



— Universidad —
Inca Garcilaso de la Vega

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

**DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, CASO EX
GOBERNADOR REGIONAL DE AYACUCHO, WILFREDO
OSCORIMA NUÑEZ**

**PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

CARHUAPOMA YANCE MARIO

ASESOR

DR. HURTADO NIÑO DE GUZMAN EDINSON

Lima - Perú

2020

DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, CASO EX GOBERNADOR REGIONAL DE AYACUCHO, WILFREDO OSCORIMA NUÑEZ

INFORME DE ORIGINALIDAD

26%

INDICE DE SIMILITUD

23%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

13%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

repositorio.uigv.edu.pe

Fuente de Internet

11%

2

bonifacioabogados.com

Fuente de Internet

3%

3

Submitted to Universidad Continental

Trabajo del estudiante

2%

4

dialnet.unirioja.es

Fuente de Internet

2%

5

dspace.unitru.edu.pe

Fuente de Internet

2%

6

unlugarjuridico.blogspot.com

Fuente de Internet

1%

7

idehpucp.pucp.edu.pe

Fuente de Internet

1%

8

gredos.usal.es

Fuente de Internet

1%

DEDICATORIA:

A mis padres, con gratitud y **AMOR**: Teófila y Rómulo.

Para quienes motivan mi permanente desarrollo humano,
con inmensurable **AMOR**: mis **HIJOS**.

AGRADECIMIENTO:

Al Dr. Amado Enco Tirado, Procurador Público, especializado en delitos de corrupción, por su colaboración y apoyo en el desarrollo del presente trabajo.

Al pueblo de Ayacucho, tierra de hombres y mujeres con alta sensibilidad humana y con principios irrenunciables de justicia. Con profundo cariño para mi región de Ayacucho.

INDICE

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO	
1.1 Antecedentes legislativos. Fuentes normativas	7
1.2 Marco legal	9
1.3 Análisis doctrinario de figuras jurídicas presentes en el expediente y afines nacional y/o extranjero	17
CAPÍTULO II. CASO PRÁCTICO	
2.1 Planteamiento del caso	23
2.2 Síntesis del caso	29
2.3 Análisis y opinión crítica del caso	31
CAPÍTULO III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	
3.1 Jurisprudencia nacional	36
3.2 Jurisprudencia extranjera	41
CONCLUSIONES	44
RECOMENDACIONES DEL CASO	45
REFERENCIAS	46
ANEXOS	50

RESUMEN

El presente trabajo consiste en analizar la ejecutoria del expediente Nro. 2603-2014-96-1401-JR-PE-03, delito de negociación incompatible, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Ayacucho, ocasionado por Don Wilfredo Ocorima Nuñez, ex gobernador regional. El objetivo fue analizar las motivaciones de la Corte Suprema de Justicia, del porqué consideró nula las sentencias condenatorias dadas en Primera y Segunda Instancia, a raíz del Recurso de Casación N° 23 – 2016, a pesar de haberse demostrado con suficientes pruebas indiciarias que acreditan la comisión de dicho delito. Wilfredo Ocorima Nuñez obtiene la libertad por el Tribunal Supremo, basándose en dos argumentos: **a)** Que sí existía una situación de emergencia del sistema vial de Ayacucho y ello justificaba el procedimiento de contratación exonerado; y, **b)** El gobernador actuó bajo el principio de confianza. Podemos colegir que no es aplicable el Principio de Confianza en este caso, porque el Superior Jerárquico, Gobernador, tenía conocimiento de la realización del comportamiento antijurídico del Proyecto de Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Servicio de Equipo Mecánico, por el monto de S/. 20, 000 000.00 soles; además, las políticas respecto al manejo de riesgos, producto de las lluvias estacionales eran previsibles y no correspondían a una situación de emergencia. Por ello, la Fiscalía imputó que la aplicación de la *simulación de una situación de emergencia*, no tenía sustento objetivo para que se convoque irregularmente al proceso de Exoneración.

Palabras Clave: Negociación incompatible, Corrupción de funcionarios, Delitos contra administración pública, Principio de Confianza, Contratación exonerado, Gobierno Regional de Ayacucho.

INTRODUCCIÓN

La corrupción de funcionarios es uno de los males pandémicos del mundo. Afecta el futuro, las oportunidades y la calidad de vida de millones de personas. Atenta contra los derechos fundamentales, como a la seguridad alimentaria, acceso universal a la salud, y a gozar de una educación integral de calidad. Las cifras económicas de la corrupción en el Perú superan los 17 mil millones de soles al año, significa más del 10% del presupuesto público anual. Lamentablemente, viene desde muchísimos años de nuestra civilización, en gran medida porque existe impunidad respecto a este delito. La administración de justicia frente a la corrupción es ineficiente, tolerante y hasta a veces subalterna, motivada por sentencias contradictorias en las diversas instancias judiciales, principalmente en la Corte Suprema de Justicia de la República Peruana (Soto *et al.*, 2017).

Existen diversos delitos de corrupción de funcionarios, están tipificados en el Título XVIII del Código Penal Peruano, Delitos contra la Administración Pública, destacando la de negociación incompatible, artículo 399 (Schönbohm, 2014).

El delito de *negociación incompatible*, llamado también *aprovechamiento indebido de cargo* en agravio del Estado, como en el caso de gobiernos regionales, reporta pocos estudios. Como parte de la práctica procesal se constata que las investigaciones se inician como los delitos de colusión y casi de una manera subsidiaria se realizan las investigaciones por el delito de negociación incompatible, ya que acreditarlos con medios probatorios contundentes y objetivos es más complejo (Castillo *et al.*, 2019).

Dentro de este contexto el Código Penal peruano, establece que el delito de negociación incompatible y su respectiva tipificación ocurre cuando el funcionario se *interesa indebidamente*, de forma directa, indirecta o por acto simulado, en un contrato u operación aprovechándose de su cargo, para beneficio propio o de terceros (Marroú *et al.* 2018; Peña *et al.*, 2019).

En la administración de justicia, los Fiscales y Jueces tienen muchos problemas al momento de acreditar a través de pruebas el delito de negociación incompatible. Razón a ello, las autoridades emplean la **prueba indiciaria**, como mecanismo de

acreditación probatoria la existencia de un posible “*interés indebido*”, en el proceso penal (Marroú *et al.*, 2018).

En este tipo de procesos, a veces sólo se pretende sancionar a los autores directos e indirectos de la defraudación en perjuicio del Estado, mas no existe de manera clara y contundente la sanción a los agentes activos del delito que también son los *privados o particulares*, ya que éstos la propician de diversas maneras el proceso de “*interés indebido*” (Rojas, 2017).

El presente trabajo tiene por objetivo, analizar la Ejecutoria del expediente Nro. 2603-2014-96-1401-JR-PE-03, delito de negociación incompatible, caso ex gobernador regional de Ayacucho, Wilfredo Ocorima Nuñez, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Ayacucho. Asimismo, se analiza y explica las circunstancias en las que la Corte Suprema de Justicia, ha considerado nula las sentencias condenatorias dadas en Primera y Segunda Instancia, debido un Recurso de Casación N° 23 – 2016, a pesar de haberse demostrado con suficientes pruebas indiciarias que acreditan la comisión de dicho delito de negociación incompatible.

CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes legislativos. Fuentes normativas

Sancinetti (1986, p.882), dice: “[...]en su raíz hispánica, este delito nació confundido entre los delitos de fraude y exacciones ilegales, como se sigue llamando el capítulo pertinente del Código Penal Español vigente”.

Castillo Alva (2015, pp. 13-14), acota que: “En el derecho latinoamericano y español sostiene que el delito de negociación incompatible no tiene utilidad práctica, tanto desde el punto de vista preventivo general como desde la perspectiva preventivo especial, puesto que no se recuerda o reconoce el juzgamiento o sentencia en un caso relevante; situación que no ocurre en el Perú, donde el Ministerio Público investiga y lleva diversos casos de negociación incompatible”.

De acuerdo a la fuente directa de la “negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo”, se encuentra como antecedente legislativo en el artículo 345° del Código Penal derogado de 1924 y el artículo 201° del Código Penal de 1863. En estos textos los hechos punitivos tienen casi idéntica redacción, diferenciándose solo en la penalidad.

Según el Código Penal de 1991, en su artículo 397°, tipifica como aprovechamiento indebido de cargo:

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado, se interesa por cualquier contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cinco años”.

Tiene mucha relación con la colusión defraudatoria, según el artículo 384° del Código Penal, evidenciando una diferencia con la negociación incompatible que no requiere la concertación entre las partes (Vargas, 2001).

Tomando en cuenta la **doctrina**, a este hecho punible también se le conoce como **gestión desleal, infidelidad de funcionario o interés particular en acto de oficio**.

El delito de negociación incompatible, según el texto original del Código Penal, se ubicaba regulado en el artículo 397; sin embargo, con la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004, modificó el texto punitivo, reubicándolo al artículo 399, incrementando la penalidad para esta conducta de corrupción (Castillo, 2008).

*“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 la 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**”.*

Posteriormente, con la modificación de la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013, este tipo penal asume el siguiente texto:

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

Reátegui (2017, 908-909), nos aclara que técnicamente corresponde a un **“aprovechamiento indebido del cargo”** y no delito de **“negociación incompatible”**, entendiéndose que este último necesitaría que haya desde el inicio un proceso de **negociación** entre las partes (funcionario público y la persona que interviene en el contrato u operación). Todo esto estaría configurando la existencia de un indebido aprovechamiento del cargo por parte del funcionario público, concretándose el interés directo o indirecto para fines personales o de terceros.

