



ESCUELA DE POSGRADO

TESIS

**LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN
EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO
DE MAESTRA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL
PENAL**

Autora:

**Bach. Aguilar Guevara Diana Carolina
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5599-0695>**

Asesora:

**Dra. Cabrera Cabrera Xiomara
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4783-0277>**

Línea de Investigación:

**Desarrollo humano, comunicación y ciencias jurídicas para
enfrentar los desafíos globales.**

Pimentel – Perú

2023



Universidad
Señor de Sipán

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL

PENAL

**LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

AUTORA

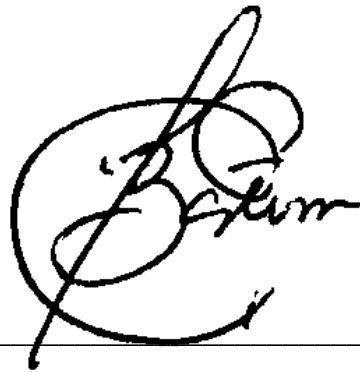
BACH. AGUILAR GUEVARA DIANA CAROLINA

PIMENTEL – PERÚ

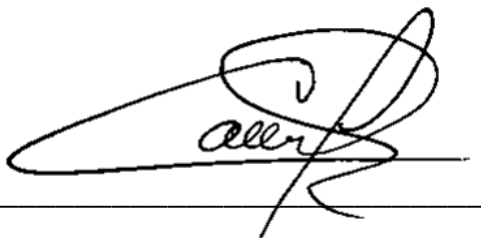
2023

**LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

APROBACION DE LA TESIS



Dra. BARTUREN MONDRAGON ELIANA M.
Presidente del jurado de tesis



Mg. CARDENAS GONZALES JOSE R.
Secretario del jurado de tesis



Dra. CABRERA CABRERA XIOMARA
Vocal del jurado de tesis



Universidad
Señor de Sipán

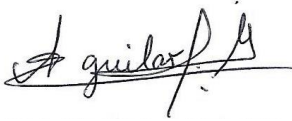
DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Quien suscribe la **DECLARACIÓN JURADA**, soy **estudiante** (s) del Programa de Estudios de **MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL** de la Universidad Señor de Sipán S.A.C, declaro bajo juramento que soy autor del trabajo titulado:

“LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA 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, firman:

AGUILAR GUEVARA DIANA CAROLINA	DNI: 71619375	
-----------------------------------	---------------	---

Pimentel, 14 de noviembre de 2023.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE TABLAS	vi
ÍNDICE DE FIGURAS	vii
DEDICATORIA	viii
AGRADECIMIENTO.....	ix
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
I. INTRODUCCIÓN.....	12
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	12
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	16
1.3. OBJETIVOS	16
1.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	16
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	16
1.4. TEORÍAS RELACIONADAS AL TEMA	17
II. MATERIAL Y METODO	27
2.1. TIPO DE ESTUDIO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	27
2.2. ESCENARIO DE ESTUDIO	27
2.3. CARACTERIZACIÓN DE LOS SUJETOS.....	28
2.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	28
2.4.1 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	28
2.4.2 INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	29
2.5. PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.....	30
2.6. PROCEDIMIENTOS DE ANÁLISIS DE DATOS	30
2.7. CRITERIOS ÉTICOS.....	31
2.8. CRITERIOS DE RIGOR CIENTÍFICO	31
III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	32
3.1. RESULTADOS	32
3.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	40
3.3. APORTE PRÁCTICO	46
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	48
4.1. CONCLUSIONES	48
4.2. RECOMENDACIONES	49
REFERENCIAS	51

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	32
Tabla 2	34
Tabla 3	36
Tabla 4	39

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	32
Figura 2	33
Figura 3	34
Figura 4	38
Figura 5	38

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mis padres y hermanas, quienes siempre me han brindado su apoyo para ser la profesional que soy ahora. A la Dra. Lucía Soriano Alarcón quien en vida ha forjado en mí el espíritu de su pasión por el Derecho Penal.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por sobre todas las cosas, a mi familia, amigos y profesores, quienes con su apoyo he podido desarrollar este trabajo.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad determinar si la prueba indiciaria está siendo analizada de forma correcta conforme lo establece la norma procesal y la jurisprudencia (Acuerdo Plenario N° 01-2006/ESV-22 de fecha 13 de octubre de 2006 y lo establecido por la Sala Penal Permanente en el Expediente N° 180-2020-La Libertad (2020), para probar la comisión del delito de negociación incompatible. Para ello se ha utilizado el método de dogmática penal a través de libros jurídicos y jurisprudencia, así como la aplicación de entrevistas. De todo ello, se ha podido advertir que existen deficiencias de análisis desde el requerimiento acusatorio realizado por el Ministerio Público así como en sentencias de primera y segunda instancia, ya que ninguno de ellos tiene en cuenta lo establecido por la Corte Suprema cuando se responsabiliza a un investigado de la comisión del delito de negociación incompatible utilizando la prueba indiciaria.

Palabras Clave: Prueba indiciaria, negociación incompatible, funcionario o servidor público, máximas de la lógica y experiencia, casación, Corte Suprema.

ABSTRACT

The purpose of this research work is to determine if the circumstantial evidence is being analyzed correctly as established by the procedural norm and the jurisprudence (Plenary Agreement No. 01-2006/ESV-22 dated October 13, 2006 and the established by the Permanent Criminal Chamber in File No. 180-2020-La Libertad (2020), to prove the commission of the crime of incompatible negotiation. For this, the method of criminal dogmatics has been used through legal books and jurisprudence, as well as the application of interviews. From all this, it has been possible to notice that there are deficiencies in the analysis from the accusatory request made by the Public Ministry as well as in first and second instance sentences, since none of them takes into account what is established by the Court Supreme when an investigated person is held responsible for the commission of the crime of incompatible negotiation using circumstantial evidence.

Keywords: Indicative evidence, incompatible negotiation, civil servant or public servant, maxims of logic and experience, cassation, Supreme Court.

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es uno de los grandes problemas que afecta a nuestra sociedad teniendo repercusión en la parte política, económica, educativa, etc., y que desde muchos años se ha tratado de combatir este tipo de fenómeno que sucede en todos los ámbitos, pero sobre todo en la administración pública, y pese a ello el Estado no ha podido disminuir su comisión, por el contrario, son más los casos de corrupción que aparecen. Siguiendo la idea del profesor Vílchez (2020), quien refiere que, si no existe una eficacia para la tipificación de las conductas, sus características y advertir las particularidades del sistema penal, no se habrá logrado más que una expectativa de solución que acabará en una nueva frustración.

En ese contexto, al investigar este tipo de delitos siempre se encontrará dificultades para la incorporación de los medios de pruebas suficientes para determinar responsabilidad del *intrañeus*, y como en muchos casos habrá de recurrir a la prueba indirecta para poder al menos intentar un acercamiento al tipo penal; y aun así, no va ser suficiente si es que la valoración que se da a la prueba indiciaria es incorrecta, por lo contrario, lo que generaría, sería una frustración tanto del aparato jurisdiccional y aún más del Ministerio Público, quien es el ente encargado de obtener las pruebas para poder imputar un hecho.

En este escenario, el objetivo de este trabajo es la de buscar una solución alternativa a los problemas que se presentan cuando toca darle valor probatorio a los indicios obtenidos para tipificar el delito de negociación incompatible, por medio del análisis crítico y comparativo de algunas fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales que han desarrollado e identificado este inconveniente, asimismo de los resultados obtenidos de encuestas aplicadas, de esa forma, sustentar nuestra hipótesis que en un primer momento nos hemos planteado.

1.1. Realidad Problemática.

En los delitos cometidos por funcionario público, es muy constante que los Tribunales de Justicia emitan una condena basada en prueba por indicios, ya que, por su misma naturaleza, no es posible obtener una prueba directa que relacionen el hecho delictivo con el comportamiento del agente en el ejercicio de sus funciones.

Y esto ha generado que muchas de las decisiones judiciales de primera instancia como de las Salas Superiores hayan sido revocadas mediante recurso casatorio en razón de que la prueba por indicios no ha sido debidamente valorada, ocasionando gran debate entre los operadores del derecho al no existir jurisprudencia uniforme con respecto a la prueba indiciaria en delitos cometidos por funcionarios públicos, por ende, las decisiones judiciales para este tipo de delitos no satisface la finalidad de la norma adjetiva.

Pero, no se puede negar que la jurisprudencia ha intentado establecer las pautas necesarias para poder construir una teoría que sirva como base al momento de enfrentarse a la prueba indiciaria. El Recurso de Nulidad (2005) como precedente vinculante ha establecido los presupuestos materiales para la aplicación de la prueba indiciaria, siendo los más resaltante que los indicios deberán tener el valor probatorio suficiente, así como que estos deberán estar interrelacionados entre sí. En ese sentido, el Tribunal Constitucional (2007) ha señalado que la prueba deberá contar con la veracidad objetiva, constitucionalidad, pertinencia y utilidad para que pueda ser utilizado en el convencimiento del juez al momento de resolver. Conforme lo ha señalado la sentencia emitida por el mismo tribunal supremo (2008), que, si bien el juez tiene esa discrecionalidad, ante la falta de prueba directa también puede hacer uso de otros medios como la denominada prueba por indicios porque no está sujeto a usar las reglas legales de la prueba.

García y Vílchez (2020) señala que la relación estrecha y frecuente entre los sectores público y privado, los márgenes amplios de discrecionalidad y el importante juego de intereses económicos en la contratación pública son los elementos que determinan que se trate de un ámbito expuesto a la mala actuación de los funcionarios a cargo de la Administración Pública como resultado de conflicto de intereses, favoritismos políticos o corrupción.

Este mismo autor menciona que la dificultad para la aplicación de este tipo de delitos comienza por su ubicación sistemática en el Código Penal, la formulación del comportamiento típico, la delimitación con otras conductas punibles, las situaciones de concurso de leyes, la admisión de la contribución del *extraneus* en los delitos de infracción de deber, entre otros, la elevada dificultad probatoria y la necesidad de recurrir a la prueba indiciaria como método para determinar si existió o no un delito. García y Vílchez (2020).

García (2015) menciona que, en un inicio, la duda ocasionada por la utilización de la prueba indiciaria originó la controversia ante la presunción de inocencia, ya que este principio es un derecho que todo investigado tiene hasta que no sea condenado en un juicio justo y con todas las garantías procesales.

Obregón (2018) por su parte refiere que el trabajo más difícil para el Ministerio Público y sobre todo para el órgano jurisdiccional es evitar que los delitos cometidos por funcionarios públicos queden impunes; empero, por el tipo de delito es muy difícil obtener los suficientes medios probatorios para demostrar su responsabilidad, aunado a ello, se debe luchar contra el poder que estos puedan tener por la razón de su cargo y que muchas veces dificultan la labor probatoria.

Asimismo, Flores (2018) refiere que muchos juristas nacionales han determinado que para poder probar que existe un interés indebido es necesariamente recurrir a la prueba por indicios, y de esa forma poder llegar a la conclusión de que, al ocurrir actos irregulares en un proceso de licitación, es suficiente para probar la existencia del delito.

Finalmente García (2018) concluye que debe de acreditarse el provecho o conveniencia del *intraneus* en un proceso de contratación estatal y que al no tener una prueba directa se debe recurrir a la prueba indirecta, la misma que es obtenida dentro de un proceso administrativo previo a la denuncia, en razón de que en esta etapa se demostrará las irregularidades administrativas que conllevarán a indicios que deben ser probados para determinar la existencia del delito en mención.

El delito en mención al ser cometido por funcionario público, tiene repercusión en el ámbito local, nacional y extranjera, y en todos los casos existen problemas al momento de querer probar a través de indicios el interés indebido del funcionario público en un proceso de licitación estatal, y como señala García y Vílchez (2020), que tanto la doctrina y jurisprudencia han venido realizando grandes esfuerzos con la finalidad de resolver la dudas de los operadores jurídicos sobre la interpretación de los alcances de este tipo de delitos, en especial porque las fórmulas legales que ha utilizado el legislador en ciertas ocasiones son ambiguas o son muy abiertas para la interpretación.

