



FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**TIPIFICACIÓN DEL OTORGAMIENTO ILEGAL DE
DERECHOS COMO DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Bach. Samamé Vega Willinton Rubén

<https://orcid.org/0000-0002-5628-7149>

Asesor:

Dr. Idrogo Pérez Jorge Luis

<https://orcid.org/0000-0002-3662-3328>

Línea de Investigación:

Ciencias Jurídicas

Pimentel – Perú

2021

Aprobación del jurado:

Dr. Dante Roberto Failoc Piscoya
PRESIDENTE

Dr. Jorge Luis Idrogo Pérez
SECRETARIA

Mg. Wilmer Cesar Enrique Cueva Ruesta
VOCAL

Dedicatoria:

Con todo el cariño, respeto y aprecio, a mis Padres Francisca Ernestina Vega Zegarra y José Manuel Samamé Lozada, quienes son mi motor para ir siempre adelante, quienes son mi guía, y apoyo en cada etapa de mi vida, por inculcarme buenos valores.

A mis abuelas y a mi tía que se encuentran voy cerca a Dios, que desde el cielo me guían y protegen.

Agradecimiento:

Primero dar gracias a Dios por guiarme día a día en la vida y enseñarme con su inmensa sabiduría como lograr mis metas.

Agradezco a mis padres por su motivación y por ser la razón para seguir adelante, por ser mi perseverancia, y les agradezco por su continuo apoyo en la adversidad.

Gracias a mi persona especial por su apoyo, en el día a día, a mis amigos y profesores por el apoyo con los temas relacionados al presente trabajo y por sus sugerencias y consejos para convertirme en un muy buen profesional.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, consiste en el análisis del delito de otorgamiento ilegal de derechos, basado en las competencias que tienen los funcionarios públicos. Esto dentro de la administración del Estado peruano.

El problema de investigación fue el examinar por qué es importante tipificar el otorgamiento ilegal de derechos, contemplado en el artículo 314° del código penal peruano, como un delito contra la administración pública, considerado fundamental para la correcta gestión de los bienes del Estado. Dicho análisis, ayudará a determinar las implicancias jurídicas de la correcta tipificación del otorgamiento ilegal de derechos, favoreciendo a la comunidad y a los recursos del Estado. El Problema, por otro lado, surge de la inquietud al hacer un diagnóstico de la sentencia de primera instancia del segundo juzgado penal unipersonal del Chiclayo, contemplada en el expediente N° 8542-2016-96-1706-JR-PE-01, la cual absolvió al funcionario público por el delito de responsabilidad del funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos.

Todas las indagaciones se realizaron con base a la metodología de análisis de casos, obteniendo información de distintas fuentes, como documento, expedientes, sentencias, jurisprudencias entre otros. Se analizan dos variables los delitos contra la administración pública y el otorgamiento ilegal de derechos, por lo cual se estudió y analizó tres sentencias.

Lo anterior favoreció para darse cuenta que el otorgamiento ilegal de derechos debería estar tipificado como un delito que se comete en perjuicio de la correcta administración del Estado, de manera que realizó la propuesta de un proyecto ley para incorporar el artículo 314° en el título XVIII, capítulo II del código penal peruano.

Palabras Clave:

Otorgamiento ilegal, administración pública, funcionario, delito y responsabilidad.

Abstract

The present research work consists of the analysis of the crime of illegal granting of rights, based on the competences of the public rivers. This within the administration of the Peruvian State.

The research problem was to examine why it is important to classify the illegal granting of rights, contemplated in Article 314 of the Peruvian penal code, as a crime against the public administration, considered essential for the correct management of State assets. This analysis will help to determine the legal implications of the correct classification of the illegal granting of rights, favoring the community and the resources of the State. The Problem, on the other hand, arises from the concern when making a diagnosis of the sentence of first instance of the second unipersonal criminal court of Chiclayo, contemplated in the file N ° 8542-2016-96-1706-JR-PE-01, the which acquitted the public official for the crime of responsibility of the public official for illegal granting of rights.

All inquiries were made based on the case analysis methodology, obtaining information from different sources, such as documents, files, judgments, jurisprudence, among others. Two variables are analyzed: crimes against the public administration and the illegal granting of rights, for which three sentences were studied and analyzed.

The foregoing favored to realize that the illegal granting of rights should be classified as a crime that is committed to the detriment of the correct administration of the State, so that I proposed a bill to incorporate article 314 in title XVIII, chapter II of the Peruvian penal code.

Keywords:

Illegal grant, public administration, official, crime and responsibility.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	9
1.1.	Realidad Problemática.	10
1.2.	Antecedentes de Estudio:	16
1.2.1.	A Nivel Internacional:	16
1.2.2.	A Nivel Nacional.....	18
1.2.3.	A Nivel Local:	24
1.3.	Teorías Relacionadas al Tema.	26
1.3.1.	La Administración Pública	27
1.3.2.	Delitos Contra la Administración Pública:	29
1.3.2.1.	El delito de Abuso de Autoridad:	29
1.3.2.2.	Delito de Peculado:	34
1.3.2.3.	Delito de Malversación:.....	38
1.3.2.4.	Delito de Cohecho:.....	41
1.3.2.5.	Delito de Concusión:.....	46
1.3.3.	El Delito de Otorgamiento Ilegal de Derechos	48
1.3.4.	El Funcionario Público:	54
1.3.4.1.	¿Quién es un Funcionario Público?.....	54
1.3.4.2.	¿Cuál es el fin de los Funcionarios Públicos?	55
1.4.	Formulación del Problema.....	63
1.5.	Justificación e Importancia del Estudio.	63
1.6.	Hipótesis.....	65
1.7.	Objetivos.....	65
1.7.1.	Objetivos General	65
1.7.2.	Objetivos Específicos.....	65
II.	MATERIAL Y MÉTODO	66
2.1.	Tipo y Diseño de Investigación.....	66
2.2.	Población y Muestra.	67
2.2.1.	La Población.....	67
2.2.2.	La Muestra	67
2.3.	Variables y Operacionalización.....	68

2.3.1	Variable Independiente:	68
2.3.2	Variable dependiente:	68
2.3.3	Operacionalización	69
2.4	Técnicas e Instrumento de recolección de datos, validez y confiabilidad.	71
2.4.1.	La técnica del análisis documental:	71
2.4.2.	La técnica de Estudio de Caso:	71
2.4.3.	De observación:	71
2.5	Procedimientos de análisis de datos.	72
2.6	Criterios éticos.	72
2.7	Criterios de Rigor Científicos.	73
III.	RESULTADOS	74
3.1	RESULTADOS EN TABLAS Y FIGURAS	74
	Tabla 1	74
	Sentencia del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo.	74
	Tabla 2	75
	Sentencia del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Tumbes.	75
	Tabla 3	76
	Sentencia de casación, de la Segunda Sala Penal Transitoria - Puno.	76
3.2	DISCUSIÓN DE RESULTADOS	77
3.2.1.	Discusión de la tabla y figura 1.	77
3.2.2.	Discusión de la tabla y figura 2.	78
3.2.3.	Discusión de la tabla y figura 3.	79
3.3	APORTE PRACTICO (PROPUESTA)	80
IV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	84
4.1.	CONCLUSIONES	84
4.2.	RECOMENDACIONES	85
	REFERENCIAS	86
	ANEXOS	91

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, en la rama del derecho no es ajeno a toda la sociedad pues no es raro el tener que escuchar, sobre los diversos problemas que pasa la administración pública, entre ellos la mala administración que hacen muchos de los funcionarios públicos, lo que genera grandes problemas a nuestra sociedad a consecuencia de esto, todo ello conlleva y se relaciona a la no superación, ni el desarrollo de nuestro pueblo como sociedad, de tal manera que podemos ver en muchos medios de difusión y de transmisión de la información todos los días en las diferentes noticias se enfocan y asimismo que hablan de temas como los de corrupción y de la existencia de la mala conducción de los bienes y el mal manejo de la administración pública no es nada más problema de nuestro país, esto también lo vemos a nivel internacional pues son muchos los países que están sufriendo esta problemática con muchas de sus autoridades las que a su vez no solo no respetan a la sociedad que los eligió, sino además estos están incumpliendo con su deber de hacer las cosas, esto no es ajeno a la correcta administración con los bienes naturales que cuenta nuestro país.

Es por ello que, en la presente investigación estudiamos algunos de los delitos contra la gestión pública, que son realizados por funcionarios públicos los cuales se encuentran tipificados en el capítulo II, del título XVIII del código penal peruano, y así sabremos el por qué **el otorgamiento ilegal de derechos** debe de estar en los delitos contra la administración pública y no en los delitos ambientales, pues al estar en estos últimos se está dejando desprotegido la correcta administración Pública, si se tipifica **el otorgamiento ilegal de derechos** de la forma adecuada estaríamos garantizando, la correcta administración de justicia y se puede sancionar a los que incumple la Ley y sobretodo proteger al estado y a nuestra naturaleza.

1.1. Realidad Problemática.

Para poder saber porque el Otorgamiento Ilegal de Derechos afecta a la Administración Pública, primer tenemos que saber cuáles son los problemas por los que está pasando la Administración Pública a nivel internacional y nacional, así podemos analizar más adelante porque este delito debe ser considerado como una afectación a la correcta administración de los bienes del Estado, por ello tenemos algunos artículos de diarios que nos hablan sobre esta problemática

Tenemos noticias de **España en el diario “EL PAIS” Pérez (2019)**, donde se puede leer, el Expresidente de la Generalitat Valenciana Camps será finalmente juzgado en la pieza separada del caso Gurtel sobre los contratos del Ejecutivo autónomo con las empresas de Francisco Correa para la feria de turismo Fitur de 2009. Todo ello por presuntamente haber cometido el delito de prevaricación en una pieza el caso Gurtel de corrupción, el fiscal Mata estima que el político influyó para que se otorgara a la organización Orange Market – la filial valenciana de las empresas de Francisco Correa.

Como podemos apreciar en la noticia se puede determinar que no solo en nuestro país se ve la corrupción de funcionarios públicos y que todo ello se produce cuando se hace uso del ejercicio del poder con el que cuentan los funcionarios público y es que muchos de estos son desviados para otros fines y no para el único fin el cual debe importar que es el bienestar de la población y el desarrollo como una sociedad; por el contrario se puede determinar por la noticia que el poder de administrar los bienes del estado es utilizada para poder satisfacer intereses ya sea de índole personales o privados, es así que podemos ver que en el caso mencionado el funcionario público, no hizo caso a sus deberes es decir el de protección y buen control de los bienes, perjudicando así al Estado, pues al influenciar para que se otorgue un permiso en beneficio de un particular es un obstáculo ante la administración pública, lo cual genera un atraso a la orientación del bienestar general de su país.

El diario **El Mundo (2019)**, Cataluña – España nos da a conocer la noticia *sobre la desviación miles de euros públicos en un polideportivo de Sant Adrià*. El diario indica que trabajadores han realizado denuncias que en la empresa hay una contabilidad negra, se señala que el complejo deportivo Marina Besos, en San Adrià, se tiene muchos debates sobre su administración en los últimos años. Pues el complejo tiene piscinas que no abren desde 2014, muy a parte el pabellón permaneció 10 meses cerrado entre los años 2016 y 2017 tras quedarse sin gas y agua caliente porque se tenían facturas atrasadas, en todo esto está implicado el alcalde y su antecesor. Por ello el Juzgado de Instrucción 1 de Badalona escruta a raíz de una querrela de ocho trabajadores, que se refiere a una doble contabilidad en el deportivo mientras el Ayuntamiento se lo confió a la sociedad Gimesport entre los años 2001 a 2016.

Al hacer la querrela se indicó que todo el dinero en efectivo que se cobraba como es el alquiler de pistas, matriculas, primeras cuotas entre otras cosas del establecimiento, estos no se declaraban a la Agencia Tributaria, así también los trabajadores hablan de una caja fuerte que se empleaba durante años en la cual se escondían cobros que supuestamente se desviaban a destinos desconocidos, esta querrela está dirigida contra el primer administrador de Gimesport, Emilio Fernández y sobre José María Palacín, así también está incluido el alcalde Joan Callau entre otros. Se les recrimina la falta de control y el permitir que una empresa insolvente se aprovechara de una concesión publica, en este sentido fuentes judiciales revelan que Gimesport tenía 433. 142 euros pendientes de sufragar hasta el año 2017 y que estaban debiendo a Hacienda 568 400.17 euros, el delito a la administración pública acreditado es más de 1,2 millones, esto sin contabilizar la deuda por suministros entre otros.

En esta noticia podemos prever que un funcionario público como lo es el alcalde sabía que la empresa con la que estaba trabajando los estaba defraudando y el no digo nada esto es una clara muestra de la omisión al deber de hacer del alcalde.

En la página **Excelsior (2013)**, podemos leer una noticia sobre la Ciudad de México que nos dice: Que la procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, informó sobre trabajadores públicos quienes fueron intervenidos por presuntos actos de corrupción, ellos querían evitar el cierre de un establecimiento comercial, toda vez que el representante de la fiscalía quería proceder con la investigación de delitos que se cometen por parte de los trabajadores, se realizaron operativos, es así que producto de ello pudieron detener en el momento de los hechos a la persona de Armando García Berhumea quien asesoraba de forma particular al director general jurídico y al Gobierno de la delegación Tlalpan así, también detuvieron a Jorge Martínez Valdés quien a su vez fuere inspector en la misma demarcación política; estos primeros por citar a los dueños de un restaurante para pedirle que realizara el pago de un millón de pesos en concepto para que no se clausurara de dicho establecimiento mercantil; por otra parte también detuvieron a Mario Medina Martínez quien por su parte fuere secretario de finanzas, quien habría solicitado dinero a un ciudadano y esto con el propósito de agilizar el trámite relacionado con el catastro.

Entonces se puede prever que los delitos que comenten los funcionarios públicos son varios, pero todo pasa por la no observación de la ley, su reglamento o querer sobrepasar y desviar la ley para el beneficio de algunas particulares lo cual conlleva a un retraso para la sociedad.

Pues, en Perú no es un secreto, todo lo que está pasando con los funcionarios públicos, tenemos a diferentes ex presidentes siendo investigados por varios delitos y a muchos de los ex congresistas y jueces quienes se supone que deberían de ser los que administran al Estado de la mejor manera de acorde a la ley que priman en nuestro país, mas no es así ya que en muchos medios podemos ver noticias como las siguientes:

Diario Gestión (2017), *Ministerio Público: condenaron a más de mil personas que cometieron delitos contra la administración pública en el presente año*; en el diciembre del 2017 el Ministerio Público informa que ha conseguido se condenen a más de mil ciudadanos de todo el país inmersos en delitos contra el Estado, esto es un 40% de los casos que se vieron en ese año así lo indico la Fiscalía de delitos de corrupción de funcionarios, entre esos casos están el señor Klever Meléndez exgobernador de Pasco, por el delito de Cohecho y Colusión agravada, el señor Gerardo Viñas exgobernador de Tumbes, por el delito de lavado de activos y el Señor Carlos Burgos ex alcalde de San Juan de Lurigancho – Lima, por el delito de enriquecimiento ilícito y lavado de activos.

CNN Español (2019), *Expresidentes del Perú son investigados por la justicia, así tenemos al Expresidente Alan García quien tomó la decisión de asesinarse, por ser considerado como imputado del delito de corrupción en el caso Odebrecht; más García no era el único investigado por los actos de corrupción, pues también están los expresidentes Pedro Pablo Kuczynski, Ollanta Humala y Alejandro Toledo estos últimos también están siendo investigados por supuestamente haber participado en dar facilidades a la empresa constructora de Brasil Odebrecht, todos estos casos vienen siendo investigados con más determinación y dureza desde el año 2017, pues estos casos son investigados por aceptar dinero de la empresa trasnacional Brasileña Odebrecht, y así poder financiar los partidos políticos o hacerse de ese dinero para su propia riqueza a cambio se le daba a la empresa brasileña concesiones para que puedan construir diversas edificaciones o mega construcciones como lo son la carretera inter-osiánica, Gasoducto Sur, Chavimochi, entre otros.*

En el diario **El Comercio (2019)**, En el entorno local nos encontramos con uno de los casos de funcionarios públicos en el cual está involucrado el ex alcalde David Cornejo Chingel, quien estuviera apoyando a la banda criminal los temerarios del crimen y quien en virtud de su puesto administrativo como funcionario público, habría ubicado a algunos integrantes de la organización

criminal en puestos estratégicos a fin de poder apoderarse del patrimonio de la Municipalidad Provincial de Chiclayo y así poder recibir dinero de particulares a modo de soborno para la adjudicación de la buena pro en la ejecución de obras públicas, en este caso los integrantes de esta red criminal cuando se encontraban en ejercicio de sus funciones en los puestos administrativos que estos ejercían aprovechaban para emitir resoluciones las cuales se encontraban a favor de diferentes empresas por un pago de coimas de iban desde los 10,000.00 hasta los 40,000.00 soles, y es con esto que las empresas o empresarios salían beneficiados con las supervisiones a las obras de reconstrucción y mejoramiento del sistema de agua y alcantarillados de Chiclayo.

En esta línea, podemos ver que los funcionarios públicos han faltado gravemente a sus obligaciones como funcionarios, transgredieron las leyes dando la buena pro a diferentes empresas, quiere decir autorizando el permiso requerido para que tanto personas naturales o jurídicas puedan realizar actividades sin que se tomen las debidas medidas de seguridad y de calidad. En palabras sencillas decimos que la corrupción es un mal extremadamente grave la cual afecta a los ciudadanos, vulnerando de este modo los derechos fundamentales, perjudicando especialmente a los ciudadanos con recursos económicos escasos.

La República (2020) nos da a conocer en su diario web *Huancavelica: Ocho años de cárcel para vicegobernador por corrupción*, el señor Guillermo Quispe Torres fue sentenciado por haber formado parte de un comité de selección del Gobierno Regional de Huancavelica por el año 2013, quien favoreció al Consorcio Capillas I, en una licitación pública para la construcción de una carretera en Paucará, pues este consorcio obtuvo el puntaje mayor sin cumplir con la propuesta técnica.

El Ministerio Público (2020) en 15 de enero emite un comunicado de *Investigación por presuntos delitos contra la Administración Pública*, en el mencionado comunicado La Procuraduría General de la Nación informo que en

esa mañana se realizó de manera sincronizada con la Fiscalía Anticorrupción y la Fiscalía especializada en delitos contra el tráfico de drogas, trabajos especializados de allanamientos en diferentes puntos del país relacionados con delitos contra la Administración Pública (corrupción de servidores públicos), en dichas diligencias resulto implicado un trabajador de la Fiscalía Especializada en delitos especializados con drogas, así también estas diligencias permitieron establecer conexiones con organizaciones criminales.

Pues bien, después de haber hablado y así también de haber recopilado algunas noticias las cuales son muy relevantes sobre la administración pública respecto de los múltiples delitos que se cometen, tenemos también que recopilar información sobre el Delito de Otorgamiento Ilegal de Derechos, este delito lo hallamos estipulado en nuestro Código Penal Peruano en el artículo 314° el cual a la letra nos dice:

*“Que aquel empleado público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales que se encuentren vigentes y por haber faltado seriamente a sus obligaciones como funcionario que se le atribuyo, autoriza el permiso, renovación o asimismo la cancelación o de autorización, licencia, concesión, permiso u otra actividad (...) será sancionado con una pena privativa de la libertad, no menor a cuatro años ni mayor de siete años.” **código penal de Perú (2018)***

El artículo señalado en el párrafo anterior lo encontramos en el Título XIII del Código Penal Peruano en los Delitos Ambientales, específicamente en el Capítulo III, Responsabilidad Funcional e Información Falsa; pues bien, de la lectura del artículo podemos llegar a determinar que lo que se tiene en cuenta y se está sancionando en si está centrada específicamente en la conducta del funcionario público, toda vez que, es el quien por su parte no toma en cuenta y no observa los parámetros legales en base a su función como tal y que si el a su vez otorga de manera ilegal derechos a terceros, este estaría perjudicando

primero los bienes del Estado incurriendo en delito contra la administración del Estado, lo que conlleva al daño o deterioro del medio ambiente, que es un bien jurídico protegido el cual está subsumido en la mala administración de los bienes públicos.

Es por ello que explicaremos por qué este artículo está incurriendo en el delito contra administración pública, en la presente investigación se argumentara porque este delito se debe estar tipificado y reconocido como delitos contra la administración pública en nuestro ordenamiento jurídico.

1.2. Antecedentes de Estudio:

Bien para poder lograr tener los antecedentes o los también denominados trabajos previos, como una base a la propuesta que se encuentra planteada nos vamos a tener que remitir a trabajos los cuales de antemano señalaremos que no exactamente son del Otorgamiento Ilegal de Derechos propiamente dicho, pues por más que buscamos no se encontraron tesis, ni artículos que hablen directamente de este delito en sí, es por ello que se está proponiendo se proceda a considerar este delito como uno que en primer lugar está afectado la administración pública, el cual consideramos no está debidamente tipificado, es por ello que tomaremos antecedentes relacionados con los delitos contra administración pública o que estén relacionados esta, así poder determinar por qué el delito de Otorgamiento Ilegal de Derechos debe ser tipificados como tal y de manera textual.

1.2.1. A Nivel Internacional:

Lo establecido por el autor **Hernández (2016)**, quien nos explica que, los sujetos que se encargan de ejercer tanto el dominio social como a la vez desempeñan una posición garante del patrimonio legal, y que tienen la obligación de actuar, lo cual es consistente en poder consolidar la obtención de una situación ideal. en la que deben ser bienes jurídicos que tienen que ser conscientes de proteger

por tener esa cualidad, porque existe una delgada línea entre el funcionario o autoridad pública, la función y finalmente los delitos.

Al entender del autor, cuando nos indica los sujetos se está refiriendo a los funcionarios públicos, quienes son los encargados de garantizar el bienestar de la administración que se les encargo, teniendo el deber de accionar de acuerdo a las normas y leyes que le corresponda, ellos con su conducta deben proteger la administración pública, que es el bien jurídico protegido cuando se tiene este tipo de cargos, ya que se tiene una muy limitada línea entre su función y las inobediencias que este haga, incurriendo en si en un delito.

El autor chileno **Izaskun Linazasoro (2018)** nos señala que en Europa está claro que la buena gestión es, por lo menos un principio fundamental del derecho, pues que este es valorado desde hace años por la jurisprudencia europea, el cual tiene la calidad de mandato o deber para la gestión comunitaria; la óptica jurídica clásica de cómo leer y comprender el derecho administrativo estaba puesto en el cumplimiento de la ley y la acción administrativa.

En tiempos actuales, esa orientación se desplaza hacia el método en la eficiencia. La mirada simultánea del derecho administrativo está basada en la gestión pública y en conseguir los resultados eficientes, lo cual debe ser visto desde varias perspectivas tanto la jurídica, la social, la económica, la política entre otros.

Tomando en cuenta el país de España donde el autor **Delgado (2017)** nos da aspectos fundamentales señalando que, los daños ecológicos puros presentan dificultades en cuanto a su certeza o prueba de su existencia. Pues el medio ambiente es un sistema confuso, no es posible tener la total certeza o certidumbre de los daños ambientales por las siguientes razones: la complejidad técnica de las verificaciones que se necesita para poder demostrar la afectación, en algunos casos los daños se manifiestan en un largo plazo de tiempo, los

conocimientos científicos en materia ambiental aún están incompletos en varios aspectos por ello existe muchas incertidumbres científicas respecto del deterioro ambiental, teniendo en cuenta esto **el daño ambiental deber ser examinado bajo el principio de prevención del daño y el principio de precaución...**

Y en su conclusión siete nos confirma lo antes mencionado diciendo cuando señala que, dada la falta de veracidad en los daños ambientales, se puede concluir que los daños como los riesgos contra en medio ambiente deben tener las mismas consecuencias, pues al estar en la imposibilidad de saber con exactitud el daño que se le va a ocasionar, lo que se debe de hacer además de reparar los perjuicios (los que se puedan comprobar e identificar), es necesario siempre instaurar medidas preventivas.

Entonces al entender de César Delgado, al no tener la tecnología y las herramientas para poder determinar con precisión y exactitud cuál es la magnitud del daño ocasionado al medio ambiente, no vamos a poder fijar y probar el verdadero perjuicio y por ende no podremos determinar una pena, lo que nos indica es que debemos prevenir el daño y tener precaución de que este no pase, es por ello que, el en otorgamiento ilegal de derechos, al estar en los delitos contra la gestión pública vamos a poder prevenir que el representante o administrador público conceda derechos a cualquiera sin antes analizar los daños que le puede ocasionar al medio ambiente y sobre todo si esta aun así concediera el permiso tan solo por dar la autorización y sin necesidad de saber la magnitud exacta del daño este estaría incurriendo en delito.

1.2.2. A Nivel Nacional

Olivera (2018), explica que los factores del delito de corrupción se crean debido a la poca moral y además la falta de formalidad en cuanto a la obediencia de las normas, las cuales originan el delito de cohecho activo genérico, es por tal

razón que se tiene el pensamiento que todos los servidores públicos que ejercen sus funciones son corruptos.

Pues bien, en este sentido concuerdo con lo que el autor nos dice y al entender a señalado algo fundamental en lo que refiere en este tipo de delitos lo cual son los dos siguientes aspectos la falta de moral y formalidad al no llevarse a cabo el cumplimiento de las normas, las cuales están encargadas de regularizar su buen actuar, al no hacer lo que está establecido por ley es ahí que se genera la comisión de un delito.

Según **Huaynates (2017)**, nos explica que uno de los problemas perdurable en la sociedad son los casos de corrupción por parte de los gestores públicos, aun cuando se tiene legislación establecida que la sancionan, buscando así mejorar la administración pública; estos funcionarios ejercen una función administrativa, debiéndolas hacer con total transparencia y ceñidos a los estándares legales que les están permitidas como son los normas, leyes, ordenamientos y hechos administrativos y sobre todo con la aplicación de la ética pública, por lo tanto no estarían sujetos a cometer actos de corrupción.

Lo señalado por Huaynates, es muy cierto los funcionarios públicos deben ejercen sus funciones respetando las formas establecida y normadas por las leyes, quiere decir sus reglamentos de cada entidad administrativa, pero que en muchos casos podemos ver por varios medios que no es así, que las personas que están en determinados cargos funcionales se olvidan de obedecer las normas a pesar de saber que ello conlleva a una sanción penal, pues vemos en este tipo de delitos que los valores éticos son remplazados por benéficos particulares que perjudican a la sociedad.

Lo explicado por el autor **Minaya (2015)**, con respecto a la Teoría de delito de infracción de desempeño, en la cual la persona de detrás es el autor (mediato), entre tanto se dice que es la persona de adelante extraño (extraneus) solo se le

llamara cómplice (y se le nombra así por adolecer de la cualificación típica), la salida se basaría en que únicamente la infracción del deber jurídico particular incurre el intraneus quien es aquel el obligo y al que se le está acreditando la autoría de tal.

Lo señalado por Minaya, por su parte este autor nos dice que en el delito de colusión es un delito el cual se encuentra referido contra la gestión pública, lo que conlleva a cometer un delito es la omisión al deber, lo cual quiere decir que se hace mención a aquella acción de dejar de hacer todo lo que por su función le corresponde, es así que nos indica que quien comete la acción típica del delito es el intraneus que no es nadie más que aquella persona que tiene el cargo de funcionario público y que además es quien está de tras de cada decisión y tiene la autoridad suficiente que su función le atribuye para decidir si hacer todo aquello que las leyes de indican o muy por el contrario ir en contra de ellas transgredirlas.

Molina (2016), manifiesta que, si bien existe legislación y tiene plasmado su objeto y proceso, esto no resulta apto en el momento de querer castigar un delito ambiental, es así que resultan las penalidades ambientales ineficaces pues se encuentra bajo la falta de pruebas suficientes que ampare lo que se está tratando.

Lo dicho por el autor, nos explica y da una ventana al porque el delito de otorgamiento ilegal de derechos, debería estar tipificado como delitos contra la gestión pública, pues bien al estar como un delito contra el medio ambiente sino se comprueba el daño al medio ambiente este por la falta de pruebas se estaría concluyendo, y dejamos de lado al bien jurídico tutelado que es la correcta administración pública, entonces si lo tipificamos como delito contra la administración pública, el cual es realizado por la inobservancia de las leyes estaríamos garantizando la sanción por el mal manejo de la administración y protegiendo así al medio ambiente.

Torres y otros (2012), en su Artículo Jurídico “La Conducta Prohibida en el Delito de Concusión”, explican que el bien jurídico tutelado es el fin prestacional que realiza la gestión pública de acuerdo a nuestra Constitución, en este sentido el fin del derecho es la legitimidad de la gestión pública, ya que de esta manera el trabajador público que comete el delito de concusión afecta la legitimidad de los servicios públicos, ya que se aprovecha de su poder por su posición para satisfacer los propósitos particulares; Estos poderes públicos no se le confieren al funcionario para que pueda aprovecharlos y obtener ventajas privadas, al contrario, nos dice que el núcleo de la prohibición penal radica en el ejercicio ilegítimo de las funciones y poderes que tiene el servidor público. sostiene, ya que el aprovechamiento de la actividad pública es el instrumento por el cual se lesiona o pone en riesgo el beneficio de la gestión pública.

Como podemos observar con lo dicho por David Torres, se incurre en delito contra la administración pública, cuando se utiliza el cargo funcional como herramienta para obtener un beneficio particular, y no para lo que fue creado que es el cuidar bien común de la sociedad, en tal sentido que esta tenga progreso y adelanto, teniendo en cuenta el apego a la ley que son las directrices.