La evolución típica de este delito mantiene casi la misma estructura fáctica, solo se ha modificado en la consecuencia jurídica. Actualmente la pena por este delito es de cuatro años de pena privativa de libertad y que la pena máxima es de seis años. Viéndose que las reformas dadas presentan el objetivo para que el juez penal aplique como medida cautelar, la prisión preventiva en todos los casos, también se podrá aplicar pena efectiva, puesto que el marco penal supera los cuatros años de pena privativa de libertad. Antes de la reforma legal del 2004, este delito era una modalidad de cohecho, que no resultaba pertinente puesto que se presupone una **“contraprestación”** en tanto que la negociación incompatible no debería exigirla (Vega, 2017).

1.2. Marco legal

El marco legal de la corrupción activa de funcionario, está actualizado en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en la que podemos leer lo siguiente (http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp):

Artículo 399.- *El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*

Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años. ()*

(*) Artículo modificado por el [Artículo 1 de la Ley N° 28355](#), publicada el 06 octubre 2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo.

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

(*) Artículo modificado por el [Artículo Único de la Ley N° 30111](#), publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

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

Tipicidad Objetiva

La figura del delito de negociación incompatible, ocurre fácticamente cuando el funcionario o servidor público, muestra **interés** de manera particular, directa, indirecta o por actos simulados, por contrato u operación que realiza con

particulares, en representación del Estado. Entendiéndose que la intervención del funcionario o servidor público, se da en la concurrencia de los actos jurídicos en representación de su cargo. Estas conductas ilícitas podrían favorecer al funcionario o a terceros para un provecho patrimonial o de otra índole.

Dichas conductas antijurídicas, también estarían *violando el principio de imparcialidad* en un proceso de contrato con el estado, siendo favorecido un tercero por muestras de interés del funcionario. O el particular estaría corrompiendo al funcionario público, como los casos de Odebrecht o Lava Jato, o los famosos “diezmos” en las obras públicas.

Según el Código Penal

Con la reforma legal del 2004, a través de la Ley N° 28355, este delito se consignó dentro de los “*Delitos de corrupción de funcionarios*” (Sección IV, Código Penal).

Según la Convención Interamericana contra la Corrupción en el mundo, en su artículo VI. 1., define los actos de corrupción:

“[...] c: La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”.

El interés

Castillo (2008), dice que un interés es sacar provecho, buscar una utilidad o ganancia o dar parte a uno en un negocio o comercio en el que puede lograr un beneficio entre las partes concurrentes. En este acto indebido, toma parte el funcionario en los negocios o intereses ajenos, como si fueran propios. El interés ya no es para un bien público, bajo el respeto del principio de imparcialidad, sino es de manera particular, en esta pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, favorece y patrocina objetivos que no son los de la administración pública. No hay necesidad de que el acto ocurra de manera efectiva y real, como parte de la contratación u operación, sino que se evidencia indebidamente como parte del proceso. *Por eso, resulta suficiente que el funcionario se interese indebidamente en los actos de la administración para que*

se consume el delito.

El interés tiene que ser indebido para ser un acto punitivo, estar opuesto al ordenamiento jurídico, solo así se configura el delito de negociación incompatible. Lo señalado por Reátegui, con respecto al significado de la palabra “**indebido**”, ha sido refrendado por la Ley N° 27074, del 26 de Marzo de 1999, indicando como objetivo la de “**limitar**” las conductas de los funcionarios y servidores públicos que siendo interesados por los hechos tipificados como delitos. Además, dice que el interés “*indebido*” se configura como delito de negociación incompatible, en contraposición al artículo 20, inciso 8 del Código Penal, indicando los eximentes o atenuantes, cuando “*El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*”.

Este proceso podría configurarse de acuerdo al siguiente texto: “*el **interés estatal** se puede presentar en la etapa de convocatoria, en la etapa de evaluación de propuestas, en la etapa de otorgamiento de la buena pro o en la etapa de la contratación*” (Castillo, 2016).

Según Montoya (2015, p. 133), enfatiza que el **interés** del funcionario no debe ser particular, al contrario, debe buscar intereses públicos en beneficio del Estado. El interés del funcionario y del servidor público en una contratación pública, siempre debe girar en beneficio del Estado.

La conducta manifiesta del interés indebido se configura bajo dos evidencias:

- 1) Abuso del cargo por parte del Funcionario o Superior Jerárquico
- 2) Actuación del Funcionario interesado

Hay dos modalidades típicas del *interés*:

1. *De manera directa*, ocurre si el funcionario público, evidencia interés, promoviendo actos externos y reales, en cualquiera de las etapas del proceso de contratación con el Estado. Es indirecta, si se vale de intermediarios para beneficiarse o beneficiar a un tercero. No hay la necesidad de que el tercero culmine con el beneficio fáctico (Castillo, 2016).

El interés indebido ocurre por *acto simulado*, cuando el funcionario aparenta una determinada realidad o exagera la situación real, para usar como justificación un procedimiento de contratación exonerado, como es el caso del ex gobernador Wilfredo Ocorima.

2. *En razón a su cargo*, tiene la autoría del delito de negociación incompatible, solo aquel funcionario que se interesa en el procedimiento de contratación u operación en razón al cargo que ostenta. El funcionario por la responsabilidad de su cargo, goza de facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones (Castillo, 2016).

Podemos colegir, que hay dos tipos de interés: el particular (beneficio personal) y el general (beneficio estatal).

Por lo tanto, en la administración pública el interés es general y de bien común, se debe garantizar que en los procesos contractuales con el Estado, concurren intenciones fácticas correctas y eficientes.

El interés particular en nombre del Estado, es indebido y se contrapone con el interés general, si el funcionario evidencia interés para provecho propio o de terceros.

La única excepción de que el funcionario público debe mostrar interés y muy fuerte, es para proteger los intereses de la administración pública y los patrimonios estatales. Por lo tanto, es necesariamente que todo funcionario que, debido a su cargo y sus deberes, debe participar informándose de los procedimientos en base al principio de confianza, eso evidencia un interés general, velando las garantías de pleno cumplimiento de las normas y los términos legales en provecho del bien común (Reátegui, 2017).

Asimismo, Reátegui sigue aclarando que, para que ocurra la negociación incompatible, debe ocurrir conflictos incompatibles con el actuar del funcionario público, mostrando interés de negociación indebida. El negocio irregular no se

castiga sino la *incompatibilidad con la función* para la cual fue designada o elegida. El funcionario público, cumple una función representativa y administrativa del Estado; pero, si motiva su interés en la función de beneficio personal o para terceros, se configura la función incompatible.

Descripción típica del delito y los elementos que lo conforman

La doctrina caracteriza tres elementos objetivos que conforman la descripción de la negociación incompatible (Chanjan, 2014, p. 186):

- i. *La existencia de un interés indebido*** (directo, indirecto o simulado) del funcionario público, en provecho propio o de un tercero. Es el sujeto activo que ocasiona el acto doloso.
- ii. *La presencia de un contexto*** de contratación pública (contratos y operaciones).
- iii. *La intervención del funcionario***, por razón de su cargo.

Según Enríquez (2016, p. 80), nos aclara que el interés indebido debe ser ilegal. Este interés ilegal puede evidenciarse en cualquier etapa del proceso de contratación pública. No necesariamente debe existir un resultado económico o patrimonial de los activos para configurar el delito, ya que el interés particular o personal del funcionario puede expresarse con varias conductas.

Según Díaz (2016), el interés indebido no tiene una definición exacta, tampoco tiene un criterio de interpretación única.

Para Guimaray (2012), la conducta penal o criminal ocurre cuando el agente lleva a cabo un interés que nace debido a su posición, que puede interpretarse de dos maneras: **i)** A través del abuso de su posición o cargo, que se hace viable con el desconocimiento de las funciones de sus subordinados o asumir competencias que no les corresponden o imponer sus criterios u opiniones en decisiones que tienen que ver con la participación del Estado en el proceso de contratación u otra operación comercial; **ii)** Que la frase *“en razón de su cargo”* también cubre los pasos que el funcionario público puede realizar, sin tener la competencia actual en la contratación u operación respectiva, para hacer posibles los contratos públicos de interés.

Sujeto activo

El funcionario o servidor público responsable de llevar a cabo la celebración de un contrato o la realización de operaciones cuestionadas en representación del Estado.

Según la Ley N ° 30057, Ley SERVIR, en su artículo 3° define el concepto y las funciones del funcionario o servidor público:

- **Funcionario público**, es un representante político, ejerce un cargo público y desempeña funciones gubernamentales en la organización del Estado.
- **Director público**, es un funcionario que desempeña funciones relacionadas con la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad, programa o proyecto especial.
- **Servidor Civil de Carrera**, es el funcionario que desempeña funciones directamente relacionadas con el cumplimiento de las funciones sustantivas y la administración interna de una entidad.
- **Servidor de actividades complementarias**, es el servidor civil que realiza funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones de administración sustantivas e internas de una entidad.

A lo dicho anteriormente, se acota la **Ley N ° 27815, Código de Ética de la Función Pública**, que en su artículo 4°, define al servidor público “...como todo funcionario o servidor de las entidades de la administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos que sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado” (Rodríguez, 2015, pp. 37-39).

Sujeto pasivo

El Estado (Gobierno Regional, Municipalidades, Gobierno Central, etc.). Todas aquellas entidades públicas perjudicadas por el actuar doloso del funcionario o servidor público.

