

UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO



CONFIGURACIÓN OBJETIVA DEL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LAS CONTRATACIONES
CON EL ESTADO EN SITUACIONES DE EMERGENCIA EN LA
LEGISLACIÓN PERUANA

Tesis para optar el Título profesional de Abogado

Bach. MADELYN CELENIA CACHA ROBLES

Asesor:

Mag. PEPE MELGAREJO BARRETO

Huaraz – Perú

2023





FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO
TOMO I - FOLIO 031 - AÑO 2023 - FDCCPP

MODALIDAD: TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las diecisiete horas del día martes veintitrés de mayo del dos mil veintitrés. Se reunieron en la Sala de Audiencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

Mag. FLORENTINO OBREGON OBREGON : PRESIDENTE
Mag. YUL ALEXANDER NEIRE ROBLES : SECRETARIO
Mag. PEPE ZENOBIO MELGAREJO BARRETO : VOCAL

Con el objeto de examinar la Sustentación de Tesis, titulada: "CONFIGURACIÓN OBJETIVA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO EN SITUACIONES DE EMERGENCIA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA" de la bachillera CACHA ROBLES MADELYN CELENIA, para OPTAR el Título Profesional de Abogada.

Acto seguido, la bachiller fue llamada por su nombre e invitada a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual, fue examinada en relación a la tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse para la deliberación.

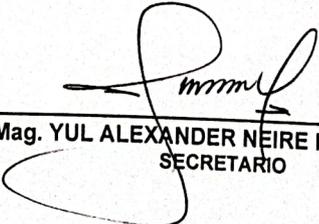
Obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : Dieciséis (16)

RESULTADO : APROBADA

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** la Declara: APTA
para que se le otorgue el Título Profesional de Abogada. Con lo que concluye el Acto, siendo las 18:20 pm horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.


Mag. FLORENTINO OBREGON OBREGON
PRESIDENTE


Mag. YUL ALEXANDER NEIRE ROBLES
SECRETARIO


Mag. PEPE ZENOBIO MELGAREJO BARRETO
VOCAL

Anexo de la R.C.U N° 126 -2022 -UNASAM
ANEXO 1
INFORME DE SIMILITUD.

El que suscribe (asesor) del trabajo de investigación titulado:

Configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana

Presentado por: Cacha Robles, Madelyn Celenia

con DNI N°: 75799542

para optar el Título Profesional de:

Abogada

Informo que el documento del trabajo anteriormente indicado ha sido sometido a revisión, mediante la plataforma de evaluación de similitud, conforme al Artículo 11° del presente reglamento y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de : ...15%... de similitud.

Evaluación y acciones del reporte de similitud de los trabajos de los estudiantes/ tesis de pre grado (Art. 11, inc. 1).

Porcentaje			
Trabajos de estudiantes	Tesis de pregrado	Evaluación y acciones	Seleccione donde corresponda <input type="radio"/>
Del 1 al 30%	Del 1 al 25%	Esta dentro del rango aceptable de similitud y podrá pasar al siguiente paso según sea el caso.	<input checked="" type="radio"/>
Del 31 al 50%	Del 26 al 50%	Se debe devolver al estudiante o egresado para las correcciones con las sugerencias que amerita y que se presente nuevamente el trabajo.	<input type="radio"/>
Mayores a 51%	Mayores a 51%	El docente o asesor que es el responsable de la revisión del documento emite un informe y el autor recibe una observación en un primer momento y si persistiese el trabajo es invalidado.	<input type="radio"/>

Por tanto, en mi condición de Asesor/ Jefe de Grados y Títulos de la EPG UNASAM/ Director o Editor responsable, firmo el presente informe en señal de conformidad y adjunto la primera hoja del reporte del software anti-plagio.

Huaraz, 26/02/2023



Apellidos y Nombres: FIRMA
Melgarejo Barreto, Pepe Zenobio

DNI N°: 08539143

Se adjunta:
1. Reporte completo Generado por la plataforma de evaluación de similitud

DEDICATORIA

A mi papa, Loel y a mi mama Sonia quienes siempre han sido el motor y fortaleza de todos mis pasos y porque sé que sin ellos no lo hubiera logrado; a mis hermanas Jennifer y Nayeli que día a día me llenan de fuerza y son mi luz en todo momento; sin duda alguna a mis papitos Luciano y Manuel que desde donde están siempre fueron mi guía y a mis mamitas Victoria y Marina por su amor incondicional y sus grandes consejos y enseñanzas.

Madelyn Celenia

AGRADECIMIENTO

El presente trabajo es el resultado de la formación universitaria recibida por los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Agradezco a mi querida Alma Mater, a mi asesor, Dr. Pepe Melgarejo Minaya por su apoyo, a mis docentes y compañeros de clase; asimismo, agradezco a mi familia, mis padres Loel y Sonia, mis queridos tíos y mis más cercanos amigos por su apoyo incondicional y por estar junto a mí en todo este proceso.

Madelyn Celenia



RESUMEN

El delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, para gran parte de la doctrina y la jurisprudencia vendría a ser un delito de peligro abstracto, sin embargo esto convierte al Derecho penal en un derecho de presunciones. Por otro lado, las pericias actuadas en situaciones de emergencia, son pericias que no se pronuncian sobre la naturaleza misma de la emergencia, conllevando a no abordar de manera adecuada la actividad probatoria el mencionado delito.

Bajo esas circunstancias, *el objetivo general* del presente trabajo fue determinar los fundamentos dogmáticos en la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia; así, luego del análisis tanto normativos como jurisprudenciales se llegó a los *resultados*, que los fundamentos dogmáticos se cimientan en la del riesgo permitido, en el peligro concreto de la negociación incompatibles, la misma que es determinada a través de una pericia institucional. Siendo así, se llegó a la *conclusión*, que el tratamiento normativo como jurisprudencial, debe partir por considerar al delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia como delito de peligro concreto, la misma que se determina a través de una pericia institucional.

El tipo en investigación, fue el dogmático jurídico, en ese sentido tuvo como su principal fuente a la ley; por otro lado el *método empleado* fue el descriptivo como el de la argumentación, utilizando a la vez la técnica como el análisis documental, la ficha de resumen como de comentario.

PALABRAS CLAVES: Pericia institucional – peligro inminente – situación de emergencia – negociación incompatible.

ABSTRACT

The crime of incompatible negotiation in emergency situations, for a large part of the doctrine and jurisprudence, would become a crime of abstract danger, however, this makes criminal law a right of presumptions. On the other hand, the skills carried out in emergency situations are skills that do not rule on the very nature of the emergency, leading to not adequately addressing the evidentiary activity of the aforementioned crime.

Under these circumstances, the general objective of the present work was to determine the dogmatic foundations in the objective configuration of the crime of incompatible negotiation in contracting with the State in emergency situations; Thus, after both normative and jurisprudential analysis, the results were reached, that the dogmatic foundations are based on the risk allowed, on the concrete danger of incompatible negotiation, the same that is determined through an institutional expertise. Thus, it was concluded that the normative and jurisprudential treatment must start by considering the crime of incompatible negotiation in emergency situations as a crime of concrete danger, the same that is determined through an institutional expertise.

The type under investigation was the legal dogmatist, in that sense he had the law as his main source; On the other hand, the method used was descriptive as well as argumentation, using at the same time the technique such as documentary analysis, the summary sheet as a commentary.

KEY WORDS: Institutional expertise - imminent danger - emergency situation - incompatible negotiation.

INDICE

RESUMEN.....	iv
ABSTRACT	v
INDICE	vi
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I.....	14
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.1. Descripción del problema	14
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	17
1.2.1. Problema general.....	17
1.2.2. Problemas específicos	17
1.3. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA	17
1.4. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD DEL PROBLEMA	17
1.5. FORMULACIÓN DE LOS OBJETIVOS	20
1.5.1. Objetivo general	20
1.5.2. Objetivo específico.....	20
1.6. FORMULACIÓN DE LOS OBJETIVOS	20
1.6.1. Hipótesis general.....	20
1.6.2. Hipótesis específicas	21
1.7. VARIABLES E INDICADORES.....	21

1.8.	MÉTODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	22
	CAPÍTULO II.....	28
II.	MARCO TEÓRICO	28
2.1.	Antecedentes	28
2.2.	Bases teóricas	34
2.2.1.	Aspectos dogmáticos del delito de negociación incompatible.....	34
2.2.2.	Sobre el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible.....	38
2.2.3.	Sobre el interés indebido en el delito de negociación incompatible	40
2.2.4.	Teoría de la imputación objetiva y los delitos de infracción del deber	42
2.2.5.	Sobre la autoría y participación en los delitos funcionariales.....	45
2.2.6.	Expansión del derecho penal y la legitimidad del adelantamiento de las barreras punitivas como protección de bienes jurídicos	46
2.2.7.	El derecho penal en la sociedad de riesgos	49
2.2.8.	La imputación objetiva y el instituto del riesgo permitido	52
2.2.9.	Sobre las teorías de los delitos de peligro	54
2.2.10.	Delito de peligro abstracto	58
2.2.11.	Sobre el peligro concreto en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia.....	62
2.2.12.	Sobre las contrataciones del estado	67

2.2.13.	Sobre el fraccionamiento en el texto único ordenado de la ley de contrataciones del estado y su reglamento	70
2.2.14.	Contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia.....	73
2.2.15.	La prueba demostrativa del grave peligro en situaciones de emergencia	76
2.2.16.	Sobre la pericia institucional y su finalidad en las contrataciones con el Estado	82
2.2.1.	Sobre la calidad técnica de las pericias institucionales.....	85
1.9.	Definición de términos.....	87
CAPÍTULO III		89
III.	RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN.....	89
3.1.	Resultados normativos	89
3.2.	Resultados jurisprudenciales.....	101
CAPÍTULO IV		111
IV.	DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	111
4.1.	Discusión doctrinaria	111
4.2.	Discusión jurisprudencial.....	127
4.3.	Discusión normativa.....	134
4.4.	VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS.....	141
4.4.1.	Validación de la hipótesis general.....	141
4.4.2.	Validación de las hipótesis específicas	144

CONCLUSIONES.....	147
RECOMENDACIONES	148
V. Referencias	149



INTRODUCCIÓN

Se debe reconocer, que en nuestro país, es el Estado un elemento celular de toda la actividad económica, ello porque su presencia es visible mediante diferentes instrumentos, entre los que resalta el contrato. Tal como refiere el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, del 2017 al 2019, en cuanto a los contratos sobre adquisición de bienes, servicios u obras por parte del estado, se advierte una suma de S/ 40.000 millones, representando el 25 o 30% del presupuesto anual de la república.

En este marco, la norma prescribe el procedimiento, excepciones y las responsabilidades, en relación a los contratos donde interviene el Estado. Aunque, cabe resaltar que, antes de la entrada de la vigencia de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE), en setiembre del 1998, los contratos donde intervenía el Estado se regulaban por diversos dispositivos legales, entre los que destacaba, diversos reglamentos.

De modo que, desde la Ley N°26850, los esfuerzos estatales se han enfocado en la unificación normativa que regulen dichos contratos, que previamente se regían por normas precipitadas, aunque la contratación se caracteriza por ser especializada, los esfuerzos que se realicen para hacerla pública hace que nos acerquemos a una frondosidad normativa anterior a 1998.

En cuanto al estado de arte o estado de la cuestión, el 11 de julio del 2014, entra en vigencia la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°350-2015-EF, y que fue publicado el 9 de diciembre de 2015. Siendo la primera modificada se dio a través de los Decretos

Legislativos N°1341 y N°1444. Asimismo, el Reglamento fue derogado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF, y con el mismo se publicó un nuevo reglamento aprobado el Reglamento de la Ley N.º 30225 y fue modificado por D. S N.º 377-2019-EF y Decreto Supremo N.º 168-2020-EF. En los que, se advierten modificaciones en cuanto a la anterior Ley de Contrataciones del Estado (el Decreto Legislativo N°1017).

A pesar de ello, las normas emitidas no han definido o delimitado lo que se debe entender por peligro p peligro inminente, en casos de situaciones de emergencia, lo que ha ocasionado una interpretación no consensuada del delito de negociación incompatible, en especial en cuanto a la determinación del peligro concreto que exige la LCE.

De otro lado, en la normativa penal, la Ley N°30214, que entró en vigencia el 29 de junio del 2014, incorporó al Artículo 201-A al Código Procesal Penal de 1991, donde define a los Informes de la Contraloría General de la República, como aquellos efectuados lejos del proceso penal, en calidad de pericia institucional, que por su importancia, relevancia y finalidad tienen calidad de prueba en el proceso penal, sobre todo en cuanto a los costos de contratación con el Estado, porque esta permite manifestar el peligro concreto en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia.

Así el capítulo I, versará sobre la formulación del problema general de la presente investigación, que se centra en la delimitación de las bases dogmáticas en cuanto a la configuración objetiva del delito de negociación incompatible, en específico las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la normativa peruana, a la vez, se pretende identificar las consecuencias dogmáticas y

procesales que conlleva la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia, así como describir los problemas actuales en la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en la contratación con el Estado cuando suscitan situaciones de emergencia en la normativa nacional.

En consecuencia, al establecerse los objetivos, este capítulo, defiende ciertas hipótesis, siendo la general el que, las bases dogmáticas nacen de la teoría de la imputación objetiva, la que nos permite desarrollar las conductas funcionariales que se enmarcan o no dentro del riesgo permitido; además, se acreditará dogmáticamente el peligro concreto se exige en los contratos en estado de emergencia, siendo ahora un elemento normativo del tipo; finalmente, es menester tanto la presentación como la actuación de una pericia institucional, al ser una pericia especializada que versará conforme a la naturaleza de la emergencia. Además, en el mismo capítulo, se resalta la importancia del trabajo, siendo la misma, coadyuvar a la dogmática penal como al operador de justicia, en la decisión judicial cuando se presentan contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia.

Así también, *el capítulo II* versa sobre los trabajos a nivel de tesis de licenciatura, maestría y doctorado, las que han demostrado que la presente propuesta de la tesista es novedoso y original. Además, se desarrolla el marco teórico, que se encuadra en la teoría de la imputación objetiva, que desarrolla el riesgo permitido, el rol funcional de los servidores o funcionarios públicos, también se desarrolla sobre el peligro concreto en el delito de negociación

incompatible, y la determinación de la pericia institucional, para luego culminar con la definición de terminos, siendo importante en este trabajo.

En los capítulo III y IV se presentan los resultados y el análisis de los resultados, así desde la doctrina como de la jurisprudencia se puede apreciar que el delito de negociacion incompatible carece de uniformidad en cuanto a si es un delito de peligro concreto o abstracto, o cual es el bien jurídico de protección. En la discusión y análisis de los resultados normativos la LCE y su reglamento hasta la fecha no ha establecido qué se debe entender por peligro grave o peligro inminente en contrataciones en situaciones de emergencia. Llegando a la conclusión que es necesario establecer criterios objetivos en la determinación del delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, la misma que desde la postura de la tesista partiría de considerar al mencionado delito en un delito de peligro concreto, la misma que se demostrará en el proceso penal a partir de una pericia institucional.

Y para finalizar, se presentan las conclusiones, siendo la general y principal que los fundamentos dogmáticos en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, parte por considerar a esta como un delito de peligro concreto, por lo tanto ese peligro concreto se debe de demostrar en el proceso, para la cual será la pericia institucional la que se demuestre ese peligro concreto. Por último, en este capítulo se presentan las recomendaciones, las mismas que están orientadas a la mejora legislativamente como jurisprudencialmente con respecto al delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia.

CAPÍTULO I

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema

Realizar trabajos de análisis teóricos refiere Rojas (2007) representa un retos que nos lleva a dar soluciones creativas, aunque no heroicas, por parte del investigados, y del hecho cuando la investigación versa sobre delitos de corrupción, por su complejidad, esta se resumen en un debate formal, dejando de lado el meollo del asunto.

En el **estado de la cuestión**, el Estado para satisfacer las necesidades del pueblo necesita de la administración, entonces esta administración pública, se convierte en un servicio directo del Estado a la sociedad, es la forma más extendida del poder público, esta es la materialización misma del Estado en la sociedad, representa el puente entre el Estado y la ciudadanía, porque el Estado encuentra su “razón de ser” en el servicio al ciudadano, mediante los actos de la administración, o ese crea el sentido de la creación de Estados cuando suscito la Revolución Francesa.

En consecuencia, si es un deber del estado dar servicio al ciudadano mediante la administración, la comisión de los delitos de corrupción de funcionario representa una clara transgresión del fundamento mismo del Estado porque se quebranta los deberes del mismo. Por ello, la intervención del derecho penal es justificada para establecer una tutela penal a la administración pública, y que esta realice un efectivo servicio social.

En el **diagnóstico de la presente investigación**, se tiene que la fuente directa del delito de negociación incompatible se puede encontrar en el Art. 345 CP del código de 1924 , cuando establece “el funcionario o empleado público que directa

o indirectamente se interesa en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir en razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial (...), la cual, según Rojas (2007) versa sobre una noción figura de incompatibilidad general, aplicable a todo tipo de contratos, y no solo a los de naturaleza específica, sin embargo, el legislador peruano a optado por ubicarla dentro de los delitos de corrupción de funcionarios públicos.

En el **diagnóstico de la investigación**, se tiene que el problema identificado en cuanto al delito de negociación incompatible, es cuando esta se realiza dentro del contexto de Estados de emergencia, pues este desdoblamiento del agente que habla Greus (2015), la que trata sobre una metáfora contractual o modo de daño a los recursos, o la simulación de contratos, cuando fácticamente se trata de una autocontratación delictiva, como la define Pablo Mañalich, ha conllevado a incorrectas interpretaciones por parte de la Corte Suprema, pues esta parte de la premisa que el 80% en casos son faltas administrativas y mas no delito de negociación incompatible, sin embargo, la misma Corte no ha determinado la clasificación del delito de negociación incompatible, pues no ha consensuado no estamos ante un delito de peligro abstracto o peligro concreto, esto es importante porque dependiendo de qué delito sea el proceso penal tendrá diferente rumbo.

Un segundo problema es que en estado de emergencia y peligro inminente, la ley de contrataciones con el Estado y el reglamento de la misma afirma que se lleva a cabo una actuación inmediata, pero no establece un marco conceptual que nos permita entender que es un estado de emergencia o peligro inminente, de modo que este vacío existente en la ley da pie a que el funcionario o administrador público celebren y ejecuten contratos en base a su propia discreción, lo que conlleva a

efectuarse compras direccionadas, o adquiriendo bienes innecesarios, o evadiendo el control de calidad necesario o también realizando pitufeos de compras, para evadir todo control de la misma.

En la misma línea, es muy frecuente que en los proceso por delito de negociación incompatible en Estados de Emergencia, se presenten pericias civiles, sin embargo desde este trabajo de investigación se parte que presentar estas pericias no son las idóneas dentro de este proceso especial en Estado de emergencias, pues estas no se pronuncian según la naturaleza de la emergencia.

Entonces, habiéndose identificado los problemas reales y actuales, en **el control del pronóstico**, en el presente trabajo, se pretende llenar ese vacío existente en la ley de Contrataciones con el Estado en situaciones de Emergencia, pero a través de criterio dogmáticos objetivos, para lo cual en primer lugar busca replantear la teoría de la imputación objetiva en los delitos de corrupción de funcionarios, pues a partir del instituto del riesgo permitido se pueda enmarcar la conducta del funcionario, en segundo lugar se pretende uniformizar dogmáticamente el criterio del peligro concreto en el delito de negociación incompatible, esto implica que no basta con la mera actividad del agente activo, sino por el contrario este peligro debe materializarse, debe ser real, por ende se convierte en un elemento normativo del tipo; por lo tanto, debe demostrarse en el proceso penal.

En tercer lugar, para que ese peligro concreto se materialice esta se debe plasmar en una pericia institucional, que por su peculiaridad es una pericia especializada que se pronunciará según la naturaleza de la emergencia que se presente en cada localidad, además esta pericial institucional se presume su objetividad y acierto. Por

tanto, para lograr los objetivos planteados, se presentan la siguiente formulación de los problemas.

1.2.FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema general

¿Cuáles son los fundamentos dogmáticos en la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana?

1.2.2. Problemas específicos

- 1- ¿Qué consecuencias dogmáticas y procesales acarrea la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana?
- 2- ¿Cuáles son los problemas actuales del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana?

1.3.IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

El trabajo encuentra su importancia, pues con el presente se busca en primer lugar develar el problema interpretativo que viene teniendo el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, en segundo lugar busca resolver los vacíos de la LCE y su reglamento.

1.4.JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD DEL PROBLEMA

1.4.1. Justificación teórica

El trabajo de investigación tuvo su justificación teórica, porque parte de la premisa que es necesario que se replantee la teoría de la imputación objetiva en los

delitos de infracción del deber, así a través del instituto del riesgo permitido poder enmarcar las funciones del funcionario o servidor público.

En la misma línea, tuvo como justificación y finalidad pues buscó introducir en la configuración concreta del delito de negociación incompatible el desarrollo del peligro concreto de la misma y a la vez resaltar la importancia desde la teoría de la prueba, la prueba de la pericia institucional en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia. Así uniformizar tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con respecto al problema.