Harold Urbano (2017), nos dice que, el artículo 314 del código penal peruano toma importancia no solo en cuanto a los asuntos ambientales propiamente dicho, pues están inmersos quienes laboran de manera negativa en el sector ambiental, debido incluye delitos tales como el de **responsabilidad de funcionario por otorgamiento ilegal de derechos**, responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas y **la responsabilidad por información falsa contenida en informes**, entonces vemos que no solo aborda la responsabilidad penal en cuanto al perjuicio al medio ambiente, sino también a aquellos individuos que son desleales para con sus labores y hace el cierre de su artículo con la conclusión: La modificación penal ambiental si bien

quiere proporcionar mejoras al mencionado sistema, ha originado abundante legislación, tanto a nivel administrativo como penal, causando confusión al momento de su aplicación.

Bien Harold Urbano, nos da unas directrices muy relevantes para el tema de nuestras investigación, nos indica que en el capítulo III de los delitos contra el medio ambiente, se está incluyendo a las personas que laboran en el sector público como lo son los funcionarios públicos quienes pueden dar el otorgamiento ilegal o poder insertar información falsa en sus informes, pues tenemos a personas en entidades del estado que se encargan de supervisar y fiscalizar el medio ambiente (EFA) estos son los ministerio, los gobiernos regionales y locales, dependiendo de ellos el dar el permiso de alguna obra, hacer los informes y si este no observa las leyes o da una información falsa estaría cometiendo delito, pues en primer lugar estaría perjudicando a la correcta administración de los bienes del Estado, involucrando también un perjuicio al medio ambiente.

El autor **Alviar (2012)**, nos explica que la protección judicial efectiva de los derechos ambientales se entiende como la obtención de la justicia ambiental. Es la posibilidad de que las autoridades judiciales alcancen una solución rápida e integral a conflictos de esta naturaleza con consecuencia colectivas justas. Más se ve con obstáculos dado a la gran dificultad científica y técnica que se utiliza para estos temas, que hace complicado su comprensión a los trabajadores del Derecho, más las exigencias de indicios caros difícilmente asumidas por los agraviados, que en gran número de los casos no cuentan con capacidad económica y técnica para hacer valer estos intereses.

Comparto y concuerdo con lo indicada por Haydee Alviar, pues en la legislación ambiental en estos momentos es muy complicado poder tener certeza del perjuicio ocasionado al sistema ambiental y esto hace que nuestros legisladores tengan obstáculo para poder interponer una sanción, dejando muchas veces

delitos cometidos impunes, pues al no tener la tecnología no le podemos imputar con certeza la culpa y al ver duda no se puede condenar o sancionar.

Rodríguez (2015), nos dice que el funcionario público es responsable penalmente, porque el bien jurídico tutelado en los delitos contra la gestión pública, es objeto de protección por parte de esta tipología es el adecuado ejercicio de la gestión pública, quienes tienen principios y garantías legales, siendo así que los delitos contra la Administración Pública, en los que el sujeto activo es un funcionario público, son considerados como delitos de incumplimiento al deber, este deber es a la función que cumple.

Entendiendo y concordando con el punto que establece Rodríguez, cuando hablamos de un funcionario público, estamos hablando que una persona que esta para cumplir su deber, quiere decir que el trabajador público una de sus principales funciones es el deber de hacer las cosas protegiendo y salvaguardando la correcta función de la gestión pública, pues es este el bien jurídico tutelado en común cuando se está en un cargo en una entidad del Estado.

Los autores **Quispe y Taype (2018)**, nos explica que, Los delitos contra la gestión pública tienen dos variantes; se tienen los delitos especiales propios y delitos especiales impropios, es a partir de esta condición que se establece una regla general, que la autoría y participación está reservada únicamente para los trabajadores y servidores públicos; sin embargo, para algunos delitos es necesario la participación del extraneus para la ejecución del delito.

Para los autores, la responsabilidad plena cuando se incurre en delito contra la administración del estado es netamente de los funcionarios o administradores públicos quienes tienen vínculo directo por su función, pues son ellos quien deben proteger los intereses del estado y hacer que estos sean utilizados para el fin por los cuales fueron creados, pero también nos indican que en algunos

casos para que se cometa el delito se necesita de otras personas ajenas a la administración pública, pues estas se confabulan con los funcionarios para hacer cometer el delito y pues en este sentido los dos están cometiendo el delito, pero llevando de forma análoga con el Otorgamiento Ilegal de Derechos, esto lo comete el funcionario que incumple su deber de actuar según a la Ley, da un permiso y eso afecta al medio ambiente y por ende a la sociedad.

Silvana Carrión (2017), en su artículo jurídico explica que, el bien jurídico lesiona, el cual se pone en peligro en la administración pública es la organización del Estado. Es por ello que nace para el Estado, el bien jurídico por proteger es la correcta administración pública, es así que se puede conservar la gestión del Estado en pro del bienestar general; entonces lo que se requiere es que el comportamiento del servidor o funcionario del Estado es la directriz bajo principios de honestidad, probidad, imparcialidad, decencia y eficiencia.

Pues lo que nos quiere decir Silvana Carrión es que el funcionario público, es la persona responsable de la correcta administración del Estado, ya que al no hacer sus funciones con los valores y la ética profesional, estaría yendo en contra del bienestar de la sociedad y el Estado, cuando eres un funcionario público sabes que estas para proteger al Estado y administrar sus bienes de la mejor manera, el no ser honesto y actuar con propiedad se estaría incurriendo en delito en contra de la gestión pública.

1.2.3. A Nivel Local:

Según lo explicado por el autor **Paredes (2017)**, llega a la conclusión que entre los delitos más comunes en contra de la administración pública a nivel nacional encontramos los siguientes dos delitos el peculado y la colusión, y además declara que siendo en la región Lambayeque el más común la colusión, quien

igualmente nos dice que el monstruo llamado corrupción en la administración pública es un problema el cual se genera en gran magnitud por condiciones internas del sujeto, dentro de las cuales encontramos que estos son la escases de valores, el perfil psicológico y sociológico, siendo estos los responsables que los inducen a la comisión de estos delitos.

El autor a nuestro entender a señalado algo fundamental, lo cual coincidimos que en este tipo de delitos se cometen por la falta de valores de las personas al ingresar a un cargo público, pues estos se olvidan que fueron elegidos para garantizar el desarrollo y bienestar de la sociedad, que el pueblo les confió la administración para que garanticen un crecimiento social y económico para todos, pero por el contrario al estar ya en los cargos asignados estos se olvidan del bien común y buscan beneficios particulares olvidándose de lo que las normas le señalan.

Linares (2018), nos da un alcance valioso diciendo, que el comportamiento antijurídico del individuo estará determinado por la vulneración que se produce en la sede administrativa, siendo estos delitos de peligro ya que del desprendimiento del comportamiento del individuo puede ocasionar un riesgo potencial al medio ambiente.

Lo mencionado por Linares, lo consideramos muy valioso pues la conducta antijurídica en este delito se da por el incumplimiento de la adecuada administración, lo cual perjudica no solo a la administración pública, sino que pone en peligro al medio ambiente, entonces esto conlleva a que el agente al no administrar conforme a ley, los recursos con los que cuenta y da un derecho ilegal a un tercero está poniendo en peligro a la sociedad y al medio ambiente.

1.3. Teorías Relacionadas al Tema.

Para poder entender por qué el Otorgamiento Ilegal de Derechos, debe ser tipificado como un delito contra la Administración Pública, explicaremos que es la Administración Pública, cuales son algunos de los delitos que se comete en contra de la gestión pública, cual es el bien jurídico protegido, quien es el sujeto activo y pasivo, entre otros conceptos.

Antes de indicar que es el en concepto de administración pública es bueno mencionar lo que nos dice Fontan, quien señala que tradicionalmente el Derecho penal se distingue en dos aspectos los cuales son subjetivo y objetivo; pues a su vez el derecho penal subjetivo se define como la potestad del Estado como autoridad competente para tipificar delitos, determinar e implementar las correspondientes penas o medidas de seguridad con base en hechos delictivos, es decir, ius puniendi, porque es solo el Estado quien por medio de sus entes legislativos, tiene autoridad otorgada al momento que fue elegido para poder dictar leyes penales, así también como de poder garantizar el estado de derecho determinando tanto las figuras delictivas y así como también sus penas con anterioridad; mientras que por su parte el derecho penal objetivo, se le denomina que, es el ordenamiento jurídico por medio del cual el Estado organiza, delimita y define su facultad punitiva, quien además estaría ejecutando de esta manera con la función garantista que juntamente con el amparo de los bienes jurídicos, cooperan con el fin del Derecho Penal.” **Fontan (1998)**

Al entender el Derecho Penal es un campo importante del derecho, quien es la carga de reglamentar la convivencia entre la sociedad y el Estado, siendo este último la autoridad quien está facultado para señalar las leyes y asimismo poder dar cumplimiento a cada una de estas, lo cual debe garantizar el estado de derecho de la sociedad y sobre todo respetar los derechos fundamentales que todo ser humano tiene.

1.3.1. La Administración Pública

Para Dwight Waldo, citado por **Miguel Galindo (2000)**, la define como todo orden del hombre para alcanzar el objetivo del gobierno; además que la gestión pública es un arte y una ciencia de la directriz aplicada a los temas del país.

La administración pública es una ciencia de carácter social, diseñada y ejecutada de acuerdo con proyectos, planes y aspiraciones formulados e implementados políticamente, con base en los principios del derecho administrativo - constitucional, para realizarlos con actos legales y materiales, en el ámbito del ejercicio ejecutivo, para satisfacer los menesteres comunes a través del servicio público, atribuciones, tareas, encomiendas o cometidos que corresponden a la potestad que la ley le permite a las entidades que la realizan” **(Miguel Galindo, 2000)**

En el libro de **Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007)**, de Panamá nos dice que la administración pública la conforman todos los Órganos del estado como lo es el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, así como también todas las instituciones sean del tipo autónomas, municipales e interministeriales quienes se encargan de prestar los servicios públicos requeridos por la sociedad en relación a la protección de los derechos ciudadanos en una nación.

Entonces, la administración pública al entender de la Alianza Ciudadana, es ejercida por todo ente que está a cargo del servicio a la ciudadanía, al pueblo que lo ha elegido, para que protejan los bienes de nuestra nación para su progresivo bienestar.

Así también en la página web **eumed.net**, se hace mención lo dicho por **Zavariz (2010)**, quien nos da a conocer varios conceptos sobre administración pública de los cuales solo tomaremos tres conceptos los que consideramos que son muy relevantes para poder entender lo que es en si la administración pública así tenemos:

González (1998), nos dice que la Administración Pública la ejerce todo aquel grupo de entidades del gobierno la cual se encamina a poder concretar sus propósitos, y además que es guiada por un procedimiento político, ligado a las ídoles del Estado, primordialmente capitalista, donde actúa de manera tal como una herramienta mediadora de las demandas sociales, aquellas que dan máxima prioridad a los intereses de la sociedad.

La Administración Pública es el acto del Estado que está encaminado a que se puedan realizar sus fines; gestionar es además proveer por medio de servicios públicos todas las herramientas necesarias para los fines de una sociedad, la gestión selecciona, coordina y organiza de las actividades del Estado hacen una labor mucho más organizada. **(Andrés Serra, 1971)**

Mientras que **Pacori (2017)**, nos indica que cuando hablamos de Administración Pública, nos referimos a una institución nacional que se dedica a actividades administrativas públicas y privadas.

Después de las definiciones dadas por los autores podemos decir que la dirección Pública es la organización que se desarrolla en las entidades del Estado, que son efectuadas por los representantes de la sociedad, para que puedan gestionar y atender de la manera más idónea los recursos, asuntos e intereses de la población, buscando siempre el bienestar de toda la población aplicando los lineamientos legales.

1.3.2. Delitos Contra la Administración Pública:

Para identificar cuáles son los delitos contra la Administración Pública, se tomó como base la legislación peruana puesto que en ella están regulados estos delitos, para ser más específicos el punto de referencia es el Código Penal Peruano como nuestra matriz e iremos al Título XVIII, y específicamente nos centraremos en los **Delitos Cometidos por los Funcionarios Públicos**, tomando algunos de los delitos que están estipulados y tipificados en el Capítulo II del título antes mencionado, para analizarlos y llegar al porque el delito de **Otorgamiento Ilegal de Derechos** deber ser considerado en el Título líneas anteriores señalado, pues con lo que respecta a este delito debe haber una variante en ello es decir ser tipificado como delito contra la Administración Pública, y no estar tipificado en los delitos Contra el Medio Ambiente; así también para un mejor entender es necesario que realizaremos legislación comparada con otros países, los cuales mostraran diversas posturas con respecto al tema para un mejor entendimiento.

1.3.2.1. El delito de Abuso de Autoridad:

Según lo previsto en el Código Penal Español en su Capítulo III, en sus artículos

Artículo 45: El feje que, excediendo sus atribuciones ya sea de mando o por otra parte de su postura en el servicio, origine un daño grave a un subalterno, además de que se les fuerce a realizar trabajos ajenos al interés del servicio o que por su parte le impida de forma arbitraria el ejercicio de su derecho, será penado con tres meses a tres años de prisión.

Artículo 46: Un jefe que abusa de sus subordinados en el trabajo enfrenta una pena de prisión de 6 meses a 5 años.

Artículo. 47: El jefe que por su parte trate a uno de sus trabajadores de las siguientes maneras ya sea degradante, inhumana o humillante; o así también que realice hechos ya sea de abuso o atentado sexual, será sancionado con una pena de seis meses a cinco años de prisión, también se podrá interponer la sanción de pérdida del trabajo por ser acciones de carácter muy grave, sin perjuicio a los contemplados contra la libertad sexual, toda vez que se atenta contra la integridad del ser humano.

Artículo 48: El jefe que, en perjuicio de un subalterno, realice cualquier tipo de acoso sexual, por razón de sexo como profesional, le amenace, coaccione, injurie o calumnie; de manera que con su accionar atentara de forma grave contra su intimidad, dignidad personal en el trabajo, de esta forma además realizare acciones de discriminación grave por razón de su origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, creencia, convicciones, critica, discapacidad o cualquier otra condición o situación personal o social, será sancionado con pena de seis meses a cuatro años de prisión a razón de que nadie debe ser hostigado bajo ninguna circunstancias por nadie en su lugar donde labore.

En el Código Penal Mexicano está tipificado en el Título X Delitos por hechos de corrupción, en el Capítulo III, en su artículo 215: nos indica *que en el delito de Abuso de Autoridad se encuentran los trabajadores públicos que incurran bajo algunas de las conductas que se mencionan a continuación:*

- I. Quien, para evitar el cumplimiento de una ley, decreto o reglamento, la recaudación de un impuesto o la aplicación de una resolución judicial. Procure ayuda del servicio público o emplee para ese propósito.

- II. Quien, interfiera aplazando injustificadamente o en su defecto niega a las personas la defensa o el servicio necesario y adecuado del que se indica que tiene el deber de otorgarlos o que, por otro lado, obstaculiza la presentación o el curso de una solicitud.

- III. La autoridad que al estar a cargo de administrar justicia se niegue, bajo cualquier excusa, incluso si es el vacío o el silencio de la ley, rechace injustamente a finalizar un trabajo pendiente, dentro de los parámetros señalados por la ley.

- IV. Quien, está a cargo o, de la misma manera, un elemento de una entidad pública, que es solicitado de forma legal por la autoridad competente para que le brinde asistencia, este rehusé a dárselo o que sea su culpa, lo retrasa injustificadamente.

- V. Obtener, exigir o solicitar sin ninguna causa legal, para sí o para una tercera persona, a su subordinado regalos, bienes o parte del salario o la remuneración.

Estos son algunos de los ítems que nos indica el Código Penal Mexicano sobre el delito de abuso de autoridad, la cual tiene como pena prisión de un año hasta nueve años.

En el Código Colombiano encontramos este delito en el artículo 416, que está en el Título XV, delitos contra la Administración Pública, en el capítulo VIII, que nos dice:

“El trabajador público que fuera de los casos previstos como conductas penadas, con conveniencia de funciones o sobrepasándose en el desempeño de ellas, realice acto ilegal e injusto, se le sancionara con multa y pérdida del empleo o cargo público”. **(Código penal de Colombia, 2018).**

En el compilado por **Emérita (2007)**, donde nos habla sobre el código penal de Panamá, sobre el Delito contra la administración Pública nos explica que estas, son acciones cometidos por el servidor público que abusa del puesto que ejerce, cuando da una orden injusta, que le causa daño a la correcta administración, perjudicando a un tercero, este delito es castigado con dos años de pena privativa de la libertad o con días multa o arresto de fines de semana.

Carlos Creus (1998) nos señala que, El trabajador público que dicte resoluciones u órdenes opuestas a la constitución, leyes o normas, o por el contrario no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le corresponde, se le estaría castigando por el hecho que de actuar cuando la ley se lo prohíbe y el de no hacerlo cuando la ley lo obliga a hacerlo.

Así también el autor nos indica que, se llega a considerar que este delito:

“Es doloso, pues en su forma activa necesita el conocimiento de la transgresión a la ley, de la resolución a la orden y en su figura omisiva, el razonamiento de que en el ámbito de su competencia el representante está la obediencia de la ley que no se ejecuta” **Carlos Creus (1998)**

En la normativa peruana el delito de Abuso de Autoridad lo encontramos tipificado en el Código Penal, en su Artículo 376 que nos dice:

“El trabajador público que, aprovechándose de sus funciones y poderes, perpetra o dispone un acto ilegal, que causa daño a terceros será castigado con no más de tres años de pena privativa de la libertad.” **(Código penal de Perú, 2018)**

En el Abuso de Autoridad, como hemos podido leer en los artículos de las diferentes legislaciones que tomamos como referencia podemos apreciar que todas coinciden en el punto que este delito es cometido por el trabajador público que valiéndose de su poder otorgado por ser un funcionario que administra los bienes del Estado, hace un uso arbitrario de el para obtener un beneficio particular, lo cual lo puede hacer en forma directa o hacer que otro lo cometa, en este sentido estaría perjudicando al Estado y también a un particular, todo ello lo hace transgrediendo sus funciones que por norma y ley le están autorizados.

El abuso de autoridad tiene que ver con el abuso de poder, pues guardan coherencia porque se tiene funciones genéricas y funciones específicas, pues el funcionario puede abusar de su poder como de sus atribuciones específicas; en tal caso el funcionario puede cometer el delito haciendo uso de su autoridad o de la que esta le atribuye, toda vez que el funcionario o autoridad desde que asume su cargo tiene facultades y obligación de hacer uso de sus funciones y de sus atribuciones bajo los parámetros que las reglas, normas generales o específicas que están obligados a acatar y hacer acatar la ley. **Hugo Álvarez (2016)**

Con ello quiere decir que el funcionario público no debe extralimitarse o sobrepasarse de las facultades que le fueron conferidas, pues todo lo que vaya más allá de sus funciones establecidas en la ley, ya se considera arbitrario quiere decir que esta fuera de la ley pues esto es antijurídico y carece de legalidad.

Así también analizando lo que nos dice Hugo Álvarez, él nos dice, que para la tutela del bien se accione esta debe estar lesionada o puesta en peligro; pues nos indica que el abuso de autoridad tiene como finalidad jurídica la tutela penal del interés del pueblo como persona de derecho, ya que los funcionarios públicos están investidos de funciones y estas no

deben ser utilizadas para actos ilícitos, puesto que con la aplicación de la sanción de este delito se quiere asegurar que se aplique correctamente las atribuciones de acuerdo a ley, el acto funcional del trabajador público. Dado que todo empleado del estado desde que ejerce el cargo, tiene el deber y obligación de hacer uso adecuado de sus atribuciones y funciones bajo todas las directrices de las leyes generales o específicas.

Es así que en este delito tenemos dos sujetos tanto a quien comete el delito (sujeto activo) y a quien se le causa el daño (sujeto pasivo); pues a quien se le considera el sujeto activo, es quien preponderantemente incurre en el delito quiere decir el funcionario que dentro de sus facultades, estos actos son fuera de sus atribuciones funcionales; mientras que el sujeto pasivo, es a quien se le comete el delito en este caso es el Estado, pues cuando el funcionario comete este delito está afectando a la administración pública al no cumplir sus leyes y normas, y accesoriamente también a un particular quien sale dañado con este acto.

Así también encontramos el bien jurídico tutelado, que viene hacer el correcto funcionamiento de la gestión Pública, pues se requiere que los trabajadores públicos hagan un adecuado y moderado ejercicio de sus atribuciones de acuerdo a las leyes y conforme a derecho.

1.3.2.2. Delito de Peculado:

En la normativa de Colombia, se determina que el delito de peculado está regulado en su Código Penal en el Título XV Delitos Contra la Administración Pública, en su Capítulo I; pues bien, se tiene varios tipos de peculado en esta legislación por ello tomaremos algunos para hacer la comparación correspondiente así tenemos:

Artículo 397: Peculado por Apropiación, se da cuando el trabajador público se adueña en beneficio de sí mismo o de una tercera persona de la propiedad estatal o de compañías o instituciones en las que tiene parte o de activos, de individuos que la administración y protección se le ha encargado por razones o con motivo de su trabajo, será encarcelado por noventa y seis a doscientos setenta meses.

Artículo 398: Peculado por Uso, es cuando el trabajador público usa inadecuadamente o permite que otros utilicen riquezas del Estado o de entidades en las que tiene parte, o contenedores de personas cuya administración, posesión o protección se le ha encargado por motivo o en el desempeño de sus labores; se le impondrá prisión de dieciséis a setenta y dos meses e inhabilitación funcional por el mismo periodo.

Según la legislación mexicana, por su parte, en su Título X, en el Capítulo XII, nos habla sobre el delito de peculado y nos dice en su artículo 223 *Comete el delito de peculado:*

- I. Todo trabajador público que en beneficio propio o el de un tercero física o moral, sustraiga riquezas, bienes o cualquier otra cosa que pertenece al Estado o a un particular, que por motivo de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito, en posesión por otras causas.
- II. El funcionario público que usa ilegalmente capital estatal o consienta cualquiera de los actos mencionados en el artículo sobre uso ilegal de poderes y facultades para fomentar la imagen política o social de su persona, la de su jefe o la de un tercero, o para denigrar a cualquiera.
- III. Quien sea que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que hace referencia la parte anterior, a cambio de bienes públicos o del

goce de las ventajas derivadas de los actos a que hace referencia el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades.

IV. La persona que, sin tener la condición de un trabajador público federal y estar legítimamente obligado a la proteger, administrar los recursos públicos federales, los distrae de su objeto para uso propio o de otras personas o les da una aplicación diferente a la destinado a ellos.

Los trabajadores públicos que incurren en este delito se les sancionara con penas que van desde los tres meses hasta los catorce años de prisión. (Código penal mexicano, 2018)

Emérita (2007), nos dice que el delito de peculado de uso reside, en aprovechar en favor del propio trabajador público o de un particular, el dinero, los valores o los bienes que estén en bajo su custodia o administración, por lo cual se le impondrá una sanción de pena privativa de la libertad de uno a tres años o su equivalente en días multas o arresto de fines de semana.

Carlos Creus (1998), nos explica sobre el delito de peculado señalando que, el servidor público que sustraer bienes o efectos cuya gestión o cuidado le fueron confiadas por razón de su puesto o que emplee en beneficio propio o de terceros, trabajos o servicios cancelados por la gestión pública, se le impondrá pena privativa de la libertad de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua.

Entonces el funcionario que al emplear estos recursos en provecho propio o de un tercero, va a significar que este sea separado de las labores relacionadas con administración del Estado.

En el código penal peruano se determina el delito de peculado en la Sección II, de Capítulo II, de los delitos contra la administración pública en lo cual en sus artículos 387 y 388 se determinan el peculado doloso o culposo y el peculado de uso en ese orden y nos dice:

Artículo 387: *“El trabajador público que se apropie o utilice, ilegalmente, para sí mismo o para un tercero, los recursos o efectos cuya percepción, gestión o protección se le confíen en razón de su trabajo, será castigado con una pena efectiva de no menos de cuatro o más de ocho años”.*

Artículo 388: *“El trabajador público que, para fines distintos del servicio, utilice o permita que otro use transporte, maquinaria o cualquier otra herramienta de trabajo que pertenezca a la gestión pública o que esté bajo su responsabilidad, será castigado con la privación de libertad dos para cuatro años”.*

En la República se usó la palabra peculado para señalar la extracción de cosas de valor, y que en el dominio Romano se utilizó la expresión *criminis peculatus* quien se referencia a tomar posesión de dinero o bienes públicos y esta es la que prevalece hasta hoy. **(Salinas Siccha, 2016).**

Mientras que **Hugo Vizcardo (2016)**, también habla del delito de peculado, y nos dice que para que se considere delito se necesita, que los bienes que son materia del delito hayan sido dados en custodia al trabajador público, pues el delito infringe la fe o la confianza pública, aquí concurren la calidad del autor, la condición de los bienes y la relación entre uno y otro; pues lo que se busca en realidad es proteger el buen funcionamiento de la acción patrimonial de la dirección pública por parte de los trabajadores del estado, el funcionario puede llevar a cabo de libre disposición que en ventaja de la norma tiene como trabajar público; pues se busca proteger la correcta

función de la actividad de la administración pública y los intereses patrimoniales.

Pues al leer lo dicho por los autores coincidimos con lo expresado pues lo que se busca proteger al tipificar este delito es la correcta administración pública y para que se le pueda imputar delito alguno es que se le haya confiado el bien al funcionario y que este tenga libre disposición y que sobrepasando sus funciones este haga uso inadecuado de los bienes para asuntos que no han sido conferidas.

En el delito de peculado encontramos a los sujetos que causan (sujeto activo) y a quien le causan el daño (sujeto pasivo) en este tipo de delito como podemos leer en los párrafos que anteceden quien comete el delito es el trabajador público que cumple la figura funcional exigida por el tipo penal; cabe recordar que para que se le pueda imputar y culpar de este delito el empleado público tiene que tener bajo su custodia o ámbito de vigilancia o administración los caudales del Estado, y que el funcionario se apropia o dará uso para sí o para otro; todo los bienes los debe tener en concordancia con la ley, reglamento y ordenes de autoridad competente; mientras que el sujeto pasivo es netamente el Estado quien es el titular de la gestión pública, dado que este delito solo lo puede realizar el funcionario o trabajador público que cause daño al Estado o entidades que dependen de este.

Así también encontramos en bien jurídico protegido, que es en uso correcto o adecuado de los bienes del Estado para los fines propios del servicio.

1.3.2.3. Delito de Malversación:

Para hablar de la malversación nos es factible primero comenzar con lo que nos indica el código penal español, quien nos habla en su capítulo VII, del

Título de delitos contra la administración pública, sobre el delito de malversación en su artículo 432 dice:

1. “El empleado público que cometa el delito de administración injusta, apropiación indebida de bienes públicos, va a ser castigado con pena de prisión de dos a seis años y con inhabilitación de cargo público o empleo y para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo para el tiempo de seis a diez años.”

2. “Se interpondrá pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refiere el numeral anterior concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

- Se hubiera causado un importante mal o entorpecimiento al servicio público.
- El costo del perjuicio provocado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50 mil euros.” **(Código penal de España, 2018)**

Emérita (2007), no dice que, la malversación de bienes o valores confiados que el Estado da al servidor público para la gestión o cuidado, acontece por acciones de apropiación realizado por el servidor público, cuando utiliza dichos bienes en actividades u objetos no autorizados y que no benefician las funciones encomendadas, dichos va a ser penados con prisión de cuatro a diez años.

Carlos Creus (1998), nos indica que este delito está tipificado en el artículo 260, del Código penal argentino el cual consiste en que el empleado público da al patrimonio o efectos que administra una aplicación distinta de aquella a que estuviere destinado, asimismo el autor nos indica también que se le

denomina a este delito como la *“Aplicación indebida de caudales públicos o destino indebido de fondos públicos”*

Esto se debe a que el bien jurídico protegido es la correcta gestión y conducción de los bienes públicos dentro de la misma trayectoria de la administración, pues cuando el administrador público da a los bienes una aplicación distinta para la que fue prevista estaría cometiendo el acto ilícito de malversación.

En el código penal peruano el delito de malversación lo encontramos en el artículo 389 que nos señala:

“El empleado público que dé al dinero o bienes que administra una aplicación de manera definitiva distinta de aquella a la que están predestinada, perjudicando el servicio para el que fue encomendada se le interpondrá una pena privativa de la libertad de una a cuatro años”.

Por tal motivo la malversación es también conocida como peculado por malversación puesto que los bienes del Estado son utilizados para cosas que no fueron conferidas; para entender este delito tomaremos lo dicho por **Hugo Vizcardo (2016)**, quien nos dice *“Que la malversación se trata en dar al caudal que se administra una aplicación opuesta a la que estuvo destinada.”*

Así también, **Jorge Hugo (2018)** nos explica que, el peculado por malversación de fondos o bienes es un delito de acción dolosa que se basa en que el trabajador público da al caudal o bienes que administra una utilización definitivamente indebida, perjudicando el servicio o la función establecida; nos dice que la última condición hace del tipo penal un delito caracterizado por el resultado, consecuentemente si se da al dinero o bienes que gestiona una aplicación provisional diferente, pues si no se

afecta al servicio o la función encomendada, no se configura el tipo, lo más característico para la configuración del tipo en cuestión es su destinación definitiva, en este sentido es un delito de resultado.

Ahora bien, para que se de este delito tenemos que saber quién es el sujeto activo, que viene hacer quien comete el delito en este caso es el funcionario o empleado público que tiene el deber de administrar del dinero o bienes del país y los utiliza para satisfacer actividades particulares quiere decir que no están en las obligaciones de su función y correcta administración de los mismo; ya que este delito es considerado peculado por malversación el sujeto pasivo es el Estado que es agraviado por la mala administración de sus bienes.

