

# PROYECTO ANTICORRUPCIÓN **48**

AÑO: 5 - VOLUMEN 48 - NÚMERO 4 - ABRIL 2015

ISSN 2410-5899

Abril - 2015

**PRESENTACIÓN** "Puertas giratorias" y sistema de administración influenciado: pésima combinación

**COMENTARIO JURISPRUDENCIAL CASO:** "Proyecto Línea de Transmisión Eléctrica de Pampa Galera"

**COMENTARIO JURISPRUDENCIAL CASO:** Wilfredo Ocorima Nuñez y el Gobierno Regional de Ayacucho

**PORQUE NO SOLO PASA EN EL PERÚ**



PROYECTO  
ANTICORRUPCIÓN



**idehpucp**  
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN

ISSN 2410-5899

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PUCP

CALLE TOMÁS RAMSEY 925, MAGDALENA - LIMA, PERÚ

PUBLICACIÓN WEB

[HTTP://IDEHPUCP.PUCP.EDU.PE/ANTICORRUPCION/BOLETIN-INFORMATIVO-MENSUAL/](http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/boletin-informativo-mensual/)

ABRIL 2015

**EDICIÓN:** ERICK GUIMARAY, JULIO RODRIGUEZ, YVANA NOVOA, DAVID TORRES

**DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN:** HUGO ANDRÉ RIMARACHÍN

# CONTENIDO

## PRESENTACIÓN

“Puertas giratorias” y sistema de administración influenciado: pésima combinación

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

CASO: “Proyecto Línea de Transmisión Eléctrica de Pampa Galera”

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

CASO: Wilfredo Ocorima Nuñez y el Gobierno Regional de Ayacucho

## PORQUE NO SOLO PASA EN EL PERÚ



# “PUERTAS GIRATORIAS” Y SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN INFLUENCIABLE: PÉSIMA COMBINACIÓN

Es un asunto social e histórico el hecho que el Estado sea una institución influenciable; y ello es así por una razón principal: los procesos de gestión y ejecución de los que se vale el Estado para cumplir con sus funciones sociales se llevan a cabo por personas de carne y hueso, con preferencias políticas, económicas, religiosas, etc., y además, vinculadas a otras por una serie de aspectos absolutamente entendibles: amistad, familia, amor, etc.

Si a ello le sumamos que se trata de personas que actúan como funcionarios o servidores públicos por mucho tiempo, y además, realizando casi siempre la misma función, tendremos como resultado una red de interés o de comunicación al interior de una entidad: factor de riesgo criminológico de la corrupción. Y es que está probado que la continuidad, que genera redes de interés, genera corrupción.

Nótese que desde un plano absolutamente descriptivo, lo que se detalla suceda en los estamentos medios o bajos de la administración pública, pues casi siempre los cargos directivos tienen una alta rotación, sea por cuestiones políticas o por asuntos estrictamente profesionales. Además, la realidad a la que se hace referencia puede que se haya reducido con el acaparamiento de la tecnología (cuyo principal efecto es el reducir personal, porque una máquina lo puede todo). Sin embargo, cierto es que muchas de las entidades públicas centrales o de provincia se caracterizan por el escenario de permanencia y redes de interés anotado.

Este factor de riesgo, porque eso es, se agrava cuando se añade al panorama personas que hacen las veces de “puertas giratorias” entre el sector público y el sector privado. Cuando sumamos al hecho de la red de interés creado, el caso de personas que de haber trabajado muchos años en el sector público, luego pasan al sector privado, desempeñando actividades comerciales de similar naturaleza a las que hacían en el sector

público, o se valen de la red de interés creada para ser más “competitivos” en el mercado; para “garantizar” la gestión ante el cliente.

Y lo mismo ocurre a la inversa, cuando personas del sector privado pasan a la gestión pública, trasladando una serie de intereses personales al ejercicio de la función pública.

Sin dejar de reconocer que no necesariamente siempre sucede lo que aquí se comenta, nuestra historia judicial más reciente tiene ejemplos de cuando así suceden las cosas. El 2008 un canal de noticias denunció en vivo y en horario estelar, la supuesta conducta delictiva de un ex político del primer Gobierno de Aprista. A quien se le procesó judicialmente, entre otras cosas, por haber gestionado la ilícita convergencia de intereses entre autoridades estatales y postores particulares en el marco de una contratación estatal. Aun cuando habían pasado casi 20 años de haberse desligado de la función pública.