1.4.2. Justificación práctica

El presente trabajo tuvo su justificación práctica, en la medida que buscó brindar herramientas concretas objetivas a los operadores de justicia, al momento de abordar el delito de negociación incompatible en la Contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia, de esta manera no confundirse como se viene haciendo entre delito de negociación incompatible y actos administrativos. Así según la pericia institucional, esta se pronunciará según la naturaleza de la emergencia objetiva. Por lo tanto, esto permita a los operadores de justicia abordar de manera adecuada el delito en mención.

1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú del año 1993
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de investigación de grados y títulos de la UNASAM

- Reglamento de Investigación de la FDCCPP de la UNASAM y Reglamentos de Grados y Títulos

1.4.4. Justificación metodológica

Se emplearon los pasos establecidos propios de la naturaleza de la investigación, recurriendo a las técnicas como del recolección de datos. Como también del diseño según la naturaleza de la misma investigación.

1.4.5. Justificación técnica

Se contó con el nivel técnico con el uso del soporte Microsoft office 2017; a nivel metodológico, con el manejo básico y la ayuda del asesor de tesis que maneja el proceso de investigación científica y jurídica; asimismo a nivel bibliográfico se contó con el acceso vía física y digital a las bibliotecas jurídicas de la zona y del país.

1.4.6. Viabilidad

La tesista contó con los recursos económicos, como técnicos, y con el asesoramiento constante del asesor de tesis, la cual permitieron su viabilidad.

Delimitación

- **A nivel geográfico:** Formado por los ámbitos, nacional como internacional.
- **A nivel temporal:** pertenece al periodo 2021 - 2022
- **A nivel social:** Formado por el legislador, operadores jurídicos, los dogmáticos y también los doctrinarios.

1.4.7. Ética de la investigación

La tesista se comprometió en citar correctamente a los autores, la cual ha cumplido. En ese sentido, el trabajo respetó los derechos de autor.

1.5.FORMULACIÓN DE LOS OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos dogmáticos en la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana.

1.5.2. Objetivo específico

- 1- Identificar qué consecuencias dogmáticas y procesales acarrea la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana.
- 2- Describir los problemas actuales en la en la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana.

1.6.FORMULACIÓN DE LOS OBJETIVOS

1.6.1. Hipótesis general

Los fundamentos dogmáticos parte por asumir la teoría de la imputación objetiva, pues a partir de esta desarrollar el riesgo permitido en el actuar de los funcionarios o servidores públicos, en segundo lugar parte por acreditar dogmáticamente el peligro concreto que se exige en los contratos en estado de emergencia, y en tercer lugar es necesario la presentación y actuación de una pericia

institucional, pues esta es una pericia especializada que se pronunciará según la naturaleza de la emergencia.

1.6.2. Hipótesis específicas

1. Dogmáticamente permite establecer si se ha afectado o no el bien jurídico protegido, procesalmente evita actos procesales innecesarios y con estos gastos al mismo Estado y por último permite respuestas inmediatas e idóneas según el peligro producido y la necesidad de cada localidad.
2. En primero lugar es que la ley de contrataciones con el Estado no establece qué debemos entender por Peligro inminente en estado de emergencia, en segundo lugar las pericias presentadas no son pericias especializadas y en tercer lugar la jurisprudencia no es uniforme en abordar el delito de negociación incompatible en estados de emergencia.

1.7.VARIABLES E INDICADORES

VARIABLE I: Delito de negociación incompatible.

Indicadores

- Teoría de la imputación objetiva y el riesgo permitido.
- Autoría y participación en los delitos funcionariales
- La teoría del peligro concreto y abstracto
- Bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible

VARIABLE II: Contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia.

Indicadores

- Contrataciones directas con el Estado
- Sobre el fraccionamiento en la contratación

- La prueba de la pericia institucional
- La calidad de la pericia institucional

INTERVENIENTES (Z): Operadores del Derecho, dogmáticos y doctrinarios.

1.8.MÉTODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.8.1. Tipo de investigación

Pertenece a una investigación Dogmática – Normativa la cual se validaron a partir de su conformidad o no con la lógicas. Por lo tanto, su validación se dio, en el ámbito teórico, fundamentados en argumentos correctamente razonados. En ese sentido, también fue una investigación jurídico propositivo, la cual permitió ampliar la investigación.

1.8.2. Diseño de investigación

Es de tipo **No Experimental**, por lo tanto, no existió manipulación en ninguna variable. Tampoco se tuvo grupo de control ni experimental.

- Diseño General

Se utilizó el diseño *Transeccional o Transversal*, la cual permitió recabar información, llegando a la finalidad de describir la variable y analizar su desarrollo y describir las variables y analizar su influencia e interrelación en un momento dado.

- Diseño Específico

Se utilizó el diseño *descriptivo-explicativo*, en vista que se estudió los factores que generan sanciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio.

1.8.3. Metodología de la investigación

Los métodos genéricos empleados fueron los siguientes:

Método Dogmático. Este permitió entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas, esto con la finalidad de realizar abstracciones (inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), y así de mejorar los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su revisión y empleo.

En el caso de esta investigación, determinó criterios objetivos en la configuración del delito de negociación incompatible en la contratación con el Estado en situaciones de emergencia.

Método Exegético. Su objeto de estudio es la norma jurídica y cuya finalidad fue captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; esta es puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas.

En este trabajo, permitió el estudio la de normatividad vigente sobre el problema de investigación.

Método de la Interpretación Jurídica. Esta actuó no sólo para las normas legales; sino también para las reglas del derecho consuetudinario, principios, contratos, resoluciones judiciales, hechos empíricos o formales de relevancia jurídica. En esta investigación, se interpretó la normatividad referida a de Criterios jurídicos y dogmáticos para determinar el delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia.

Método Histórico- sociológico. -Estudió el origen, evolución y la comparación entre el derecho anterior y la nueva norma, determinó su efecto y el cambio introducido por ella. En este trabajo permitió el análisis de Criterios jurídicos y dogmáticos actuales y buscó modificarlos en relación al delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia.

1.8.4. Fases de la investigación

En relación a las fases de la investigación, estos se desarrollaron tomando en cuenta la siguiente secuencia:

- a) **Planteamiento del problema:** Comprendió la contextualización, planteamiento y descripción del problema; el planteamiento de la hipótesis de trabajo y la adopción de métodos para el conocimiento del problema.
- b) **Construcción:** Plasmada en la búsqueda de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella se observó la fijación crítica de un texto, crítico de veracidad y trascendencia y sobre los datos contenidos se vio la extracción y fijación sobre materiales, sujetos y fuentes y la agrupación de los datos obtenidos.

Entre las fuentes que se emplearon se cuenta con las bibliográficas, las nemotécnicas y las Direcciones Electrónicas.

- c) **Discusión:** Fase en el que se realizó la revisión crítica de los materiales obtenidos; se adoptan tesis y los métodos para su demostración, la tesis condujo a un plan de exposición y reagrupamiento del material según sea el plan proyectado por la síntesis unitaria del desarrollo de la tesis.

d) Informe final: el mismo que fue redactado teniendo en cuenta el manual de redacción estilo APA 7ta edición.

1.8.5. Estrategias de recojo de información

- 1) Para recopilar la información necesaria e indispensable para lograr los objetivos de la investigación se utilizó la Técnica del análisis Documental, cuyo instrumento fue el análisis de contenido; además de la técnica bibliográfica, con los instrumentos de las fichas Textuales y de Resumen.
- 2) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica.

Para la obtención de información de la presente investigación se realizó a través del enfoque cualitativo lo que permitió recoger información sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no empleó la estadística, sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina comparada.

1.8.6. Análisis e interpretación de la información

▪ Análisis de contenido.

Cuyos pasos a seguir fueron:

- a) selección de la información que fue estudiada;
- b) selección de las categorías que se utilizaron.

Criterios:

En el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación adecuados.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.7. Técnicas e instrumentos (s) de recolección de información

El recojo de información, se dio gracias a la técnica documental, así como las instrumentos de las fichas de resumen, literales de análisis, la misma que permitió delimitar las áreas y situar la discusión planteada. En ese sentido, el método exegético como el hermenéutico, permitieron sistematizar el problema planteado.

Contexto

La investigación se desarrolló en la ciudad de Huaraz, departamento de Ancash, con proyección nacional. Debido a la naturaleza de la investigación no existió muestra de estudio.

Unidad de análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: doctrina, jurisprudencia, normatividad; además la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- **Unidad temática:** constituido por el tema del contenido a desarrollar
- **Categorización del tema:** Se estableció categorías dentro del análisis.

- **Unidad de registro:** en esta fase se dio curso al análisis de categorías.

Análisis del dato

Los datos fueron evaluados a la luz de la teoría de la argumentación jurídica y las doctrinas y teorías jurídicas vinculadas con el tema.

CAPÍTULO II

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Realizada la búsqueda en los repositorios más importantes a nivel local, nacional e internacional, los resultados fueron los siguientes.

Antecedente Local

Narváez (2020) tesis de licenciatura *“Las contrataciones y su incidencia en la gestión administrativa de la dirección de abastecimientos y servicios auxiliares de la universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo- 2016”*. UNASAM- Huaraz. Donde el objeto central fue la determinación de la incidencia de las Contrataciones en la Dirección de Abastecimiento y Servicios Auxiliares, oficina perteneciente a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo; advirtiéndose una investigación de tipo correlacional. Obteniendo como resultado que existe una relación entre las contrataciones y la Gestión administrativa de la oficina previamente señalada.

Cruz (2018) tesis de maestría *“Delitos de corrupción de funcionarios y su relación con el crimen organizado en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014”*. UNASAM – Huaraz. Donde se advierte como objeto central destacar los delitos funcionariales y la relación de estos con el crimen organizado, tomando como objeto de análisis las sentencias emitidas por juzgados penales colegiados en el contexto del distrito judicial de Ancash. Partiendo de una investigación jurídica mixta dogmática-empírica. Teniendo como resultado que la ignorancia de los instrumentos de imputación ocasiona el

crecimiento del índice de los delitos funcionariales con respaldo de la criminalidad organizada.

Vergara (2018) tesis de licenciatura *“El informe de control como requisito de procedibilidad para la configuración del delito de colusión en el marco de la ley de contrataciones con el estado”*. UNASAM- Huaraz. Donde se tiene como objeto central analizar los fundamentos del informe de control elaborado por Contraloría General de la República, para determinar la conveniencia de incorporar este instrumento como requisito de procedibilidad para iniciar un proceso penal, en especial, por el delito de colusión en el contexto normativo de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú. Para lo que se partió de una investigación dogmática-jurídica, utilizando un diseño descriptivo; concluyendo que el Ministerio Público solo debería contra con este informe cuando: a. se advierte una complejidad en el concierto, de tal magnitud, que las proposiciones fácticas de imputación son incomprensibles; y b. los hechos imputados presentan controversias técnicas o especializadas en ciencias contables o financieras.

Francisco (2017) tesis de licenciatura *“La aplicabilidad de la teoría de los concursos en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito fiscal de Ancash, Periodo 2014 – 2015”* UNASAM-Huaraz. Donde la finalidad fue analizar para determinar las bases jurídico-penales en el concurso de delitos entre el de negociación incompatible y el de colusión. Optando por un método dogmático, descriptivos y argumentativo. Concluyendo que se hallaron las bases jurídico-penales que permiten la aplicación coherente de la teoría ideal entre los delitos analizados, ello porque la doctrina y el derecho comparado dan los argumentos suficientes diferenciadores.

Regalado (2017) tesis de licenciatura “*La inconstitucionalidad de los delitos de peligro abstracto en el sistema penal Peruano*”. UNASAM – Huaraz. Donde se tuvo como objeto central la determinación de los principios y garantías penales y procesales que la Constitución defiende; los que son transgredidos con la promulgación de los delitos de peligro abstracto en el sistema penal peruano. Optando para ello una investigación dogmática, descriptiva, transversal y no empírica. Concluyendo que estos delitos son una respuesta de la expansión penal, lo que provoca una retórica punitiva, la que es propia de un discurso incendiario instalado en la sociedad.

ANTECEDENTE NACIONAL

Vera (2021) tesis de licenciatura “*Alcances del delito de Negociación incompatible y su aplicación a la Casación N° 231-2017 Puno*”. Pontificia Universidad Católica del Perú – Lima. Donde se percibe como fin describir los límites del delito de negociación incompatible para aterrizarlo en el estudio de la Casación N° 231-2017 Puno. Utilizando una investigación dogmática – argumentativa. Advirtiéndose que, el tipo penal de negociación incompatible solo podría considerarse un delito de peligro abstracto, siempre que se determine que las conductas imputadas sean lo suficientemente idóneas para poner en peligro al bien jurídico protegido del tipo penal, conforme al principio de lucha contra la corrupción, y enfrentado así esta problemática.

Wertheman (2019) tesis de licenciatura “*Defectos administrativos dentro de la contratación pública directa por la causal de exoneración situación de emergencia ¿Pueden constituir indicios de la comisión de los delitos de negociación incompatible o colusión desleal?*”. Pontificia Universidad Católica del Perú – Lima.

Se tiene como objeto central analizar el razonamiento jurisprudencial que se ha ido sentando en veces reiteradas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en especial la Casación No. 841-2015 y la Casación No. 23-2016. Teniéndose una investigación dogmática – descriptiva. Concluyendo que el razonamiento utilizado en la Casación N° 841-2015 fue erróneo, pues interpreta incorrectamente las normas de contratación estatal.

Samamé (2019) tesis de maestría “*Comentarios a la Casación 231-2017-PUNO: Análisis a propósito de su interpretación del delito de negociación incompatible*”. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Donde se tiene como objeto central el análisis crítico del delito de Negociación Incompatible desde la Casación 231-2017-PUNO emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Optando por una investigación dogmática – descriptiva. Concluyendo claramente que el razonamiento jurisprudencial el cuanto al delito de Negociación Incompatible es contradictorio y ello, puede generar espacios de impunidad.

Marroú (2018) tesis de maestría “*El delito de colusión y negociación incompatible desde la perspectiva de nuestra Corte Suprema*” Pontificia Universidad Católica de Perú. Lima. Donde el objeto central se enfocó en el análisis de los criterios adoptados por la Corte Suprema para delimitar los delitos de colusión y el delito de negociación incompatible. Partiendo de un método dogmático, y de argumentación. Llegando a la conclusión que en nuestro Sistema Penal y Procesal Penal, contamos con la suficiente jurisprudencia para identificar las conductas subsumibles a los elementos normativos de “acuerdo colusorio” e “interés indebido”, los que pueden ser material de sanción por la comisión de los delitos de colusión y negociación incompatible.

Obregón (2018) tesis de licenciatura “*La prueba del dolo en el delito de negociación incompatible*”. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque. Donde la finalidad se centra en hallar la solución a la cuestión probatoria del aspecto subjetivo (el dolo) del delito de negociación incompatible, esto porque la jurisprudencia no ha consensuado sobre el cómo poder acreditar el interés indebido. Siendo una investigación dogmática – descriptiva. Obteniendo como solución la aplicación de los criterios propios de la teoría cognitiva del dolo, pues estos resultan eficaces para poder acreditar el dolo en el delito de negociación incompatible, sin embargo, deja aún abierto el debate ante el lector.

ANTECEDENTE INTERNACIONAL

Rodríguez (2019) tesis de licenciatura “*El delito de negociación incompatible en la reforma legal*”. Universidad de Chile. Santiago de Chile. Donde el fin central es el análisis del delito de negociación incompatible, y comparándolo con la redacción del artículo anterior a la reforma, destacando las controversias y límites que represente la nueva redacción del tipo penal, especialmente al incluir a nuevos autores dentro del tipo, los que modifican la naturaleza y el bien jurídico del delito. Se optó por el método dogmático y comparativo. Por lo que, concluyó que, el delito de negociación incompatible se configura como un delito especial propio, de mera actividad y de peligro abstracto, cuyo objeto de imputación es el acto, contrato u operación del cual se toma interés.

Luengas (2019) tesis de licenciatura “*Caracterización del delito de concierto para delinquir en instituciones del Estado*”. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. Donde el objeto central se enfocó en el análisis del crimen organizado en al aparato estatal colombiano, mediante un estudio del delito de concierto para

delinquir (art.340 del Código Penal colombiano). Partiendo de un método dogmático – descriptivo. Arribando a la conclusión que los comportamientos de los grupos de crimen organizado que han logrado transgredir la institucionalidad colombiana, reflejan una carencia de valores en la función pública actualmente.

Serki (2018) tesis de maestría “El reto del control ante la corrupción”. Universidad Nacional del Rosario. Argentina. Donde se proponía determinar las pautas para la lucha contra la corrupción. Utilizando el método dogmático; y concluyendo que se requiere poner bajo la mirada el control público actual y establecer propuestas efectivas para normalizarlo, destacando que para ello es necesario el compromiso de los agentes sociales que plasmen las propuestas en una nueva normativa aplicable.

Rico (2017) tesis de maestría “El principio de transparencia como lucha contra la corrupción en la contratación estatal colombiana”. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. Donde se tenía como fin el análisis de la aplicación del principio de transparencia en el marco de las contrataciones estatales de Colombia; así como su importancia y alcance que este tiene en los procesos de contrataciones. Optando por una investigación dogmática-descriptiva. Concluyendo que, la transparencia es algo propio de la conducta humana que informa su actuación en base a principios y valores; de igual modos, en los procesos de contratación estatal la transparencia es un principio rector porque esta dota de garantía a los procesos de selección, adelantándose a un presupuesto integro haciéndole frente a la corrupción.

2.2.Bases teóricas

2.2.1. Aspectos dogmáticos del delito de negociación incompatible

La redacción del tipo penal de negociación incompatible no ha tenido una relevante modificación desde el Código Penal de 1863 al de 1924, aunque sí se aprecia que el quantum de la pena iba variando. Ello cambió con el Código Penal de 1991, pues este sí incorporó modificaciones sustanciales. Al respecto, Castillo (2007) precisa que la conducta típica se le conoce deslealtad en la gestión de parte del funcionario, aprovechamiento ilícito del cargo funcional o interés particular durante la ejecución del cargo.

Por lo que, el tipo penal se configura si un agente, que ostenta la calidad de funcionario o servidor público, manifiesta un interés o inclinación particular de modo directo o indirecto o conductas simuladas en cualquier contrato o relación que involucra al Estado con los particulares. En ello, Salinas (2015) precisa que, la intromisión del funcionario o servidor público tiene sentido en tanto su cargo le permita inferir directa o indirectamente en la celebración de los contratos. Por lo que, es evidente que la conducta tiene como fin obtener un beneficio propio o para terceros. Advirtiéndose en la estructura del tipo penal la convergencia de diferentes elementos normativos y descriptivos que deben ser analizados separadamente. Para una idónea comprensión del mismo.

Así, en cuanto al verbo rector, interesarse, para Rojas (2002) hace referencia a conductas como el atañer, involucrarse o manifestar algo, por lo que la voluntad y conducta se destina a conseguirlo. A su vez, Abanto (2003) manifiesta que la conducta descrita en el tipo penal submateria se concibe cuando el agente se involucra de manera sospechosa, especial y particular en la concreción de algún

contrato u operación que el Estado realiza con los particulares, con el objeto de obtener un beneficio económico ilícito en su favor o de terceros. Aunque se debe señalar que los contratos u operaciones siempre tendrán un interés (particular o social), por lo que, es necesario que se delimite el interés ilícito bajo criterios concretos y objetivos, develando actos de corrupción.

De igual modo Greus (1990) define el acto de interesarse como el volcar en el contrato u operación un interés que no es de naturaleza administrativa, sino por el contrario, que estos asuman una configuración que resulte acorde a los intereses personales del agente o de terceros particulares. En ese sentido, es relevante cuando Salinas (2020) señala que este interés del que se habla no siempre importa un peligro para el patrimonio estatal. Aunque claro está que, si la conducta del agente hubiera favorecido a su interés personal o de terceros, y a su vez hubiera resultado en beneficio de la administración, la conducta no deja de ser lícita.

En el presente trabajo, la autora coincide con esta postura, porque se parte de asimilar que siempre existirá un interés, sin embargo profundizar en esta resulta altamente subjetivo, casi como tomar una radiografía del alma del agente, resultando imposible. De modo que, se sostiene que el interés debe ser analizado en relación a las consecuencias de la relación jurídica realizada en la contratación con el Estado.

En esa línea, concordamos con Salinas (2020) cuando este señala que en este caso la conducta es o no punible en relación a la afectación al patrimonio del estado, sino que se parte de considerar como bien jurídico protegido el normal y recto funcionamiento de la administración pública. Entonces, si el agente manifiesta un interés indebido en cierto contrato u operación donde él es quien representa al

Estado y con ello consige obtener un beneficio patrimonial personal o para terceros, sin importar si la concreción del contrato u operación resulta favorable para la administración.

Para mejor comprensión, Castillo (2007) indica que los actos objetivos que manifiestan el interés se advierten en la elaboración de dictámenes, asesorías, preparación de expedientes técnicos o la aprobación de cierta propuesta, y no solo cuando el agente resuelve, individual o colectivamente, la contratación. Es decir, no se requiere el agente haya tomado la última palabra a través de una firma en el documento que finiquita la contratación, sino también en la proposición, deliberación, ratificación, modificación, anulación, etc que conlleva a la concreción del contrato, materializándose en recomendaciones, votos, petitorios, defender un proyecto o incluso una orden del día.