En este delito el bien jurídico tutelado es la correcta administración del dinero y de los bienes del Estado, pues este está destinado o planificado para el gasto publico adecuado.

1.3.2.4. Delito de Cohecho:

Es otro de los delitos cometidos contra la administración pública, el cohecho, el código penal de Colombia tipifica este delito en sus artículos

Artículo 405: encontramos al Cohecho propio, se da cuando el servidor público acepta para sí mismo o un tercero, dinero u otra utilidad o acepta un ofrecimiento de remuneración, de forma personal o por intermedio de otra persona, para atrasar u omitir una acción de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus obligaciones oficiales.

Artículo 406: está tipificado el Cohecho impropio, el cual se trata que el empleado público acepta para sí o para otro, dinero u otra utilidad u ofrecimiento remuneratorio, de forma personal o no, por un acto que deba

ejecutar en el desempeño de sus obligaciones. **(Código penal de Colombia, 2018)**

En el código penal de España este delito lo encontramos tipificado en su artículo:

Artículo 419: Que estipula, servidor público que, para su propio beneficio o el de un tercero, recibe o solicita, por sí mismo o por un intermediario, un obsequio, favor o remuneración de cualquier tipo o acepta una oferta de llevar a cabo lo contrario; actuar en la ejecución de su puesto a los deberes inherentes a él o no se ejecutar o retrasar indebidamente a quien debe practicar, tendrá una pena de tres a seis años.

Artículo 420: Señala que el trabajador público que, para beneficio de sí mismo o el de un particular, recibe o solicita, de forma personal o por intermedio de un tercero, un obsequio, favor o remuneración de cualquier tipo o acepta una oferta o promesa de llevar a cabo un acto de su función, se le impondrá una pena de dos a cuatro años. **(Código penal de España, 2018)**

En el código penal de México lo encontramos en su título decimo, capítulo X, el delito de cohecho el cual en su artículo 222 que nos establece:

1. El empleado público que en forma personal o por intermedio de otros, solicita o acepte ilegalmente para sí mismo o para un particular, dádiva o cualquier beneficio, o acepta una propuesta, de realizar o dejar de hacer un acto adecuado a sus deberes funcionales.
2. El funcionario que, en ejecución de sus deberes o atribuciones y en el ámbito del proceso de aceptación del presupuesto de egresos respectivos, gestione o solicite:

- *La consignación de bienes a favor de una entidad pública, ordenando para sí mismo o para otros, un encargo, obsequio o contraprestación, en efectivo o en especie, destinada a la que le corresponde para el ejercicio de su pedido.*
- *El conceder contratos de obras públicas o de servicios en beneficio de determinadas personas físicas o morales; estarían incurriendo en el delito de cohecho ...” (Código penal de México, 2018)*

Según Emérita (2007), el delito de cohecho propio e impropio y nos dice que el Cohecho propio, es aquel donde un trabajador público acepta o recibe remuneración, ventaja o beneficio para retrasar o no realizar un acto, lo cual es contrario a sus obligaciones o deberes; mientras que el Cohecho impropio, es cuando el trabajador público acepta o recibe remuneración o ventaja, pero para realizar las funciones que le corresponde hacer en función de su cargo.

Carlos Creus (1998), nos indica que este delito lo tipifica el código argentino en su artículo

Artículo 256: Cohecho Pasivo: *“El trabajador público que por sí mismo o por una tercera persona recibe dadora o cualquier otro regalo o acepta una propuesta directa o indirecta, de hacer o dejar de hacer algo relacionado con sus funciones, o de afirmar la influencia procedente de su puesto ante otro trabajador público, para que pueda hacer o dejar de realizar algo relacionado con sus deberes (...)”*

Nos indica que, nos encontramos con un delito de acción bilateral que presenta una codelincuencia necesaria, pues el cohecho pasivo no puede

existir sin el cohecho activo, pues se necesita de alguien que ofrezca o prometa algo con la finalidad de transgredir la ley.

Artículo 258: Cohecho Activo: *“quien directa o indirectamente, da u ofrece dadas a un funcionario público, pretendiendo que se dé la conducta reprimida por el art. 256”*

Como se puede apreciar, y por lo señalado anteriormente el cohecho activo, lo puede hacer un funcionario o no, pues aquí lo que se necesita para que se cometa el delito es que una persona diera u ofrezca alguna dádiva a un funcionario estaría cometiendo el acto ilícito, pues en el Cohecho pasiva si es directamente un trabajador público toda vez que es a él a quien le hacen el ofrecimiento y él lo recibe o acepta.

En la legislación peruana, el delito de cohecho está tipificado en la sección cuatro del capítulo II, del título XVIII, delitos contra la administración pública, así encontramos en el:

Artículo 393 el Cohecho pasivo propio que dice: *“El trabajador público que acepta o admita una donación, propuesta o cualquier otra ventaja o favor, para llevar a cabo o pasar por alto un acto contradiciendo sus obligaciones o que las acepta como consecuencia de haberlas incumplido, tendrá una pena privativa de su libertad de entre cinco a ocho años (...)”*

artículo 394 el Cohecho pasivo impropio que nos dice: *“El trabajador público que acepta o recibe una donación, propuesta o cualquier otra ventaja o favor indebido para llevar a cabo una acción de su función, sin incumplir su obligación, tendrá una pena privativa de su libertad de entre cuatro a seis años.” (Código penal de Perú, 2018)*

Como podemos apreciar en los diferentes códigos penales que se analizaron, este delito lo comete el funcionario público que acepte alguna promesa de remuneración con el fin de no hacer lo que su cargo le mande, más hace lo contrario omitiendo o ejecutando deberes contrarios a lo que su cargo le indica.

Es un hecho concreto de corrupción enfocada en el comportamiento de los trabajadores públicos que lesionan o ponen en riesgo el bien jurídico protegido del correcto funcionamiento de la gestión pública, haciendo un uso o aprovechamiento de las atribuciones o de las ventajas que le brinda su cargo para beneficio particular. **(Villegas Paiva, 2016)**

En este sentido el delito de peculado es cometido por el funcionario público que en virtud de su función y cargo hace uso de este para obtener un beneficio particular, pues este estaría aceptando o recibiendo alguna ventaja, para dejar de hacer algunas de sus funciones o en su caso esta ventaja lo acepta por hacer su función que el cargo le exige.

Por lo expresado en párrafos anteriores, podemos precisar que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento y administración pública; aplicando así el principio de imparcialidad que es la guía de la conducta de todo funcionario público; así en este contexto se establece que el sujeto activo es quien causa el daño o comete el acto ilícito, es quien está a cargo de la función pública, mientras que el sujeto pasivo como en lo delitos ya señalado en el presente trabajo es el Estado quien se ve afectado con las gestiones inadecuadas.

1.2.3.5 Delito de Concusión:

Es otro de los delitos que se tomó como base en la presente investigación, en tal sentido la jurisprudencia mexicana código penal en el artículo 218 nos señala que, comete delito de concusión el servidor público que en su condición de trabajador y a título de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, sueldo o emolumento, exija, por si o mediante otro, dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida o en gran proporción que la señalada por la ley. Su pena será de tres meses a doce años de prisión.

Así también este delito lo encontramos tipificado el código penal colombiano, en su artículo 404 que nos dice, el funcionario público que en atribución de su puesto o sus funciones prohíbe o induce a alguien a dar o prometerle al mismo trabajador o a un tercero, dadiva o cualquier otro; uso indebido, o lo solicita; incurrirá en delito teniendo una pena de prisión de ocho a quince años.

Emérita (2007), este delito se trata que, el trabajador público logra persuadir a otra persona para que le dé o proponga dar dinero o cualquier otro beneficio para sí mismo o para un tercero, será sancionado con cinco a ocho años de prisión.

En la legislación peruana, encontramos este delito en el artículo 382 del código penal que nos dice:

“El funcionario o servidor público que, extralimitándose de su puesto, obliga o incita a una persona a dar o favorecer indebidamente, para uno mismo o para un tercero, un bien o favor patrimonial, tendrá una condena de dos a ocho años de prisión”.

Como podemos observar en los diferentes artículos de las jurisprudencias que hemos tomado como base, este delito lo comete el funcionario que prevaleciéndose de su cargo hace que le den algún beneficio económico incumpliendo así las funciones que por su cargo fueron encomendadas.

Para los autores **Jorge Hugo y Betty Huarcaya (2018)**, explican que, etimológicamente la palabra concusión deriva del termino latino *concutere*, que es la acción de sacudir el árbol para coger sus frutos; entonces para los autores el delito de concusión lo estarían realizando los funcionarios o servidores públicos para obtener un beneficio que viene a ser el fruto, es así que nos señala que el funcionario para cometer este delito; hace abuso de su cargo, valiéndose de que ostenta un poder y exige o induce a dar o prometer un bien o favor patrimonial para sí o para un tercero es así que la víctima por temor al cargo es que accede; pues todo ejercicio del poder público arbitrario es un acto de fuerza, de manera que cualquier exigencia abusando del cargo constituye los supuestos que este figura penal contempla”.

Entonces para que el funcionario público llegue a cometer este acto ilícito, lo que hace es exigir a un particular un beneficio para sí mismo o para otro, valiéndose del cargo que ostenta causando así un temor en los administrados y desobedeciendo lo que la ley manda perjudicando la correcta administración y el adecuado funcionamiento de los alcances del Estado.

Por lo expuesto se puede determinar que el bien jurídico tutelado en este delito es el correcto, ordenado y legal funcionamiento de los órganos de gestión pública y el patrimonio de los particulares; en este contexto quien sería el sujeto activo, es quien comete el acto ilícito representado por el funcionario público quien es el que obliga o induce a un particular a dar un

bien o beneficio patrimonial; y el sujeto pasivo es a quien se le causa el daño, en este caso el Estado y el particular.

1.3.3. El Delito de Otorgamiento Ilegal de Derechos

Para entender un porque el otorgamiento ilegal de derechos debe ser tipificado como delito contra la administración pública, hablaremos primero del artículo 376-B que trata sobre el Otorgamiento ilegal de derechos sobre inmuebles, el cual está tipificado en los delitos que incurren los funcionarios públicos y nos dice a la letra:

***Artículo 376-B.** “Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles, lo comete el trabajador público que, en transgresión de sus funciones o deberes, otorgare injustificadamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de posesión pública o bienes de dominio del Estado, sin observar los requisitos establecidos por la legislación vigente, será sancionado con pena de entre cuatro a seis años”*

En este delito lo que se hace es castigar al funcionario público, quien tiene las facultades o atribuciones para otorgar derechos de posesión o emitir títulos de propiedad sobre bienes de dominio estatal o bienes de particulares, sin observar los requisitos establecidos por la legislación vigente, lo cual implica que se le otorga de manera ilegal a una persona el uso de un bien inmueble; pues para ello el funcionario trasgrede sus atribuciones u obligaciones, logrando otorgar ilegalmente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes estatales o privados, afectando así la propiedad, la posesión, el normal y correcto funcionamiento de la gestión pública y los derechos de los particulares. **(Jorge Hugo y Betty Huarcaya, 2018)**

Entonces en esta figura ilícita lo que se sanciona es que el funcionario público quien tiene la potestad de dar el derecho de obtener el título de posesión de un bien inmueble, lo haga sin observar los reglamentos y estándares normativos para otorgar a una persona el derecho de posesión y uso del bien, perjudicando así la correcta administración pública y los particulares inmersos.

Jorge Hugo y Betty Huarcaya (2018), así también explican que, el otorgamiento ilegítimo de derechos de posesión sobre bienes de dominio Estado (sean públicos o privado) o bienes inmuebles de propiedad privada sin obedecer los requisitos establecidos por la normativa vigente, es algo muy recurrente en un contexto de invasión o usurpación de predios estatales o privados, que procuran legitimar su posesión con la adquisición y posterior presentación de documentos de posesión.

Se puede entender que, algunas personas tratan que lo que en un primer momento fue un acto ilícito, con el pasar de los tiempos no lo sea y lo tratan de acreditar con documentación que por el tiempo se convirtió en legal, aunque ya se haya cometido el delito años atrás.

Entonces en el Otorgamiento ilegal de derechos sobre inmuebles, podemos determinar que el bien jurídico tutelado en este artículo, es la normal dirección de la administración pública, bajo el principio de legalidad y tutela del patrimonio público y particular; convirtiéndose en el sujeto activo y causante del daño el trabajador público y el sujeto pasivo en primer lugar es el Estado porque se ve la mala administración del mismo y en un segundo lugar a las personas privadas que se ven perjudicadas por la mala administración de funcionario público.

Teniendo los conocimientos básicos de que es el otorgamiento ilegal, pasaremos a hablar y analizar **la responsabilidad de funcionario**

público por otorgamiento ilegal de derechos, para ello nos vamos a remitir al artículo 314 del código penal peruano, el cual se encuentra en el capítulo III, del título XIII del código en mención; pero para poder establecer porque este delito debe ser tipificado en los delitos contra la administración pública, específicamente en capítulo II delitos cometidos por funcionarios Públicos, primero vamos a mencionar algunas jurisprudencias con respecto a otros países en relación a lo que nos indica los delitos contra el medio ambiente, después vamos a sustentar él porque el otorgamiento ilegal de derechos no debe estar en los delitos ambientales.

Vemos que nos dicen las jurisprudencias internacionales con respecto al ordenamiento ambiental, para ello nos vamos a remitir a lo que nos dice el código penal de México, este código nos indica que los *delitos contra la gestión ambiental* específicamente en su artículo 420 inciso 2, “*Quien asiente datos erróneos en los registros, documentos o cualquier otro archivo utilizado con el propósito de fingir el cumplimiento de los deberes derivados de la normatividad ambiental federal*”.

Como podemos leer en las líneas anteriores el código mexicano, establece en su artículo 420 el delito contra la gestión ambiente, y nos dice que cualquier persona que ingrese datos falsos en cualquier documento indicando que si ha cumplido con las normas ambientales está incurriendo en el delito contra el medioambiente; entendiéndose que no es necesariamente un trabajador público el que ingrese una falsa información en los documentos ya que puede ser cualquiera incurriendo así en este delito.

En el Código de España también está protegido el medio ambiente, tenemos así los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, pero para el tema que estamos tratando nos vamos a remitir a su artículo 329 inciso 1 que estipula La autoridad o trabajador público que, con pleno

conocimiento, informa favorablemente el otorgamiento de licencias manifiestamente ilegales, que de la buena pro al funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes, o con su inspección hubiese inadvertido la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o hubiera omitido la realización de inspección de carácter obligatorio, tendrá prisión de seis meses a tres años.

Así también consultamos los códigos de Argentina y de Colombia con respecto a los artículos que estipulen sobre el derecho ambiental; pero si bien es cierto estas legislaciones protegen al medio ambiente, en el caso de Argentina en su código penal en su libro segundo, Título XXIII tipifica a los delitos “*contra en medio ambiente*”, en los cuales está la contaminación, delitos contra los bosques, entre otros. Y con respecto al código penal de Colombia en su libro segundo, Título XI están tipificados los “delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” en el cual se encuentra el aprovechamiento del recurso natural, violencia forestal, daños a los recursos naturales entre otros, pero en ninguno de los dos códigos en los títulos de delitos contra el medio ambiente nos tipifica algún delito que sea cometido específicamente por un funcionario público.

Pues bien, cómo podemos leer en los párrafos anteriores, comparamos los códigos penales de España, México, Argentina y Colombia, de los cuales solo dos de ellos en sus Títulos correspondientes a la tipificación sobre delitos contra el medio ambiente, hablan sobre alteración de un documento en materia ambiental, en el caso del código mexicano nos señala que no necesariamente es funcionario público el que ingrese información falsa en sus documentos pues lo puede hacer cualquier persona natural o jurídica que desea trabajar en un determinado lugar; pero en cambio vemos que el código de España si estipula que un funcionario público atenta contra el medio ambiente si este hubiera informado de forma favorable alguna

licencia que afecte al medio ambiente, coincidiendo con lo que estipula nuestro código penal peruano en su artículo 314 que nos dice:

“Responsabilidad de Funcionario Público por Otorgamiento Ilegal de Derechos; El trabajador público que, sin acatar las leyes, reglamentos, normas ambientales vigentes, por haber quebrantado gravemente sus obligaciones funcionales, aprueba la concesión, renovación o cancelación de licencias, concesiones, permisos u otros derechos habilitantes a favor del trabajo o actividad...”

En este sentido creemos de suma importancia hablar del código penal de México y de Argentina, pues señalan en otros títulos, no correspondientes al medio ambiente, pero si nos hablan sobre los funcionarios públicos que cometen delito cuando otorgan un permiso sin observar las leyes así tenemos:

Según el Código Penal de México, en su Título X – Capítulo V, el Uso ilícito de atribuciones y facultades en su artículo 217, explicando que Comete el delito de uso ilícito de atribuciones y facultades el trabajador federal que ilegalmente otorga licencias para la provisión de servicios públicos o la explotación, aprovechamiento y uso de activos propiedad de la federación, en función de su cargo conceda permisos, licencias, adjudicaciones o autorizaciones de contenido económico, para quienes realicen estas acciones se le impondrá una pena de seis meses a doce años de prisión y de treinta a cinco días multa.

El código penal de Argentina, en su segundo libro, Título XI – Capítulo IV nos habla sobre “violación de los deberes de los funcionarios públicos” y en su artículo 248 nos establece, el trabajador público que promulgue providencias u órdenes contrarias a la constitución o leyes, normas nacionales o ejecute las ordenes o resoluciones de esta clase existente

o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere, o que indebidamente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio; se le impondrá prisión de 06 meses a 04 años, y cuarenta y ocho días multa e inhabilitación especial por el doble de tiempo de condena.

Al verificar la jurisprudencia de estos dos países hemos visto que está tipificado en otorgamiento ilegal de derechos, aunque no con el mismo nombre pues en la legislación de México se le llama *“Uso ilícito de atribuciones”* y en la legislación de Argentina lo encontramos como *“infracción de los deberes de los funcionarios públicos”*, pues al leer y analizar estas dos legislaciones, vemos que en sus artículos señalados líneas arriba nos hablan sobre las responsabilidades que tienen los funcionarios públicos, y que es lo que deben proteger, pues en los artículos que hemos tomado como base se habla que los funcionarios públicos no deben dar la autorización sin antes revisar u observar las normas o leyes de su país, pues si dan alguna autorización contrarias a lo que dice la legislación y perjudican los bienes del Estado, está incurriendo en delito por la responsabilidad de su función.

Ahora al estudiar y comparar lo que nos señala el artículo 314 del código penal peruano, con los artículos 217 y 248 de código penal de México y Argentina correspondientemente se determina que en los tres artículos:

El sujeto activo: Es el funcionario o trabajador público que tiene a su cargo la administración de los bienes del Estado, el cual al dejar de hacer su función está incumpliendo con su deber de funcionario; este es un delito de función, pues la calificación se va a determinar por la condición del agente como funcionario público.

El sujeto pasivo: Es a quien se le ha ocasionado el daño, siendo así que al primero que se le causa agravio es el Estado, pues este tiene normas

y leyes que si no son respetan y usadas correctamente perjudica los bienes que este posee.

El bien jurídico protegido: Es la correcta administración de los bienes del Estado.

1.3.4. El Funcionario Público:

Para entender aún más porque el delito de **La responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos**, debe estar en el Título XVIII en el capítulo II, de nuestro código penal peruano vamos a explicar la figura del funcionario público y en que consiste esta función.

1.3.4.1. ¿Quién es un Funcionario Público?

Según la Constitución Peruana en su artículo 39, los funcionarios y trabajadores públicos se encuentran al servicio del país.

El código penal en su artículo 425 nos señala que los trabajadores públicos son aquellos que están incluidos en la gestión administrativa estatal, que ocupen puestos políticos o de confianza, tales como los de las fuerzas armadas y de la policía nacional y los que son nombrados, seleccionados o proclamados por la autoridad competente, para realizar actividades o funciones por cuenta o en el servicio del Estado o sus entidades.

La Ley N° 28175 – Ley marco del Empleo Público, en su artículo 04 inciso 1 nos dice que Funcionario Público Toda persona que ejerza reconocidas funciones de primacía política por mandato expreso, que represente al Estado o parte de la población, desarrolle políticas y/u organizaciones estatales o instituciones públicas directas.

La Ley N° 30057 – Ley del Servicio Civil, define en su artículo 03 literal “a” al trabajador público como el comisionado político de cargo público representativo, que realiza funciones de gobierno en la administración del Estado, dirige o interviene en la conducción de entidad, así como aprueba políticas y normas.

Según la **Ley N° 27815** – Ley del Código de Ética de la Función Pública, señala en su artículo 04 numeral 1 al servidor Público, como cualquier trabajador de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de las categorías jerárquicas, se considera un empleado público, ya sea elegido, contratado, de confianza que realiza actividades o funciones en nombre del servicio estatal.

David Torres (2015), citado de Adela Asua Batarrita dice que, los empleados públicos son aquellos que poseen lo que llamamos el dominio de la propiedad legal en derecho penal son las personas que están inmersas en el organigrama administrativo: de su comportamiento depende la preservación o el perjuicio de este bien jurídico.

En este contexto el funcionario público es la persona elegida por el pueblo para que este lo represente y más aún para que pueda administrar los bienes del estado conforme a lo dispuesto en la Constitución y las demás leyes que rigen a este, pues el funcionario debe de respetar sus mandatos y más aún el bien estar del Estado y de la sociedad en común.

1.3.4.2. ¿Cuál es el fin de los Funcionarios Públicos?

Para responder esta pregunta vamos a ser mención lo señalado por el artículo 41 de la Constitución peruana que nos dice:

“La obligación de los trabajadores públicos: Los funcionarios y servidores públicos que la ley indique o que administren fondos estatales o de organismos respaldados por ella deben hacer declaraciones juradas de sus activos e ingresos cuando asuman sus cargos, durante su ejercicio y cuando cesen de ellos, para evitar crimen”

La Ley N° 28175 – Ley marco del Empleo Público, en su artículo 16 literal “C” nos explica que están para proteger los intereses del estatales y utilizar los bienes públicos austeramente, destinados únicamente a la asistencia del servicio público.

Así también la **Ley N° 27815** – Ley del Código de Ética de la Función Pública, en su artículo 07 numeral 6, señala que las obligaciones de todos los trabajadores públicos deben llevar a cabo sus funciones de manera completa e integral, asumiendo su función pública con integro respeto.

Entonces al analizar lo estipulado en la constitución y las leyes antes señaladas, podemos indicar que el fin de los Funcionarios Públicos es administrar de la manera más idónea los bienes del Estado y que estos bienes sean utilizados de acuerdo a Ley para el progreso comunitario.

La Ley N° 27815 – Ley del Código de Ética de la Función Pública, en su artículo 03, da a conocer el fin de la función pública, las cuáles son que los servicios al país, de acuerdo con lo establecido en la carta magna, y conseguir los mayores niveles de eficiencia de la administración estatal, para que se logre una mejor atención a los ciudadanos, prefiriendo y mejorando el uso de los recursos públicos, todo servidor público debe desempeñar sus funciones a cabalidad y en forma integral, asumiendo con pleno respeto su función pública.

Si hablamos de los funcionarios públicos, ellos son a los que se les da la responsabilidad de proteger los bienes del Estado, pero en los últimos años hemos podido ver que muchos de nuestros funcionarios han cometido algún acto ilícito en contra del Estado, al no observar las leyes y normas a las que estos se deben regir.

Mario P. Rodríguez y otros (2012), explican sobre el Infractor Funcionario Público lo cual está tipificado en el artículo 2, inciso 1 del código penal, que nos dice, la ley penal peruana es aplicable a todos los trabajadores público que, haya infringido su deber especial que tiene para con el Estado.

Sabiendo que la Ley peruana es aplicable a los funcionarios públicos que la infrinjan, debemos hacer mención de lo que nos explica el **ACUERDO PLENARIO N° 1- 2010/CJ- 116** en su numeral 14, que, se debe entender que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80 del código Penal de Perú se orienta al **Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del mismo cuerpo legal**, “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos” atiende a dos aspectos concretos:

- a) Aquí se encuentra especificados los delitos que cometen los trabajadores del Estado.
- b) Este capítulo se encarga de salvaguardar el patrimonio estatal perjudicado por los sujetos especiales, que es lo que ordena la norma sustantiva de acuerdo al análisis del artículo cuarenta y uno de la constitución que contiene como mandato concreto.

Es de destacar que no todos los delitos incluidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal debe analizarse si se cumple el requisitos establecido para extender el estatuto de limitaciones basado en la afectación de los activos legales legalmente protegidos

directamente vinculados con el ente activos o solo afectan el correcto funcionamiento de la gestión pública en sí, violando el ejercicio de las funciones públicas y el servicio bajo las pautas de corrección y sumisión a la legalidad, el cumplimiento de los deberes del puesto, como el empleo, la regularidad y el desarrollo normal de dicho ejercicio, el prestigio y la dignidad de la función, la imparcialidad en el desarrollo decisional y otros totalmente ajenos a la afectación del patrimonio del Estado como tal.

Así también en el **ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116**, en su numeral 16, explica que la calidad de funcionario o servidor público es una condición especial de deberes, por sus diferentes posiciones en la sociedad y porque se espera que demuestren un especial compromiso con la gestión pública. Esto implica obligaciones de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan.

Si bien es cierto en el **Otorgamiento ilegal de derechos** se habla de del medio ambiente, pero también se habla de la administración pública, dado que estamos hablando del funcionario que no respeta las leyes y normas entonces se protege en primer lugar la correcta administración pública y con ello conlleva a que se cuide el medio ambiente, pues no solo el funcionario que este inmerso en un cargo relacionado con el medio ambiente comete este delito, el delito de otorgamiento ilegal de derechos lo comete cualquier funcionario público en cualquier función que este tenga, si es que da la autorización o cancelación a alguna autorización que afecta a la administración, y claro que ahora en este siglo estamos cuidando más el medio ambiente entonces todo funcionario público sea que de una autorización en el centro de la ciudad o en algún lugar campestre primero de trabajar y ejercer el cargo con cabal integridad, debe observar todos los reglamentos y no conceder los derechos de la sociedad por beneficiar a algunos particulares por intereses individuales.

Por todo lo antes señalado consideramos que el otorgamiento ilegal de derechos debe estar en el título XVIII, capítulo II del código penal peruano y complementamos esta propuesta al realizar el **análisis de la Sentencia de primera instancia del Expediente N° 8542-2016-96-1706-JR-PE-01**, de la CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE DEL SEGUNDO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE CHICLAYO, de fecha cinco de mayo del año dos mil dieciocho; donde se le investiga al señor Víctor Manuel Custodio López, por el delito de Responsabilidad del funcionario público por el otorgamiento ilegal de derechos, por su función de Administrador Técnico Forestal y de fauna silvestre de Lambayeque, quien habría otorgado 13 autorizaciones para que se realicen la tala de árboles en el distrito de Mocupe. Según su cargo tiene el deber de supervisar y controlar el aprovechamiento conversión y comercio de los productos forestales, también emite resoluciones administrativas en conformidad con las atribuciones conferidas y estas deben estar de acuerdo a reglamento y sus normas, en tal sentido en señor Víctor habría autorizado a una persona particular para hacer uso de las especies forestales de algarrobo y transformarlas en carbón, además en el informe de constatación que se hace para poder hacer uso los árboles, no se habrían realizado de manera adecuada y, aun así el señor Víctor habría concedido estos permisos, cuando su deber lo que mandaba es que hagan todas las averiguaciones correspondientes y ver si era factible dar los permisos.

Es así que en la sentencia se lee que el fiscal, como el juez se centran al daño ocasionado al medio ambiente tomándolo como único bien jurídico tutelado y dejando de lado la correcta administración de la función pública, por ello se resuelve de manera absoluta argumentado en su parte número Cinco específicamente en sus incisos 5.1 y 5.2 de la sentencia que nos dicen que se absuelve al acusado por lo siguiente:

“El Ministerio Público no ha podido acreditar que efectivamente y de manera indubitable que la acción desplegada por el acusado genero un perjuicio al bien

jurídico protegido; y además nos indica que el vínculo de conexidad entre la acción y el resultado dañoso, no puede ser determinado siendo que entre la solicitud de los permisos y la dación de los mismos con la autorización del acusado, existió una multiplicidad de actos administrativos a cargo de distintos servidores y funcionarios públicos”.

Pues bien, cómo podemos leer en líneas anteriores se le absuelve al acusado porque no se puede comprobar cuál es el daño que se le ocasiono al medio ambiente dado que en esta misma sentencia nos dicen en su parte Dos que el bien jurídico protegido es el medio ambiente y deja en segundo plano la correcta administración pública; sin embargo, para nosotros este delito es pluri ofensivo pues el bien jurídico protegido es la Correcta Administración en primer lugar y accesoriamente es el medio ambiente, pues al considerar como bien jurídico protegido como base a la administración vamos a poder asegurar la imputación del delito sin esperar a comprobar en daño al medio ambiente, y el daño sería una agravante; el sujeto activo quien es el autor del delito es quien autoriza quiere decir quien sin observar la leyes, reglamentos y estándares faltando gravemente a sus funciones, y el sujeto pasivo es el Estado pues es sobre el que repercute el daño tanto en la administración por no respetar las leyes y también sobre el perjuicio al medio ambiente.