La prueba indiciaria se encuentra regulado en el artículo 158° inciso 3 del Código Procesal Penal (2004), el cual señala las condiciones que se debe cumplir para ser considerada como tal. Pero esto debe ser interpretado en base a los lineamientos preestablecidos por la jurisprudencia vinculante y la doctrina que ha sido desarrollado en base a la misma. El recurso de nulidad (2012) interpuesto por el Ministerio Público, ha señalado que, en el delito en comento, la conducta que realiza el agente debe estar orientada precisamente en cometer el delito por ser meramente doloso, y no por una falta administrativa cometida por error o desconocimiento del cargo que ostentaba el funcionario público. Así también lo estableció la Casación 396-2019 (2020), en su considerando Segundo, donde señala que este delito es del tipo de infracción de deber, es decir, que, si un funcionario público actúa de tal forma que ayuda a ciertas personas en una contratación pública, debe realizarlo con la intención de cometer el hecho ilícito, ya que es quien tiene el resguardo de los bienes del Estado para con la comunidad. En ese caso, la labor del intraneus estaría afectando a otros postores siempre y cuando sea consciente de lo que está realizando y no porque no haya tenido la capacidad de poder darse cuenta de que, con su actuar, se estaría afectando gravemente el interés público.

Además, que, si no existiese prueba directa alguna para poder acreditar que esa conducta fue con la única intención de favorecerse así mismo o a un tercero, puede hacerse uso de la prueba indirecta, o también denominada, prueba por indicios. Contreras (2006).

Desde esta realidad problemática se observa que la prueba por indicios en este tipo de delitos es el único método utilizado por los operadores de justicia para poder acreditar la comisión del delito de negociación incompatible; sin embargo, aún existen deficiencias en la valoración de la prueba indiciaria, el cual genera que las sentencias emitidas en primera instancia sean revocadas por la Sala Superior y asimismo por la Corte Suprema mediante recurso de Casación.

En tal sentido, se observan diversas dificultades problemáticas como la inadecuada interpretación del bien jurídico protegido, imprecisión de las conductas que deben ser probadas para ser consideradas indicios del delito de negociación incompatible, así como una inadecuada interpretación de la prueba indiciaria para la tipicidad del delito. Ello por una posible falta de capacitación por parte de los operadores de justicia en lo que se refiere a los delitos de corrupción de funcionarios, la improvisación por parte del Estado en la

creación de procuradurías, fiscalías y juzgados especializados en delitos de corrupción de funcionarios, sumada a una desordenada distribución y control administrativo en las entidades públicas. Advirtiéndose una inadecuada aplicación de la prueba indiciaria para tipificar el delito, ya que por su naturaleza es difícil identificar la conducta previa que servirá como indicio. Por ello la investigación está delimitada en acreditar la comisión del delito de negociación incompatible haciendo uso de la prueba indiciaria, bajo los estrictos parámetros normativos, doctrinales y jurisprudenciales.

1.2. Formulación del Problema

¿Está siendo valorada de forma correcta la prueba indiciaria al momento de tipificar el delito de negociación incompatible?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Determinar si la prueba indiciaria está siendo valorada correctamente para tipificar el delito de negociación incompatible.

1.3.2. Objetivos Específicos

- Identificar el bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible.
- Identificar la conducta típica del delito de negociación incompatible.
- Determinar qué conductas o qué hechos deben ser probados en la vía administrativa para poder ser valorados como prueba indiciaria en el delito de negociación incompatible.
- Describir cómo es que debe ser valorada la prueba indiciaria para la tipificación del delito de negociación incompatible.

1.4. Teorías relacionadas al tema

La administración pública

Salinas (2019) lo define como aquel acto realizado por ciudadanos en entidades del Estado para lograr el bien común, rigiéndose por determinadas reglas internas los cuales están en función a la actividad realizada, sometidos a niveles jerarquizados conforme al tipo de estructura.

Frisancho (2017) partiendo desde el punto de vista del derecho penal, lo conceptualiza en actividades realizadas por aquellas personas relacionadas al gobierno en cualquiera de los tres poderes estatales, lo considera muy restringido porque aquellos actos también pueden ser emanados por cualquiera otra entidad estatal, así como Bramont (1995) lo ha definido en sentido amplio como aquel acto ejercido en instituciones públicas con una sola finalidad, lograr el bien común.

Es por ello por lo que, Reátegui (2015) señala que en los delitos contra la administración pública el mayor personaje es el funcionario público, quien aprovechándose del cargo defrauda al Estado, a través de sobornos a vista y paciencia de la ciudadanía el cual solamente genera que esta parte de la región no sobresalga.

Ante este fenómeno el Estado ha intentado disminuir su comisión con la promulgación de leyes que permitan de alguna forma evitar la realización de tales actos, como sancionarlos tanto administrativa como penalmente; sin embargo, todos hemos sido testigos que, pese a ello, la criminología estatal ha ido incrementándose a través del tiempo.

Suárez (2001) refiere que la administración pública al ser algo esencial para el mejor funcionamiento de la sociedad, debe ser merecedora de protección penal.

En ese sentido, el profesor Salinas (2019), es de la idea que lo que se protege con esta institución es el correcto desempeño de la administración pública para lograr el bien común. Por ello, lo que se busca es que el Estado a través de mecanismos legales pueda garantizar que aquel funcionario o servidor público que desempeña una labor para lo cual se le fue confiada, actúe dentro de los parámetros establecidos por la misma entidad con la finalidad

de garantizar el fin general a beneficio de la sociedad como representante estatal. Por esta razón es que el Estado por medio de las normas penales, protege el bien jurídico que se le ha confiado al encargado de poner en funcionamiento la administración pública.

Sin embargo, el profesor Rojas (2002), refirió que en los delitos contra la administración pública no puede existir un bien jurídico genérico, debido a que la función pública dentro de la legalidad, honestidad, imparcialidad, constituyen delitos específicos y por lo tanto un bien jurídico distinto.

El delito de negociación incompatible

El Artículo 399° del Código Penal señala: *“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”* (2018).

Reátegui (2015) lo define como un tipo de corrupción en instancias de gobierno cometidas de tal forma que el funcionario o servidor público de manera intencional hace arreglos de forma ilegal en eventos contractuales aprovechándose del cargo que ostenta.

En palabras de Soler (1951), es un desdoblamiento de la personalidad del funcionario que en un momento determinado interviene en alguna relación contractual con el Estado, como parte interesada y al mismo tiempo como su representante.

A diferencia del delito de Colusión, Salinas (2019) refiere que en este delito el funcionario no realiza una concertación previa ni tampoco es necesario defraudar al Estado, sino simplemente actuar de manera interesada para que se realiza o se concrete un contrato u operación.

Guimaray (2014) sostiene que en el delito de negociación incompatible se protege específicamente el actuar objetivo o imparcial del funcionario público, respecto a las transacciones económicas en el que el Estado es parte. En ese sentido, Rojas (2007) es de la

idea de que para brindar protección a la administración pública ante ciertos intereses que pueden tener los privados, es necesario que los funcionarios y servidores públicos actúen o se comporten de manera imparcial cuando se trata de celebrar contratos.

Por su parte, Salinas (2019) señala que es el deber de probidad y lealtad que tiene el funcionario público, quien, al ser el encargado de celebrar contratos en representación del Estado con los particulares, debe de comportarse de tal forma que se preocupe por los intereses de la administración pública sin interesarse de favorecer a terceros.

Asimismo, el Recurso de Casación (2016) precisó que lo que se protege es el actuar imparcial y objetivo del funcionario y servidor público en el ejercicio de sus funciones en un acto contractual entre el Estado y el particular. Del mismo parecer Castillo (2015) refiere que la finalidad es impedir que los trabajadores públicos haciendo uso de su cargo y posición, se comporten de manera desleal y manipulen aquellas transacciones económicas del Estado, sobreponiendo sus intereses o de terceros.

Finalmente, García y Vélchez (2020), han sostenido que lo que se espera proteger con este delito es el comportamiento objetivo del funcionario debido a su cargo, resguardando los intereses del Estado y evitar cualquier circunstancia que trate de influir al momento de decidir o ejecutar alguna decisión.

De todo ello se advierte que cuando se habla del delito de negociación incompatible, nos estamos refiriendo a la forma en cómo el funcionario o servidor público debe comportarse de acuerdo a su cargo y la posición que tiene ante un particular, quien, al celebrar un contrato económico debe poner por encima de todo, los intereses del Estado y no preocuparse de los propios o de tercero, de esa forma, lo que se busca es que ese comportamiento sea objetivo e imparcial, pero sobre todo, que busque la mayor ventaja para la administración pública al cual representa.

Salinas (2015) sostiene que el delito se configura cuando el servidor o funcionario público se interesa de manera personal, directa o indirecta sobre algún contrato u operación que realizan particulares con el Estado. Y cuya única finalidad es la obtención de un provecho económico propio o de tercero.

Para la concretización de este delito se necesita la intervención de varios elementos, como el interés, interés directo, interés indirecto, interés mediante acto simulado, provecho propio o de tercero, contrato u operación como objeto del hecho punible, relación funcional, bien jurídico protegido, sujeto activo y sujeto pasivo.

Interesarse de manera directa e indirecta o por acto simulado.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 799-2017 (2018) estableció que la conducta típica en el delito de negociación incompatible para el caso en concreto se acreditó porque el funcionario público se interesó de manera indebida, directamente a favor de otro para la ejecución de un contrato económico entre una empresa y el Estado, impidiendo que esta empresa no pague la penalidad que le correspondía por el incumplimiento del contrato.

Es así que, para que se pueda determinar la comisión del delito de negociación incompatible, es necesario identificar las conductas que ha realizado el procesado y verificar si corresponde o no a lo establecido en nuestro Código Penal. En primer lugar tenemos al interés que puede ser directa o indirecta, es decir, que el servidor realice actos de manera personal o valiéndose de particulares e incluso de otros funcionarios o servidores, con la finalidad de buscar cierto tipo de beneficio para sí o para un tercero, asimismo, puede aparentar que actúa en favor del Estado pero lo que en verdad busca es favorecer así mismo o a un tercero, por ejemplo, cuando en un contrato realiza operaciones con la finalidad de buscar que una empresa de su propiedad gane la licitación o se favorezca a una empresa inexistente.

Como segundo punto, estos actos tienen que ser en beneficio propio o de tercero

Es decir, que las licitaciones o los contratos celebrados por el Estado deben estar dirigidos a un beneficio propio o de algún otro en particular, como el entorno familiar y amical. Pues esta circunstancia es lo que mayormente motiva al funcionario o servidor público, para que se comporte de manera parcial direccionando todos los procedimientos administrativos a favor de alguien en particular; pues es imposible, que una persona se interese de manera desinteresada en un acto público. Asimismo, debe tenerse en cuenta que para la acreditación de esta conducta, debe acreditarse la conexión o vínculo que tiene esta tercera persona con el funcionario o servidor público, pues de lo contrario estaríamos en una causa de atipicidad.

Luego tenemos a que deben ser sobre cualquier tipo de contrato u operación

Con esto, no interesa las formas de contrato de puedan realizarse, siempre y cuando esté vinculado el Estado y un tercero. Los contratos pueden ser de cualquier naturaleza los cuales generan o extinguen relaciones jurídicas de índole económico, y por ello el funcionario se interesa en su celebración. Con respecto a las operaciones a diferencia de los contratos que son bilaterales, estos son conocidos por su carácter unilateral, es decir, solo participan los interesados, tal es el caso de las licitaciones, convocatorias, expropiaciones, etc.

En síntesis, lo que el Estado busca con ello es englobar a todo tipo de acto en el cual el Estado forme parte frente a un particular, o cuando este actúe de forma unilateral, siempre que se involucre o se ponga en riesgo el patrimonio estatal.

Por último, de más está decir que estos actos siempre deben ser realizado por el funcionario y servidor público, caso contrario no se acreditaría la relación funcional y la conducta sería atípica.