Y hoy en día conocemos la detención de un ex juez de la Corte Suprema involucrado en supuestas actividades delictivas en el marco de una organización criminal.

La experiencia o contactos previos en el sector público convierten a ciertos personajes en cotizados profesionales en el mercado, y eso es algo que le debe preocupar al Estado: ex policías que se convierten en procuradores de estudios jurídicos, ex fiscales que luego se vuelven abogados o ex jueces que luego se transforman en aguerridos defensores privados.

Es justo decir que no en todos los casos tales personas se convierten en gestores corruptos, pero la realidad nos indica que cuando ello suceda algo más se puede hacer. Por ejemplo, trabajar en la sensibilización y concientización de quienes se quedan en el Estado respecto de no tratar “mejor” al ex compañero de trabajo que ahora es un próspero litigante, trabajar con sanciones administrativas ante supuestos de leve gravedad, entre otro tipo de soluciones que encuentren el justo medio entre reacción proporcional y funcionalidad del Estado.

*Erick Guimarães*



## CASO “PROYECTO LÍNEA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA DE PAMPA GALERA”<sup>[1]</sup>



Por Yvana Lucía Novoa Curich  
Área Penal del IDEHPUCP

El caso en el que se inserta esta sentencia es el referido al Proyecto de Transmisión Eléctrica de la Reserva Nacional de Pampa

Galera de Lucanas- Ayacucho, por el cual se imputaba a Alfonso Martínez Vargas (expresidente), José Luis Ramírez Távara

---

1 El 21 de enero de 2015 la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió sentencia para el expediente del Recurso de Nulidad N° 2581-2013, declarando la nulidad de la sentencia del 16 de mayo de 2013 que había declarado fundada la excepción de prescripción interpuesta por la defensa de los acusados Javier Gallegos Barrientos y Fernando Galván Luján, por los delitos de colusión desleal y falsedad ideológica, en agravio del Estado, reformándola y declarando infundado dicho medio de defensa.

(exdirector), Héctor Galván Santa María (jefe regional), Gladys Luna Salas (extesorera) y Manuel Siu Paliza (extécnico contable), funcionarios del Consejo Nacional de Camélidos Sudamericanos (CONACS), el haberse concertado con Javier Gallegos Barrientos y Fernando Galván Luján, miembros del directorio y gerente general de la empresa CONASEPI. Dicha concertación se habría dado para que esta empresa se vea favorecida con el otorgamiento de la buena pro y ejecución de la obra “Proyecto Línea de Transmisión Eléctrica de la Reserva Nacional de Pampa Galera” por la suma de 410 400 soles la primera etapa y 485640 nuevos soles la segunda etapa. Para estos efectos se habría obviado el proceso de selección y contratación correspondiente a la adjudicación directa

pública, causando así perjuicio al Estado pues no se habría actuado conforme a las especificaciones técnicas.

#### A CONTINUACIÓN ALGUNOS EXTRACTOS IMPORTANTES DE LA SENTENCIA:

##### 1. Sobre la prescripción de los delitos contra la administración pública

“Que la Parte Civil (...) en su recurso formalizado (...) sostiene que el Tribunal de Instancia, al amparar la prescripción de la acción penal deducida por los acusados (...), incurrió en error porque no valoró los medios de prueba que acreditan la comisión del delito de colusión desleal y la afectación al patrimonio del Estado porque al aplicar la modificatoria introducida al artículo 384° CP, por la ley n° 29758 (...), no tomó en cuenta que con-



forme con la sentencia emitida en el proceso signado con número 027-2003-AV (caso Saucedo Sánchez y otros), se estableció que una imputación por delito de colusión se refiere a una presunta afectación al patrimonio del Estado y se trata de un delito de resultado, como ocurre en este caso (...); en consecuencia, la conducta de los acusados solo se puede asimilar al supuesto de hecho descrito en el segundo párrafo del artículo 384, con lo que se corrobora que la acción penal no ha prescrito, además que no se consideró la duplicidad fijada en el párrafo final del artículo 80 del Código Sustantivo.”

