



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

Lima, 21 de Junio de 2016

OF. Nro.3584-2016-S-SPPCS

Señor Juez Supremo

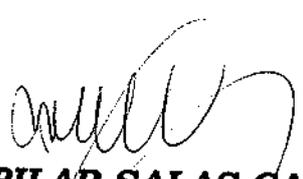
**PRESIDENTE DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL**

Presente.-

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

Dios guarde a usted,




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

PODER JUDICIAL
EQUIPO TÉCNICO DE IMPLEMENTACIÓN DEL CPP

21 JUN 2016

RECIBIDO

Firma:.....



Lpderecho.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

Sumilla: Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen -por sí solos- de relevancia para el Derecho Penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son posibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que -en el marco de una contratación en una situación de emergencia- sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa. Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal.

Lima, veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis. -

SENTENCIA DE CASACIÓN

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

ANTECEDENTES

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,

[Handwritten signature]
21 JUN. 2016



Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpd...cho.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,

2 JUN 2016
Dra. Pilar Salas Campos
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



Lpdadicho.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



21 JUN. 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpde...no.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 841 -2015
AYACUCHO

FUNDAMENTO DE DERECHO

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

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

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,

21 JUN 2016



Dra. Pilar Salas Campos
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

III. ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

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

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

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

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,

21 JUN 2016



Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpdel@o.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



21 JUN 2016
Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es fiel réplica de su original con el que ha sido confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



21 JUN 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



[Handwritten signature]
21 JUN. 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpa@cho.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

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

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es fiel réplica de su original con el que ha sido confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



21 JUN. 2016
Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpden@ho.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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

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

"Artículo 20.- Exoneración de procesos de selección

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

(...)

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es fiel réplica de su original con el que ha sido confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



11 JUN. 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpdel@jco.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

grave peligro o que afecten la defensa y seguridad nacional;
{...}”.

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

"Artículo 23.- Situación de emergencia

Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la Entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional.

En este caso, la Entidad queda exonerada de la tramitación del expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales del presente Decreto Legislativo. El Reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la regularización del procedimiento correspondiente.

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,

2 JUN. 2016



Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

"Artículo 128.- Situación de Emergencia

En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva.



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es fiel réplica de su original con el que ha sido confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



21 JUN 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpdeho.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

B. TRASCENDENCIA PENAL DE LA REGULARIZACIÓN

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es fiel réplica de su original con el que ha sido confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



29 JUN. 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es fiel réplica de su original con el que ha sido confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



12 JUN. 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpaad@cho.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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

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

Vigésimo: En este orden de ideas, los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen -por sí solos- de relevancia para el Derecho penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es fiel réplica de su original con el que ha sido confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



21 JUN 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son posibles de ser subsanados.

La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que -en el marco de una contratación en una situación de emergencia- sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa.

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



21 JUN. 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

C. ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



[Handwritten signature]
JUN. 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpdecho.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remite conforme a ley
Lima,



[Handwritten Signature]
JUN 2018
Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

A. La intervención delictiva en el delito de negociación incompatible

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley
Lima,



21 JUN. 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

"Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley
Lima,

24 JUN 2015



Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpde... ho.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 –2015
AYACUCHO

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

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

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

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

B. Análisis en el caso concreto

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



21 JUN. 2016

[Handwritten Signature]
Dra. Pilar Salas Campos
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

A. La finalidad especial en el delito de negociación incompatible

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley
Lima,



27 JUN. 2016
[Handwritten Signature]

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es fiel réplica de su original con el que ha sido confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



21 JUN. 2016
[Handwritten Signature]
Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpd cho.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

B. Análisis en el caso concreto

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

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

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

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es
fiel réplica de su original con el que ha sido
confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



21 JUN. 2016
Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

S
3
Cuadragésimo primero: Por ello, la Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho al no indicar cuál sería el provecho que tuvieron los procesados Tony Oswaldo HINOJOSA VIVANCO y Edwin Teodoro AYALA HINOSTROZA o el particular, se debe declarar fundado el recurso de casación planteado por la defensa técnica de éstos en dicho extremo.

DECISIÓN

Por estas consideraciones:

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

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



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es fiel réplica de su original con el que ha sido confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



2 JUN 2016
Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpde...ho.pe



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 841 -2015
AYACUCHO

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

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

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

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

S.S.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

JPP/mceb/svl

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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

21 JUN 2016



CERTIFICO: Que la fotostática de la vuelta es fiel réplica de su original con el que ha sido confrontada y al que me remito conforme a ley.
Lima,



21 JUN 2016

Dra. Pilar Salas Campos
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lpderecno.pe