Por lo que, Salinas (2020) precisa que, del interés del que hablamos, se concretiza mediante: a. el interés directo, donde al agente realiza un conducta directa que conlleva a la concreción del contrato; b. el interés indirecto, donde la conducta es realizada por intermediarios; y c. el interés en actos simulados, donde el agente manifiesta un interés en contratos con empresas que simulan tener una titularidad falsa, cuando de hecho son de propiedad del agente, o, en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes).

De hecho, esta última manifestación puede manifestarse, en situaciones de emergencia, de necesidades inexistentes, se falsifiquen documentos que respalden la misma o querer cubrir una empresa que no es idónea para la situación presentada, de igual modo, Castillo (2007) señala que la simulación se advierte cuando el agente para beneficiar a una empresa, donde existe un interés directo y personal, en cierta

contratación, crea una tercera empresa de fachada para dar la apariencia de una competencia y cumplir con las bases y procedimiento determinados por norma.

Ello resulta trascendental para la autora del trabajo, por que es regular que en los contratos celebrados en situaciones de emergencia, ya que con el objeto de concretizar el interés ilícito, los agentes crean las necesidades que se encuadran en dichas situaciones, simulando circunstancias, realizando compras inmediatas o proveer a la población de insumos innecesarios, con el principal objeto de beneficiarse o a terceros. Por lo que, se hace necesaria la existencia de un ente rector que elabore un estudio social para determinar la realidad o falsedad de la situación, y si las acciones realizadas son idóneas para las necesidades y la naturaleza de la emergencia presentada, la cual, sería una pericia institucional.

Ahora bien, otro importante elemento del tipo penal, es el provecho propio o de tercero, así como la conducta positiva realizada en cualquier contrato u operación, entendiéndose, al respecto, como los actos que se realizan en representación del Estado, pero que no presentan los caracteres formales y bilaterales de los contratos, como licitaciones, convocatorias, incautaciones, embargos de bienes, etc. Asimismo, el tipo penal exige una relación funcional, en ello Salinas (2020) precisa que la contratación u operación debe estar encargado en el agente por el cargo asignado dentro de la administración pública.

Sobre este, resulta un elemento objetivo trascendental del delito en hermenéutica jurídica. Por lo que, si se presenta un caso en concreto no es posible advertir este elemento, el delito no se configura, aún cuando sea evidente interés indebido en el actuar del agente.

2.2.2. Sobre el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible

En cuanto al bien jurídico que se pretende proteger, Castillo (2007) indica que la doctrina a llegado al consenso que este es el recto y normal funcionamiento de la administración pública. Debido a esta protección, Salinas (2020) señala que el delito se configura cuando el agente deja de preocuparse por los intereses patrimoniales de la administración pública a la que represente, y guía su conducta por un interés para obtener un beneficio económico personal o en favor de terceros. Llevando al agente a fabricar circunstancias que manifiesten ciertas necesidades y respalden la realización de compras directas inmediatas, sin realizar la necesidad de la institución o la localidad.

En este marco, sigue Castillo (2007) que al configurar el tipo penal, es primordial identificar el interés personal, sobre el interés general, siendo necesario identificar el objeto de protección, el cual, es salvaguardar bienes genéricos y ello conllevaría a complicaciones en el campo probatorio. Por ende, el referido bien jurídico, el normal funcionamiento de la administración estatal, no resulta idónea para delimitar el contenido de las conductas típicas y es de escasa ayuda en la interpretación del injusto.

Por esas consideraciones, es preciso desdeñar el bien jurídico particular de protección del delito en cuestión. Así, Salinas (2020) refiere que lo que se pretende proteger es la observancia de la lealtad y probidad del funcionario o servidor público en el marco de las funciones que se le encomiendan por el cargo que ostenta, como el de ser parte de la concreción de contratos u operaciones. Del mismo modo, Castillo (2015) señala que la descripción típica tiene como fin el evitar que el

funcionario o servidor público, haciendo uso de su posición y cargo en el aparato estatal, se involucre indebidamente, se advierta cierta manipulación o sea quien dirija arbitrariamente cierto contrato u operación, donde se imponga el interés propio para obtener un provecho propio o del tercero, por sobre los del Estado.

Por su parte, Rojas (2002) coincide con Salinas y Castillo, añadiendo que el objeto de protección es la preservación de una imagen incólume de la administración pública ante la sociedad. Puesto que, resulta inaceptable desde la perspectiva social y cultural que la administración pública o un sector de ella denote una imagen con doble expectativa en el cumplimiento de sus cargos: servir al Estado, y así mismo de manera indebida de las ventajas que le otorga su posición. Por lo tanto, con la configuración típica no se pretende proteger el patrimonio estatal, ya que para su perfeccionamiento no es necesario demostrar un perjuicio económico real del Estado.

Finalmente, en cuanto al sujeto pasivo se tratará del Estado, por la naturaleza del delito (contra la administración pública), ello porque es el único titular de los bienes jurídicos que se intentan proteger con la descripción típica, la que forma parte de los delitos funcionariales. Asimismo, la conducta debe ser ejecutada dolosamente (dolo directo o eventual), no permitiéndose la comisión culposa. En esa línea, Salinas (2020) precisa que en cuanto a la tipicidad subjetiva del tipo penal en cuestión es menester que el agente realice la conducta descrita bajo el entendimiento que tiene sobre él el deber de lealtad y probidad de lograr la concreción de contratos u operaciones en representación y a favor del Estado.

2.2.3. Sobre el interés indebido en el delito de negociación incompatible

Para su configuración típica subjetiva, no basta con demostrar el dolo en la conducta, sino, yendo más allá, como indica Rojas (2007) se debe configurar el dolo directo, o indirecto, y con más sentido en los casos de intervención simulada, pues en esta el agente realiza actos astutos para engañar a la administración pública. En ello, Sancinetti (2001) refiere que el interés que se configura en el tipo penal, es un elemento propio de la tipicidad subjetiva, como un elemento adicional del injusto, que va de la mano con la conducta administrativa por el cargo que se ostenta.

En ese contexto, Castillo (2007) señala que cuando el agente conscientemente realiza una conducta que sabe pone en peligro al bien jurídico protegido, sin ninguna observancia de la normativa administrativa que lo guía, se plantea la posibilidad de la comisión del delito de negociación incompatible. Entonces, si el agente es capaz de representarse los resultados de su actuar, y a pesar de ser contrario a la norma, no se abstiene se configura el aspecto subjetivo. En consecuencia, el autor antes citado, concluye que, para atribuir un interés indebido doloso, se parte de criterios objetivos como la etapa de negociación o ejecución del contrato. Donde se demuestra a través de la prueba indiciaria, que se ha brindado información privilegiada, o si se rechaza las demás propuestas, se influye desde las tratativas.

En esa línea de ideas, es preciso que se analice la conducta típica durante las etapas de suscripción del contrato o de la operación, puesto que permitirá evidenciar los momentos donde intervino el agente, ya sea mediante la agilización extraordinario de los trámites o dando indicaciones a otros funcionarios o servidores. En ello, se debe considerar que la ejecución del contrato u operación, el

interés puede manifestarse con la ampliación del plazo de cumplimiento, con la aceptación de productos de menor calidad de lo contratado, evidenciándose que existe un filtro de calidad. Finalmente, en la etapa de liquidación de los mismos, puede manifestarse en un pago adicional de servicios, en una petición de no consignarse las omisiones u observaciones, con el único objeto de evitar una fiscalización posterior.

Además, Greus (2005) señala que se acredita el interés indebido, partiendo de dos premisas básicas: a. interesarse directamente, donde el agente demuestra sus pretensiones personales en alguna de las etapas del contrato u operación; b. interesarse indirectamente, donde el agente no actúa directamente, pero lo realiza a través de un tercer intermediario, quien puede ser un particular o parte de la administración; y c. interesarse por acto simulados, se advierte cuando el agente actúa aparentando que lo hace en favor de la administración pública, pero de hecho lo realiza en beneficio propio. Por lo que, para Fontán (2009) debemos entender al acto simulado como aquel que va por una ruta distinta a la voluntad real, con la finalidad de develar una apariencia de un negocio jurídico o de cubrir con este al negocio que realmente se desea.

En ese sentido, para el autor citado, no se debe olvidar que la configuración típica que incluye al provecho propio o de terceros, se incorporó con el objeto de ampliar el alcance de la norma y no dejar en la impunidad conductas que no impliquen un beneficio económico directo al agente, y por lo mismo van en contra de la ventaja patrimonial que está presente en todo delito de corrupción.

Finalmente, se tiene el elemento de intervenir por razón de su cargo, donde se evidencia que debe existir un vínculo funcional, puesto que el agente legítimamente

puede intervenir en el contrato u operación porque así lo ordena la normativa administrativa, sin embargo, el interés personal que se pone es ilícito y evidentemente es incompatible con las funciones de funcionarios y servidores públicos, que debe ser dilucidado en vía administrativa. Por ende, es necesario se produzca un conflicto de intereses, dejando a la administración pública en estado de indefensión o de representación, al no cumplir con sus obligaciones, viola la confianza, el deber, la obligación de tutela de los bienes del Estado.

2.2.4. Teoría de la imputación objetiva y los delitos de infracción del deber

La dogmática penal a denotado una importante evolución en las últimas décadas, pues como refiere Cancio (2012) uno de los tópicos que mayor inquietud ha suscitado y con un desarrollo escabroso ha experimentado últimamente es la teoría del tipo objetiva, o como se denomina comúnmente la teoría de la imputación objetiva. En ese sentido, esta teoría busca ser un criterio para resolver supuesto que no es posible con el clásico tratamiento penal. Advirtiéndose su aplicación en dos planos, primero, califica a ciertas conductas como no prohibidas y por ello se debe excluir la imputación cuando el daño de deriva de una actividad enmarcada en el riesgo permitido. De otro lado, cuando se advierta una conducta que resulte típica, pero no lesiva porque no se percibe una conexión suficiente entre la conducta y el daño.

En consecuencia, Salinas (2015) refiere que, en la teoría de los delitos de infracción del deber, el agente y la conducta típica se materializa bajo el criterio de una infracción de un deber. Es decir, el sujeto activo lo es cuando ejecuta una conducta no permitida que infringe un deber especial de naturaleza penal, mientes

que podemos advertir participación, cuando el partícipe es parte de la ejecución de la conducta, pero este no infringe ningún deber especial.

En ello, el autor continúa explicando que, al considerar que los delitos de infracción al deber son de mayor presencia en los delitos que se tipifican en el Código Penal en el título *delitos contra la administración pública*, donde el agente efectuó la conducta típica transgrediendo un deber especial que se le impone por razón de su cargo, pues este debe no alcanza a todas las personas que podrían intervenir en el ejecución de la conducta delictiva. Por lo que, la figura principal del evento criminal en donde intervienes diferentes personas, será quien tengo sobre sí la obligación de observar un deber especial, previsto en el tipo penal, contribuyendo a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico por acción u omisión.

De igual modo, Roxin (1989) precisa que la teoría de la imputación objetiva se estructura como un requisito central de una noción funcional de la teoría del delito. A su vez, Suarez y Cancio (1997) coinciden que dicha postura teórica ha ocasionado una discusión intensa, por representar una gran revolución de la categoría de la tipicidad. En este nuevo marco teórico es menester conocer sobre el principio del riesgo, pues para Honig (1930) un elemento repetitivo que se perciben en los criterios de las posturas señaladas, es el principio del riesgo, el cual, parte del resultado lesivo, y analiza si la conducta del agente creó o no un riesgo jurídicamente relevante que lesionó al bien jurídico, en relación al resultado.

Desde otro punto de vista, Roxin (1989) indica que se debe partir del ámbito de administración independiente, propia del individuo. Siguiendo ello, Jakobs plantea que la teoría de la imputación objetiva incluye a ciertos institutos como el riesgo

permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso.

Por otro lado, en contraposición a los delitos comunes o de dominio, Villavicencio (2006) precisa que, en la configuración típica de ciertos tipos penales, la conducta descrita solo puede ser realizada por personas a quienes se les impone un deber especial. Denominándose así los delitos de infracción al deber, donde la calidad de autor es consecuencia directa de la preexistencia de un deber particular. En ese sentido, Salinas (2020) asevera que es evidente que el criterio de los delitos comunes, del dominio del hecho, es único ni universal para la determinación de la autoría, pues como explica Sánchez-Vera (2002) existen ciertos tipos penales donde se advierte una formula legislativa especial, donde la sanción no nace de la conducta realizada, sino que el fundamente se halla en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico genéricos, e incumple los deberes que le asistente por su rol social particular.

En igual sentido, Salinas (2020) indica que los fundamentos del reproche penal parte de la transgresión a cierto bien jurídico, porque el agente no observa los deberes de naturaleza penal que el Estado debe promocionar, y con ello, salvaguardar ciertos campos de la realidad social. Siendo decisivo, como manifiesta Roxin (2014), para el legislador, la infracción de los deberes que nacen de un rol social definido y primordial para la sociedad y no la ocurrencia de la conducta no permitida para el autor; por lo que, el agente es el elemento medular en comparación a los demás partícipes, porque es este quien incumple con el deber impuesto, ya sea por acción u omisión al resultado lesivo.

De otro lado, Shunemann (2018) distingue las concepciones de Roxin y Jakobs de la noción del delito de infracción de deber, pues mientras el primera pretende determinar la ocurrencia o no de los delitos de infracción de deber a través de la lesión de un deber especial extrapenal, para el segundo dicho deber es de naturaleza penal propiamente, donde la transgresión sea igual al daño y para la vigencia de la norma penal general. Evidenciándose, las posturas de ambos autores y se vuelve a la permanente discusión de que si el derecho penal resguarda la vigencia de la norma o protege bienes jurídica, aunque claro esta que el código penal peruano opta por la segunda concepción.

En ese sentido, considerando la imputación objetiva y el principio del riesgo, Roxin (1989) asevera que un resultado lesivo solo puede ser imputado al agente cuando: a. la conducta creó un riesgo prohibido para el objeto que se pretende proteger; b. el riesgo se ejecutó en el resultado materializado; y c. cuando el resultado lesivo se halla dentro del alcance de la norma. Además. Jakobs (2003) precisa que en la imputación objetiva parte de nalizar el riesgo, pero además añade los filtros de los institutos de prohibicion de regreso, imputación a la víctima, el principio de confianza.

Así, si bien sería interesante desarrollar cada instituto, sin embargo, por la metodología del presente trabajo, solo se centrará en el presupuesto que para la autora de este trabajo consiera importante, la cual vendría a ser el de los riesgo en el derecho penal.

2.2.5. Sobre la autoría y participación en los delitos funcionariales

Tal como refiere el Código Penal y los aportes dogmáticos penales, el delito en cuestión es uno especialísimo. En este marco, Salinas (2020) afirma que el agente

del mismo solo puede ser un funcionario o servidor público, por el cual, ostenta atribuciones y se le encargan funciones que se ejercitan en la celebración de algún contrato o la ejecución de una operación, pues representa así la administración pública. Por ende, el tipo penal exige que el agente ostente la condición de funcionario o servidor público, además, que por razón de su cargo se advierte un vínculo funcional con el contrato u operación, donde el Estado es parte.

Por estas consideraciones y tomando en cuenta los principios de legalidad, imputación concreta, el de culpabilidad, es menester que se advierta dentro de las atribuciones del funcionario o servidor público la celebración de contratos o la realización de operaciones, actuando en representación del Estado, pues caso contrario, desde la hermenéutica jurídica el delito no se perfecciona. En consecuencia, la conducta sería atípica, de hecho si la defensa técnica advertiera esta falencia en la formalización de la investigación preparatoria, podría con facilidad plantear una excepción de improcedencia de acción, puesto que el hecho denunciado es atípico. Finalmente, para la determinación de la participación de la persona y configurarlo como autor o cómplice, en este delito especial, se parte de la teoría de infracción del deber.

2.2.6. Expansión del derecho penal y la legitimidad del adelantamiento de las barreras punitivas como protección de bienes jurídicos

Si bien en la cultura romana o propia de Grecia se entendía un derecho penal no sistemático, aún así es evidente que el derecho penal ha presentado una transformación perenne, por lo que, en periodos recientes, nos dice Silva (2011) que es evidente una expansión del derecho penal, a causa de los riesgos modernos que la política criminal ha reconocido.

En este contexto, considerando que nos encontramos en un Estado social de derecho, no es posible que se permita lesiones o poner el peligro a bienes jurídicos, siempre que se trate de riesgos prohibidos, y así se justifica la intervención estatal a través del *ius puniendi* con el objeto de limitar los espacio de libertad de la persona, para evitar que ciertos riesgos representen una amenaza u ocasionan una lesión de bienes jurídicos, pues cuando se materializa el riesgo, ello acarrea en ciertos casos la modificación irreversible de un estado natural de protección donde se ubica cierto bien jurídico, lo que de plano justifica la intervención estatal mediante el derecho penal, al tipificar conductas lesivas de bienes jurídicos.

Asimismo, el adelantamiento de las barreras punitivas se justifica partiendo, como indica Pérez (2007), de un principio de precaución, el cual, sostiene que determinados comportamientos representan no solo un riesgo potencial, sino también suficiente e idóneo para provocar un resultado lesivo. Entonces, ello explica que se prohíban conductas antes de que estas resulten en resultados desfavorables. De modo que, los riesgos que se advierten en la sociedad alertan al legislador y juzgador de cierta posibilidad de un resultado lesivo y futuro, el que, se infiere de condiciones objetivas que hacen posible su concretización.

En este marco, es preciso señalar que los mencionados riesgos no parten de especulaciones o corazonadas, sino estos son determinados por criterios objetivos que hacen indiscutible su naturaleza peligrosa y la posibilidad de que el peligro se materialice en una lesión del bien jurídico. Así, en cuanto al elemento penal de la peligrosidad típicamente relevante de la conducta, Frisch (1995) nos indica que lo particular de la conducta típica es el riesgo que importa, entendiéndose como el peligro de producción de un resultado reprochable. Con ello, el riesgo es una

condición particular de la conducta. En consecuencia, el adelantamiento de las barreras punitivas o la expansión del derecho penal se justifica en la finalidad de salvaguardar los bienes jurídicos, y en un sentido prevencionista se pretende controlar antes de sancionar.

Bajo estas premisas, se parte de una visión futurista del derecho pena, por lo que busca prevenir la ocurrencia de ciertos riesgos. En ello, Maurach (1994) afirma que el adelantamiento de la barrera punitiva ha sido aceptada por la doctrina alemana y española, sin importar las nociones que se tengan del bien jurídico protegido. Así, por lo reseñado y lo que establece Silva (2011), es evidente que el derecho penal se ha expandido y justifica la explicación metodológica de las velocidades del mismo, porque se advierten nuevos intereses, y con ello nuevos bienes jurídicos protegidos, y riesgos que es menester controlar para brindar seguridad a la colectividad, y con ello disminuir la sensación de inseguridad.

Entonces, así se explica los fundamentos de la expansión del derecho penal, la misma que legitima la intervención estatal en los delitos de peligro. En ello, cuando nos referimos al delito de negociación incompatible, la doctrina y jurisprudencia no han llegado a un consenso en cuanto a configurar a este delito como uno de peligro concreto o abstracto. Aparentando ser una cuestión doctrinal, pero también se advierte su importancia en la disciplina probatoria, pues existen incidencia relevantes que podrían modificar el escenario del proceso seguido por el delito de negociación incompatible. Es por estos motivos, que es menester que se uniforme tanto la dogmática y la jurisprudencia al respecto del problema.

2.2.7. El derecho penal en la sociedad de riesgos

Al referirnos al riesgo en el ámbito penal, se advierte que, conforme a Gallo (2017), cuando el ciudadano promedio advierte cierto peligro, solicita al Estado que sea este quien incremente el control de estos peligros. Lo cual, conlleva una expansión del derecho penal, y esto no solo se manifiesta en el incremento de las penas, sino también cuando el legislador tipifica nuevas conductas. Dicho fenómeno entonces, precisa Pozuelo (2003), ha planteado que esta vuelta de la normativa penal parte de una necesidad colectiva que exige afrontar las nuevas modalidades de criminalidad que la modernidad misma a creado. En igual sentido, Crespo (2005) aclara que el adelantamiento no implica el desconocimiento de garantías y principio que nuestra constitución y la ley defiende, sino esta implica una reinterpretación de los principios y garantías que importa el derecho penal clásico, con el único objeto de salvaguardar bienes jurídicos colectivos, un ejemplo claro ah sido la tipificación de conductas no lesivas, pero sí potencialmente peligrosas, las que son los delitos de peligro.

En esta línea, Hortal (2013) nos dice, que la moderna sociedad de riesgo plantea al Estado un contexto ciertamente peligroso, el Estado no solo debe atender la seguridad del individuo, impidiendo que terceros tengan injerencia en su espacio de autonomía, sino también colocar en especial protección a determinados grupos sociales, que de hecho se hallan en situaciones de desigualdad y donde esta justifica una protección reforzada.