Tipicidad subjetiva

La negociación incompatible es una conducta dolosa o ilícita. Aquí no se admite el delito culposo, según el artículo 12° del Código Penal.

Se consuma el acto doloso evidenciándose que hubo un interés indebido del funcionario o servidor público en los contratos y operaciones en los que intervino debido a su posición o cargo. Se demuestra cuando la conducta estaba orientada a obtener un beneficio patrimonial o extra-patrimonial con los resultados de los contratos y operaciones en los que interviene en razón a sus funciones. No hay necesidad que haya ocurrido la celebración del contrato u operación, con el consecuente daño al Estado. Es un delito de simple actividad y peligro, donde se castiga el interés parcial e ilícito del funcionario o servidor público (Enríquez, 2016, p.88). Sin embargo, la tipicidad de acuerdo a la doctrina y la dogmática es un poco ambigua, porque no sanciona o castiga al tercero o la contraparte que es el contratista, quien da el producto o servicio (Díaz, 2016, pp. 217-218).

Los delitos de peligro dañan el bien jurídico, que difieren de los delitos de daño, conllevando a un daño real del Estado. Existen dos tipos de peligro como delito: peligro concreto o específico y peligro abstracto. Se diferencian de acuerdo al alcance de sus resultados en el tiempo, los delitos de peligro específico, implican un peligro de daño inmediato o cercano al bien jurídico, mientras que, en los delitos de peligro abstracto, existe un peligro lejano de daño. Entonces podemos indicar que en el peligro abstracto, el peligro típico de la acción es suficiente para su sanción dolosa, sin que, en el caso específico, haga que la sanción de la producción real dependa de un peligro. Los delitos de peligro abstracto constituyen delitos de mera actividad, en los que se considera que la conducta es generalmente peligrosa para un bien jurídico en mención (Díaz, 2016, pp. 217-218).

La negociación incompatible y sus fines como delito

Para el autor Ilabaca (2012), consiste en salvaguardar la imparcialidad de un procedimiento de contratación con el Estado, ya sea público o privado, indicado en el tipo penal, y con ello la protección de los intereses públicos (o posiblemente privados con respecto a los demás sujetos) que puedan ser afectados con el prevalimiento directo o indirecto de la posición que ocupan con respecto del cargo confiado a los sujetos activos indicados por la ley.

Según Aguilera (2016), la tipificación de la negociación incompatible es proteger

el deber de lealtad y probidad de los funcionarios públicos o servidores en el cumplimiento de su deber particular encomendado dentro de la administración del Estado. Se entiende que él participa en estos actos legales siempre cuidando los intereses del Estado que representa. Por lo tanto, el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente público dañe los activos del Estado al infringir sus deberes de lealtad y probidad en la celebración de contratos u otras operaciones que le hayan sido confiadas a él debido al cargo que ostenta (2016, p.44).

Según lo señalado por Reátegui, con respecto a la *imparcialidad de la administración pública* es vinculante a la protección de cualquier patrimonio del Estado. ***Si un funcionario público ofrece un trato especial a un administrado, sin poner en peligro los intereses económicos Estatales, no configura un delito de negociación incompatible, sino de una infracción del principio de imparcialidad, previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444*** (2017, p. 901).

1.3. Análisis doctrinario de figuras jurídicas presentes en el expediente y afines nacional y/o extranjero

Nacional

Vaez (2017), explica sobre los funcionarios competentes originariamente mantienen su deber de control y supervisión, por lo que, en caso de colusión de sus delegados con los interesados, responderán penalmente en la medida de la infracción de sus deberes de control y supervisión. Para configurar la modalidad agravada de la colusión, además de la concertación, es necesaria la defraudación, ocasionando un perjuicio real al patrimonio estatal. Defraudar o timar al Estado implica un engaño al interés público y un efectivo perjuicio patrimonial al erario del Estado. Con el dolo se requiere que los intervinientes tengan el conocimiento cierto de que la concertación sea susceptible de causar agravio a los intereses estatales; caso contrario, si el acuerdo se da a sabiendas de que será beneficioso para el Estado, la modalidad básica no se configurará. En el delito de colusión, un solo indicio resulta claramente insuficiente para acreditar la concertación; es por ello que debe aglomerarse todo un conjunto de indicios que, en su plural valoración, doten al juzgador de la convicción de que realmente se ha realizado la concertación superando toda duda razonable.

El trabajo de investigación de Francisco Saenz (2017), establece los fundamentos legales y penales para aplicar de manera consistente el delito de negociación incompatible y el delito de colusión injusta dentro del distrito fiscal de Ancash, durante período 2014-2015; realizando estudios cualitativos, transversales y explicativos, aplicando un diseño no experimental, desarrollado una jurisdicción nacional y local. La muestra estuvo constituida por el análisis de la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad. Utilizó como técnicas la firma y el análisis de contenido, sus instrumentos de recolección fueron las tarjetas y la hoja de análisis de contenido. Entre la metodología usada lo hizo con la argumentación exegética, hermenéutica y argumentación jurídica. La investigación ha demostrado que existen bases legales penales para aplicar consistentemente la teoría de la competencia ideal en delitos de negociación incompatibles y el delito de colusión injusta; porque en la doctrina y el derecho comparado han encontrado suficientes argumentos que explican sus diferencias.

De acuerdo con Reyes Ríos *et al.* (2017), aborda el problema con respecto a las deficiencias en la denuncia específica en los delitos de Negociación Incompatible y Cohecho que han sido advertidos en las sentencias emitidas por las Salas Penales de la Provincia de Trujillo, en el período 2011-2015; estableciendo como objetivo general determinar si el principio de imputación específica ha sido protegido o no. Para formular y probar su hipótesis, en el sentido de que el principio de imputación específica no ha sido protegido en las sentencias de Negociación Incompatible y Cohecho emitidas por las Salas Penales de la Provincia de Trujillo, dentro del período del 2011 al 2015, y cómo es que influye en la responsabilidad penal del Demandado. Para el desarrollo de la presente investigación, se utilizó el método inductivo-inductivo, sintético analítico, hermenéutico legal y exegético, donde se realizó el análisis de los aspectos normativos y doctrinales del principio de la acusación concreta; así como el análisis de 17 condenas por crímenes incompatibles de negociación y soborno emitidos por las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de la Provincia de Trujillo. Concluyendo que el principio de imputación específica en las sentencias de los de Negociación Incompatible y Cohecho emitido por las Salas Penales de la provincia de Trujillo, por un mal juzgamiento se había violado el principio del derecho de defensa y el principio de legalidad. Y finalmente se concluyó que las deficiencias en la acusación específica que se advirtió del análisis de las decisiones de Negociación Incompatible y Cohecho emitidas por las Salas Penales de la Provincia de Trujillo, en el período 2011-2015, ha influido en la responsabilidad penal.

En el trabajo de Mendoza (2018), guía el análisis de la influencia que puede tener el enjuiciamiento del Fiscal por el delito de negociación incompatible en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia; lo mismo, que puede ser condenatorio si la acusación es efectiva. El Estado peruano, a través del Ministerio Público, ha estado utilizando el delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399° del Código Penal como figura subsidiaria de otros delitos contra la Administración Pública, incluido el delito de colusión y cohecho, por lo tanto, esos problemas de interpretación se generan en el análisis del verbo guía “interesarse” o “Estar interesado”, siendo esto generalmente de naturaleza subjetiva. La complejidad en la prueba del delito de colusión, llevó a algunos fiscales a utilizar la figura típica de la negociación incompatible, cuya mayor posibilidad de libertad

condicional induce sin mayor dificultad la apertura del inicio formal de la investigación. En la mayoría de los casos, la acusación se vuelve ineficaz, lo que resulta en absoluciones. El tipo de investigación es aplicada e histórica, con método cualitativo, diseño no experimental y correlacional, universo que consiste en sentencias absolutivas, población de 75 sentencias, muestra no probabilística o intencional de 22 sentencias, nivel de investigación descriptiva y explicativa. Esta muestra se sometió a los criterios de la guía de análisis documental, obteniendo los siguientes resultados: 77.27% de las sentencias muestran falta de evidencia; el 77.27% de las sentencias muestran la existencia de evidencia débil; El 100% de las sentencias muestran que en el proceso se presentaron pruebas de cargos y descargo; el 94,45% de las sentencias muestran que el acto denunciado no constituye un delito de negociación incompatible; El 40.90% de las sentencias muestran que hubo una mala clasificación legal de los hechos.

Extranjero

Según el análisis del español Cuello (2000), a las declaraciones de Roxin sobre los deberes de la función, esto establece la particularidad que lo separa de los deberes comunes. Veamos:

El centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: «se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho Penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho».

Roxin cita como ejemplos de esta categoría los deberes públicos de los funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, obligaciones jurídicas de alimentación y lealtad. En todos estos delitos, el obligado tiene una relación especial con el contenido de lo injusto, el deber que lleva a cabo lo convierte en una "*figura central*" del evento. Pero más allá de eso, Roxin no se basa en lo que estos deberes extra criminales se constituyen como realidades previas al tipo, dejando al legislador más bien la tarea de regular los tipos, ya sea en términos de delitos de dominación o incumplimiento del deber,

porque, a al final, es un asunto que concierne a la decisión de valor del legislador (Roxin, 2014).

