



Universidad
Señor de Sipán

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**“RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEUS EN
EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

Autora:

Bach. Ramos Izquierdo, Nadyne Jhuzany Estephany
<https://orcid.org/0000-0002-0842-9384>

Asesor:

Mg. Rodas Quintana, Carlos Andree
<https://orcid.org/0000-0001-8885-0613>

Línea de Investigación:
Ciencias Jurídicas

Pimentel – Perú
2023

**RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXRANEUS EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

Aprobación del jurado:

Bach. Ramos Izquierdo, Nadyne Jhuzany Estephany

Autora

Mg. Rodas Quintana, Carlos Andree

Asesor

Dr. Gonzales Herrera, Jesús Manuel

Presidente

Mg. Inoñan Mujica Yaninna Jannet

Secretario

Mg. Rodas Quintana, Carlos Andree

Vocal


DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Quien suscribe la **DECLARACIÓN JURADA**, soy egresada del Programa de Estudios de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Señor de Sipán S.A.C, declaro bajo juramento que soy autora del trabajo titulado:

RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El texto de mi trabajo de investigación responde y respeta lo indicado en el Código de Ética del Comité Institucional de Ética en Investigación de la Universidad Señor de Sipán (CIEI USS) conforme a los principios y lineamientos detallados en dicho documento, en relación a las citas y referencias bibliográficas, respetando al derecho de propiedad intelectual, por lo cual informo que la investigación cumple con ser inédito, original y autentico.

En virtud de lo antes mencionado, firmo:

Ramos Izquierdo Nadyne Jhuzany Estephany	DNI: 48064143	
--	---------------	---

* Porcentaje de similitud turnitin:20%

Pimentel, 18 de julio de 2023.

Reporte de similitud	
NOMBRE DEL TRABAJO Tesis -NADYN RAMOS IZQUIERDO (1) VS JULIO. vs final.docx	
RECuento DE PALABRAS 3747 Words	RECuento DE CARACTERES 46123 Characters
RECuento DE PÁGINAS 37 Pages	TAMAÑO DEL ARCHIVO 821.7KB
FECHA DE ENTREGA Aug 14, 2023 11:55 AM GMT-5	FECHA DEL INFORME Aug 14, 2023 11:55 AM GMT-5
<p>● 20% de similitud general El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos</p> <ul style="list-style-type: none"> 16% Base de datos de Internet 2% Base de datos de publicaciones Base de datos de Crossref Base de datos de contenido publicado de Crossref 15% Base de datos de trabajos entregados <p>● Excluir del Reporte de Similitud</p> <ul style="list-style-type: none"> Material bibliográfico Material citado Coincidencia baja (menos de 8 palabras) 	

DEDICATORIA

Esta obra está ofrecida mi Dios, a mi Mamá Nelly, y a mis padres Mirian y Juan Carlos, quienes a lo largo de mi vida se sacrificaron inhumanamente para que nunca me faltase nada, a ellos todos mis logros. A Hilary y a Carlo Franco, por ser mis compañeros de vida, por la atención, amor, paciencia, cariño y afecto. A José Carlos Cortez Aurazo, por ser mi ancla en tiempos necesarios y ser mis alas en tiempos de cambios. A Sarita Cristina y a Shirley Medalid, por haber deseado desde mi niñez, que llegue a ser profesional.

Nadyn Jhuzany Estephany

AGRADECIMIENTOS

A José Luis Samillán, Carlos Andree Rodas, Chambergó Solano, Fátima, Cabrera Leonardini, Jesús Gonzales, por su amistad y por haberme forjado correctamente en mi vida universitaria.

Un especial agradecimiento a Alejandro Requejo Mocarro, por permitirme poner en práctica conocimientos adquiridos.

A mis amigas Fernanda Carrión y Evelyn Saavedra, Mónica Teito, y a los maigos, por haber sabido estar y haber permitido que mi vida universitaria sea la mejor.

Nadyn Jhuzany Estephany

RESUMEN

El objetivo de la presente tesis ha sido describir y analizar el Delito de Negociación Incompatible y la intervención que tiene en este el extraneus, a efectos de determinar la responsabilidad penal del tercero interviniente en el delito contra la administración pública.

En ese sentido, se tiene que la problemática que dio origen a esta investigación, radica en la existencia de decisiones judiciales como la Casación 841-2015 de Ayacucho, Casación 23-2016 de Ica, en la búsqueda de los fines del Derecho Penal, analizando la postura expuesta por la Corte Suprema de Justicia – Jurisprudencialmente hablando – respecto a la Responsabilidad Penal del Extraneus en el Delito de Negociación Incompatible, y se fundamentará la postura que a nuestro criterio, es la correcta.

Así, luego de encuestar a 185 personas, entre Jueces, Fiscales especializados en materia Penal, así como a los Abogados libres habilitados del Colegio de Abogados de Lambayeque, se determinó que realmente existe un problema de interpretación dado que al ser el delito de Negociación Incompatible un delito subsidiario, permite que la intervención del Extraneus sea de relevancia penal, puesto que el interés indebido que ejerce el funcionario y/o servidor público se ve materializada en la concertación sin probación que estos tuvieron para perjudicar al estado, y su que su desvinculación en el iter criminis del delito materia de investigación, viene generando impunidad.

Palabras Clave: Interés, responsabilidad, extraneus, negociación, impunidad.

ABSTRACT

The objective of this thesis was to describe and analyze the Crime of Incompatible Negotiation and the intervention that the extraneous has in it, in order to determine the criminal responsibility of the third party involved in the crime against the public administration.

In this sense, we have that the problem that gave rise to this investigation, lies in the existence of judicial decisions such as Cassation 841-2015 of Ayacucho, Cassation 23-2016 of Ica, in the search for the purposes of Criminal Law, analyzing the position expressed by the Supreme Court of Justice - Jurisprudentially speaking - regarding the Criminal Responsibility of the Extraneous in the Crime of Incompatible Negotiation, and the position that, in our opinion, is correct will be based.

Thus, after surveying 185 people, including Judges, Prosecutors specialized in Criminal Matters, as well as the authorized Free Lawyers of the Lambayeque Bar Association, it was determined that there really is a problem of interpretation given that being the crime of Incompatible Negotiation a subsidiary crime, allows the intervention of the Extraneous to be of criminal relevance, since the undue interest exercised by the official and / or public servant is materialized in the concertation without proof that they had to harm the state, and their dismissal in the iter criminis of the crime that is the subject of investigation, it has been generating impunity.

Keywords: Interest, responsibility, extraneous, negotiation, impunity.

ÍNDICE

Aprobación del jurado:	ii
Declaración jurada de originalidad	iii
Dedicatoria	iv
Agradecimientos.....	v
Resumen	vi
Abstract.....	vii
Indice.....	viii
I. Introducción	10
1.1. Realidad problemática.	10
1.1. Formulación del problema	14
1.2. Hipótesis.....	14
1.3. Objetivos.....	14
1.4. Teorías relacionadas al tema:.....	15
1.5.1 Responsabilidad penal del extraneus	15
1.5.2 Principios relacionados con el tema.....	19
II. Materiales y método	32
1.1. Tipo y diseño de investigación.....	32
1.2. Variables, operacionalización	32
1.3. Población de estudio, muestra, muestreo y criterios de selección....	34
1.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.....	35
1.5. Procedimiento de análisis de datos	35
1.6. Criterios éticos	36
III. Resultados y discusión	37

2.1. Resultados.....	37
2.2. Discusión	43
IV. Conclusiones y recomendaciones	47
3.1. Conclusiones	47
3.2. Recomendaciones	47
Referencias	48
Anexos	50

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática.

La coyuntura nacional que atraviesa el Estado Peruano, en cuanto a temas de corrupción se refiere, nos lleva a determinar que las Políticas Criminales que ha venido desarrollando, con la finalidad de reprimir y prevenir actos de esta naturaleza, no están siendo suficientes.

El Estado a través de sus poderes, busca el encaminamiento y desarrollo, sin embargo, uno de sus puntos más débiles ha sido la Justicia, y el poder que se encarga de administrarla. Así, desde un punto de vista objetivo, el Poder Judicial ha venido resolviendo casos de tal manera que, la propia ciudadanía (que no entiende de temas jurídicos) ha venido sintiendo su abandono con la justicia administrada, como en las decisiones judiciales como la Casación 841-2015 de Ayacucho, Casación 23-2016 de Ica, mismas que no cumplen con los objetivos que persigue la rama penal.

Se analizó el planteamiento de la Corte Suprema de Justicia – Jurisprudencialmente hablando – respecto a la Responsabilidad Penal del Extraneus en la Negociación Incompatible, y se fundamentará la postura que a nuestro criterio, es la correcta.

Al respecto, se considera que se está dejando de lado la arraigada postura dogmática que autores de la talla como Clauss Roxin y Gunther Jakobs, quienes postularon la teoría de la participación. Estas teorías serán ejes fundamentales para disolver el punto de vista planteado por la Corte Suprema, y determinar que dicha entidad administradora de justicia, yerra en su posición dogmática.

En razón de ello, la presente investigación analiza la problemática existente por responsabilidad del extraneus, dado que con la entrada en vigencia de la Casación N° 841-2015- Ayacucho, otorga impunidad al extraneus en la Negociación Incompatible, e impide que los operadores de justicia, lo califiquen de esta manera cuando, se sabe que como delito subsidiario al no tener como probar

la colusión, quedaría impune la participación de este agente, ocasionando con ello el menoscabo de la administración pública, por lo que como conclusión de la presente es que resulta necesario desarrollar un Acuerdo Plenario, a fin de analizar y criminalizar la conducta desplegada del extraneus durante la Negociación Incompatible.

En ese sentido, en la investigación descriptiva – cualitativo, de Díaz (2019), en su Producción Científica – Jurídica”, analiza algunos presupuestos de imputación sobre la Negociación incompatible, con lo que concluye: quien domina el hecho, es el autor, en tanto el partcipe es el colaborador o instigador del hecho. Ante el vacío de pena, se acudió a la teoría de la unidad del título de imputación, por la que el extraneus ante el vacío de pena acude a la teoría de la unidad del título de imputación.

La posición que tiene Avelar (2020), en la investigación descriptiva – cuantitativo, en su tesis sostiene que la teoría de unidad de imputación permite sancionar al extraneus cuando este participa en un delito con la sanción del delito en el que colabora y no con una sanción de un delito común.

Ilabaca (2019), en su investigación de evaluación – critico-social, ha sostenido que se tiene un comportamiento en base al interés o dando interés en un contrato. Por el primero, este es personal, mientras que por el otro este es para terceros. Lo relevante es que el comportamiento del sujeto activo vaya en busca de un interés particular dejando de lado la obligación de transparencia y de imparcialidad.

Aportes como los de Díaz (2019), Avelar (2020), Ilabaca (2019), confirma la teoría la participación extraneus, ya sea como cómplice o instigador, empero permite otorgar para la teoría del caso su grado de participación dado su interés en ca comisión del ilícito.

Del mismo modo, en la investigación explicativa – cualitativo, de Contreras (2019), en su tesis sostiene que la limitación de los autores en delitos de

funcionarios tiene como sustento el cumplir con una función pública, la que es de origen estatal. Hay bienes de relevancia que son de necesaria protección para resguardar los derechos de los ciudadanos. La función pública parte del deber que ejecuta un individuo. Las normas que delimitan la actividad estatal se protege por distintas normas, que en el ámbito del derecho penal tiene en cuenta la gravedad del comportamiento del funcionario y el perjuicio ocasionado al estado.

Así pues, en la investigación descriptiva – cuantitativa, de Caro (2020) en su disertación sobre el problema del extraneus concluyó en que el autor es el dueño del hecho lo que le da un papel principal en la comisión de un delito, mientras que el partícipe tiene un papel secundario.