En consecuencia, al advertirse ciertos peligros que trae la moderna sociedad de riesgos, Corcoy, Gomez (2004) precisan que, para efectos penales, es necesario que el peligro objetivo cobra relevancia cuando se configura como un riesgo, por tanto,

dicho peligro no puede ser causado naturalmente, sino es valorado normativamente, puesto que es menester se verifique la probabilidad de que se concrete la lesión de cierto bien jurídico en el marco de la actividad que se desarrolla en una determinada circunstancia.

Entonces, como nos dice Peña (1996) el derecho penal moderno a influido en el plantemamiento de la política criminal, en cuanto a justificado la utilización dogmática de los bienes jurídicos supra-individuales, la tipificación de delitos de peligro y la preponderancia de injustos imprudentes u omisivos. En este sentido, Gallardo (2009) parte de la premisa que el derecho penal es un instrumento estatal de control social, para afirmar que si la sociedad evoluciona en el tiempo, también lo debe hacer el derecho penal, para cumplir su función social.

En esta medida, Caro (1997) asevera que es innegable la existencia de riesgos que nacieron de las sociedades modernas, y considerando las exigencias de un Estado social y democrático, se justifica el uso de nuevas técnicas legislativas en cuanto a la imputación de los delitos para que se logre atribuir responsabilidad penal a quienes efectúan conductas prohibidas, que a la vez son riesgosas, y la probabilidad de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos es alta.

Así del párrafo precedente, Demetrio (2005) afirma que este fenómeno expansivo que advertimos presenta tres claras características que lo definen: a. la administrativización del derecho penal, b. el creciente olvido del paradigma del derecho penal liberal y la universalización del derecho penal. Pues es la primera la que más interesa en el presente trabajo, ya que esto implica, según Gallardo (2009), la intromisión del Derecho penal en actividades donde se advierten riesgos con relevancia social.

Un claro ejemplo de ello, resulta ser la administración pública, donde los delitos de infracción del deber delimita los márgenes de lo prohibido y permitido. Por tanto, el delito de negociación incompatible desvalora la conducta (disvalor de acción) de infracción de la norma extrapenal (establecida en la Ley de Contratación con el Estado) que introduce un riesgo no permitido (contrataciones direccionada, parcialidad de las mismas, creando necesidades injustificadas, evadiendo el proceso común, entre otros), lo cual, coloca en peligro grave al bien jurídico protegido, y además, representa un riesgo para las personas, la comunidad, al no auxiliar sus reales necesidades urgentes, estas establecidas según la naturaleza del estado de emergencia acaecido en cada localidad.

Por ende, como precisa Demetrio (2005), lo descrito provoca que se justifique el adelantamiento de las barreras punitivas, transformando el viejo modelo del delito de lesión a uno de delito de peligro, además del uso de leyes penales en blanco. A causa de que el legislador considera pertinente adelantarse a los hechos y establecer nuevas barreras que salvaguarden los bienes jurídicos, porque se entiende que lesionar cierto bien jurídico conllevaría a irreversibles consecuencias, lo que claramente sucede con el delito de negociación incompatible. A lo que, Corcoy (2003), aclara que los riesgos permitidos son aquellos que no pueden evitarse o prevenirse por el estado de las ciencias, y otros podrían evitarse, pero ello conllevaría un alto costo.

Por lo tanto, la justificación de la intervención de derecho penal, en bienes jurídicos, parten de que estos puedan estar en constante peligro, por lo tanto, se exige al Estado que contenga esa realidad a través del adelantamiento de las barreras punitivas, desde la configuración de los delitos de peligro.

2.2.8. La imputación objetiva y el instituto del riesgo permitido

Al respecto de la teoría de la imputación, verdaderamente elaborada por el modelo funcionalista penal, Gallo (2017) asevera que la perspectiva de dicha teoría, la cual cuenta con una creciente aceptación del sector doctrinal, y donde se destaca lo planteado por Frisch y Jakobs, es entendida como un reexamen de la teoría del tipo, donde toma relevancia la imputación a la conducta como típica, por tanto, se define a la conducta fuera de criterios naturales, y se enmarca en la norma por lo que esta contiene un significado (objetivo) típico.

Por lo mismo, Peñaranda, ed (1990) afirma que la teoría de la imputación objetiva es un instrumento eficaz para determinar la responsabilidad del agente dentro de la teoría del tipo. De igual modo, Feijòo (2003) destaca que dicha teoría fue estudiada y desarrollada en su máxima amplitud por Jakobs, quien parte del entendimiento que la vida social importa cierta enmarcación de ambitos de responsabilidad como criterio objetivo, para imputar un suceso a una persona. En consecuencia, la teoría planteada es un instrumento de determinación y delimitación del ambito de responsabilidad personal para verificar si una conducta adquiere una naturaleza objetivamente delictiva. En ello, Gallo (2017) indica que la teoría de la imputación objetiva parte de dos vertientes; el determinar si las características de ciertas conductas se subsumen a la descripción típica; además, en los delitos de resultado, se verifica no solo la tipicidad de la conducta, sino también si el resultado lesivo es efecto normativo de esta, es decir, si el resultado es típico. Constituyendo dos niveles de análisis: imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado.

En ello, la autora citada, plantea que, bajo las consideraciones adoptadas, los caracteres generales de la teoría se resumen en cuatro instituciones dogmáticas: riesgo permitido, prohibición de regreso e imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, y el principio de confianza. Las cuales, no deben analizarse en forma aislada, sino como verdaderos escalones sucesivos de análisis: el orden de examen responde a una clasificación progresiva de lo más genérico a lo más específico.

En esta medida, aclara Jakobs (2003) que existen riesgos socialmente permitidos porque son parte de la configuración vital tolerada por la colectividad, y por ende son ámbitos donde las normas penales no tienen injerencia, ya que las conductas ejecutadas en este marco son riesgosas, pero son permitidas por la sociedad, por lo que, se parte de la idea de riesgo permitido como aquella institución dogmática que determina el “estado de interacción normal” en el trato de determinados riesgos.

En esta línea conceptual, Jakobs parte de una definición normativa del riesgo, sin considerar las probabilidades de que este ocasione una lesión, lo que ciertamente ocurre, pero este riesgo permitido lo es porque se halla en un estado normal de interacción, donde se manifiestan las libertades de actuación, y no cobra relevancia la ponderación de intereses que dio origen, tratándose una configuración social históricamente afectada, dicho en otros términos, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.

En ello, acorde a Feijóo (2003) se permiten ciertos riesgos pero se condiciona a estos un especial deber de cuidado para reducir el riesgo a un nivel mínimo inevitable por que es necesario y beneficioso para la sociedad, de modo tal que se permite la conducta riesgosa cuando esta se realiza con el debido cuidado y diligencia. Así también, nos dice Gallo (2017) que para permitir cierto riesgo, se tomará en cuenta las garantías que brinden las medidas de seguridad para limitarlo. Por lo que, hablamos de una actividad

que representa un riesgo (proceso productivo) pero es permitida porque solo puede ser efectuada dentro de una normativa extrapenal, que tiene el objeto de prevenir riesgos.

En ese contexto, un riesgo no es jurídicamente relevante cuando se actúa en el marco legal preestablecido, cumpliendo fielmente lo que dicta la norma; sin embargo, ello no garantiza la inexistencia de la comisión del delito de negociación incompatible, lo que motiva a la implementación, de criterios técnicos científicos extrapenales, que permitan controlar desde otra óptica la protección de bienes jurídicos, como lo sería la incorporación genérica de la pericia institucional.

En efecto, es lógico que a quien crea una fuente de riesgo, o realiza una conducta peligrosa se le imponga la responsabilidad de controlarlo mediante medidas idóneas de protección. Por ende, si es el legislador quien otorga al funcionario o servidor público el poder de administración sobre los recursos estatales, es él quien debe implementar mecanismos necesarios e idóneos para salvaguardar el recto funcionamiento de la administración pública, y no solo haciendo uso del *ius puniendi* estatal, sino también recurriendo a ciencias o disciplinas auxiliares, que se formarán a través, como en el caso que nos convoca, desde una pericia institucional.

2.2.9. Sobre las teorías de los delitos de peligro

Debemos partir de la afirmación que la noción o concepto que se tiene del peligro no es de naturaleza penal, sino nace del lenguaje cotidiano. Sin embargo, la ciencia penal toma el concepto y le dota de un contenido en concordancia a sus necesidades político-criminales, definiéndolo como aquella probabilidad de lesión de un bien jurídico, aunque cabe precisar que dicha probabilidad se relativiza en relación a un determinado grupo de datos objetivos. En ello, al realizar un análisis sistemático del peligro, Márquez (2014) reseña que a finales del siglo XIX, la doctrina alemana no llegaba a un consenso sobre su concepto; así nacen diversas posturas que

posteriormente es posible de agruparse en dos: quienes entendían al peligro desde el campo subjetivo, y quienes lo hacían desde el campo objetivo.

Es así que, el primer grupo planteaban una teoría subjetiva del peligro, donde parten de la premisa que el ser humano es imperfecto y es notoria el desconocimiento de ciertos fenómenos, es decir, concibe algo solo en base a la experiencia propia, por lo que, no cuenta con la certeza de que un evento suceda, solo con probabilidades, por lo que el peligro se analiza desde un conocimiento inexacto.

Sin embargo, desde el otro lado, quienes defienden la teoría objetiva del peligro, como nos dice Corcoy (2012), afirman que el peligro nace de ciertas conductas que por su naturaleza son peligrosas, es decir, el peligro no nace de la concepción mental de la persona, sino de la realidad misma, con independencia, y este comporta cierta probabilidad objetiva de producción de un resultado, tratándose de un estado de cosas que objetivamente representan la probabilidad de provocar un efecto lesivo. Por lo que, la peligrosidad de una conducta se determina en razón de las circunstancias que la envuelven, en especial las que son capaces de contener el peligro y generar seguridad.

Así pues, se advierte, como señala Márquez (2014), que la gran diferencia entre ambas posturas es que la teoría subjetiva concibe al peligro como una valoración del individuo y es el juicio que los constituye, mientras que en la teoría objetiva, el peligro se halla en la realidad misma, el mundo externo, y es el juicio que lo declara o constata, pero no nace de este.

Y como se podrá entender, para el presente trabajo, la teoría objetiva es la que importa a la autora, pues advierte de los límites que se deben considerar al momento de abordar sobre los peligros, que fácilmente se implementan en el derecho penal.

Asimismo, es de destacar que a partir de estas teorías, los diferentes mecanismos del derecho penal, como la política criminal la legislación y la dogmática penal han reconocido que la tipificación de conductas peligrosas, pero no lesiva, representan el adelantamiento de la barrera punitiva, para sancionar una fase anterior de un mismo fenómeno.

Bajo esta consideración, se busca proteger al bien jurídica mediante el adelantamiento de la norma, para que dentro de ella se contemplen conductas que representan un peligro socialmente relevante, ello, de acuerdo a Gallo (2017) es la consecuencia porque al sancionar la tentativa de una conducta delictiva, un tradicional modo de protección, no protegemos cabalmente los bienes jurídicos, siendo necesario para este fin controlar los nuevos riesgos que nos trajo la ciencia y la tecnología.

Por lo que, la autora citada parte del entendimiento que así como es menester tolerar cierto margen de riesgo en actividades naturalmente peligrosas porque son socialmente relevantes, también lo es dirigir la política criminal a contener dicho riesgo en un nivel permitido, conduciendo a la técnica del delito de peligro. Pues, como nos dice Shunemann (1999), lo que se plantea es brindar una protección anticipada al bien jurídico, el que por su naturaleza e importancia es preciso adelantar los límites de protección, con llevando a la modificación del umbral de punibilidad. Se hace evidente entonces una nueva visión de los peligros de la

sociedad moderna, por lo que, se coloca como foco el incremento del margen de riesgo sobre los niveles permitidos.

En los delitos de peligro, nos dice Gallo (2017) importan una expansión del derecho penal hacia conductas que no son lesivas en sí, pero sí tienen la capacidad e idoneidad para concretar la lesión, la cual, es necesaria para determinar la probabilidad o no de producirse un resultado lesivo al bien jurídico. Por lo que, en palabras de Peña (2007) esta técnica legislativa representa un mecanismo de la política criminal actual, característico de un Derecho Penal preventivo y controlador de riesgos.

Entonces ante este peligro, el derecho penal debe plantear mecanismo que la dogmática penal prevee, como lo son las figuras de delitos de peligro abstracto o concreto. Por ello, Gallo (2017) refiere que los delitos de peligro tipifican conductas de por sí riesgosas donde fue posible determinar una norma de cuidado, lo cual, justifica que se sancione a quien cumplió una norma de actuación previamente delimitada y con ello creo un peligro.

Finalmente, de las concepciones antes expuestas del peligro, concluye Corcoy (1999) que en el ámbito penal el concepto que importa es el de carácter valorativo, es decir, este debe ser valorado para ser determinado, pues no toda circunstancia riesgosa es penalmente relevante, aunque esta valoración no implica que el peligro no sea real.

Del mismo modo, Doval (1996) indica que una concepción normativa del peligro parte de una valoración de una situación como riesgosa para los bienes jurídicos que pretende proteger el Derecho penal. En esa medida para el presente trabajo ese criterio de peligro con valoración, encaja perfectamente en el peligro concreto, este

exige la observación y valoración de un agente exterior. Por consiguiente, como refiere Muñoz y García (2010) el concepto normativo de peligro se ha de definir como *probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal* (p.302). Donde según Corcoy (1999) la graduación de la probabilidad para que dicho peligro cobre relevancia jurídico-penal, en base a los principios de *ultima ratio*, lesividad y fragmentariedad, debe partir de entender a este peligro como no insignificante, y desde un aspecto cualitativo, ello se desprende de lo tolerado o no por la colectividad; además, para verificar esta probabilidad debe analizarse la conducta en un determinado contexto normativo, advirtiendo variables como el tipo de bien jurídico que se intenta proteger y el campo de actividad donde se desarrolla la conducta, independientemente de si el autor tuvo la capacidad de evitar la lesión medios normales o extraordinarios. Ello, llevado al caso que se analiza en este trabajo importa que al analizar una conducta que se subsuma al delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, es imperante se tome en cuenta las circunstancias de dicho peligro en situaciones de emergencia.

2.2.10. Delito de peligro abstracto

Cuando se intenta acercarnos a teorías que legitiman el peligro abstracto, Doval (1996) nos señala que son dos las que lo hacen, en primer lugar, la teoría de la presunción del peligro, donde se advierte una presunción *iuris et de iure*, donde se no admite la posibilidad de probar que el peligro no se produjo; y la teoría de la peligrosidad general, la que motiva al legislador de tipificar determinadas conductas, que por experiencia se configuran como peligrosas.

En ello, según Rodríguez (2004), partiendo de esta teoría, en los delitos de peligro abstracto, el peligro no es un elemento del tipo penal que exija su probanza

y posterior examen judicial, siendo suficiente que la conducta denunciada se subsuma al supuesto fáctico que describe la norma. Ello porque la punición se justifica en consideraciones generales, y no particulares del caso en concreto; en la primera mediante una presunción general, preestablecida por el legislador, de modo que, el comportamiento en sí no importa un peligro en concreto; y en la segunda, mediante la premisa que ciertas conductas por su naturaleza, generan en sí un peligro.

En ese sentido, en cuanto a los delitos de peligro abstracto, Mir (2001) el peligro representa, para el legislador, la *ratio legis*, es decir es lo que indujo al mismo a crear dicha figura delictiva; asimismo, refiere que la doctrina fundamenta los delitos de peligro abstracto en dos teorías: la peligrosidad general (que induce al legislador a prohibir la conducta) y la peligrosidad abstracta (que nace de una presunción del legislador que se considera *iuris et de iure*).

De modo que, en los delitos de peligro abstracto, es el mismo peligro que motiva al legislador tipificar determinada conducta, pero ello no implica que el peligro sea un elemento del tipo que deba demostrarse.

Así, como señala Zaffaroni (1990) la consumación del delito de peligro abstracto se da con la sola ejecución de la conducta tipificada como tal, siendo irrelevante si esta ocasionó o no un peligro concreto. Aunque, es necesario resaltar lo que refiere Gallo (2017), para quien desde un punto de vista dogmático la técnica de tipificación implica una vulneración a la exigencia de una real eficacia lesiva de la acción (presupuesto del injusto material), puesto que es solo la peligrosidad general la que legitima el injusto, no es posible advertir un peligro concreto del bien jurídico, y ese es el aspecto que resulta cuestionable.

En esa línea, Doval (1996) explica que la tipificación de estas conductas nace de juicios de experiencia, seleccionando cierta categoría de conducta para tipificarlas como peligrosas para un determinado bien jurídico, ello sin que se requiera la verificación de una puesta en peligro concreto del objeto sobre el que recae la acción, y el que materializa el bien jurídicamente protegido. Asimismo, nos dice el autor citado que la estructura típica de los delitos de peligro abstracto coincide con los de mera actividad, ya que la conducta se subsume al tipo solo con la ejecución de esta que se considera propiamente peligrosa, y no es necesario que se constate el resultado de peligro en cierto objeto físico determinado. Siendo esta característica la que convierte a los delitos de peligro abstracto a un concepto residual, pues engloba a delitos que no son de lesión o de peligro concreto.

Otro aspecto de estos delitos, es que, si bien no es necesario constatar el peligro, es indispensable que se verifique la peligrosidad previa que es propia de los delitos de peligro abstracto, la cual se entiende como la exigencia de una infracción del deber objetivo de cuidado en relación a un riesgo potencial que lesiones bienes jurídicos individuales, además de la interpretación de que para los delitos de esa clase orientados a la tutela de esos bienes defienden. Pues a decir de Corcoy (1999) es menester que se verifique que dicho peligro previo es idóneo para lesionar un determinado bien jurídico, lo cual es una premisa general de la teoría del delito.

Por ello, claro esta, como nos dice Rodríguez (2004) que la crítica a estos delitos parte porque en estos no se advierte un desvalor del resultado o uno objetivo de acción. Aunado a que no se analiza el dolo de la peligrosidad y advertir o no un error en el autor es irrelevante. Lo cual, nos conduce a una transgresión del principio

de responsabilidad subjetiva, puesto que se trata de la inexistencia de un desvalor subjetivo de la acción en relación a la peligrosidad que legitima el injusto.

Pues en contraposición a los delitos de peligro concreto, en los delitos de peligro abstracto se pretende sancionar una conducta en sí misma peligrosa, pero no lesiva, siendo el legislador quien la tipifica como no permitida, pues no requiere que se coloque en un peligro concreto a el objeto material del bien jurídico protegido, sino parte de una noción de peligro en sentido general. Ello porque en este tipo de delitos se pretende salvaguardar viene jurídicos colectivos, aunque dice Jescheck (2002) puede darse también en cuanto a bienes jurídicos individuales, tal es el caso de la injuria, la cual se configura se la conducta imputada es desaprobada, aunque no llegue a lesionar el honor; es por ello, que se advierte cierta lesividad, pero esta es irrelevante para la configuración del tipo penal.

Finalmente, al ser configurados como delitos de mera actividad, no es menester que realización de un resultado naturalístico, ya que partiendo de una construcción normativa del peligro resulta suficiente que la conducta viole una norma prohibida o imperativa, y así es como la conducta se subsume al tipo.

En esta línea, con la visión particular de lo que debe proteger el Derecho penal, Roxin (2015) afirma que los delitos de peligro abstracto, no pretenden mantener a determinados objetos, sino defiende la vigencia de la norma, pues es lógico que garantizar la expectativa de no considerar a un mero comportamiento que representa un peligro o la probabilidad de un estado lesivo, es un elemento importante de una sociedad que configura su identidad, y es en la marco de una noción funcional de la misma que la tipificación de estas conductas resulta legitimado.

Así pues se advierte que lo dicho coincide con una postura jakobsiana, en relación al objeto de protección del derecho penal, y si bien esta sería un interesante desarrollo de la misma, sin embargo por el esquema del presente trabajo resultará su desarrollo.

2.2.11. Sobre el peligro concreto en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia

Como se ha señalada previamente, el concepto de peligro parte de nociones normativas, aplicable de igual manera para los delitos de peligro concreto y abstracto, sin embargo, Doval (1996) precisas que es el los delitos de peligro concreto donde su eficacia es amplificada, puesto que la tipificación de estos exige que se constate y valore el peligro ocasionado por una situación concreta, y no solo que se verifiquen ciertos hechos que naturalmente son peligrosos. Por ello, destaca Aguado (2002) que, en la técnica de tipificación reseñada, se advierte el respeto por el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, en ámbitos donde existen otros mecanismo de protección.

De otro lado, parece ser que los postulados de lesividad, justicia material y seguridad jurídica quedan olvidados, si en cierto ámbito de riesgo permitido, donde coexisten comúnmente diversos agentes y mecanismo de controla, se constata la ocurrencia de un hecho de por sí peligros, aunque no lesivo. En ello, Gallo (2017) explica que el peligro concreto representa un resultado material, que es descrito el tipo penal, pero no uno perceptible por los sentidos humanos, planteando reales dificultades probatorios, a diferencia de los delitos donde el resultado es la lesión.