Podemos apreciar de la mano de Roxin, un primer elemento que es infringido por los funcionarios o autoridades que reciben un mandato popular, la lealtad. Aunque la lealtad parece un requisito inmaterial, constituye en el eje central del gobierno y la confianza de un pueblo. Todos los ciudadanos que votan por una autoridad esperan que les sean leales; es decir, con los valores éticos y morales que esperan no se infrinjan (Coello, 2007).

Para Sánchez Vera (2002), que es otro de los referentes internacionales del derecho penal, analiza el pensamiento de los grandes penalistas alemanes, como Jakobs (1997), que señala en contra del elemento sustancial de dominio, como eje central de la infracción del deber de Roxin. En otras palabras, todos vivimos en un mundo de derechos y obligaciones y la sociedad o el estado imponen ciertas normas o reglas de convivencia que debemos respetar.

La competencia del autor también se llama competencia personal. Esto indica que la responsabilidad legal-penal no es siempre la misma. En otras palabras, no pudimos comparar las obligaciones y deberes de todos los ciudadanos y que todos ellos tienen contenido criminal. Por ejemplo, el padre que debe mantener una conducta ética de respeto en el hogar para dar un ejemplo a sus hijos es diferente del que debe asumir el funcionario de la prisión que otorga beneficios indebidos a un delincuente para obtener su libertad. En el primero de los comportamientos no hay reprobación criminal, a diferencia del segundo, esto está determinado por la posición que cada uno ocupa en una "organización"; es decir, en el primer caso, la organización es la familia, pero en el segundo caso está involucrado el Estado o la organización pública, a lo que debemos dar cuenta de nuestras acciones.

De acuerdo a lo dicho, continuamos quizás en el nivel ontológico, de los valores que se nos imponen por razones de competencia, porque aquellos que asumimos como parte de una obligación familiar o social no son tan responsables, sino de la capacidad o competencia que le da el hecho de ocupar un puesto y poder disponer de los activos y recursos del Estado.

Así, el autor Sánchez Vera (2002), define que la responsabilidad penal proviene de la infracción a los deberes especiales, que los funcionarios que sirven al Estado poseen. Así, Sánchez Vera, ya nos señala o nos lleva al nivel específico de deberes

especiales. Nos preguntamos, ¿todos tenemos deberes especiales? La respuesta es no.

Consideramos deberes especiales que provienen especialmente del voto popular que los hace tener una autoridad especial y se delega a funcionarios de confianza para administrar los recursos del Estado. Hay una de las semillas de la violación del deber, que según su magnitud y disposición irregular de la propiedad se convierte en un delito.

Según la jurista Castillo (2016), trabajó la problemática de la corrupción en la contratación estatal a partir del estudio del tipo de injusto de dos delitos contenidos en el Código Penal Peruano, cuyo ámbito de aplicación específico es el ciclo de la contratación estatal: el delito de colusión y el delito de negociación incompatible. Entendiendo que estos delitos constituyen parte importante de la respuesta que ofrece el sistema penal peruano a la incursión de la corrupción en la contratación estatal, se ha revisado la doctrina y jurisprudencia referida a estos tipos penales a fin de identificar los problemas que jueces y fiscales tienen en su aplicación. A partir de ello, se ofrecen algunas respuestas que permiten convertir los delitos mencionados en herramientas eficaces para el sistema de justicia.

En ese contexto, la investigación aborda básicamente la definición del bien jurídico protegido por estos delitos, como su configuración y tipos de peligro abstracto. Con esta base se interpretan, además, los elementos típicos necesarios para la configuración de los delitos de colusión y negociación incompatible. Cabe señalar que también que ha abordado su necesidad de político-criminal, por cuanto sólo, si medidas menos lesivas al Derecho Penal no resultan suficientes para dar respuesta al problema de la corrupción en el ámbito de la contratación, aquel se verá legitimado a intervenir.

CAPÍTULO II

CASO PRÁCTICO

2.1. Planteamiento del caso

Antecedentes:

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

a) **Declaración indebida del procedimiento de contratación exonerado por situación de emergencia y la cancelación de la Licitación Pública N° 13-2011-GRA-Sede Central.**

El 29 de noviembre de 2011 se convocó al proceso de Licitación Pública N° 13-2011-GRA-Sede Central para la adquisición de las maquinarias y quipos para el proyecto Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del servicio de Equipo Mecánico. Pese a existir este proceso, el Gerente General del Gobierno Regional de Ayacucho, *Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco*, mediante el oficio N° 0938-2011-GRA/PRES-GG del 12 de diciembre de 2011, solicitó ante el Consejero Delegado que se determine una situación de emergencia de atención del sistema vial de la región Ayacucho. *Atendiendo a dicho pedido, que habría estado sustentado por estudios técnicos de personal del Gobierno Regional*, los consejeros regionales Víctor De La Cruz Eyzaguirre, Sixto Luis Ibarra Salazar, Rosauro Gamboa Ventura, Walter Quintero Carbajal, Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamaní Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzales, mediante Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR del 20 de diciembre de 2011, *declararon en situación de emergencia la red vial de la región Ayacucho.* La Fiscalía imputa la *simulación de una situación de emergencia.* para que -de esa forma- se convoque irregularmente el proceso de Exoneración por la suma de S/. 20,000 000.00 soles, lo que habría generado que se *cancele el proceso de licitación Pública N° 13- 2011 -GRA- Sede Central,* permitiendo que el presidente del Gobierno Regional de Ayacucho -Wilfredo Ocorima Núñez- apruebe, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 1409-2011-GRA-SEDE CENTRAL, la adquisición de las máquinas que iban a adquirirse en el proceso de Licitación

b) El procedimiento de contratación exonerado N° 06-2011-GRA-Sede Central

El jefe de abastecimiento del Gobierno Regional de Ayacucho, *Edwin Teodoro Ayala Hinostroza*, fue **designado** como encargado de la adquisición de las maquinarias del proceso de Exoneración N° 06-2011-GRA- Sede Central, mediante el memorándum N° 2438-2011-GERA/PRESGG del 21 de diciembre de 2011, que fue emitido por el Gerente General del Gobierno Regional de Ayacucho, *Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco*. ***Según la Fiscalía, Ayala Hinostroza habría realizado dicho proceso de exoneración sin cumplir con lo previsto en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado.*** La irregularidad consistiría en haber dado las condiciones para ***aparentar*** que se trataba de una licitación pública, sin serlo. Muestra de ello sería la exclusión de los postores Komatsu y Volvo, pues ya ***habría direccionado la buena pro.*** Así, se imputa a Hinojosa Vivanco el haber suscrito dicho contrato, pese a que habrían existido una serie de irregularidades, tales como haber realizado pagos a los ganadores, sin respetar el tipo de cambio previsto en la Superintendencia de Banca y Seguros, según lo señalado por el **informe pericial contable N° 002-2013-ME-FEDCF-MBS/PAC.**

c) Observación de OSCE para la nulidad del procedimiento de contratación exonerado N° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL

El *OSCE* (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) mediante oficio N° E-067-2011/DSU-VVS del 28 de diciembre de 2011, **requirió** al residente del Gobierno Regional de Ayacucho –Wilfredo Ocorima Nuñez- para que **deje sin efecto** el procedimiento de exoneración supervisado, **porque -a su entender- no existía situación de emergencia en dicha región.** Asimismo, este mismo proceso de exoneración **también fue observado por la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el informe N° 004-2012/EF63.01** del 5 de enero de 2012, que comunica que existen 23 observaciones al proceso de exoneración. Agrega que, **pese a ello, el acusado Ocorima Nuñez -** Presidente del Gobierno Regional de Ayacucho- **habría dispuesto continuar con este proceso de exoneración.** Muestra de ello sería el haber presentado un recurso de reconsideración, con fecha 5 de enero de 2012, contra el oficio emitido por el

OSCE, incumpliendo con dejar sin efecto dicho proceso de exoneración, permitiendo que se les pague a los proveedores en dicho proceso de exoneración observado. El OSCE mediante oficio N° E-021-2012/DSU PAA, del 19 de enero de 2012, comunicó al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho que subsistían (se mantenían) las conclusiones señaladas en el oficio N° E-067-2011/DSU-VVS.

Itinerario del proceso de 1° instancia

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

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

El proceso tuvo los siguientes resultados: Se declaró prescrita la acción penal a favor de Richard William Reyes Arauja, Carlos Andrés Capelletti Zuñiga, Pavel Torres Quispe y Rafael Americo Vargas Lindo por delito de incumplimiento de

funciones. Se **absolvió** a Jhoan Pavel ROJAS CARHUAS, Alfonso MARTÍNEZ VARGAS, Eladio HUAMANÍ PACOTAYPE y María del Carmen CUADROS GONZALES de los cargos atribuidos como cómplices primarios del delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho. Se **condenó** como coautores del citado delito a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho; asimismo, se **condenó** como **cómplices primarios** del citado ilícito a Víctor DE LA CRUZ EYZAGUIRRE, Sixto Luis IBARRA SALAZAR, Rosauro GAMBOA VENTURA y Walter QUINTER CARBAJAL -VÉASE RESOLUCIÓN DEL DIECISÉIS DE JUNIO DE DOS MIL QUINCE, OBRANTE A FOJAS SEISCIENTOS QUINCE-.