## 2. Sobre la defraudación en el delito de colusión

“Que en virtud de lo señalado en el fundamento jurídico anterior, corresponde, en primer lugar, establecer si el delito de colusión importa o no una defraudación patrimonial. Al respecto, se advierte que el artículo 384°, en su versión original, y aquel que estuvo vigente al momento de la comisión de los hechos (modificado por Ley número 26713, del 27 de di-

ciembre de 1996), no establecía que para configurar este delito debía existir defraudación patrimonial, pues solo basta la defraudación al Estado a través de la [in]observancia de las normas de contratación, la infracción a la debida administración, o a la fidelidad que el funcionario o servidor público tiene como el Estado.

El problema surgió con la modificación introducida con posterioridad; es decir, con la dación de la Ley número 29703 (...) y la Ley número 29758, que configuró los actos de corrupción en dos párrafos, en el primero no se consigna la palabra “patrimonialmente”, pero el segundo sí la incluye; dicha situación nos llevaría a interpretar que la norma protege supuestos en los que existe perjuicio para el patrimonio del Estado y no en los principios constitucionales que rigen la contratación pública; sin embargo, el Tribunal Constitucional, el 7 de junio de 2012, declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del artículo 384° (...); en consecuencia, nulo y carente de todo efecto



la expresión “patrimonialmente”. Tal situación aclaró el problema planteado; por ello se puede afirmar que no necesariamente debe existir una defraudación patrimonial para que se configure el delito de colusión pues basta que no se respeten las normas constitucionales de contrataciones del Estado para la consumación del mismo; comportamiento que a la larga puede derivar en un perjuicio patrimonial. Por ende, esta conducta implica una potencial defraudación patrimonial, mas no debe existir necesariamente tal defraudación.

Esta posición se respalda con lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según la cual “(...) no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”.



**CONASEV**  
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores

## COMENTARIO

El artículo 80° del Código Penal establece en su último párrafo que “En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica.” Esta norma materializa también la regla contenida en el artículo 41° de la Constitución que establece que “el plazo de prescripción se duplica en casos de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos”.

La razón detrás de esta regla es que el legislador ha dado un tiempo mayor para la persecución del hecho punible cuando el delito no solo constituye un atentado contra el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que implica también una afectación a la seguridad de los bienes del Estado o que son administrados por él. Esto se encuentra explicado también en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 el cual además ha establecido ciertos requisitos o presupuestos para que se aplique la duplicidad de la prescripción:

- Que exista una relación funcional entre el agente



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ



infractor especial del delito y el patrimonio; de manera que la prescripción solo operará frente a los funcionarios públicos intraneus que cometan un delito de corrupción que afecte al patrimonio del Estado.

- Que dicho vínculo entre funcionario y patrimonio estatal implique que aquel pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre los bienes públicos, sin ser necesaria una tenencia material directa.
- Las funciones de administración, percepción o custodia sobre bienes (competencia funcional específica) pueden ser atribuidas por orden administrativa. Entonces, un funcionario que primigeniamente no cuente con dichas facultades, puede recibir competencia funcional específica a través de una disposición verbal.

Es muy importante señalar al respecto que si bien los delitos de peculado y malversación en la práctica son los que normalmente suponen una afectación al patrimonio del Estado, es indispensable analizar cada caso concreto “toda vez que es posible que otro tipo

de delitos de corrupción cumplan con estos requisitos”<sup>[1]</sup>, como por ejemplo, el delito de colusión o el de negociación incompatible.

Pues bien, uno de los puntos controvertidos del presente caso es determinar si se debe aplicar la duplicidad del plazo de prescripción para lo cual es necesario determinar primero si en el caso concreto se ha lesionado el patrimonio del Estado. No obstante, la discusión dentro de la sentencia ha girado en torno a si la colusión se trata o no de un delito de resultado que exija perjuicio económico. Como lo hemos mencionado arriba, no se requiere que estemos ante un delito que exija como resultado expresamente el perjuicio patrimonial al Estado, sino simplemente si en los hechos este perjuicio ha sido causado de alguna manera.