También se ha señalado, a decir de Agudo (1999) que en cuanto al bien jurídico que pretende proteger los delitos de peligro concreto, este no ha sido lesionado, pero sí se encuentra en una circunstancia de agua crisis, por lo que la lesión no puede ser evitada mediante medios normales, ya que el agente no es capaz de detener el curso causal, y solo lo lograría otro acontecimiento causal.

En esa medida, Mendez (1993) afirma que los delitos de peligro concreto exigen la constatación de la específica afectación a la integridad del bien jurídico, por lo que es necesario que la causa del peligro sea idónea para lesionar el bien jurídico en peligro, siendo necesario un procedimiento de verificación causal. Por ello, la política criminal ha justificado la tipificación de esta clase de delitos en el fin de establecer una barrera de protección adelantada de ciertos bienes, siendo importante la responsabilidad penal por la ejecución de una actitud creadora de una conducta típica para la lesión del bien, y esta barrera de protección busca frustrar al menos en parte la consecución de ese objetivo.

Otro aspecto a tomar en cuenta, es que el resultado del delitos, como indican Lorenzo y Ortiz (2012) no se contrapone a una indeterminación *ex ante* del sujeto pasivo, pero sí exige que cuando se concrete el peligro, se detemrine el sujeto pasivo, pues solo así sería posible probar el peligro.

Por ello, Gallo (2017) indica que el peligro concreto requiere: a. una valoración de una probabilidad alta de lesión; b. el bien jurídico protegido se halle dentro del ámbito donde la fuente del peligro tenga influencia; y c. la lesión no se ha creado. En ello, en cuanto al segundi requerimiento es preciso que se advierta cierta interacción entre el el bien jurídico con el riesgo creados, en este caso el funcionario, pero no se advierte la concreción de la lesión.

Además, en cuanto a la valoración del peligro, nos dice Paredes (1995) se advierte dos momentos de la valoración: inicialmente se verifica si la conducta es potencialmente peligrosos para cierto bien jurídico, si es positivo, el siguiente paso es constatar el grado de peligro que creó la conducta.

En una comparación interesante, Gallo (2017) nos explica a lo realmente se adelanta en el peligro concreto en relación al delito imprudente de resultado. En ello, afirma que es evidente que la lesión de un bien jurídico implica que existió un peligro previo, es decir, la probabilidad de una lesión; entonces, la ausencia del daño implica que no se han ejecutado las condiciones de producción, por lo que la autora citada se cuestiona sobre las condiciones de las que dependa la falta de concreción del resultado, luego de que ya se verificó el peligro concreto en cierto ámbito riesgoso.

Ante ello, Lascurian (1991) parte de entender al peligro concreto como un pronóstico de una alta probabilidad de un resultado lesivo donde el sujeto activo, pasivo y terceros no tengan influencia, pero se configure el peligro concreto, entonces la inexistencia del resultado lesivo depende de factores no atribuibles al hombre. Asimismo, Gallo (2017) asevera que la cercanía del bien jurídico a la fuente del peligro, se advierte siempre que el bien se encuentre en el campo de influencia de la conducta peligrosa, donde las medidas de seguridad y prevención resultan insuficientes para detener con seguridad la concreción de la lesión, a *contrario sensu*, si el bien no se halla en este campo el resultado de peligro no es atribuible. En consecuencia, la no concreción del resultado depende de variables que no son importantes para el objetivo del legislador.

Entonces, concluye Sancinetti (1991) lo relevante en esta categoría de delitos es que su consumación parte de que el hecho provoque, con determinada probabilidad, la posibilidad de una concreción de la lesión de cierto bien jurídico, es decir, no se advierte la producción de daño, pero si la posibilidad de este. En este caso, por el problema planteado en el presente trabajo, se es necesario la verificación de la circunstancias de la situación de emergencia.

Por lo que, se concide con la postura de Doval (1996), quien caracteriza la categoría de los delitos de peligro concreto bajo dos premisas: la existencia del peligro en la tipificación del delito; y la necesidad de su comprobación. Así, según Mendez (1993) siendo necesario, que en cada caso concreto, se verifique *ex post* la efectiva puesta en peligro del objeto material del delito, esta clase de delitos se corresponden a la estructura de los delitos de resultado.

En ello, Doval (1996) afirma que los delitos de peligro concreto se denominan delitos de resultado de peligro, ya que la tipificación no parte solo de la desvaloración de un comportamiento meramente peligroso, sino exige que sea posible una verificación *ex post* de un desvalor de resultado, el cual consiste en la probabilidad de una real lesión a un bien jurídico determinado. Y es precisamente aquí donde cobra la importancia de la implementación de una pericia institucional, la cual se pronunciará de la naturaleza de la situación de peligro.

Por lo que, una doctrina mayoritaria, nos dice Bages (2018), coinciden en definir a los delitos de peligro concreto como una cara opuesta, o residual, de los delitos de peligro abstracto; por lo que, lo que no es abstracto deberá ser concreto. Sin embargo, la tesista considera que esta definición es demasiado genérica, entonces es menester recurrir a criterios objetivos que definan realmente lo que es el delito de

peligro concreto, ya que a diferencia del delito de peligro abstracto, el de peligro concreto tiene dos componentes, una conducta o acción peligrosa más un resultado de peligro.

En esta clase, nos dice Roxin (2015) se pretende una protección individualizada, por lo que, no es suficiente un conducta naturalmente peligros, sino que el hecho particular genere un real peligro, el cual sea perceptible y valorado por el juez. Siendo que el dolo del hecho, dice Struensee (1989), se imputara en base a la representación mental del agente de circunstancias objetivas que lleven a la generación del peligro. Lo que no dice que, la conducta dolosa se inferirá conforme a las circunstancias objetivas de peligrosidad, es decir, este no se demuestra, solo se atribuye directamente por las circunstancias que rodean la materialización de la conducta. Por que intentar demostrarlo, sería como pretender obtener una radiografía al alma del agente activo.

Bajo estas premisas, cabría la posibilidad de asemejar esta clase de delitos con los de lesión, pues como indica Kiss (2005), es pasible su relación con el inicio de la ejecución del delito o con el momento donde se advierte la tentativa acabada, los que de hecho se producen en simultáneo. Ello, porque si bien en le tentativa acabada no se consuma el resultado típico, se advierte una afección al bien jurídico, porque la conducta peligrosa representa un riesgo no permitido, que objetivamente ocasionaría la lesión del bien jurídico. En ello, nos dice Binding (1922) que de algún modo el resultado del peligro, no lesivo debe cargar, en lugar de la lesión real, con una sanción correspondiente a la consumación del delito, entonces es posible que adelanten los límites de la tentativa.

Ahora bien en relación al resultado de peligro concreto, Zieschang (1998) afirma la necesidad de la existencia de los siguientes requisitos: una valoración de alta probabilidad, donde en una consecución temporal sea posible la lesión; y una efectiva puesta en peligro del bien jurídico, donde este se halle dentro de la fuente peligro; además, se verifique la causalidad de la lesión.

En este marco, los delitos de peligro concreto requieren un desvalor del comportamiento y un desvalor del resultado, el cual, se configura cuando el objeto material del delito se halla en peligro, entonces al conducta esta en contacto directo y físico con el objeto material.

Además, la autora del presente trabajo considera que, desde una perspectiva práctica que el legislador como el juez deben tener en cuenta, que debe existir un peligro directo, esto por las circunstancias que rodean el bien jurídico que se pretende proteger deben estar siendo amenazado en el mismo momento de la conducta prohibida, que ese peligro debe ser real y no aparente, y que el peligro debe ser continua a la conducta, es decir la misma conducta produce el peligro, por otro lado la conducta debe ser idónea para lesionar.

Por todas estas consideraciones, cuando se refiere al delito de negociación incompatible en situaciones de grave emergencia, desde los criterios del peligro concreto se debe demostrar en el proceso ese peligro inminente.

2.2.12. Sobre las contrataciones del estado

Cuando se pretenda hablar de las contrataciones que realiza el Estado, esta según Nuñez y Talavera (2021), estas se hallan dentro de una ámbito jurídico de constante modificación por su evolución misma. Por lo que los profesionales del área tiene el reto constante de actualizar sus conocimientos, además de actualizar la

interpretación de las normas conforme a la legislación y las modificaciones de la misma. En ello, el OSCE (2019) mediante su Opinión N°050-2019-DTN, donde se señala el procedimiento de contratación pública la divide en tres momentos: a. actuaciones preparatorias, b. de selección, y c. ejecución contractual.

Para aunar en estos procedimientos, Alvarado (2021) indica que la actuación preparatoria, es la más importante para advertir conductas de corrupción, pues en esta se da comienzo a la contratación pública, mediante el requerimiento, donde se establece el tipo de bien, servicio u obra, que requiere la administración para satisfacer las necesidades del ciudadano. Entonces, conforme a dicho requerimiento, su alcance y detalle, se determinará la información de la contratación pública; tales como el valor estimado del bien, servicio generao o de consultoría, o el valor referencial de la consultoría en obras o ejecución de las mismas, ello por que previamente se realizaron cotizaciones en el mercado, así como la revisión de la pluralidad de postores. Además, se determinan las reglas de competencia, que se conforman por las reglas de selección y contratación, como las bases.

Por los mismo, es menester una detalle objetivo del requerimiento, porque este influye directamente en el resto de las actuaciones preparatorias; entonces si se realiza un incorrecto requerimiento, se realizará también una compra ineficiente que afectará la calidad del bien o servicio, que posteriormente se ofrecerá a la colectividad, o podrían generarse gastos ineficiente, o en caso extremo, al tratarse de una conducta corrupta serán todos los peruanos que pierda la oportunidad de obtener un bien o servicio de calidad y oportuno o no se va a recibir ningún servicio. Enfatizando la autora que, el primer problema que existe en cuanto a este aspecto, es que por la clase de bien o servicio que se necesite el requerimiento ira de menor

a mayor grado de complejidad, y al estar a cargo de ciertas dependencias, están deben contar con el conocimiento técnico suficiente para asegurar la calidad técnica (Alvarado, 2021).

Por ello, es necesario que cuando se realice una licitación, compra u otro procedimiento, en el marco de la actuación preparatoria, la entidad pública o privada de analizar la realidad local, caso contrario las compras o contrato no tendrán trascendencia real, por no cubrir ninguna de sus necesidades.

De otro lado, al referirnos a la fase de selección, la segunda de todo el procedimiento, nos dicen Nuñez y Talavera (2021), que cuando se convoque a un proceso de selección, los postores que se presenten, en observancia del requerimiento, confían que será posible advertir de cierto direccionamiento si piden que la OSCE realice las respectivas observaciones; sin embargo, esto no sucede así ya que esta instancia termina por ratificar el requerimiento, ello porque la OSCE no cuenta con un equipo técnico y especializado con el objeto de cada compra en ingeniería, salud, infraestructura, en alimentos, en equipos, en vehículos, en maquinarias, en medicamentos, en insumos, etc.

Por ello, como la OSCE no cuenta con la capacidad técnica para observar el requerimiento, preferirá ratificarlo tal como lo estableció el área usuaria, advirtiendo que será esta la única responsable si se advierten irregularidades en el futuro, en esa línea, es necesario y con carácter de urgencia que se considere una institución pública o privada que tenga la capacidad y sean competentes para determinar sobre la naturaleza de las contrataciones y las incidencias de las mismas.

En este contexto, nos dice Alvarado (2021) que es menester la valoración de posturas innovadores que busquen mejorar los criterios de elaboración de los

requerimientos; así como los filtros de control interno de carácter técnico y legal, puesto que es común que las áreas que reciben el requerimiento tengan conocimiento legal para realizar observaciones, pero no técnico. Por lo mismo, se hace urgente que los comités usuarios analicen los riesgos para advertir causas que modifiquen o anulen el contrato en el futuro; asimismo, se debe partir de una ejecución de la prestación en base a plazos reales de ejecución que se verifiquen en el estudio de mercado, todo ello con el objeto de desaparecer las compras innecesarias o deficientes que requieran posterior modificación o de queden truncas.

Por lo tanto, de no verificarse que esas compras no tienen ninguna incidencia dentro de la localidad en situaciones de emergencia, esto se podría considerar como un criterio objetivo del delito de negociación incompatible.

2.2.13. Sobre el fraccionamiento en el texto único ordenado de la ley de contrataciones del estado y su reglamento

De manera paradójica se ha escuchado, divide y reinarás, o también, divide y vencerás. Esto aplicado a la regulación que viene realizando el Estado en cuanto contrataciones, como menciona Zegarra (2021) la premisa nuclear de dicha frase siempre ha tenido como objeto el obtener un provecho propio, a mediantea la fragmentación dela dversario, en esta marco, es evidente que en los últimos años a sido El Estado el más afectado, colocandose incluso en un estado de indefensión, ello a causa de una incorrecta regulación por una evidente falta de voluntad o interés por parte del legislador, o por tener la intención de ocultar intereses personales, dejando de lados los colectivos.

Bajo ese contexto, refiere Morón (2014) plantea que desde la perspectiva de la contratación estatal, el fraccionamiento no implica una división sin más, sino esta implica una división de hechos que son parte de un mismo proceso, por lo que estos se dan de manera consecutiva. En ello, también concide Zegarra (2021) al destara como elemento del fraccionamiento a la unidad, la cual, en el caso concreto es el objeto de contratación, es decir todas actuaciones administrativas se realizan para alcanzar dicho objeto, el cual, no podrá ser fraccionado a menos que existan ciertas circunstancias especiales.

Del mismo modo, el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, define al fraccionamiento como aquel proceso que tiene como fin la división de la unidad del objeto de contrato en dos o más procedimiento de selección o de formas de contratación. Aunque, conforme el art.5^a del TUO de la LCE existe cierta tipología de contrataciones que se encuentran fuera del alcance de aplicación de esta ley, pero estos pueden ser elementos para desarrollar un fraccionamiento, como es el caso de las contrataciones donde los montos van de 8 UIT para abajo. Por lo que, Zegarra (2021) advierte que tanto la LCE como el RLCE determinan al fraccionamiento debido y el indebido.

En cuanto al primero, es permitido porque no pretende un menoscabo para la administración pública, sino que intenta maximizar los recursos de la entidad de manera económica, financiera y social, respetando los principios de eficacia y eficiencia en las contrataciones que involucren al Estado. Sin embargo, también se advierte el fraccionamiento indebido, donde este implica un proceso sin fundamento objetivo, es decir la división de la unidad objeto de la contratación genera un perjuicio a la administración pública, ya que este solo busca satisfacer

intereses personales, mediante la evasión de controles de la entidad fiscalizadora, como la OSCE.

Es precisamente en este momento donde se origina los actos de corrupción dentro de las instituciones públicas, y como se ha venido mencionando, a causa de la negligencia de la ley misma, porque da pie a que se efectúen contratos aplicando el fraccionamiento, el cual, podría ser provechoso pero a la vez abra camino a la comisión de hechos delictuosos.

Por lo mencionado, Zegarra (2021) destaca que es menester seguir los que nos dice el PAC (Plan Anual de Contrataciones), ya que esta representa un instrumento nuclear para verificar si se presenta o no algún supuesto de fraccionamiento indebido, porque la misma consolida las necesidades de la entidad, y no solo eso, sino que establece los montos y cantidades que definirán los tipos de procedimientos de selección que se deberán convocar para poder responder a las aludidas necesidades. Asimismo, este permite conocer las necesidades reales de la localidad y evita las compras innecesarias, las que no son idóneas para la localidad.

En ello, el fraccionamiento fraccionamiento indebido se materializa cuando se evita el procedimiento de selección correspondiente por la necesidad anula establada, para lo que ejecutan divisiones de más procedimienton con montos menores a 8UIT con el fin último de evadir la ley y su Reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a 8 UIT, o como también evadiendo el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública. Por esta realidad, como menciona Zegarra (2021) la ilicitud del fraccionamiento indebido se halla expresamente prohibida en el país y en el mundo.

En consecuencia, para limitar el ámbito de aplicación del fraccionamiento se deben tomar en cuenta los criterios de eficiencia, de necesidad y de mayor beneficio a la sociedad.

Pues, como opina la autora antes citada, cuando se ejecuta un fraccionamiento indebido, las consecuencias legales se resumen en la afección de los procedimientos de selección y de los propios contratos que estos generen; por lo que, ante fraccionamientos indebidos la consecuencia directa y legal es la nulidad de oficio de contrato.

Y como concluye Zegarra (2021) es de destacar que la declaratoria de nulidad del procedimiento o del contrato, teniendo como fundamento al fraccionamiento indebido acarrea, para el funcionario o servidor público, consecuencias, administrativas, civiles y penales.

2.2.14. Contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia

El Perú a ha sobrepuesto tiempos difíciles, como es el caso por ejemplo de la pandemia, contexto en el que ha de tenerse en cuenta que, como refiere Alvarado (2021) el impacto de tener requerimientos deficientes o dirigidos se asocia no solo a situaciones de corrupción, sino también a la carencia de conocimiento técnico y capacidad para trabajar los requerimientos desde una menor complejidad a mayor, así como la falta de filtros de control técnico, de mercado y legal, que resultan afectando la oportunidad y calidad de bienes y servicios destinados a mejorar las condiciones de vida del ciudadano.

Esta problemática cuenta con una solución que implica modificaciones a la normativa y una intervención idónea tanto de los actores internos de una entidad como de los externos implicados en el control y supervisión de los procedimientos

de contratación pública. Todo lo mencionado tiene la finalidad, como explica Jiménez (2020) de conectar directamente con el bienestar de la población, pues las compras públicas destinan a una finalidad pública que conduce a satisfacer a la sociedad en sus necesidades, la misma conectada también con la mayor rentabilidad social a fin de, mediante las adquisiciones, lograr cubrir necesidades de la población.

El INEI (2020) indica que uno de los problemas más graves del país es la corrupción, siendo las compras públicas uno de los aspectos principales que más atrae este fenómeno. En la última encuesta sobre gobernabilidad, transparencia y democracia realizada y publicada antes de la pandemia por esta institución, se indicó que el 60,9 % de los peruanos considera que el principal problema del país es la corrupción. Así mismo, Alvarado (2021) enfatiza afirmando que día a día la ciudadanía es más partícipe respecto a las irregularidades advertidas en las compras que tienen las entidades del aparato estatal a su cargo al adquirir bienes, servicios u obras con fondos públicos, y el comentario compartido cuasi unánime es que es una compra corrupta.

El ciudadano viene normalizando asumir que todos los funcionarios ingresan al aparato estatal a robar, lo cual resulta preocupante, puesto que acepta un bien en mal estado o un servicio de mala calidad sin exigir lo contrario.

Dentro de este contexto, la LCE y su reglamento, es muy negligente cuando se trata de contrataciones en estados de emergencia, como explica Alvarado (2021) de acuerdo con “la LCE, la contratación directa se permite por causales relacionadas con un evento catastrófico, situaciones que afectan la seguridad nacional, la defensa o una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de

salud” (p.2). Sin embargo, esta situación de emergencia no debe ser puerta abierta de acceso para cometer delitos contra la administración pública.

Encontramos en principal problema en la ley y sobre todo en su reglamento, específicamente en su art. 85° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que precisa que una Situación de Emergencia, se presenta por: (...)

c) Situaciones que supongan grave peligro, que son aquellas en las que exista la posibilidad debidamente comprobada de que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente.

Como se aprecia, la conceptualización de grave peligro, es una descripción genérica, y si bien la ley no es el medio ni tiene por finalidad especificar dichas realidades, el reglamento de la LCE lo debería hacer, sin embargo; por el contrario, se puede apreciar que el artículo en mención deja un sinfín de interpretaciones, lo cual permite, como se viene especificando, una carta abierta para cometer delitos de corrupción.

La OSCE (2017) afirma que, tras 10 días hábiles de entregado el bien, o después de la primera entrega de suministros, o del inicio de la prestación del servicio, o de la ejecución de la obra, está obligada la entidad a regularizar toda la documentación sobre las actuaciones preparatorias. Sin embargo, la Corte Suprema ha expresado en diferentes pronunciamientos, el hecho que existan regularidades administrativas no evita de ninguna manera que se hayan consumados ilícitos penales. Porque las irregularidades se pueden subsanar, pero en el caso de negociación incompatible, si esas irregularidades han conllevado a la configuración del verbo rector para favorecer a uno o a un tercero, es suficiente para que el delito se configure y consuma.

También, para no confundir los términos (aunque es muy frecuente en la práctica administrativa) se debe tener muy en cuenta que el Estado de Emergencia y la Situación de Emergencia son excepcionales y tienen los mismos supuestos de hecho, tienen diferencias sustanciales, respecto a su alcance fundamentalmente. El Estado de Emergencia es una decisión de Estado, de carácter general, mientras que la Situación de Emergencia es una decisión que asume la entidad pública, basada en un estado de emergencia general, donde se intenta proteger la continuidad de sus operaciones y/o servicios.

En tal sentido, la recomendación realizada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (2017) es menester cuando refiere que se debe tener en cuenta, cuando en Situaciones de emergencia, se realice contrataciones directas, en esa medida se debe considerar, que no es un requisito previo que el Gobierno haya declarado el estado de emergencia. Si los requerimientos no se originan como consecuencia del evento catastrófico, no debe atenderse. Requerimientos que, por su naturaleza, no puedan obtenerse de manera inmediata (por ejemplo, infraestructura de gran envergadura) no debe atenderse. No debe incluirse al requerimiento, condiciones no esenciales (por ejemplo, bordados con el logo de la Entidad). No deben ejecutarse gestiones administrativas previas que retrasen la atención inmediata de la emergencia. Debe usarse el mecanismo de regularización.