Itinerario del proceso de 2° instancia

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

En ese sentido, se **emitió la resolución de vista del 18 de noviembre de 2015** - obrante a fojas dos mil seiscientos sesenta y cinco- que resuelve, por **unanidad:**

i) Confirmar el extremo que prescribe la acción penal del delito de incumplimiento de funciones; y, ii) Declaró Nulo el extremo absolutorio. Por otro lado, por **mayoría, decidieron: i) Confirmar el extremo que condena como coautores del citado delito a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO, Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho;** y, **condena como cómplices primarios** del referido ilícito a Víctor DE LA CRUZ EYZAGUIRRE, Sixto Luis IBARRA SALAZAR, Rosauro GAMBOA VENTURA, Walter QUINTERO CARBAJAL, en agravio del antes citado.

Deliberado la causa en sesión concreta y producida la votación, corresponde dictar la sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que

asistan- el dieciséis de mayo del presente año, a horas ocho y treinta de la mañana.

Casación N° 23-2016

Decisión de los Jueces Supremos

De acuerdo a los fundamentos presentados por la defensa de los imputados, cuatro de los cinco Jueces Supremos *fallan por la nulidad del proceso* por el delito de *negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de Ayacucho, absolviendo* a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ y sus cómplices.

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

Nula la resolución de vista del dieciocho de noviembre de dos mil quince, en el extremo que declaró nula la sentencia del dieciséis de junio de dos mil quince-fojas seiscientos cincuenta y cinco, del tomo II- que absolvió a Pavel ROJAS CARHUAS, Alfonso MARTÍNEZ VARGAS, Eladio HUAMANÍ PACOTAYPE y María del Carmen CUADROS GONZALES en calidad de cómplices primarios, por delito de negociación incompatible, en agravio del Gobierno Regional de

Ayacucho; declararon **SIN REENVÍO**, actuando en sede de instancia, y emitiendo pronunciamiento de fondo **CONFIRMARON** la sentencia del dieciséis de junio de dos mil quince -fojas seiscientos cincuenta y cinco, del tomo II- que *absolvió a los referidos procesados por el delito y agraviado antes citado.*

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

2.2.Síntesis del caso

Expediente Nro. 2603-2014-96-1401-JR-PE-03.

Casación N° 23 – 2016.

Wilfredo Oscorima Nuñez, gobernador regional de Ayacucho, y cómplices primarios y secundarios.

Sala/Juzgado: Sala Penal Permanente, visto en la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, máximo órgano jurisdiccional.

Materia: Corrupción de Funcionarios, Delito contra la Administración Pública, modalidad de *Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo*. Peligro abstracto en agravio del Estado, Gobierno Regional de Ayacucho.

Acusados o sujetos activos: Wilfredo Oscorima Nuñez, cómplices primarios y secundarios.

Fecha: Ica, 16 de junio del 2016.

Hechos:

Al acusado Wilfredo Oscorima Nuñez, en su condición de gobernador de la Región Ayacucho, se le imputa el delito de *Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo*, partiendo de los hechos de simulación para la declaratoria en situación de emergencia el sistema vial de la Región de Ayacucho, y que ello justificaba procedimientos de Contratación Exonerado, en el Proyecto de Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Servicio de Equipo Mecánico por el valor de S/. 20 000 000.00 soles. A pesar de que OSCE hace las observaciones, el Gobernador presiona y direcciona el proceso a través del Acuerdo Regional N° 109 – 2011-GRA/CR. Y se concretan los hechos con la Resolución Ejecutiva Regional N° 1409-2011-GRA-SEDE CENTRAL. Los defectos administrativos a los que incurrieron, en el proceso de exoneración y contratación de maquinaria, configuran fácticamente delito doloso de acuerdo

al artículo 399° del Código Penal.

Sin embargo, los defectos administrativos dentro de un Procedimiento de Contratación Exonerado en una situación de emergencia simulado, por sí solos, no son suficientes para demostrar la responsabilidad punitiva de los acusados, pero es necesario demostrar de manera incuestionable un elemento externo al proceso de contratación. Por ello, la Corte Suprema advierte que el órgano jurisdiccional de mérito, sobre la base del presupuesto de que la situación de emergencia es ficticia, no consideró que los defectos administrativos por sí solos no constituyan evidencia suficiente para llegar a la responsabilidad penal de los acusados; es decir, si se verificara la idoneidad de la declaración de situación de emergencia, no existiría, a pesar de los defectos administrativos en la contratación, la derivación ilícita.

Explicación de motivos

La acusación se basó en pruebas indiciarias, pero no fueron **suficientes** para la **Corte Suprema**; además, Wilfredo Ocorima se amparó en el Principio de Confianza y fue absuelto. Pero este argumento jurídico no es del todo aplicable para la absolución, ya que el Gobernador estaba informado y tenía conocimiento de las irregularidades administrativas y que posteriormente constituyó la ilicitud; además, el OSCE y el MEF comunicó al gobernador y sus colaboradores de las observaciones irregulares que no se ajustaban para la justificación de un Procedimiento de Contratación Exonerado, dejaban en claro que no cumplían con los requisitos y características especiales para una compra directa. Y aquí se debió aplicar las excepciones del Principio de Confianza, que es la del Superior Jerárquico que toma conocimiento de la realización de comportamientos antijurídicos o irregulares en el proceso de contratación estatal; es decir, que Ocorima tenía pleno conocimiento de los hechos ilegales. Es un caso muy cuestionable y encaja en las excepciones del Principio de Confianza. Muchos gobernadores utilizaron este principio para eximirse de responsabilidades penales, como César Álvarez, ex gobernador de Ancash.

Fundamentos del Fallo

Con los argumentos de la defensa, Abogado César Nakasaki, en la que sostiene que la sentencia debe basarse ajustándose al debido procedimiento y no por supuestos o indicios. Por ello, la Corte Suprema admite el Recurso de Nulidad, Casación N° 23 – 2016, 16 de mayo de 2017, visto y analizado en la Sala Penal Permanente de Lima, luego emitió su sentencia final. El Gobernador Regional Wilfredo Ocorima y sus cómplices obtienen la libertad, amparándose en dos conclusiones de los Supremos: a) Dentro del proceso de licitación no había lugar para la exoneración; y, b) El acusado actuó bajo el Principio de Confianza.

Decisión

De acuerdo a los fundamentos presentados por la defensa de los imputados, cuatro de los cinco Jueces Supremos ***fallan por la nulidad del proceso*** por el delito de ***negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Ayacucho, absolviendo*** a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ y sus cómplices.

Todo esto actuando en sede de instancia, decidiendo absolver a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ, y a sus cómplices Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO, Víctor DE LA CRUZ EYZAGUIRRE, Sixto Luis IBARRA SALAZAR, Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA, Rosauro GAMBOA VENTURA y Walter QUINTERO CARBAJAL.

Según los Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, integrados por Pariona Pastrana (Presidente), Neyra Flores, Calderón Castillo y Figueroa Navarro, no constataron suficientes evidencias y argumentos de causa dogmática y doctrinaria para imputarles el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, dicha motivación es hasta el momento muy cuestionable, sin embargo, uno de los Supremos votó en contra. Es el voto discordante fue del señor Juez Supremo Sequeiros Vargas.

2.3. Análisis y opinión crítica del caso

Es cuestionable el por qué las investigaciones en este tipo de delito inicie con el siguiente argumento: “*Abrir investigación preliminar por el delito de colusión y de forma subsidiaria el delito de negociación incompatible*”, dando a entender que ambos delitos podrían ser propios del inicio del proceso investigatorio, avalados con los elementos de prueba suficientes.

A medida que transcurre el tiempo con respecto a la evaluación de este delito, se ha podido constatar que en la moría de los casos culmina con el archivamiento, ocasionando ineficiencia en la administración de justicia, por no encontrar los suficientes medios probatorios o los indicios razonables para acreditarlos, llegando a procesos con muchas observaciones y cuestionado las motivaciones de los jueces que sentencian a favor o en contra.

Se cuestiona y analizado el caso de negociación incompatible, en detrimento del Estado, caso Gobierno Regional de Ayacucho, que **absolvió** a Wilfredo OSCORIMA NUÑEZ y sus cómplices, donde la Corte Suprema confirmó la absolución a favor del acusado y sus cómplices; debido a no tener todos los medios de prueba que puedan probar tal delito.

Con el Recurso de Nulidad N° 23 – 2016, 16 de mayo de 2017, que emitió la Sala Penal Permanente de Lima. Este caso se tipifica como unos de los procesos penales muy cuestionables y criticados por los juristas especializados; pues, Wilfredo Oscorima Nuñez obtiene la libertad amparándose en dos argumentos legales: **a)** Dentro del proceso licitatorio no configura la contratación exonerada; y, **b)** El acusado gobernador regional actuó amparándose en el Principio de Confianza.

El **principio de confianza** no es aplicable en este caso, ya que tratándose de un proceso de magnitud, por la suma de de S/. 20, 000 000.00 soles, el gobernador tenía que estar al tanto, monitoreando el proceso de compras, además las políticas de manejo de riesgos de lluvias son previsibles, y no una situación de emergencia. Por ello, la Fiscalía imputó que la aplicación de la **simulación de una situación de emergencia**, no tenía sustento objetivo y para que se convoque irregularmente el proceso de Contratación Exonerado por una cuantiosa suma, lo que justificaría que se **cancele el proceso de licitación Pública N° 13- 2011-GRA-SEDE CENTRAL**, dando carta libre al Gobernador Wilfredo Oscorima Nuñez, para que **apruebe**, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 1409-2011-GRA-SEDE CENTRAL, la adquisición de las maquinarias que iban a adquirirse en el proceso de Licitación

Pública N° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL.

Todo esto nos lleva a analizar cómo la Corte Suprema establece que una conducta es sancionada como un delito de negociación incompatible. Generando mucha sospecha en la interpretación del Principio de Legalidad como parte de la administración de justicia.

