). Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción del Deber. En Revista Penal, N° 14, julio, p. 3-23.

Abanto, M. (2014). Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Grijley.

Acuerdo del Consejo Regional N° 110-2011-GRA/CR (2011, 20 de diciembre). Consejo Regional de Ayacucho.

Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 (2011, 6 de diciembre). Salas Penales de la Corte Suprema.

C-128/03 (2003, 18 de febrero). Corte Constitucional de Colombia.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-128-03.htm>

Fontán, C. (1990). Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, 2ª edición, Tomo VII. Abeledo-Perrot.

García, P. (2019). Derecho Penal. Parte General, 3ª edición. Ideas Solución Editorial S.A.C.

García-Cobián, E. (2013). Control gubernamental del gasto público en el Estado constitucional: reflexiones a propósito de la aprobación de las facultades sancionadoras de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional. En Derecho PUCP, N° 71, p. 443-475.

Gimbernat, E. (1966). Autor y cómplice en Derecho Penal. Euros Editores S.R.L.

Guzmán, C. (2015). Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Análisis de la ley y su reglamento. Gaceta Jurídica S.A.

Luzón, D. (2016). Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición. TIRANT LO BLANCH.

Meini, I. (2014). Lecciones de Derecho Penal - Parte General Teoría Jurídica del Delito. Fondo Editorial PUCP.

Mir, S. (2016). Derecho Penal. Parte General, 10ª edición. Editorial Reppertor.

Montoya, Y. (Coord.) (2015). Manual sobre delitos contra la Administración Pública. IDEHPUCP.

Morón, J. y Aguilera, Z. (2017). Aspectos Jurídicos de la contratación estatal. Fondo Editorial PUCP.

Quispe, D. (2019). El delito de negociación incompatible: un análisis crítico a través del delito de colusión en su modalidad simple. En Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 119, mayo, p. 121-135.

Rojas, F. (2007). Delitos contra la administración pública, 4ª edición. Grijley.

Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. CIVITAS.

Rueda, Ma. Á. (2001). Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública. En Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª Época, N° 8, p. 127-165

Salinas, R. (2021). Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios. Palestra Editores.

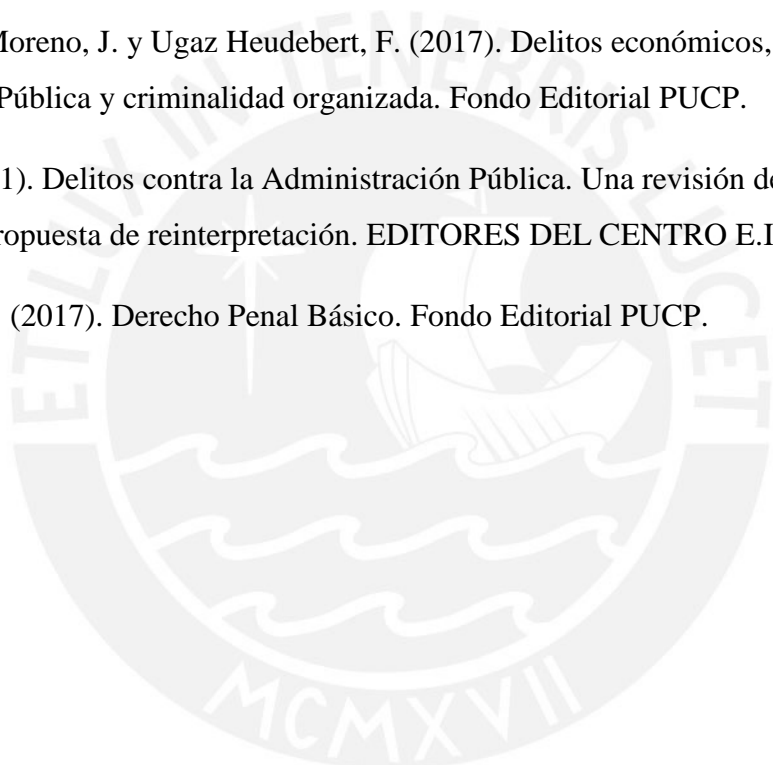
Salinas, R. (2019). Delitos contra la administración pública, 5ª edición. Iustitia.

Salinas, R. (2016). Los delitos de infracción de deber. Unidad o ruptura del título de imputación. En Rev. Actualidad Penal, N° 29, noviembre. Instituto Pacífico, p. 23-48.

Ugaz Sánchez-Moreno, J. y Ugaz Heudebert, F. (2017). Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada. Fondo Editorial PUCP.

Vílchez, R. (2021). Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial una propuesta de reinterpretación. EDITORES DEL CENTRO E.I.R.L.