Como en la investigación descriptiva – cuantitativa, de García (2019) en su Producción Científica – Jurídica propone como resolver la controversia de la aplicación de una u otra teoría para precisar la sanción del extraneus, también plantear las formas de cubrir los vacíos señalados por las penas. Se concluye que la reyerta entre la teoría de la unidad y de la ruptura en torno con la sanción a establecer al partícipe extraneus de un delito especial debe encontrar solución en base a las formas de imputación penal del delito especial. Se acepta que hay delito de infracción de un deber con dominio, en razón de ello, es factible una participación del extraneus en el delito especial, así la pena a establecer deberá atenuarse.

Determinándose que, en las investigaciones de Contreras (2019), Caro (2020) y García, (2019), expuestas en los párrafos precedentes, también exponen una problemática respecto a la impunidad que alberga el extraneus al no tener el cargo que el tipo penal requiere, muy sin embargo explican que su participación en la comisión del ilícito juega un rol importante.

De la investigación descriptiva – cuantitativa, de Adrianzen (2019), quien, en su tesis concluye medularmente que los delitos especiales son los que el legislador ha señalado. Se ubica los elementos normativos respecto de quien los comete, lo que permite diferenciar delitos comunes. En cuanto a los delitos especiales se plantea un criterio diferenciador del dominio del hecho.

Con lo expuesto en la investigación descriptiva – cuantitativa, de Peña (2019), en su Producción Científica – Jurídica para Gaceta Penal & Procesal Penal, critica el criterio de la ruptura del título de imputación y el de la infracción de deber por generar objetables vacíos de punibilidad, llegando a las siguientes conclusiones: a) Una teoría pura de la infracción del deber no puede sustentar válidamente la punición del extraneus en delito especial propio, pues aquel no podrá infringir ese deber inherente al cargo, por lo que su colaboración en el injusto funcional caería en una inadmisibile impunidad.

Teniendo que, en la investigación descriptiva – cuantitativa, de Santos (2020) en su tesis concluye que los tipos de la parte especial no determinan la responsabilidad de quienes participan, sólo los contornos de objeto de imputación. El deber especial de un delito es un criterio para precisar una posterior calificación a su intervención, teniendo en cuenta el comportamiento de quien lo realiza y del partícipe.

Aunado a lo argumentado en la investigación explicativa – cualitativo, de Rodríguez (2019), en su Producción Científica – Jurídica ha desarrollado un análisis acerca de la Casación 785-2015. Concluye que: a) la ruptura del título de imputación provoca efectos negativos e implica un retroceso frente a la lucha contra la corrupción, pues indica que los extraneus sólo responderían por los delitos comunes que se puedan devenir de un hecho delictivo por un hecho de corrupción, sin embargo, cuando dicha conducta no es punible por un delito común y sólo por un delito especial (enriquecimiento ilícito, colusión, negociación incompatible), dicha conducta quedaría impune.

Respecto a las últimas investigaciones citadas, resulta importante entender que la responsabilidad penal del extraneus debe ser fundamental en virtud a que ningún funcionario sacará provecho de su cargo, sin obtener un beneficio de un tercero en cualquier contrato u operación en que interviene, coadyuvando al quebrantamiento de la administración pública, por lo que con su desvinculación quedaría impute.

La realización de la presente investigación es necesaria por cuanto existen problemas de aplicación en los procesos penales, respecto a si corresponde o no una forma de imputación de responsabilidad penal del extraneus en el delito contra la Administración Pública en su modalidad de Negociación Incompatible, por ello éste trabajo está destinada a erradicar las posturas erróneas que continuamente viene realizando, los jueces, fiscales y abogados, en materia penal – respecto a los casos penales especializados en delitos de corrupción de funcionarios. Aporte que esta investigación de tipo descriptivo, explicara la importancia del título de imputación del extraneus en la iter criminis del ilícito estudiado.

1.1. Formulación del problema

¿Cómo regular la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible?

1.2. Hipótesis

Unificarse el criterio (doctrinario y jurisprudencialmente) a fin de que los magistrados especializados en delitos cometidos por funcionarios, cuenten con un criterio uniforme respecto a la imputación que se merece el extraneus en el delito contra la Administración Pública en la figura de Negociación Incompatible, buscando que en los procesos penales futuros en los que concurra la participación del extraneus, se le impute el delito de Negociación Incompatible en calidad de cómplice.

1.3. Objetivos

Objetivo general

Determinar que realmente existe un problema de interpretación respecto a la intervención del extraneus en el ilícito de Negociación Incompatible, tiene relevancia penal, puesto que el interés indebido que ejerce el funcionario y/o servidor público se ve materializada en la concertación sin probación que estos tuvieron para perjudicar al estado.

Objetivos específicos

- Analizar el tipo penal de Negociación Incompatible
- Diagnosticar el estado actual de la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible.
- Identificar los factores influyentes en la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible.
- Estimar los resultados que generará que la Corte Suprema emita un pronunciamiento en el que se establezca la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible en calidad de cómplice.

1.4. Teorías relacionadas al tema:

1.5.1 RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEUS

Según el jurista Sánchez (2004), el extraneus, es quien domina la actuación cometida, sin embargo, no posee *el cargo de funcionario y/o servidor público*

En relación a ello y a fin de entender la intervención de este, en el Recurso de Nulidad N° 3144-2010, refiere sobre la intervención del extraneus: como el delito de negociación incompatible es especial propio, quien forme parte de la comisión de un delito y no reúna las cualidades especiales para considerarse autor, por ende, es un cómplice.

Asimismo, el Pleno Jurisdiccional Superior Penal de Trujillo (2004), instituye que en los delitos especiales propios e impropios, solo son considerados autores quienes reúnan ciertos requisitos que se encuentran en las figuras delictivas prescritas, por tal motivo, no se admite coautoría cuando participen un intraneus y un extraneus, dado que cada uno de ellos debe responder conforme al tipo común o especial. En los delitos contra la administración pública se limita el círculo de los autores, sin embargo, se acepta la participación del extraneus, para sustentar lo señalado, la jurisprudencia nacional considera predominantemente la postura *de la unidad del título de imputación para solucionar lo que plantea el "extraneus"*.

Por lo que, en la presente investigación se sostendrá que, si extraneus participa en delitos de funcionarios, debe responder por lo cometido como un autor que contraviene el deber especial. La participación delictiva del extraneus no es una calificación autónoma de co ejecución del hecho punible, sino que resulta ser dependiente del acto principal. Son partícipes, los que, sin vulnerar el deber, sean parte del hecho cometido por el infractor del deber. Esto se vincula a lo establecido por el artículo 26 del Código penal que regula las reglas de incomunicabilidad de la situación de participación.

1.4.1.1. Dimensiones

a) Teoría de la imputación objetiva

Es posible distinguir dos direcciones: teoría objetivo-formal y teoría objetivo-material, por la primera lo decisivo es que se realicen algunos o todos los actos regulados en el tipo, de tal forma que se pueda distinguir el autor del partícipe. El autor es quien comete la acción, podría ser objeto de imputación una persona sobre quien recae una coacción o una persona que se encuentra inmersa en un error. Se podría dar la coautoría, ergo en el robo, su configuración depende de la violencia y sustracción. El autor tiene que realizar los comportamientos porque si alguien ejerce violencia y otra sustrae, nadie calificaría como autor de dicho delito. Esta teoría es limitada en aquellos delitos que se miden por sus resultados.

En cuanto a la teoría material, esta trata de corregir algunos aspectos erróneos de la anterior teoría, estableciendo una postura material que comprende además de la descripción, el aporte objetivo de quienes cometen el hecho. Hay aportes relevantes, unos más que otros. Es autor quien realiza la contribución más importante en el hecho delictivo, el que califica como de mayor peligrosidad. Puede darse la posibilidad de que los aportes de un cómplice puedan ser determinantes para la comisión de un hecho. Esta teoría enfrenta vacíos en cuanto a la participación del autor

mediato debido a que este no contribuye en forma objetiva.

b) Teoría de la participación

No debe generar confusión con la participación necesaria, la que refiere que cuando la ley dispone que, para cometer un delito, deben participar varios individuos, alguno de los cuales no puede ser autor del delito. Si la ley regula un hecho delictivo determina la conducta de la víctima, la que tiene que colaborar en el delito resultando impune, debido a que el propio tipo protege intereses de esa víctima.

c) Teoría de la infracción del deber

Propuesta por el maestro Claus Roxin, quien desarrolla distintivos tipos de dominio del hecho, precisando que los tipos especiales se pueden concretar diferenciándolos entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber, por el primero el legislador aduce dominio del comportamiento típico del autor, ya sea por el mismo o por medio de otro o de forma conjunta con otro. Por el segundo, el remordimiento penal se orienta a la violación de un deber específico del sujeto activo, son considerar como se realiza, aquí se encuentran los delitos especiales, de omisión y de mano propia. Para tener claridad del delito de infracción del deber es importante realizar una evaluación más minuciosa.

Tanto la autoría como la participación persiguen diferentes objetivos según la cualidad de los delitos de que se trate. Si son delitos de dominio se aplicará la teoría del dominio del hecho, pero si se trata de los delitos de infracción del deber el dominio del hecho no conlleva una consecuencia para determinar autor o partícipe. Lo que importa para la autoría es constatar la infracción del deber del intraneus. Cualquier extraneus que colabore será partícipe de este tipo de hechos delictivos.

Según Roxin, el intraneus es el autor del delito debido a que ha infringido con dolo su deber, quienes colaboraron con él, deben ser

considerados partícipes, sin considerar quien, en la ejecución del hecho delictivo, haya tenido el dominio del hecho, Cuando se trata de dolo no cualificado, tampoco se generan inconvenientes para atribuir la autoría del intraneus, mientras que el extraneus solo resultaría partícipe de aquel. En los delitos especiales de naturaleza impropia no hay inconvenientes para precisar la punibilidad del extraneus como partícipe del delito cometido por el intraneus vulnerando su deber. En lo referido, si bien hay tipo común que podría aplicarse al extraneus, el hecho delictivo ha sido especial, en consecuencia, debe responder por él. El reproche por culpa para el extraneus que participe en la comisión de un hecho delictivo especial, será el de partícipe, así la sanción que le corresponda sea atenuada.

Cuando el intraneus y extraneus actúen en un delito especial, no será factible alegar coautoría, solo se admitirá dicha figura cuando dos intraneus con los mismos deberes vulneren en el mismo tiempo su deber y hagan posible la comisión de un delito.

La postura de Roxin no se orienta solamente a que la autoría se deslinda del dominio del hecho, si no que, la participación delictiva prescinde de una actuación con dolo por el autor. En la infracción del deber solo tendría importancia la infracción del deber de manera objetiva. El dolo solo sería necesario para la pena del autor intraneus pero no repercutiría en la pena del extraneus. La accesoriadad en los delitos de infracción del deber responde a que la participación dependería solo de la infracción del deber, sea su comisión de forma dolosa o culposa.