Este tipo de delito es netamente doloso, es por ello que Salinas (2019) sostiene que la culpa no es aceptable para su comisión, es decir, que para que una persona sea considerada como autor o partícipe del delito de negociación incompatible, debe actuar con conocimiento y voluntad de querer vulnerar el deber que se le concedió para realizar contratos a favor del Estado, sobre todo, de querer interés para su provecho o para un tercero con el cual tiene un tipo de vínculo.

Del mismo parecer Rojas (2002) ha referido que para la realización de este delito se requiere el dolo directo, es decir, que el sujeto activo debe de comportarse de tal forma que hace uso del engaño contra la administración pública, para su propio interés o de tercero en la celebración de un contrato u operación de un particular con el Estado.

Misma posición adoptó la Sala Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2770-2011-Piura (2012), en el cual establece que para la configuración del tipo penal es necesario el dolo directo por parte del sujeto activo, cuando participa en una negociación entre el particular y el Estado, a través del engaño a la administración pública.

En ese sentido, la Sala Suprema en la Casación N° 628-2015 (2016) cuando señala que de la fórmula legislativa del artículo 399° de la norma sustantiva, el delito de aprovechamiento indebido es un delito de mera actividad, es decir, que no es necesario ni exigible que se defraude al Estado, sino que es suficiente con acreditar que existió el interés particular por parte del funcionario o servidor público en la celebración de un contrato u operación en representación de la entidad Estatal.

Rojas (2002) también fue de la idea que, para la consumación del delito de negociación incompatible, solo basta con acreditar el interés indebido que tiene el sujeto público en una operación realizada entre el Estado y el particular, para un aprovechamiento propio o de tercero vinculado con él.

Asimismo, el profesor Salinas (2019) se refiere que en todos los supuestos en que la administración pública obtuvo una mejor ventaja económica con el interés del funcionario o servidor público para su provecho o de un tercero, el delito aparece. En este aspecto, el causar un perjuicio al Estado no es relevante para la configuración del delito, sino que solamente se tiene que acreditar la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Por otro lado, Castillo (2002) señala que sí puede existir la tentativa en este delito, porque si el funcionario o servidor público por causas independientes a su voluntad puede evitar que la intervención del sujeto público no llegue a producirse. Es decir, que en esa serie de sucesos que deben ocurrir dentro de la administración pública para poder concretar la celebración o contrato entre el Estado y el particular, puede ser evitado o intervenido por agentes externos. Sin embargo, el mismo Castillo (2015) cambió su argumento contradiciéndose y aceptando que en el delito de negociación incompatible no es posible la tentativa.

La Prueba Indiciaria

Para determinar la responsabilidad de una persona que es investigada por la comisión de un delito, se recurre siempre a un proceso penal con la finalidad de obtener pruebas de cargo y de descargo que sirvan como nexo causal entre los hechos y la conducta del investigado, es decir, que normalmente el ente persecutor recoge medios de prueba que van a servir para sustentar su tesis inculpativa y llevarla ante el órgano jurisdiccional para que éste a través de un juicio justo y con igualdad de armas se determine o no su responsabilidad.

García (2010) señala que la prueba que se actúa es sometida a un acto de apreciación por parte del aparato judicial lo cual no supone un tipo de arbitrariedad ni discrecionalidad, por lo que la convicción que tiene el juez y que es manejada de manera interna, debe estar siempre basada en las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

El Tribunal Constitucional mediante un ejemplo en la sentencia contenida en el Expediente N° 00728-2008-HC (2008) desarrolla una secuencia por la cual debe estar sustentada la prueba por indicios, primero debe estar narrado los hechos de forma clara, luego se debe utilizar el criterio del juzgador a través de las máximas de la experiencia y por último debe definirse el hecho con el cual se concluye o en otras palabras, un hecho final o desconocido.

Para llegar a esta parte, la Sala Suprema en el expediente N° 1912-2005 Piura (2005) señaló que solamente en los casos en que un hecho no pueda ser probado de otra forma más que a través de otro hecho precedente para llegar al primero, es utilizada la prueba indirecta.

Es por ello que Mittermaier (2006) consideró luego de algunas investigaciones, que la prueba indirecta alguna vez ha sido considerada como prueba imperfecta o incompleta, y que además en este tipo de prueba, existe un procesamiento de datos, referido a una premisa que es el hecho conocido para utilizar a la inducción sobre el hecho que es sometido a prueba, es decir, del hecho que se quiere probar que es diferente al hecho conocido. En otras palabras, se va desde un hecho general a algo particular.

Por otro lado, Dellepiane (2019) es de un punto de vista diferente, ya que para este autor la prueba por indicios no es aplicado a través de la inducción, porque acá se parte de lo particular a lo general, en cambio, en la prueba indirecta se parte desde la ley o leyes hacia el hecho materia de estudio.

Es por ello que Gascón (2010), señala que los autores que defienden la teoría de la naturaleza de tipo inductiva en sentido amplio refieren que los indicios no son prueba presuntiva, sino que es un razonamiento de carácter demostrativo, en ese sentido, no sería en sentido estricto una prueba indirecta.

De todo lo que se ha podido observar, la prueba indiciaria tiene su origen en el razonamiento inductivo. Al basarse en premisas que serán materia de análisis para poder acercarse a la

verdad sobre cierto suceso, se desarrolla un proceso lógico donde las conclusiones no ofrecen un alto grado de certeza, pero al existir otras premisas que refuercen estas conclusiones, el grado de intensidad se eleva, dando con ello que lo aseverado en un primer momento sea cierto.

García (2010) destaca para él las características más resaltantes que tendría la prueba por indicios, conforme a lo siguiente:

- a. Indirecta, porque lo que se busca no es acreditar el hecho investigado, sino que dicha demostración se obtiene de un razonamiento lógico. Mixxan (2008).
- b. Crítica, en el sentido de que lo que se busca es a través del razonamiento de carácter crítico para la valoración probatoria. San Martín (2003).
- c. Multiforme, es decir, que un hecho puede estar relacionado con diferentes circunstancias, incluso puede haber muchos e ilimitados indicios. Benthan (1825).
- d. De segundo grado, porque estas pruebas se apoyan sobre otras, nunca una prueba indiciaria será valorada de forma aislada o por sí sola, sino que debe estar revestida o apoyarse en otras pruebas para poder tener un mayor valor probatorio que servirá al juzgador determinar la existencia o relacionar la conducta de un investigado sobre cierto hecho.
- e. Objetiva, porque los datos que se ponen a prueba para ser valorados no están basados en subjetivismos, estos datos deben existir en la realidad, no pueden crearse datos a través del subjetivismo. Si bien es cierto, que en la prueba indiciaria existe un lado subjetivo, este trabajo lo realiza el juzgador al momento de valorar los indicios, así como lo realiza el fiscal al momento de ofrecerlos. Solo en ese momento se utilizará la subjetividad, más no para introducir un indicio, ya que este sí debe existir.
- f. Abierta, porque la prueba por indicios supone o trae consigo la posibilidad de poder obtener mayores datos sobre una prueba, por ejemplo, si nos basamos en la obtención de un ADN para poder identificar a una persona, no solo podemos hacerlo a través de las muestras de sangre, sino que pueden ser obtenidos de partes de la piel, cabello, saliva, etc.
- g. Subsidiaria, esta característica es obvia en este tipo de prueba. La prueba por indicios como se ha mencionado anteriormente se utiliza siempre y cuando no exista prueba directa. Por lo tanto, solo se va a recurrir a esta clase de pruebas cuando sea necesaria

para acreditar la existencia de un delito. Sin embargo; no lo hace menos valioso con relación a la prueba directa.

- h. De probabilidades o inductiva, esta característica tal vez sea una de las más relevantes, porque, tiene esa particularidad que lo hace especial, pues por cada indicio obtenido nos lleva a varias conclusiones probables. Es acá donde el juzgador hará uso del razonamiento lógico y la experiencia para elegir el indicio que lo llevará a obtener una certeza sobre cierto hecho que se quiere probar. Por ello, la prueba por indicios es de naturaleza inductiva, muy por el contrario de las deductivas, que solo existen si sus premisas son verdaderas para que el resultado sea verdadero.

Ferrajoli (2001), ha señalado que, si en un proceso judicial la única forma de poder determinar la culpabilidad de una persona a través de la valoración de la prueba, hasta que no sea producida en juicio y el sujeto sea considerado culpable, tendrá que tener la condición de inocente y por lo tanto no puede restringirse su derecho a la libertad ni mucho menos relacionarlo directamente con la comisión de un hecho delictivo.

La presunción de inocencia no solamente significa tener libertad sino también de garantizar la seguridad de los ciudadanos ante las penas que son arbitrarias. Este hecho es necesario en toda sociedad para poder garantizar una defensa a todas las personas en general, los cuales conviven en un estado de derecho quienes esperan que prevalezca la justicia, y no se refiere solamente a condenar a una persona por la comisión de un delito, sino que, hasta que su situación jurídica no se resuelva, este va a seguir gozando de esta presunción de inocencia, y por lo tanto debe ser tratado como tal.

Ante ello, García (2010) se ha preguntado si la prueba indiciaria tiene ese suficiente peso de valor probatorio para que un juez pueda determinar la responsabilidad de una persona a quien se le imputa la comisión de un delito. Hoy en día la prueba por indicios tiene esa virtualidad probatoria para enervar la presunción de inocencia, siempre y cuando el juicio utilizado para llegar a un hecho sea inequívoco.

Pero aun así, este tipo de prueba nunca será suficiente para poder romper esa barrera de la presunción de inocencia si es que no puede relacionarse de forma directa con otros indicios con el hecho que se quiere probar, a través de las leyes de la lógica y la experiencia; sino

que, se deberá precisar las condiciones que estas deben tener para que puedan alcanzar el valor probatorio del mismo nivel que una prueba directa.

Ante ello el artículo 158° del C.P.P., específicamente en el apartado tres, nos precisa cuáles son los criterios que debe de considerarse al momento de enfrentarse a un hecho mediante el cual va a tener que utilizarse la prueba por indicios, y como lo ha señalado el Tribunal Supremo en el Expediente N° 00392-2019/ANCASH (2020), estos deben de ser probados y además deben guardar relación con el hecho investigado, tal es así que utilizando un razonamiento lógico se deduzca que este último hecho si fue cometido por el acusado, asimismo, esta inferencia debe tener una base sólida y que no exista un contraindicio que pueda poner en duda la comisión del hecho, de lo contrario, no cabría inferir que el delito haya sido cometido, y por lo tanto solo sería aplicable la absolución.

II. MATERIAL Y METODO

2.1. Tipo de estudio y Diseño de Investigación

Se utilizó el método de investigación mixta, es decir, donde se aplica tanto el cuantitativo y cualitativo con el fin de obtener un análisis más completo sobre lo que se va a estudiar. (Ñaupas, et al. (2014). Se ha obtenido información de la recopilación de datos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales referidos al tema y se contrastó con los resultados obtenidos de las encuestas aplicadas a los especialistas. Según Rodríguez (2019), en este tipo de método al aplicar las técnicas de cada uno de los métodos tanto cualitativas y cuantitativas de forma autónoma se obtiene información que cada uno nos ha proporcionado, comparándolo para trazar lineamientos llevándonos al objetivo planteado.

El enfoque es no experimental, conforme lo señala Hernández Sampieri, Fernández, y Baptista (1997), en este diseño las situaciones existentes no es producto de algún tipo de manipulación por parte del investigador, sino que estos ya se encontraban ahí, ya existían antes de ser observados, por lo tanto, no podrán ser manipulados, por cuanto el investigador no controla ni influye en el comportamiento de las variables, al igual que sus efectos. Es así como en este trabajo los jueces, fiscales y abogados especializados, fueron encuestados en su lugar de trabajo, y lo desarrollarán de acuerdo con su experiencia sin tener ningún tipo de incentivo o influencia en sus respuestas.