Villavicencio, F. (2017). Derecho Penal Básico. Fondo Editorial PUCP.





PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO**

Sumilla: 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 pasibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del 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 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 contratación como la única que admite la regularización administrativa. Estos defectos 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.

Lima, veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis. -

SENTENCIA DE CASACIÓN

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa técnica de los procesados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, contra la sentencia de vista del veintiuno de agosto de dos mil quince -fojas setecientos ochenta y siete-, en el extremo que confirmó la sentencia del quince de abril de dos mil quince, que los condenó por delito de negociación incompatible a cuatro años de pena privativa de libertad con carácter suspendida por el periodo de tres años. Interviene como ponente el Juez Supremo Josué PARIONA PASTRANA; y **CONSIDERANDO:**

ANTECEDENTES

Primero.- El Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho emitió la sentencia del quince de abril de dos mil quince contra los encausados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA que los condenó por delito de negociación incompatible, en agravio del Estado, representado por el Gobierno Regional de Ayacucho, a



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

cuatro años de pena privativa de libertad con carácter de suspendida por el periodo de tres años; al indicar que:

“En relación al delito de negociación incompatible está probado que a razón de la declaración de la situación de emergencia y exoneración de los procesos de selección las adquisiciones y contrataciones N° 007-2011-GRA-SEDE CENTRAL, el procesado Edwin Teodoro Ayala Hinostriza [director del sistema administrativo de la oficina de abastecimiento y patrimonio fiscal] cursó invitaciones a las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A. para participar como postores el día 28 de diciembre de 2011, fecha en la que aún no se había notificado la aprobación de las bases administrativas de dicha exoneración [dicha aprobación de bases fue aprobada y comunicada mediante memorando N° 2475-2011-GRA/PRES-GG del 29 de diciembre de 2011].

Asimismo, el procesado Ayala Hinostriza emitió: **a)** la orden de compra-guía de internamiento N° 005027 del 26 de diciembre de 2011 a la empresa IPESA S.A.C., **b)** la orden de compra-guía de internamiento número 5031 del 26 de diciembre de 2011 a la empresa UNIMAQ S.A.C; efectuándose la fase de compromiso los días 26 y 29 de diciembre de 2011, es decir antes de otorgarse la buena pro que recién se llevó a cabo el 29 de diciembre de 2011, siendo suscrito por el 03 de enero de 2012, pese a que el 29 de diciembre de 2011 la empresa IPESA S.A.C. presentó la carta de propuesta económica y la declaración jurada del plazo de entrega.

Además que el procesado Ayala Hinostriza autorizó a las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A. ampliar el plazo de entrega de los tractores agrícolas por un período de 10 días, pese a que se señaló en los contratos respectivos el plazo de entrega por 2 días.



PODER JUDICIAL

Por otro lado, al encausado Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, pese a que en las bases administrativas se consignó que los tractores agrícola debían ser entregados en el plazo de 02 días con sus respectivos accesorios y de las irregularidades administrativas, suscribió los contratos números 012 y 013 -2011 del 03 de enero de 2012 con las empresas IPESA S.A.C. y UNIMAQ S.A.; además de establecer en dicho contrato que las rastras hidráulicas, discos, surcadora y otros accesorios serían entregados progresivamente en el plazo máximo de 30 días a la suscripción de los contratos, contraviniendo así las bases administrativas y las cotizaciones, que indicaba que el plazo de entrega de 2 días".

Segundo.- Dicha decisión fue apelada por el representante del Ministerio Público, el actor civil y la defensa de los encausados [véase escritos obrantes a fojas cuatrocientos noventa y cuatro, quinientos cuarenta y uno, y quinientos sesenta y uno, respectivamente, obrantes en el cuaderno de apelación], emitiéndose la sentencia de vista del veintiuno de agosto de dos mil quince, que confirmó en dicho extremo la condena contra los citados encausados y agraviado, a cuatro años de pena privativa de libertad con carácter suspendida [véase fundamentos jurídicos 4.31 al 4.41].

Tercero.- Contra la sentencia de vista interpusieron recurso de casación los encausados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, la misma que fue admitida para el desarrollo jurisprudencial por las causales previstas en los incisos primero y tercero del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, mediante la Ejecutoria Suprema del veinticinco de enero de dos mil dieciséis [véase fojas noventa y nueve del cuadernillo formado en este Tribunal Supremo].