Tenemos una opinión clara de que el delito que configura la negociación incompatible es cuando el funcionario está interesado indebidamente, directa, indirectamente o por un acto simulado, en un contrato u operación debido a su posición. Es importante mencionar, con respecto a este delito, que tanto el representante del Ministerio Público como el del Poder Judicial, deben probar la existencia de un "*interés indebido*" o la ruptura de la imparcialidad por parte del funcionario o servidor público.

Es lamentable, que dentro del ejercicio profesional, encontramos que la gran mayoría de nuestros fiscales y jueces tienen ciertos problemas al probar, a través de las evidencias, los comportamientos establecidos en el verbo guía que corresponden al delito de negociación incompatible, lo que es un inconveniente para que una persona pueda ser acusado de cometer este delito. Es a partir de esto que la gran mayoría de nuestras autoridades utilizan la PRUEBA INDICIARIA como un medio de probar la existencia de un posible "*interés indebido*" dentro de un proceso penal. La creación de procesos de exoneración, luego de este caso del gobernador regional Wilfredo Oscurima, la gran mayoría de los magistrados ha estado cuestionando la existencia de procesos de exoneración para poder realizar compras directas en una entidad pública, siendo este tipo de procesos los más conocidos como antecedente en contrataciones públicas.

En el caso mencionado, los defectos administrativos fueron cuestionados dentro del proceso de contratación en una situación de emergencia, ya que indudablemente se requería acreditar un elemento externo. En ese sentido, la Corte Suprema indicó que un punto que puede denotar la existencia de un estado de emergencia es el presupuesto que nos haría sugerir que la idoneidad de la gestión de los procesos de licitación y que en ese momento, requieren una contratación inmediata por el estado.

Como cualquier delito de corrupción, el delito de negociación incompatible tiene la función legal y de bienestar de la administración pública como un derecho

protegido. Sin embargo, el objeto del bien legal (o bien legal específico) es la imparcialidad de la administración pública en las licitaciones y contratos públicos. En otras palabras, el objetivo es proteger la imparcialidad que debe garantizarse contra los administradores y los competidores en los contratos en los que la Administración es parte.

Si lo que se busca proteger es la imparcialidad de la administración pública, es consistente afirmar que el tipo criminal no requiere que la compañía beneficiaria haya garantizado el interés. Esto es en la medida en que la imparcialidad de la administración pública se verá afectada desde el momento en que el funcionario público interviene en un contrato y actúa fuera de su papel como servidor público con la expectativa de que una persona jurídica o física lo beneficie.

Es por esta razón que la doctrina ha afirmado que la negociación incompatible constituye una figura de peligro que supone el avance de las barreras del Derecho Penal. De esta manera, el derecho penal no esperará que el interés produzca un resultado o que el funcionario público conspire con la empresa pública para garantizar su interés particular. Pero intervendrá desde el momento en que el servidor público cometa un acto contrario a su papel con el objetivo de satisfacer intereses distintos del interés público.

Con respecto al caso particular, podemos decir que es totalmente irrelevante que las empresas beneficiarias hayan sido excluidas del proceso penal, ya que el tipo penal no requiere consulta entre dichas personas jurídicas y funcionarios públicos. Pero es suficiente que el acusado haya cometido actos contrarios a su papel de funcionarios públicos con el objetivo y/o la expectativa de satisfacer un interés privado. Ese comportamiento sería, como hemos dicho, suficiente para atacar la imparcialidad de la administración pública. Por otro lado, ¿cómo se puede notar que ha habido un interés indebido? Según nuestra jurisprudencia, la evidencia demuestra un interés indebido. Esta evidencia se basa en las irregularidades que giran en torno a la contratación pública.

En el caso particular, si hay irregularidades en la contratación de las empresas beneficiarias, podríamos llegar a la conclusión de que estamos enfrentando una negociación incompatible. La falta de objetividad al seleccionar las empresas beneficiarias, la exclusión indebida de las empresas interesadas del proceso de contratación, la declaración de la situación de emergencia a pesar de la observación

de la OSCE y la Dirección General de Política de Inversión del Ministerio de Economía y Finanzas, la contratación de empresas sin la justificación técnica prevista en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado son irregularidades que, analizadas a la luz del presente caso, podrían demostrar la presencia del delito de negociación incompatible.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1. Jurisprudencia nacional

Según el Expediente 183-2011, sentencia dada por la Sala Penal de Apelaciones, 8 de febrero de 2013.

Aquí podemos leer: “(...) se tiene en cuenta que tal **interés** significa que el agente público por razón de su cargo funcional actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de un tercero (...)”

De esta manera, no será necesario garantizar o satisfacer el interés particular, pero será suficiente para que el imputado actúe fuera de su deber de funcionario público, buscando el interés general sino por un interés particular en beneficio de si o para el beneficio de un privado.

En la jurisprudencia, emitida en el Expediente N° 036-2012, se analiza la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones del 29 de mayo, del año 2012:

“(...) el delito de negociación incompatible, en el elemento objetivo del tipo interés indebido, tenemos en cuenta que conforme a la doctrina en este delito, el interesarse conlleva a la gestión o actos que no se correspondan con el rol del funcionario público, ya que participa en los contratos y otras operaciones favoreciendo intereses de particulares”

Otra jurisprudencia nacional es la que corresponde a la Ejecución Suprema de la Apelación de Anulación No. 677 – 2016, 17 de mayo del año 2017, que fue emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Lima. En su recurso de nulidad antes mencionado ha sido cuestionado en los últimos años, al tiempo que se otorga la absolución de don Rómulo León Alegría y otros personajes en el famoso caso Petroaudios. Este es el caso de Petroaudios, donde la Corte Suprema descartó que presentar documentación en inglés, presentar documentos fuera de plazo, hacer una extensión en el proceso de selección o que el contrato no se firme, eran suficientes indicios de la comisión del delito de negociación incompatible. Sin embargo, este argumento es cuestionable porque la gran mayoría de las

irregularidades implican que estos actos se llevaron a cabo para beneficiar a una empresa directamente, siendo realizados por los miembros del Comité de Trabajo que estaba a cargo de la licitación pública. Aunque el caso "Petroaudios" no concluyó con una condena a los acusados, debe tenerse en cuenta que dicha jurisprudencia es la decisión más cuestionada en el campo del proceso penal, y esta sentencia se proporciona para un análisis posterior al final del proceso administrativo irregular como conducta de un "interés indebido".

Dentro de los defectos administrativos que posteriormente se pueden remediar, a través de una regularización administrativa, siendo no son relevantes para el derecho penal peruano. Ya que las normas administrativas permiten la posterior regularización de un procedimiento de contratación exonerado, que a su vez puede ser objeto de evaluación y análisis por la Contraloría General de la República, quedando claro que en una cuestión de defectos la corrección ulterior es necesario. Los argumentos legales para esta interpretación, que no es aplicable en las demás situaciones de contratación del Estado, aquí se exonera alguno de los procedimientos de contratación solo en caso de una situación de emergencia, y es plausible la comisión de defectos administrativos o el rápido paso de adquisición de servicios o productos, ya que primero se resuelve la situación de emergencia y luego se regularizan todos los defectos administrativos. La situación de emergencia, sobrepasa las formalidades administrativas de manera inmediata, aquí hay un deber de cumplimiento en el acto frente a las necesidades de prevenir un inminente riesgo o peligro, la atención justifica exonerar ciertos procesos administrativos de manera urgente.

Tales así, que las normas legales justifican la regularización administrativa ulteriormente a los procedimientos de contratación exonerado, porque se debe primero resolver la situación de emergencia. Los defectos administrativos no justificados tendrán la categoría de actos ilícitos, si se demuestran con pruebas reales que han sido simulados y que no se han respetado cada procedimiento administrativo de acuerdo a leyes vigentes, es necesario que esta comisión de delito penalmente debe demostrarse, de lo contrario solo sería irregularidades administrativas (Casación No. 841-2015- Ayacucho, del 24/05/2016).

La jurisprudencia nacional, ha puesto en debate las motivaciones planteadas por la Corte Suprema de Justicia, con respecto a la regularización administrativa y sus

argumentos jurídicos de tipificación penal, dando lugar a los procedimientos de contratación exonerado con el Estado, siendo de manera inmediata, solo en casos justificados de emergencia, posteriormente, la empresa contratista a la que se adjudicó dicho contrato debe regularizar cada procedimiento de todos los defectos administrativos en la se haya omitido debido al cumplimiento de la necesidad de emergencia. Estas justificaciones legales se destacan claramente en la Ejecución Suprema de la Casación No. 841 - 2015, con fecha 24 de mayo del año 2016, siendo emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, estableciendo lo siguiente:

“Vigésimo: (...) Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia”.

Es de suma importancia entender la Casación No. 841 – 2015, en la que se indica juiciosamente que debe existir una necesidad inminente del estado de emergencia en una región, en el que se evita todo un procedimiento de licitación regular, dando facultades a que el gobierno regional contrate directamente; siempre y cuando, después de la contratación, cumpla con la regularización administrativa del defecto en el que podría haberse incurrido.

Los actos dolosos del delito de negociación incompatible han previsto la responsabilidad penal del tercero (*extraneus*). Por ello, la responsabilidad delictuosa del tercero en este ilícito, debe estar considerado en la redacción de la Ley de manera expresa. En el caso de otros delitos donde ocurre la participación necesaria (cohecho y colusión).