2.2.15. La prueba demostrativa del grave peligro en situaciones de emergencia

En un caso particular, sin embargo; a la vez muy común que suceda en todo el territorio, y sobre todo cuando se está ante una situación de emergencia, es el caso del gobernado regional de Ayacucho, que como señala Nakazaki (2016) violaría la

garantía de la presunción de inocencia, establecer una condena en situaciones de emergencia, sin una pericia institucional que se pronuncia de la realidad de la localidad en estado de emergencia.

Así mismo, es indispensable la demostración del grave peligro cuando se está en un estado de emergencia. En esa medida, se conlleva a considerar que se está ante una situación de grave peligro a partir de la postura que *los hechos* que producen el estado de emergencia. Así, este “hecho” para Taruffo (2002) que es el Derecho el que tiene y determina lo que en el proceso constituye el hecho.

En ese sentido, menciona Ferrer (2005) que “los hechos institucionales, no están definidos en términos puramente fácticos, sino en el orden jurídico, como por ejemplo, jurisdicción, constitucionalidad” (p.49). De este modo, se debe considerar a ese hecho desde una concepción de carácter normativo en la dogmática penal. Así, infiere Nakazaki (2016) que cuando se habla elemento renta en el delito de defraudación tributaria, su prueba y existencia se produce a través de la resolución de determinación de deuda tributaria, es decir, conforme al código tributario, y no de una pericia contable.

En este contexto, siendo creaciones del Derecho los hechos institucionales, quien debe establecer su existencia y su prueba es la ley. En ese sentido, *el tipo de hecho determina el medio de prueba que se debe emplear para acreditarlo en un proceso penal.*

Bajo ese contexto, cuando la LCE menciona dicha realidad, se habla de hechos institucionales de situaciones de emergencia por grave peligro, limita su mención a qué se debe hacer, sin embargo; no describe qué se debe entender por grave peligro, ni mucho menos el reglamento de la LCE, no establece qué hechos se podrían

constituir como grave peligro. Así, es a partir de la postura Nakazaki (2016) que cuando se habla de grave peligro, el Sistema Nacional de Gestión de Riesgos y Desastres (SINAGERD) reconocido desde la ley N° 29664 de 2011, es el órgano competente para declararlo, determinar el método y la prueba. Este sistema, sinérgico, descentralizado, interinstitucional, transversal y participativo, que tiene como finalidad identificar y reducir los riesgos asociados al peligro y minimizar sus efectos, así como también evitar nuevos riesgos mediante la aplicación de lineamiento de política, componentes, principios, procesos e instrumentos.

En ese sentido, cuando se habla de pericias institucionales, las mismas que son presentadas, por una institución estatal, como en el caso del SINAGERD, establece que la identificación del riesgo, es decir, la determinación del peligro, se establece con información científica registrada, en base de las investigaciones científicas y en el registro de informaciones. Por lo tanto, concluye Nakazaki (2016) “que dependiendo del tipo de riesgo de desastre, la investigación científica está a cargo de una institución pública” (p.27).

Siendo así, al ser esta pericia institucional una que se debe pronunciar de la naturaleza de la situación peligrosa, no siempre estará a cargo de la Contraloría o de la OCSE, pues como ya se ha reiterado, este no siempre se pronuncia de la naturaleza misma de la emergencia, por el contrario pueden ser útiles en otros procesos las instituciones antes mencionadas, sin embargo; en relación al delito de negociación incompatible necesariamente deben ser actuadas otros tipos de pericias institucionales.

A razón de a esta situación, es que las instituciones públicas encargadas de una investigación científica para identificar los riesgos, y con ello presentar su pericia

institucional, las mismas que se pronunciarán de la naturaleza de la emergencia, lo cual determinarán el “*peligro grave*” que menciona la LCE y su reglamento, tomando por ejemplo las siguientes, el Instituto del Mar del Perú, el Instituto Geográfico del Perú, Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), el Servicio Nacional de Etereologíae Hidrología del Perú, el Comité encargado del estudio nacional del fenómeno del niño (ENFEN), entre otros.

Así, por ejemplo, se cuenta con **El Instituto Geográfico del Perú, Instituto Geológico Minero y Metalúrgico** (INGEMMET), institución encargada de elaborar la pericia institucional, cuenta dentro de sus funciones primordiales la evaluación y monitoreo de los peligros geológicos en el territorio nacional a finalidad o efecto de determinar sus efectos en la comunidad y el medio ambiente, también, proponer a las instancias pertinentes, en materia de investigación científica y tecnológica en las diversas áreas de las geociencias y sus aplicaciones, las políticas generales. Otras de sus resaltantes funciones son, la de identificar, estudiar y monitorear los peligros asociados a movimientos en masa, actividad volcánica aluviones, tsunamis, y otros.

El Instituto del Mar del Perú (IMARPE). Esta institución, tiene como funciones principales el mantener informado sobre la posible ocurrencia del Fenómeno “El Niño”, ello a fin de permitir adoptar decisiones para adecuar y proteger la infraestructura existente en los distintos sectores del país, en prevención a los posibles daños que pudiera causar este Fenómeno a la economía nacional y la población peruana, y también, por ejemplo, a razón de permitir reducir daños y/o aprovechar beneficios, orientar los diversos sectores medidas pragmáticas .

El Comité encargado del estudio nacional del fenómeno del niño (ENFEN) conformado por representantes de IMARPE, SENAMHI, DHN, IGP, ANA e INDECI, tiene entre sus funciones principales el mantener informado a todos los sectores socioeconómicos del país, así como a la población en general, sobre la posible ocurrencia del Fenómeno El Niño en el Perú. Para esta finalidad, el ENFEN, mediante mecanismos como la elaboración de estudios científicos basados en la información proveniente de diversas redes de observación y modelos de variables oceanográficas, meteorológicas, hidrológicas y biológico-pesqueras, realiza el monitoreo, pronóstico y análisis continuo de las anomalías del océano y la atmósfera en el ámbito nacional, regional y global, emitiendo al menos mensualmente pronunciamientos que son preparados colegiadamente, acopiando así la mejor información científica disponible y de competencia de cada institución.

Del Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología (SENAMHI) entre sus principales e importantes funciones se encuentran la de organizar, normar y promover un sistema de vigilancia del medio ambiente atmosférico del país, ello a fin de prevenir los peligros resultantes de la contaminación ambiental, advirtiendo también, la de divulgar información técnica y científica en relación con la materia de su competencia y en base a los planes de desarrollo nacional, regional y local; proporcionarla, también la de brindar a las entidades públicas y privadas que requieran, asesoría y el apoyo técnico para el desarrollo de actividades en las que sea necesario el empleo de información y técnicas, relacionadas con las funciones del SENAMH.

El Ministerio de Salud y sus Entidades entre las principales, el Instituto Nacional de Salud, enfocado en desarrollar las acciones e intervenciones necesarias,

con la finalidad de, además de proteger la salud, identificar posibles medidas de control, clasificadas por prioridad, considerando la probabilidad de éxito, la viabilidad de la ejecución y las consecuencias no deseadas para la población que resultara afectada y la sociedad en general, la toma de decisiones justificables; la aplicación de medidas de control oportunas y apropiadas; la comunicación operacional más eficaz; la comunicación de riesgos más eficaz; todo estos en relación y base a la salud, incluyendo la correcta infraestructura que sea necesaria en la institución, lugar en el que viene ocurriendo el estado o situación de emergencia. También como, generar y difundir evidencias e información científica en salud que contribuyan a las acciones e intervenciones de salud pública.

Bajo estas mencionadas instituciones, que a causa de la naturaleza del trabajo no se puede desarrollar con mayor amplitud, por la funcionalidad que tienen para determinar el hecho institucional, puesto que al determinar los riesgos según la naturaleza de la emergencia y según las competencias, es que como destaca Nakazaki (2016) a fin de generar y articular conocimientos sobre las características y estado actual o probable de peligros, su distribución temporal, los factores de vulnerabilidad y del dimensionamiento del riesgo, se incorpora al Sistema Nacional de Información para la Gestión del Riesgo de Desastres (SIGRID) la información sobre los riesgos de desastres.

Del mismo modo, el autor antes citado menciona que, el Sistema Nacional de Información para la Gestión del Riesgo de Desastres, cuenta con diversos mecanismos y herramientas, como es el caso del Sistema de Información Nacional para la Respuesta y Rehabilitación (SINPAD) a partir del cual los Centros de Operaciones de Emergencia (CEO) mediante monitoreos de peligros, emergencias

y desastres, brinden la información para la reacción oportuna en toma de decisiones de la autoridad del sistema en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales.

En conclusión, para determinar, en primer lugar, el hecho institucional, se debe recibir el reporte de la Institución Pública (de acuerdo a la emergencia que se esté viviendo, la cual la denominamos Pericia Institucional), seguido, en segundo lugar, esta pericia institucional, la cual será analizada y derivada al SIGRID, para posteriormente terminar en el SINPAD, conllevará todo ello a la determinación de la existencia o no de un inminente peligro, lo que sería el peligro concreto en términos de derecho penal.

2.2.16. Sobre la pericia institucional y su finalidad en las contrataciones con el Estado

El tema de la pericia institucional no es un tema novedoso en el Perú, sin embargo; aunque en la práctica no sea recurrente su incorporación al proceso penal, el art. artículo 173°.2 del Código Procesal Penal, reconoce que la labor pericial se encomendará (sin necesidad de designación expresa) a la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía Contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, *así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica*, los que presentarán su auxilio gratuitamente.

Así mismo *podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes*. Así, es menester cuando Aguilar (2010) detalla que la prueba pericial ha de entenderse como el informe especializado que presentan los especialistas o expertos en un específico tema de

interés para la tramitación de un litigio, además de que contribuirá a la mejor resolución de la causa por el juez, ya que el perito depondrá una valoración respecto a los hechos del caso materia de juzgamiento a la luz de su correspondiente disciplina o experiencia que permita entregar conclusiones relevantes a fin de la toma de decisiones finales basados en un juicio en concreto, puesto que debe entenderse que el perito tiene un conocimiento por encima del hombre promedio necesario.

Así también, Roxín (2000) manifiesta que este conocimiento se materializa en las distintas formas siguientes: a) Cuando informa sobre principios generales de la disciplina. b) Cuando comprueba hechos que únicamente pueden ser observados, comprendidos o juzgados exhaustivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales. c) Cuando extrae conclusiones que únicamente pueden ser averiguadas en virtud de conocimientos profesionales. A su vez, Vázquez (2015) también detalla que, este tipo de pericias, sobrellevan el ofrecimiento de información especializada que debería contribuir a la correcta toma de decisión en base a los hechos en un proceso judicial, independientemente de si dicha información puede ser calificada de artística, científica, técnica o práctica.

En ese entendido, los peritos son expertos, ¿pero en que consiste ser experto?, ¿en poseer un conjunto de conocimientos proposicionales? Y más allá, ¿Cómo se identifica a un experto o cómo sabemos quién es un experto? Para empezar, solo poseer información correcta, no es ser experto, serlo tendría correspondencia en tener la capacidad o disposición para utilizarla adecuadamente cuando se requiera, bien para interpretar, observar o inferir; aquí tiene incidencia la relación entre hechos, cognición y valores, uno de los problemas más tradicionales en la filosofía.

En ese contexto, es menester lo manifestado por Caferata (2008) la actividad probatoria pericial debe ser practica con estricta sujeción a la específica normativa procedimental que la regula. Es que, tratándose de un acto generalmente decisivo e irreproducible, la ley procura que en su realización queden amparados los derechos de los interesados, accediendo a éstos un efectivo ejercicio del contradictorio.

En ese contexto, se debe tener en cuenta también que, como se detalla en el fundamento jurídico 9 del Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116, cuando se emite los denominados “Informes Especiales”, los cuales gozan de una presunción iuris tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia. El gozar de esta le permite su contradicción, puesto que es derecho de las partes, como también infiere Vilca (2020) las observaciones presentadas por los sujetos procesales deberán ser absolvidas por el perito oficial que emitió el informe.

Finalmente, en caso las partes discrepen respecto a los términos de la absolución trasladada por el perito oficial, deberán proceder a presentar sus pericias de parte. El órgano jurisdiccional podrá solicitar ampliaciones o aclaraciones del informe pericial al mismo perito oficial. Además, de la misma forma, también es reconocido por San Martín (2017) cuando se detalla que el Principio de contradicción en el nuevo sistema de justicia penal sostiene que es un principio de carácter absoluto, cuya efectiva aplicación no puede ser denegada por el órgano jurisdiccional.

En esa medida, como refiere Lavilla (2019) la institución estatal que brinde la pericia institucional cuenta con el deber de velar por garantizar la capacidad técnico profesional de los peritos y a su vez, la conformación a través de equipos multidisciplinarios, siendo esta una forma de hacerlo y darle transparencia al

mismo, justamente la identificación de la profesión que tienen el personal responsable.

2.2.1. Sobre la calidad técnica de las pericias institucionales

Para la obtención de una calidad alta de la pericia institucional, dice Lavilla (2019) se debe tener en cuenta, en primer lugar, la Independencia, por parte del personal del Sistema, se debe mantener una actitud mental libre de influencias que lleguen a comprometer el juicio profesional, en segundo lugar, debe procurarse la competencia constante y entrenamiento, el personal del Sistema debe poseer entrenamiento profesional especializado y actualizado, de igual manera, contar con la competencia necesaria para el apropiado desarrollo del control gubernamental, propendiéndose a la mejora continua de su calidad profesional; en tercer lugar, se debe inculcar que el personal cuente con una diligencia profesional, así mismo, confidencialidad.

En esa situación, la Institución pública que realice la pericia institucional, debe requerir e identificar la información necesaria a fin del desarrollo adecuado de los servicios de control, así como diseñar, implementar y mantener sistemas para la obtención de información de las entidades bajo el ámbito del Sistema, dentro de sus competencias y dentro de las situaciones de emergencia donde se encuentre la institución en estado de emergencia.

En ese sentido, afirma Frisancho (2016) debe emitirse por escrito el resultado de los servicios de control, caracterizado necesariamente por su consistencia y utilidad, y oportunamente se comunicará a las entidades e instancias correspondientes, en este caso, a la parte procesal que lo solicitó (fiscal), y de manera excepcional, al juez (a través de una prueba de oficio, o prueba sobre prueba), seguimiento a la

implementación de recomendaciones: La institución pública encargada de realizarla pericia institucional, realizara, de las recomendaciones formuladas en los resultados de los servicios de control, el seguimiento de las acciones que las entidades dispongan para la implementación efectiva y oportuna.

Bajo estas consideraciones, la entidad que, para amortiguar el estado de emergencia (mediante las contrataciones con el Estado), haya solicitado algún recurso del Estado, debe considerar este informe especial “pericia institucional” puesto que es la encargada en brindar un diagnóstico y pronóstico de la realidad de la localidad en situación de emergencia.

Entonces, hablando dogmáticamente, se enmarcará dentro un riesgo permitido la utilización y consideración de esta pericia institucional, lo cual eximirá de responsabilidad al funcionario o servidor pública. Esto es así, puesto que el contrato público realizado, la misma que estará por encima de todo interés particular, estará contextualizado a la necesidad de la población, pero de no haberse actuado dentro de los márgenes establecidos en la pericia institucional se concluirá que existe material objetivo en la configuración de un delito contra la administración pública.

1.9. Definición de términos

- **Administración pública**

Conjunto de actividades, previstas legalmente, o previsibles que son desarrolladas por los agentes públicos (funcionarios o servidores) mediante las cuales realizan los fines del Estado y de las diversas entidades públicas. (Alessi , 1979, p. 11)

- **Funcionario público**

Es el agente más importante de la estructura jurídica estatal es un país que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles que deben desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positivamente como negativamente. (Rojas , 2007, p. 39)

- **Servidor público**

El servidor público no representa al Estado, trabaja para él, pero no expresa su voluntad, se relaciona con la administración estatal mediante contratación voluntaria, es agente sin mando, no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios. (Bacacorzo, 1997, p. 399)

- **Prueba**

Se entiende por prueba, en general, "un hecho supuestamente verdadero que se presume, que debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho". (Bentahm , 1971, p. 11)

- **Pericia**

Es la habilidad, sabiduría y experiencia en una determinada materia. Como decimos, este término procede del latín y más concretamente de un vocablo que se encuentra conformado por dos partes claramente identificadas: la palabra *periens*,

que puede traducirse como “probado”, y el sufijo *-ia*, que es indicativo de calidad.

(Pérez, 2014, p. 34)

CAPÍTULO III

III.RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.Resultados normativos

En cuanto al delito de negociación incompatible, en el marco de los delitos de corrupción de funcionario, se advirtieron resultados normativo en la legislación peruana, en especial cuando se suscita este delito en circunstancias de emergencia se advierten lineamientos normativos. En ello, el delito mencionado se suscita dentro de las contrataciones del Estado, es decir, las pública, y no las privadas.

En consecuencia, para lograr el objeto central de la presente investigación. Que consiste en determinar las bases dogmáticas del delito de negociación incompatible cuando suscitan situaciones de emergencia, la misma que nace de la ley y por ende se debe reconocer el marco legal que norma las contrataciones estatales, siendo las siguientes.

En este marco, el antecedente primigenio y más relevante es la misma Constitución Política del Perú, ya que constitucionaliza las contrataciones estatales, mediante su art.76, donde prescribe que las obras y adquisición de insumos para los que se requiere los fondos o recursos públicos, es necesario que obligatoriamente siga el procedimiento legal de los procesos de contrata, licitación pública, adquisición o enajenación de bienes. A su vez, en ciertos casos donde la contratación de servicios o ejecución de proyectos representen cierta importancia por el monto que señala la Ley de Presupuesto, conforme la Constitución, se debe realizar por concurso público, y es la ley que determina el procedimiento, excepciones y responsabilidades correspondientes.

Este artículo, *para la autora del presente trabajo*, debe entenderse de manera sistemática y no aislada, pues no basta que el Estado contrate con otro entidad, sino

por el contrario deben cumplir ciertas exigencias para la procedencia de la misma, es por eso, que la autora de este trabajo es de la postura que el artículo en mención debe interpretarse a la luz del artículo 77 de la misma Constitución, cuando estipula que *“el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización”* este punto debe determinar la ejecución de una contrato con el Estado, *y sobre todo cuando estos se realicen en una situación de emergencia, pues si no se cumple el requisito eficiencia, de necesidad básicas, es decir si el contrato no tiene ninguna incidencia en la población, ese ya es un criterio objetivo para determinar un hecho ilícito.*

De otro lado, normativamente, previo a la entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones con el Estado (antes de 1998) se debe considerar que la contratación pública se hallara normada por diversos dispositivos normativos, entre los que destacan el Reglamento Único de Adquisiciones y Contrataciones (RUA), el Reglamento Único de Licitaciones, Contratos y Obras Públicas (RULCOP) y el Reglamento General de Actividades de Consultoría (REGAC), Sin embargo, se presentaba el problema de que estos contenían reglas diferentes para similares circunstancias, además, existían tribunales administrativos dispersos, con criterios de interpretación diferentes para situaciones similares, con una profusa y frondosa legislación.

Por lo que, la consecuencia evidente era que las normas no inspiraban predictibilidad, pero sí representaba costos crecientes de la transacción en la mayoría de los contratos que celebraba el Estado, regulados por la anterior legislación. Ello sin desmerecer que mediante la LCE se han realizado denodados

esfuerzos para centralizar en un solo marco normativo los contratos que antes se regían por las disposiciones dispersas, advirtiéndose que la contratación pública vuelve a ser especializada, y que, aun cuando se realicen denodados esfuerzos por hacerla pública, nos venimos acercando cada vez más a la frondosidad normativa anterior.

En ese sentido, la tesista refiere que la regulación de las contrataciones públicas, siempre ha ido evolucionando de manera paulatinamente, pero debe la misma ir a la par con la nuevas formar de contratar, o con los nuevos supuestos de contratar, como por ejemplo en Estado de emergencia como en Situaciones de emergencia, lo cual como se ha visto son realidades distintas que el legislador debe de considerar, esto con la finalidad de no dejar vacíos normativos, las mismas que puedan dar cabida a hechos de corrupción.

Siguiendo, en el Estado de la cuestión normativa, al respecto, con la ley vigente hasta el 2022, se trata de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente desde el 11 de julio de 2014 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, fue publicado el 9 de diciembre de 2015. La Ley de Contrataciones fue modificada por el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Legislativo N° 1444. El Reglamento fue derogado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, y se publicó un nuevo reglamento mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30225 y fue modificado por Decreto Supremo N.º 377-2019-EF y Decreto Supremo N.º 168-2020-EF. Y por último se cuenta con el Decreto Supremo N° 250-2020-EF, que establecen disposiciones en el marco del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 Ley de

Contrataciones del Estado y modifican el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

De modo que, al observar el TUO de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF y con vigencia desde el 13 de marzo de 2019, se puede advertir que la norma va regulando ciertos aspectos con precisión, como los mecanismo de solución en controversias que pueden resultar de los procesos de selección, a la vez detalla el concepto de conciliación y arbitraje como medios de resolución de controversias que nacen de la ejecución contractual, así como la incorporación de la junta de resolución de conflicto, para casos especiales que versan sobre contratos de obra.