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



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

FUNDAMENTO DE DERECHO

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

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

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Quinto: Conocido también como axioma de corta legalidad o mera legalidad, o como principio de la reserva de ley penal, por virtud del cual solo la ley -ni el juez ni autoridad alguna- determina qué conducta es delictiva. "Una interpretación orientada no a la pureza de las ideas sino a la eficacia práctica de la norma, ha de tener en cuenta desde el principio el siguiente contexto: Exigir un máximo de taxatividad o determinación sobrepasa lo que puede llevar a cabo cualquier práctica legislativa o interpretativa -no utópica-. Por eso, el uso de la libertad de acción sin peligro de resultar castigado solo es posible si se da la determinación previa de lo punible, y sólo se garantiza la seguridad ante la arbitrariedad -sobre todo judicial- cuando la determinación previa tiene lugar en consonancia con lo razonable o la voluntad general¹.

El artículo 2, inciso 24, acápite "d", de la Constitución Política del Perú, señala que "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista por la ley.

¹ Urquiza Olachea, José, *El principio de legalidad*. Gráfica Horizonte, Lima. Año 2000, pág. 18



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

El principio de legalidad obliga al legislador a precisar el contenido de sus leyes penales, pues las mismas deben propiciar certeza².

III. ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

Sexto: Desde el punto vista de la dogmática penal se sostiene que interpretar es toda la investigación de carácter dogmático que procura descubrir el sentido de la ley penal a fin de aplicarla a casos concretos y encontrar una solución jurídica. Asimismo, dicha interpretación penal debe tener a la vista ciertos principios, siendo estos el de legalidad, culpabilidad, de reserva de, de inocencia la pauta de restricción normativa, etc.³.

Culturalmente, se ha mantenido la idea que en la interpretación prima la voluntad de la ley adaptada a su sentido cultural y dinámico, en contraposición a la voluntad del legislador, que más bien evoca la idea meta-jurídica, de imposible concretización práctica. La interpretación de las normas de cultura ha derivado a la denominada interpretación progresiva, no correctiva sino adaptativa⁴.

Desentrañar el contenido o sentido de la norma, buscar su real alcance es un proceso interpretativo, que en ocasiones no resulta fácil. La interpretación debe efectuarse a partir del texto legal pero manteniéndolo dentro de un sistema superior que comprende la norma en particular. Dicha normatividad le traza límites, contenidos objetivos al sistema penal, por tanto toda norma penal debe ser entendida desde el modelo constitucional relacionado con un Estado Democrático y Social de Derecho, con categorías políticas y sociales definidas a sus Principios Fundamentales y no como un precepto distante y solitario⁵.

² Villa Stein, Javier, *Derecho Penal-Parte General*. Ara Editores, Lima. Año 2014, pág.137.

³ Cáceres Julca Roberto, *Los medios impugnatorios en el proceso penal*, Jurista editores, Lima – Perú 2011, pág. 377.

⁴ Cáceres Julca Roberto, *Los medios impugnatorios en el proceso penal*, Jurista editores, Lima – Perú 2011, pág. 377.

⁵ Uribe Sánchez Pedro, *la norma penal*. Revista de Derecho Penal, Argentina, N° 5, Buenos Aires, 2008, pág. 3. Citado por Cáceres Julca Roberto, *Los medios impugnatorios en el proceso penal*, Jurista editores, Lima – Perú 2011, pág. 378.



PODER JUDICIAL

La interpretación es una operación lógico-jurídica que se dirige a descubrir la voluntad de la ley en funciones con todo el ordenamiento jurídico y las normas superiores de cultura, a fin de aplicarla a los casos concretos de la vida real. La interpretación es una inferencia lógica que se hace respecto de un texto legal de índole penal. El intérprete penal parte de unos hechos a los cuales pretende aplicar una o varias leyes mediante un proceso cognoscitivo y utilizando juicios de inferencia o mecanismos interpretativos⁶.

El primer conocimiento debe estar relacionado con los hecho que se logra a través del conocimiento y análisis de la prueba, pues recordamos que los hechos pasan y sólo mediante una actividad probatoria se pueden reconstruir aplicando un proceso racional y lógico valorativo que luego de una adecuación de tipicidad encaje perfectamente con la norma legal aplicable. Interpretar pues es penetrar en el sentido de la norma para que ella actúe en los casos a los cuales por finalidad está destinada a ser aplicable⁷.

El legislador penal crea la ley luego de su valoración de la realidad; el Juez, el Ministerio Público y el abogado interpretan realizando el análisis probatorio de un hecho en concreto. El intérprete no puede dar sentido a la ley penal partiendo de sus propios valores subjetivos, esto violentaría el Principio de Legalidad; es el orden jurídico del modelo del Estado Democrático, el que suministra al intérprete el material de contenido para sus interpretaciones; el Juez al interpretar está en la obligación de actualizar, frente a situaciones concretas, los valores de la dignidad humana, el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, los deberes y derechos de las personas y

⁶Uribe Sánchez Pedro, *la norma penal*. Revista de Derecho Penal, Argentina, N° 5, Buenos Aires, 2008, pág. 5. Citado por Cáceres Julca Roberto, *Los medios impugnatorios en el proceso penal*, Jurista editores, Lima – Perú 2011, pág. 378.