1.4.1.2. Indicadores

a) Código penal peruano – vigente

Se establece en el Artículo 25° del Código Penal, la complicidad primaria y complicidad secundaria, sobre el cual se advierte que quien por dolo coadyuva en la comisión de un delito, sin el cual no se hubiera cometido será sancionado con la misma medida que el autor. Quienes de

forma dolosa hubieran apoyado, se les reducirá la sanción. El cómplice o partícipe debe responder en proporción al hecho delictivo materializado por el sujeto agente, aunque los requisitos que sustentan la pena del tipo no concurran en él. A quienes de forma dolosa prestan asistencia, se les reducirá su sanción

b) Jurisprudencia penal

En términos coloquiales, diremos que la Jurisprudencia es la ciencia del derecho, dado que es la evaluación que realizan los tribunales, en relación a la Ley, para ejecutarla a los procesos de su jurisdicción; es por eso que la Jurisprudencia está conformada por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada.

c) Doctrina en materia penal

Al respecto, Castillo (2006) refiere que la modalidad se genera cuando se emplea a otras ciudadanos no vinculados con la administración pública para realizar el favorecimiento de los intereses particulares. No tiene importancia si son servidores o funcionarios del estado o particulares, tampoco es requisito que los terceros obtengan algún beneficio. Los intermediarios son cómplices y no autores.

1.5.2 PRINCIPIOS RELACIONADOS CON EL TEMA

A. Presunción de inocencia

Nadie deberá ser enjuiciado ni sancionado por acción u omisión que en el momento de su realización no se encuentra prevista en la ley, esto resulta ser la mayor barrera de la violencia punitiva que el derecho penal ostenta. Toda violencia ejercida en un contexto ilícito, se constituye en una conducta prohibida.

La legalidad otorga seguridad jurídica al ejercicio de la función sancionadora, respecto de acciones u omisiones, es una garantía que

ostenta la administración de justicia. La pena solo se aplica a los tipos de lo injusto prescritos en la ley, sin que se genere la probabilidad de aplicar por analogía características de los mismos. Este principio, está prescrito en nuestra constitución, y además es uno de los pilares del proceso penal. Este principio implica que nadie será considerado responsable por la comisión de un delito hasta que se determine plenamente su culpabilidad.

Tal es la importancia de este principio que de ella derivan cuatro consecuencias, una de ellas es la carga de la prueba, el cual esta correspondido en nuestro sistema por el Ministerio Público; la segunda consecuencia es la calidad de la prueba, sustentándose en que esta debe estar más allá de toda duda razonable. La tercera es la actitud del órgano jurisdiccional, los mismos que no tendrán ningún comportamiento hostil con el imputado, pues de ello se podría desprender su falta de objetividad; y cuarto, la separación de los efectos negativos antes de emitir una decisión judicial; en este último la prisión preventiva debe ser excepcional. Sin duda alguna este principio ha sido, si no, el más saboteado por los operadores de justicia

B. Principio de legalidad

Debe ser el techo de la punibilidad que quiera ejercer el estado. Limita el poder penal, sólo cuando una conducta esté descrita en un texto normativo, tiene repercusión en el ámbito sustantivo como procesal del derecho penal.

Villavicencio (2016), sostiene que la legalidad proviene de la fuente principal del derecho penal: La Ley. La Constitución (1993) no es ajena a este principio, de hecho, el mismo se plasma como un derecho constitucional, en el texto del artículo 2 numeral 20 que refiere que no se debe enjuiciar ni sancionar a quien, al momento de cometer acción u omisión, esto no se encuentre previsto en la norma.

El enunciado en latín *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es un principio garantista, puesto que de esta forma el estado especifica el

contenido de sus intervenciones de rigor. Al respecto Mantilla (citado por Villavicencio, 2016) refiere que en realidad éste principio cumple un doble papel garantista, pues el estado deberá señalar específicamente el hecho punible y la pena

C. Responsabilidad por el hecho

El Derecho Penal de autor no tiene ninguna compatibilidad con el Estado social de Derecho. La figura punitiva debe relacionarse con una acción correctamente calzada en tipicidad; por ello, la pena representa la respuesta al hecho, y no a todo el comportamiento de la vida futura del autor o a los peligros que en el futuro se esperan. Esto va de la mano con el principio de legalidad, al establecer la exigencia de la tipicidad, debido a que cada norma reclama una descripción diferenciada de cada hecho delictivo.

En cuanto a la culpabilidad perduran criterios propios de la concepción positivista del peligro que representa el autor. Actualmente los términos dogmáticos referidos a la imputabilidad y sus técnicas de verificación se encuentran en una profunda crisis que no puede dejarse de lado por la teoría jurídica del delito.

1.5.3. DELITO INMERSO EN LA PROBLEMÁTICA

1.4.1.3. Negociación incompatible

Se establece en el Artículo 399° del Código Penal, el delito contra la Administración Pública en su figura de Negociación Incompatible: El funcionario o trabajador del sector público que en forma indebida se importa en obtener un provecho para él o de un tercero por cualquier celebración de contrato u operación en la que tiene injerencia debido a su cargo, será sancionado con pena de 4 a 6 años e inhabilitado conforme lo indica el Código penal.

a) Tipicidad objetiva

Según el desarrollo que hace el Salinas (2016), el tipo penal se

genera cuando el sujeto funcionario o servidor del estado se interesa de forma especial y directa en contratos que realizan los particulares con el estado.

Bien Jurídico Protegido: El deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores en el ejercicio de su función. La 1ra Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el R.N N° 373-2017-Lima ha precisado que el bien jurídico que se protege en la negociación incompatible no es una conducta simple que demuestre un interés indebido en un contrato, sino solo aquellas donde se advierta un peligro de un perjuicio patrimonial para las arcas de la Administración Pública, a consecuencia de una supuesta actuación parcializada del funcionario o servidor.

Sujeto Activo: Al ser un delito especial se necesita que quien comete el delito sea funcionario o servidor del estado y que dentro de sus funciones tenga a cargo celebrar contratos en representación de la administración pública.

Sujeto Pasivo: Es el estado, quien representa a la administración pública en sus distintos actos.

Conducta Típica: El verbo rector en el delito es interesar, y sobre ello Salinas Siccha cita al doctrinario Argentino Creus quien precisa que interesar es prestar atención al negocio sobre el que gira su interés personal y no administrativa. Este interés puede ser directo o indirecto, por el primero el agente se interesa en el contrato y ejecuta actos administrativos sin los cuales no podría obtener los resultados que pretende, el beneficio personal o en favor de terceros. En el interés indirecto el que comete el hecho no actúa en forma directa sobre los funcionarios responsables de la celebración de un contrato, sino que hace uso de terceros que pueden ser particulares o funcionarios, de esta forma consigue su objetivo, de obtener un

beneficio indebido ya sea a su favor o de terceros.

Interesarse mediante actos simulados es cuando quien comete el hecho frente a los funcionarios que son responsables de celebrar el contrato, expresa su interés disfrazando defender los intereses del estado, cuando se encuentra defendiendo los suyos.

La Corte Suprema sostiene en el RN N° 2770-2011-Piura que: por interés simulado, si los contratos se celebran con personas jurídicas que mienten tener una titularidad o representatividad diferentes cuando en realidad el funcionario público es el titular del mismo o están ligados a este”.

Provecho propio o de tercero: El agente actúa motivado en ejecutar un contrato que lo favorezca o favorezca a un tercero

Sobre este punto Salinas Siccha cita al doctrinario Castillo Alva, quien precisa que la motivación que orienta la actuación del sujeto público al interesarse en un acto público, es diversa.

Cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible: La Ejecutoria del 4 de julio de 2007 en el RN N° 373-22017 - Lima precisa que el contrato contempla las circunstancias en que el estado debidamente representado es parte contractual frente a un tercero, en tanto que la operación son los actos que se producen entre la administración pública y sus ciudadanos administrados condicionales a que estos tengan un contenido económico. Se instituye un acto administrativo bilateral o unilateral, en tanto hay probabilidad de poner en riesgo el patrimonio de la administración

b) Tipicidad subjetiva

La Sala Permanente de la Corte Suprema, preciso el requisito del tipo penal que la actuación debe ser dolosa, lo que se observa en

la teoría de intervención simulada, que describe al sujeto que lleva a cabo actos de astucia o engaño en la administración pública.

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo es doloso, no culposo. Para comprobar el aspecto subjetivo de la conducta ilícita es necesario que el funcionario o servidor público actúe sabiendo de sus deberes al momento de concretar un contrato en representación y favor del Estado.

c) Momento consumativo

El delito en análisis es de actividad o peligro, se materializa comprobando el interés particular del funcionario o servidor público en la materialización de un contrato o en la realización de acciones funcionariales en representación del estado. El interés debe estar orientado a obtener un aprovechamiento indebido en favor de terceros que tienen vinculación con aquel.

d) Función

El delito de Negociación Incompatible demanda de una acción o situación de peligro, que se concreta con la contrastación del interés particular del funcionario público cuando celebra actos jurídicos o realiza actos como representante del Estado, el interés es conseguir un beneficio de forma indebida a favor de terceros.

e) Principios

– Subsidiaridad

Está referido a que el Derecho penal será el último mecanismo de control social al que se deberá recurrir, luego que hayan fallado los otros controles sociales. Villavicencio (2016) precisa que los ataques mínimos a los bienes jurídicos que protege el derecho penal, serán analizados por distintas ramas del derecho o serán atendidos por otras ramas.

Por su parte García (2012), define el principio de subsidiaridad como aquel fundamento por el cual los bienes jurídicos más importantes serán objeto de intervención del Derecho Penal.

Además de ello, se tiene la convicción que en aquellas circunstancias que se vulneren bienes jurídicos, y existen aún mecanismos que pueden servir para controlar esa circunstancia, no deberá dirigirse al Derecho Penal.

– **Lesividad**

Desprende el concepto que no sólo se requiere que una conducta sea ilícita, sino que esta acción delictiva haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico determinado (Villavicencio, 2016).

El ordenamiento jurídico desarrolla principios garantistas como el de lesividad, que importa necesariamente la existencia de la lesión o puesta en peligro de los bienes protegidos por ley para poder imponer una pena. (R.N. 668-99).

Este principio además de delimitar la función que deberá cumplir el Derecho Penal, establece límites a la intervención punitiva del estado.

Si de consecuencias se tendría que hablar, la primera es que, partiendo de este principio, tendríamos que todo delito necesariamente debe proteger un bien jurídico, tanto ante la puesta en peligro, como en la lesión propiamente dicha. La segunda consecuencia que se tendría es que una pena no puede recaer en el ejercicio de la libertad que ostenta el ciudadano de

elegir una religión o ideología; y por último que el Estado debe tutelar intereses de la sociedad y no de grupos determinados.

f) Teorías

– **Del delito**

También llamada Teoría de la imputación penal, es aquella que busca definir las cualidades que deberá tener una conducta para ser considerado como delito.

Muñoz (citado por Villavicencio, 2016), refiere que ésta teoría sirve como un instrumento para ordenar los criterios y argumentos que se utilizaran en la solución de un determinado caso jurídico-penal.

El delito es la conducta humana típica, antijurídica y culpable, niveles del delito que están ordenados estructuralmente para constituir una conducta punible como tal, estas características, vienen a ser los elementos con los que se estructura un delito, siendo importante el orden antes señalado al momento de realizar el análisis de una conducta.

Villavicencio (2016) refiere que éstas dos primeras configuran un injusto, sin embargo, se considera que la presencia de éste no es mérito para imputar un delito, dado a que existen casos en los que no se le puede imputar personalmente al autor lo injusto realizado, ejemplo las personas inimputables; o circunstancias en las que pese a la clara existencia de un delito, la punibilidad no será posible, por ejemplo en los casos donde aparezcan causas que excluyan o cancelen la punibilidad.

En este sentido es necesario diferenciar todas las instituciones que surgen del Tipo:

– Al respecto el profesor Zaffaroni (2005), manifestaba que el tipo es el mero instrumento legal en el cual se describe la conducta prohibida, la cual ha sido realizada por el legislador. Tipicidad viene a ser el resultado de la corroboración de si la conducta desplegada por el agente y lo descrito en el tipo, corresponden. A este proceso de corroboración se le llama Juicio de Tipicidad. Finalmente se podría sostener que Típica es la conducta que reúne las características que exige el tipo penal.