Siguiendo lo antes señalado que el Otorgamiento Ilegal de Derecho debe ser tipificado como delito contra la administración pública vamos **analizaremos la sentencia de la primera instancia del segundo Juzgado Penal Unipersonal de Tumbes, en el Expediente N° 00812-2011-80-2601-JR-PE-01**, de fecha ocho de enero del años dos mil diecinueve, en esta sentencia se condena a las personas de *Pedro Octavio Mejía Reyes, Fernando Morán Lupú, Nicolás Antonio Lojas Gonzales y Martha Gudelia Sosa Jiménez*, por el delito de *Contra la Administración Pública en su modalidad de Negociación Incompatible con el Cargo*, pues se les condeno porque según el artículo 399 del Código Penal, nos indica que:

“El trabajador público que ilegalmente en forma directa o por intermedio de un tercero o por actos simulados se interese, en beneficio propio o de terceros, por cualquier contrato y operación en que intervienen por razones del cargo ...”

Las personas antes señaladas habrían aprovechado su cargo como miembros del comité especial y dieron la Buena Pro a la empresa Stuka, en la Adjudicación Selectiva N° 002-2005-CEP-PVL-MPT-TUMBES, que buscaba la adquisición de insumos del Programa vaso de Leche, pues ellos se habrían interesado mucho en la apertura de los sobres de propuestas técnicas y económicas; las conductas que se toman como ilícitas son aceptado la propuesta técnica de la empresa antes señalada las cuales no cumplían con los requerimientos mínimos establecidos, en las bases administrativas como en las bases integradas, quiere decir no se respetó el método que establecía las bases, además de ello los condenados habrían incumplido sus bases la cual consiste en que deben tener el quórum completo para poder tomar decisiones, como lo es la calificación, evaluación y otorgamiento de la buena pro; no hacen las correctas verificaciones de la calidad del producto, el grado de aceptabilidad, y aun así le dieron el puntaje máximo (10 puntos) de puntuación a la empresa Stuka, sin explicar el porqué de este puntaje restándole así transparencia al proceso de adjudicación, esto se agrava más, dado que después de la buena pro según Resultados de Muestra N° LSA-443-2004-ALM, los productos tampoco reunían los requisitos establecidos en las bases integradas, por todo lo antes señalado se le impuso una pena de cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida, que es lo relevante de esta sentencia para nuestro trabajo pues *“como podemos ver lo que se penaliza aquí es que los funcionarios no respetaron las bases, reglamentos, los parámetros establecidos para poder dar la buena pro a una empresa que no cumplía con las especificaciones técnicas y eso no fue reportado por los miembros del comité especial, por el contrario se interesaron el dar carta abierta para que se adjudique a la empresa STUKA.”*

Para complementar por qué el Otorgamiento Ilegal de Derechos debe ser considerado en el Capítulo de los delitos contra la Administración Pública, haremos mención a **la sentencia de Casación N° 231-2017 Puno, de la Segunda Sala Penal Transitoria**, de fecha catorce de septiembre del año dos mil diecisiete, que nos da jurisprudencia sobre el delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Ilícito del Cargo, nos explica que este delito y los delitos que se ubican en la sección IV, del título antes señalado del código penal, son una modalidad de corrupción, estos delitos lo que protegen es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, lo que tutela es la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración Estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario, entonces nos dice que el Código Penal en estos delitos lo constituye como delitos de peligro y su objeto es prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio Estatal, aprovechándose de la función de desempeña.

Así también nos dice que el delito de Negociación Incompatible es un delito de peligro concreto, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico, en el correcto funcionamiento de la administración pública, en consecuencia se debe respetar el principio de lesividad, en tal sentido la represión de la acción debe estar condicionada a la creación de un riesgo (resultado) la cual debe ser probada para considerar consumada la infracción, estas conductas son sancionadas por el solo hecho que su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública. El delito contra la administración pública exige como requisito típico el estatus formal de funcionario o servidor público, y lo que realice este en razón al ejercicio de su cargo, es necesario que cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones, quiere decir poseer el poder para participar en ellos; lo relevante es que la conducta o actuar del funcionario o servidor haya infringido los deberes especiales positivos de este, por lo tanto

estos delitos se dan por el incumplimiento de normas y que este ocasione un peligro concreto al Estado, para el funcionamiento de la Administración Pública.

Tomando lo antes señalado por la sentencia de casación podemos ver que se justifica que el delito de Otorgamiento Ilegal de Derechos sea incorporado a los delitos contra la administración pública, pues según lo que nos indica toda persona que ejerce un puesto en el Estado, vela por el buen funcionamiento de la administración del Estado, si un funcionario público atenta en contra del Estado en función de su cargo por las facultades que este tiene, sin observar sus normas o leyes y cause un peligro concreto a la administración del Estado y sus bienes, estaría incurriendo en delito de omisión a su deber.

1.4. Formulación del Problema.

¿Por qué es importante tipificar el Otorgamiento Ilegal de Derechos en los delitos contra la Administración Pública?

1.5. Justificación e Importancia del Estudio.

El presente proyecto, el tema a investigar y que tiene una gran importancia a esferas de lo que estamos pasando en estos últimos años en nuestra sociedad, dado que la problemática que está viviendo nuestro país por los numerosos delitos que comenten los funcionarios en contra de la Administración Pública, a pesar que se tiene leyes que sancionan el accionar delictivo, escuchamos muy frecuentemente por los medios de comunicación en sus noticias que estos delitos siguen siendo cometidos por más funcionarios que hacen caso omiso a lo que su reglamento, norma o ley les señala. Es por ello la importancia de estudiar y poder determinar que **el delito de Otorgamiento Ilegal de Derechos**, debería estar tipificado no como un delito que se comete por un funcionario en el ámbito solo del medio ambiente, puesto este delito lo puede

cometer cualquier funcionario público que administre los bienes y recursos de nuestro país y no cumpla sus funciones.

Pues como hemos podido leer en los temas abordados precedentemente, donde explicamos cuales son algunos de los diferentes delitos de que comenten en contra de la Administración Pública, cuales son las conductas que conllevan a que un funcionario cometa el delito y sea primero investigado y después sancionado por el mal accionar en contra del Estado; se entiende que, las partes típicas que surgen de la infracción a su deber son los que conllevan a que se les pueda en algunos casos retirar del cargo hasta privarlos de su libertad, pero estos delitos son cometidos necesariamente por personas en su calidad de funcionarios o servidores públicos a fin que puedan responder ante las autoridades correspondientes como autores del delito.

El delito de Otorgamiento Ilegal de Derechos, se concreta cuando el Funcionario Público no observa leyes, reglamentos, estándares vigentes faltando así gravemente a sus obligaciones funcionales y autoriza, renueva o cancela, licencias, concesiones, permisos u otros derechos a favor de obras o actividades; pero nos lo indica que este delito lo comenten solo los funcionarios públicos en el ámbito ambiental, cuando si nos ponemos a analizar no solo el funcionario que este inmerso en el ámbito ambiental puede cometer la inobservancia de leyes, reglamentos y más, porque no solo en el ámbito ambiental de van a dar autorizaciones, licencias y concesiones, pues todo funcionario público está en la obligación de cumplir lo que su reglamento le señala respetando así las leyes y cuidando no solo el medio ambiente sino al bienestar de la sociedad, todo sus aspectos administrativos, ambientales, organizacionales, etc. Pues el fin de la administración pública es el desarrollo progresivo de nuestra sociedad y la convivencia en armonía con todo lo que nos rodea.

Por tal motivo, es necesario darnos cuenta que los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva, así como la conducta del Otorgamiento Ilegal de Derechos debe ser tipificado como delito contra la Administración Pública, toda vez que los elementos de conllevan a que se cometa este delito, lo puede realizar cualquier funcionario que está a cargo de la Administración Pública.

1.6. Hipótesis.

Si se adecua el otorgamiento ilegal de derechos como delitos contra la Administración Pública entonces se garantizará su aplicación en el órgano judicial peruano.

1.7. Objetivos.

1.7.1. Objetivos General

Determinar las implicancias jurídicas de la adecuada tipificación del otorgamiento ilegal de derechos.

1.7.2. Objetivos Específicos

1. Estudiar algunos de los delitos actuales que atentan contra la administración Pública.
2. Explicar porque el otorgamiento ilegal de derechos atenta contra la administración pública.
3. Proponer mediante un proyecto Ley, la incorporación del artículo 314 en el TÍTULO XVIII del Código Penal para una adecuada tipificación del otorgamiento ilegal de derechos como delitos contra la administración pública.

II. MATERIAL Y MÉTODO

2.1. Tipo y Diseño de Investigación.

El tipo de investigación en el presente proyecto tesis es Descriptiva Cualitativa en el Nivel Propositivo.

En este sentido **Hernández Sampieri (1997)**, señala que el estudio Descriptivo, Miden y evalúan diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno o fenómenos que necesitan ser investigados desde un punto de vista científico. En el estudio descriptivo se seleccionan varias preguntas y cada una se mide individualmente para describir lo que se está examinando

Así también Deobold B. Van Dalen y William J. Meyer (2006), explican que El objetivo de la investigación descriptiva es comprender las situaciones, hábitos y actitudes imperantes por medio de la descripción precisa de actividades, objetos, procesos y personas. El objetivo no es recopilar datos, sino predecir e identificar relaciones entre dos o más variables. Los investigadores no son solo pestañas, recopilan datos basados en una hipótesis o teoría, revelan y resumen cuidadosamente la información y luego analizan cuidadosamente los resultados para extraer generalizaciones clave que se suman al conocimiento.

Entonces este método nos va a permitir que desarrollemos la investigación de la bibliografía, como los libros, documentos, archivos y demás para poder tener un amplio panorama del tema que investigamos, en el cual se nos ha permitido hacer análisis profundo.

En este sentido **Hernández Sampieri (2016)**, señala que el planteamiento Cualitativo, puede desplegar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y examinar datos, en lugar de preguntas e hipótesis de investigación en la recolección y para aclarar el análisis de datos. Estas

actividades se utilizan a menudo para descubrir primero las preguntas clave de la investigación y luego perfeccionarlas y responderlas.

Entonces este enfoque se encarga de recolectar y analizar los datos para poder hacer las preguntas adecuadas de la investigación, tomando Sampieri en nuestro caso se trata de un trabajo cualitativo propositivo, pues para dar solución a las preguntas de la hipótesis de la investigación, analizamos los datos y damos una solución en forma de propuesta.

2.2 Población y Muestra.

2.2.1. La Población

Arias (2012), define como "...Población un conjunto finito o infinito de elementos con características comunes para los cuales los resultados de la investigación serán extensos ..."

Nuestra población está integrada por archivos, y jurisprudencia nacional como lo son expediente, sentencia y acuerdo plenario lo cual nos ayudara a contestar nuestra hipótesis.

2.2.2. La Muestra´

Para determinar el tamaño de la muestra de la presente investigación, la elección de elementos no depende de la probabilidad, sino de causas relacionadas con las características de la investigación o los propósitos del investigador, ya que no es necesaria una fórmula, sino que depende del proceso de toma de decisiones de un investigador. **(Hernández Sampieri, 2014)**.

Palella y Martins (2008), definen la muestra como: "... Una parte o un subconjunto de la población en la que deben tener características se reproducen con la mayor precisión posible"

En este contexto nuestra muestra se encuentra constituida por:

- ❖ 01 Sentencias de primera instancia, del EXP. N° 8542-2016-96-1706-JR-PE-01, por el delito de responsabilidad de funcionario Público por el otorgamiento ilegal de derechos.
- ❖ 01 Sentencia de primera instancia, del EXP. N° 00812-2011-2601-JR-PE-01, por el delito de Negociación incompatible o Aprovechamiento ilícito de cargo.
- ❖ 01 Sentencia de Casación N° 231-2017 de Puno, de la Segunda Sala Penal Transitoria.

2.3 Variables y Operacionalización.

2.3.1 Variable Independiente: Delitos contra la Administración Pública.

Definición conceptual: **Salinas Siccha (2009)**, en su libro “Delitos Contra la Administración Pública”, nos dice que: “son todos aquellos comportamientos delictivos que lesiona o ponen en peligro la actividad estatal en sus diversas manifestaciones.”

2.3.2 Variable dependiente: Otorgamiento Ilegal de Derecho

Definición conceptual: Código Penal (2018) “El servidor público que, no observando las leyes, reglamentos, normas vigentes y en considerable incumplimiento de sus obligaciones funcionales, autoriza o se pronuncia favorablemente sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho.”

2.3.3 Operacionalización

Es lo que permite observar y medir la manifestación empírica de las variables, es decir, es la definición por desagregación o por descomposición de las variables en sus referencias empíricas, mediante un proceso de inferencia, un proceso de deducción, es decir, de lo más general a lo más específico. **(Carrasco S., 2008)**

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Instrumento / Técnica
Independiente: Delitos contra la Administración Pública.	Salinas Siccha (2009) , en su libro "Delitos Contra la Administración Pública", nos dice que: son todos aquellos comportamientos delictivos que lesiona o ponen en peligro la actividad estatal en sus diversas manifestaciones	Ilícito	Contraviene las leyes Nacionales, extranjeras y la jurisprudencia.	Análisis de Documentos
		El Estado	Derecho penal, específicamente a la administración pública	
		Doctrina	Nacional, internacional y los principios fundamentales	
Dependiente: Otorgamiento ilegal de Derechos	Código Penal (2018) El servidor público que, no observar leyes, reglamentos, estándares vigentes, y falta considerablemente a sus obligaciones funcionales, autorice o se pronuncie favorablemente sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho.	Legal	La constitución, el derecho penal y las normas.	Análisis de Documentos
		Garantista	Da protección al estado, al administrado y al ambiente.	
		Sancionador	Determina sanciones a los que comenten el delito.	

2.4 Técnicas e Instrumento de recolección de datos, validez y confiabilidad.

La presente investigación, dado el caso al encontrarnos con dos tipos variables la dependiente e independiente; para un mejor entender y poder obtener los datos necesarios se recurrió a las técnicas siguientes:

1.4.1. La técnica del análisis documental:

Toda vez que se utilizó como instrumento para recabar información; fichas textuales y resumen, teniendo como sabe libros, revistas, artículos, tesis, códigos e internet, que fueron de vital importancia para poder obtener datos correspondientes a vuestras variables; nuestro planteamiento teórico, la legislación comparada con otros países.

1.4.2. La técnica de Estudio de Caso:

Es una técnica que pone énfasis en una persona u organismo; con esta técnica lo que se trata es recabar la mayor información posible para crear un perfil lo más completo posible del estudio o investigación del objeto de estudio, pues esto es muy útil a la hora que vamos a generar nuestra teoría.

1.4.3. De observación:

Niño (2011), De manera general, en la práctica de la observación para una investigación, se cumplen tres etapas, como las que indica Galton (1988), citado por Blaxter y otros (2000), en relación con la observación educativa en el aula: a) el registro sistemático de los hechos tal como suceden, b) la codificación de esos hechos en categorías previamente especificadas, y c) el análisis posterior de los hechos.

2.5 Procedimientos de análisis de datos.

Dado el tipo de investigación y por la naturaleza de la misma, no se aplicarán encuestas como instrumentos en el presente trabajo, por lo tanto, no se llevará a cabo el procedimiento de recolección de datos estadísticos.

2.6 Criterios éticos.

Según la Revista Científica del Sur (2017) menciona los siguientes principios éticos de la investigación:

1. **Autonomía:** El investigador debe indicar sus necesidades y datos, estar dispuesto a trabajar con la empresa u organización seleccionada para su investigación y utilizarlos con fines de investigación.
2. **Bien común:** El objetivo de este estudio es presentar recomendaciones que ayudarán a mejorar la organización, las actividades y a la propia comunidad.
3. **Cuidado de la Vida, Medio Ambiente y Respeto a la Biodiversidad:** La investigación debe lograr un equilibrio entre el riesgo y el beneficio justificado para garantizar el cuidado de la vida, el medio ambiente y la preservación del medio ambiente.
4. **Difusión de Conocimiento:** La investigación debe comunicarse a las personas involucradas en el estudio.
5. **Justicia:** Es la virtud de hacer lo justo, respetando los derechos de cada persona.
6. **Revisión Independiente:** La prueba debe probarse de forma independiente en cada etapa para garantizar su calidad. Ya sea en el

proceso de aprobación por el auditor o, si es necesario, por los maestros, y en la presentación final de los resultados mediante la revisión de los jurados finales.

2.7 Criterios de Rigor Científicos

En concordancia con Noreña, et al. (2012) que manifiesta los siguientes criterios de rigor científico para una investigación:

1. Credibilidad mediante el valor de la verdad y autenticidad. En otras palabras, los resultados fueron considerados "correctos" por los participantes.
2. Transferibilidad y aplicabilidad. Los participantes describen el contexto en detalle y se recopilan todos los datos.
3. Consistencia para la replicabilidad. Las preguntas han sido previamente verificadas por un profesional calificado que recibió la solicitud.
4. Confirmabilidad y neutralidad. Los resultados de este estudio se compararán con otros estudios a nivel nacional e internacional.
5. Relevancia. Los resultados compararán las diferentes legislaciones.

III. RESULTADOS

3.1 RESULTADOS EN TABLAS Y FIGURAS

Tabla 1

Sentencia del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo.

Expediente	Delito	Agraviado	Región	Ha resuelto
Exp. N° 8542-2016-96-1706-JR-PE-01.	Responsabilidad de Funcionario Público por Otorgamiento Ilegal de Derechos.	El Estado	Lambayeque Sede Chiclayo	Absolutoria

Nota: Proceso perteneciente al EXP. N° 8542-2016-96-1706-JR-PE-01.

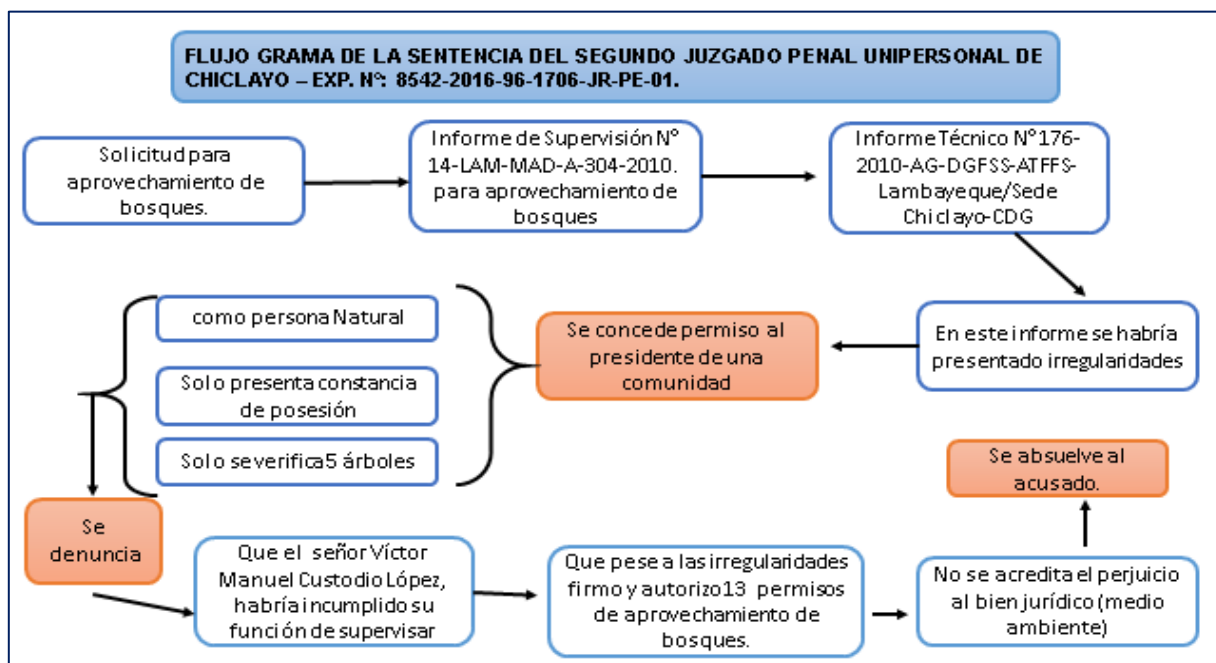


Figura 1: Proceso para la sentencia.

Nota : Elaboración Propia.

Tabla 2

Sentencia del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Tumbes.

Expediente	Delito	Agraviado	Región	Ha resuelto
Exp. N° 00812-2011-80-2601-JR-PE-01.	Negociación incompatible o Aprovechamiento indebido de cargo.	El Estado – Municipalidad Provincial de Tumbes.	Tumbes.	Condenar a los imputados.

Nota: Proceso perteneciente al EXP. N° 00812-2011-80-2601-JR-PE-01.

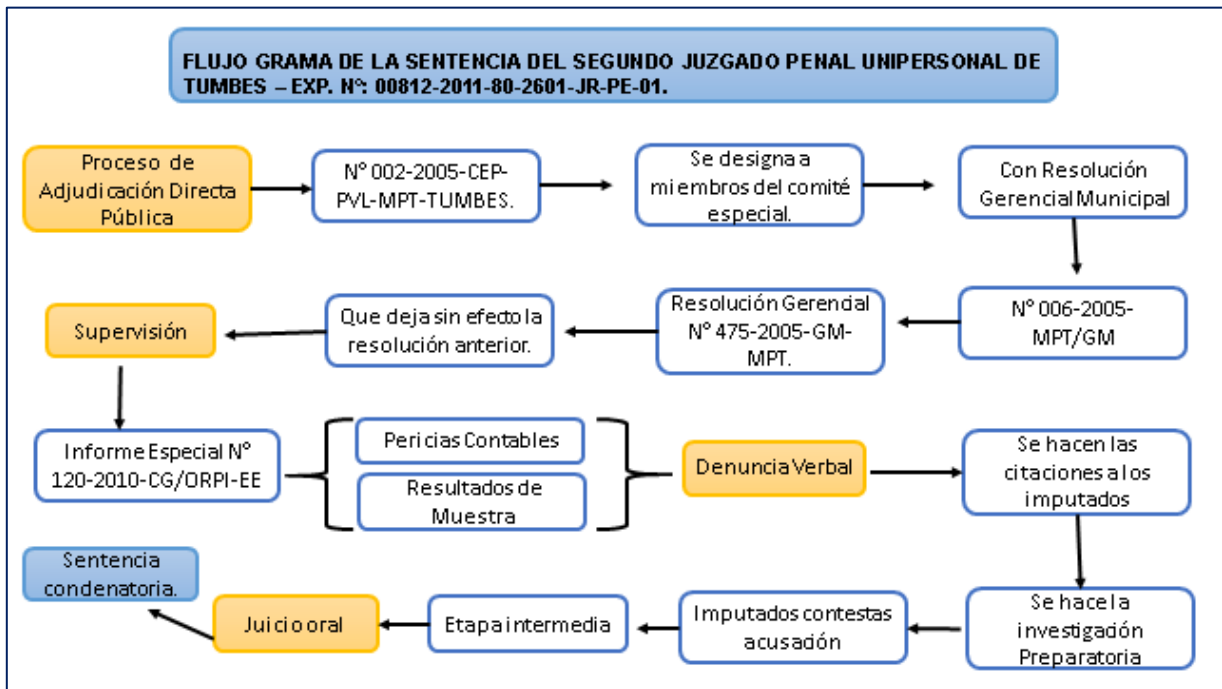


Figura 2: Proceso para la sentencia.

Nota : Elaboración Propia.

Tabla 3

Sentencia de casación, de la Segunda Sala Penal Transitoria - Puno.

Expediente	Delito	Agraviado	Región	Ha resuelto
Casación N°231-2017 PUNO	Negociación incompatible o Aprovechamiento indebido de cargo.	El Estado – Municipalidad Provincial de Melgar.	Puno	Revocaron sentencia de primera instancia.

Nota: Proceso perteneciente a la Casación N° 231-2017, PUNO.

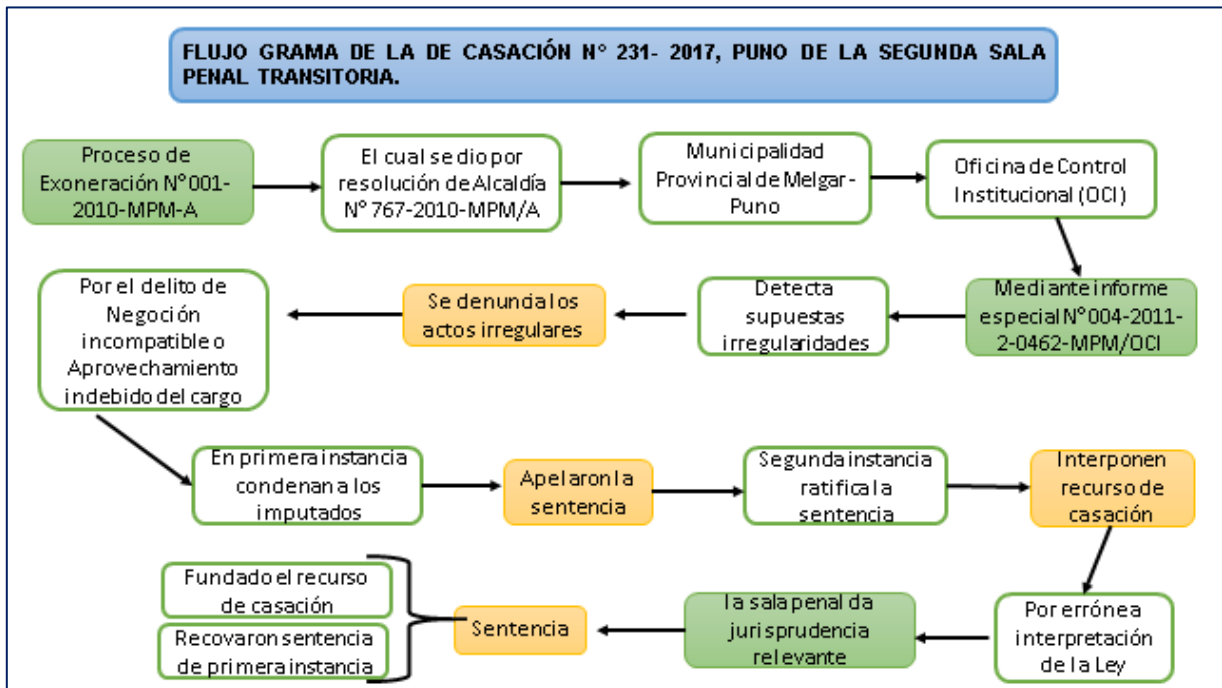


Figura 3: Proceso para la Casación.

Nota : Elaboración Propia.

3.2 DISCUSIÓN DE RESULTADOS

3.2.1. Discusión de la tabla y figura 1.

En la primera tabla se habla sobre la sentencia de primera instancia del Expediente N° 8542-2016-96-1706-JR-PE-01, donde se absuelve al señor Manuel Custodio López del delito de Responsabilidad de Funcionario por Otorgamiento ilegal de derechos, pero porque lo absuelven lo que pasa es que en nuestro país el delito ambiental se tiene que acreditar el daño y aun no se cuenta con la tecnología para hacer ese estudio, pero muy aparte de ello al estar este delito tipificado en el título sobre el medio ambiente se prioriza la tutela de este bien, más este delito es pluri-ofensivo ya que en sí con este delito está inmerso la responsabilidad del funcionario y el deber que este tiene para con su función, quiere decir que debe de administrar con ética y propiedad los bienes del Estado en los cuales está subsumido el medio ambiente, entonces en esta sentencia nos podemos dar cuenta que priorizan más a determinar si los actos cometidos afectan al medio ambiente y si se puede garantizar la magnitud de la afectación dejando en segundo plano a la correcta administración de Estado.

Delgado (2017) dice con respecto al daño a la ecología que hay dificultades con la seguridad o la evidencia, ya que es un sistema complejo para probar el alcance de la discapacidad, recomienda proteger el medio ambiente previniéndolo reducir el daño; **Izaskun Linazasoro (2018)** señala que los europeos otorgan gran importancia a la administración, ya que es un principio legal general para ellos, ya que durante mucho tiempo ha sido reconocido en su jurisprudencia, que es el mandato y el deber de una administración adecuada. Comunidad, la ley de hoy se centra más en la administración pública y su eficiencia; **Silvina Carrión (2017)** informa que el interés en proteger la corrección de las funciones públicas ha crecido en los últimos años, preservando así el bienestar del estado. Con esto en mente, podemos afirmar que en el presente caso la administración pública, que se preocupa por el medio ambiente, debería haber sido considerada como el bien legal más alto.

3.2.2. Discusión de la tabla y figura 2.

La segunda tabla nos habla sobre la sentencia de primera instancia del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Tumbes, que recae en el Expediente N° 00812-2011-80-2601-JR-PE-01, donde se les condena a los imputados a cuatro años de pena suspendida de su libertad por haber utilizado su cargo como funcionarios públicos y favorecer a una empresa a tener la adjudicación directa en el año 2005, se les condena por el delito Contra la Administración Pública en su modalidad de Negociación Incompatible con el Cargo, pues del análisis de la sentencia se determina que en los delitos contra la administración pública se le da especial importancia al comportamiento de las personas que están a cargo del manejo de la gestión de los bienes del Estado y la conducta de ellos debe ser acorde a los principios éticos y sobretodo respetar los reglamentos, obedecer sus funciones teniendo presente sus deberes de funcionarios públicos.

En este contexto, **Hernández (2016)** señala que las personas que ejercen un cierto poder social están obligadas a garantizar y lograr el bienestar existente en el servicio público, **Olivera (2018)** dice que los delitos contra la administración pública se cometen debido a la falta de ética, lo que lleva al incumplimiento de las normas debido a los pocos valores que generan delitos y perjudican a la sociedad, **Huaynates (2017)** está de acuerdo con Olivera cuando dice que el problema en nuestra sociedad es la corrupción por parte de funcionarios que, a pesar de las normas legales, la violan y dañan a la administración correcta con sus actos poco éticos. En este sentido, podemos decir que los funcionarios deben tener una ética profesional muy buena y que sus acciones están dirigidas a mantener la administración pública y cumplir con sus regulaciones.