También es de tipo Descriptivo. Como lo explica Gay (2018), este tipo de nivel de investigación comprende la acumulación de datos para poder llegar a la hipótesis y solucionar los problemas planteados. Son las que sirven para la recolección de datos para la verificación de las hipótesis como: la observación, la entrevista, el test, el análisis de contenido, etc. Ñaupas, et. al (2014). En este trabajo no solo se utilizó la información obtenida de tesis, libros y artículos científicos, sino que también se ha utilizado encuestas el cual nos ha brindado la información necesaria y suficiente para el logro de los objetivos.

2.2. Escenario de estudio

Para poder realizar esta investigación se ha recurrido a expertos en la materia, como los jueces penales, fiscalías penales y abogados especializados en derecho penal, del distrito judicial

de Lambayeque. Asimismo, se empleó diferentes fuentes como trabajos de investigación (tesis), textos doctrinarios, secciones de revistas y artículos publicados en internet referidos al tema.

2.3. Caracterización de los sujetos

En esta investigación se tuvo la participación de jueces y fiscales penales así como abogados especializados en derecho penal del departamento de Lambayeque, siendo un promedio de 10 jueces penales, 4 fiscales especializados y 36 abogados, es decir, que para este trabajo se ha entrevistado a 50 expertos.

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

2.4.1 Técnicas de recolección de datos

Las técnicas utilizadas para el recojo de información se realizó por medio de la observación. Para ello se utilizó la vista para poder distinguir y escoger la información que contengan las características de las variables, sin la influencia externa que pueda alterar su contenido.

Asimismo, se utilizó la técnica de análisis documental, es decir, que una vez obtenida las fuentes de información, se procedió a interpretar y analizarlas con la finalidad de obtener un mejor conocimiento del tema, el cual sirvió para tener una mejor certeza sobre cómo es que la prueba indiciaria está siendo utilizada para los delitos de negociación incompatible.

Se empleó la técnica de encuestas para obtener información directa de las personas sujetos de muestra. También por ser una herramienta práctica y tiene llegada a todas las personas a través de la tecnología y sobre todo manteniendo siempre el anonimato de las personas encuestadas.

2.4.2 Instrumentos de recolección de datos

Técnica de Análisis documental

Esta técnica consiste en la interpretación de todos los datos obtenidos de las fuentes de información documentada, libros, revistas, artículos científicos, casos judiciales, etc; y con ello obtener un concepto mucho más completo de lo que queremos investigar. Como lo señalan Peña y Pirela (2007), citando a Solís Hernández, esta técnica consiste básicamente en elegir las ideas más relevantes de todo el cúmulo de información obtenida, con la finalidad de lograr una mejor toma de decisiones al momento de solucionar un problema.

Instrumento utilizado: Guía de análisis documental

Para poder llegar al análisis documental, se ha procedido a realizar una selección determinada de las fuentes de información, los cuales han sido aprovechados por el investigador con la finalidad de descartar aquella información que resulte irrelevante, y con ello facilitar el análisis que llevará a la obtención de los resultados que servirán para los objetivos planteados.

Técnica de encuestas

Esta técnica ha servido para poder obtener información directa de la percepción de las personas sobre un tema determinado. Según (2000), citando a Pardinás, el propósito de la encuesta es la obtención de datos para una investigación, y asilar el problema que queremos investigar.

Instrumento utilizado: Guía de Cuestionario

El cuestionario es la herramienta consistente en un formato físico o digital, que contiene preguntas sobre determinados temas que se requiere conocer, los cuales van a ser aplicados a ciertas personas con características especiales; quienes luego de ser identificadas, nos darán la información necesaria para el logro de los objetivos de la investigación, vale decir, que las encuestas siempre conservarán el anonimato de los sujetos, lo que permitirá que sus respuestas sean más sinceras.

2.5. Procedimientos para la recolección de datos

Para poder realizar la técnica de análisis de datos en primer lugar se precisó cuáles serían los objetivos conforme al problema de la investigación, de esa forma de toda la información existente se ha delimitado el derecho penal, específicamente en delitos de corrupción de funcionarios y en materia procesal sobre la prueba indiciaria. En base a ello, se ha tratado de obtener fuentes de información confiable respecto a las investigaciones realizadas relacionadas al tema, así como dogmática jurídica y jurisprudencia relevante.

Una vez delimitada la finalidad de la investigación, se ha elaborado el cuestionario que será aplicado a expertos en derecho penal y procesal penal, de los cuales se ha elegido a 10 jueces penales, 4 fiscales especializados y 36 abogados especializados, no sin antes, haber sometido a la aprobación de tres expertos para la aplicación de las encuestas.

Estos datos obtenidos por las encuestas han sido plasmadas en tablas y figuras con la finalidad de contrastarlos con la dogmática jurídica y la jurisprudencia relevante relacionados al tema, y con ello obtener los resultados que servirán para concluir con la investigación.

2.6. Procedimientos de análisis de datos

Luego de la obtención de datos a través de los instrumentos, se procedió a interpretar uno por uno toda la información obtenida, con la finalidad de poder organizarlo y categorizarlo de acuerdo a la importancia de la información.

Paso seguido, esa información es procesada para verificar si cumple o no con los objetivos de la investigación, es necesario también, recurrir a un juicio de valoración teniendo en cuenta las limitaciones de la esta.

Este análisis ha servido para realizar un mejor sustento de los resultados y poder elaborar las conclusiones, siempre considerando el problema de la investigación y sobre todo los objetivos del mismo.

2.7. Criterios éticos

La investigación, contiene todos los lineamientos de rigor y formalidad, de acuerdo con las exigencias la sociedad académica científica respetando normas internacionales de referencias bibliográficas, en aplicación de las normas APA.

2.8. Criterios de rigor científico

La severidad y calidad de los estudios cualitativos, se ajusta bajo la virtud de credibilidad, por intermedio de la encuesta a las personas que tienen experiencia en el ámbito penal, sobre todo en delitos de corrupción de funcionarios y contra la administración pública.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Resultados

Objetivo específico 1: Identificar del bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible.

Figura 1

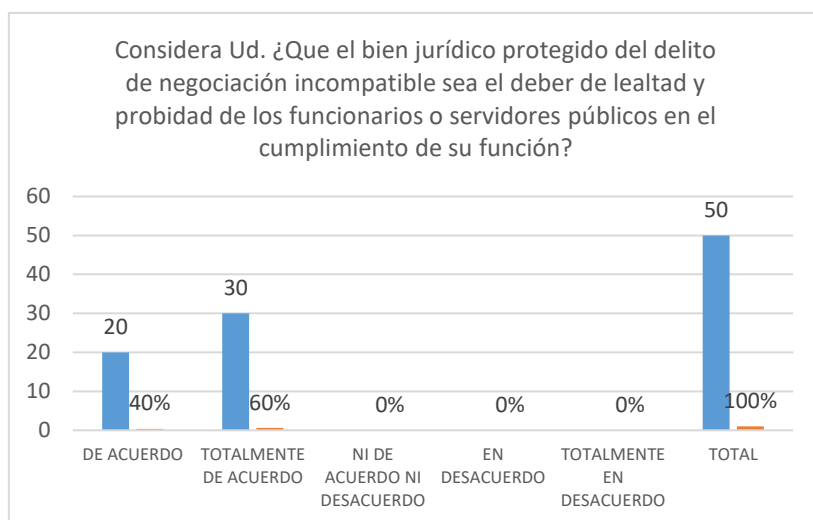


Tabla 1

El bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible

NORMA	DOCTRINA	JURISPRUDENCIA	ENCUESTAS
El Código Penal en el artículo 399°, precisa que comete el delito de negociación incompatible, aquel <i>funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato</i>	La doctrina peruana ha sido unánime al momento de sustentar su posición respecto al bien jurídico protegido, tal es así que consideran que lo que se quiere lograr es que el funcionario o servidor público, realice actos en beneficio del Estado,	En reiteradas oportunidades la Corte Suprema ha desarrollado el bien jurídico que se protege en el delito de negociación incompatible, esto es, que al ser un delito de función en representación del Estado, el sujeto activo debe garantizar los intereses del Estado sobre los de terceros,	La mayoría de los encuestados consideran que el delito de negociación incompatible tiene como bien jurídico protegido la imparcialidad del funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones. (Fig. 1).

u operación en que interviene por razón de su cargo; es decir que pone en cuestionamiento su conducta parcial dentro de los actos patrimoniales dentro de la administración pública.	pongan en primer lugar los intereses de la administración pública sobre los de terceros, por esa razón deben actuar con imparcialidad al momento de celebrar contratos o realizar operaciones.	actuando con probidad y objetividad en las operaciones realizadas con los particulares.
--	--	---

Para la obtención del resultado del primer objetivo específico, se aplicó encuestas para conocer la posición de los expertos respecto al bien jurídico que se protege con el delito de negociación incompatible, posteriormente se contrastó con lo señalado por la norma penal, la doctrina y la jurisprudencia, llegando a lo siguiente:

Descripción: La norma penal establece que se comete el delito cuando el funcionario o servidor público se interesan para sí o para un tercero al momento de celebrar contratos u operaciones en representación del Estado, es por ello que la doctrina y la jurisprudencia han considerado que lo que se protege es la imparcialidad del sujeto activo y su objetividad al momento de realizar este tipo de actos, ya que debe superponerse el interés del Estado frente al particular, y lo mismo se puede observar de las encuestas realizadas donde la mayoría se encuentran totalmente de acuerdo con ello. Por lo que se puede afirmar que el bien jurídico protegido en el delito de Negociación Incompatible es la imparcialidad y objetividad del funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones.

Figura 2

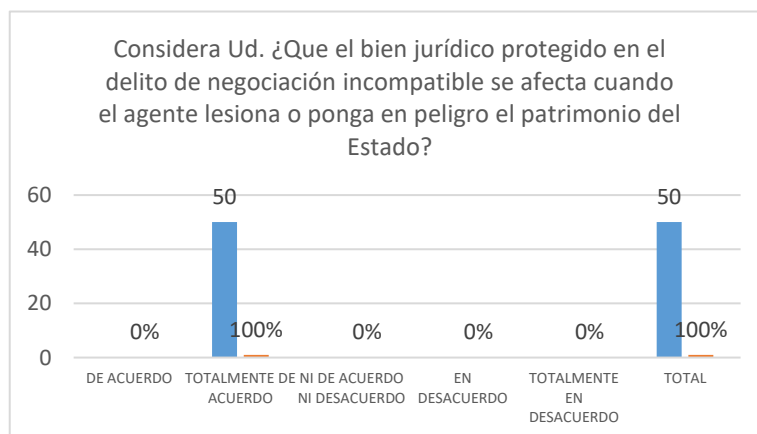
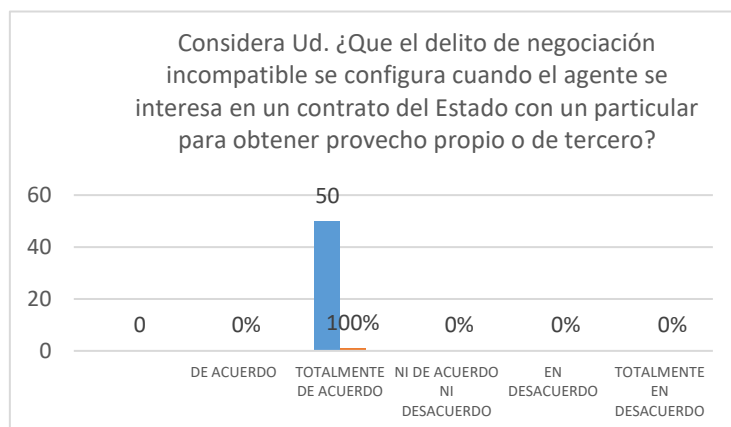


Figura 3



Objetivo específico 2: Identificar la conducta típica del delito de negociación incompatible.