En el presente caso la Sala determinó que sí se defraudó patrimonialmente al Estado y, por

1 MONTOYA VIVANCO, Yván. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 66.

lo tanto, corresponde la aplicación de la duplicación del plazo de prescripción.

Por otro lado, con respecto al elemento “defraudación” del tipo penal de colusión, nos parece muy acertado que la Sala haya recalcado que la defraudación no se circunscribe solamente al daño al patrimonio del Estado, sino que defraudar implica también no observar las obligaciones y principios provenientes de las normas de contratación estatal o, de igual manera, incumplir deberes extrapenales que el ordenamiento espera que los funcionarios y servidores públicos cumplan en el marco de una contratación pública. En general, defraudar implica no cumplir con los deberes que los funcionarios públicos voluntariamente han asumido con el cargo, esto es, obligaciones propias de lo que se consideraría una buena o debida administración pública.

Al respecto, el poder judicial se ha pronunciado por medio de reiterada jurisprudencia señalando lo siguiente:

“El delito de colusión exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con

los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales, de ahí que se trata de un delito de resultado cuyo desvalor de acción supone la realización de un concierto fraudulento. En ese contexto, el delito de colusión ilegal contempla como número rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado. En ese sentido, el delito de colusión ilegal supone la infracción de los deberes de lealtad y probidad inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial por parte del funcionario o servidor público que tienen el deber de actuar con veracidad durante el ejercicio

funcional”.<sup>[2]</sup>

De igual manera, resulta totalmente pertinente que la Sala haya citado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción cuyo artículo 3 establece que para considerar un delito como delito de corrupción, no es necesario exigir que el patrimonio del Estado se vea afectado. Y es que

“las prácticas de corrupción van desde aquellas casi imperceptibles que se cometen en ámbitos privados de la vida cotidiana hasta grandes operaciones de repercusión internacional. Ello genera que el derecho penal de los Estados frecuentemente resulte insuficiente para la represión de estas conductas, lo cual hace necesario establecer consensos, mínimos de actuación y acuerdos de cooperación”.<sup>[3]</sup>

La Convención ONU y la Convención Interamericana contra la Corrupción son instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico peruano y, en este sentido, constituyen normas que deben ser observadas de manera obligatoria por todos los funcionarios públicos y, sobre todo, por los jueces. Ello en virtud del artículo 55° de nuestra Constitución que establece que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Es decir, Perú es un Estado que se sujeta al sistema monista, por el cual se considera que el sistema internacional y ordenamiento jurídico estatal son uno solo y no distintos.<sup>[4]</sup>

Los tratados internacionales sobre la materia no son solo fuente de obligaciones internacionales sino que son herramientas sumamente

2 Exp. 27-2003-AV, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de setiembre de 2011. En: GUIMARAY MORI, Erick (editor). Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 75-76.

3 BREGAGLIO LAZARTE, Renata. “La implementación de las convenciones in-

ternacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas auto-ejecutivas en el derecho”. En: MONTOYA VIVANCO, Yván y otros. *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, .p 165.

4 BREGAGLIO LAZARTE, Renata. *Ibidem*, p. 168.



valiosas de interpretación de las normas de derecho interno. Ello, sin perjuicio de que los tratados deban ser aplicados, al menos en sus disposiciones autoaplicativas, dentro del país en virtud del principio *pacta sunt servanda* (no se pueden invocar normas de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado) así como del principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones, ya que de lo contrario, Perú incurriría en responsabilidad internacional por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Siendo esto así, los tratados internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción son instrumentos indispensables para la lucha contra la corrupción. Recordemos que esta última ha sido considerada por el Tribunal Constitucional [en la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley 29703] como un interés o mandato constitucionalmente protegido. Esto justifica la obligación que tienen los poderes del Estado de velar por el cumplimiento y aplicación de dichos tratados.

En conclusión, el delito de colusión no exige, para su configuración, la defraudación patrimonial al Estado en virtud de la interpretación obligatoria que establece la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención Interamericana, de conformidad con los principios constitucionales sobre contratación pública y en relación con la importancia de la lucha contra la corrupción como interés o mandato constitucionalmente protegido. Realizar una interpretación que circunscriba el delito de colusión solo a aquellos casos de perjuicio patrimonial constituiría una interpretación que favorece la impunidad de un gran universo de casos de corrupción y, por tanto, estaría en contra de los principios y mandatos constitucionales.