⁷ Cáceres Julca Roberto, *Los medios impugnatorios en el proceso penal*, Jurista editores, Lima – Perú 2011, pág. 378.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

de la sociedad, todo en el marco del modelo democrático constitucional vigente⁸.

El valor superior de la Dignidad Humana, los Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República, constituyen en nuestro ordenamiento constitucional la primera regla de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución. Luego los principios fundamentales son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la constitución misma y están dotados de toda fuerza normativa, sin embargo, no siempre son suficientes por sí solas para determinar la solución necesaria en un caso concreto⁹.

La indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de una norma penal

Sétimo: Este motivo de casación se encuentra regulado en el artículo 429° inc. 3 del Código Procesal Penal, en el que se incorporan diversos supuestos: indebida, aplicación, errónea interpretación y falta de aplicación, no solo de la ley penal, sino de otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley penal¹⁰.

Respecto al primer supuesto, se verifica cuando existe un error por parte del Juez, en la aplicación de una norma al caso concreto. Este error se comete al momento de realizar la elección de la norma y su consiguiente aplicación¹¹. Sánchez-Palacios enuncia al respecto que (...) hay aplicación indebida cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecida en el proceso. El Juez ha errado en la elección de la norma, ha errado en el proceso de establecer la relación de semejanza o de diferencia

⁸ Cáceres Julca Roberto, *Los medios impugnatorios en el proceso penal*, Jurista editores, Lima – Perú 2011, pág. 378.

⁹ Uribe Sánchez Pedro, *la norma penal*. Revista de Derecho Penal, Argentina, N° 5, Buenos Aires, 2008, pág. 8. Citado por Cáceres Julca Roberto, *Los medios impugnatorios en el proceso penal*, Jurista editores, Lima – Perú 2011, pág. 379.

¹⁰ YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor, “Recurso de Casación Penal – Reforma Procesal Penal y Análisis Jurisprudencial”, Ideas Solución editorial, Lima Marzo 2014, p. 277

¹¹ YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor, “Recurso de Casación Penal – Reforma Procesal Penal y Análisis Jurisprudencial”, Ideas Solución editorial, Lima Marzo 2014, p. 277



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

que existe entre el caso particular concreto, jurídicamente calificado y la hipótesis de la norma¹².

Esta causal de indebida aplicación de la norma, engloba las siguientes situaciones: a) la aplicación de una norma derogada, salvo que sea favorable al reo (ultra actividad); la ley estaba vigente al momento de la comisión de los hechos pero posteriormente es derogada, encontrándose pendiente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, b) la aplicación retroactiva de una norma, salvo cuando favorece al reo (retroactividad); la ley se emitió con posterioridad al momento de la comisión de los hechos, sin embargo, resulta más benigna para el reo que la ley que se encontraba vigente en dichas circunstancias, c) la aplicación de norma inexistente o foránea; d) la aplicación indebida del principio relativo a la jerarquía de las normas; es decir, cuando las normas inferiores, vía interpretación, trasgreden las normas superiores¹³.

En cuanto al segundo supuesto, la errónea interpretación, Carrión Lugo: refiere: habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla¹⁴. En este supuesto, a diferencia del anterior, la elección de la norma legal ha sido correcta; sin embargo, la interpretación de la misma es errada¹⁵.

En relación a ello, Marcial Rubio, señala que la interpretación jurídica consta de tres componentes, (...) una aproximación apriorística del intérprete (...), un cuerpo de mecanismos operativos de interpretación jurídica

¹² Sánchez-Palacios Paiva, Manuel, el Recurso de Casación Civil, Cultural Cuzco, Lima, 1999, p. 62. Citado por YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor, "Recurso de Casación Penal - Reforma Procesal Penal y Análisis Jurisprudencial". Ideas Solución editorial, Lima Marzo 2014, p. 277

¹³ YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor, "Recurso de Casación Penal - Reforma Procesal Penal y Análisis Jurisprudencial". Ideas Solución editorial, Lima Marzo 2014, p. 278

¹⁴ CARRIÓN LUGO, Jorge, El recurso de casación en el Perú, v. I, cit., I p. 218, citado por YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor, "Recurso de Casación Penal - Reforma Procesal Penal y Análisis Jurisprudencial", Ideas Solución editorial, Lima Marzo 2014, p. 278

¹⁵ YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor, "Recurso de Casación Penal - Reforma Procesal Penal y Análisis Jurisprudencial", Ideas Solución editorial, Lima Marzo 2014, p. 278



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO**

generalmente aceptados por la doctrina, que, en conjunto, constituyen los métodos de interpretación, y los apotegmas de interpretación, que son argumentos tópicos de aceptación bastante generalizada¹⁶.