Todo esto, también ha brindado la creación de un Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado “OSCE” (ente supervisor de la legalidad de los procedimientos de contratación pública, que entre sus funciones tiene el absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las entidades, así tanto como por el sector privado y la sociedad, emitiendo para ello opiniones). Por último, se establece, como consecuencia de la celebración de los referidos contratos, las indicaciones de los derechos y obligaciones que se derivan de estos para las partes. Ello, con la finalidad de ayudar a dar predictibilidad a la contratación pública.

También, a partir del 28 de marzo de 2018, se publica la Ley N° 30742 promovida por el Contralor General de la República, Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General y el Sistema Nacional de Control, cuya finalidad es el modernizar y asegurar el ejercicio oportuno y eficiente del control gubernamental,

así como de optimizar las capacidades orientadas a la prevención y lucha contra la corrupción.

Ahora, no todo resulta ser auspicioso dentro de la LCE, **así con la finalidad de develar sus limitaciones, la misma que responderá al objetivo específico número dos, es decir conocer las limitaciones normativas en cuanto a la contratación con el Estado en situaciones de emergencia**, la mencionada ley, presenta ciertas debilidades en respecto a contrataciones en Estados de Emergencia o en contextos de emergencia. Las mismas que han dejado en evidencia gran vicio normativo, razón por el cual el funcionario o servidor público encargado de realizar las contrataciones del Estado, ha observado u encontrado una oportunidad de enriquecerse ilegalmente, partiendo desde el delito de colusión, o como el delito que compete describir en este trabajo, en situaciones de emergencia, como es el delito de negociación incompatible.

En ese sentido, es de la observación **que hace la tesista**, que si bien existe 13 supuestos donde las Contrataciones con el *Estado sufren ciertas excepcionalidad, sin embargo, desde la postura de la tesista, la más peligrosa y frecuente, donde se configura el delito de negociación incompatible tiene su origen en el artículo 27°* de la LCE, que señala, excepcionalmente, que se pueden hacer contratos directos con un proveedor (...) *“ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud”*.

Este artículo como se puede apreciar es muy genérico, cuando menciona la situación de emergencia, o situaciones que suponen grave peligro.

En la misma línea se dirige el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, que establece el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Así pues, el Artículo 100 (del mencionado Decreto), establece que en condiciones para el empleo de la Contratación Directa, la Entidad puede contratar directamente con un proveedor solo cuando se configure alguno de los supuestos del artículo 27 de la LCE, bajo las condiciones que a continuación se indican: (...) b) Situación de Emergencia.

El reglamento refiere que la situación de emergencia, se configura por alguno de los siguientes supuestos (...) *Situaciones que supongan grave peligro, que son aquellas en las que exista la posibilidad debidamente comprobada de que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente.* (...) tanto para precaver los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como resultado directo del evento producido, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma, la entidad contrata de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios,

Obedece el mencionado reglamento, en el que se señala que dentro del plazo de diez (10) días hábiles, como máximo, 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, *la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la*

resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda; debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los acuerdos antes mencionados o la resolución e informes. El plazo puede ampliarse por diez (10) días adicionales en caso de la regularización de la garantía.

Como se puede apreciar del citado reglamento, **la tesista considera** que los requisitos establecidos por la ley, son limitados, por ende se debe establecer requisitos que refuercen los ya existente, de modo que no exista ningún vacío al respecto. Por otro lado, el reglamento, sigue describiendo supuestos legalmente difícil (por no decir imposible) de entender, como grave peligro o inminente. Esto no se puede permitir, porque como se demostrará más adelante da una carta abierta a los funcionarios y servidores para realizar contratos fuera de los supuestos establecidos por ley, algunos pensando que regularizando los contratos se puede des-configurar, o no consumir el delito de negociación incompatible.

En ese sentido, por ejemplo el Artículo 20 de la LCE, establece sobre la Prohibición de fraccionamiento, así refiere la ley, que se encuentra prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar un procedimiento de selección correspondiente al requerimiento anual, separar la adjudicación de contratos mediante la realización de dos o más procedimientos de selección, eludir la aplicación de esta ley y sus reglamentos, ***adjudicar contratos de igual o menor cuantía a ocho (8) UIT y/o para eludir el Cumplimiento de tratados internacionales u obligaciones que contengan disposiciones sobre contratación pública.*** El reglamento establece los casos o supuestos debidamente justificados que no constituyen fraccionamiento.

En ese sentido, el artículo 40 del Reglamento de la LCE, menciona que “*no se incurre en fraccionamiento*” cuando, se encargan bienes o servicios idénticos a pedidos adjudicados anteriormente en el mismo ejercicio cuando el pedido completo no pudo completarse a tiempo debido a recursos insuficientes para completar el pedido completo o una necesidad imprevista superior a la planificada

b) La efectución del contrato tiene lugar a través de los catálogos electrónicos del acuerdo marco, con excepción de los casos especificados por el OSCE a través de la directiva.

Por ejemplo en estos casos, *es de la opinión de la tesista*, que la ley y el reglamento no cubren cuando se están en situaciones de interés particular o de un tercero (verbos del delito de negociación incompatible) en el sentido, de que se puede cumplir a cabalidad los límites de la ley, pero eso no evita de que se realice contratos favoreciendo indebidamente, por otro lado esos fraccionamiento en la práctica no tienen más justificación que la ley, sin embargo la tesista considera que en estos supuestos se debe manejar otros criterios objetivos, en la medida a la vez que nos pueda alertar de una conducta ilícita por parte de los funcionarios o servidores públicos.

En ese mismo contexto, la Opinión N.º 175-2016/ DTN: explica que como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado prohíbe que se divida la contratación de bienes, servicios y obras para efectuar contrataciones mediante varios procedimientos o evadir la aplicación de la Ley y/o su Reglamento dando lugar a contrataciones iguales o menores a ocho Unidades Impositivas Tributarias (8 UIT) y/o evadir la aplicación de acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública.

Bajo esas limitaciones, es que en la actualidad se viene difundiendo sobre el modelo de prevención, que deberá adecuarse a la naturaleza, riesgos, necesidades y características de la contratación estatal.

Sin perjuicio de ello, **la autora del trabajo, advierte** que se debe tener presente que el artículo 264, numeral 264.2, literal g), del Reglamento del TUO de la LCE exige el cumplimiento de determinados elementos mínimos, a saber: (i) la designación de un encargado de prevención; (ii) la identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de intereses en la contratación estatal; (iii) la implementación de procedimientos de denuncia de actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de intereses en la contratación estatal; (iv) la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención; (v) la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención, esto de alguna manera viene regulado a través de la ley 30421, ley de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

Por otro lado, y con finalidad **de materializar el objetivo general del presente trabajo, en relación a la importancia de la pericia institucional, la cual tiene la finalidad de materializar el peligro concreto en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia**. Así, se cuenta con la Ley N° 30214, publicada el 29 junio 2014 agrega el Artículo 201-A del Código Procesal Penal de 1991, donde establece que los Informes técnicos oficiales especializados de la Contraloría General de la República, disponiendo: “Los informes profesionales realizados por los auditores de la República en el ejercicio de sus funciones no penales, si así lo establece la sentencia, sirven de mérito en la elaboración de querrelas penales, de órganos extrajudiciales. Tiene la calidad de pericia. b) del inciso 2 del artículo 326 del presente Código o si se redacta y presenta como prueba

al mismo tiempo que la investigación preparatoria y se incluye formalmente en el procedimiento de apelación;”. El juez desarrolla la actividad y valoración probatoria de conformidad con el inciso 2 del artículo 155 y el inciso 1 del artículo 158 del presente Código.

En este sentido, en materia de prueba en materia penal, se rige por la Constitución, los Tratados ratificados y ratificados por el Perú y por este Código: artículo 155°.1 del CPP. Por ello, el artículo 180°.1 del CPP dispone que: “*Las observaciones al informe pericial definitivo podrán presentarse dentro de los cinco días siguientes a su notificación a las partes*”.

Así también el Artículo 173 del CPP, menciona sobre el Nombramiento de peritos, así menciona *que también podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes*. Este artículo debe repasar sistemáticamente con el artículo 157 del Código Procesal Penal cuando menciona que *"los hechos objeto de prueba podrán ser corroborados por cualquier prueba permitido por ley. Excepcionalmente, podrán utilizarse otros siempre que no vulneren los derechos y garantías de las personas, así como las facultades legalmente reconocidas a los sujetos procesales. La forma de la grabación se adaptará a las pruebas más similares presentadas si es posible*.

Ahora, *es de la postura la tesista*, que si bien hay un reconocimiento expreso sobre el informe de la Contraloría, sin embargo, para el problema planteado en el presente trabajo, se considera que existen otras instituciones públicas que tiene la capacidad de elaborar pericias institucionales. En ese sentido, para elaborar una

pericia institucional, previamente se debe identificar el estado de emergencia y peligro inminente, para tal finalidad se tiene que mediante la Ley de Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres (SINAGERD) Ley N° 29664 del 2011, establece en su Art.3: que los riesgos se establecen con información científica y registrada, ya que se basa en investigaciones científicas y en el registro de las informaciones, así también en el Art. 8, menciona que se tiene como finalidad el identificar, reducir riesgos asociados a peligros o minimizar sus efectos y a la vez tiene como objetivo, la identificación de los peligros.

Por lo tanto, para tomar decisiones oportunas en la gestión de riesgos de desastres. Así también, dentro de esta institución, se cuenta con la coordinación del SIGRID, la misma que cuenta con varias herramientas, una de ellas es el *Sistema De Información Nacional Para La Respuesta Y Rehabilitación (SINPAD)* a partir del cual también coordina con el Centros de Operaciones De Emergencia (C.E.O), estos a través de sus monitores, *brindan la información “para la oportuna toma de decisiones de las autoridades del sistema, en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales.*

Por último, la novedad de la legislación en contrataciones públicas, se tiene que el 3 de octubre de 2020, se pre-publicó el proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público, el cual, una vez aprobado, derogará la Ley N.º 30225 LCE, la novedad de esta iniciativa legislativa es que se aborda el tema de la sub-contratación, por otro lado, no tiene mayor referencia sobre el particular, aunque es probable que ello se deba a que dicho proyecto de ley ha dejado que sea mediante reglamentación que se definan diversas categorías jurídicas y procedimientos referidos a la contratación pública.

Sin embargo se puede percatar que el presente proyecto de ley, aún deja intacto el problema de los contratos en tiempos de emergencia, lo cual deja concluir que es un problema oculto que permanecerá en el tiempo.

NORMATIVIDAD EXTRANJERA

En cuanto *a la materialización de los objetivos específicos número 2, en relación a la limitación de la LCE*, la misma que debería considerar con mayor incidencia, desde el derecho comparado, por ejemplo, tal como se podrá observar, cuando se refiere a utilizar términos como: *no deberá dividir o no fraccionará*, demuestra lo importante que es, para los países con los cuales se ha firmado TLC, el tema del fraccionamiento indebido.

Es así que, tomando de ejemplo a **EE.UU** en cuanto a su Contratación Pública Valoración, refiere que el propósito de determinar si se trata de una contratación pública cubierta al estimar el valor de una contratación pública, una Entidad contratante: (a) no utilizar un método en particular para estimar el valor de la contratación pública con el propósito de evadir la aplicación de la ley, ni deberá dividir una contratación pública en contrataciones públicas separadas.

En cuando a la **UE**, se establece que, al calcular el valor de una contratación, sea o no una contratación pública cubierta, la entidad de contratación puede dividir si se trata de una contratación pública cubierta, una Entidad contratante no fraccionarla contratación en contrataciones separadas ni seleccionará ni utilizará un método de valoración especial para calcular el valor de la contratación con la intención de excluirla total o parcialmente de la aplicación de la norma que regula dicha contratación.

En esa misma línea, **Canadá** con el propósito de determinar una contratación pública cubierta por este Capítulo, al estimar el valor de una contratación pública si se trata de, una Entidad contratante: (a) con el propósito de evadir total o parcialmente la aplicación de este Capítulo, no utilizará ni seleccionará un método en particular para estimar el valor de la contratación pública. No dividirá una contratación pública en contrataciones públicas separadas.

También **Japón**, considera que al hacer una estimación valorativa de los contratos con el propósito de implementar el presente Capítulo: (b) la selección del método valorativo que será efectuado por una Entidad contratante, no será utilizado, ni se dividirá una contratación pública, con el propósito de evadir la aplicación del presente Capítulo.

En contraste, *en cuanto al objetivo general del presente trabajo, en el aspecto de que se debe controlar los riesgos dentro de las contrataciones con el Estado,* se tiene el ejemplo en el derecho comparado del **caso en Colombia**, este país desarrolla el enfoque de riesgos existe desde 2007, cuando se aprobó la Ley N° 1150, que establece que las entidades deben incluir “la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, operando no solo en materia de obra pública”. Esto a comparación con el Perú, la OSCE no es claro al respecto.

3.2.Resultados jurisprudenciales

Ahora, con la finalidad de *concretizar el objetivo general y el primer objetivo específico del presente trabajo*, se tiene desde el pronunciamiento de la Corte Suprema, en relación a la imputación objetiva en los delitos de infracción del deber

(corrupción de funcionarios) y específicamente en el delito de negociación incompatible, se tiene lo siguientes lineamientos.

Es así que, en relación a las competencias del funcionario o servidor público, dentro del marco de los riesgos permitidos, *la misma que según la postura de al tesista*, no debe quebrantar el interés público por el particular, se tiene por ejemplo, el pronunciamiento de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la ejecutoria de fecha 19 de octubre de 2010 (R. N. N.º 4096-2009- Junín) que precisó que “en este tipo de delito el funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado; sin embargo, dicho sujeto especial **orienta su interés en función personal**, tornándose así incompatible dicha injerencia **con su rol funcional**”. Al hacerlo, actúa en contra de los intereses del Estado en el que trabaja y al que representa en transacciones contractuales de carácter económico.

Así, la forma para atribuir el delito de negociación incompatible, no basta ser funcionario público, sino como explica la Suprema (R. N. N.º 253-2012- Piura, 13) ha sostenido que: Para que se materialicen delitos de esta índole, no basta que el agente criminal tenga un carácter de funcionario público o especial de funcionario público. Los agentes deben tener autoridad y capacidad para intervenir en los contratos y operaciones. , es decir, está autorizado por su rango y capacidad para participar en un tratado u operación.

Por lo tanto, es de la *opinión de la tesista*, que cuando se clasifica como un tipo de delito, el fiscal primero debe investigar si el acusado tiene la facultad de celebrar contratos por ley o por orden. Desafortunadamente, hoy en día es un delito si no se cumple con este requisito, ya que los fiscales a menudo consideran solo al

funcionario o las calificaciones del funcionario y no verifican si son competentes para ejecutar las órdenes oficiales en ese caso. no es un delito de negociación.

Ahora, en cuanto al **verbo interesarse**, en el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene, en las mismas sentencias anteriores, que: el delito es objeto de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término interesar, que **significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo**; Es decir, esta importación o este interés en un contrato o actividad realizada por el Estado con un tercero con el fin de obtener una ventaja económica injustificada a su favor o en favor de otra persona.

Desde otra perspectiva, *en cuanto a los criterios objetivos que pueden definir actos de corrupción en el proceso de contratación, es también el criterio que establece el objetivo general del presente trabajo*, se tiene por ejemplo el hecho simulado, en ese sentido, el derecho vivo y actuante de la Corte Suprema en la (Ejecutoria del 11-08- 2012; R. N. N.º 2641-2011-Lambayeque) sostiene por interés simulado el hecho de que: los contratos o actividades que se realicen con sociedades que pretendan ser propietarias o representen cuando en realidad sean propiedad o estén relacionadas con el servidor público; En el sentido de que parece actuar en interés de la administración pública cuando, en realidad, dominan secretamente intereses particulares o particulares.

En el mismo lineamiento argumentativo, *la postura de la tesista* se ajusta, al párrafo anterior, y recurriendo al principio de libertad probatorio, se tiene que en cuanto a la prueba en el delito de negociación incompatible, la Suprema siempre ha sido enfática que se debe actuar sin ninguna restricción, en ese sentido, al no haberse

actuado las pruebas en el proceso, la Suprema ha anulado varios caso, así por ejemplo en el R. N. N° 3664-2009-Junín, así dice la Suprema que, no habiéndose actuado todas las pruebas en el proceso, siendo ello así, deberá realizarse un nuevo juicio oral en el que deberá recabarse: a) una confrontación entre los encausados, debe recabarse b) la declaración del representante legal del Gobierno Regional agraviado; c) las testimoniales de los testigos, así como las demás diligencias que sean pertinentes para el cabal esclarecimiento de los hechos juzgados.

En este sentido, la Corte Suprema ha hecho un amplio uso de la prueba circunstancial. Así, por ejemplo, en cuanto a los defectos administrativos en el marco de los contratos con el Estado, se tiene la Casación N° 841, 2015 – Ayacucho, fundamento “*Vigésimo: (...) expresa que “los defectos tendrán relevancia penal si van acompañadas de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal (...) incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia”.*

En el mismo sentido, también existe recurso de casación en el “Caso Petroaudios”, N° 677-2017 - Nacional, la Corte Suprema dice que “***de esta forma, un conjunto extraordinario de hechos dentro de un proceso contractual puede brindarnos convicción o prueba suficiente de la comisión del delito***, de que se trata. También en esa misma línea, se tiene que en el marco del proceso penal iniciado en contra de la Jorge Luis Vergel Polo y las empresas Consorcio DHMONT & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L. dice la Suprema que, por la comisión del delito de negociación incompatible en agravio del Estado, el indicio sobre “interés indebido” se expresó en dejar de realizar o emitir informes sobre un procedimiento. Casación, N° 67-2017 Lima. Esta postura ya había tenido la

Suprema cuando había establecido en el Recurso de Nulidad N° 3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013, así dice la Suprema, *si bien la venta puede ser rectificadada, si se muestra tal interés, es suficiente para constituir un delito penal por trato incoherente.*

Otro caso, *la tesista considera que es de suma importancia, a la cual está dirigida a responder a nuestro objetivo específico segundo, en relación a las contrataciones en situaciones de emergencia*, la Suprema es bien enfática en estas situaciones, así por ejemplo en el Recurso de Nulidad, 23-2016 – Ica, en el sonado caso del Gobernador Regional Wilfredo Ocorima, *se cuestionaron las fallas administrativas en el proceso de compras en estado de emergencia*, porque, inevitablemente, es necesario probar factor externo. En ese sentido, lo que el Tribunal Supremo refiere que, *los estados de emergencia, son propicios en muchos de los casos para que el funcionario público cometa ilícitos penales, en virtud de los procesos de exoneración, como en el caso actual de negociación inconsistente.*

También un indicio objetivo son los engaños, así por ejemplo en la misma línea la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad, 2770-2011 – Piura, dice que “la cual se aprecia con mayor énfasis en la hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la Administración Pública, esto es una clara señal de prueba del delito de corrupción.

Otro pronunciamiento muy similar, aunque dirigido al delito de colusión, pero que *en postura de la tesista*, ayuda a representar lo que se viene exponiendo es el pronunciamiento la Sala Penal de Apelaciones Exp. N° 185-2011 del 2013, dice la Suprema, “*en cuanto al elemento concertación, lo constituye el acuerdo colusorio*

entre los funcionarios y los interesados, no se deriva necesariamente de la existencia de tratados, concesiones, acuerdos ilegales, acuerdos secretos entre dos o más partes para lograr un fin ilegal, o acuerdos engañosos que puedan ser conocidos o disponibles al público en las instituciones públicas o el círculo económico excepto para factores objetivos como la simulación de contratos públicos, es decir, dar apariencia de conformidad o ignorar los requisitos legales”.

Así, la tesista considera que, como puede observarse, el cumplimiento de la legalidad no garantiza de por sí, que actos de corrupción no se esté dando, es decir se puede cumplir a cabalidad la legalidad, pero eso no es sinónimo de no corrupción; por lo tanto deben existir otras formas objetivas para determinar, que dentro de esa legalidad aparente se esté realizando hechos de corrupción.

Ahora bien, en cuanto al primer objetivo específico de este trabajo, en cuanto al bien jurídico a proteger en este tipo de delitos, se tiene la Casación N.º 628-2015-Lima, 5 de mayo de 2016, aquí dice la Suprema que, el autor vulnera la *imparcialidad en los contratos u operaciones que interviene* por razón de su cargo, “cuando en lugar de buscar siempre los intereses del Estado en los contratos o actividad similar en que interviene, busca un interés particular, propio o de un tercero”. En esa misma línea argumentativa, se tiene en el R.N.Nº 677-2016 – Lima, menciona que en este delito, que es un delito contra la administración pública, el bien jurídico busca la protección funcional no como un objeto en sí mismo, sino como una organización que debe cumplir los fines trascendentes de la función pública. servicio y la solución de problemas colectivos, por lo que el delito de

negociación irreconciliable vulnera la eficiencia y eficacia de la funcionalidad pública.