Es el nivel que va de la mano con la tipicidad, de hecho, se podría sostener que toda conducta típica es antijurídica, salvo que se presente causa de justificación alguna.

– Villavicencio (2016) sostiene que las causas de justificación como tal, son disposiciones que permiten al ciudadano operar en el hecho punible, siempre y cuando exista una justificación jurídica; dentro de ella se encuentran la legítima defensa, ejercicio ilegítimo de un derecho o el estado de necesidad. Si no se presenta ninguna causa de justificación de la conducta punible, se da por confirmado la antijuridicidad.

Jescheck (2002) refiere que la antijuridicidad es la mera contradicción al derecho, por ello el nombre jurídico que se le da a esta figura.

Villavicencio (2016), precisa que en la práctica la antijuridicidad es un pequeño proceso para determinar si a un caso determinado le alcanza causa de justificación alguna.

– Este nivel del delito, tiene aspectos relativos a determinar si el actuar del agente, que debería ser típica y antijurídica puede serle atribuible causalmente al sujeto que le imputa dicha conducta.

Esto estará ligado a si el sujeto puede ser pasible de una pena o es inimputable, si en su accionar se encuentra un error, o actuó por una situación de miedo insuperable.

– **Funcionalista**

Tiene dos acepciones:

El funcionalismo post finalista político criminal:
Sustentado por Roxin, pretende adaptar la dogmática generalizada, los fines del derecho penal y del ámbito punitivo a los requerimientos sociales de su empleo, trabajando por disminuir la diferencia entre el derecho penal (sistema de control) y la política criminal del estado, subordinando la construcción dogmática a la política criminal, por la que, cada categoría del delito debe tratarse orientada a los fines político criminales del derecho.

El tipo penal no es un modelo implacable a diferencia de los sistemas no funcionales, sino por el contrario se atribuirá un tipo penal al ciudadano partiendo de la verificación de que se ha ocasionado un peligro no permitido.

En cuanto a la culpabilidad esto se amplía con el criterio de “responsabilidad”, por aquello de las necesidades preventivas de la pena, tanto la culpabilidad y las necesidades de prevención se restringen de forma recíproca y solo unidas generan responsabilidad personal que conlleva a una pena.

Para Roxin, el derecho penal tiene como objetivo tutelar los bienes jurídicos, entendidos como las circunstancias y finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo. En cuanto a la autoría y dominio del hecho acoge el tema del dominio del

hecho explicando sus elementos constitutivos: dominio de la acción, de la voluntad y del conocimiento, y dominio funcional.

El funcionalismo post moderno o avanzado: representado por Günther Jakobs. Para Luhmann “la sociedad viene a ser el sistema social que permite ordenar las conciencias posibles entre los ciudadanos”. “Es la comunicación entre los hombres lo que permite que funcione como tal”.

Se postula que no es el objetivo del derecho penal proteger los distintos bienes jurídicos tutelados por la norma, porque la llegada del derecho penal es tardía en relación a la vulneración de algún bien jurídico.

Para Jakobs la determinación del derecho penal y el aspecto punitivo, es la estabilidad de la norma, de tal modo que el ciudadano reconozca y acepte el respeto incorruptible al derecho que permite la estabilización del sistema social.

Cada contacto entre ciudadanos podría convertirse en un riesgo impredecible. La función que tiene la pena es que la norma sea la orientación para los contactos de ciudadanos dentro de una sociedad. Una sanción es la respuesta a la acción por las infracciones a la norma, por ello, las teorías del delito se traducen en conceptos funcionales.

Las consecuencias de las posturas de Jakobs permiten no solo analizar la teoría del delito, sino su aplicación práctica. El modelo es coherente al imponer penas de duración corta, si se pretende un derecho penal que funcione en el sistema y liberar las cárceles. Las penas cortas y efectivas cumplirían un rol importante por el inmediato efecto preventivo, tanto general como especial, y en cambio, el abuso de la pena privativa de libertad

condicionalmente suspendida, hace del derecho penal, un derecho placebo.

Otro de los efectos que plantea el modelo funcional resulta al combinar tanto la imputación del tipo con las razones de sustentar o de inculpabilidad; tal es el caso del exceso en la legítima defensa, que sería atípica por aplicación de la teoría de la protección de la norma como verdadera por competencia de la víctima.

El derecho penal funcional trabajar por asegurar, por proteger, es realmente práctico y de gran utilidad para la comunidad debido a que permite la solución de sus distintas controversias. Un derecho no funcional no podría absolver conflictos y de forma eventual los genera, lo que, en vez de ayudar, a todas luces, perjudica.

Para concluir este acápite se podría precisar que el funcionalismo y el cómo es percibido y acogido en el derecho penal del Perú tanto mediante la expresión de la doctrina como en su aplicación jurídica, constituye un proceso complejo pero creativo, sin embargo, los especialistas en materia penal se han enfocado en estudiar la teoría del delito sin considerar la pena, tratándola como la cenicienta del derecho penal, obviando que esta debería ser la extensión y el efecto natural de la teoría del delito y de los fines de su imposición, frente a una determinación por parte del poder judicial de la sanción que se oriente a sostener tanto la norma como el derecho. El efecto de ello, es que instituye en la comunidad el desmitificar lo que sería verdadero y lo falso del "Derecho penal del enemigo", conforme lo sustenta Polaino-Orts y lo ratifica Jakobs que todo individuo de una comunidad tiene la obligación de contribuir de forma general a que la juridicidad funcione adecuadamente, sin embargo, sino colabora

en dicha línea, es porque quizá se haya convertido en su propio sentir, la destrucción del estado de derecho, como ocurre con quienes califican como terroristas. En ese escenario nadie, mucho menos la administración pública, podría encaminarlo en el sentido de que debe cumplir con sus deberes.

– **Del dominio del hecho**

Considerada como teoría material-objetiva. Según esta teoría, se denominará autor a quien tenga el dominio final del suceso, en tanto quienes participan no tienen esta característica.

El instigador y el cómplice, coadyuvan en la acción, pero que no ostentan el dominio para cometerlo. Según el profesor Roxin, será considerado como Autor, respecto a una pluralidad de personas, quien, por el rol que desempeña es clave en el hecho. La comisión de una conducta delictiva, depende del dominio del sujeto agente sobre la acción y su consumación.

Es autor el que desarrolla los elementos del tipo, quien lleva a cabo un hecho apoyándose de otro, es quien realiza la parte clave para concretar el plan.

II. MATERIALES Y MÉTODO

1.1. Tipo y Diseño de Investigación

Tipo de investigación – aplicada – cita

Enfoque - cuantitativo

El tipo de investigación será No Experimental (descriptivo), pues lo que busca el autor en esta tesis, es cambiar la realidad en cuanto la interpretación que vienen realizando los operadores jurídicos en materia, postulando una forma distinta de interpretación y aplicación.

En cuanto al diseño de investigación, se utilizará el diseño Exploratorio por cuanto se busca el esclarecimiento de la problemática existente, el cual impide velar por el correcto desarrollo de la Administración Pública.

1.2. Variables, Operacionalización

En el trabajo de investigación se procesaron variables que se advierten en el siguiente cuadro de operalización:

Tabla 1: Operacionalización de la variable

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
V. Independiente UN ACUERDO PLENARIO VINCULANTE	"reuniones de magistrados de la misma especialidad, de una, algunas, o todas las Cortes Superiores de Justicia del Estado, orientadas a analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional; con la finalidad que mediante su debate y posteriores conclusiones se determine un criterio más apropiado para cada caso concreto" Centro de Investigaciones Judiciales. GUÍA METODOLÓGICA DE PLENOS JURISDICCIONALES APROBADA POR EL CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL. 2008. Pág. 4.	MOTIVACIÓN	DOCTRINA	Entrevista / Encuesta
		JUSTIFICACIÓN		
		CARÁCTER VINCULANTE	JURISPRUDENCIA	
		RAZONAMIENTO JUDICIAL		
V. Dependiente LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEUS	Persona que tiene dominio del hecho pero no el cargo de funcionario y/o servidor público SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. [2004]. El denominado delito de propia mano. Editorial Dykinson. Madrid. p.145.	TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA	CODIGO PENAL PERUANO - VIGENTE	
		TEORIA DE LA PARTICIPACION	DOCTRINA EN MATERIA PENAL	
		TEORIA DE LA INFRACCION DEL DEBER	JURISPRUDENCIA PENAL	

1.3. Población de estudio, muestra, muestreo y criterios de selección

1.3.1. Población

Para el presente proyecto de investigación se tomará en cuenta a la, conformado por Jueces, Fiscales y Abogados Especialistas

Tabla 2: Número en porcentajes de la población a estudiar

	fi	%	n
JUECES	8	1	4
FISCALES	15	1	8
ABOGADOS ESPECIALISTAS	3297	98	173
TOTAL	3320	100%	185

Fuente (3, x cada item)

Interpretación

Criterios de inclusión

1.3.2. Muestra

Con la finalidad de obtener una muestra representativa se consideró la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 PQN}{E^2(N-1) + Z^2 PQ}$$

$$n = \frac{Z^2 P Q N}{E^2 (N - 1) + Z^2 P Q}$$

$$n = \frac{1,96^2 (0.15)(0.85)3297}{0.05^2(3297 - 1) + 1.96^2(0.15)(0.85)}$$

$$n = \frac{(0.489804) 3297}{(8.24) + (0.489804)}$$

$$n = \frac{1615.00248}{8.729804}$$

$$n = 184.9987101158$$

$$n = 185$$

En razón a lo indicado, **la muestra** (n=185) será la unidad de estudio, misma que estará integrada por 4 jueces. 8 fiscales y 173 abogados especialistas a quienes se les explicara las respectivas encuestas en su oportunidad.

1.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

Se consideró la encuesta como la mejor forma de recolectar datos, pues al ser una tesis teórica, se necesita el explayo de los entrevistados, respecto a la materia, la misma que no puede estar sujeto a preguntas con respuestas específicas, permitiendo que ellos brinden sus propios aportes, críticas y postura relacionada al tema.

1.5. Procedimiento de análisis de datos

Se recogieron las encuestas practicadas, cuyos resultados fueron registrados y codificados en una data, luego se procedió a la tabulación de los mismos a efectos de detectar algún defecto; posteriormente se diseño gráficos estadísticos con los

resultados, mismos que se analizaron para llegar a las conclusiones.

1.6. Criterios éticos

Es de precisarse que el presente trabajo tiene como mecanismo de recolección de datos a la entrevista, la cual al momento de llevarse a cabo se tendrá presente el respecto por la Dignidad Humana, por cuanto tendrán la libertad de escoger su participación en la misma (consentimiento informado). Una vez avanzado el nivel de consentimiento informado, se le brindará la mayor explicación de la finalidad de la encuesta (información), así como su participación en ella. También se tendrá en cuenta que los sujetos a participar tienen la capacidad para poder desarrollar la misma. Finalmente la encuesta se desarrollará con la mayor espontaneidad posible (voluntariedad).

Del mismo modo, se tendrá por valorada los riesgos y beneficios que trae consigo el instrumento a aplicar, por ello, se han identificado como riesgos, las identidades de las partes en los procesos que se puedan presentar, así como los beneficios que será una mejor comprensión para el tema postulado.