Tabla 2

La conducta típica del delito de negociación incompatible

NORMA	DOCTRINA	ENCUESTAS
El tipo penal descrito en el Código Penal Peruano, tiene como requisitos el cumplimiento de ciertas conductas como el interés directo e indirecto, mediante acto simulado, en provecho propio o de tercero, en la realización de un contrato u operación; es decir, además que el sujeto activo debe ser un funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones. Basta que no se cumpla alguno de estos supuestos, el delito no se configura.	Cada uno de los comportamientos y cualidades que el tipo penal exige para la configuración del delito de negociación incompatible, ha sido desarrollado por diferentes juristas, quienes concluyeron que en primer lugar de identificarse que el sujeto activo debe ser un funcionario o servidor público en ejercicio de sus funciones, no debe ser un particular o un funcionario que desempeña cargos ajenos al contrato u operaciones económicos, luego de ello debe cumplirse en forma concatenada con los demás actos, como es el interés para sí o para tercero, y siempre debe ser cuando actúen en representación del Estado ante un contrato u operación que realicen con un particular; cabe decir que en	Todos los encuestados han señalado que el delito de negociación incompatible se configura cuando se lesiona o se pone en peligro el patrimonio del Estado, lo que nos conlleva a que en este tipo de delitos no existe la tentativa, ya que no sería necesaria el detrimento patrimonial del Estado, sino que solamente bastaría que el funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones, ponga en peligro este patrimonio, a través de los diferentes actos que se encuentran descritos en la norma adjetiva. (Fig. 2). Asimismo, han dejado claro que el provecho debe ser siempre para sí o para un tercero. (Fig. 3).

este tipo de delitos la mayoría ha considerado que no existe la tentativa, pero también hay la posición de que puede existir tal figura si se acredita que por razones ajenas el funcionario o servidor no llegan a actuar de manera indebida.

Para la obtención del resultado del segundo objetivo específico, se aplicó encuestas para conocer la opinión de expertos sobre qué se afectaría con la lesión al bien jurídico protegido y en qué momento se consumaría el delito, además de lo establecido por la ley y lo desarrollado por la jurisprudencia, llegando a lo siguiente:

Descripción: La norma penal establece una serie de comportamientos que debe desarrollarse para la comisión del delito de negociación incompatible, es decir, qué conductas debe tener el sujeto activo para que pueda acreditarse su responsabilidad, y sobre todo qué característica debe tener este para que pueda empezarse a analizar las conductas. Quiere decir, que en primer lugar debe identificarse al autor, si es que es funcionario o servidor público, inmediatamente debe verificarse que el cargo que ostenta le da la capacidad de decidir sobre contratos u operaciones que pongan en riesgo el patrimonio del Estado frente al particular, y a partir de ahí recién verificar el resto de los comportamientos; caso contrario la conducta sería atípica.

Objetivo específico 3: Determinar qué conductas o qué hechos deben ser probados en la vía administrativa para poder ser valorados como prueba indiciaria en el delito de negociación incompatible.

Respecto al objetivo tres, se ha tenido en cuenta tres requerimientos acusatorios realizados por las Fiscalías Especializadas en delitos de Corrupción de funcionarios del departamento de Lambayeque y una sentencia emitida por el Juzgado Penal Colegiado especializado en delitos de Corrupción de funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Tabla 3: Hechos que deben ser probados en la vía administrativa para poder ser valorados como prueba indiciaria en el delito de negociación incompatible

Sentencia condenatoria		Requerimientos acusatorios					
Expediente	367-2017 el Décimo Juzgado Penal Colegiado de Chiclayo (2022)	Expediente	N°	Expediente	N°	Expediente	N°
		11235-2018	(2019)	1924-2017	(2019)	6702-2015	(2016).
En este caso, el juzgado ha motivado su sentencia en que el funcionario público habría realizado actos que han conllevado el favorecimiento del tercero en perjuicio del Estado, ya que en razón de su cargo tenían competencias directas para intervenir en la fase de contratación. Asimismo, ha precisado que admitieron requisitos de contratación que no estaban permitidos, han postergado los plazos de manera injustificable y evitaron que se aplique la penalidad por retraso injustificado de ejecución de obra, por último se otorgaron adelantos fuera del plazo legal y en montos de dinero que no correspondían.	La tesis incriminatoria consistió en que existieron irregularidades en un Proceso de Contratación, en la etapa de ejecución contractual se advirtió que no se entregaron los bienes adjudicados en el plazo establecido, no se cobró la penalidad correspondiente, pese haberse entregado extemporáneamente los mismos, recibiendo bienes que no cumplían con los requisitos ofertados por el postor, ocasionando perjuicio al Estado, conllevando a la inaplicación de la penalidad por mora, así como haber cancelado el importe de S/ 32, 709.60 soles por bienes que no son utilizados.	En este caso, la fiscalía precisó que los hechos consistieron en que el Jefe de la Unidad Formuladora de la GSR-C se encargó de la elaboración de los Requerimientos Técnicos Mínimos para la contratación de consultoría, formando parte de los Términos de Referencia que serían incluidas en las bases administrativas integradas. Posteriormente el comité especial se reúne para elaborar las bases administrativas con los criterios a los términos de referencia. La formulación de los TDR, conforme a las normas de contrataciones, debía realizarse evaluando las alternativas técnicas y las posibilidades que ofrece el mercado sobre el tema materia de	En este caso también se habría elaborado bases administrativas de contratación teniendo en cuenta las descripciones generales y detalles técnicos mínimos de las cotizaciones presentadas por una empresa en particular, las mismas que difieren de las requeridas por el área usuaria, favoreciendo de esta manera a un único postor.				

análisis, evaluación que debía permitir la concurrencia de pluralidad de proveedores y además que se debía evitar incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento sólo favorecía a un determinado postor; situación que no ocurrió en el presente caso, por el contrario para los profesionales que se requerían contratar se establecieron requisitos excesivamente específicos, que no eran necesarios y menos guardaban relación. directa con el objeto del proceso y los trabajos que se iban a desarrollar,

Para la obtención del resultado del tercer objetivo específico, se analizaron tres requerimientos acusatorios y una sentencia condenatoria, de la jurisdicción de Lambayeque, concluyendo a lo siguiente:

Descripción: El delito de negociación incompatible se da cuando el trabajador estatal con capacidad de mando se interesa de manera indebida de forma directa o a través de otros, sobre un contrato u operación, para su beneficio o la de un particular, ya sea familia o amigos, y estos actos puede incluso ser simulado tratando de aparentar que actúa a favor del Estado, cuando en realidad lo que le importa es sacar provecho de esto para sí o terceros. Estos actos al ser dentro de la administración pública se derivan del propio reglamento interno de cada entidad, es decir que, al tener un protocolo para cada acto, debe respetarse todos y cada uno

de los requisitos que estos poseen, y no pueden omitirse o saltarse, ni mucho menos crear condiciones que solamente van a beneficiar a un postor en particular.

Sin embargo, es muy importante verificar si el funcionario o servidor público no solo ha actuado de manera contraria a las normas administrativas de la entidad; sino también haber obtenido el provecho al realizar un contrato u operación en perjuicio del Estado, ya que si se indica que el provecho es para el tercero, mínimamente debe acreditarse que este tercero guarde cierto tipo de relación con el funcionario público con la finalidad de acreditar el móvil, caso contrario, estaríamos ante un posible delito de omisión de actos funcionales, mas no del delito de negociación incompatible; es por ello que casi siempre es difícil obtener una prueba directa que relacione la conducta del funcionario o servidor público con el delito de negociación incompatible.

Figura 4

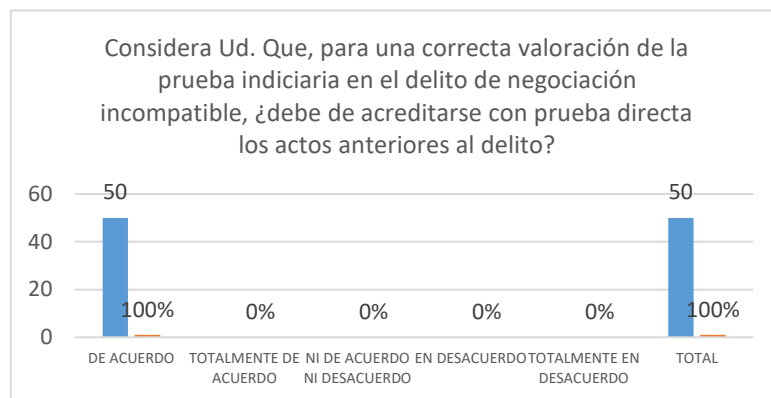
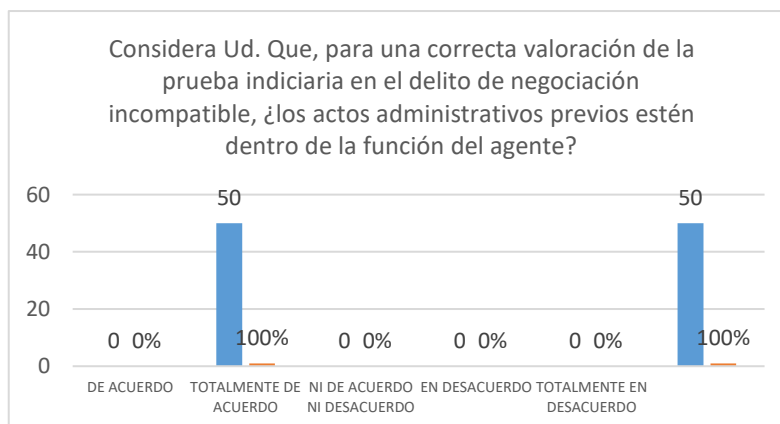


Figura 5



Objetivo específico 4: Describir cómo es que debe ser valorada la prueba indiciaria para la tipificación del delito de negociación incompatible

Tabla 4: Valoración la prueba indiciaria para la tipificación del delito de negociación incompatible

<p>Acuerdo plenario N° 01-2006/ESV-22: (a) que el indicio ha de estar plenamente probado con los medios de prueba que señala la norma procesal, sino la sospecha no tendría un sustento, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) deben tener relación con el hecho a probar, ya que no todos los indicios guardan relación (d) por último deben reforzarse entre sí, es decir, que los indicios deben guardar relación entre ellos, si es que son varios, evitando que se excluyan y sobre todo que no excluyan al hecho investigado.</p>	<p>Recurso de Nulidad N° 179-2020-Puno: Además de recoger lo señalado por el Acuerdo Plenario N° 01-2006, agrega que el grado de exigencia debe superar a la prueba directa.</p>
<p>Expediente N° 00060-2021-03: Señala que al utilizar los indicios, no debe ser por la inexistencia de prueba corroborativa, sino por deficiencia motivacional, por ello, no basta sustentar que se “infiera” cierto hecho, sino que dicha inferencia contenga los estándares y reglas específicas, de acuerdo a su naturaleza. Este indicio debe ser un dato de un hecho que existe y que ha sido probado y que conlleva hacia una información que está por descubrirse. Señala también que, su característica más resaltante es que su finalidad no acreditar directamente el hecho conforme a las reglas penales, sino que sirve para acreditar o probar un hecho que nos va a servir como nexo causal para los que se tratan de probar</p>	<p>Expediente N° 180-2020-La Libertad: Sintetisa como reglas internas de prueba indiciaria los siguientes: en primer lugar que los indicios deben acreditarse, que existen, sin confundirlos con las pruebas que corroboran su existencia; sobre todo que estén relacionados con el hecho investigado, deben ser plurales y ser valorados de manera conjunta, no aislada. En segundo lugar, el razonamiento que se emplee debe estar desarrollado utilizando conectores claros y directos, con la reglas de la lógica y las máximas experimentales. Como tercer punto, que el hecho que se pretende probar con los indicios, debe encontrarse vigente. Por último, que no exista contra prueba, es decir, que los indicios utilizados no deben tener otros que los contradigan, deben ser certeros y absolutos.</p>

De la misma forma, para lograr los resultados respecto al cuarto objetivo específico, se utilizó lo obtenido en las encuestas, donde todos han coincidido que las conductas previas

deben estar en función del agente y además que se encuentren debidamente acreditadas, y con ello, se analizó lo establecido por la jurisprudencia relevante, llegando a lo siguiente:

Descripción:

La Sala de la Corte Suprema se ha esmerado en establecer ciertos parámetros que deben servir de guía para que los operadores de justicia no tengan ningún problema al momento de imputar un hecho utilizando la prueba indiciaria. En sí, lo que debe tenerse en cuenta es que, los indicios se encuentren probados; que sean plurales, es decir que no es suficiente un indicio para acreditar el delito; que estos indicios se interrelacionen entre sí y que, al ser valorados de manera conjunta, conlleven a probar el delito investigado, no uno diferente, por último que no exista indicios contradictorios o que desacrediten a alguno, asimismo, que su exigencia probatoria debe ser superior a una prueba directa. De la figura 4, podemos advertir que todos los encuestados están de acuerdo en que los actos anteriores deben encontrarse acreditados para que pueda servir como indicio suficiente para la configuración del delito de negociación incompatible. De igual forma, conforme a la figura 5, todos los encuestados están conformes con que estas conductas deben estar en siempre en función del agente.