En su **vigésimo octavo** del expediente, sustenta que el delito de negociación incompatible se tipifica como un delito de incumplimiento del deber funcional del cargo, esto configura el incumplimiento de un deber especial o responsabilidad pública, normalizado, que la comisión de este delito corresponde solo al destinatario del mismo, es decir, al funcionario o servidor público que tiene a su cargo un procedimiento de contratación o adquisición con el Estado. La

conurrencia de un tercero en este tipo de delito de infracción, para que se configure debe estar consignada en la redacción típica del Código Penal. En el caso del delito de peculado es necesario un tercero, en la que hay la intervención del funcionario público, quien administra el patrimonio del Estado o del Gobierno Regional y beneficia a un receptor (tercero). En su parte **Trigésimo**, menciona sobre la estructura típica de este delito, negociación incompatible, no especifica la participación delictuosa del tercero con el que se concreta la operación, si fuera así configurarían un delito distinto (ya sea cohecho, colusión, u otro tipo penal). Según la indicación del **trigésimo primero**, dice que el delito de negociación incompatible se considera de manera subsidiaria, ya que, debido a su configuración típica, ocurre cuando no se prevén otros comportamientos en esta sección. Si el funcionario público recepciona un beneficio por un interés indebido, la conducta se considerará un cohecho o soborno. Cuando el funcionario público acuerda con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación estatal, se producirá una colusión. Por lo tanto, este delito de negociación incompatible solo está considerado para los casos donde el interés indebido del funcionario o servidor público se efectiviza sin la intervención de un tercero (Casación No. 841-2015-Ayacucho, de 24-05 -2016). La negociación incompatible, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Penal de Apelaciones Criminales, de la Corte Superior de Justicia de la República, en su **expediente 00183-2011-4-1826-JR-PE-02**, nos dice lo siguiente:

“Se trata de un tipo penal que exige la concurrencia de alguna calidad o cualidad especial, constituyendo un “delito especial propio”. Y es que solo podrán cometer este delito los funcionarios y servidores públicos que reúnan las características de relación funcional exigida por el tipo penal (interesarse en razón de su cargo), vale decir que debe tener facultades y competencias internas que le permitan intervenir en cualquiera de las fases de la contratación u operación pública”.

El verbo rector **“interesarse”**, según la Corte Suprema, dice en su **Expediente N° 37-2005-LL. Caso CONAPA**, lo siguiente:

*“La acepción del término **interesarse** es el de “injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (...) interesarse es, pues volcar sobre el negocio*

de que se trata una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnando intereses particulares o terceros [...]” (Nolasco et al., 2011).

Respecto de los contratos u operaciones en el marco del delito de negociación incompatible del **Expediente R.N. Nro. 1328-2011-PUNO**, de la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

“...cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible, comprende aquellas situaciones en las que la administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual en similar condición, frente a un tercero- sea este una persona natural o jurídica-, mientras que la operación, se entiende como aquellos actos unilaterales que se producen entre la administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos, tengan un contenido económico.....si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito por hermenéutica jurídica”.

La prescripción de acciones penales de un delito de negociación incompatible se configura bajo ciertas características: **Quinto**. Aunque el Acuerdo Plenario N° 01-2010 / CJ-116, que se refiere a la duplicación del estatuto de limitaciones, se dirige al Capítulo II, Título XVIII, del Segundo Libro del Código Penal; sin embargo, no todos los delitos incluidos en el mismo tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal es necesario analizar si se cumple el presupuesto establecido para extender el período de limitación basado en la afectación de los activos legales protegidos directamente relacionados con el patrimonio público. El delito de negociación incompatible se refiere a un delito de mera actividad y peligro, siendo el bien legal protegido el funcionamiento normal de la administración pública, específicamente el hecho de garantizar la imparcialidad del funcionario público o servidor frente a los administrados en general, por lo tanto, en este tipo de delito no necesariamente afecta los bienes del estado, por lo tanto, la súplica del plazo de prescripción establecido en el último párrafo del art. 80 ° del Código Penal. Además, la ubicación del delito de

negociación incompatible se encuentra en la sección IV del Código Penal, que se refiere a los delitos de corrupción de los funcionarios, por lo tanto, dicho delito no protege directamente los bienes del Estado (RNN ° 2464-2014 -Lima, 06-09-2015).

El delito de negociación incompatible, previsto en el art. 399 del Código Penal, es uno de los peligros concretos, y de acuerdo con el principio de lesión, su configuración está condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe probarse para considerar la infracción consumada. Debido a esto, no es apropiado sancionar ningún tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de las regulaciones administrativas, sino más bien aquellos comportamientos que, debido a su magnitud, implican un daño inminente a la administración pública (Apelación No. 231-2017-Puno, será típico) del 14/09/2017).

3.2. Jurisprudencia extranjera

España contempla en su Código Penal el delito de negociación, dentro del artículo 439, los legisladores consideraron la siguiente tipificación (Reátegui, 2017, p. 913):

*“La autoridad o funcionario público que debe intervenir por **razón de su cargo** en cualquier tipo de contrato, tema, operación o actividad, aprovecha dicha circunstancia para hacer cumplir o facilitar cualquier forma de participación, directamente o por cualquier persona interpuesta, en tales **negocios** o acciones, conllevará el encarcelamiento de seis meses a dos años, una multa de doce a veinticuatro meses y una descalificación especial para el empleo o el cargo público por tiempo de uno a cuatro años. Así, en el Código español, el verbo rector es el uso del funcionario dirigido directamente a actividades comerciales”.*

Francia según su Código Penal (1810), en el artículo 175 establece (Reátegui, 2017, pp. 913-914):

*“Todo funcionario, funcionario público o agente gubernamental que, ya abiertamente, ya sea por actos encubiertos, ya a través de otras personas, haya tomado o recibido algún **interés** con "razón de las actas", los premios, las empresas o los arrendamientos cuya administración o vigilancia estén en*

su totalidad o en parte en su posesión en el momento de la celebración serán condenados a un mínimo de seis meses o un máximo de dos años en prisión y también sufrirán una multa cuyo máximo será la cuarta parte de las resoluciones y las indemnizaciones, y cuyo mínimo será la duodécima parte de las mismas. También será declarado incapacitado durante toda su vida para ejercer cualquier cargo público. Esta disposición se aplicará a cualquier funcionario o agente del gobierno que se haya interesado en un negocio cuyo pago o liquidación esté a cargo”.

Portugal en su Código Penal (1982), artículo 427, tipifica la negociación incompatible como delito (Reátegui, 2017, p. 914):

“El funcionario que, con la intención de obtener para sí mismo o para una tercera participación económica ilegal, dañará en un negocio legal o los intereses. Los activos correspondientes, en virtud de sus funciones, administrar, supervisar, defender o liquidar, serán sancionados con prisión de hasta 4 años y una multa de 30 a 90”.

En América Latina, Chile en su Código Penal, habla sobre el delito de negociación incompatible, artículo 240, indicando (Reátegui, 2017, pp 914-915):

“El empleado público que directa o indirectamente estará interesado en cualquier tipo de contrato u operación en la que debe intervenir debido a su posición, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, descalificación absoluta temporal para puestos, trabajos u oficinas públicas en su grado medio a máximo y una multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que la empresa habría tomado”.

Argentina en su Código Penal, habla del delito de negociaciones incompatibles, artículo 265, indicando (Reátegui, 2017, p.915):

“Será reprimido con prisión o prisión de uno a seis años y perpetua descalificación especial, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por simulación actúe, estará interesado en su propio beneficio o en un tercero, en cualquier contrato u operación en el que intervenga debido a su posición”.

Colombia, según su Código Penal, artículo 409, habla sobre el interés indebido en la celebración de contratos (Córdova, 2013, p.7):

“El servidor público interesado en su propio beneficio o el de un tercero, en

cualquier tipo de contrato u operación en la que debe intervenir debido a su puesto o sus deberes, será encarcelado por cuatro (4) a doce (12) años, una multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales actuales, y descalificación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

CONCLUSIONES

1. El expediente Nro. 2603-2014-96-1401-JR-PE-03, delito de negociación incompatible, caso ex gobernador regional de Ayacucho, Wilfredo Ocorima Nuñez, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Ayacucho, muestra motivaciones cuestionables de la Corte Suprema de Justicia, que ha considerado nula la sentencia condenatoria de Primera instancia y ratificada en Segunda Instancia, debido un Recurso de Casación N° 23 – 2016, a pesar de haberse demostrado con suficientes pruebas indiciarias que acreditan la comisión de dicho delito. La simulación de una situación de emergencia, no tenía sustento objetivo para que se convoque irregularmente al procedimiento de contratación exonerado.
2. Wilfredo Ocorima Nuñez obtiene la libertad por el Tribunal Supremo, basándose en dos argumentos: **a)** Que sí existía una situación de emergencia del sistema vial de Ayacucho y ello justificaba el procedimiento de contratación exonerado; y, **b)** El gobernador actuó bajo el principio de confianza.
3. Podemos colegir que no es aplicable el Principio de Confianza en este caso, porque el Superior Jerárquico, Gobernador, tenía conocimiento de la realización del comportamiento antijurídico del Proyecto de Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Servicio de Equipo Mecánico, por el monto de S/. 20, 000 000.00 soles; además, las políticas respecto al manejo de riesgos, producto de las lluvias estacionales eran previsibles y no correspondían a una situación de emergencia.
4. Existen diversas investigaciones y los procedimientos correspondientes por los actos dolosos de negociación incompatible, iniciados por los operadores de justicia, que de forma subsidiaria denuncian porque es más factible su acreditación; lo cual, resulta siendo cierto, ya que basta con demostrar el interés indebido del funcionario para poder encontrarnos ante la comisión de este tipo penal.