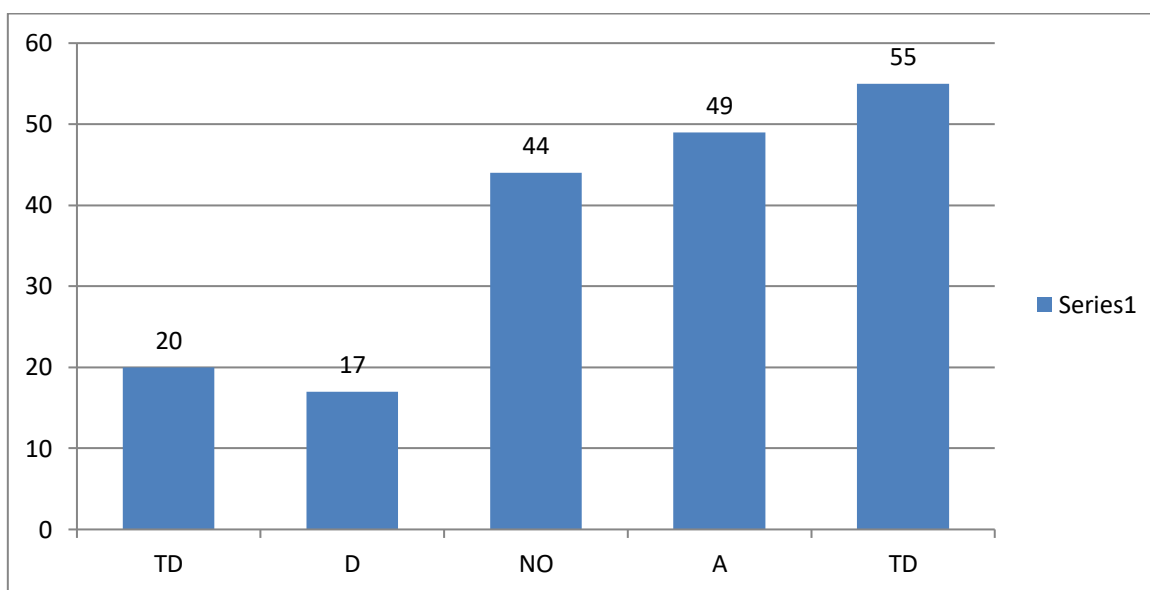
Finalmente, con respecto a la justicia, se fundamenta la selección de jueces y fiscales especialistas en materia penal, por cuanto la posición postulada es directamente aplicada por estos sujetos, por tanto, queda debidamente fundamentada por qué la elección de estos sujetos.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

2.1. Resultados

Los resultados de las 185 encuestas practicadas, cuyos parámetros de respuestas son: TD: Totalmente Desacuerdo, D: Desacuerdo, NO: Ni de acuerdo, ni en desacuerdo, A: De Acuerdo, TA: Totalmente de Acuerdo, con los cuales se obtuvo el siguiente resultado:

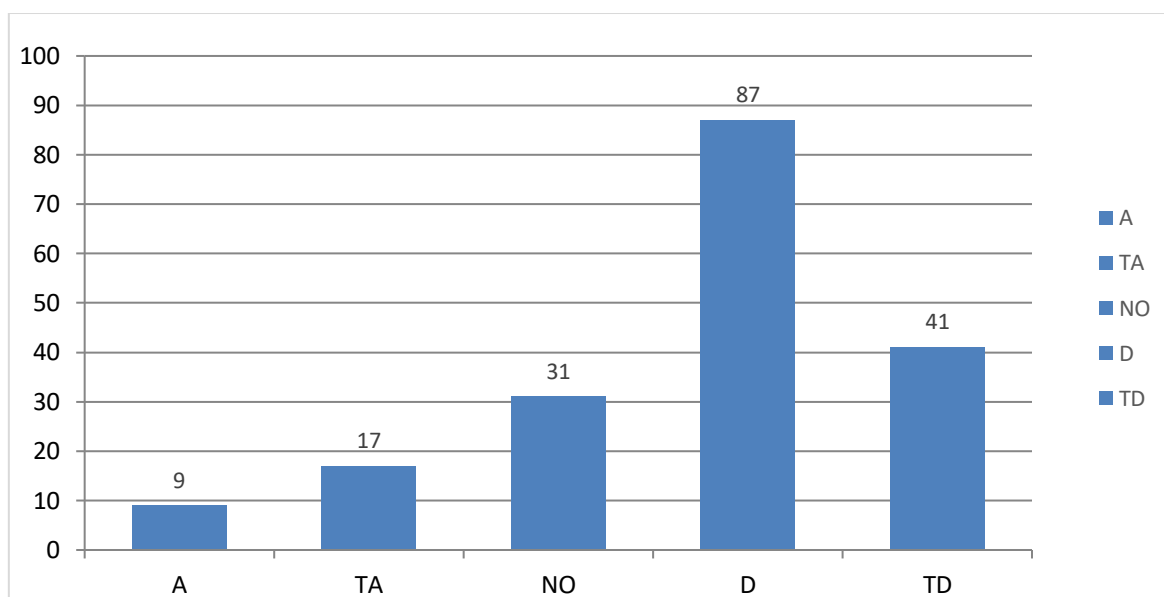
Tabla 3: Donde se consigna el resultado de la pregunta ¿Cree usted que a través de la doctrina se pueda lograr una debida motivación a fin de lograr imputar responsabilidad penal al extraneus?



Fuente: El Autor

Respecto a la pregunta consignada en la Tabla N° 3, el resultado con mayor porcentaje (30 %) están totalmente de acuerdo con que la doctrina puede lograr una debida motivación a fin de lograr imputar responsabilidad penal al extraneus

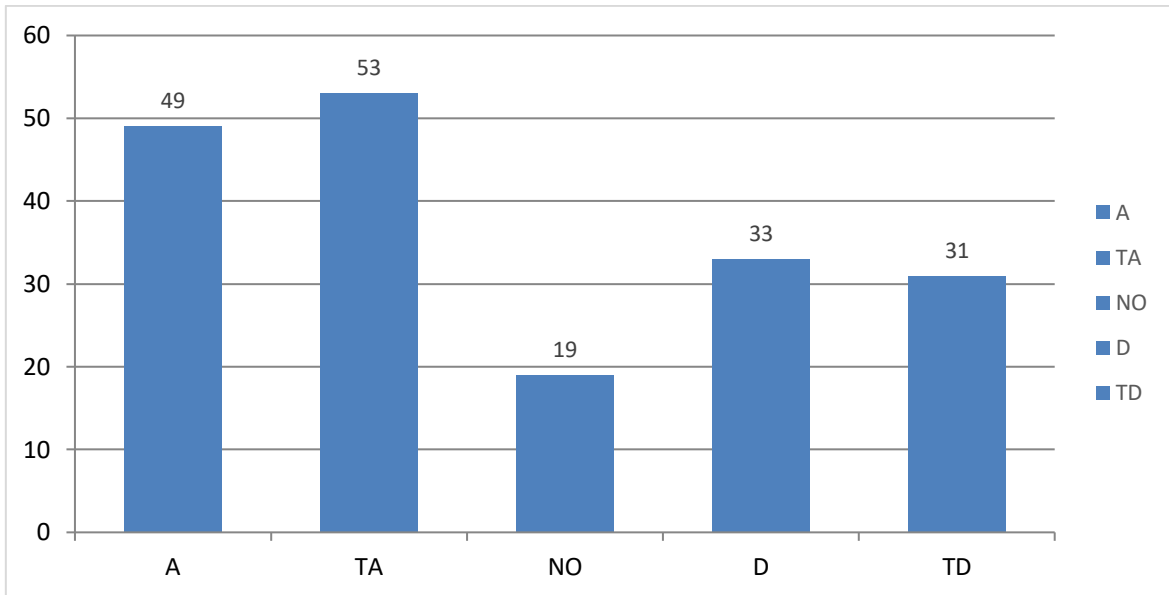
Tabla 4: Donde se consigna el resultado de la pregunta ¿Cree usted que la jurisprudencia actual establece los lineamientos de la motivación?



Fuente: El Autor

Respecto a la pregunta consignada en la Tabla N° 4, el resultado con mayor porcentaje (47 %) están en desacuerdo con que la jurisprudencia actual establece los lineamientos de la motivación respecto a la responsabilidad penal del extraneus en la Negociación Incompatible.

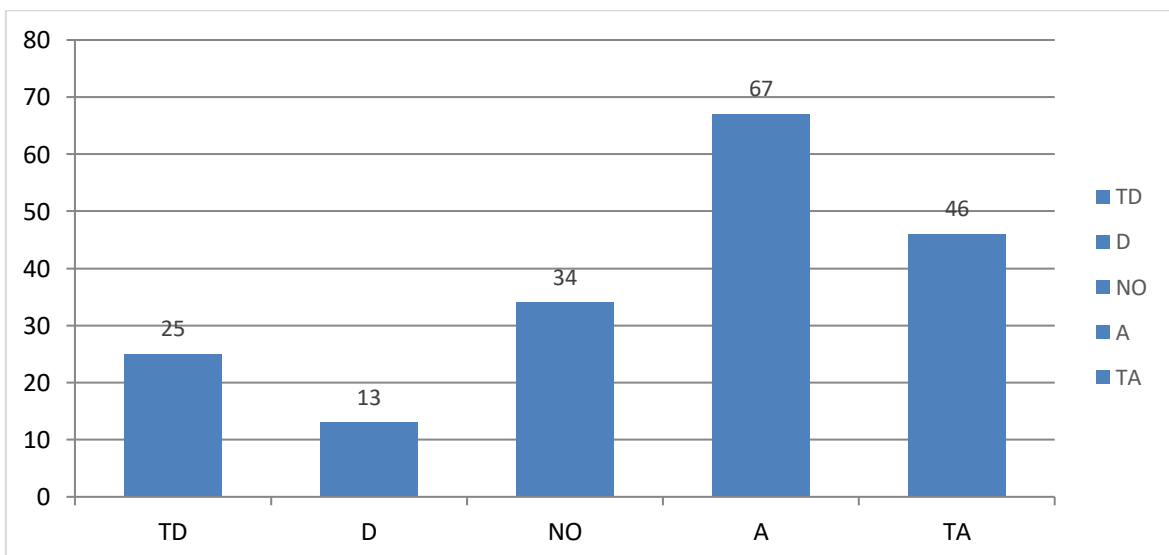
Tabla 5: Donde se consigna el resultado de la pregunta ¿Cree usted que debería emitirse más jurisprudencia respecto al tema de la responsabilidad penal del extraneus?



Fuente: El Autor

Respecto a la pregunta consignada en la Tabla N° 5, el resultado con mayor porcentaje (29 %) están en totalmente de acuerdo con que la jurisprudencia actual no establece los lineamientos de la motivación respecto a la responsabilidad penal del extraneus en la Negociación Incompatible.

Tabla 6: Donde se consigna el resultado de la pregunta ¿Cree usted que es importante tener conocimiento de la responsabilidad que tiene el extraneus un la comisión de delitos?