3.2. Discusión de resultados

Identificación del bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible.

El delito de negociación incompatible es un delito de corrupción, es por eso que no cualquier persona es pasible de sanción, si bien alcanza a los particulares, siempre debe estar presente la conducta del funcionario o servidor público. Esa conducta conforme lo establece el recurso de nulidad N° 2770-2011-Piura (2012), no debe limitarse a la sola infracción administrativa, sino de los requisitos que el tipo penal establece; por ello, que el bien jurídico que se protege es la imparcialidad del trabajador público respecto al cargo que ostenta. En la misma línea la Casación N° 76-2017 (2017), señala que por la ubicación en que se encuentra el delito en el Código Penal, lo que se protege no es el patrimonio del Estado por lo cual no se exige un perjuicio patrimonial, sino el correcto desempeño del funcionario o servidor estatal en el ejercicio de su cargo.

Asimismo, en el Expediente N° 00031-2017 (2019) es de la posición que el bien jurídico del delito de negociación incompatible es la lealtad y probidad del funcionario o servidor público en el ejercicio de su función siempre a favor del Estado, es por ello que no se exige un perjuicio económico a la administración pública, basta con el solo hecho de ponerlo en peligro, por lo que sus deberes se sustentan en que debe actuar de forma imparcial y transparencia. Este criterio también se recoge en la Resolución N° 03 recaída en el Expediente N° 00028-2019 (2020), donde deja claro que el delito de negociación incompatible lo que tutela es la imparcialidad y transparencia del funcionario y servidor público al momento de tomar decisiones en el ámbito de su cargo que se le fue conferido dentro de la administración pública.

Por último, de las encuestas realizadas hemos podido advertir que la mayoría está muy de acuerdo que lo que se protege con el delito de negociación incompatible, es la lealtad del funcionario público referida a la imparcialidad que debe tener al momento de realizar contratos u otras operaciones en nombre del Estado, de esa forma, no importa si se ha ocasionado daño patrimonial a la entidad estatal, sino que solo exige que se ponga en peligro sus caudales.

Es por ello que, se llega a la conclusión de que el bien jurídico que tutela el delito de negociación incompatible o también llamado aprovechamiento indebido del cargo, es la conducta imparcial y transparente del funcionario o servidor público, el cual ha sido delegado para representar al Estado en una contratación u operación de cualquier índole, y para ello debe priorizar los intereses del Estado en las tomas de decisiones sobre el particular.

Identificación de la conducta típica del delito de negociación incompatible.

Para la concretización de este delito se necesita la intervención de varios elementos, como el interés directo o indirecto, ya sea mediante acto simulado, para la obtención de un provecho propio o de tercero, por medio de un contrato u operación como objeto del hecho punible, además que debe existir una relación funcional entre el bien jurídico protegido, sujeto activo y sujeto pasivo, Rojas (2007).

En esa línea, se debe empezar por identificar si el autor es un funcionario o servidor público, ya que al ser delitos de corrupción no se le puede atribuir a un particular sin la participación

de un trabajador estatal. Asimismo, que los actos que realice sean en función de su cargo, es decir, que haya tenido la facultad para la toma de decisiones al celebrar contrato o realizar algún tipo de operación que involucre el patrimonio del Estado, es por ello que no basta que el sujeto activo cometa cualquier infracción administrativa, sino que estos pongan en peligro el patrimonio del Estado por un actuar parcializado en favor del particular sobre los intereses de la administración pública.

Asimismo, este tercero no debe ser cualquier persona o entidad, sino que debe relacionarse a un entorno familiar y amical, ya que es esto lo que motiva al funcionario o servidor público, para que se comporte de manera parcial direccionando todos los procedimientos administrativos a favor de alguien en particular; pue es imposible, que una persona se interese de manera desinteresada en un acto público. Por lo que, para la acreditación de esta conducta, debe acreditarse la conexión o vínculo que tiene esta tercera persona con el funcionario o servidor público, pues de lo contrario estaríamos en una causa de atipicidad, Salinas (2015).

Descripción sobre qué conductas o qué hechos deben ser probados en la vía administrativa para poder ser valorados como prueba indiciaria en el delito de negociación incompatible.

El delito de negociación incompatible es un delito cometido contra la administración pública, por parte del funcionario o servidor público a quien se le otorga facultades de representación y decisión para celebrar contratos o realizar operaciones que involucren al patrimonio del Estado. Es por ello que para poder determinar si el sujeto activo actuó contrario a los intereses del Estado, debió haber realizado acciones dentro de la administración pública para poder favorecer a un particular, obteniendo de eso un provecho propio o para tercero.

En esa línea, los hechos que deben estar probados para poder utilizarlos como indicios de la comisión del delito de negociación incompatible, son precisamente aquellos que conlleva a que el funcionario o servidor público utilizando su poder de decisión favorezca a un particular en un contrato u operación, y dicho acto ponga en peligro el patrimonio del Estado. Ahora bien, conforme lo precisa el Recurso de Nulidad N° 2770-2011-Piura (2012), “... el solo hecho de omitir en un inicio el Informe Favorable del Supervisor de la obra, no

constituye indicio suficiente para la comisión del delito...”, es decir, que cualquier irregularidad administrativa no es idónea para ser utilizado como indicio.

Es así que en la Casación N° 396-2019-Ayacucho (2020), se precisa que los hechos probados y que el juzgado ha considerado como meros actos administrativos subsanables, no es compartida por la Corte Suprema, ya que se había tratado de requisitos anteriores y obligatorios, no posteriores y por lo tanto de eran subsanables de forma posterior; en este caso, los encargados de otorgar la buena pro omitieron exigir los requisitos obligatorios y con ello, la Sala concluye que sí existieron indicios para la configuración del delito de negociación incompatible.

Con lo que se concluye que hay actos administrativos que pueden o no ser considerados indicios suficientes para que el delito de negociación incompatible sea probado, y esto debe ser sometido a un análisis exhaustivo por parte del Juzgador al momento de valorarlos, ya que si bien no cualquier acción u omisión realizado por el funcionario o servidor público es considerado indicio suficiente para acreditar el delito, estos deben estar debidamente motivados, utilizando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia; caso contrario siempre veremos posiciones diferentes respecto a la valoración de la prueba indiciaria para el delito de negociación incompatible.

Descripción de cómo es que debe ser valorada la prueba indiciaria para la tipificación del delito de negociación incompatible.

En este punto debemos tener en cuenta lo referido por el (Acuerdo plenario N° 01-2006/ESV-22 de fecha 13 de octubre de 2006), que establece como precedente vinculante lo desarrollado en el fundamento cuarto del Recurso de Nulidad N° 1912-2005-Piura (2005), el cual señala que existen ciertos requisitos para que la prueba indiciaria tenga validez, y estos deben cumplirse de acuerdo con el indicio mismo como a la deducción e inferencia y no debe ser prueba directa de la comisión del hecho investigado, sino de otro que nos lleve al delito primigenio, un hecho intermedio relacionado con el primero que se quiere probar, debiendo además cumplir con los siguientes requisitos: **(a)** el indicio debe estar plenamente probado con medios de prueba, caso contrario la sospecha no tendría sustento, **(b)** deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, **(c)** deben

correlacionarse con el hecho a probar **(d)** por último deben reforzarse entre ellos, de ser varios, no deben excluirse entre sí, sobre todo al hecho investigado.

Estos criterios han sido recogidos en el Recurso de Nulidad N° 179-2020-Puno (2022), el cual agrega que este indicio debe tener nivel de exigencia superior al de la prueba directa. De la misma forma el expediente N° 00060-2021-03 (2023) dice que cuando se va a utilizar los indicios, no debe ser por inexistencia de prueba corroborativa, sino por deficiencia motivacional, por ello, no basta sustentar que se “infiere” cierto hecho, sino que dicha inferencia contenga los estándares y reglas específicas, de acuerdo a su naturaleza. Este indicio debe ser un dato de un hecho que existe y que ha sido probado y que conlleva hacia una información que está por descubrirse. Esta inferencia y deducción están determinados por las reglas de la experiencia o en el conocimiento de determinadas cuestiones técnicas o científicas, del hecho conocido para inferir la existencia o inexistencia de otro, que es su consecuencia. Y por último el hecho que está por descubrirse, es a consecuencia del que ya se conoce, cuyo objetivo fue comprobar la existencia o no del hecho del que se deduce como lógica secuela del hecho indicador. Señala también que, su característica más resaltante es que su finalidad no acreditar directamente el hecho conforme a las reglas penales, sino que sirve para acreditar o probar un hecho que nos va a servir como nexos causales para los que se tratan de probar.

En síntesis, para poder realizar una correcta valoración de la prueba indiciaria debemos tener presente lo señalado por el N° 01-2006/ESV-22 de fecha 13 de octubre de 2006 y lo establecido por la Sala Penal Permanente en el Expediente N° 180-2020-La Libertad (2020), cumpliendo estos criterios que la Corte Suprema precisa, se tendrá una fundamentación más precisa y exacta al momento de valorar la prueba indiciaria para responsabilizar a una persona la comisión del delito de negociación incompatible, caso contrario, si nos apartamos de estos parámetros, es muy probable que existan deficiencias al momento de sustentar un requerimiento acusatorio, y a nivel judicial, que la sentencia no se encuentre debidamente motivada.

Verificación de si la prueba indiciaria está siendo valorada correctamente para tipificar el delito de negociación incompatible.

Considerando lo resuelto por la Casación N° 180-2020-La Libertad (2020), ha llegado a la conclusión, que la Sala Superior inobservó la garantía de tutela jurisdiccional de los imputados en orden a la prueba por indicios, se infringió la debida aplicación, análisis de la imputación objetiva del delito de negociación incompatible y se violó la garantía de motivación.

Asimismo, en el Expediente 367-2017 el Décimo Juzgado Penal Colegiado de Chiclayo (2022), que condena a los acusados por el delito de Negociación Incompatible, solamente ha tomado en cuenta las posibles irregularidades en el procedimiento administrativo por parte de los funcionarios públicos, favoreciendo a un tercero. Sin tener en cuenta los requisitos que exige la Corte Suprema para poder realizar un examen de valoración adecuada de los indicios, por lo que se advierte un desconocimiento de dichos preceptos.

Por otro lado, la Fiscalía Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque, en el Expediente N° 11235-2018 (2019), Expediente N° 1924-2017 (2019), Expediente N° 6702-2015 (2016), presentó su requerimiento acusatorio por la presunta comisión del delito de Negociación Incompatible, sin haber realizado un análisis de valoración de prueba indiciaria para cada caso, es decir, solamente ha señalado actos administrativos que habrían sido cometidos de manera indebida por el funcionario público, y con ello acreditar que favoreció a un tercero perjudicando el patrimonio del Estado; cabe mencionar que estos procesos hasta la fecha aun no ha sido resueltos por el Juzgado, pero si es menester advertir que los requerimientos acusatorios carecen de fundamento respecto a la utilización de indicios para probar la comisión del delito de negociación incompatible, con lo que también se observa un desconocimiento de lo señalado por la Corte Suprema respecto a cómo es que debe ser valorado los indicios para poder acreditar el hecho o delito principal.