RECOMENDACIONES DEL CASO

1. El caso del expediente Nro. 2603-2014-96-1401-JR-PE-03, delito de negociación incompatible, que corresponde al imputado Wilfredo Oscorima Nuñez, en agravio del Estado, está siendo utilizada en la jurisprudencia nacional, siendo muy cuestionado este caso de delito; por ello, se encomia tomar con muchísima responsabilidad este modelo o paradigma para la administración de justicia.
2. Cada caso tiene un particular contexto y circunstancia, los administradores de justicia deben emplear las motivaciones y los argumentos jurídicos racionales, más no basando en legalidades interpretativas.
3. Se debe tener mayor responsabilidad de lucha frente a la criminalidad de organizaciones políticas y de funcionarios públicos que atentan contra los intereses nacionales, contra el patrimonio de todo los peruanos.
4. Los legisladores deben cambiar el termino y la tipificación del delito de negociación incompatible, por el aprovechamiento indebido del cargo, dicho concepto tiene mayor claridad para castigar aquel funcionario que comete tal comisión de hechos.
5. Deben capacitar y actualizar en las competencias profesionales a los fiscales y jueces, para las estrategias y consecución de pruebas confiables que respalden la acusación fiscal por el delito de aprovechamiento indebido del cargo. Dicha actualización debe provenir del mismo Ministerio Público, Poder Judicial, Ministerio de Justicia, Colegio de Abogados, etc.
6. En el Perú se debe replantear la política criminal relacionados a la corrupción de funcionarios, proponiendo alternativas de una cultura de respeto y el cumplimiento del deber de un funcionario público, anticipando los intereses del Estado (gobierno regional y local).

REFERENCIAS

- Bautista, Ó.D. (2018). El problema de la corrupción en América Latina y la incorporación de la ética para su solución. *Encuentros Multidisciplinares*.
- Béjar Pereyra, O.E. (2018). La sentencia. Importancia de su motivación. Alternativas sobre nulidades penales, legislación, doctrina y jurisprudencia. Edit. IDEMSA. Lima.
- Benavente Chorres, Hesbert. (2014). "El combate contra la corrupción y los informes de control de la Contraloría General de la República". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 62. Gaceta Jurídica, Lima.
- Castillo, A. citando a Luzón P. (2008). "El delito de negociación incompatible», en *Cuestiones actuales del sistema penal -Crisis y desafíos-*, Ara Editores, Lima, p. 565.
- Castillo, I. D. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. (Doctoral dissertation, Universidad de Salamanca).
- Castillo, I. D., & Del Maestro, G. M. (2019). ¿Caducidad o prescripción? De la reparación civil en los casos de sentencias derivadas de procesos penales por delitos contra la Administración Pública en el ordenamiento jurídico peruano. *Derecho PUCP*, (82), 407-434.
- Coello, J. F. M. (2007). Modelos de imputación en el Derecho penal informático. *Derecho Penal y Criminología*, 28, 37.
- Córdova, F. (2013). El delito de interés indebido en la celebración de contratos. Especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido (trabajo de grado). Medellín: Universidad EAFIT.
- Crespo, L. R. A., Ojeda, J. L. M., Salas, L. S., & Gómez, S. G. (2019). Consolidar el valor responsabilidad desde la asignatura Metodología de la Investigación y Estadística. *EDUMECENTRO*, 11(3), 131-144.
- Cuello Contreras, J. (2000). El nuevo derecho penal de menores. *Civitas. España*.
- Chanjan, R. (2014). La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso (Tesis para Abogado). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díaz, I. (2013). El tipo objetivo de los delitos de Colusión, negociación incompatible y patrocinio ilegal en el marco de las contrataciones estatales. 4to bloque de

- Comunicaciones y debates. I coloquio Internacional de investigadores en Derecho, 29 de Noviembre 2013, Universidad de León, Facultad de Derecho.
- Díaz, I. (2016). El tipo de injusto de los delitos de Colusión y Negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano (Tesis de doctorado). Universidad de Salamanca, Salamanca. Recuperado de https://gredos.usal.es/ispul/bitstream/10366/131865/1/ddpg_diazcastilloi_tipoinjustodelitocolusion.pdf
- Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 677 – 2016 de fecha 17 de mayo de 2017 emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Lima. El mencionado recurso de nulidad es cuestionado en los últimos años, en tanto, concede la absolución de Rómulo León Alegría y otras personas en el conocido caso Petroaudios.
- Enríquez, V. (2016). El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de contrataciones del Estado. *Gaceta penal* n° 79. Enero, pp. 77-89.
- Expediente Nro. 2603-2014-96-1401-JR-PE-03, delito de negociación incompatible, caso ex gobernador regional de Ayacucho, Wilfredo Ocorima Nuñez, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Ayacucho.
- Fernández, M., Urteaga, P., & Verona, A. (2015). Guía de investigación en derecho. *Perú. Vicerrectorado de investigación. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: http://cdn02.pucp.edu.pe/education/investigacion/2016/06/10202120/GUIA-DE-INVESTIGACION-EN-DERECHO_D.pdf.*
- Guimaray, E. (2012). Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación Incompatible. Dato anticorrupción. Recuperado de idehpucp.pucp.edu.pe/inp-content/uploads/2012/07/apuntes.de-tipicidad.pdf.
- Guimaray, M.E. (Editor). (2014). Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal. Lima: Idehpucp-Open Society, 2014., p.115.
- Jakobs, G. (1997). Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de Derecho penal*, 293-324.
- Marroú, F., & Anthuanet, J. (2018). El delito de colusión y negociación incompatible desde la perspectiva de nuestra Corte Suprema. PUCP. Lima.
- MINJUS. (2019). Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo. http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

- Montoya, I. (2015). Manual sobre delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de democracia y derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/manual-sobre-delitos-contra-la-administración-publica.
- Nolasco, José, Velarde, Juan, Ayala, Erika, Lopez, Reiser; Manual de Litigación en delitos gubernamentales, Ara editores, Lima, 2011, p.356.
- Peña, D., & Yvot, D. (2019). Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre delito contra la administración pública: cohecho pasivo propio y contra la fe pública: falsificación de documentos, en el expediente N° 00263-2012-18-2-JR-PE-1, del distrito judicial de Tumbes-Zarumilla. 2018.
- Reátegui, J. (2017). Delitos contra la administración pública en el Código Penal. Lima: Jurista editores E.I.R.L.
- Reyes Ríos, L. A., Gamboa, V., & Helin, S. (2017). La imputación concreta en los delitos de negociación incompatible y cohecho en las sentencias emitidas por las salas penales de la provincia de Trujillo, en el periodo 2011-2015.
- Rodríguez, G. (2015). El concepto de funcionario público en el derecho penal y la Problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la administración Pública (Tesis de Maestría). Pontificia Universidad Católica, Lima.
- Rojas Mori, J. S. (2017). Los delitos de corrupción de funcionarios colusión artículo 384 del código penal y el estado de derecho en el Perú.
- Roxin, C. (2014). Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito. *Fernando Velásquez Velásquez*.
- Saenz, D.F. (2017). La aplicabilidad de la teoría de los concursos en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito fiscal de Ancash, Periodo 2014-2015.
- Sáenz, J. M. A., & Vargas, A. E. P. (2019). Problemática del sistema de control interno para erradicar la corrupción en el estado peruano. *YACHAQ-ISSN-L: 2663-4155 (Virtual), e-ISSN: 2617-5495 (Impresa), 1(2), 24-24*.
- Sancinetti, M. (1986). Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones
- Sánchez-Vera, Gómez-Trelles, J. (2002). Delito de infracción de deber y participación delictiva. *Editorial Pons, Madrid-España*.

- Schönbohm, H. (2014). *Manual de sentencias penales: aspectos generales de estructura, argumentación y valoración probatoria: reflexiones y sugerencias*. Ara Editores.
- Sentencia de fecha 08 de Febrero de 2013, del expediente 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- Soto, R., & Quiñones, V. (2017). Estudio de las adquisiciones del estado y tecnologías de información: el caso del sistema electrónico de contrataciones del Estado en Perú. *Revista CIENCIA Y TECNOLOGÍA*, 12(1), 129-144.
- Vaez, P. M. (2017). El tipo penal de colusión. El elemento de contextualización y la probanza de la concertación y del perjuicio patrimonial. pdf. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. PP. 46-75 • ISSN: 2075-6305 • noviembre 2017 • N° 101.
- Vargas, F. R. (2001). *Delitos contra la Administración Pública: delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos...* Grijley.
- Vega, M.W., (2017). Ineficacia de la acusación fiscal por delito de negociación incompatible e incidencia en la expedición de sentencias absolutorias de la sala penal de la corte suprema de justicia por el mismo delito en el periodo 2010-2015.

JURISPRUDENCIA

Casación N° 841-2015- Ayacucho, del 24-05-2016.

Casación N° 231-2017-Puno, del 14-09-2017.

Exp. 183-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 8 de febrero de 2013.

Exp. N° 036-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 29 de mayo de 2012.

R.N. Nro. 1328-2011-PUNO, de fecha nueve de Mayo de dos mil doce, expedido por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

R.N.N° 2464-2014-Lima, del 09-06-2015.

ANEXOS