## CASO WILFREDO OSCORIMA NUÑEZ Y EL GOBIERNO REGIONAL DE AYACUCHO



POR EQUIPO DEL ÁREA PENAL  
DEL IDEHPUCP

El 29 de noviembre de 2011 el Gobierno Regional de Ayacucho convocó al proceso de licitación pública N° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL para la adquisición de maquinarias en el proyecto Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Servicio de Equipo Mecánico. A pesar de ello, dicho proceso de licitación fue cancelado mediante Resolución Ejecutiva

Regional N° 1409-2011-GRA-PRES del 20 de diciembre de 2011 tras haberse declarado en situación de emergencia la red vial de la Región Ayacucho[1]. Ello permitió que la adquisición de las maquinarias se realice sin el proceso de licitación anteriormente mencionado.

---

1 Acuerdo Regional N° 109-2011-GRA/CR del 20 de diciembre de 2011.

Esta situación fue observada por el OSCE y la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas. Quienes mediante oficios N° E-67-2011/DSU-WS y el informe N° 004-2012-EF/63.01, respectivamente, se pronunciaron en el sentido de que no existía situación de amenaza alguna y que se identificaban 23 observaciones al proceso de exoneración de licitación pública. Sin embargo, el Presidente Regional de Ayacucho decidió continuar con dicho proceso. Esta decisión se sustentó en los informes del Sub Gerente de Defensa Civil del Gobierno Regional de Ayacucho, Richer Reyes Araujo, del Director del Servicio Mecánico del Gobierno Regional de Ayacucho, Carlos Cappeletti Zúñiga, del Director Regional de Transportes y Comunicaciones del Gobierno Regional de Ayacucho, Pavel Torres Quispe, y del Director de Caminos del Gobierno Regional de Ayacucho, Rafael Vargas Lindo. Según la Fiscalía, dichos informes no tendrían “la justificación técnica



prevista en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, y el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Gestión de Riesgo y Desastres”[2].

De esta manera, el Gerente General del Gobierno Regional de Ayacucho, Tony Hinojosa Vivanco, contrató con las empresas Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones USA EIRL, San Bartolomé S.A y Unimaq S.A. Por su parte, el Jefe de Abastecimiento del Gobierno Regional de Ayacucho, Edwin Ayala Hinostroza se encargaría de la adquisición de las maquinarias. Así pues, fueron adquiridas a la empresa Ferreyros 3 excavadoras hidráulicas, 4 rodillos vibratorios, 4 tractores orugas y 4 cargadores frontales; a la empresa Tracto Camiones, 1 tractor buldozer, 4 tanques de metal-cisterna, 4 tractores llanta- tractor de tiro; mientras que a la empresa San Bartolomé, 3 camionetas 4x4,

2 Considerando 4.2.

mientras que a la empresa Unimaq, 2 torres metálicas de 24 metros. Todo ello por un monto que asciende a los S/.18'328.962,54.

Cabe mencionar que incluso se excluyó de este proceso a los postores Komatsu y Volvo por supuestamente no haber presentado una propuesta técnica y económica a pesar de que este requisito no se exige en los procesos de exoneración. Asimismo, las órdenes de compra se emitieron con anterioridad a las fechas pactadas para el proceso de licitación.

Todo ello devino en que la Fiscalía acuse a Wilfredo Ocorima, Tony Hinojosa y Edwin Ayala por el delito de negociación incompatible. Asimismo, la Fiscalía dejó de lado una posible acusación por el delito de colusión por falta de elementos de convicción que acrediten el elemento de la concertación. Se señala en este sentido que los proveedores

“han presentado sus cotizaciones a requerimiento del Gobierno Regional de Ayacucho, incluyendo su cotiza-

ción en soles y han solicitado los plazos de ampliación de entrega de maquinarias en forma documentada, y no en forma subrepticia u oculta que caracteriza la concertación con el objetivo de defraudar al Estado (...) más aun teniendo en cuenta que para acreditar la concertación se utiliza la prueba indiciaria (...)”[3].