Por ende, la comisión de una serie de actos funcionariales que podrían presumir que el delito de negociación incompatible se encuentra probado, carece de un análisis de los indicios que puedan llevar a la comisión del delito primigenio, por lo que en la tesis fiscal, no existe una valoración adecuada de los indicios para responsabilizar a los acusados del hecho ilícito.

3.3. Aporte práctico

La finalidad de la investigación es dar posibles soluciones al problema identificado, en este caso la cuestión a desarrollar fue si la prueba indiciaria estaría siendo valorada de forma correcta al momento de tipificar el delito de negociación incompatible. Para ello, se ha tenido en cuenta la jurisprudencia desarrollada por la Sala Penal Suprema del Perú, quien a través del Acuerdo Plenario N° 01-2006/ESV-22 de fecha 13 de octubre de 2006 y lo establecido por la Sala Penal Permanente en el Expediente N° 180-2020-La Libertad (2020), ha precisado los criterios que se debe considerar al momento de valorar la prueba indiciaria para responsabilizar a una persona la comisión del delito de negociación incompatible, caso contrario, es muy probable que existan deficiencias al momento de sustentar un requerimiento acusatorio, y a nivel judicial, que la sentencia no se encuentre debidamente motivada.

Es así que, de los casos que se han elegido y que se ha podido obtener, se verificó que tanto a nivel fiscal como jurisdiccional (primera y segunda instancia) no desarrollan criterios de valoración de prueba indiciaria el momento de responsabilizar a una persona la comisión del delito de negociación incompatible, esto debido a que las fiscalías y juzgados especializados han sido creados de forma rápida y sin tener criterios al momento de elegir el magistrado que estará al frente de estos.

Es por ello que, se evidencia una deficiencia al momento de sustentar un requerimiento acusatorio y motivar una sentencia condenatoria, tal es el caso del Expediente 367-2017 el Décimo Juzgado Penal Colegiado de Chiclayo (2022); Expediente N° 11235-2018 (2019); Expediente N° 1924-2017 (2019); Expediente N° 6702-2015 (2016) de los cuales solo el primero se encuentra con sentencia condenatoria y una apelación por resolver, por los demás aún se encuentran en etapa de juzgamiento pese al tiempo transcurrido los juicios de estos tres últimos procesos aun no terminan.

Es por ello que, se ha considerado que una posible solución al problema sería la creación de más fiscalías y juzgados especializados pero con la condición de que los magistrados y personal fiscal y jurisdiccional, entren a un proceso de preparación y capacitación constante, sobre todo a los jueces y fiscales quienes son, a las finales, quienes determinarán si los investigados son responsables o no de un delito de corrupción. Esta capacitación estaría

mayormente dirigida por fiscales y jueces supremos, quienes ya han desarrollado doctrina jurisprudencial en base a estudios y experiencia misma.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

PRIMERO: El bien jurídico que tutela el delito de negociación incompatible o también llamado aprovechamiento indebido del cargo, es la conducta imparcial y transparente del funcionario o servidor público, el cual ha sido delegado para representar al Estado en una contratación u operación de cualquier índole, y para ello debe priorizar los intereses del Estado en las tomas de decisiones sobre el particular.

SEGUNDO: La conducta típica del delito de negociación incompatible consiste en la conformación de varios elementos, como el interés directo o indirecto, ya sea mediante acto simulado, para la obtención de un provecho propio o de tercero, por medio de un contrato u operación como objeto del hecho punible, además que debe existir una relación funcional entre el bien jurídico protegido, sujeto activo que puede ser el funcionario o servidor público y sujeto pasivo que únicamente debe ser el Estado.

TERCERO: Los actos administrativos considerados como indicios para el delito de negociación incompatible debe estar no solamente probado, sino que debe ser sometido a un análisis exhaustivo por parte del Juzgador al momento de valorarlos, ya que si bien no cualquier acción u omisión realizado por el funcionario o servidor público es considerado indicio suficiente para acreditar el delito, estos deben estar debidamente motivados, utilizando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia; caso contrario siempre veremos posiciones diferentes respecto a la valoración de la prueba indiciaria para el delito de negociación incompatible.

CUARTO: La prueba indiciaria debe ser valorada teniendo en cuenta cuatro criterios: en primer lugar se debe probar que el indicio existe y esto solo se verificará utilizando la norma procesal, es decir, que las pruebas directas que se obtengan deben para acreditar la existencia del indicio, de esa forma no quedaría en una sola sospecha; en segundo lugar, debe existir más de un indicio que puedan fortalecer la sospecha, y en caso de que solo exista uno, este debe ser tal que tenga suficiente poder probatorio; otro aspecto a considerar es que, estos indicios no deben ser independientes uno del otro, es decir, que deben estar conectados de tal forma que al ser analizados en conjunto se llegue a la convicción de que el delito previo

existe y ha sido cometido por el investigado; y por último, los indicios que se utilicen deben reforzarse entre ellos, sin excluirse entre sí, y sobre todo que no lleve a probar la existencia de un delito diferente al investigado.

QUINTO: Se advierte que tanto a nivel fiscal (requerimiento acusatorio) y a nivel de primera y segunda instancia en los juzgados, aun existe deficiencias al momento de valorar los indicios para probar el delito de negociación incompatible, y esto se da en razón de que no están utilizando lo establecido por la Corte Suprema respecto a la valoración de la prueba por indicios, hecho que genera una desazón por parte de los abogados de los investigados y Fiscales especializados, quienes tienen que recurrir muchas veces a la Sala Suprema mediante recurso casacional con la finalidad de obtener un pronunciamiento más completo.

4.2. Recomendaciones

PRIMERO: Al Ministerio Público que sus requerimientos de acusación no solo se limiten a presentar una lista de las irregularidades que pudieron haber cometido los funcionarios o servidores públicos, para pretender probar la comisión del delito de negociación incompatible, sino que además de ello, deben realizar un análisis valorativo del por qué esos actos son indicios que llevarían a que el delito de negociación incompatible se encontraría probado, y para ello deben utilizar lo establecido por la Corte Suprema.

SEGUNDO: A los jueces de investigación preparatoria, que al ser jueces de garantía, realicen un mejor control de admisibilidad de los medios de prueba que presentan las partes para que puedan debatirse en la etapa de juzgamiento, ya que si bien no están en una etapa donde se valore los medios de prueba ofrecidos o si se cometió o no el delito, tienen que exigir al Ministerio Público que precisen qué indicios conlleva a otro para poder llegar al delito primigenio, no valorarlo sino que sea precisado, para que de esa forma el saneamiento procesal cumpla su función en la etapa intermedia.

TERCERO: A los jueces de fallo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque especializados en delitos de Corrupción de Funcionarios, utilizar los criterios que la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia ha señalado para la valoración de la prueba indiciaria, de esta manera sus sentencias tendrán un sustento más sólido y en caso sean apelados o

llevados hasta Casación, su resultado será el mismo, y con ello se conseguirá una seguridad jurídica para las partes procesales y para la sociedad.

CUARTO: A los abogados quienes patrocinan a investigados por delitos de negociación incompatible, que sustenten su tesis absolutoria basándose en lo señalado por la Corte Suprema respecto a la valoración de la prueba indiciaria en este tipo de delitos, ya que si bien el Ministerio Público realiza la imputación, es el juzgador quien va a resolver de acuerdo a los fundamentos oralizados por las partes, ya que si bien existe el principio de iuria novit curia, siempre es necesario hacer presente lo establecido por la Corte Suprema, más que todo para una debida motivación al momento de emitir su sentencia.

REFERENCIAS

- García, P., & Vílchez, R. (2020). *Delitos contra la Administración Pública* (Primera Edición ed.). Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- García, P. (2015). El valor probatorio de la prueba por indicios en el nuevo proceso penal. En P. García, M. Herrera, E. Hernández, F. Ugaz, E. Arismendiz, F. Saavedra, . . . B. Espinoza, *La prueba en el proceso penal* (Primera edición ed., pág. 286). Lima: Instituto Paífico.
- Flores, J. (2018). *El delito de colusión y negociación incompatible desde la perspectiva de nuestra Corte Suprema*. Pontificia Universidad Católica del Perú Facultad de Derecho, Lima, Lima. Obtenido de https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13960/FLORES_MARROU_JHOSELU_ANTHUANET.pdf?sequence=1
- García, M. (2018). *ANÁLISIS DEL SENTIDO O NUCLEO DE LA PROHIBICIÓN PENAL PARA ADECUAR LA TIPIFICACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LOS CONTRATOS U OPERACIONES ESTATALES*. Tesis de Licenciatura, Universidad Señor de Sipán, Lambayeque, Pimentel. Obtenido de <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/5932/Garc%C3%ADa%20Baldera,%20Mar%C3%ADa%20Milagros.pdf?sequence=1>
- NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL*. (2004). Lima.
- Díaz, I. (2016). *EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO*. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, Salamanca. Obtenido de https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/131865/DDPG_DiazCastilloI_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf;jsessionid=4FE0F1508DCA068BD920AF0FD1D7230B?sequence=1
- Bolaños, L., Calderón, L., & Hernando, O. (2014). *LA PRUEBA INDICIARIA EN LA LEY 906 DE 2004 COMO FUNDAMENTO DE SENTENCIA*. Especialización, Universidad Católica del Norte, Bogotá. Obtenido de https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4619/TG_EDPP_33.pdf?sequence=1

- Cusi, J. (25 de 01 de 2017). *Pasión por el derecho*. Recuperado el 15 de 07 de 2022, de Seis patologías de la prueba indiciaria: <https://lpderecho.pe/seis-patologias-de-la-prueba-indiciaria/>
- Acuña, H. (2018). *CONTROVERSIAS DE LA CONDENA MEDIANTE PRUEBA INDICIARIA Y LA AFECTACION AL DERECHO DE PRESUNCION DE INOCENCIA CORTE SUPERIOR DE HUAURA -AÑO 2017*. Tesis de Licenciatura, UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN, Huaura - Lima, Huacho. Obtenido de <https://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/UNJFSC/2837/HENRY%20GUSTAVO%20ACU%20C3%91A%20VARGAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sueldo, J. (2020). *Deficiencia en la aplicación de la prueba indiciaria en los procesos penales del sistema de anticorrupción en la provincia de Huancayo*. Tesis de Licenciatura, Universidad Continental, Huancayo. Recuperado el 15 de 07 de 2022, de https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/8162/3/IV_FDE_312_TE_Sueldo_Ulloa_2020.pdf
- Obregón, R. (2018). *La prueba del dolo en el delito de negociación incompatible*. Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Lambayeque. Recuperado el 07 de 07 de 2022, de <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/3195/BC-TES-TMP-1962.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Quispe, E. (diciembre de 2019). La prueba indiciaria. Análisis fenomenológico de la valoración de la prueba indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 10(12), 18.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la administración pública* (Quinta Edición ed.). Lima: Editorial Iustitia.
- Frisancho, M. (2017). *Delitos contra la administración pública. Delitos cometidos por particulares* (Quinta edición ed.). Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Bramont, L. (1995). *Código Penal anotado*. Lima: San Marcos.
- Reátegui, J. (2015). *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores.
- Soler, S. (1951). *Derecho penal argentino* (Vol. V). Buenos Aires, Argentina.
- García, P. (2010). *La prueba por indicios en el Proceso Penal* (Primera edición ed.). (I. d. penal, Ed.) Lima: Editorial Reforma.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 728-2008 (Constitucional 2008).

Recurso de Nulidad, 1912-2005 (2005).

Mittermaier, C. (2006). *Tratado de la prueba en materia criminal - Traducido por Gonzales el Alba*. Buenos Aires, Argentina.

Álvarez, F. (2020). *El injusto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción*. Lima: Ideas soluciones.

Recurso de Casación, 392-2019 (Supremo 2020).

Ñaupas, H., Mejía, E., Novoa, E., & Villagómez, A. (2014). *Metodología de la Investigación Científica. Cuantitativa - Cualitativa y Redacción de Tesis* (Cuarta ed.). (A. Gutierrez, Ed.) Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.