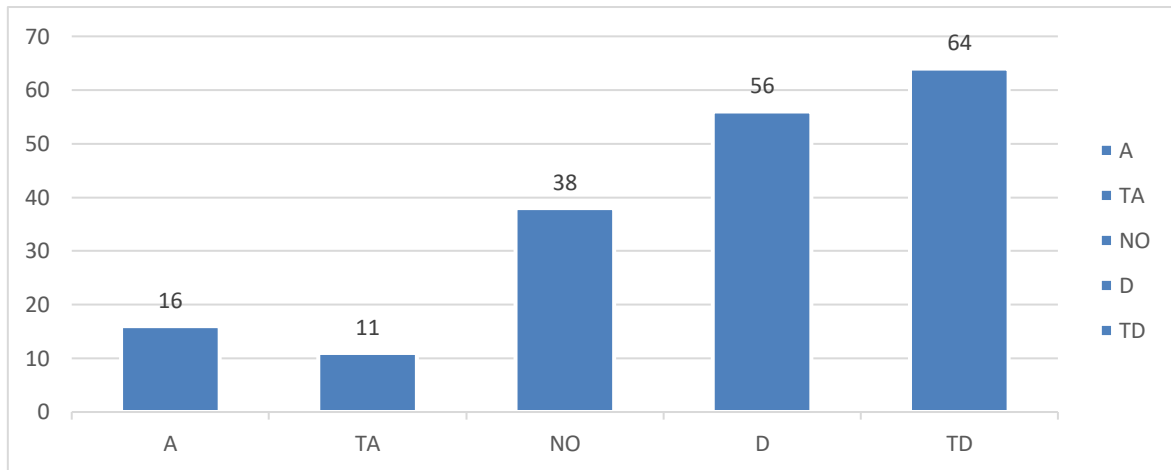


Fuente: El Autor

Respecto a la pregunta consignada en la Tabla N° 6, el resultado con mayor porcentaje (46 %) están totalmente de acuerdo que es importante tener

conocimiento de la responsabilidad que tiene el extraneus una la comisión de delitos contra la administración pública.

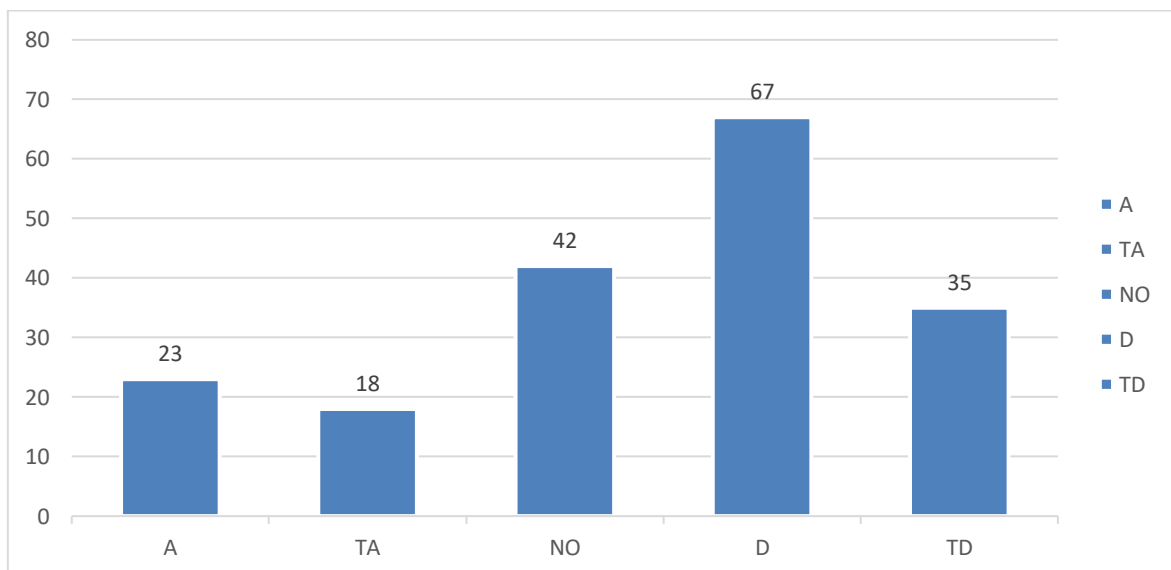
Tabla 7: Donde se consigna el resultado de la pregunta ¿Cree usted que debería estar regulado en el código penal la responsabilidad del extraneus?



Fuente: El Autor

Respecto a la pregunta consignada en la Tabla N° 7, el resultado con mayor porcentaje (30 %) están en desacuerdo en que se incorpore al código penal la responsabilidad del extraneus.

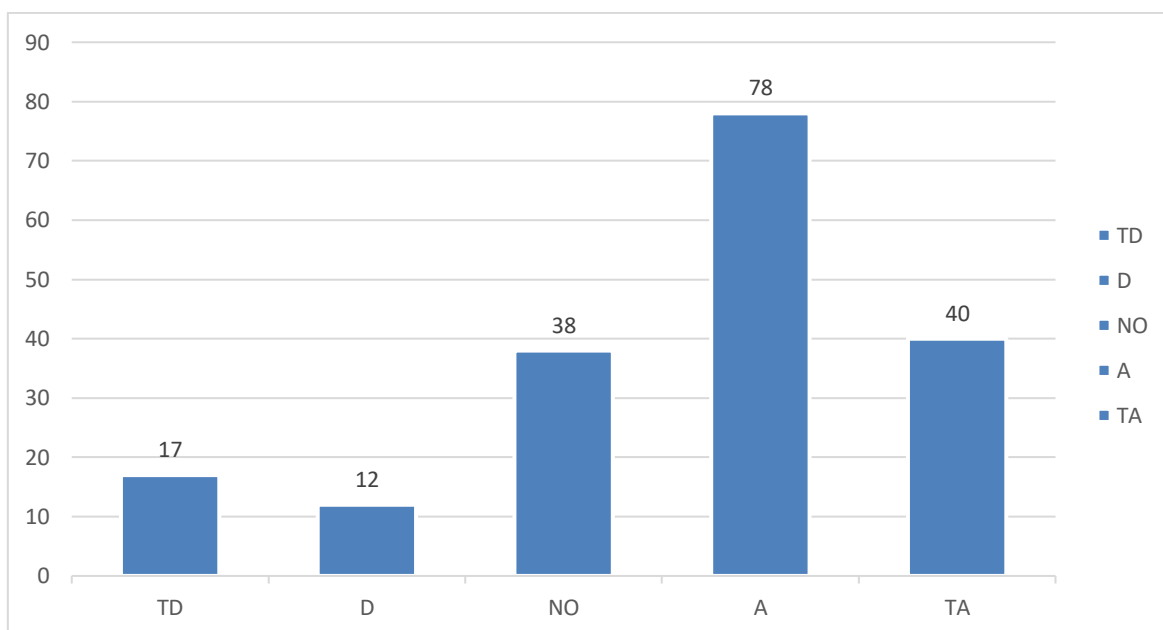
Tabla 8: ¿Cree usted que doctrina, en el aspecto anterior es suficiente para poder calificar la responsabilidad del extraneus?



Fuente: El Autor

Respecto a la pregunta consignada en la Tabla N° 8, el resultado con mayor porcentaje (36 %) están de acuerdo en que doctrina, es suficiente para poder calificar la responsabilidad del extraneus por lo que no es necesario su tipificación en el código penal.

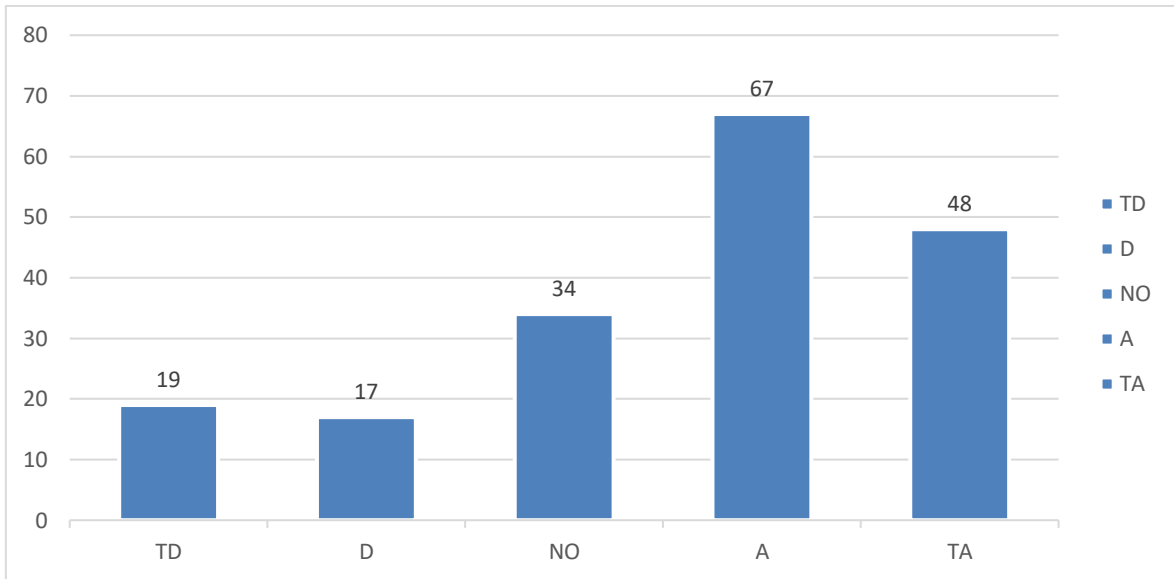
Tabla 9: ¿Cree usted que con los actuales pronunciamientos Casatorios 841-2015 de Ayacucho, casación 23-2016 se está generando impunidad en relación a la responsabilidad del extraneus con relación a su participación en el delito de negociación incompatible?



Fuente: El Autor

Respecto a la pregunta consignada en la Tabla N° 9, el resultado con mayor porcentaje (42 %) están de acuerdo en que los actuales pronunciamientos Casatorios 841-2015 de Ayacucho, casación 23-2016 se está generando impunidad en relación a la responsabilidad del extraneus con relación a su participación en el delito de negociación incompatible.

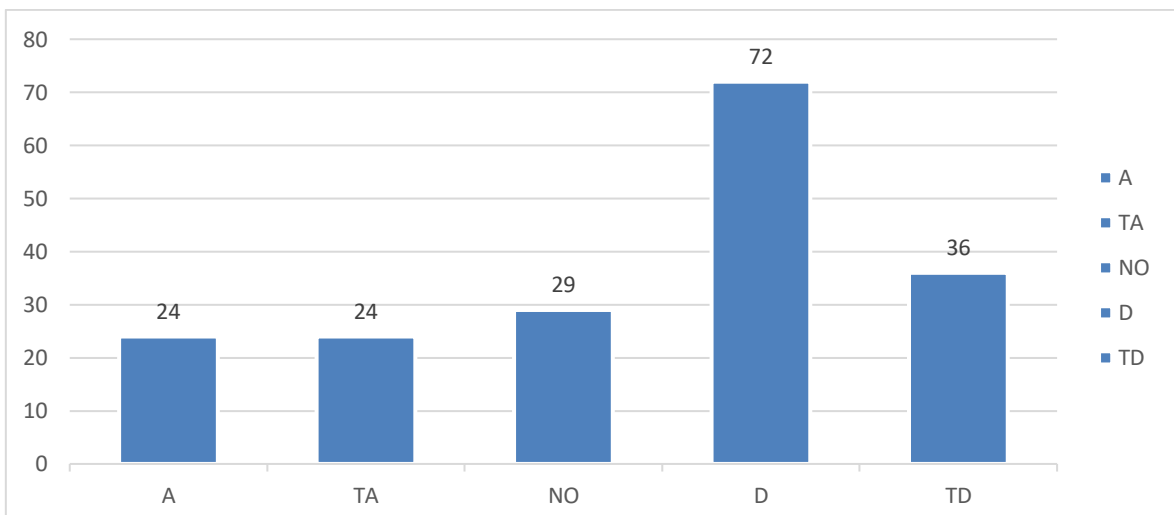
Tabla 10: ¿Cree usted respecto a la teoría de la participación, diluce alguna participación para el tercero interviniente que coadyuva en el desarrollo del iter criminis?



Fuente: El Autor

Respecto a la pregunta consignada en la Tabla N° 10, el resultado con mayor porcentaje (36 %) están de acuerdo en que la teoría de la participación, diluye la participación para el tercero interviniente que coadyuva en el desarrollo del iter criminis.