3.2.3. Discusión de la tabla y figura 3.

La tercera tabla nos habla sobre la sentencia de casación N° 231-2017 de Puno, donde revocan la sentencia interpuesta en primera instancia a José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Haytara Carreón, se nos indica que se realizó una interpretación errónea de la Ley (art. 399 CP), pues nos dice que, en los delitos contra la administración pública, se dan por que el actuar del funcionario o servidor ha infringido sus deberes especiales, quiere decir haya incumplido sus normas y que por esta acción se le ocasione al Estado un grave daño o se le ponga en un peligro concreto comprobado, se quiere entonces un riesgo un daño al patrimonio Estatal, por lo que se sanciona la conducta no idónea para el fin, esto es que el patrimonio del Estado se vea afectado y sea comprobado.

Torres (2012) informan sobre la legalidad del comportamiento del funcionario, ya que al cometer un delito en su calidad de funcionario perjudicaría la legalidad de los servicios públicos, pues los poderes que se les confieren sirven para el bien del Estado y no sirven a intereses privados, **Rodríguez (2015)** que el bien legal que está protegido contra los delitos en la administración pública es el buen funcionamiento de la administración y que los funcionarios que cometen este delito lo hacen en violación de su deber, En línea con lo anterior, **Silvana Carrión (2017)** explica que la propiedad legal que se viola o pone en peligro en la administración pública es la organización del Estado, por lo que existe un interés en proteger la corrección de las funciones públicas en el bienestar general del país. Esforzarse por que los funcionarios o servidores desempeñen sus funciones de acuerdo con los principios de honestidad, ética e imparcialidad.

3.3 APORTE PRACTICO (PROPUESTA)

PROYECTO DE LEY

SUMILLA: PROYECTO DE LEY QUE PROPONE INCORPORAR EL ARTÍCULO 314° DEL CÓDIGO PENAL, EN EL TÍTULO XVIII, CAPITULO II EN LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DEL CÓDIGO PENAL.

El Bachiller de la facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Señor de Sipan de Pimentel – Chiclayo que suscribe, ***WILLINTON RUBÉN SAMAMÉ VEGA***, ejerciendo el derecho a iniciativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, concordante con los artículos 74° y 75° Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto ley:

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Es conocido y reconocido por la sociedad y la Constitución Política del Estado, que los seres humanos debemos de vivir en un medio ambiente saludable, lo cual debe ser protegido por los mismos pobladores y más aún por el mismo Estado. Empero, en los últimos años se ven conductas que atenten contra el cuidado al medio ambiente y algunas de estas son irreparables perjudicando el medio ambiente de por vida.

Entonces entendemos que el medio ambiente es el conjunto de elementos físicos, químicos y biológicos, con los cuales los seres humanos vivimos en interacción, es más para los seres humanos esto va más allá involucra elementos culturales y sociales que influyen en su vida, entonces no solo es un espacio físico, también es algo intangible en el cual se desarrolla la vida.

Cuando alguien daña al medio ambiente no solo perjudica el espacio físico, también lo hace a todo lo que se relaciona con este, estando inmersos los seres humanos en ello, pero lamentablemente este daño lo ocasionamos nosotros al no cuidar el lugar donde vivimos.

Estos hechos materia de discusión ya están protegido por nuestra legislación, pues en el código penal peruano en su Título XIII, nos habla sobre los Delitos Ambientales los cuales en su gran mayoría son cometidos por personas particulares o naturales y estas tienen una sanción cuando se les comprueba el daño que ha ocasionado su conducta al medio ambiente; pero ¿qué pasa cuando esta falta o agravio lo ocasiona un servidor o funcionario público?

El artículo 39° de la Constitución Política nos establece que los servidores y funcionarios públicos están al servicio de la Nación, quiere decir que ellos deben velar por el cuidado del Estado peruano, lo cual involucra la correcta administración de sus bienes en lo cual está inmerso el medio ambiente, ahora en el artículo 41° del mismo cuerpo normativo se establece que los funcionarios o servidores son responsables por sus actos en función a su cargo, por ello estos pueden ser sancionados administrativamente, civil y penalmente sean sea la gravedad de daño ocasionado.

Entonces, qué pasa con el Otorgamiento Ilegal de Derechos, esta afecta solo al medio ambiente o vas más haya, pues si bien es cierto como lo tipifica el código penal en su artículo 314° este afecta al medio ambiente, sin embargo este no es el único bien afectado y no sería el principal lo primero que afecta el otorgamiento ilegal de derechos es a la correcta administración pública, la cual se entiende que es la gestión que es llevada a cabo por las entidades del Estado, que han recibido por parte de la sociedad el poder de administrar sus recursos para atender los intereses de la sociedad, lo cual debe generar un bienestar común siguiendo los parámetros jurídicos.

Entonces el otorgamiento ilegal de derechos es un acto que solo lo puede cometer un servidor o funcionario público quien no observa o no obedece lo que dice sus normas, legislaciones o reglamentos y da la buena pro o la quita perjudicando la correcta administración de los bienes del Estado y por ende hace daño al medio ambiente en el cual nos desarrollamos y convivimos día a día.

II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La presente iniciativa legislativa, la cual establece incorporar el artículo 314° del Código Penal peruano, en los delitos contra la administración pública, no va a transgredir ninguna norma constitucional, ni leyes vigentes, no modificara ni derogara, lo que busca es la correcta tipificación del Otorgamiento Ilegal de Derechos en nuestro ordenamiento jurídico.

III. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa no genera costo alguno y no va a perjudicar al presupuesto de las entidades estatales, muy por el contrario, va a generar beneficios a la sociedad, pues busca que los funcionarios que no cumplan cabalmente con la correcta administración de los bienes del Estado y sus actos afecten gravemente la administración pública y sus bienes puedan ser sancionados como corresponde, solo teniéndose de validar que hizo una mala gestión en su función como servidor o funcionario público.

IV. FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE PROPONE INCORPORAR EL ARTÍCULO 314° DEL CÓDIGO PENAL, EN EL TÍTULO XVIII, CAPITULO II EN LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DEL CÓDIGO PENAL.

Artículo único: El cual busca la correcta tipificación del Otorgamiento Ilegal de Derechos, incorporándolo en el Capítulo II, del Título XVIII del Código Penal,

delitos cometidos por funcionarios públicos, pues es un delito que solo puede ser cometido por un funcionario, y la afectación primaria es a la correcta administración o gestión de los recursos del Estado, lo cual el magistrado debe sancionar validando los hechos y las omisiones que ha realizado el funcionario o servidor público en sus funciones, pues el artículo 314° nos dice:

“El funcionario o servidor público que, sin observar leyes, reglamento, estándares ambientales vigentes, por haber faltado a sus obligaciones funcionales, autoriza el otorgamiento, renovación o cancelación de autorización, licencia, concesión, o favorezca en informes u otros documentos, dando derechos habilitantes en favor de una obra o actividad, será reprimido con una pena no menor de 04 años ni mayor de 07 años.”

V. DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

Único. – En el plazo máximo de 180 días calendario se expedirá el Reglamento de la presente Ley.

Pimentel, 09 de Julio del 2020

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

- 1.** En el presente trabajo se determinó que, al tipificar adecuadamente el Otorgamiento ilegal de derechos, se garantiza la protección del Estado, la correcta administración de sus bienes, y que este delito no quede sin sancionar como lo que está pasando en la actualidad.
- 2.** Se estudiaron algunos delitos que se cometen contra la administración pública, de las cuales se puede determinar que los funcionarios o servidores públicos deben realizar sus funciones en pro del progreso del país; empero en la realidad se ve que muchos de los funcionarios hacen uso de su cargo para tener un beneficio particular perjudicando al Estado, lo cual conlleva a la desconfianza de la población con los órganos estatales.
- 3.** Se explicó que el otorgamiento ilegal de derechos, atenta contra la administración pública porque es un delito pluri-ofensivo, que en primer lugar atenta contra la correcta administración y gestión de los bienes del Estado, en segundo lugar, cuida el medio ambiente donde vivimos, en tal sentido la persona que ostenta el cargo de funcionario o servidor público debe cumplir con el cuidado irrestricto de los bienes Estatales.
- 4.** Se propone un proyecto ley que permita incorporar el artículo 314°, en los delitos contra la administración pública, ya que es un delito que solo puede ser cometido por un funcionario y el efecto principal es el perjuicio a la correcta gestión o administración de los recursos Estatales.

4.2. RECOMENDACIONES

1. Recomendar a los jurisprudentes, que si bien es cierto gran parte de nuestra legislación es tomada y adaptada de países de Europa, como lo es España y Alemania, lo cual no digo que este mal pues se tiene muy buena legislación en esos países, lo que se debe de tener en cuenta es la realidad del país de donde se toma la norma, artículo, ley, etc. Y ver si es la misma que la de nuestro país, pues de lo contrario se estaría incurriendo en una equivocación y en vez de ayudarnos a proteger adecuadamente nuestra legislación estaríamos en un conflicto de intereses o mejor dicho en una contradicción de una ley con otra.
2. Recomendar a los operadores de derecho, analizar el delito de otorgamiento ilegal de derecho a fin de poder determinar de manera adecuada su tipificación, pues se debe de recurrir que este es un delito de infracción del deber, saber que en este tipo de delitos se busca garantizar la correcta administración de los bienes estatales, y que en este tipo de delitos se configura por el peligro inminente y concreto al Estado, lo que le ocasiona daños irreparables a la sociedad.

REFERENCIAS

- ❖ **Aura Emérita Villalaz (2007)**, *Delitos Contra La Administración Publica Según El Nuevo Código Penal*; **Panamá - Alianza Ciudadana Pro Justicia.**
- ❖ **Abg. Cesar Hugo Suarez Linares Suarez (2018)**, *En Su Tesis Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas En Función A La Tipicidad De Los Delitos Ambientales.* (p. 165)
- ❖ **Acuerdo Plenario N° 1- 2010/CJ- 116.**
- ❖ **Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116**
- ❖ **Alviar Luperdi Haydee Roxana (2012)**, **Trujillo – Perú**, con su tesis *Factores Determinantes que Inciden en la Atribución de la Legitimidad para Obrar Activa en la Responsabilidad por Daño Ambiental.* (p. 361)
- ❖ **Blanca Genoveva Paredes Guevara (2017)**, *En Su Tesis: Delitos De Corrupción De Funcionarios Y Servidores Públicos En Los Gobiernos Locales.* (pps. 119-120)
- ❖ **Carlos Creus (1998)**, *El Abuso de Autoridad e Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público*, en su libro *Derecho Penal Parte Especial – tomo II, sexta edición actualizada y ampliada*, **Ciudad de Buenos Aires, Editorial Astrea.**
- ❖ **Carlos Fontan Balestra (1998)**, *En Su Libro Derecho Penal Introducción Y Parte General (P. 14 -15); Buenos Aires Argentina.*
- ❖ **Código Penal de Argentina, edición (2019)**
- ❖ **Código Penal Y legislación Complementaria de España, edición (2018)**
- ❖ **Código Penal de Colombia, edición (2018)**
- ❖ **Código Penal de México, edición (2018)**
- ❖ **Código Penal de Perú, edición (2018)**
- ❖ **Christan Norberto Hernández Aguirre (2016)**, *Delitos Cometidos Por Servidores Públicos Contra La Administración Pública En México; Recuperado de la Revista Iberoamericana de Ciencias,* (p. 137)
- ❖ **Cristian Alcides Quispe Japura y Yoysi Mayumi Taype Condori (2018)** **Puno - Perú**, con su tesis *Análisis Dogmático de la Interpretación del Extraneus*

en los Delitos contra la Administración Pública Sobre la Base de las Teorías de Título de Imputación, Autoría y Participación; (p. 143)

- ❖ **Deobold B. Van Dalen y William J. Meyer (2006)**, en su libro *Síntesis de "Estrategia de la investigación descriptiva"* en *Manual de técnica de la investigación educacional*, recuperado de la página web: <https://noemagico.blogia.com/2006/091301-la-investigaci-n-descriptiva.php>
- ❖ **Diario "EL PAIS" Pérez (2019)**, *Expresidente De La Generalitat Valenciana Camps Será Finalmente Juzgado En La Pieza Separada Del Caso Gurtel*, Recuperado de https://elpais.com/autor/milagros_perez_oliva/a
- ❖ **Diario CNN Español (2019)**, *Cinco Expresidentes De Perú Tienen Problemas Con La Justicia*, Recuperado de <https://cnnespanol.cnn.com/2019/04/18/cinco-expresidentes-de-peru-tienen-problemas-con-la-justicia-son-acusados-de-corrupcion-homicidios-y-desaparicion-forzada/>
- ❖ **Diario El Comercio (2019)**, *Dictan 36 Meses De Prisión Preventiva Contra Suspendido Alcalde David Cornejo*, Recuperado <https://elcomercio.pe/peru/lambayeque/lambayeque-chiclayo-dictan-36-meses-prision-preventiva-suspendido-alcalde-david-cornejo-noticia-589459-noticia/>
- ❖ **Diario El Mundo (2019)**, en su noticia *"Un juzgado investiga si se desviaron miles de euros públicos en un polideportivo de Sant Adrià"* noticia del día 27 de julio del 2019, recuperado el día 23 de marzo del 2020 de la página web: <https://www.elmundo.es/cataluna/2019/07/27/5d3c2214fdddff83558b4656.htm>
- ❖ **David Torres Pachas y otros**, en *Comentarios Académicos sobre La Conducta Prohibida en el Delito de Concusión*, Recuperado el 20 de abril del 2020 de la página web: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/LA-CONDUCTA-PROHIBIDA.pdf>
- ❖ **David Torres Pachas (2015)**, en su *Comentario Académico El Concepto de Funcionario Público y la Casación N° 634-2015*, en el Boletín Anticorrupción y Justicia Penal – Recuperado de la página web: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/COMENTARIO2.pdf>
- ❖ **Gestión (2017, 27/12)** en su noticia *Ministerio Público: se condenó a más de 1,050 personas por delitos contra la administración pública este año*, recuperado el 05 de febrero del 2020 de la página web:

<https://gestion.pe/peru/politica/ministerio-publico-condeno-1-050-personas-delitos-administracion-publica-ano-223634-noticia/>

- ❖ **Giovanna Yahaira Rodríguez Olave (2015) Lima - Perú**, con su tesis *El Concepto de Funcionario Público en el Derecho Penal y la Problemática del “Funcionamiento de Hecho” en los Delitos contra la Administración Pública*; (p. 138)
- ❖ **Harold Valentín Urbano Broncano, (2017, 7/11)** con su artículo jurídico *El Derecho Penal Ambiental y las Dificultades para su Aplicación*, recuperado el 22 de abril del 2020, de la página web: **<https://lpderecho.pe/derecho-penal-ambiental-dificultades-aplicacion/>**
- ❖ **Izaskun Linazasoro Espinoza (2018) Chicle**, en su tesis *El Derecho A Una Buena Administración Pública Cambios De Paradigmas En El Derecho Administrativo Chileno: De Las Potestades Y Privilegios A Los Derechos De Los Ciudadanos* (pgs. 49 y52)
- ❖ **Jhonny Henry Huaynates Castro (2017)**, *Con Su Tesis Los Delitos De Peculado Y Colusión Desleal En La Administración Pública En El Distrito Judicial De Junín*; (ps. 169-170)
- ❖ **Jorge B. Hugo Álvarez (2016)**, *Abuso De Autoridad, En El Libro Delitos Contra La Administración Pública* (Pp. 90-93), **Lima – Perú, Editorial Gaceta Jurídica S.A.**
- ❖ **Jorge B. Hugo Álvarez (2016)**, *Malversación En El Libro Delitos Contra La Administración Pública* (P. 271), **Lima – Perú, Editorial Gaceta Jurídica S.A.**
- ❖ **Jorge B. Hugo Alvarez y Betty S. Huarcaya Ramos (2018)** *Otorgamiento Ilegal De Derechos Sobre Inmuebles, En El Libro Libro Delitos Contra La Administración Pública*, **Lima – Perú, Editorial Gaceta Jurídica S.A.**
- ❖ **La República (2020, 04/02)** *Huancavelica: Ocho años de cárcel para vicegobernador por corrupción*, recuperado el 05 de abril del 2020 de la página web: **<https://larepublica.pe/politica/2020/02/05/huancavelica-vicegobernador-es-sentenciado-a-8-anos-de-carcel-por-poder-judicial-procuraduria-ministerio-publico/>**
- ❖ **Ley n° 27815** – *Ley del Código de Ética de la Función Pública.*
- ❖ **Ley n° 28175** – *Ley Marco del Empleo Público.*
- ❖ **Ley n° 30057** – *Ley del Servicio Civil.*

- ❖ **Miguel Galindo Camacho (2000)**, *En Su Libro Teoría De La Administración Pública (P.87)*
- ❖ **Ciudad de México, Editorial Porrúa.**

- ❖ **Ministerio Público (2020, 15/01)** en su *Comunicado – Investigación por presunto delito contra la administración pública*, recuperado el 07 de abril del 2020 de la página web: <https://ministeriopublico.gob.pa/comunicado-investigacion-por-presunto-delito-contra-la-administracion-publica/>

- ❖ **MGTR. Hugo Minaya Chirinos (2015)**, *Con Su Tesis Fundamentos Para La Aplicación De La Prescripción Especial Al Estraneus En Delitos De Colusión Desleal Como Medida Para Combatir Las Organizaciones Ilícitas Para Delinquir En El Perú. (p.111)*

- ❖ **Página web Excelsior (2013)**, *Detienen A Tres Servidores Públicos Del DF Por Actos De Corrupción*, **Recuperado de <https://www.excelsior.com.mx/comunidad/2013/06/22/905295>**

- ❖ **Páginas web eumed.net**, *Extracto Del Libro “La Comunicación Gubernamental En Los Ayuntamientos De Veracruz, De Zavariz (2010)*, **Recuperado de <http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/azv/conclusiones.html>**

- ❖ **Paulo César Delgado Neyra (2017) Tarragona – España**, *El Daño Ambiental en la Ley general del Ambiente del Perú: Análisis Jurídico y Propuesta de Regulación (Pgs. 182 y 184)*

- ❖ **Rainer Gorki Olivera Caballero (2018)**, *Con Su Tesis El Delito De Corrupción De Servidores Públicos En La Suspensión O Inhabilitación De La Licencia De Conducir Del Transporte Urbano De Lima Norte, (p. 91)*

- ❖ **Ramiro Salinas Siccha (2016)**, *El Delito De Peculado En La Legislación, Jurisprudencia Y Doctrina Peruana, En El Libro Libro Delitos Contra La Administración Pública (P. 277), Lima – Perú, Editorial Gaceta Jurídica S.A.*

- ❖ **Roberto Hernández Sampiere (1997)**, *Metodología de la Investigación, Colombia – Impreso en Printed in Colombia.*

- ❖ **Roberto Hernández Sampiere (2016)**, *Metodología de la Investigación – Sexta edición, Impreso en México – Printed in México.*

- ❖ **Shelly Jamilett Molina Flores (2016)**, *Con Su Tesis Sanciones Penales Y Su Repercusión En El Incremento De Los Delitos Ambientales En La Ciudad Del Cusco En El Periodo 2015. (p. 75)*

- ❖ **Sentencia del Expediente N° 8542-2016-96-1706-JR-PE-01**, De La Corte Superior De Justicia De Lambayeque Del Segundo Juzgado Penal Unipersonal De Chiclayo.
- ❖ **Silvana Carrión Ordinola – Abogada**, en su artículo sobre la Responsabilidad Penal de los Funcionarios Públicos, Recuperado el 28 de abril del 2020, de la página <http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/administracion-publica-funcionario-publico.pdf> web:
- ❖ **Villegas Paiva (2016)** *El Delito De Cohecho Pasivo Propio Y Sus Plazos De Prescripción En El Derecho Penal Peruano, En El Libro Delitos Contra La Administración Pública (P. 392)*, Lima – Perú, **Editorial Gaceta Jurídica S.A.**

ANEXOS

Anexo 01: Matriz de consistencia

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: TIPIFICACIÓN DEL OTORGAMIENTO ILEGAL DE DERECHOS COMO DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

VARIABLES	PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS
<p>INDEPENDIENTE :</p> <p>Delitos Contra La Administración Pública.</p>	<p>¿Por qué es importante que el otorgamiento ilegal de derechos se tipifique en los delitos contra la administración pública?</p>	<p>Si se adecua el otorgamiento ilegal de derechos entonces se garantiza su aplicación.</p>	<p>GENERAL:</p> <p>Determinar las implicancias jurídicas de la adecuada tipificación del otorgamiento ilegal de derechos.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Estudiar algunos de los delitos actuales que atentan contra la administración Pública. 2. Explicar porque el otorgamiento ilegal de derechos atenta contra la administración pública. 3. Proponer mediante un proyecto Ley, la incorporación del artículo 314 en el TÍTULO XVIII del Código Penal para una adecuada tipificación del otorgamiento ilegal de derechos, como delitos contra la administración pública.
<p>DEPENDIENTE:</p> <p>Tipificación Del Otorgamiento Ilegal De Derechos.</p>			

Anexo 02: sentencia de primera instancia Expediente N° 8542-2016-96-1706-JP-PE-01



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE
SEGUNDO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE CHICLAYO
EXP. N°: 8542-2016-96-1706-JR-PE-01.

ACUSADO : Victor Manuel Custodio López.
DELITO : Responsabilidad de funcionario Público por otorgamiento ilegal de derechos.
AGRAVIADO : El Estado.
JUEZ : Julio Renato Gamarra Luna Victoria.

SENTENCIA ABSOLUTORIA

Resolución N°: Cinco
Chiclayo, Diez de Mayo
Del año dos mil dieciocho.-

Vistos y oída; la presente audiencia de juicio oral seguida contra **Victor Manuel Custodio López** como presunto autor del delito **Contra el Medio Ambiente** en su modalidad de **Responsabilidad de Funcionario Público por Otorgamiento Ilegal de Derechos** de conformidad con el tipo base ubicado en el artículo 314° Primer párrafo; en agravio de **El Estado**. Estando el desarrollo de la misma corresponde emitir la respectiva sentencia.

I. PARTE EXPOSITIVA

1. SUJETOS PROCESALES

1.1. Parte Acusadora.

Ministerio Público: Primera Fiscalía Especializada de Prevención del Delito.

1.2. Parte Acusada.

Victor Manuel Custodio López identificado con documento de identidad N° 16552801. Grado de instrucción Superior. Estado Civil casado. Ocupación Administrador Técnico Forestal y de Fauna Silvestre de Lambayeque. No tiene antecedentes. No consume drogas ni alcohol patológicamente. Domicilio Real en Calle Mariscal Sucre N° 658 - Monsefú.

2.- ALEGATOS PRELIMINARES

2.1. Por parte de la Fiscalía.

Respecto de los Hechos objeto de Imputación.

El Ministerio Público va a probar en audiencia que el acusado **Victor Manuel Custodio López** es autor del delito contra el medio ambiente, en la modalidad de Responsabilidad Funcional e Información Falsa en cuanto al otorgamiento ilegal de autorizaciones otorgadas por el Ministerio de Ambiente, estas son: N° 219-2010, 220-2010, 238-2010, 239-2010, 240-2010, 241-2010, 276-2010, 277-2010, 300-2010, 301-2010, 302-2010, 303-2010, 304-2010, por lo tanto se estaría contraviniendo el artículo 314° del Código Penal Vigente.

Respecto del Sustento Jurídico.

Los hechos se encontrarían tipificados en el artículo 314° el cual refiere que "El Funcionario Público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes, por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, autoriza o se pronuncia favorablemente sobre el otorgamiento o renovación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante a favor de la obra o actividad a que se refiere el presente Título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años, e inhabilitación de un año a seis años conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 4".

Respecto del Sustento Probatorio.

Que lo expuesto por el Ministerio Público se acreditarían con los medios probatorios ofrecidos en Investigación Preparatoria que además ha sido incorporada al cuaderno de debates.

Respecto de la Pretensión Penal.

Solicita que se le imponga al acusado la pena de Cuatro Años de Pena Privativa de la Libertad e inhabilitación de dos años para ejercer función pública y una Reparación Civil de 50.000.00 soles por haberse otorgado 13 autorizaciones para realizar la tala de árboles en los bosques secos de la comunidad campesina San Francisco de Asís del distrito de Mocupe, los mismo que han sido otorgados y tramitados por el señor Ruperto Santos Valdez Tello sin tener la condición de presidente de dicha comunidad.

2.2 Por parte de la Defensa de Victor Manuel Custodio Lopez

2.3.- Posición del Acusado frente a la Imputación.

Luego que se les explicaran sus derechos y la posibilidad que la presente causa pueda terminar mediante la Conclusión Anticipada, este **NO ADMITIÓ** los cargos formulados por el representante del Ministerio Público; por cuanto se prosiguió con el desarrollo del juicio.

3.- Examen del Acusado.

3.1. Declaración del acusado Víctor Manuel Custodio López.

Este trámite se inicia cuando prácticamente yo inicio mi periodo de Mocupe, con todos los requisitos que le pedíamos, ese expediente pasa primero por mesa de parte que se encarga de evaluar si cumple con los requisitos que indica el Tupa o la Directiva 004, luego de calificar todos los requisitos pasa a asesoría legal para que se vea si se cumple con todos los requisitos legales que exige la ley, luego pasa al SIG y ahí califican el expediente si el terreno esta superpuesto o no, luego de estos trámites se eleva a la sede de Chiclayo, en Lambayeque existía dos sedes, la sede Chiclayo y Olmos, y cada uno era responsables de las actividades que realizaba, en este caso la sede Chiclayo el responsable era el Ingeniero Durand García y este recibió el expediente y de acuerdo a la directiva 004, revisaba y veía si los requisitos se cumplían de acuerdo a la ley.

Iba al campo verificaban los datos que el ingeniero forestal conocido como consultores elaboraba el expediente, una vez que se evaluaba me emitía un informe y ese yo lo aprobaba o lo desaprobaba de acuerdo a lo que se indicaba en el informe; este expediente se inicia en el 2008 y se aprueba en el 2010, dos años han pasado y ello porque a fines de mes del año 2008 fallece el señor que presento el documento y luego el Gobierno Regional emite una Ordenanza Regional donde prohibía la tala de árboles y dicha ordenanza fue cuestionada porque no estaba dentro de sus atribuciones una vez que la dirección de flora y fauna no autorizo que los expediente se seguían autorizando, dentro de mis funciones yo he trabajado con la RJ 228-2001 hasta el año 2009 que estuvo en vigencia; a través de ese año dejamos de ser INRENA y nos pasaron al Ministerio de Agricultura y ahí funcionaba el Decreto Supremo 010-2009 y ahí prácticamente regía y daba nuestras funciones y nos autorizaba a

4.- ACTUACIÓN PROBATORIA

Actuación Probatoria ofrecida por la Fiscalía.

4.1. Testimonial del Perito **Fredy Ivan Palas Yacila.**

Respecto del Informe de Supervisión Motivada para Autorización de Aprovechamiento De recurso Forestal, con Fines Maderables en Bosques Secos, N° 14- LAM-MAD-A-304-2010, *se oralizo la documental, conforme consta en sistema de audio.*

A las preguntas de la Fiscalía.

El procedimiento está enmarcado en la directiva N° 004-2002-INRENA-DGFFS, dentro de sus procedimientos como requisitos fundamentales para otorgar un derecho de aprovechamiento en aéreas de tierras comunales; es de que el solicitante, en este caso la comunidad, presente su título de propiedad o documento que acredite la tenencia legal del área, acreditado por el Ministerio de Cultura o la institución que lo representa.

En este caso, al observar el expediente que sido materia de aprobación del Derecho de Aprovechamiento, solamente se observa una constancia de posesión que el presidente de la comunidad se otorga a sí mismo como propietario del área, lo cual no aplicaría porque si eta dentro de un territorio comunal el Derecho de Aprovechamiento debió darse a nombre de la comunidad campesina, no a nombre de un presidente que se otorgo a sí mismo un certificado de posesión. Esta es una de las observaciones que hemos encontrado en el procedimiento del Derecho de Aprovechamiento.

Lo otro es cuando la autoridad recepciona la solicitud con todos los requisitos anterior mencionados, tiene que realizar una inspección obligatoria al área; primero para verificar si es que lo presentado en el expediente técnico que es el Inventario Forestal existe potencial maderable, lo cual se observa que solamente los técnicos que han recomendado aprobación y han realizado una muestra mínima que es de ocho arboles, los cuales técnicamente no es aplicable, porque con ocho individuos obre un área de más de cuatro hectáreas, no se puede pronunciar si es que el potencial realmente existe o concuerdan con los datos presentados.

Lo otro era que la autoridad cuando realiza el expediente técnico o los ingenieros que lo revisan deben realiza un análisis Geo-referencial del

área, donde realmente se realizó el inventario forestal. Lógicamente que recae en área comunal por lo tanto debió presentarse el título de propiedad y el Derecho de Aprovechamiento debió otorgarse a nombre de la comunidad campesina en general.

El señor Ruperto en la condición de representante de la comunidad, que se otorga a si mismo un certificado de posesión, y sobre ese solicita a la autoridad forestal, en este caso la ATF-Lambayeque el Derecho de Aprovechamiento a título personal, por eso se han otorgado más de 13 autorizaciones de Derecho de Aprovechamiento a título personal, no como comunidad.

Entendiendo la condición de un bosque seco, éste es un área relativamente no tan accidentada; un supervisor con todo el esfuerzo físico puede realizar en el día más de 100 individuos puede evaluar un supervisor en el día; en este caso el inspector de la ATF solo realizó una inspección de ocho individuos y en algunos casos solo cinco.