También puede suceder que la propia norma legal, sujeta a interpretación, sea genérica o ambigua, frente a ello se requerirá de una labor interpretativa más ardua, en la que se utilice, incluso, los mecanismos de la integración jurídica. Frente a tales casos, la Corte Suprema, precisamente, a través del Recurso de Casación, determinara el sentido o alcance correcto de la norma pertinente¹⁷.

El tercer supuesto de falta de aplicación de la ley o inaplicación de las normas, incluye diferentes casos de desconocimiento de la norma por parte del juzgador: desconocimiento de la existencia, de su validez o de su significado¹⁸.

Finalmente, este motivo o causal no sólo hace referencia a las leyes penales, sino también aquellas necesarias para su aplicación, para aquellas que no pertenecen al ámbito penal, residen fuera de él pero resultan imprescindibles para la realización del derecho penal. La causal, sólo tendrá trascendencia casacional en tanto la errónea interpretación, la falta o indebida aplicación, sean decisivas en el fallo¹⁹.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

IV. LA REGULARIZACIÓN DE DEFECTOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE EMERGENCIA Y SU RELEVANCIA PARA EL DERECHO PENAL

¹⁶ Rubio Correa, Marcial, "El sistema jurídico. Introducción al Derecho", Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999. P. 258.

¹⁷ YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor, "Recurso de Casación Penal – Reforma Procesal Penal y Análisis Jurisprudencial". Ideas Solución editorial, Lima Marzo 2014, p. 278 - 279

¹⁸ YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor, "Recurso de Casación Penal – Reforma Procesal Penal y Análisis Jurisprudencial". Ideas Solución editorial, Lima Marzo 2014, p. 278

¹⁹ YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor, "Recurso de Casación Penal – Reforma Procesal Penal y Análisis Jurisprudencial". Ideas Solución editorial, Lima Marzo 2014, p. 278



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO**

A. Sobre la contratación de emergencia y el proceso de regularización

Octavo: La contratación estatal no puede ser realizada de forma arbitraria, pues sigue una serie de pautas que rigen en la materia. El principal instrumento normativo donde ellas se encuentran, mas no el único, es la Ley de Contrataciones del Estado (Actual D.L. N° 1017 y anteriormente la Ley N° 26850) y su respectivo reglamento, el cual regula los lineamientos generales de la contratación estatal en nuestro país.

Noveno: No todo tipo de contratación es igual, ni las condiciones en las cuales se produce. No es lo mismo realizar una contratación cuando estamos frente a situaciones normales que cuando estamos frente a una situación de emergencia, o si se trata de una adquisición que comprometiera la seguridad nacional.

En el caso específico de la contratación de emergencia. Este tipo de contratación surge cuando se decide, por una situación -valga la pena la redundancia- de emergencia, que se debe adquirir determinado bien o servicio de forma urgente. Por ello, se flexibilizan las normas de contrataciones, permitiéndose que se exonere a la contratación del proceso de selección que normalmente correspondería, para hacer posible una respuesta rápida ante la situación de emergencia.

Décimo: La regulación de la contratación en situaciones de emergencia está regulada en el artículo 20, literal b, de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual señala que:

“Artículo 20.- Exoneración de procesos de selección

Están exoneradas de los procesos de selección las contrataciones que se realicen:

(...)

b) Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

grave peligro o que afecten la defensa y seguridad nacional;
(...)”.

Décimo primero: La definición de emergencia no está sometida al libre arbitrio, sino que la misma se encuentra regulada por la normativa administrativa. Específicamente, en el artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual regula de la siguiente manera:

“Artículo 23.- 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 supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional.

En este caso, la Entidad queda exonerada de la tramitación del 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 del presente Decreto Legislativo. El Reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la regularización del procedimiento correspondiente.

Las demás actividades necesarias para completar el objetivo propuesto por la Entidad no tendrán el carácter de emergencia y se contratarán de acuerdo a lo establecido en la presente norma.”

Décimo segundo: Las contrataciones realizadas en el marco de una situación de emergencia son realizadas de forma directa, lo cual se explica en la necesidad inmediata de tomar acciones de prevención o de mitigación de la situación de emergencia acaecida. Por ejemplo, es el caso de que se presentara un terremoto y se requiriera de material para auxiliar a los



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

damnificados. La compra de ese material, dada la urgencia de contar con el mismo, hace que las formalidades normales cedan, para posibilitar la adquisición rápida del bien y ayudar a los damnificados.