Ante ello, la defensa de Wilfredo Ocorima planteó un conjunto de críticas a la teoría del caso y a la imputación realizada por el Ministerio Público. A continuación, resumiremos algunos de los principales argumentos de la defensa del Presidente Regional de Ayacucho:

### CRÍTICAS A LA IMPUTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO REALIZADAS POR LA DEFENSA DE WILFREDO OSCORIMA

La defensa de Wilfredo Ocorima señaló en su alegato de apertura que no existe un interés indebido. Ello en la medida de que las empresas beneficiadas y sus representantes (Ferreyros, Unimaq, San Bartolome y Comatzu) no están

3 Fundamento 4.1.2.





procesados. Más aún, de acuerdo a la defensa del acusado, el interés indebido queda desvirtuado en el momento en que se dictó el acto de sobreseimiento respecto a la investigación realizada en contra de los supuestos beneficiarios.

De esta manera, la defensa alega que al haberse probado que no existía interés indebido de las empresas beneficiadas no estamos frente a un caso de negociación incompatible. Toda vez que no existe un interés privado que haya provocado el sacrificio de un interés público. Dicho en otras palabras, no existe conflicto de

interés porque no hay un interés privado.

En esta línea, la defensa indicó lo siguiente:

“La negociación incompatible demostraremos es cuando yo, funcionario público, otorgo la buena pro para que se venda maquinarias porque yo soy accionista de Comatzu, o porque tengo un amigo que es accionista de Comatzu y hago el doble interés que establece la doctrina y la jurisprudencia. En este caso (...) no existe porque ya no se puede probar un interés particular indebido porque hay un auto

de sobreseimiento definitivo que genera cosa juzgada”

Teniendo en cuenta los argumentos de la defensa procederemos a analizar qué se entiende por interés indebido en el delito de negociación incompatible.

### **SOBRE EL INTERÉS INDEBIDO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

El artículo 399° del Código Penal tipifica el delito de negociación incompatible de la siguiente forma:

“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 (...)”.

Como todo delito de corrupción, el delito de negociación incompatible tiene como bien jurídico protegido la función legal y prestacional de la administración pública. Ahora bien, el objeto del bien jurídico (o bien jurídico específico) es la imparcialidad de la administración pública en las licitaciones y contrataciones públicas. Dicho con otras palabras, se busca proteger la imparcialidad que se debe garan-

tizar frente a los administrados 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 coherente afirmar que el tipo penal no exige que el interés haya sido garantizado por la empresa beneficiada. Ello en la medida de que la imparcialidad de la administración pública se verá afectada desde el momento en que el funcionario público interviene en una contratación y actúa fuera de su rol de servidor público con la expectativa de que una persona jurídica o natural lo beneficie.

Es por este motivo que la doctrina ha afirmado que la negociación incompatible constituye una figura de peligro que supone el adelantamiento de las barreras del Derecho Penal<sup>4</sup>. De esta manera, el Derecho penal no esperará que el interés produzca un resultado o que el funcionario público se coluda con la empresa pública para garantizar su interés parti-

4 ABANTO VASQUEZ, Manual. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Lima: Grijley, 2003, p. 506.





cular. Sino que intervendrá desde el momento en que el servidor público cometa un acto contrario a su rol con el objetivo de satisfacer intereses distintos al interés público.

En este sentido, Manual Abanto señala lo siguiente:

“(...) el interesarse puede ser interpretado de dos sentidos distintos: como la obtención de interés o como actuación interesada (actuar con tendencia beneficiante). Sólo esta última puede ser la in

terpretación correcta, pues el verbo rector no se refiere a ninguna conducta de resultado. La obtención del beneficio puede, por lo demás, ser abarcada por figuras autónomas más como el fraude de la Administración Pública o colusión ilegal o el peculado”<sup>5]</sup>

Del mismo modo, nuestra jurisprudencia señala:

<sup>5</sup> Ídem, p. 510.