Técnicamente no es suficiente, además de otros documentos que no se anexan en el informe es de presentar su recorrido en el área; el equipo fundamental que maneja su GPS ese recorrido del área tiene que ser plasmado sobre un informe, el cual no está anexado; y en el informe de inspección menciona cinco árboles y el acta de inspección en el cual se ha digitalizado un formato y no se anexado el recorrido del área supervisada.

En la época que se solicitaron los Derecho de Aprovechamiento, estaba vigente la Directiva N° 004-2002-INRENA-DGFFS; sin embargo el profesional que se encargó de evaluar los expedientes y así mismo continuo con la evaluación en campo, no tuvo en cuenta esas normativas vigentes a la fecha; y en el informe de supervisión hemos advertido que se han considerado otros informes legales, lo cuales no tienen nada que ver con el caso que se ha solicitado, y se ha informado para que se adopten las medidas y sanciones correspondientes.

OSINFOR dentro de sus estructura debe analizar los expedientes de los procesos de los derechos otorgados, también observa cual es el procedimiento del otorgamiento de ese derecho, específicamente en todo el acervo documentario; en el análisis y conclusión o hemos dicho en repetitivas oportunidades que no se ha cumplido con acogerse a la normativa vigente a la fecha, es mas se han omitido ciertos requisitos y uno de ellos es fundamental para otorgar un Derecho fundamental en áreas de propiedad privada que las

comunidades son titulares, debió presentarse el título de propiedad y ello no se ha realizado y se han basado en otros documentos para otorgar un Derecho de Aprovechamiento que tiene fines comerciales e industriales.

En principio el que asume las funciones de administrador técnico, tiene que conocer primero sus funciones, luego tiene que conocer el procedimiento de cómo se otorga un Derecho de Aprovechamiento; si bien es cierto que los técnicos que lo apoyan son los encargados de ir a campo, revisar el documento pero él tiene que conocer que es lo que firma; porque cuando se firma una resolución tiene consigo todo el expediente y por obligación tiene que revisar que está firmando y si el procedimiento está acorde con la normativa vigente.

Nuestro ámbito en jurisdicción son la regiones de Tumbes, Piura, Lambayeque, La libertad, Ancash y Cajamarca; y no solamente en la región de Lambayeque hemos encontrado esos caos, también el departamento de Tumbes lo cual ya está en proceso de investigación; los casos que se han suscitado como estos son varios y ha sido comunicado a las entidades correspondientes.

La actualización que facturó la 228-2001 resuelve establecer conjunciones a los secretarios técnicos forestales de fauna silvestre una de ellas son las siguientes, supervisar y controlar, el aprovechamiento conversión y comercio de los productos forestales de flora y fauna silvestre, emitir resoluciones administrativas en conformidad con las atribuciones conferidas, asimismo otras funciones que se establecen son la siguientes: aprobar planes de manejo forestal, otorgar permisos y autorizaciones forestales de fauna silvestre, emitir guías y suscribir la ley de aporte forestal y de fauna silvestre como vemos en la Resolución Jefatura establece las funciones principales como administrador técnico de flora y fauna silvestre; así mismo para aprobar un plan de manejo forestal se tiene que seguir ciertos lineamientos.

El INRENA aprobó dicha directiva donde se establecen todos los lineamientos; los requisitos principales para otorgar un Derecho de Aprovechamiento es la copia legalizada de el título de propiedad o documento que acredite la tenencia legal del área expedido por la entidad correspondiente del Ministerio de Agricultura esto aplica para bosques secos en tierra de propiedad privada y territorio comunales y una copia legalizada del acta de asamblea general para territorios comunales donde se acuerda realizar el aprovechamiento en tierras de la comunidad.

A las preguntas del Defensa Técnica.

Tengo grado de instrucción Superior, Ingeniero Agrónomo Forestal en INRENA, en el 2010 era responsable de la sede Chiclayo, mis funciones era de elaboración de las guías de transporte forestal, Informes técnicos fundamentado, acta de inspección ocular, elaboración de expedientes técnico, operativos en la ciudad en el campo, entre otras propias de la oficina.

No recuerdo el trámite objeto del presente, lo hacíamos de acuerdo al TUPA que teníamos y a la 27308 y al 0014, no teníamos ROF ni MOF, INRENA. La elaboración del expediente forestal era realizado por un Ingeniero Forestal inscrito en INRENA, elaboraban el expediente en tres libros cada uno lo presentaba con todo lo exigido por el tupa, ingresaba por secretaria, pasaba al administrador, luego a la oficina legal y al responsable que rea yo.

Yo tengo conocimiento que un procedimiento se declara en abandono cuando el que presenta por su propio merito ya no regresa y cuando las instituciones hace una observación y si no se cumple ahí queda. En mi opinión personal, no debió ser declarada en abandono, porque su trámite continúa, la comunidad siempre tiene su representante para que se lleve a cabo.

Tenían un Certificado de Posesión que tenia los usuarios, porque en si la comunidad es una sola y se inscriben toda la comunidad y por lo regular un sinnúmero de comunidades no tiene titulo, por las controversias que existen. Si va a hacer un buen comercio vendría a ser el usuario, en este caso debe ser don Ruperto que representa a los arrendatarios y como su representante legal. La controlamos nosotros, el área de los técnicos que realizan la inspección decampo para derivar la cantidad de producto a sacar.

A las preguntas de la Fiscalía.

Ingrese en el año 2008 como auxiliar, contratado como CAS por INRENA. El administrador técnico era **Victor Manuel Custodio López**. Cuando ya viene un proceso, ingresa para al área SIG, área legal y a mi área. Estaba enterado de todo el Ingeniero, pasaba a la administración; yo llevaba el control de los Kardex el ingeniero sabia a través de las guías. Quedaba a criterio del jefe si le dábamos los informes, pero el es el que decía, si sabia como no va a saber.

5.- PRUEBAS DOCUMENTALES POR CONVENCION.

puede presentar el representante de la comunidad campesina.

5.10 Acta de Sesión Extraordinaria de Directivos, aporte: es que toda la directiva comunal le dio facultades al señor Ruperto Valdez Tello en su calidad de presidente de la Comunidad Campesina para que realice y tramite estas autorizaciones forestales, que al final fueron expedidas por estas

5.11 Partida Registral N° 11009328 (A00007) y Partida Registral N° 11009328 (A00007), aporte: Se registra el nuevo presidente.

II.- PARTE CONSIDERATIVA.

1. Descripción De La Norma Aplicable Al Caso.

1.1. Conforme lo expuesto en el alegato preliminar del representante del Ministerio Público, el delito que se atribuye a las acusadas, es el previsto en el artículo 314° del Código Penal, vigente al momento del hecho; según el cual incurre en delito de **Responsabilidad de funcionario Público por otorgamiento ilegal de derechos**: "El Funcionario Público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes, por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, autoriza o se pronuncia favorablemente sobre el otorgamiento o renovación de autorización, licencia , concesión, permiso u otro derecho habilitante a favor de la obra o actividad a que se refiere el presente Título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años, e inhabilitación de un año a seis años conforme al artículo 36° incisos 1,2 y 4°.

1.2. Respecto de la **Conducta Típica**, teniéndose en consideración que la Responsabilidad de funcionario Público por otorgamiento ilegal de derechos es un delito contra el medio ambiente que requiere para su configuración, la consecuencia de los siguientes elementos: pronunciarse favorablemente sobre otorgamiento o renovación de autorización, licencia , concesión, permiso u otro derecho habilitante a favor de la obra o actividad, sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes, faltando así

gravemente a sus obligaciones funcionales. Esta cadena de elementos desea seguir ese orden secuencial, de lo contrario no se realizaría el tipo objetivo, siendo la conducta atípica.

- 1.3. Respecto al **Sujeto Activo**, la acción de "autorizar", tratándose de un delito de responsabilidad funcional, recae sobre el funcionario público; mientras que el **Sujeto Pasivo** recaerá sobre el solicitante de la autorización o licencia, etc. En cuanto al **elemento subjetivo**, es doloso, ya que el actor, en este caso el funcionario tiene la obligación de observar leyes, reglamentos y estándares ambientales vigentes, antes de pronunciarse favorablemente ante un solicitud de de un derecho habilitante.

2. Valoración de las Partes Respecto a Las Pruebas Actuadas.

2.1. Desde la Perspectiva del Ministerio Público.

El Ministerio Público en el presente juicio va a exponer los alegatos finales, por los actos seguidos contra **Víctor Manuel Custodio López** como presunto autor de Responsabilidad De Funcionario Público Por Otorgamiento Ilegal De Derechos, es así como se acreditado durante la etapa de juzgamiento, de acuerdo a lo expuesto por los mismos testigos en el caso del Ingeniero representante del Organismo De Supervisor Y Evaluación Forestal, se ha demostrado que las trece autorizaciones que emitió como jefe de la Administración Técnica de Flora y Fauna Silvestre, han sido otorgadas de forma ilegal al no haber advertido el cumplimiento de los requisitos a fin de establecer que Ruperto Valdez Tello en la condición de representante de la comunidad haya obtenido como una persona natural, mas como representante de la Comunidad Campesina San Francisco de Mocupe.

El Ingeniero Fredy Palas Yacila representante de OSINFOR hizo referencia a todas la autorizaciones que fueron suscrita por **Víctor Manuel Custodio López**; como son las autorizaciones 219, 220, 238, 239, 240, 276, 277, 300, 301, 302, 303 y 304 del año 2010; los mismo que obran el expediente judicial como medio probatorios, de todos se advierte que Ruperto Valdez Tello no representaba e cargo de representante de la Comunidad Campesina San Francisco de Mocupe.

Sin embargo, como persona natural se le entregó todas la autorizaciones para el aprovechamiento forestal para fines

5. RESPECTO DE LA VINCULACION CON EL ACUSADO.

- 5.1. Estando a lo actuado se tiene dos singularidades que conllevan objetivamente a emitir una sentencia en sentido absolutorio; la primera, se corresponde con el hecho que el Ministerio Público no ha podido acreditar que efectivamente y de manera indubitable, que la acción desplegada por **Víctor Manuel Custodio López** generó un perjuicio al bien jurídico protegido por el tipo en cuestión, en tanto es el resultado típico exigido producto de la obtención de los permisos administrativos correspondientes. Resultando como bien jurídico protegido el Medio Ambiente, a través de un perjuicio grave en el ecosistema; conforme la estructura del delito se tiene. Presupuesto fáctico que no ha quedado acreditado objetivamente advertido a través del examen del perito **Fredy Iván Palas Yacila**; respecto del Informe de Supervisión Motivada para Autorización de Aprovechamiento de recurso Forestal, con Fines Maderables en Bosques Secos, N° 14- LAM-MAD-A-304-2010.
- 5.2. La segunda singularidad se corresponde con el vínculo de conexidad entre la acción y el resultado dañoso. Toda vez que ha sido acreditada que dada la posición funcional administrativa que al momento de los hechos ostentaba **Víctor Manuel Custodio López**. Siendo pues que entre la solicitud de los permisos y la dación de los mismos con la autorización del acusado, existió una multiplicidad de actos administrativos a cargo de distintos servidores y funcionarios públicos. Lo antes señalado debe entenderse a efecto de valorar la necesidad de vencer el contenido de la acción dentro del marco regular de las funciones administrativas. Más aún si se advirtió a través de la actividad probatoria, que los permisos obedecieron a una acción de control previa a cargo de través del Principio de Distribución de roles funcionales la terceros. Esto guarda relación con el Principio de Confianza que opera en el Derecho Administrativo, a través de la delegación de funciones.
- 5.3. Advirtiéndose así, que a pesar de lo actuado no pudo corroborarse objetivamente la afectación al bien jurídico protegido, ni mucho menos el incumplimiento doloso de

actos directos de supervigilancia por parte de **Victor Manuel Custodio López**; dentro del rol de funcionario que entonces desplegó, en tanto la aprobación de las los permisos administrativos objeto de Juicio Oral. Estando a lo señalado, no advirtiéndose vencida la presunción de inocencia con la que inició el acusado el sometimiento al proceso, corresponde la emisión de una sentencia en sentido absolutorio.

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por los fundamentos expuestos, valorando la prueba actuada, durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral estando el desarrollo de la misma y en aplicación de las normas glosadas y artículos, 122° del Código Penal vigente al momento del hecho; y artículos 379° a 399° del Código Procesal Penal, en mi calidad de Juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal Supraprovincial de Chiclayo, administrando justicia a nombre del Nación, **FALLO:**

- 1. Absolviendo** a los ciudadanos **Victor Manuel Custodio López** como autor del delito de **Responsabilidad de funcionario Público por otorgamiento ilegal de derechos** de conformidad con el artículo 314° del código penal Vigente en agravio del Estado- Ministerio de Medio Ambiente, como tal anúlense los Antecedentes que la presente causa hubiese generado a los absueltos.
- 2. Vencido** el Ministerio Publico en Juicio Oral, **exonérese al absuelto del pago de costas** de conformidad con el artículo 497° del Código Procesal Vigente y siguientes, en el extremo antes señalado.
- 3. Consentida que sea la presente** remítase los cuadernos al Juzgado de Ejecución de origen para los fines pertinentes.
- 4. Quedan notificados** con la emisión de la presente resolución los concurrentes, debiendo notificarse a los inasistentes a las casillas electrónicas y demás según corresponda, bajo responsabilidad.

Anexo 03: sentencia de primera instancia Expediente N° 812-2011-80-2601-JR-PE-01



SEGUNDO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE TUMBES – EX 4to JPU



EXPEDIENTE : 00812-2011-80-2601-JR-PE-01
JUEZ : ROXANA AMAYA PAZO
ESPECIALISTA : RUIZ VINCES DENISSE VELISSA
IMPUTADO : LOJAS GONZALES, NICOLAS ANTONIO Y OTROS
DELITO : NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO
AGRAVIADO : EL ESTADO - MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TUMBES

SENTENCIA

RESOLUCION NUMERO DIECISIETE.-

Tumbes, ocho de enero de

Dos mil diecinueve.-

VISTOS Y OIDOS; el juicio oral seguido contra **PEDRO OCTAVIO MEJÍA REYES, FERNANDO MORÁN LUPÚ, NICOLÁS ANTONIO LOJAS GONZÁLES Y MARTHA GUEDELIA SOSA JIMÉNEZ**, por la comisión del **DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** en la modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE CON EL CARGO** en agravio del **Estado** representado por la Municipalidad Provincial de Tumbes.

IDENTIFICACIÓN DE LOS ACUSADOS.

1. **PEDRO OCTAVIO MEJÍA REYES**, identificado con DNI N° 06743812, de 63 años de edad, con domicilio en calle Los Andes – Tumbes, natural de Tumbes, nacido el 30 de enero de 1955, hijo de Óscar Orlando Mejía García y Ramona Julia Reyes Miranda, de estado civil casado, tiene tres hijos, de grado de instrucción superior, de ocupación contador, con un ingreso de seis mil soles mensuales, refiere que fue sentenciado por delito de peculado, pero ya fue rehabilitado, tiene una cicatriz en el ojo izquierdo, y demás generales de ley que se registran en audio.
2. **FERNANDO MORÁN LUPÚ**, identificado con DNI N° 00234489, de 55 años de edad, con domicilio en caserío Garbanzal, distrito San Juan de la Virgen – Tumbes, natural del distrito San Juan de la Virgen - Tumbes, nacido el 17 de

febrero de 1963, hijo de Humberto Morán Morales e iris Lupú García, de estado civil casado, tiene cuatro hijos, de grado de instrucción superior incompleta, empleado público, con un ingreso de tres mil quinientos soles mensuales, refiere que fue sentenciado por delito de peculado, pero ya fue rehabilitado, y demás generales de ley que se registran en audio.

3. **NICOLÁS ANTONIO LOJAS GONZÁLES**, identificado con DNI N° 00239902, de 48 años de edad, con domicilio en calle Bolívar N° 840 – Tumbes, natural de Tumbes, nacido el 10 de mayo de 1971, hijo de Nicolás Antonio Lojas Pizarro y Ángela María Gonzales Huiman, de estado civil casado, tiene cinco hijos, de grado de instrucción superior, de ocupación abogado, con un ingreso de dos mil soles mensuales, sin antecedentes penales, y demás generales de ley que se registran en audio.
4. **MARTHA GUDELIA SOSA JIMÉNEZ**, identificada con DNI N° 16715033, de 44 años de edad, con domicilio en Urbanización Villa Universitaria manzana D lote 15 centro poblado Andrés Araujo Morán – Tumbes, natural de Chiclayo - Lambayeque, nacida el 6 de setiembre de 1973, hija de Teófilo Sosa Portilla y Adela Jiménez de Sosa, de estado civil casada, tiene tres hijos, de grado de instrucción superior, de ocupación nutricionista, con un ingreso de tres mil quinientos soles mensuales, sin antecedentes penales, y demás generales de ley que se registran en audio.

IMPUTACIÓN Y PRETENSIÓN DEL FISCAL.

El representante del Ministerio Público formula acusación contra Pedro Octavio Mejía Reyes, Fernando Morán Lupú, Nicolás Antonio Lojas Gonzales y Martha Gudelia Sosa Jiménez, por la comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado representado por la Municipalidad Provincial de Tumbes, manifestando que los acusados Nicolás Antonio Lojas Gonzales y Martha Gudelia Sosa Jiménez, en su calidad de miembros del comité especial para la Adjudicación Selectiva N° 02-2005-CEP/PBL-MPT, para la adquisición de insumos del Programa Vaso de Leche, son responsables del ilícito penal de negociación incompatible tipificado en el artículo 399 del Código Penal, toda vez que se han interesado de manera directa en el proceso de adjudicación pública antes indicada, específicamente, tanto, en la elaboración de las bases administrativas como en el momento de la

apertura de los sobres de propuestas técnicas y económicas que se ha dado al proceso de selección; este interés se encontró reflejado en que han beneficiado con el otorgamiento de la buena pro al señor Segundo Baldomero Gonza Villalta quien era el representante de la Empresa Stuka, hecho que concretó al suscribir las actas de adjudicación de fecha 5 y 6 de diciembre de 2005, verificándose que existe una vinculación funcional, por cuanto los acusados no sólo formaban parte del comité especial, sino que ellos tenían la condición de funcionarios públicos y han tenido la competencia funcional conforme a lo señalado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones vigente en este momento Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, artículo 85 y siguientes; se ha dado la vinculación funcional, ya que los acusados han tenido la condición de miembros del comité.

En relación al acusado Pedro Mejía Reyes, dada su condición de presidente del comité especial, mostró interés en el resultado del proceso de selección, al realizar la calificación de propuestas técnicas, admitió la propuesta del postor Segundo Baldomero Gonza Villalta, cuando no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos establecidos, tanto, en las bases administrativas como en las bases integradas, igualmente a pesar que no debió admitir esa propuesta, al momento de evaluar la propuesta presentada por este postor, no observó el método definido en las propias bases administrativas, se adoptaron acuerdos con sólo tres de los cinco miembros titulares, transgrediendo la norma de contrataciones ya que no se contaba con el quórum correspondiente; asimismo, en el presente caso no se evidencia que se haya citado los miembros titulares para lo que correspondía a la calificación, evaluación y otorgamiento de la buena pro, tampoco en lo que corresponde a la miembro experto independiente no se le notificó.

Igualmente en relación al acusado Fernando Morán Lupú, en su calidad de miembro del comité especial y como Jefe de Abastecimientos, ha mostrado interés en el resultado de este proceso de selección, ya que como integrante del comité especial en su calidad de miembro titular, igualmente admitió una propuesta que no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos y procedió a evaluar dicha propuesta sin tener en cuenta el método señalado en las propias bases integradas en relación a las características nutricionales, igualmente pese a eso otorgó la buena pro a la empresa ganadora, y como jefe de abastecimiento dio la conformidad de la recepción de los bienes adquiridos por la Empresa STUKA, en donde pese a que se otorgó la buena pro por una propuesta determinada, se hizo la recepción de bienes con características distintas a las bases integradas, los cuales no cumplían con la propuesta señalada en

el proceso de selección, pero pese a eso dio la conformidad en la entrega de estos bienes.

En relación al acusado Nicolás Antonio Lojas Gonzales también se le acusa porque en su calidad de miembro del comité especial ha mostrado interés en el resultado del proceso de selección, ya que admitió la propuesta de un postor que no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos establecidos e igualmente, procedió a evaluar la propuesta técnica y económica de la Empresa STUKA sin tener en cuenta lo señalado en las propias bases, específicamente el método, igualmente y pese a eso, otorga la buena pro a esta empresa que no cumplía con dichos requisitos.

En relación a la acusada Martha Gudelia Sosa Jiménez, al ser miembro del comité especial, específicamente la experta independiente, conocedora en cuanto a las características nutricionales que debía cumplir estos insumos para el Programa de Vaso de Leche, ha mostrado interés en el resultado del proceso de selección, admitiendo una propuesta que no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos, los cuales estaban establecidos en las bases administrativas integradas e igualmente realizó una inadecuada calificación de propuestas, sin observar el método de evaluación ya propuesto o definido en sus propias bases administrativas integradas, favoreciendo al indicado postor con el otorgamiento irregular de la buena pro.

Señala la representante del Ministerio Público que los requisitos mínimos que no se cumplieron y pese a ello se favoreció con la buena pro, es en relación a las características nutricionales que debían contener los insumos para el vaso de leche, en relación a lo que corresponde a los porcentajes de carbohidratos, grasas y energía total, ya que dentro de las bases integradas se propuso porcentaje determinados o límites en los cuales debía tenerse cada uno de estos insumos, específicamente en el tema de carbohidrato y energía, no se ha cumplido con estos parámetros, pese a eso, se aceptó la propuesta.

Agrega la señorita fiscal que a la acusada Martha Gudelia Sosa Jiménez se le imputa el interés indebido que ha tenido en cuanto al otorgamiento de la buena pro, no sólo en lo que es la omisión sino también la calificación y evaluación de la buena pro, ya que en relación a las especificaciones técnicas se debe tener en cuenta que según la tabla aprobada por la Resolución Ministerial N° 711-2002, se señalaba qué porcentaje debía tener cada uno de los insumos, en este caso, en cuanto a proteínas tenía que ser del 12% al 15%, en el de grasas del 20% al 25%, en el de carbohidratos del 68% al 60%, en energía total 231.6 calorías, exigencia que se programa y que es señalada también en las bases, señalándose como parámetros para proteínas de 12.1 a 14.99, que es dentro del marco de lo que correspondía los límites o especificaciones

controlar y ejecutar el proceso en coordinación con los miembros titulares, las funciones que le correspondían se encontraban establecidas en el artículo 23 del Decreto Supremo N° 083-2004; sesionaron en dos oportunidades para la elaboración de las bases, las personas que integraban el comité como miembros titulares eran cinco y como miembros suplentes dos personas. Las personas que integraban como miembros titulares el comité eran el declarante en calidad de presidente; Morán Lupú, jefe del área de contrataciones y adquisiciones; Milagros Rosas Hernández jefa del área usuaria; el doctor Lojas, Abogado y se convocó a la nutricionista Melva Aquino en el primer proceso y para el segundo proceso la nutricionista Sosa Jiménez. La comisión de auditoría estuvo facultada para revisar todo el año 2005, 2006 y mediados del 2007. En el año 2005 se realizaron dos procesos para la compra del vaso de leche, el primer proceso fue convocado para poder cubrir el producto de enero a junio y el segundo proceso era de julio a diciembre, el primer proceso encierra una ADP N° 01 y el segundo proceso que es motivo de este proceso es la ADP N° 02; ambos procesos estaban concatenados, se debió tener en cuenta que el comité asumió sus responsabilidades de acuerdo a las normas establecidas a partir de cuando el expediente de contrataciones está listo. En cuanto al ADP N° 02 postularon 10 proveedores se inscribieron y todos quisieron ajustar las bases a su conveniencia, formulando observaciones y vinieron las consultas y como no prosperaron, al final de diez postores que compraron bases sólo postularon dos, lo que perjudicó las compras y a ellos. En cuanto a la ADP N° 02, la señora Milagros Rosas Hernández, inició la degustación del producto el día 2 de mayo, en el mes de junio se originó el oficio N° 056 en el que se solicitó se contrate a la nutricionista, pero se lo dirigió al Gerente Municipal, donde le decía que necesitaban una nutricionista para que los asesoren y los ayude a elaborar las especificaciones técnicas, es decir, todavía estaban en los actos preparatorios, el comité no tenía participación todavía, pero esto generó la confusión porque eran integrantes del comité, pero estaban en los actos preparatorios. El Gerente autoriza y contrata mediante Contrato N° 130 a la nutricionista, contrato que data de junio a setiembre, siendo en setiembre la convocatoria de ese proceso. El segundo proceso lo terminaron en setiembre, los actos preparatorios se iniciaron en mayo, pero se postergó hasta diciembre por las mismas controversias de los proveedores. El comité especial fue nombrado a inicios y la experta independiente era otra nutricionista, la señora Melva Aquino, las especificaciones técnicas de la ADP N° 02 las realizó la nutricionista que estaba presente en calidad de tercero como experto independiente. Las bases administrativas las hizo el comité y la doctora Martha Sosa contribuyó a las bases administrativas y de igual forma las bases administrativas

integradas. El acto preparatorio se inicia en mayo y les entregaron el expediente de contratación en el mes de agosto, cuando terminó la señora Sosa sus especificaciones técnicas, y en virtud al contrato que ya había firmado presentó con el informe N° 02 el trabajo que se le había requerido, lo presentó con su informe a efectos de pago, se le pagó y en agosto se presentó y se complementó lo que era el expediente de contratación y en ese mes de agosto fue cuando recién se les pasó el expediente de contrataciones para la elaboración de las bases y se convocó en el mes de setiembre. Las bases administrativas las elaboró no sólo la señora Sosa sino todo el comité, se notó una deficiencia administrativa por parte del gerente municipal porque en el mes de junio cuando originó el documento 046, la directora del Vaso de Leche le dijo al Gerente Municipal que necesitaban una nutricionista porque la nutricionista Melva Aquino ya no les asistía y por eso necesitaban una persona que los asista, entonces el área usuaria originó el documento 046. El declarante citó a los miembros del comité para la elaboración de las bases administrativas, no recordó si es que a la señora Aquino la notificaron ya que no era miembro del comité, no participó en ninguna etapa del proceso ADP N° 02, quien sí participó en el proceso ADP 02, como experta independiente, fue la señora Sosa, quien fue nombrada como miembro del comité especial de manera formal el día 2 de diciembre, porque en esa fecha recién el gerente municipal emitió la resolución. Los requerimientos mínimos que debía tenerse en cuenta fueron, por ejemplo, en calidad. El declarante en calidad de contador, revisó las bases y había temas nutricionales como proteínas, grasas, carbohidratos y otros productos más que no recuerda. El proceso de evaluación y calificación es un proceso integral, dentro de la evaluación técnica hubo dos procesos, uno de admisibilidad y otro de calificación, luego de ser admitidos se calificaron y luego de ser calificados pasaron a la parte económica. En cuanto al certificado de aceptabilidad, fue admitido porque no era un documento obligatorio, pero estaban en la primera fase de la parte técnica, en el tema de la certificación intervinieron dos certificadoras: la Sociedad SAP y SERPER. Lo que se les criticó es que el comité no tuvo los criterios o la forma en que ellos evaluaban porque le preguntaron al auditor que significa un certificado de aceptabilidad y se les dijo que el certificado de aceptabilidad es la constancia que la certificadora se hace presente en Tumbes y evalúa. En cuanto al tema de los criterios de racionalidad, el comité consideró que si la certificación es muy buena era la máxima, por eso es que la contraloría dijo que usaron criterios paralelos con la certificación sanitaria, pero no se usaron esos criterios porque la certificación sanitaria tenía cuantificaciones, en cambio se hablaba de cualificaciones, cuestiones de calidad; aunque ello no se detalló en el acta de evaluación y calificación porque quien hace la

firmado por el gerente municipal y ella presentó un informe. Las conclusiones que tenía el Certificado de aceptabilidad fueron que después de la degustación, en el caso de SERPER, las condiciones eran muy buena, buena, regular y mala y ellos la calificaron como muy buena; calificación que estuvo estipulada en la especificaciones técnicas, de forma cualitativa. Las tablas de calificación eran para los otros certificados, como el sanitario, el de planta, la misma evaluación de la calidad en cuanto a los nutrientes. Sobre la calidad del producto había términos generales de nutrientes como proteínas, grasas, carbohidratos y se ajustaba de acuerdo a lo señalado en las bases administrativas. Las conversiones las hizo la doctora Sosa, porque fue contratada para eso, puesto que ella estaba encargada en el aspecto nutricional, lo cual estaba de acuerdo a los requerimientos mínimos de las bases, trabajo que obedecía a cálculos, a términos en los que ella debía centrar la parte nutricional, ella hizo un resumen que lo pasó al comité y este calificó.

En el tema de excelente los postores presentaron los certificados uno de SERPER y otro de SAP. Al postor ganador el resultado que le expidió SERPER era muy bueno; en las bases ese criterio de muy bueno si se encontraba especificado en las bases; y como si estaba el criterio de muy bueno tuvieron que aceptar para poderlo calificar con el puntaje que ellos les dieron. En SERPER como no existió otro rubro más que muy bueno se entendió como excelente, porque era la mejor calidad que podía haber para ellos, pero ese fue su criterio; ese fue el criterio el comité aplicó para poder calificar. En el tema de los porcentajes nutricionales, la persona que puso dentro de las bases integradas como características o elementos cualificativos conjuntamente con ellos en el aspecto nutricional fue la señora Sosa, ella fue contratada en el mes de julio mediante contrato N° 130-2005, a través del cual ella apoyó como experta independiente de julio a setiembre; ninguno de los postores se opusieron a la participación de la señora Sosa y convalidaron que ella participe como miembro del comité. Después del otorgamiento de la buena pro, ninguno de los postores apeló u observó la misma. La licenciada Gudelia Sosa participó en la licitación mediante la resolución N° 475 del 2 de diciembre, con lo cual se regularizó la participación de la señora Sosa como experta independiente. El acta de adjudicación de fecha 5 de diciembre y del 6 de diciembre fueron elaboradas por la secretaria de la notaria. No se tenía conocimiento que Gonzaga Cobeñas iba a participar como miembro en el comité, estaban los miembros titulares, pero faltaba Milagros Rosas por lo que decidieron, dentro de la municipalidad, llamar al miembro suplente.