Tabla 11: ¿Cree usted que con por la infracción del deber solo el funcionario o servidor público es responsable de la comisión del delito de negociación incompatible?



Fuente: El Autor

Respecto a la pregunta consignada en la Tabla N° 11, el resultado con mayor porcentaje (39 %) está de desacuerdo con que la infracción del deber solo el

funcionario o servidor público es responsable de la comisión del delito de negociación incompatible.

2.2. Discusión

De acuerdo a las encuestas formuladas, a cada encuestado se le hizo una breve introducción respecto a lo concluido en la Casación 841-2015 de Ayacucho, respecto al extremo de los fundamentos (34 al 37) considerados como doctrina jurisprudencial, y de la Casación 23-2016 de Ica, respecto a los fundamentos 4.34 al 4.39, pronunciamientos que fueron materia de análisis en el presente trabajo de tesis.

Resultado de la pregunta formulada y descrita en la Tabla N° 3, el resultado con mayor porcentaje, están totalmente de acuerdo con que la doctrina puede lograr una debida motivación a fin de lograr imputar responsabilidad penal al extraneus; esto concuerda con lo señalado por Mayta (2018), quien en su investigación "LO QUE SE DIJO Y NO SE DIJO SOBRE EL EXTRANEUS", analizó que la jurisprudencia actual que viene realizando la Corte Suprema es incompleta puesto, como en la problemática analizada, viene generando impunidad con su escasa motivación frente a los temas tratados.

Respecto a los resultados que se obtuvieron de la Tabla N° 4, se desprende que un 55% están de acuerdo y totalmente de acuerdo, respecto si creen que debería emitirse más jurisprudencia respecto al tema de la responsabilidad penal del extraneus. Esto concuerda con lo señalado por Mayta (2018), quien en su investigación "LO QUE SE DIJO Y NO SE DIJO SOBRE EL EXTRANEUS", en la que hace mención que resulta necesario regular la conducta del extraneus (instigador), sosteniendo lo que contiene la teoría de la ruptura del título de imputación penal.

Respecto a los resultados que se lograron obtener y se encuentran descritos en la Tabla N° 05, se aprecia que un 61% de los encuestados, están de acuerdo y totalmente de acuerdo, respecto si creen que es importante tener conocimiento de la responsabilidad que tiene el extraneus en la comisión de delitos. Esto concuerda

con los señalado por Adrianzen (2019), quien, en su investigación, llegó a la conclusión que cuando se habla de que hay delitos especiales, en los que será imputado el reproche a quien haya creado o incrementado el riesgo, también confluyen los delitos de infracción, en los que concurre una institución positiva.

De conformidad con las respuestas brindadas por los encuestados, según se observa de la Tabla N° 06, un 55% está de acuerdo y totalmente de acuerdo, respecto si creen que debería estar regulado en el código penal la responsabilidad del extraneus. Esto concuerda con lo señalado por Wong (2018), quien en su investigación refiere que las figuras materia de estudio describen a quienes concurren en la comisión de algún evento criminal de esta naturaleza y tienen responsabilidad por el mismo, mientras que los segundos son aquellos sujetos que pese a su participación en un delito no ostentan la posición que se requiere para el tipo penal, en la medida que no se ha regulado la conducta por la que responderían en lo penal. Pese a lo expuesto, su participación se describe abstractamente, lo que se puede inferir de los tipos descritos en el código penal.

En concordancia con las respuestas brindadas y expuestas en la Tabla N° 07, se observa que un 55% de los encuestados está en desacuerdo y totalmente en desacuerdo, respecto si creen que la doctrina existente, es suficiente para poder calificar la responsabilidad del extraneus. Esto se condice con lo señalado por Aguedo (2019) quien en su investigación concluye que la actividad que se desarrolla a nivel de poder judicial va cada vez en aumento debido al incremento de la población y las distintas manifestaciones de los derechos del ciudadano, lo que demanda de un mayor criterio judicial para poderle hacer frente a los conflictos que se presentan.

Este razonamiento requiere de un alto nivel de responsabilidad que se encuentre orientado a garantizar el fortalecimiento de un sistema jurídico ordenado, donde las decisiones judiciales tengan un nivel muy alto en relación a legitimidad, y además que se encuentren sustentadas en autonomía y con interdicción de arbitrariedad. Frente a una necesidad latente como la expuesta se ha prescrito variada jurisprudencia con carácter vinculante, así como los acuerdos plenarios,

que son herramientas jurídicas (y además fuentes del derecho) que se orientan a cumplir los fines que busca el sistema judicial.

Respecto a las respuestas obtenidas y descritas en la tabla N° 08, se observa que un 64% de los encuestados está de acuerdo y totalmente de acuerdo, respecto si creen que con los actuales pronunciamientos Casatorios 841-2015 de Ayacucho, casación 23-2016 – Ica, se está generando impunidad en relación a la responsabilidad del extraneus con relación a su participación en el delito de negociación incompatible. Esto concuerda con lo señalado por Peña (2018), quien en su investigación hace mención que la teoría de la “unidad en el título de la imputación” no sostiene per se la punibilidad del extraneus y del intraneus no cualificado en los delitos especiales propios, como se podría entender. Es necesario caracterizar o ubicar la actividad que se desempeña, la función que produce el acceso normativo y factico que permite sostener las acciones contrarias a derecho, permitiendo que sea el participe quien acceda a esta institución, claro está con una participación menor o de manera accesorio y no determinante

Con relación a las respuestas que se generaron frente a la pregunta de si se cree que sobre la teoría de participación, diluce alguna participación para el tercero interviniente que coadyuva en el desarrollo del iter criminis, la tabla N° 09 ha permitido indicar que un 62% de los encuestados está de acuerdo y totalmente de acuerdo. Esto concuerda con lo precisado por Sancinetti (2019), quien en su investigación concluye que el criterio del dominio del hecho será en este caso poco operativo para identificar a los autores y distinguirlos de los partícipes, pues todos los que actuaran en la negociación en razón del cargo tendrían dominio del hecho, digamos, de su propia intervención.

De acuerdo a los resultados objetivos de la pregunta N° 10 y 11, plasmado en la Tabla N° 10 y 11, se evidencia que un 58% de los encuestados está en desacuerdo y totalmente en desacuerdo, respecto si creen que con por la infracción del deber solo el funcionario o servidor público es responsable de la comisión del delito de negociación incompatible. Esto se condice con lo señalado por Pablo (2016), quien en su investigación concluye que el extraneus, es en quien no se

logra satisfacer la cualidad especial en cuestión, sin embargo, podría responder a título de partícipe, y a título de autor de la realización del tipo, tal como ello resulta determinado por el principio de la accesoriedad de la participación.

Luego del análisis realizado a los factores sociales respecto a la unidad de la imputación en la participación del extraneus en el ilícito de Negociación Incompatible, se colige la problemática latente que vienen generando lo resuelto en la Casación 841-2015 de Ayacucho, y la Casación 23-2016 de Ica, mismo que genera impunidad, pese a que el mismo código penal permite que su participación pueda ser secundaria, ya sea como cómplice o instigador.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3.1. Conclusiones

- El contexto actual o estado de cosas, relacionado a la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible, después de haber sido emitidas los acuerdos casatorios 841-2015 de Ayacucho y Casación 23-2016 de Ica, se ha dejado en el olvido puesto que la Corte Suprema de Justicia, a emitido pronunciamientos sin motivación alguna, perjudicando al Estado al adoptar una postura que causa impunidad y contraviniendo los intentos de este en la lucha contra la corrupción.
- Existe responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible, en razón a que el funcionario tiene que tener un móvil para favorecer indebidamente a un tercero, móvil que al no poderse acreditar en la Colusión, el delito subsidiario de Negociación acoge la intervención de este para responsabilizarlo penalmente del perjuicio ocasionado al Estado.
- La presente investigación argumento la problemática en la imputacion de la responsabilidad del extraneus y su participacion en el ilícito penal de negociacion incompatible, mismo que se resolvería en un pronunciamiento doctrinario jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, que unifique y admita la participacion de este en su calidad de cómplice.

3.2. Recomendaciones

La única recomendación que realiza el autor, y que busca este trabajo de investigación es que la Corte Suprema de la República del Perú emita un pronunciamiento mediante un Acuerdo Plenario, en el cual se establezca Responsabilidad Penal al Extraneus en su participación en el tipo penal de Negociación Incompatible, fundamentándose en los argumentos expuestos y desarrollados en la presente investigación.

REFERENCIAS

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel 2005 El delito y la responsabilidad penal, Teoría, jurisprudencia y práctica. 1ª edición. México: Porrúa.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO 2009 Para una teoría post positivista del Derecho. Lima: Palestra.
- ALEXY, Robert 2007 Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Lima: Palestra.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy 2009 Estudio crítico de los precedentes penales vinculantes de la corte Suprema. Lima: Gaceta Penal.
- ASENCIO MELLADO, José María 1998 Derecho procesal penal. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ATIENZA, Manuel y Juan A. GARCÍA AMADO 2012 Un debate sobre ponderación. Bogotá: Temis.
- ATIENZA, Manuel. 2006 Las razones del Derecho. Lima: Palestra. 2013 Curso de Argumentación Jurídica. Madrid: Trotta.
- BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA Javier 2004 La reforma del sistema de justicia ¿En el Camino Correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes, Lima: Editorial Grijley.
- BERIZONCE, Roberto (Coordinador) 1999 El juez y la magistratura. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- BERNAL PULIDO, Carlos (Editor) 2011 La doble dimensión del Derecho, autoridad y razón en la obra de Robert Alexy. Lima: Palestra.
- BLASCO GASCÓ, Francisco 2000 La Norma Jurisprudencial. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Bramont-Aarias, (1995). Código Penal Anotado. Editorial San Marcos. Lima
- BUCKLAND, William Warwick 1994 Derecho romano y common law: Una comparación en esbozo. Madrid: Universidad Complutense.
- García, (2012). Derecho Penal, Parte General. Jurista Editores. Lima. Perú.
- Hurtado, (2011). Derecho Penal, Parte General. Grijley. Lima
- Lech MORAWSKI y Miguel Alfonso RUIZ 1997 Rationales for precedents: a comparative study. London: Dartmouth.
- Muñoz, (2004). Teoría General del Delito. Temis. Bogotá. Colombia.

Peña-Cabrera, (2016). Derecho Penal, Parte Especial. Idemsa. Lima
Villavicencio (2016). Derecho Penal Parte General. Grijley. Lima.

ANEXOS

Anexo 1:

Resolución de aprobación del proyecto de investigación.



Pimentel, 28 de abril del 2022

VISTO:

El oficio N° 0219-2022/FD-ED-USS de fecha 27 de abril del 2022, presentado por la Escuela Profesional de Derecho, donde solicita se emita la resolución de la aprobación de los proyectos de Investigación (tesis) del CURSO-TALLER DE ACTUALIZACIÓN DE TESIS DE PREGRADO Y POSGRADO, y,

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú en su Artículo 18° establece que: *“La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica (...). Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes.”*

Que, acorde con lo establecido en el Artículo 8° de la Ley Universitaria, Ley N° 30220, *“La autonomía inherente a las Universidades se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución, la presente ley demás normativa aplicable. Esta autonomía se manifiesta en los siguientes regímenes: normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico”*. La Universidad Señor de Sipán desarrolla sus actividades dentro de su autonomía prevista en la Constitución Política del Estado y la Ley Universitaria N° 30220.

Que, acorde con lo establecido en la Ley Universitaria N°30220; indica:

- Artículo N° 6°: Fines de la Universidad, Inciso 6.5) *“Realizar y promover la investigación científica, tecnológica y humanística la creación intelectual y artística”*.