Por ello, dada la necesidad de realizar la compra de forma inmediata para la atención o prevención de la situación de emergencia, es que -de todos los procesos exonerados- sólo la contratación en situaciones de emergencia puede ser regularizada. En ese sentido se encuentra redactado expresamente en el artículo 21° de la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017).

Décimo tercero: En los casos de contratación en situación de emergencia, existe un control *ex post* de las compras realizadas, el cual tiene como presupuesto que sea realizada la regularización. En ese sentido, el artículo 128° del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D.S. N° 184-2008-EF), vigente en la fecha de los hechos señala:

“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 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.



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO**

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."

Como puede observarse la obligación de regularizar el procedimiento se mantiene, y establece el deber de que la misma sea realizada dentro del plazo de 10 días. Ellos comienzan a computarse desde el momento de la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros, o el inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra. Asimismo, a efectos de realizar el control sobre el proceso, es necesaria la remisión de la información pertinente a la Contraloría General de la República.

B. TRASCENDENCIA PENAL DE LA REGULARIZACIÓN

Décimo cuarto: El Derecho Penal tiene como función la protección de determinados intereses sociales, los cuales se encuentran normativizados a través de tipos penales. Sólo son objetos de protección aquellos intereses que resultan vitales para la existencia en sociedad. Su existencia no depende del arbitrio libre del legislador, sino que depende de su existencia -directa o derivada- de una norma que forma parte de nuestra Ley Fundamental.

Décimo quinto: La contratación estatal, requiere específicamente que sea llevada a cabo conforme se encuentra dispuesto en la normativa de la materia, siendo protegida a través de distintas normas del Código Penal; sin



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

embargo, el origen del deber de proteger este interés reside en nuestra Constitución Política, la cual señala en su artículo 76° que:

“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.”

Décimo sexto: Conforme al mandato constitucional antes señalado, la Ley realiza las excepciones en las cuales la normativa de la materia no es aplicable. En ese sentido, como señalamos anteriormente, la Ley de Contrataciones con el Estado establece como una excepción a la aplicación de sus reglas normales el caso de la contratación en caso de situación de emergencia. Este tipo de contratación, tiene como principal característica el eximirse del proceso de selección, con el objeto de que sea realizada la contratación de forma directa, contratación que puede -posteriormente- regularizarse.

Décimo séptimo: A diferencia de la contratación normal, la cual se encuentra obligada a seguir un procedimiento predeterminado en la Ley, sin posibilidad de ser regularizada, la contratación de emergencia autoriza la exención de dicho procedimiento. La razón es la situación de emergencia misma.

Detrás de una situación de emergencia existe una situación que requiere una pronta atención, ya que estamos frente a un hecho grave producido, o, ante un grave riesgo de que sea generado. Por ello, se realiza un ejercicio de



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

ponderación entre el normal cumplimiento de la normativa administrativa, y el objeto de protección, en el cual se favorece este último.

Décimo octavo: La regularización tiene efectos en el ámbito del Derecho administrativo. Su función es que aquella situación irregular pueda ser llevada a un cauce normal. La norma dispone las formas y los plazos que se deben cumplir para que un acto administrativo pueda ser considerado regularizado, para lo cual se subsanan los defectos administrativos de la misma.

En el caso específico de la contratación en situación de emergencia, ésta debe hacerse a los 10 días de entregado el bien. A través de ella, aquellos defectos que puedan ser objeto de subsanación, como es el caso del cumplimiento de ciertos requisitos no solicitados o no verificados cabalmente al momento de la contratación o la entrega del bien, respectivamente.

Décimo noveno: Los defectos administrativos, que toman un contrato en irregular, por sí solas, carecen de relevancia para el Derecho penal. Sólo cuando ellas tienen como significado el quebrantamiento de un deber que compete a esta rama del Derecho, entonces es que ellas adquieren un sentido comunicativo en este plano.

En el caso de los contratos en situación de emergencia, los defectos administrativos pueden ser subsanados a través del proceso de regularización. Para ello, se requiere la realización de dicho proceso dentro de un plazo de 10 días desde producida la satisfacción del objeto del contrato.

Vigésimo: En este orden de ideas, 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



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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 del 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 contratación como la única que admite la regularización administrativa.

Estos defectos 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. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia.

Vigésimo primero: Esta premisa sustantiva trae a su vez consecuencias de índole procesal. Si nos encontráramos frente a un proceso normal de contrataciones con el Estado y se presentaran los defectos administrativos, los cuales no pueden ser regularizados, podría ser entendible como una prueba del quebrantamiento de un deber penal.