Rodríguez, R. (2019). *La metodología en la investigación jurídica en el derecho*. Xalapa - México: Universidad de Xalapa. Obtenido de https://ux.edu.mx/wp-content/uploads/To%CC%81picos-de-Metodologi%CC%81a-de-la-Investigacio%CC%81n-Juri%CC%81dica_compressed.pdf

Villabella, C. (2020). *LOS MÉTODOS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA. ALGUNAS PRECISIONES*. México. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/12a.pdf>

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (1997). *Metodología de la Investigación*. Colombia: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Presupuestos materiales de la prueba indiciaria, 1912-2005-Piura (Sala Penal Permanente 06 de 09 de 2005).

Recurso de agravio constitucional, 1014-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional 05 de 04 de 2007).

Recurso de agravio constitucional, 728-2008-PHC/TC (Tribunal Constitucional 13 de 10 de 2008).

Recurso de nulidad, 2770-2011-PIURA (Sala Penal permanente 12 de 09 de 2012).

Gavilan, J. (2018). *INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA POR IMPUTACIONES FISCALES EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y SU VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA EN TACNA, AÑOS 2014 Y 2015*. Tesis de maestría, Universidad Privada de Tacna, Escuela de Post Grado, Tacna. Obtenido de <https://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12969/583/Gavilan-Pariguana-Jesús.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Serquen, J. (2021). *EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y LA COMPLICIDAD DEL EXTRANEUS ENTORNO A LA TEORÍA DE LA UNIDAD*. Tesis de licenciatura, Universidad particular de Chiclayo, Escuela de Derecho, Chiclayo.
- aq2rgwr, Rodriguez, A., & Cueto, F. (2019). *EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA REFORMA LEGAL*. Tesis de licenciatura, Universidad de Chile, Departamento de Ciencias Penales, Santiago.
- ps://lpderecho.pe/delito-negociacion-incompattible. (9 de 11 de 2020). *Pasión por el derecho*. Obtenido de Jurisprudencia peruana del delito de negociación incompatible: <https://lpderecho.pe/delito-negociacion-incompatible-peligro-concreto-abstracto-casacion-396-2019-ayacucho/>
- Contreras, R. (2006). La prueba indicaria. En C. d.-F. UNAM, *Homenaje a Bernardo Pérez Fernández del Castillo*. Porrúa, México, México.
- Trinidad, J., & Guevara, H. (2001). *VALORACION DE LA PRUEBA INDICIARIA*. Tesis de Licenciatura, UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, DEPARTAMENTO JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES , San Miguel.
- Constantino, P. (2021). *LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO IMPROPIO*. Tesis de licenciatura, UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO, ESCUELA DE DERECHO, Chiclayo.
- Tuesta, A. (2018). *APLICACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE DURANTE LOS AÑOS 2015-2016*. Tesis de licenciatura, Universidad Señor de Sipán, ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO , Pimentel.
- Perez, L. (2007). *La Eficacia de la Prueba Indiciaria en el Proceso Penal Ecuatoriano*. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Programa de Maestría en Derecho Procesal, Quito.
- Torres, A. (2011). *Código Civil Comentado* (7º ed., Vol. I). Lima: IDEMSA.
- Suarez, C. (2001). *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. Lima, Lima, Perú: GRIJLEY.
- Rojas, F. (2002). *Delitos contra la administración pública* (Vol. 3era Edición). Lima, Lima, Perú: GRIJLEY.
- Rueda, A. (2013). *Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública*. Lima, Lima, Perú: IDEMNSA.

Código Penal. (2013). *Código Penal modificado por Ley N° 30124*. Lima, Lima, Perú.

Recurso casatorio, 634-2015 (Corte Suprema 28 de 28 de 2016).

Heydegger, F. (2013). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Lima, Perú: IDEMSA.

Montealegre, E. (2003). *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje al profesor Günter Jakobs*. (Vol. Tomo I). Bogotá, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

García, P. (2014). *Responsabilidad penal del partícipe Extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Lima, Perú: Jurista Editores.

Código Penal. (2018). Lima, Lima, Perú: GRIJLEY.

Salinas, R. (2015). *El delito de negociación incompatible en nuestro sistema jurídico* (Vol. Vol. 17). Lima, Lima, Perú: Actualidad penal - editorial Pacífico.

Recurso de Nulidad, 2770-2011 (Corte Suprema 12 de septiembre de 2012).

Sentencia de Casación, 628-2015-Lima (Sala Penal Transitoria 05 de Mayo de 2016).

Castillo, L. (2002). *El delito de negociación incompatible*. Lima, Lima, Perú: Jurista Editores.

Castillo, J. (2015). *El delito de negociación incompatible*. Lima, Lima, Perú: Jurista editores.

Mirtermaier. (2004). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid, Madrid, España: REUS.

Dellepiane, A. (2019). *Nueva teoría de la prueba* (Vols. 10° edición - cuarta reimpresión). Bogotá, Bogotá, Colombia: TEMIS S.A.

Gascon, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (Vol. Tercera edición). Madrid, Madrid, España: Marcial Pons.

Mixan, M. (2008). *Indicio. Prueba indiciaria*. Trujillo, Trujillo, Perú.

San Martín, C. (2003). *Derecho Procesal Penal* (Vol. II tomo). Lima, Lima, Perú.

Bentham, J. (1825). *Tratado de las pruebas judiciales - traducida por C.M.V* (Vol. I Tomo). París, París, Francia: Bossange Freres.

Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón* (Vol. Quinta Edición). Madrid, Madrid, España: Trotta.

Guimaray, E. (2014). *Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible*. Lima: Boletín Informativo Mensual, N° 39.

Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.

Sentencia de Casación, 628-2015 (Supremo 05 de mayo de 2016).

Recurso de Casación, 799-2017 (Corte Suprema 30 de enero de 2018).

Recurso de nulidad, 1912-2005 (Corte Suprema 6 de septiembre de 2005).

Recurso de nulidad, 179-2020 (Corte Suprema 2 de Marzo de 2022).

Apelación de sentencia, 00060-2021-03 (Tercera Sala de Apelaciones Nacional 24 de Mayo de 2023).

Recurso de Casación, 180-2020 (Sala Penal Permanente 7 de Diciembre de 2020).

Recurso de Casacion, 369-2020 (Sala Penal Permanente 09 de Noviembre de 2020).

Sentencia condenatoria, 367-2017 (Décimo Juzgado Penal Colegiado de Chiclayo 30 de 05 de 2022).

Requerimiento Acusatorio, 11235-2018 (Décimo Juzgado Penal Colegiado de Chiclayo 06 de agosto de 2019).

Requerimiento Acusatorio, 1924-2017 (Décimo Juzgado Penal Colegiado de Chiclayo 26 de Abril de 2019).

Requerimiento Acusatorio, 6702-2015 (Décimo Juzgado Penal Colegiado 06 de Julio de 2016).

Recurso de Nulidad, 2770-2011 (Sala Penal Permanente 12 de Septiembre de 2012).

Recurso de Casación, 67-2017 (Sala Penal Permanente 11 de Julio de 2017).

Sentencia de Vista, 00031-2017-7-5201-JR-PE-02 (Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupcion de Funcionarios 29 de Mayo de 2019).

Apelación de auto de excepción de improcedencia de acción, 00028-2019-3-5002-JR-PE-03 (PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS 23 de Mayo de 2020).

Peña, T., & Pirela, J. (2007). *La complejidad del análisis documental*. Buenos Aires, Argentina: Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas.

Montes, G. (2000). *METODOLOGÍA Y TECNICAS DE DISEÑO Y REALIZACIÓN DE ENCUESTAS EN EL AREA RURAL*. La Paz, Bolivia: Instituto de Investigaciones Sociológicas Mauricio Lefebvre (IDIS).

ANEXOS

ANEXO N° 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

Formulación del Problema	Objetivos		Técnicas e Instrumentos	
<p>¿La prueba indiciaria está siendo valorada correctamente para tipificar el delito de negociación incompatible?</p>	<p>Objetivo general: Determinar si la prueba indiciaria está siendo valorada correctamente para tipificar el delito de negociación incompatible</p> <p>Objetivos específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Identificar el bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible. - Identificar la conducta típica del delito de negociación incompatible. - Determinar qué conductas o qué hechos deben ser probados en la vía administrativa para poder ser valorados como prueba indiciaria en el delito de negociación incompatible. - Describir la forma correcta en que debe ser valorada la prueba indiciaria para la tipificación del delito de negociación incompatible. 		<p>Técnicas:</p> <p>Análisis documental Análisis de contenido Cuestionario</p> <hr/> <p>Instrumentos:</p> <p>Ficha de análisis documental Ficha de análisis de contenido Cédula de cuestionario</p>	
Diseño de la Investigación	Población y muestra		Variables y dimensiones	
<p><i>a) Paradigma y enfoque de investigación:</i> Enfoque o paradigma</p> <p><i>b) Tipo de investigación:</i> Descriptivo – explicativo.</p> <p><i>c) Diseño de investigación:</i> No Experimental transversal simple</p> <p><i>d) Métodos de investigación:</i> Exegético y deductivo.</p>	<p>Población: Jueces penales, fiscales penales y abogados penalistas, del distrito de Chiclayo.</p> <p>Corpus:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Doctrina nacional y extranjera sobre valoración de prueba indiciaria y delito de negociación incompatible. - Legislación peruana sobre prueba indiciaria y delito de negociación incompatible. - Magistrados y abogados del departamento de Lambayeque. 	<p>Muestra: 50 encuestados entre magistrados y abogados del departamento de Lambayeque.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Código Penal, artículo 399° - delito de negociación incompatible. - Código Procesal Penal, artículo 158° inciso 3 – prueba indiciaria. 	<p>Variable independiente: Negociación Incompatible.</p> <p>Variable dependiente: Valoración de la prueba indiciaria</p>	<p>Dimensiones Código Penal. Código Procesal Penal.</p>

**ANEXO N° 2: CUESTIONARIO APLICADO A JUECES Y FISCALES PENALES, ASÍ
COMO ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO PENAL DEL
DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE.**

Ítem	PREGUNTA	1	2	3	4	5
1	Considera Ud. ¿Que el bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible sea el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función?					
2	Considera Ud. ¿Que el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible se afecta cuando el agente lesiona o ponga en peligro el patrimonio del Estado?					
3	Considera Ud. ¿Que el delito de negociación incompatible se configura cuando el agente se interesa en un contrato del Estado con un particular para obtener provecho propio o de tercero?					
4	Considera Ud. Que, para una correcta valoración de la prueba indiciaria en el delito de negociación incompatible, ¿debe de acreditarse con prueba directa los actos anteriores al delito?					
5	Considera Ud. Que, para una correcta valoración de la prueba indiciaria en el delito de negociación incompatible, ¿los actos administrativos previos estén dentro de la función del agente?					

Legenda: 1. De acuerdo. 2. Totalmente de acuerdo. 3. Ni de acuerdo ni desacuerdo. 4. En desacuerdo. 5. Totalmente en desacuerdo.

ANEXO N° 3: ACTA DE REVISIÓN DE SIMILITUD DE LA INVESTIGACIÓN



ACTA DE REVISIÓN DE SIMILITUD DE LA INVESTIGACIÓN

Yo, **Dra. Cabrera Cabrera Xiomara**, docente de la Escuela de Posgrado – USS y revisor de la investigación de la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de la estudiante, Bach. Aguilar Guevara Diana Carolina, titulada: **“LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE”**

Puedo constar que la misma tiene un índice de similitud del 16%, verificable en el reporte final del análisis de originalidad mediante el software de similitud.

Por lo que concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio y cumple con lo establecido en la Directiva de Similitud aprobada mediante Resolución de Directorio N° 221-2019/PD-USS de la Universidad Señor de Sipán.

Pimentel, 14 de setiembre de 2023

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Xiomara Cabrera', is written over a light blue rectangular background.

Dra. Xiomara Cabrera Cabrera

CE N° 001321330

Código Renacyt: P0098527