A la señora Sosa no se le contrató para que elabore las bases administrativas, dentro de las bases existían las especificaciones técnicas, que eran prácticamente los

requerimientos técnicos mínimos, que estaban conformados por el aspecto nutricional, entonces el área usuaria que era la señora Milagros Rosas Hernández, emite el informe N° 046 al gerente municipal el día 27 de junio y le dijo que necesitaban a una experta independiente para que elabore las especificaciones técnicas de las bases, fue allí donde el gerente mediante contrato N° 130 contrató a la señora Sosa, contratándola en julio y el 8 de agosto ella terminó su trabajo de elaborar las especificaciones técnicas y presentó su informe N° 02 en el que contenía el documento titulado Especificaciones Técnicas de maca soya azucarada con leche en el que estaba todo el aspecto nutricional y ese documento sirvió para incluirlo dentro de las bases completándose el expediente de contratación y pasó al comité. Durante el periodo del 1 de julio al 30 de setiembre la señora Sosa sí formó parte del comité especial. Mediante resolución N° 475 del 2 de diciembre se designó formalmente a la señora Sosa Jiménez como miembro del comité durante el periodo de junio a diciembre de 2005, se regularizó mediante este documento, siendo notificada con dicha resolución. Como director de rentas y presidente del comité debía tener en cuenta que existía un contrato del 1 de junio al 30 de setiembre y el declarante emitió la carta de invitación N° 026 a la señora Sosa al proceso la cual estaba firmada por ella. A la señora Sosa primero se le contrató de julio a setiembre y estuvo trabajando con ellos, lo cual hizo saber al gerente municipal para que regularice la situación de la señora. Antes del 3 de diciembre de 2005 la señora Sosa participó en condición de experto independiente. La Contraloría presumió que por el hecho de tener la resolución N° 475 como fecha el 2 de diciembre no participó, lo cual es mentira.

El acto pudo encerrar muchos procesos, muchas formas de evaluación y terminología que ellos emplearon como comité y la persona que iba escribiendo el acta quizá estaba generalizando los temas.

Los documentos fuentes o los documentos administrativos que se habían generado y que evidenciaron que la señora Sosa participó como experta independiente dentro del comité de adjudicación fueron el contrato N° 130 y los documentos que originaron su participación como la cobranza de pago y también participación en el acto del 5 de diciembre. La señora recibió su notificación el 3 de diciembre y ella la firmó, la carta N° 026 la recibió antes del proceso que fue el día 5 y, si ella hubiese estado en desacuerdo tenía 2 días para manifestar su observación, pero no hizo nada parecido; los cálculos matemáticos que hizo la señora Sosa duraron entre quince y veinte minutos, hizo su hoja de trabajo, las cuales quedaron en el expediente. Si la experta independiente se daba cuenta que algún postor no cumplía con los requisitos mínimos y daba cuenta de ello, de ninguna manera se suspendía la

para poder entrar al concurso, el postor debió presentar un certificado sobre la conformidad del producto y, el producto se divide en varios rubros, como por ejemplo que contiene, como grasas, proteínas, carbohidratos, energía total, entre otros, entonces dicho certificado debió haber sido calificado en base a unos parámetros que estaban establecidos en las bases; sin embargo, el certificado que presentó el postor ganador tenía las valoraciones de manera absoluta, es decir, decía por ejemplo, proteínas 19, grasas 17 y en el caso de las bases calificaba en base a porcentajes, es decir, a valores relativos, entonces para calificar dicho certificado, lo que se debió hacer es transportar esos valores absolutos a valores relativos para poder saber si es que cumplía efectivamente el grado de conformidad, pero esto no lo pudieron acreditar al momento de efectuar el examen especial; cuando se nombró al comité con cinco personas, había un especialista, un experto independiente, al momento de efectuar las bases e integrarlas, no han podido acreditar que se le haya convocado y al momento de efectuar la evaluación de las propuestas se nombró a una nueva especialista; tampoco han acreditado que haya participado el otro miembro del área de usuaria; la comisión hizo una valoración en base a las mismas condiciones que establecían las bases para poder trasladar esos valores absolutos del certificado a porcentajes y determinó que en el rubro de carbohidratos no se cumplía con lo que estaba requiriéndose, entonces se consideró que la propuesta de ese postor no debió haberse aceptado para que participara en el proceso; cuando se entrega el producto se mandó hacer un análisis a la Dirección Regional de Salud y resultó que el producto adquirido estaba por debajo de los niveles grasa y energía total, estaba muy por debajo de lo que se pedía; lo cual implicaba que no cumplía con los requisitos técnicos mínimos y en consecuencia en desmedro de los beneficiarios.

Las personas que formaron esa comisión fueron un aproximado de cuatro a cinco personas; y para la aprobación los que suscribieron fueron tres de la comisión y los gerentes de los niveles correspondientes; la función que cumplió en la comisión fue la de supervisor; no recordaba haber revisado el expediente administrativo de contratación; sin embargo, levantaron y obtuvieron información fedateada de la resolución de nombramiento del comité, de la aprobación de bases donde solamente se evidenciaba la firma de tres personas, asumieron de acuerdo a eso y acreditaron que los otros dos miembros no participaron y en cuanto al grado de aceptabilidad lo hicieron en función a documentos que envió y emitió la misma entidad o alguna entidad relacionada a dicho proceso como fue el caso SERPER que tuvieron a la vista esa información y pudieron sustentar sus conclusiones; hicieron cruce de información para validar los certificados que estaban. Agrega que a todos se les comunicó los

aspectos que estaban consignados en el informe y que eran materia de observación para que presentaran sus comentarios; en su informe señalaron que se evidenciaron solo tres firmas de los cinco miembros del comité, tanto es así, que habían tres firmas; que a la especialista la nombraron después, al momento de la evaluación de propuestas; todos los documentos que mencionaron en la auditoría los tuvieron a la vista; en cuanto a los parámetros de calificación eran tres, pero el certificado de SERPER hablaba de cinco a seis rubros, con lo cual no había forma de establecer cómo se efectuaría la evaluación, es por eso que señalaron que no se acreditó la forma de como se iba a efectuar esa evaluación, que fue lo que concluyeron en el informe.

Los miembros que debieron conformar el comité eran cinco y de acuerdo a la norma que se encontraba vigente en aquella época debía estar la totalidad del quórum para poder instalar un comité de Adjudicación. Respecto a SERPER no recuerda si era una entidad pública o privada en aquella época, sólo recuerda que pertenecía al Instituto Tecnológico de la Producción. Señala que no se cuestionó el certificado de aceptabilidad, sino lo que dijeron en el informe es que no se podía hacer una calificación así como estaba presentado el certificado de SERPER con lo que estaba en las bases; el comité debió haber especificado si es que se podía hacer semejanzas respecto a los rubros de la calificación, pues, el certificado de aceptabilidad está en función a que si el producto reúne los requisitos como para poder ser adquiridos y si afecta o no a los beneficiarios; no recuerda haber tenido a la vista el acta de adjudicación, pero se entiende que sí en su momento, recuerda que quienes participaron fueron el presidente, dos personas más que no era la presidenta del Programa, y también la especialista; no recuerda que el acta de adjudicación haya sido suscrita por la notaría; en el acta de adjudicación de fecha 5 de diciembre, reconoció que sí estaba suscrita por los cinco miembros por lo que ello no fue cuestionado en el informe; respecto a las invitaciones que se hicieron a los diferentes miembros del comité para elaboración de las bases no recuerda haberlas tenido a la vista; no tuvo conocimiento si es que la terminología exigida fue acogida por parte de la consulta que se hace al CONSUCODE con el pronunciamiento N° 298-2005/GTM, tampoco tenía conocimiento que dicho conocimiento fue la base fundamental para la integración de bases, señaló que la entidad del Estado encargada de absolver las consultas hechas por los comités de adjudicación es el OSCE y en el 2005 quien lo hacía era el CONSUCODE.

Refirió que no tenía conocimientos en nutrición; el informe especial fue redactado por el auditor encargado conjuntamente con el abogado y los integrantes de

la comisión, él no lo redactó sólo revisó el informe; señaló que el postor ganador no actuó con todos los requisitos que pedían las bases, desconociendo si es que se le inició algún procedimiento administrativo y si es que se sancionó a dicho postor; mediante un oficio de acreditación se designó a la comisión auditora multidisciplinaria, el cual no estaba anexado a dicho informe, pero sí estaba referenciado a la parte inicial del mismo informe; cuando se refirió a la profesional especialista, se estaba refiriendo a la persona que formaba parte del comité especial, de la cual señaló que no recordaba su nombre, y que fueron dos, primero una que no participó y después nombraron a otra persona para el proceso de evaluación de propuestas; luego de tener a la vista la resolución N° 06-2005, mencionó que en la misma se designaba como especialista a Melva Isabel Aquino Blancas y que en dicho proceso considera que tal vez sólo se emitió una resolución que era para realizar todos los procesos de adquisición vinculados al vaso de leche, y la experta profesional que participó en la adjudicación y en la evaluación de propuesta, y que fue designada mediante Resolución N° 475, fue la licenciada Martha Sosa Jiménez y que no se evidenció notificación alguna con la resolución donde se le nombraba como miembro del comité, sólo había una suscripción del acta del otorgamiento de la buena pro; desconocía si hubo alguna denuncia sobre el desmedro que se señalaba en el informe y llegó a la conclusión que hubo desmedro porque el nivel de carbohidratos de acuerdo a la conversión que hizo la comisión en función a la puntuación que establecían las bases, consignaba que estaba por debajo del porcentaje requerido. Señala que no era nutricionista ni ningún miembro de la comisión, simplemente se hizo una conversión de acuerdo a bases y de acuerdo a los certificados alcanzados.

Señala que sí hubo una resolución que designó a un experto independiente; el primer experto independiente que se designó, no participó en ninguna etapa del proceso de selección, mientras que la experta que la reemplazó intervino desde el momento en que se hizo el proceso de evaluación de propuestas.

Refiere que no tenía conocimiento del comprobante de pago N° 1771 del 31 de agosto de 2005 que estaba en el expediente de contratación, solamente se avocaron a la designación de la especialista, mediante una resolución a partir de la evaluación, antes de eso no estuvo; los documentos que sustentaban su acreditación son las actas del proceso; precisó que ninguno de los miembros de la comisión auditora, tenía conocimientos en aspecto alimentario o de nutrición*.

Consideraron en el informe que la señora Martha Gudelia Sosa Jiménez no participó en el comité porque en el acta no estaba su firma, entonces consideraron que no participó, a pesar que había un comprobante en el que constaba que había sido

contratada para formar parte del Comité; indicó que mediante resolución de enero con la cual designaron un comité especial incluyeron a una especialista y luego la especialista, de acuerdo a lo que acreditaron con documentos, no suscribió la formulación de bases ni tampoco la integración de bases, o sea, en el mes de diciembre mediante resolución designaron como especialista miembro de este comité a la señora Gudelia Sosa, entonces si en las bases y la integración de estas no estaba firma de la especialista, no podían decir que había participado en dicha etapa porque no estaba la suscripción de los documentos por dicha especialista; el comité tenía que sesionar con cinco integrantes tal como lo señalaron en el informe, puesto que el acta es lo que acreditaba la presencia; las bases eran aprobadas a su entender por el nivel superior, pues, comité solamente las formulaba”.

El informe nutricional lo efectuó la Dirección Regional de Salud a pedido de la misma entidad, lo solicitó con la finalidad de validar el producto que habían adquirido, como parte de un procedimiento de auditoría se solicitó y se verificó que habían dos rubros que no cumplían; hubo otro postor que su certificado presentó el término de excelente; no recuerda haberse dejado alguna observación en que se iban a equiparar los términos de excelente a muy bueno o muy bueno a excelente; desconoce qué criterios se utilizaron; participaron dos postores; pudieron acreditar que al postor al que no se le adjudicó la buena pro, si cumplía con los requerimientos, con los requisitos establecidos en las bases; mientras que a quien se le otorgó la buena pro, la comisión consideró que no se le debió aceptar su propuesta, puesto, que hubo una variación en cuanto a los requisitos.

- **RUTH KARINA CARBAJAL SÁNCHEZ (TESTIGO).**

Al ser interrogada dijo que es de profesión abogada; formó parte de la comisión auditora que realizó el examen especial que dio lugar al informe que le indicaron; al año 2010, fecha en que se elaboró el informe, ya había realizado o elaborado entre dieciséis a diecisiete informes; en sus conclusiones evidenciaron que durante el proceso de adjudicación para la adquisición de insumos del programa vaso de leche, se denotó un interés indebido por parte de los miembros del comité especial al momento de elaborar las bases administrativas, luego en la citación de los miembros del comité especial para adoptar los acuerdos necesarios durante dicho proceso y también durante la evaluación de propuestas, lo que conllevó a que se reciba un producto que no tenía la calidad exigida por el programa y que se vulneren los principios de transparencia, economía, imparcialidad, libre competencia y moralidad, que contemplaba la ley de contrataciones y su reglamento vigentes en la época que

sucedieron los hechos; Al momento que ocurrieron los hechos se encontraba vigente la Ley de Contrataciones y su Reglamento aprobados por D.S. N° 083 y 084 del 2004, en la conformación del comité especial los artículos 41, 48 y 51 del reglamento señalaban que el comité especial podía estar integrado por tres o cinco miembros debían contar con un número igual de miembros suplentes y se establecía que para que haya quórum, independientemente del número de miembros con que se haya conformado el comité especial, debían estar todos estos miembros completos, en caso de inasistencia de alguno de ellos debía completarse con uno de los miembros suplentes; la entidad designo cinco miembros entre los que se incluyó a un experto independiente y el área usuaria; de la documentación que revisaron se evidenció que no se habían efectuado notificaciones al experto independiente y tampoco se evidenció la participación del área usuaria, en el caso del experto independiente, se ha evidenciado su participación en el acta de adjudicación, pero no se evidenció su participación en las etapas de elaboración de las bases integradas en la etapa de integración, absolución de consultas; la resolución de conformación del comité se dio en setiembre y posteriormente en diciembre se designa a la señora Sosa Jiménez como experta independiente, cuando ya habían pasado las etapas de elaboración de bases y evaluación de propuestas, en las cuales, según la resolución de conformación primigenia del comité especial, estaba como experto independiente la señora Melva Aquino. Señala que el comité especial es un órgano colegiado que es designado por la entidad, de conformidad con lo que establece la Ley de Contrataciones, en el caso específico de dicho proceso, la entidad designó cinco miembros y dos suplentes, entonces este comité al estar conformado por cinco miembros era de aplicación lo que decía el artículo 51, y para que haya quórum tenían que participar los cinco miembros, si por alguna razón uno de ellos no estuviese presente, se llamaba a un suplente para que siempre haya el quórum de los cinco miembros designados por la misma entidad mediante resolución. En los primeros actos, no se evidenció la participación del experto independiente ni del área usuaria y recién en la etapa de evaluación de propuestas se evidenció la participación de cuatro miembros, es decir, que en las primeras etapas de elaboración e integración de bases, fueron tres miembros y a partir del acta de otorgamiento cuatro miembros, incluyendo al experto independiente que aparecía suscrito, agrega que hicieron estas manifestaciones y expresiones en función a los documentos que encontraron, como notificaciones, citaciones, actas, en función a quienes fueron dirigidas y quienes firmaban dichos documentos. El área usuaria que hizo el requerimiento fue el área encargada del vaso de leche; en la resolución de conformación de comité especial si se estableció su participación del área usuaria,

Desconoce si en su calidad de miembro suplente tenía la obligación de conocer las bases administrativas y ser notificado con las mismas, ni posteriormente ni a la fecha señaló tener conocimiento de las bases.

Señaló que en su calidad de miembro suplente nunca se reunió con los miembros titulares, que nunca estuvo presente ni en la elaboración de las bases ni en la integración de las mismas ni en la absolución de consultas.

El día que se aperturaron los sobres lo llamaron, fue sólo el día 6 de diciembre, pero refiere que firmó el acta de fecha de 5 de diciembre pese a que él no había participado ese día, porque le dieron las actas para que las suscriba inmediatamente porque querían darle celeridad al proceso, eso ocurrió el día 6 de diciembre cuando se apersonó. Señala que firmó el acta de fecha 5 de diciembre porque le pusieron las actas y él las firmó sin tener tiempo de leerlas.

PRUEBA DOCUMENTAL.

De la fiscalía:

1. Denuncia verbal de fecha 15 de Julio de 2010
2. Comprobante de pago, memorando N° 1576-2005-MPT-D-ADM, orden de servicio N° 831, carta N° 26-2005-ABAST-MPT y recibo por horarios de Martha Gudelia Sosa Jiménez.
3. Resolución de Alcaldía N° 390-2005-ALC-MPT
4. Resolución Gerencial N° 475-2005-G.M.MPT
5. Informe pericial contable, de fecha 23 de abril de 2012
6. Informe N° 098-2005-PVL-MPT.
7. Informe Especial N° 120-2010-CG/ORPI-EE y sus Anexos.

De los acusados.

Medios de prueba ofrecidos por Pedro Octavio Mejía Reyes y Nicolás Antonio Lojas González.

1. Copia simple de la Resolución de Gerencia Municipal N° 06-2005-MPT/GM.
2. Copia simple de la Resolución Gerencial N° 475-2005-G.M-MPT.
3. Copia certificada de la Carta N° 026-2005, de fecha 02 de diciembre de 2005.
4. Copia simple del Informe N° 046-2005-DPVL-MPT.
5. Copia simple del Contrato de Locación de Servicios N° 130-2005.
6. Copia fedateada del Informe N° 02-2005.
7. Copia simple del comprobante de pago N° 1771.
8. Copia simple del comprobante de pago N° 2520.

9. Copia fedateada del Acta de Adjudicación Directa N° 002-CEP-PVL-MPT – Tumbes, de fecha 5 de diciembre de 2005.

Medios de prueba ofrecidos por Martha Gudelia Sosa Jiménez.

1. Copia legalizada notarialmente de una constancia expedida por la Sub Gerencia de la Municipalidad Provincial de Tumbes.
2. Copia simple de la carta de fecha 28 de septiembre de 2011.
3. El original de la Carta N° 054-2011-MPT-SG.

El acusado Fernando Morán Lupú no ofreció medios probatorios.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

1. Corresponde al órgano jurisdiccional, valorar los medios probatorios actuados en el juicio oral, valoración que se hace teniendo en cuenta el sistema de la sana crítica racional adoptado por el legislador peruano en el nuevo Código Procesal Penal, basado en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. Este sistema exige al juez explicar fundamentadamente su decisión y, en observancia de lo establecido en el artículo 393 inciso 2 del Código antes citado, la apreciación de los medios probatorios, se realiza primero de manera individual y luego en forma conjunta a fin de garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria compatible con el derecho fundamental de presunción de inocencia que la Constitución Política del Perú y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el gobierno peruano le reconocen a toda persona humana.

Premisa mayor.

2. El funcionario público que indebidamente en forma directa se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será sancionado con pena privativa de libertad e inhabilitación.

Premisa menor.

3. Se imputa a los acusados Pedro Octavio Mejía Reyes, Fernando Morán Lupú, Nicolás Antonio Lojas Gonzales y Martha Gudelia Sosa Jiménez, haberse interesado indebidamente en el Proceso de Adjudicación Directa Pública N° 002-2005-CEP-PVL-MPT-TUMBES "Adquisición de insumos para el programa del

vaso de leche”, mostrando interés en el resultado, ya que al realizar la calificación de propuestas técnicas, admitió la propuesta del postor Segundo Baldomero Gonza Villalta, cuando esta no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos establecidos, tanto, en las bases administrativas como en las bases integradas, para lo cual no observó el método que estaba definido en las bases administrativas. Asimismo, se han adoptado acuerdos con sólo tres de los cinco miembros titulares, transgrediendo la norma de contrataciones al no contar con el quórum correspondiente, no evidenciándose que se haya citado a los miembros titulares para la calificación, evaluación y otorgamiento de la buena pro.

Justificación de la premisa mayor.

4. El artículo 399 del código penal, vigente a la fecha de comisión de los hechos, establecía: *“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”*.
5. El delito de negociación incompatible se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. Se entiende que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos jurídicos es por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública, cuya finalidad es obtener un provecho patrimonial, ya sea personal o para un tercero¹.

Justificación de la premisa menor (Valoración de la prueba actuada).

6. Teniendo en cuenta lo antes indicado será materia de análisis establecer la comisión del delito, así como la responsabilidad penal de los acusados Pedro Octavio Mejía Reyes, Fernando Morán Lupú, Nicolás Antonio Lojas Gonzales y Martha Gudelia Sosa Jiménez, para lo cual previamente deben efectuarse algunas precisiones.
7. Con Resolución Gerencia Municipal N° 006-2005-MPT/GM, de fecha 3 de febrero de 2005, se designó como miembros titulares del comité especial a las personas de Pedro Mejía Reyes en su calidad de presidente, Fernando Morán Lupú,

¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial IUSTITIA. 3era Edición. Junio 2014. Lima – Perú. Pág. 566

Milagros Rosas Hernández, Nicolás Lojas Gonzales y Melva Isabel Aquino Blancas, esta última en su calidad de experto independiente y, se designó como miembros suplentes a Carmen María Rosales de Yacila y Manuel Rolando Gonzaga Cobeñas, comité que tendría a cargo las adjudicaciones directas y adjudicaciones de menor cuantía mayor de 4 UIT para el programa del vaso de leche. Posteriormente, en fecha 2 de diciembre de 2005, se emite la resolución Gerencial N° 475-2005-G.M.-MPT, mediante la cual se deja sin efecto la Resolución Gerencial Municipal N° 006-2005-MPT/GM y, se designa un nuevo comité especial integrado por siete miembros, cinco titulares y dos suplentes, observándose que en este nuevo comité especial se produjo el cambio en cuanto a la experta independiente, siendo designada la hoy acusada Martha Gudelia Sosa Jiménez.

8. Del plan anual de adquisiciones del año 2005, que forma parte de los anexos del informe especial N° 120-2010-CG/ORPI-EE, se observa que la adquisición de insumos para el programa del vaso de leche mediante ADP-2-2005-CEPPVLMPTTUMBES, tenía como fecha tentativa el 1 de junio del indicado año, es decir, se encontraba debidamente programada dentro del plan de adquisiciones para el indicado año.
9. Como se ha precisado anteriormente, el Ministerio Público imputa a los acusados Pedro Octavio Mejía Reyes, Fernando Morán Lupú, Nicolás Antonio Lojas Gonzales y Martha Gudelia Sosa Jiménez, haberse interesado indebidamente en el Proceso de Adjudicación Directa Pública N° 002-2005-CEP-PVL-MPT-TUMBES "Adquisición de Insumos para el Programa del Vaso de Leche", mostrando interés en el resultado, ya que al realizar la calificación de propuestas técnicas, admitió la propuesta del postor Segundo Baldomero Gonza Villalta, cuando esta no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos establecidos, tanto, en las bases administrativas como en las bases integradas, para lo cual no observó el método que estaba definido en las bases administrativas. Asimismo, se han adoptado acuerdos con sólo tres de los cinco miembros titulares, transgrediendo la norma de contrataciones al no contar con el quórum correspondiente, no evidenciándose que se haya citado a los miembros titulares para la calificación, evaluación y otorgamiento de la buena pro.
10. Del informe especial N° 120-2010-CG/ORPI-EE – Examen Especial a la Municipalidad Provincial de Tumbes, se observa que al realizarse dicha acción de control, se advirtió que en el proceso de adjudicación antes referido, se otorgó la buena pro a un postor cuya propuesta no cumplía con los requerimientos

consigna en el certificado de calidad N° 3032A-2005 que presentó en su propuesta técnica la Empresa Distribuidora Cereales del Perú; y si bien, la acusada Martha Gudelia Sosa Jiménez refirió en su declaración que al momento de evaluarse la propuesta técnica se procedió a realizar las conversiones y que en ambos casos reunían los requerimientos, en el acta de adjudicación directa de fecha 5 de diciembre de 2005, no se observa que los miembros del comité especial hayan dejado constancia de dichas conversiones, más aún si en dicha oportunidad se encontraba la experta en nutrición, la hoy acusada Sosa Jiménez.

13. Igualmente es de indicar, que en el informe especial de contraloría, al efectuarse las conversiones de los valores de los nutrientes a porcentajes, en el caso de los carbohidratos, sus valores se encuentran por debajo de los establecidos en las bases integradas, obteniéndose un 55.64%, cuando en las bases integradas se establecía como parámetros del 60.1% hasta 67.99%.
14. De otro lado, de la mencionada acta de adjudicación, no se observa de qué manera los acusados, como integrantes del comité especial, han efectuado la calificación teniendo en cuenta los parámetros establecidos en las bases integradas, ya que no se ha consignado el puntaje asignado en cada rubro, pudiendo establecerse lo siguiente:

Stuka Baldomero Gonza Villalta	Valores en % según Informe Especial	Puntaje que debió asignarse según bases integradas
Proteínas: 19.24	Proteínas: 17.45%	3
Grasas: 13.14	Grasas: 26.82%	2
Carbohidratos: 61.34	Carbohidratos: 55.64%	0
Energía total: 441.00	Energía total: 242.55 Kcal	3

Del cuadro anterior se observa que el puntaje que se debió asignar a la propuesta del postor Baldomero Gonza Villalta era de ocho (08) puntos y no nueve (09), como le otorgó el comité especial, según se observa del acta de adjudicación ya referida.

15. En relación al **grado de aceptabilidad del producto**, en las bases integradas se consideraron como criterios a evaluar como excelente, muy bueno y bueno. Al respecto, del certificado de aceptabilidad N° 5311797, presentado por la empresa Stuka representada por Segundo Baldomero Gonza Villalta, se observa que la tabla de calificación considera criterios como muy mala, mala, regular, buena, y muy buena, estableciéndose en dicho certificado que el grado de aceptabilidad

del producto es muy buena; mientras que en el certificado N° 3032C-2005, presentado por la Empresa Cereales del Perú, se aprecia que los criterios considerados son de regular, buena, muy buena y excelente, estableciéndose en el referido certificado que el grado de aceptabilidad del producto es excelente; de lo que se advierte que los criterios entre una y otra certificación varían, y si bien en este caso, el puntaje otorgado a cada postor es el máximo (10 puntos), los acusados como miembros del comité tampoco han dejado constancia en el acta de adjudicación el criterio adoptado para asignar dicho puntaje.

- 16.** De lo antes expuesto, se llega a establecer que los acusados Pedro Octavio Mejía Reyes, Fernando Morán Lupú, Nicolás Antonio Lojas Gonzales y Martha Gudelia Sosa Jiménez, han demostrado interés en el Proceso de Adjudicación Directa Pública N° 002-2005-CEP-PVL-MPT-TUMBES, al haber otorgado la buena pro al postor Segundo Baldomero Gonza Villalta, representante de la empresa Molinos Stuka, aún cuando el producto ofertado por éste no reunía la totalidad de los requerimientos técnicos establecidos en las bases integradas, interés que se evidenció durante la evaluación de la propuesta técnica ya que no se precisaron los criterios adoptados para llevar a cabo dicha evaluación, más aún cuando el postor que obtuvo la buena pro presentó un certificado de calidad del producto con valores distintos a los establecidos en las bases integradas y sobre el cual se realizaron conversiones, conforme lo señaló la acusada Sosa Jiménez, lo cual restó transparencia a dicho proceso de adjudicación.
- 17.** De otro lado, del documento consistente en Resultados Muestra N° LSA-443-2004-ALM, de fecha 23 de diciembre de 2005, que se adjunta como anexo N° 11 del informe especial de contraloría, se observa que el producto maca, soya azucarada con leche producido por Molinos Stuka, y que fue el producto entregado a la Municipalidad Provincial de Tumbes, luego de otorgada la buena pro, tampoco reunía los requisitos establecidos en las bases integradas, dato periférico que nos permite colegir una vez más que existió interés en el proceso de adjudicación, en este caso, por parte del acusado Morán Lupú, quien, no obstante encontrarse suspendido a la fecha de recepción del producto, ejercía presión sobre la persona de Milagros Rosas Hernández para que recepcione el mismo, no obstante que no estaba conforme a los requerimientos que fueron aprobados y por los que se le otorgó la buena pro a la Empresa Molinos Stuyka, conforme lo señaló en su informe N° 098-2005-PVL-MPT, documento que fue reconocido por la referida Rosas Hernández en audiencia.

Stuka, al haberse otorgado la misma sin que dicha propuesta reúna los requerimientos técnicos establecidos en las bases integradas, lo que se puede inferir de su actuar al momento de realizar la evaluación de propuestas, ya que en el acta de adjudicación no se describen los criterios que adoptaron para hacer las conversiones respectivas, así como los criterios adoptados para la calificación y asignación de puntajes en el rubro de aceptabilidad del producto, considerando que el acusado Morán Lupú ya tenía experiencia en otros procesos de selección al haber sido integrante de un comité especial, conforme se observa de la Resolución de Alcaldía N° 390-2005; y el acusado Lojas Gonzales en su calidad de abogado tiene conocimiento del procedimiento de adjudicación conforme al Texto Único Ordenado de Contrataciones del Estado vigente a la fecha de los hechos, además de apreciarse de dicha acta que el indicado acusado sí dejó constancia respecto de la calificación en cuanto a otros aspectos como la experiencia del postor, lo cual no efectuó en cuanto a la evaluación de la calidad del producto y grado de aceptabilidad.