Distinta es la situación en el caso de que se trate de una contratación en situación de emergencia, dentro de la cual la comisión de defectos administrativos es posible. En este supuesto, debido a la justificación legal y material de los mismos, es posible que el realizar estos defectos carezca -por sí sola- de relevancia para el Derecho Penal. No será el supuesto si, anexo a dichos defectos administrativos, se presenta un elemento que da un sentido



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

delictivo a los mismos, como es el acuerdo colusorio o el pago de una dádiva.

C. ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO

Vigésimo segundo: La Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho ha considerado que los defectos administrativos señalados evidenciarían la comisión del delito de negociación incompatible por parte de los procesados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA.

Vigésimo tercero: De forma coherente con los postulados anteriormente mencionados, para evaluar el valor probatorio de los defectos administrativos, primero debemos verificar en qué tipo de contratación nos encontramos. En el presente caso, nos encontramos frente a una contratación en una situación de emergencia, por lo que la valoración de los mencionados defectos es más rigurosa que en un supuesto normal de contratación.

En un supuesto normal de contratación, estos defectos podrían ser tomados como indicios para construir la prueba indiciaria que acredite la comisión de un delito. En un supuesto de contratación de emergencia, ello requiere no sólo de los defectos administrativos, sino que se haya acreditado -adicionalmente- un elemento externo al proceso de contratación.

Vigésimo cuarto: Dado que nos hayamos frente a un proceso de contratación en situación de emergencia, entonces no necesariamente se puede atribuir la existencia de defectos administrativos al quebrantamiento de un deber penal. Es posible, entre tantas otras cosas, que estos defectos sean producto de la necesidad de contar rápidamente con el insumo para poder paliar o prevenir la situación de emergencia.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

Para poder atribuir la existencia de un ilícito penal -especialmente en el caso de contrataciones en situación de emergencia- es necesaria la comprobación de un factor externo al proceso de contrataciones, el cual le podría dar un sentido penal a este acto meramente administrativo.

Vigésimo quinto: En el presente caso, los procesados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA actuaron procurando adquirir la maquinaria necesaria para tomar acciones de prevención contra una amenaza (la plaga de Kikuyo²⁰) que había sido declarada como tal. Se aprecia la comisión de una serie de defectos administrativos, los cuales fueron posteriormente regularizados.

Por ende, estos defectos carecen de valor probatorio en sí mismos. Al no haberse probado un elemento adicional que -sin lugar a dudas- evidencie que la razón de dichos defectos administrativos fue el quebrantar un deber penal; entonces ha de asumirse que los mismos se dieron en el contexto de la toma de acciones a causa de la situación de emergencia en sí misma; por lo que, no es posible darles un sentido penal a estos defectos administrativos.

Vigésimo sexto: En el delito de negociación incompatible, como será desarrollado más adelante, es de especial importancia la prueba de los siguientes elementos típicos: A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. (Conducta objetiva) B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. (Elemento subjetivo)

La prueba de estos elementos típicos no se puede desprender de los defectos administrativos en sí misma. Deben existir elementos probatorios, fuera del procedimiento administrativo, que permitan comprobar el

²⁰ Pasto kikuyo (*Penicetum clandestinum*) se tienen como principales plagas: a) Chince de los pastos (*Collaria scenica*); b) salvazo (*Aneolamia varia* o *Zulia carbonara*); c) Chizas o Mojojy; larvas de un coleóptero - Cucarrón marceño (Diversos géneros: *Philophaga*, *Ancognata* etc); d) Gusano ejército; e) Lorito verde. (*Empoasca* sp.)



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

quebrantamiento de un deber administrativo. Si estos elementos son acreditados, entonces los defectos administrativos pueden adquirir un significado penal, mientras tanto carecerán del mismo.

Vigésimo sétimo: Por estas razones, al comprobarse que, en el presente caso, la fundamentación de la Sala Penal de Apelaciones considera la existencia del delito de negociación incompatible, basándose sólo en la existencia de defectos administrativos; sin embargo, dado que la misma no ha tenido en cuenta de que se trata de defectos administrativos subsanables, y, sobretodo, que no ha existido la prueba del elemento externo al proceso de contrataciones que acredite la existencia de los elementos típicos antes mencionados; corresponde absolver de la acusación por el delito de negociación incompatible a los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostrza.

V. LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

A. La intervención delictiva en el delito de negociación incompatible

Vigésimo octavo: El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial -normativizado-, que sólo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición.

La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el *extraneus*. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

Vigésimo noveno: Para determinar el nivel de injerencia típica del tercero en este delito, es necesario analizar la estructura del mismo. Este artículo se encuentra regulado en el artículo 399° del Código penal, siendo su tenor literal el siguiente:

“Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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

Trigésimo: Como podemos observar, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria.

La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

El tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado -de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública.