Que, el Reglamento de Investigación de la USS Versión 7, aprobado con Resolución de Directorio N°0199-2019/PD-USS, señala:

- Artículo 34°: *“El asesor del proyecto de investigación y del trabajo de investigación es designado mediante resolución de facultad”*.
- Artículo 36°: *“El comité de investigación de la Escuela Profesional aprueba el tema del proyecto de Investigación y del trabajo de investigación acorde a las líneas de investigación institucional”*.

Que, Reglamento de Grados y Títulos Versión 07 aprobado con resolución de directorio N° 086-2020/PD-USS, señala:

- Artículo 21°: *“Los temas de trabajo de investigación, trabajo académico y tesis son aprobados por el Comité de Investigación y derivados a la facultad o Escuela de Posgrado, según corresponda, para la emisión de la resolución respectiva. El periodo de vigencia de los mismos será de dos años, a partir de su aprobación (...).*
- Artículo 24°: *“La tesis, es un estudio que debe denotar rigurosidad metodológica, originalidad, relevancia social, utilidad teórica y/o práctica en el ámbito de la escuela académico profesional (...).”*
- Artículo 25°: *“El tema debe responder a alguna de las líneas de investigación institucionales de la USS S.A.C”*.

Que, visto el oficio N° 0219-2022/FD-ED-USS de fecha 27 de abril del 2022, en el cual se establece la procedencia para la aprobación de los proyectos de tesis del CURSO-TALLER DE ACTUALIZACIÓN DE TESIS DE PREGRADO Y POSGRADO, de la escuela profesional de Derecho, quienes cumplen con los requisitos, por lo que se debe proceder a su inscripción respectiva, con fines de sustentación.

Estando a lo expuesto y en uso de las atribuciones conferidas y de conformidad con las normas y reglamentos vigentes

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: APROBAR los **PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN (TESIS)** del **CURSO-TALLER DE ACTUALIZACIÓN DE TESIS DE PREGRADO Y POSGRADO** de la escuela profesional de Derecho, que a continuación se detalla:

ADMISION E INFORMES

074 481610 - 074 481632

CURSO-TALLER

Nº. 5, Carretera a Pimentel

Chiclayo, Perú

N°	APELLIDOS Y NOMBRES	PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN
1	RAMOS IZQUIERDO NADYN JHUZANY ESTEPHANY	"RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE"
2	CORTEZ AURAZO JOSE CARLOS	"DELITO DE ROBO AGRAVADO NO SUBSUME EL DELITO DE PORTE DE ARMAS DE FUEGO"
3	BANCES CHERO GRECIA CAROLINA FELICIANA	"USO INADECUADO DEL PERIODO DE PRUEBA EN LA ACTIVIDAD PRIVADA FRENTE A LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR EN CIUDAD DE CHICLAYO"
4	DAVILA MALDONADO JOSE AGAPITO	"INFRACCIÓN DEL HORARIO DE PROTECCIÓN AL MENOR EN PROGRAMAS TELEVISIVOS, EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 28278-LAMBAYEQUE"
5	AREVALO TOCTO PAMELA ANA MAURA	"RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD EN RELACIÓN A LAS INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS"
6	GUZMAN CORONADO RICARDO DIEGO	"DEPENDENCIA POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA DEL PROCURADOR MUNICIPAL Y LA DEFENSA DE LOS INTERESES MUNICIPALES, PIURA"
7	ZUÑE BISPO GENARA RILENE	"PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA TENENCIA DE HECHO CONTRA LA SUSTRACCIÓN PARENTAL - CHICLAYO"

ARTÍCULO SEGUNDO: DISPONER que las áreas competentes tomen conocimiento de la presente resolución con la finalidad de dar las facilidades para la ejecución de la presente Investigación.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE



Dra. Diosés Lescano Nelly
Decana de la Facultad de Derecho y Humanidades



Mg. Delgado Vega Paula Elena
Secretaria Académica Facultad de Derecho y Humanidades

ADMISIÓN E INFORMES

074 481610 - 074 481632

CAMPUS USS

Km. 5, carretera a Pimentel

Chiclayo, Perú

Distribución: Rectorado, Vicerrectorado Académico, Vicerrectorado de Investigación, Decanos de Facultad, Jefes de Oficina, Jefes de Área. Archivo.

Anexo 2:

Formato de encuesta.



Responsabilidad Penal Del Extraneus En El Delito De Negociación Incompatible

Mediante esta técnica de recopilación de datos se podrá obtener la información que posteriormente será analizada e incorporada al trabajo de investigación que permitirá contrastar la variable dependiente con la independiente, los datos recogidos serán sometidos a presiones porcentuales para ser presentados como averiguaciones en forma de cuadro.

TD: Totalmente Desacuerdo **D:** Desacuerdo **NO:** Ni de acuerdo, ni en desacuerdo

A: De Acuerdo **TA:** Totalmente de Acuerdo

N°	DESCRIPCION	TD	D	NO	A	TA
		1	2	3	4	5
1	¿Cree que usted que a través de la doctrina se puede lograr una debida motivación a fin de lograr imputar responsabilidad penal al Extraneus?					
2	Cree usted que la jurisprudencia actual establece los lineamientos de la motivación					
3	Cree usted que debería emitirse más jurisprudencia respecto al tema de la responsabilidad penal del extraneus					
4	Cree usted que es importante tener conocimiento de la responsabilidad que tiene el extraneus un la comisión de delitos					
5	Cree usted que debería estar regulado en el código penal la responsabilidad del extraneus					
6	Cree usted que doctrina, en el aspecto anterior es suficiente para poder calificar la responsabilidad del extraneus					
7	Cree usted que con los actuales pronunciamientos Casatorios 841-2015 de Ayacucho, casación 23-2016 se está generando impunidad en relación a la responsabilidad del extraneus con relación a su participación en el delito de negociación incompatible					
8	Cree usted respecto a la teoría de la participación, diluce alguna participación para el tercero interviniente que coadyuva en el desarrollo del iter criminis					
9	Cree usted que con por la infracción del deber solo el funcionario o servidor público es responsable de la comisión del delito de negociación incompatible					

Anexo 3:
Matriz de consistencia

TÍTULO	PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	POBLACIÓN Y MUESTRA		
RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	¿Cómo regular la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible?	GENERAL:	Unificar el criterio (doctrinario y jurisprudencialmente) a fin de que los magistrados especializados en delitos cometidos por funcionarios, cuenten con un criterio uniforme respecto a la imputación que se merece el extraneus en el delito contra la Administración Pública en la figura de Negociación Incompatible, buscando que en los procesos penales futuros en los que concurra la participación del extraneus, se le impute el delito de Negociación Incompatible en calidad de cómplice.	Independiente:	MOTIVACIÓN	No experimental. Aplicativa	Población. Comunidad Jurídica del distrito Fiscal de Lambayeque, integrado por 8,243 abogados		
		Determinar que realmente existe un problema de interpretación respecto a la intervención del extraneus en el ilícito de Negociación Incompatible, tiene relevancia penal, puesto que el interés indebido que ejerce el funcionario y/o servidor público se ve materializada en la concertación sin probación que estos tuvieron para perjudicar al estado.			JUSTIFICACIÓN				
		ESPECÍFICOS:			UN ACUERDO PLENARIO VINCULANTE			CARÁCTER VINCULANTE	Tipo de investigación.-
		1.- Analizar el tipo penal de Negociación Incompatible			RAZONAMIENTO JUDICIAL			Diseño de investigación.-	
2.- Diagnosticar el estado actual de la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible.	Dependiente:	TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	Exploratorio	Muestra. 185 abogados					
3.- Identificar los factores influyentes en la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible					LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEO	TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN			
4.- Estimar los resultados que generará que la Corte Suprema emita un pronunciamiento en el que se establezca la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible en calidad de cómplice		TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER		Unidad de Estudio. 4 Jueces 8 Fiscales 173 Abogados Especialistas					

Anexo 04:
Jurisprudencia.

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

26 MAY 2017

Lima, 23 de Mayo de 2017

RECIBIDO
Firma:.....Hor:

OF. Nro.3061-2017-S-SPPC

Señorita

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

Presente.-

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

Dios guarde a usted,




PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

SENTENCIA CASATORIA

Lima, dieciséis de mayo de dos mil diecisiete.-

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

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

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

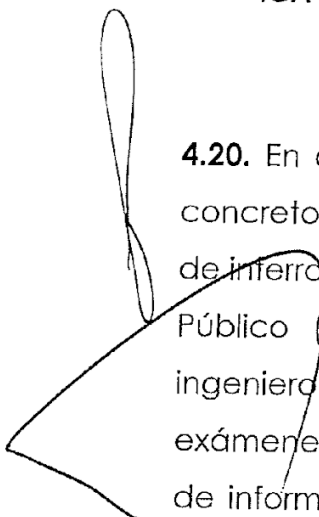
El inciso 2, del artículo 425 del Código Procesal Penal, señala que:

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

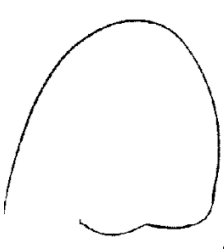
4.19. Un análisis conjunto de la normativa procesal penal nos permite afirmar coherentemente que en principio la Sala Penal de Apelaciones está habilitada a una nueva valoración de la prueba pericial -conforme al inciso 2 del artículo 425° del CPP-; en ese sentido, implicará conforme al artículo 181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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA




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

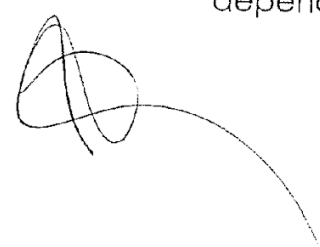


Por las razones precedentes, los argumentos esgrimidos por los recurrentes en dicho extremo deben ser declarados infundado.

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



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



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

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

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

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

"Artículo 22.- Situación de emergencia.-

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

supongan grave peligro de necesidad que afecten la defensa nacional.

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

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

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

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

"Artículo 128.- Situación de Emergencia

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

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

Teniendo dentro de sus objetivos principales:

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 23-2016
ICA

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

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 23-2016
ICA

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

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

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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
SECRETARIA**

Lima, 21 de Junio de 2016

OF. Nro.3584-2016-S-SPPCS

Señor Juez Supremo


**PRESIDENTE DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL**

Presente.-

Por disposición de la Sala Penal Permanente de esta Suprema Corte, tengo el honor de dirigirme a Ud., a fin de **REMITIRLE a fojas 26**, copia certificada de la Sentencia de Casación de fecha 24 de Mayo de 2016, expedida por esta Suprema Sala, declarando **FUNDADO el Recurso de Casación N° 841-2015**, interpuesto por la defensa técnica de los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, **SIN REENVÍO, CASARON** la sentencia de fecha 21 de Agosto de 2015, en el extremo que confirmó la sentencia de fecha 15 de Abril de 2015, Actuando en sede de instancia **REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fecha 15 de Abril de 2015, que condenó a Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza,, reformándola, **ABSOLVIERON** a los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, **DISPUSIERON** establecer como Doctrina Jurisprudencial los fundamentos jurídicos 12 al 33 y 34 al 37 de la presente Ejecutoria Suprema, **ORDENARON** se publique en el Diario Oficial "El Peruano" en el **Proceso Nro. 730-2013**, seguido contra Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinostroza por el delito contra la administración pública- negociación incompatible- en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, para conocimiento y fines pertinentes.

Dios guarde a usted,




PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

PODER JUDICIAL
EQUIPO TÉCNICO DE IMPLEMENTACIÓN DEL CPP

21 JUN 2016

RECIBIDO



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 veintinueve 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

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 sétimo: 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