“(...) se tiene en cuenta que tal interés significa que el agente pública 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 (...)”<sup>[6]</sup>

De esta forma, no será necesario que se garantice o satisfaga el interés particular, sino que bastará que el sujeto activo actúe fuera de su rol de funcionario público, guiándose no por el interés público sino por la expectativa de recibir un beneficio privado. Así, la jurisprudencia señala lo siguiente:

“(...) 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”<sup>[7]</sup>

Respecto al caso particular, podemos decir que resulta a toda luz irrelevante que las empresas beneficiarias hayan sido excluidas del proceso penal, toda vez que el tipo penal no exige la concertación entre dichas personas jurídicas y los funcionarios públicos. Sino que es suficiente que los acusados hayan cometido actos contrarios a su rol de funcionarios públicos con el objetivo y/o 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 advertir que ha existido un interés indebido? De acuerdo a nuestra jurisprudencia el interés indebido se demuestra a través de la prueba

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

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



indiciaria. Esta prueba indiciaria se construye a partir de las irregularidades que giran en torno a la contratación pública<sup>[8]</sup>.

En el caso en particular, de encontrarse sendas irregularidades en la contratación de las empresas beneficiadas podríamos arribar a la conclusión que estamos ante una negociación incompatible. La falta de objetividad al momento de seleccionar a las empresas beneficiadas, la exclusión indebida de 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 Inversiones 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, analizados a la luz del presente caso, podrían evidenciar la presencia del delito de negociación incompatible.

---

8 Ver: R.N.3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013.

*Porque no solo  
pasa en el Perú...*

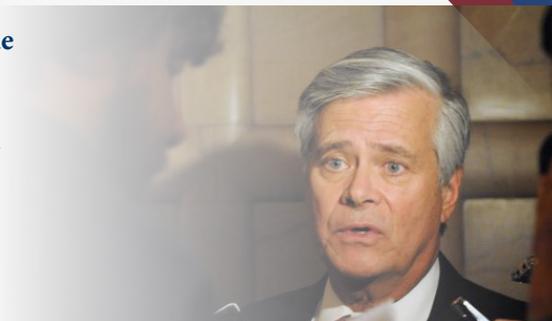


## Arrestan a líder la mayoría del Senado de NY por corrupción

El líder de la mayoría del Senado Dean Skelos de 67 años y su hijo Adam de 32, fueron arrestados esta mañana por las autoridades federales y acusados por cargos de corrupción.

Tanto padre como hijo enfrentan seis cargos por corrupción, aceptar sobornos, fraude electrónico y extorsión.

Seguir leyendo en... <http://j.mp/1KWBRk8>



## Funcionario anticorrupción encontrado culpable de corrupción

El subsecretario de la comisión de control disciplinario de la provincia meridional china de Guangdong, Zhong Shijian, está bajo investigación por supuestas “graves violaciones de la disciplina y la ley”, el máximo cuerpo anticorrupción de China. Zhong había sido criticado durante su periodo como intendente de Zhuhai. Bajo su dirección, la ciudad gastó 8 millones de yuanes (unos US\$ 1,3 millones) en más de treinta pinos bu-distas en el centro de la ciudad, un gasto justificado en nombre del embellecimiento público.

Seguir leyendo en... <http://j.mp/1bJwckM>



## Transparencia Internacional: “Sector privado debe cambiar de actitud frente a corrupción”

José Ugaz, presidente del organismo, consideró que son los empresarios y el sector privado quienes suelen alentar, en algunos casos, estas actividades delictivas. “Hay actores privados que incentivan o se prestan a los juegos de corrupción y estas personas son tan responsables como los funcionarios del sector público implicados en este tipo de casos”, señaló Ugaz.

Seguir leyendo en... <http://j.mp/1zRVxED>



## Percepción sobre corrupción en Uruguay es la más baja del Mercosur

De acuerdo a un informe presentado por la Junta de Transparencia y Ética Pública, Uruguay cuenta con el índice de percepción de corrupción más bajo entre los países del Mercosur. Los resultados comparan la situación de Uruguay con el resto del mundo y más en concreto con los países que, junto a él, conforman el Mercado Común del Sur (Mercosur): Argentina, Brasil, Paraguay y Venezuela y con Bolivia, que está en proceso de adhesión al bloque.

Seguir leyendo en... <http://j.mp/1K0XToi>





PROYECTO  
**ANTICORRUPCIÓN**