Trigésimo primero: El delito de negociación incompatible se enmarca dentro del Título XVIII (Delitos contra la administración pública), Capítulo II (Delitos cometidos por funcionarios públicos), Sección IV (Corrupción de funcionarios). Por ende, su interpretación se da en el marco de la corrupción de funcionarios.

Podemos observar que el mismo tiene una naturaleza subsidiaria, dado que, por su configuración típica, se presenta cuando no se da otra de las conductas previstas en esta sección. Si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como un cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizará una colusión.

El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente.

B. Análisis en el caso concreto

Trigésimo segundo: La defensa técnica plantea que la Sala Penal de Apelaciones ha errado, porque no ha tomado en consideración que los funcionarios de las empresas ganadoras de la buena pro, ni las empresas mismas han sido sancionados. Por ende, no se ha cumplido con un requisito que sería el sancionar aquellas personas que han manifestado un interés indebido.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

Trigésimo tercero: Sobre la base de las consideraciones anteriores, la configuración típica del delito de negociación incompatible no permite la intervención de un tercero. Si ésta se presentara, entonces ya no estaríamos frente a este delito, sino a otro de los delitos de corrupción de funcionarios.

Por ello, el recurso de casación planteado por el imputado, en este extremo, debe ser declarado **infundado**, dado que, en atención a los fundamentos dogmáticos del tipo penal en mención, la Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho no debió procesar al particular en este caso.

VI. LA DETERMINACIÓN DE LA FINALIDAD ESPECIAL EN EL COMPORTAMIENTO ILÍCITO DE LOS PROCESADOS

A. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

Trigésimo cuarto: El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: **A.** El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. **B.** Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.

Trigésimo quinto: Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública.

El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero).

La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.

Trigésimo sexto: El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Ésta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato.

Al respecto, como ya señalamos, no es necesario que el tercero sea quien se beneficie de la contratación, dado que el tipo penal admite la posibilidad (por su redacción abierta) de que un tercero que no sea el contratante, pueda ser el beneficiado.

El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.

Trigésimo séptimo: Todos los elementos antes mencionados deben ser materia de prueba en el proceso penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que al tratarse de elementos que configuran la



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

conducta incriminada, constituye un deber del Magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados.

B. Análisis en el caso concreto

Trigésimo octavo: La defensa alega que la Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho tenía el deber de determinar el elemento subjetivo de trascendencia interna: que el autor tenga como finalidad la obtención de un provecho para sí o para un tercero.

Trigésimo noveno: La existencia de elementos subjetivos de trascendencia interna sólo puede derivarse de exigencias típicas. Ahí donde la norma no ha expuesto claramente la existencia de un elemento subjetivo, distinto al dolo o la culpa, dicho elemento no va a existir.

Un elemento subjetivo de trascendencia interna es la motivación que debe tener el autor para realizar la conducta, la cual es distinta al dolo y la culpa, porque ambos elementos subjetivos están relacionados directamente a un elemento objetivo del tipo; sin embargo, el elemento subjetivo hace referencia a una motivación que no forma parte del tipo objetivo.

Cuadragésimo: Conforme los fundamentos precedentes, el delito de negociación incompatible exige un elemento subjetivo que es la búsqueda de un provecho propio o para un tercero. Este elemento subjetivo tiene que ser materia de prueba, porque si el mismo no se acredita, la conducta sería atípica.

Conforme puede apreciarse en la sentencia de vista, este elemento subjetivo no ha sido materia de acreditación. La Sala Penal de Apelaciones se ha limitado a describir como, a su entender, sobre la base de los defectos administrativos puede derivarse la existencia de un interés ilegítimo; sin



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO**

embargo, no ha señalado si esta conducta incriminada fue realizada buscando un provecho propio o de un tercero.

Cuadragésimo primero: Por ello, la Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho al no indicar cuál sería el provecho que tuvieron los procesados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA o el particular, se debe declarar fundado el recurso de casación planteado por la defensa técnica de éstos en dicho extremo.

DECISIÓN

Por estas consideraciones:

I.- Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de los procesados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, en el extremo de los puntos **A.** [Se configura el delito de Negociación Incompatible en casos de contratación por emergencia que inicialmente es defectuoso, sin embargo, posteriormente puede ser regularizado] **C.** [Es necesario determinar la finalidad especial -provecho- en el comportamiento ilícito del imputado]. **II. INFUNDADO** por el punto **B** [El tercero interviniente responde como instigador o cómplice en el artículo 399° del Código Penal].

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



PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO**

Teodoro AYALA HINOSTROZA de la acusación por el delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho.

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

IV. **ORDENARON** que se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber.

V. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen; y se archive el cuaderno de casación

S.S.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

JPP/mceb/svl

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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

21 JUN 2016