21. En cuanto a la persona de Manuel Rolando Gonzaga Cobeñas, si bien este refirió que no ha participado en ninguna de las etapas previas al otorgamiento de la buena pro, habiendo participado solamente en la evaluación de la propuesta económica, más no en la evaluación de la propuesta técnica, la cual se realizó el día cinco de enero de 2005, ello no se ajusta a la verdad, ya que del acta de adjudicación de la indicada fecha se ha consignado su presencia en dicho acto, de lo cual ha dejado constancia la notaría pública, de lo que se infiere que también ha tenido participación durante la evaluación de la propuesta técnica, habiendo participado en su admisión, no obstante que no reunía los requisitos establecidos en las bases integradas, ya que del acta no se aprecia que haya efectuado alguna observación al respecto, por lo que se deberá remitir copias al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones respecto a dicha persona.

Juicio de subsunción:

22. De lo expuesto, se llega a establecer que la conducta realizada por los acusados Pedro Octavio Mejía Reyes, Fernando Morán Lupú, Nicolás Antonio Lojas Gonzales y Martha Gudelia Sosa Jiménez, se subsume en el tipo penal previsto en el artículo 399 del Código Penal, vigente a la fecha de la comisión de los hechos, al haberse interesado indebidamente en el Proceso de Adjudicación Directa Pública N° 002-2005-CEP-PVL-MPT-TUMBES "Adquisición de Insumos

para el Programa del Vaso de Leche”, ya que al realizar la calificación de propuestas técnicas, admitió la propuesta del postor Segundo Baldomero Gonza Villalta, cuando esta no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos establecidos en las bases administrativas integradas.

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

- 23.** Establecida la existencia del hecho punible, resulta necesario determinar la consecuencia jurídico penal que le corresponde al sujeto agente por el delito cometido, que se obtiene como resultado de la determinación judicial de la pena, cuya finalidad es identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas, la misma que tiene que ser proporcionada a la conducta realizada y a la lesividad del bien jurídico tal como lo contienen los artículos IV, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal.
- 24.** En el presente caso la pena conminada en la norma penal que le correspondería imponer a los acusados al establecerse su responsabilidad es 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.
- 25.** Para efectos de establecer la pena concreta a imponer, se debe atender a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, así como también se debe considerar la existencia de circunstancias que podrían atenuar o agravar la responsabilidad del agente.
- 26.** De lo actuado en el proceso no se ha acreditado que los acusados cuenten con antecedentes penales, lo que constituye una circunstancia de atenuación que permite imponer una pena dentro del tercio inferior.
- 27.** De otro lado, en cuanto a la ejecución de la pena, resulta pertinente analizar la posibilidad de aplicar una medida alternativa como es la suspensión de la ejecución de la misma, conforme a lo previsto en el artículo 57³ del Código Penal. En tal sentido es de considerar que la pena a imponer no será superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad. De otro lado, no se ha determinado que los acusados tengan la condición de reincidentes o habituales en la comisión de eventos delictivos.

³ El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; 2. que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito; y, 3. que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.

34. En el presente caso, al no presentarse ninguno de los presupuestos establecidos en el artículo 498 del Código Procesal Penal, resulta procedente eximir del pago de costas a los sentenciados.

DECISIÓN.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con los artículos 394 y 398 del Código Procesal Penal, impartiendo Justicia a nombre de la Nación, El Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Tumbes; **FALLA:**

1. **CONDENANDO** a los acusados **PEDRO OCTAVIO MEJÍA REYES, FERNANDO MORÁN LUPÚ, NICOLÁS ANTONIO LOJAS GONZÁLES Y MARTHA GUEDELIA SOSA JIMÉNEZ**, como autores del **DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** en la modalidad de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE CON EL CARGO** en agravio del **Estado** representado por la Municipalidad Provincial de Tumbes, y como tal se les **IMPONE CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD SUSPENDIDA EN SU EJECUCIÓN POR EL PERIODO DE PRUEBA TRES AÑOS**, debiendo cumplir con las siguientes **REGLAS DE CONDUCTA: 1) CONCURRIR CADA TREINTA DÍAS** al Juzgado de Investigación Preparatoria a fin de dar cuenta de sus actividades y firmar el libro de control correspondiente; **2) NO VARIAR DE DOMICILIO** sin previo aviso al juzgado; **3) REPARAR EL DAÑO** ocasionado por el delito mediante el pago de la reparación civil que se fije en sentencia en el plazo de **SEIS MESES**; bajo apercibimiento de aplicarse lo previsto en el inciso 3 del artículo 59 del Código Penal en caso de incumplimiento, esto es, se revoque la pena privativa de la libertad suspendida por pena privativa de la libertad efectiva y se ordene su internamiento en el Establecimiento Penitenciario de Tumbes, previo requerimiento del Ministerio Público.
2. Se **IMPONE PENA DE INHABILITACIÓN** por el **PLAZO DE CUATRO AÑOS**, consistente en la privación de la función, cargo o comisión que ejerzan los condenados, aunque provenga de elección popular; e incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
3. **FIJANDO** la suma de **VEINTE MIL SOLES** que deberán cancelar los sentenciados en forma solidaria por concepto de **REPARACIÓN CIVIL** a favor del Estado agraviado.
4. Sin pago de costas procesales a cargo de los sentenciados.

c) Los honorarios de los abogados de la parte vencedora, y de los peritos oficiales, traductores e intérpretes, en caso no constituyan un órgano del sistema de justicia, así como de los peritos de parte. (...).

5. **CONSENTIDA O EJECUTORIADA** que sea la presente sentencia **REMITASE** los boletines y testimonios de condena al registro correspondiente para su inscripción y se remita copias a la Municipalidad Provincial de Tumbes y Gobierno Regional de Tumbes para que se dé cumplimiento a la pena de inhabilitación impuesta. Asimismo, **REMITASE** copia certificada al Juzgado e Investigación preparatoria para su ejecución.
6. **REMITASE** copias certificadas al representante del Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones respecto de la persona de Manuel Rolando Gonzaga Cobeñas.
7. **REMITASE** copia certificada de la presente sentencia a la Oficina de Coordinación del Sistema Nacional Anticorrupción del Poder Judicial.
8. **NOTIFÍQUESE** a los sujetos procesales como corresponde.

Anexo 04: sentencia de casación N° 231-2017 Puno / Segunda sala penal.



SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 231-2017
PUNO



RECURSO DE CASACIÓN FUNDADO

Sumilla: El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal es uno de peligro concreto y, de acuerdo con el principio de lesividad, su configuración está condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. Debido a ello, no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, sino que serán típicas aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de septiembre de dos mil diecisiete.-

VISTOS: En audiencia pública, los recursos de casación interpuestos por los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, y José Haytara Carreón; contra la sentencia de 26 de octubre de 2016, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmó la sentencia de primera instancia de 11 de julio de 2016, que los condenó por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado; a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad, así como la pena conjunta de inhabilitación por un periodo de tres años; y fijó, en diez mil soles, el monto que por concepto de reparación civil, deberán abonar en forma solidaria a favor de la parte agraviada.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Cevallos Vegas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero.- Formulado el requerimiento acusatorio, de fecha veintiséis de junio de dos mil trece, subsanado en el escrito de fecha treinta de julio de dos mil catorce, el Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de veintidós de julio dos mil quince, dictó auto de enjuiciamiento en contra de los acusados como autores por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública-delitos cometidos por funcionarios públicos, en la forma de corrupción de funcionarios-negociación incompatible, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Melgar, representada por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Puno, habiendo el Ministerio Público solicitado las siguientes penas: Bernardo Natividad Meza Álvarez, cinco años de pena privativa de libertad; José Haytara Carreón, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; José Domingo Choquehuanca Soto, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y Helard Huamán Mamani, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, además de tres años de inhabilitación para los acusados y el pago de diez mil soles por concepto de reparación civil.

Segundo.- A través de la resolución de treinta y uno de agosto de dos mil quince, el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, dispuso la citación a juicio oral, realizándose las sesiones en los meses de marzo, mayo, junio, julio de dos mil dieciséis.

Tercero.- Mediante sentencia de once de julio de dos mil dieciséis, el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, condenó a Bernardo Natividad Meza Álvarez, a cinco años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad

y a José Haytara Carreón, José Domingo Choquehuanca Soto, y Helard Huamán Mamani, a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad efectiva; así como la pena conjunta de tres años de inhabilitación de los acusados y el pago de diez mil soles de forma solidaria por concepto de reparación civil, y reglas de conducta.

Cuarto.- Los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón apelaron dicha sentencia y su recurso fue concedido. En segunda instancia, la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, mediante sentencia de veintiséis de octubre dos mil dieciséis, confirmó la sentencia de primera instancia de once de julio de dos mil dieciséis, en todos sus extremos.

Quinto.- Contra dicho fallo, las defensas técnicas de los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, interpusieron sus respectivos recursos de casación. Mediante resolución de dieciocho de noviembre de dos mil diecisiete, la Sala Penal de Apelaciones- Sede Penal Juliaca, concedió los recursos de casación interpuestos.

Sexto.- Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de fecha doce de abril de dos mil diecisiete, que declaró: **i)** Inadmisibles los recursos de casación interpuestos por los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por las causales 1 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, por inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal (debido proceso y derecho de defensa), así como por la inobservancia de normas procesales y de



y a José Haytara Carreón, José Domingo Choquehuanca Soto, y Helard Huamán Mamani, a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad efectiva; así como la pena conjunta de tres años de inhabilitación de los acusados y el pago de diez mil soles de forma solidaria por concepto de reparación civil, y reglas de conducta.

Cuarto.- Los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón apelaron dicha sentencia y su recurso fue concedido. En segunda instancia, la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, mediante sentencia de veintiséis de octubre dos mil dieciséis, confirmó la sentencia de primera instancia de once de julio de dos mil dieciséis, en todos sus extremos.

Quinto.- Contra dicho fallo, las defensas técnicas de los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, interpusieron sus respectivos recursos de casación. Mediante resolución de dieciocho de noviembre de dos mil diecisiete, la Sala Penal de Apelaciones- Sede Penal Juliaca, concedió los recursos de casación interpuestos.

Sexto.- Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de fecha doce de abril de dos mil diecisiete, que declaró: **i)** Inadmisibles los recursos de casación interpuestos por los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por las causales 1 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, por inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal (debido proceso y derecho de defensa), así como por la inobservancia de normas procesales y de



manifiesta ilogicidad de la motivación. **ii)** Bien concedidos los recursos de casación interpuestos por los sentenciados José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

Séptimo.- Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia con los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día **doce de septiembre de dos mil diecisiete**, a las once de la mañana.

CONSIDERANDO

ASPECTOS GENERALES

Primero.- De conformidad con la Ejecutoria Suprema de doce de abril de dos mil diecisiete –calificación de casación–, obrante en fojas doscientos veintitrés del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, fueron declarados bien concedidos los recursos de casación excepcionales, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; interpuestos por los sentenciados José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, referida a la errónea interpretación de la Ley penal-artículo 399 del Código Penal-delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

1. Imputación Fáctica

Segundo.- El Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Melgar, mediante informe especial N° 004-2011-2-0462-MPM/OCI,



detectó irregularidades en el proceso exonerado de adquisición de semillas de alfalfa, dactilys e inoculante; así, mediante informe de 04 de mayo de 2010, Walter Colque Agramonte, director encargado de desarrollo agropecuario del área usuaria, habría remitido las cantidades y especificaciones técnicas a la Gerencia Municipal para la formulación del expediente de contratación de Proyecto de Inversión Pública, fortalecimiento de la asistencia técnica a productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar, indicó las cantidades y especificaciones técnicas; sin embargo, este no fue incorporado al proceso de selección para la compra de los productos señalados, se transgredió el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala que el expediente de contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria, que debe contener las características de lo que se va a contratar, estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, disponibilidad presupuestaria y el tipo de proceso de selección.

El 12 de noviembre de 2010, el acusado Helard Huamán Mamani, presidente del Comité Especial del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 028-2010, en la segunda convocatoria derivado del proceso de la Licitación Pública 02-2010, emitió un informe dirigido al Alcalde de la Municipalidad Meza Álvarez; indicando que los postores no cumplieron con las especificaciones técnicas mínimas requeridas en las bases, por lo que el comité llegó al acuerdo unánime de declararlo desierto, solicitando al jefe del pliego la cancelación definitiva del proceso de selección, agudizándose más el proceso de adquisición de las semillas, en el que el comité especial incluyó requisitos técnicos adicionales de los insumos, sin consentimiento del área usuaria.

El 23 de noviembre de 2010, Efraín Zapana Apaza, asistente de abastecimiento, remitió a Helard Huamán Mamani, jefe de abastecimiento, las cotizaciones realizadas el 15 de noviembre de 2010,



para la elaboración del expediente de contratación, a la empresa Agro veterinaria el Altiplano de la ciudad de Ayaviri, Alabama S.A. y la empresa Favetza S.A.C por un valor referencial de S/1,517, 592.00 soles; cabe preciar que la empresa Agro veterinaria el Altiplano, ofreció los precios más bajos de alfalfa e inoculante, a pesar que no consignaba actividades de comercio exterior importador o exportador, como sí lo hacían las empresas Favetza S.A.C. y Alabama S.A. y a quienes se requirió la cotización vía oficio, resaltándose que esta última cotizó los precios más altos.

Con memorando de 24 de noviembre de 2010 el alcalde de la Municipalidad comunicó al economista Helard Huamán Mamani, la aprobación del expediente de contratación, mediante Decreto de Urgencia 78-2009, el mismo que no resultaba ser aplicable porque contemplaba la adquisición de bienes hasta por el monto de S/550,000.00 y valor referencial de la adquisición de la semilla de alfalfa, dactylis e inoculante por el monto de S/1, 592,000.00 soles. El 3 de diciembre de 2010 se realizó la sesión de concejo municipal extraordinario, en el que no se tomó en cuenta que la situación de desabastecimiento inminente sólo puede ser en forma parcial para resolver el periodo corto de desabastecimiento y luego se proceda con los procesos normales que corresponden de acuerdo a ley.

El exalcalde Bernardo Natividad Meza Álvarez, a través de la resolución de alcaldía 766-2010 de 06 de diciembre de 2010, resolvió aprobar la exoneración del proceso para la adquisición de los insumos, dispuso la adquisición de semilla alfalfa mediante un proceso exonerado, y se resolvió designar al comité especial para llevar a cabo la exoneración del proceso, este fue integrado por el economista Helard Huamán Mamani (presidente), José Haytara Carreón (primer miembro titular) y el ingeniero José Domingo Choquehuanca Soto (segundo miembro titular). A pesar que los artículos 21 y 22 del Decreto Legislativo 1017 y el artículo 129 y 133, 134 del Decreto Supremo 184-2008, establecían que el proceso debía ser

convocado en forma regular; sin embargo, se llevó a cabo a sabiendas de que tal modalidad era irregular.

En conclusión, se atribuye a Bernardo Natividad Meza Álvarez, haberse interesado directa e indebidamente en violación del principio de imparcialidad, en el proceso de exoneración número 001-2010 MPA, en su condición de alcalde y presidente del Concejo Municipal de la provincia de Melgar que presidía del 2007 al 2010 por haber emitido la resolución de alcaldía de 6 de diciembre de 2010 aprobando el proceso exonerado y autorizar a la unidad de abastecimiento la preparación del expediente de contratación mediante un comité especial, para la adquisición de la semilla de alfalfa, dactylis e inoculante para los proyectos de fortalecimiento de la asistencia técnica de productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar e instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades, pese a que no procedía la exoneración por desabastecimiento.

Se imputó a los investigados Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón y José Domingo Choquehuanca Soto, ex miembros del comité especial, haberse interesado directa e indebidamente, en violación al principio de imparcialidad en el proceso exonerado 001-2010-MPM-A en provecho de la Empresa Alabama S.A. al haber suscrito el acta de apertura de sobre-proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A (primera convocatoria) de 14 de diciembre de 2010, otorgándole la buena pro para la adquisición de semillas de alfalfa, dactylis e inoculante para los proyectos antes referidos, vía proceso de exoneración, pese a que de acuerdo con el informe técnico 185-2010-DDAE-MPM, anteriormente, se convocó el proceso de adquisición hasta en cuatro oportunidades hecho que desvanece la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible que exige el primer párrafo del artículo 22 de la Ley de Contrataciones del Estado para considerar desabastecimiento y el primer párrafo del artículo 129 del Reglamento del Decreto Legislativo 1017.



2. Fundamentos de la sentencia de primera instancia

Tercero.- El Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, condenó a los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, señalando lo siguiente: **i)** Se encuentra acreditado que Bernardo Meza Álvarez era alcalde de la Municipalidad de Melgar el año dos mil diez, mientras que Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, funcionarios de la citada Municipalidad. **ii)** El Comité Especial impuso requisitos técnicos adicionales en las bases, sin el consentimiento del área usuaria, transgrediéndose el artículo cuarenta y uno del Reglamento de Ley de Contrataciones que establece que cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria. **iii)** En los cinco procesos de selección que se llevaron a cabo, deliberadamente, se mantuvo la modificación irregular de las bases a pesar de las observaciones de los postores, provocando el retraso premeditado, conduciendo la adquisición vía proceso exonerado, para ello, prepararon un nuevo expediente de contratación, incluyendo los requerimientos adicionales. **iv)** A pesar de no existir documento formal alguno para la adquisición adicional de semilla de alfalfa, *dactylis* e inoculante para el distrito de Santa Rosa, dio opinión favorable sobre la disponibilidad presupuestal. **v)** La OCI (Oficina de Control Institucional) cuestionó que el Comité en tiempo récord (el mismo día de instalado el comité especial), solicitó al Gerente Municipal, la elevación y aprobación de las bases del proceso exonerado, cuando habitualmente es solicitado al titular del pliego (alcalde). **vi)** La OCI determinó que existió un perjuicio económico hasta por el importe de doscientos catorce mil doscientos cuarenta y seis soles con veinte céntimos. **vii)** No se dio la situación de desabastecimiento toda vez que no podía existir este en el mercado de los insumos, sino que los acusados pedían requisitos que no podían cumplir los

proveedores como que la semilla sea del año. **viii)** No era necesario nombrar un comité para el proceso de exoneración, debido a que tratándose de este tipo de proceso bastaba que el titular del pliego designe a una empresa para que provea los insumos. **xi)** El día catorce de diciembre de dos mil diez, se generó la orden de compra, sin embargo, los documentos demostraron que el consentimiento de la buena pro, fue publicado en el SEACE el diecisiete de diciembre de dos mil diez, además, no se había firmado aun el contrato entre la entidad y el proveedor lo que demuestra el interés de favorecer a la empresa. **x)** Los acusados en su condición de funcionarios se interesaron para favorecer a la empresa ALABAMA S.A., al considerar especificaciones técnicas no requeridas por el área usuaria.

3. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

Cuarto.- La sentencia de vista emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román, confirmó la sentencia de primera instancia, señalando los siguientes fundamentos: **i)** Respecto al delito de negociación incompatible, basta que el funcionario público se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que este se entienda consumado. Interesarse indebidamente conlleva a la gestión de actos que no corresponden con el rol de un funcionario público. **ii)** En el caso del procesado Helard Huamán Mamani, quien era presidente del comité especial del proceso de exoneración, se interesó directa e indebidamente, al haber suscrito el acta de apertura de sobre proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A, dándole la buena pro a la empresa ALABAMA, que habría cotizado los precios más altos para la adquisición de semillas, y se convocó hasta en cuatro oportunidades lo que desvanece la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, además, si bien negó que haya existido modificación a las bases, tampoco se acreditó que no haya existido, el

procesado tenía conocimiento que por la cuantía de los bienes a adquirirse no procedía a realizar exoneración sino un proceso de licitación, tenía pleno conocimiento que no se presentó la situación de desabastecimiento inminente y extraordinaria, en conclusión demostró interés indebido en el proceso de exoneración, incumplió su deber de imparcialidad al otorgar la buena pro a una empresa que incumplió con las especificaciones requeridas. **iii)** Respecto al impugnante José Domingo Choquehuanca Soto, debe precisarse que al haber sido contratado como asesor externo de la Municipalidad Provincial de Melgar tenía un vínculo laboral con dicha entidad, fue elegido por el Alcalde como segundo miembro del comité especial para el proceso de exoneración, tenía poder de decisión, no le es aplicable el principio de prohibición de regreso, tenía conocimiento que el proceso no se encontraba permitido, sabía que la empresa ALABAMA S.A., fue postora en anteriores procesos de licitación pero no se otorgó la buena pro al no cumplir con las especificaciones técnicas, sin embargo, la invitaron para que participe en el proceso exonerado, ello corrobora su interés de favorecer a la empresa citada. **iv)** En cuanto al procesado José Haytara Carreón, primer miembro del comité especial, tuvo participación en el segundo y tercer proceso de licitación no ejecutados, la defensa señaló que la imputación no fue clara, concreta y precisa sino genérica, no definiéndose su grado de participación, sobre ello, debe precisarse que la imputación fue en calidad de autor directo, no existiendo ningún tipo de vulneración, además, al igual que los miembros del proceso, se interesó de manera directa e indebidamente, en otorgarle la buena pro a la empresa. **v)** Los sentenciados tienen la calidad de funcionarios públicos con competencia directa sobre el proceso exonerado, se interesaron de forma directa e indebida violando el principio de imparcialidad, favoreciendo a la empresa ALABAMA S.A.

Contrataciones del Estado y su reglamento, el que debe ser interpretado. En el proceso de exoneración, el imputado Huamán Mamani ha participado como Presidente en el Comité Especial del Proceso de exoneración N.º 001-2010-MPM-A, designado mediante Resolución de Alcaldía N.º 767-2010-MPM/A, actuó conforme con sus competencias según lo establecido en el artículo 24 de la Ley de Contrataciones del Estado. **iii)** Debe interpretarse el apartado a) del inciso 2 del artículo 422 del Código Procesal Penal, determinando los criterios de admisión de prueba nueva, en el procedimiento de apelación de sentencias, a la luz de los derechos fundamentales de defensa eficaz y prueba.

Recurso de casación del sentenciado José Haytara Carreón

Séptimo.- El impugnante alega lo siguiente: **i)** Se afectó su derecho de defensa y al debido proceso, en tanto que, se le atribuyó la condición de autor directo del delito, de manera genérica, cuando el artículo 23 del Código Penal, señala las categorías de autor mediato, inmediato y coautoría. En este sentido, es necesario desarrollar si en las etapas del proceso penal se puede considerar a un imputado la calidad de autor de manera genérica, sin precisar si es mediato, inmediato o coautor, y si en el delito de negociación incompatible y tratándose de varios imputados quienes se han repartido roles, debería imputárseles como coautores. **ii)** Debe desarrollarse doctrina jurisprudencial en cuanto al delito de negociación incompatible, por cuanto existen vacíos en su interpretación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Sobre errónea interpretación de la Ley

Octavo.- El recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efectos de



asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistémica con el ordenamiento jurídico.

Noveno.- Como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, el aspecto sobre el cual este Supremo Tribunal debe efectuar precisiones a fin de resolver el recurso de casación interpuesto, es si en el presente caso se ha realizado una interpretación errónea del artículo 399 del Código Penal-delito de negociación incompatible; concretamente sobre: **i)** Los elementos normativos del tipo de negociación incompatible: "interesarse" y "provecho propio o de tercero". **ii)** La relación funcional del funcionario o servidor público con el contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo.

2. El delito de negociación incompatible

Décimo.- El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, está ubicado en la sección IV del Código Penal - Delito de corrupción de funcionarios, por lo que se constituye en una modalidad de corrupción, lo que significa que la conducta del agente debe poseer dicha orientación, por ello, se descarta, *prima facie*, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa¹.

Décimo primero.- El artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, lo regula del siguiente modo: "*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 [...]*".

¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta Edición. Idemsa, Lima, 2007, p. 817.



Décimo octavo.- El Código Penal, establece tres formas en que se manifiesta el interés indebido: **a)** Directamente, que significa que el sujeto activo, exteriorice su interés mediante conductas activas, actos externos y objetivos. **b)** Indirectamente, se produce cuando el sujeto activo, realiza su conducta a través de otras personas o intermediarios⁹. **c)** Por acto simulado, en este supuesto el agente, aparenta que su accionar es imparcial y en pro de la Administración Pública, cuando no es así realmente.

5. Vinculación funcional del agente con el contrato u operación

Décimo noveno.- La regulación de la norma exige como requisito típico el estatus formal de funcionario o servidor público, y que la actuación realizada deba estar en razón al ejercicio de su cargo, ello implica una relación específica vinculada al ámbito de su competencia funcional, el agente actúa en función a las prerrogativas de su cargo. De ahí que su intervención en los contratos que realice el Estado siempre los realiza por imperio de la Ley.

Vigésimo.- En ese sentido, la Corte Suprema, en diversos pronunciamientos ha establecido que dicha relación funcional, debe ser entendida no solo cuando el funcionario tenga esta condición, sino que: "es necesario que cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones, es decir, posea el poder para participar en ellos"¹⁰, también se define como "aquel funcionario que tiene legítimamente a su cargo el contrato u operación".

⁹ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria, recurso de nulidad número dos mil seiscientos cuarenta y uno-dos mil once, de diez de agosto de dos mil doce.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, recurso de nulidad número doscientos cincuenta y tres-dos mil doce, de trece de febrero de dos mil trece.



Vigésimo primero.- En consecuencia, el agente activo debe ser un funcionario con competencia para intervenir en los contratos u operaciones estatales, ello, por cuanto, solo es posible que se interese indebidamente, en provecho propio o de tercero, si es que se encuentra dentro de su ámbito funcional, las decisiones que materializarán su interés indebido, que recaerá en su propio provecho o de otro.

6. Sobre el caso concreto materia del presente recurso de casación

Vigésimo segundo.- La Sala Penal de Apelaciones condenó a los recurrentes Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, como autores del delito de negociación incompatible, imputando que se interesaron directa e indebidamente vulnerando el principio de imparcialidad en el proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A, en provecho de la empresa Alabama S.A. Cabe señalar que los impugnantes actuaron como funcionarios públicos de la Municipalidad de Melgar, miembros del comité de adjudicación del proceso de exoneración, en cumplimiento de la orden emanada mediante Resolución de Alcaldía N.º 767-2010-MPM-A, del exalcalde de la Municipalidad de Ayaviri – Melgar, Bernardo Natividad Meza, quien los designó, por lo que la actuación se circunscribió en ese ámbito. La sentencia de segunda instancia, indicó que: *"interesarse indebidamente", conlleva a la gestión de actos que no se corresponden con el rol del funcionario, quien muestra preocupación por un interés privado*"; ello no es correcto, pues este Tribunal aclaró, que siempre el interés se manifestará dentro del ámbito funcional, y por ende, del rol del sujeto activo, la Sala confunde "rol" e "interés en la función pública".

Vigésimo tercero.- Tanto la imputación como la sentencia materia de grado dan cuenta de las presuntas irregularidades en las que habrían incurrido los encausados, por lo que, para demostrar el "interés indebido",



Huamán Mamani y José Haytara Carreón, se interesaron indebidamente y directamente en provecho de la empresa Alabama S.A., incurriendo en la comisión del ilícito de negociación incompatible.

Trigésimo segundo.- Al respecto, como se ha establecido en los considerandos décimo tercero y décimo cuarto, el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto, que implica la idoneidad de la conducta del sujeto activo para poner en riesgo a la Municipalidad, lo que en el caso concreto no se ha determinado, en consecuencia, debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta; por lo que corresponde extender los efectos de la decisión de este recurso de casación al citado procesado Meza Álvarez.

Trigésimo tercero.- Finalmente, dicho ilícito penal tipifica que el interés debe ser en provecho propio o de tercero, este último se habría configurado según la Fiscalía, no obstante, en el expediente no obra indicio que acredite de forma indubitable que el actuar de los agentes se habría realizado para obtener un provecho en tanto que, como se aprecia, la empresa Alabama S.A., cumplió finalmente, con la adquisición de semillas. Por lo que, el tipo penal no debe considerarse realizado si del comportamiento no se dieron las circunstancias propias para poner en peligro la administración pública.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **POR MAYORÍA** declararon: **I. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la Ley Penal; artículo



trecientos noventa y nueve del Código Penal - delito de negociación incompatible; en consecuencia **CASARON** la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 26 de octubre de 2016, que confirmó la de primera instancia de 11 de julio de 2016, que los condenó por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado; a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad, así como la pena conjunta de inhabilitación por un periodo de tres años; y diez mil soles, como monto por concepto de reparación civil, que deberán abonar en forma solidaria a favor de la parte agraviada.

II. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 11 de julio de 2016, y reformándola: absolviéron a José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado.

III. **EXTENDIERON** la fundabilidad de la presente decisión en todos sus extremos, respecto al procesado Bernardo Natividad Meza Álvarez, de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal; en consecuencia, **CASARON** la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 26 de octubre de 2016, que confirmó la de primera instancia de 11 de julio de 2016, que lo condenó por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado; a cinco años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la

Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 11 de julio de 2016, y reformándola; absolvieron a Bernardo Natividad Meza Álvarez, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado.

IV. ORDENARON la inmediata libertad de los citados encausados siempre y cuando no subsistan contra ellos, orden de detención emanada de autoridad competente. **Oficiándose** para tal efecto vía Fax a la Sala Penal Superior respectiva.

V. MANDARON la anulación de los antecedentes judiciales y policiales que se hubieren generado en contra de los citados encausados, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso.

VI. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

VII. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas por licencia de la señora Jueza Suprema Pacheco Huancas.

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

CV/Ric