Otro pronunciamiento, **que para la autora de esta tesis es sumamente importantes** es que, la Corte Suprema en el R.N. N.º 661-2009-Lima, ha sostenido que con el tipo penal de negociación incompatible: *No se tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino que busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional*, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo principio de taxatividad que el sustento de la prohibición ***no está en la generación de un perjuicio patrimonial*** al Estado, sino en el irregular desempeño funcional.

Otro pronunciamiento que es relevante en este trabajo, la misma que responde al ***objetivo general, es sobre la pericia institucional***. Así se cuenta con el fundamento jurídico N° 9 del Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116 donde se ha establecido como precedente vinculante que: ***Las pericias institucionales son las emitidas por los órganos oficiales***. Así, siguiendo las líneas normativas anteriores: los informes técnicos elaborados por la Contraloría General de la República constituyen una forma de pericia institucional. Así también en el R. N. N° 3108-2013 - Junín, del 02 de abril del 2014, con la ponencia de San Martín Castro se afirmaba que: ***el informe de verificación de la contraloría, propiamente es una pericia institucional***.

Posteriormente la Suprema se ha vuelto a pronuncia a través del Acuerdo Plenario 4-2015-CIJ-116, así dice que estas pericias institucionales, brindan

garantía técnica y objetividad, porque son servicios técnicos de instituciones públicas especializadas y se fomenta la valides *prima facie* de sus dictámenes e informes. Esta pericia institucional se enmarca en la necesidad de probar el peligro inminente en caso de emergencia, ya que el delito de incumplimiento de negociación es un delito de naturaleza peligrosa definida, se debe probar que el transporte o puesta en peligro el bien jurídica, así es como también lo ha establecido la **Corte Suprema en el marco de la Casación N° 231- 2017-Puno**, donde ha considerado al delito de negociación incompatible como un delito *de peligro concreto*, misma consta de dos componentes, la conducta de riesgo más un riesgo cierto, por lo que la necesidad de devaluar la conducta, como devaluar la resultante, es al mismo tiempo una medida preventiva específica o individual.

Este pronunciamiento va acorde a lo que ya también la Suprema había establecido en el **Acuerdo Plenario N°2-2207/CJ-116 de 16/11/07**, en referencia al peligro concreto, este es un **peligro directo, no aparente** (la conducta dirigida a quebrantar lo que se busca proteger) por lo tanto, la conducta debe ser adecuada, al mismo tiempo que muestra desprecio por la buena administración pública, lo que significa que, en el derecho penal, es la encarnación de un peligro cierto.

En ese sentido, *es de la postura de al tesista el cual coadyuva al objetivo general de la investigación*, que, con la pericia institucional, solo a través de este se puede probar el peligro inminente, lo que en términos en derecho penal significa que debe probarse un peligro específico y un peligro grave, porque es una realidad organizacional y probado por los sistemas de información para responder y recuperarse de descuido del deber.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

En cuanto a este punto, con el objetivo de materializar el objetivo general y el objetivo específico segundo, en cuanto a la unidad de la contratación, y no el fraccionamiento.

En ese contexto, llegó la declaración del Consejo de Estado. Departamento de lo Contencioso Administrativo de Bogotá. (2011). Sentencia del 31 de enero del 2011. El Expediente 25000-23-26-000-1995-00867-01 (17767) especifica que el objeto del contrato debe obtenerse mediante un único proceso de selección que satisfaga plenamente las expectativas o requerimientos de la entidad, salvo que existan razones objetivas para no hacerlo.

Sobre el tema de unidad, es de *considera por la tesista*, que resulta pertinente traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado, pues la Sala de lo Contencioso Administrativo de Bogotá (2011) menciona que, la unidad de objeto en materia de contratación estatal, se pregona de aquellos contratos cuyo objeto “es naturalmente uno”. Por tanto, el inciso entiende que la referida unidad se considera normal cuando la prestación de uno de sus elementos requiere necesariamente la prestación del otro, es decir, sólo igual a la suma de cada uno de ellos, el producto final exigido con el contrato; Por lo tanto, el incumplimiento de alguno de ellos perjudicará la capacidad de atender necesidades específicas de personal, ya que están interrelacionados.

En ese contexto, *la tesista, es de la opinión*, que como se puede apreciar en esta suscita jurisprudencial internacional, lo que se busca es que las Contrataciones con el Estado siempre sea de manera organizativa, como también se busca evitar ciertos

actos que vayan en contra de la naturaleza misma de los recurso de estado, pues estos tiene su razón de ser en el beneficio de la población, y no de ciertos funcionarios, que aprovechando la situación de emergencia, se valgan de los vacíos normativos para aprovecharse ilegalmente de los recurso del Estado, es el claro ejemplo de delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia.

CAPÍTULO IV

IV. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Una vez, establecidos el marco teórico y los resultados de la investigación, el presente capítulo estará enmarcado en analizar y poner en discusión los resultados doctrinarios, jurisprudenciales y normativas, esto con la finalidad de concretizar la postura y propuesta de la tesista.

4.1. Discusión doctrinaria

DOCTRINA A FAVOR DE LA POSTURA DE LA TESISTA

4.1.1. Sobre la imputación objetiva y el delito de corrupción de funcionarios

La importante evolución de la dogmática penal, como refiere Cancio (2012) ha tenido su mayor auge en la teoría de la imputación objetiva, pues previamente antes de analizar la parte subjetiva del delito, si de la acreditación de criterios objetivos revelan que no existe delito, pues no será necesario pasar al nivel subjetivo, así también Feijoo (2003) define la teoría de la atribución objetiva como un mecanismo de definición y delimitación de ámbitos de responsabilidad que permite comprobar cuándo la conducta objetivamente se convierte en delictiva. Así, para considerar que una conducta está dentro de los márgenes de la imputación objetiva, como ya lo refería Honig (1930) cuando desarrolla el principio de riesgo, que para Gallo (2017) una vez que el ciudadano medio percibe el peligro, exige al Estado que aumente el control de los ámbitos peligrosos, es por eso que hoy como dice Silva (2011) hay una extensión del derecho penal que también está bastante justificada en que Jacobs (2003) también señala que se parte de un riesgo permitido o no permitido y si esto es cierto se analiza desde el contexto del delito con el incumplimiento del deber, dice Salinas (2015) los delitos relacionados con el

incumplimiento del deber se vigilan con base en los deberes positivos que tiene un funcionario o servidor público para incumplir o dejar de cumplir dichos deberes, en particular los delitos contra la administración pública, y como también delitos de corrupción de funcionarios, pues pondrán en peligro o lesionarán un bien jurídico. Por lo tanto, gracias al a la expansión racional del derecho penal, es que hoy se puede proteger no solo bienes jurídicos individuales, sino también colectivos, como es el caso del bien jurídico de la correcta administración pública, que como menciona Gallardo (2009) los riesgos fácilmente se pueden encontrar dentro de la administración pública.

Postura de la tesista

Bajo las consideraciones expuestas, la tesista concuerda que para determinar responsabilidades penales a los funcionarios o servidores públicos, el primer paso es la determinación de los criterios objetivos, para la cual la teoría de la imputación objetiva a través de los riesgos permitidos o no podría solucionar muchos problemas de imputación, sin la necesidad de recurrir a la imputación subjetiva. En ese sentido, cuando el funcionario o servidor público, teniendo el deber positivo (construir, edificar) considera el informe institucional (denominación, que considero previa a la pericia institucional, esta será tal, todavía cuando se incorpora al proceso penal) y realiza los contratos en situaciones de emergencia, aquí objetivamente el juez debe considerar que el funcionario o servidor público ha actuado dentro de los márgenes del riesgo permitido, de no corroborarse ese informe institucional (pericia institucional) se podría afirmar de manera objetiva que el funcionario o servidor público ha violado las esferas de los riesgos permitidos, por lo tanto objetivamente se concluiría que se ha realizado una contratación de manera direccionada, para

favores indebidamente a él o a un tercero, verbo rector que configura el tipo penal de negociación incompatible.

4.1.2. Sobre la contratación con el Estado en situaciones de emergencia

Es importante tener claro lo que menciona Jiménez (2020) que los contratos celebrados por y con el estado deben tener como finalidad velar por el bienestar de la población, ya que la contratación pública atiende fines públicos encaminados a la satisfacción de las necesidades de la población estatal. , este es un principio básico inalienable. En ese sentido, como ya se ha mencionado la LCE, constantemente viene teniendo evolución de la misma, sin embargo poco se viene regulando, y controlando en la fase que la tesista considera importante, que sería la fase de actuaciones preparatorias, de acuerdo con Alvarado (2021), la parte más importante será la detección de actos de corrupción, pues es aquí donde se desarrolla la naturaleza del producto, el vendedor, su valor estimado, la necesidad y las reglas de competencia, por lo que decidido en esta etapa determinará lo que sucederá en las próximas fases, es en esa medida el mismo Alvarado (2021) refiere que el tener debilitada la norma, conlleva escenarios de corrupción, por lo tanto es indispensable, la preparación del personal técnico capacitado en no solo en el contrato que se va a realizar, sino en la necesidad y el enfoque de distribución que se de las adquisiciones, por lo tanto, cuando están a cargo de dependencias que tienen necesidad pero no conocimientos técnicos, es difícil asegurar la calidad técnica de la información que cumpla con los requisitos, por lo que en situaciones de emergencia no es suficiente pasar por los trámites del estado para , sino principalmente para asegurar el fin antes descrito, es decir, el bienestar, la eficiencia frente a la población sobre los recursos distribuidos, para lo cual el personal

encargado de este conocimiento de la realidad, la población de las necesidades, debe determinar el personal capacitado. según la naturaleza de la emergencia. En ese sentido como explican dicen Núñez y Talavera (2021) la Contraloría como también la OSCE intervienen posteriormente como un ente de control.

Postura de la tesista

Sobre el último punto del párrafo precedente, sobre el control de la Contraloría y el de la OSCE, se bien pueden cumplir una función fiscalizadora, sin embargo, cuando se está antes contrataciones en situaciones de emergencia, a lo mucho pueden hacer un control de la legalidad, pues por lo general no trabajan con un equipo de diversos especialistas relacionados con el objeto de compra, o con la naturaleza de la emergencia. Por lo tanto, si bien el informe de la Contraloría puede arrojar algún desbalance patrimonial, o evidenciar un perjuicio económico, estos criterios son irrelevantes en la configuración del delito de negociación incompatible. Por otro lado, como se viene diciendo, el hecho que los contratos se realicen dentro de la legalidad, eso no garantiza que no se configure el delito de negociación incompatible, por lo tanto, para saber cuándo esa legalidad está fuera de la configuración del delito de negociación incompatible, en primer término se debe determinar si el contrato realizado está dentro de la necesidad según la naturaleza de la emergencia. Por otro lado, se debe considerar si el contrato, tiene incidencia positiva en la población o institución, otro criterio también a considerar es si se priorizó las necesidades más urgente debidamente justificados, de no acreditarse estos criterios, se configurarían criterios objetivos del delito de negociación incompatible, porque si bien se ha contratado legalmente, pero las adquisiciones no ha beneficiado más que a las partes contratantes, por lo tanto ese

contrato no tienen ninguna incidencia dentro la situación de emergencia. Bajo estas consideraciones, es necesario y con carácter de urgencia que se considere una institución pública o privada que tenga la capacidad y sean competentes para determinar sobre la naturaleza de las contrataciones y las incidencias de las mismas.

Por otro lado, también la LCE, tiene la deficiencia en cuanto al control, de las fraccionamientos, en situaciones de emergencia, por lo tanto, este fraccionamiento, debe ser la excepcionalidad de la excepcionalidad, pues como refiere Zegarra (2021) la regla es la unidad de la contratación, y si bien el fraccionamiento, es una potestad que establece el legislador, sin embargo esta no se debe aplicar por aplicar, sino que también deben cumplir los requisitos, como en primer término no implicar ningún tipo de menoscabo o perjuicio para el Estado, sino más bien ayuda a maximizar los recursos de la entidad, de maneja económica, financiera y socialmente, que están estrictamente ligados estrictamente a los principios de eficacia y eficiencia en la contratación con el Estado. Por lo tanto, de no verificarse este requisito, se estaría como refiere Zegarra (2021) ante un fraccionamiento indebido, por lo tanto ilegal, porque se ocasiona, de manera deliberada y sin fundamento objetivo lo cual sería otro criterio objeto en la configuración del delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia.

Y por último en este apartado, se devela que la LCE, no viene controlando específicamente cuando se está ante una situación de emergencia, así por ejemplo el art. 85° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado precisa que una Situación de Emergencia, se presenta por: (...) c) Situaciones que supongan grave peligro. Sin embargo la ley no menciona qué se debe entender por grave peligro o peligro inminente, ante este vacío es necesario que la dogmática penal cubra esa

deficiencia de la ley. Por ende, para establecer ese peligro inminente, o grave peligro, para la autora de este trabajo, vendría a ser un elemento normativo del tipo en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, por lo tanto al ser un elemento normativo del tipo, se debe probar esa situación de emergencia, ese peligro inminente, y eso parte como es de la postura de la tesista de considerar al delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia como un delito de peligro concreto, concreto porque debe demostrarse en el proceso ese puesta en peligro de bien jurídico, y para la cual la pericia institucional sería la encargada de acreditar ese peligro concreto en las situaciones de emergencia. De no considerarse la misma, sería un criterio objetivo en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia.

4.1.3. El peligro concreto y el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia

Partiendo de que en el marco de la organización de una persona es posible vulnerar los riesgos concedidos y en aras de proteger los bienes jurídicos, en especial los colectivos, la dogmática penal ha desarrollado sistemáticamente el denominado delito de peligrosidad particular, por lo que Corcoy, Gómez (2004) que este peligro al que está expuesto el bien jurídico no está determinado por cuestiones naturalistas, sino normativamente, y como el mismo Corcoy (1999) afirma, el concepto de peligro, que interesa al derecho penal, es evaluativo. .., es decir, es un peligro cuya definición requiere evaluación, por lo tanto. exige la observación y valoración de una agente exterior, y también este peligro debe enmarcarse dentro de los principios de mínima intervención, lesividad y fragmentariedad, debe de tener una entidad tal que *no ha de ser insignificante, por*

lo tanto se debe verificar la probabilidad de la lesión. En este sentido, al hablar de vulnerabilidad específica, primero se debe considerar que la noción de vulnerabilidad utilizada por Gallo (2017) es un elemento normativo de la especie y por tanto debe ser demostrada, ya que como afirma Doval (1996) esta debe ser demostrada, se refiere a una naturaleza criminal, entonces el fiscal, el juez, tiene que probar que existe un peligro concreto, de lo contrario simplemente no habrá un delito en el hecho, otra consideración es que ese peligro concreto no es solo el comportamiento pero también la devaluación exige la devaluación del resultado. En ese sentido, se debe tener en cuenta que el peligro concreto demanda una acción peligrosa y un resultado de peligro, en esa medida como también menciona Doval (1996) en primer lugar necesariamente debe ser valorado desde una situación externa al suceso, al proceso penal, la misma que debe demostrar un peligro real, en segundo lugar, como enfatizan Lorenzo y Ortiz (2012), esto requiere la posterior especificación del sujeto del riesgo pasivo, en este caso la administración pública, en este sentido Méndez (1993) se debe verificar la concreta puesta en peligro al bien jurídico (es decir que esté en el radio de la acción peligrosa) por lo tanto el suceso debe ser idóneo para la misma, este bien jurídico dice Roxin (2015) debe individualizarse (lo que no ocurre con el peligro abstracto, donde el interés jurídico es abstracto, genérico) para ser una conducta violatoria del riesgo tolerable, y que por circunstancias ajenas al agente mencionado por Zieschang (1998) existe la posibilidad de una vulneración del derecho protegido ya que se ha probado que existía un peligro inminente.

Postura de la tesista

Bajo las consideraciones antes expuestas, como el delito de peligro concreto, es un elemento normativo del tipo del delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, la misma que exige su demostrabilidad, dentro del proceso, por lo tanto la misma debe estar determinado por una pericia institucional, que identifique, controle, el peligro según la naturaleza de la emergencia. Por otro lado, al ser un delito de peligro concreto, se exige la individualización y determinación del bien jurídico, para la autora del presente trabajo, el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia vendría a ser como bien jurídico específico, siguiendo la postura de Rojas (2002) sería mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, pero esta debe entenderse, como mantener incólume la expectativas sociales, las necesidades de las población, de modo que esa confianza que tiene el ciudadano no se vea quebrantado por hechos de corrupción.

4.1.4. El peligro inminente en situaciones de emergencia, como elemento normativo del tipo de delito en la negociación incompatible, demostrado a través de la pericia institucional

Como refiere Nakazaki (2016) que cuando se está ante una situación de emergencia o emergencia, al ser un hecho que crea una situación, existe un peligro grave que es necesario demostrar. Es de la misma postura Taruffo (2002) cuando afirma que es el Derecho el que tiene y determina lo que en el proceso constituye el hecho, se debe de demostrar o probar, y que las mismas están determinados como refiere, como dice Ferrer (2002) se determinen esos hechos. desde un punto de vista legal, es decir, desde un punto de vista normativo. En ese sentido, ese peligro inminente o grave peligro, para la tesista viene a configurar el elemento normativo

del tipo del delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, y al ser este delito de peligro concreto, ese elemento normativo per se debe de demostrar en el proceso.

Postura de la tesista

Por las consideraciones antes expuestas, para determinar ese elemento normativo, es menester recurrir a conocimiento extra – penales, por ejemplo una pericia institucional, porque esta se manifestará por la característica del hecho, por la característica de la emergencia, por lo tanto este determinará el método y la prueba. Ahora, si bien la Contraloría, como lo reconoce el legislador que su informe tiene reconocimiento de pericia institucional, sin embargo, esta pericia institucional, no se pronuncia de la naturaleza de la emergencia, pues la pericia realizada por la Contraloría a lo mucho develará desbalances presupuestales, pero eso no es presupuesto suficiente para configurar el delito de negociación incompatible. Por lo tanto, esta pericia realizada por la Contraloría no es idónea para acreditar el elemento normativo del tipo en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia.

En ese sentido, es que para la tesista, se es de suma urgencia que con el mismo criterio que se ha reconocido al informe de la Contraloría, como pericia institucional, se debe reconocer a las pericias de otras instituciones públicas, estas como pericias institucionales, esas instituciones serían por ejemplo El Instituto Geográfico del Perú, Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), El Instituto del Mar del Perú (IMARPE)., El Comité encargado del estudio nacional del fenómeno del niño (ENFEN) esta institución, conformado por representantes de IMARPE, SENAMHI, DHN, IGP, ANA e INDECI, Del Servicio Nacional de

Meteorología e Hidrología (SENAMHI), El Ministerio de Salud y sus Entidades, entre otras, seguidas por el procedimiento establecido por el Sistema Nacional de Gestión de Riesgos y Desastres (SINAGERD) y del al Sistema Nacional de Información para la Gestión del Riesgo de Desastres (SIGRID) pueden en primer lugar, realizar pericias según la naturaleza de la situación de emergencia de la localidad, porque el hecho que exista una declaración de estado de emergencia, eso no implica que en todo el territorio peruano las realidades sean iguales, sino por el contrario estas instituciones con su pericia institucional, puedan identificar y reducir los riesgos asociados al peligro y minimizar sus efectos, así como evitar nuevos riesgos, mediante la aplicación de principios, lineamiento de política, componentes, procesos e instrumentos.

En ese sentido, estas pericias institucionales, se pronunciarán de las particularidades de cada población, de las necesidades que se requiere, de las escalas jerárquicas de las necesidades, del tiempo, del plazo de urgencia de la entrega de los bienes o servicios, que demanda la situación de emergencia. En ese sentido, si el alcalde, el gobernador regional, el director de un hospital, etc, que habiéndose encontrado dentro de una situación de emergencia no haya recurrido a las instituciones antes mencionas para controlar la situación de emergencia, sino por el contrario, sigue sus criterios particulares, las mimas que no tengan ninguna objetividad en la realidad, de modo que las contratos no tengan ninguna incidencia en la población, o que por ejemplo se haya simulado situaciones de necesidad con la finalidad de realizar contratos fraccionados, o que las compras no sean idóneas en la localidad, esta pericia institucional (información científica registrada) como se ha mencionado será la encargada de develar los hechos realizados por el

funcionario o servidor público, y determinarán si actuaron dentro de los riesgos permitidos, de no acreditarse la misma, esa misma pericia institucional develará el peligro inminente o grave peligro, que se ha puesto al bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia. Por lo tanto, en este aspecto el no considerar lo establecido por las instituciones antes mencionadas, constituirá un criterio objetivo en la determinación del delito estudiado.

4.1.5. Criterios dogmáticos objetivos definidos en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia

Tiendo en cuenta las consideraciones antes expuestas, la tesista considera que los criterios objetivos definidos, de las cuales el juez debe advertir y motivar para para imponer una sanción por el delito de negociación inconsistente en situaciones de emergencia serán los siguientes.

En primer lugar, la pericia institucional que se considera de manera indispensable, la misma que acreditará el peligro concreto en este tipo de contratos, en esa medida se podrá advertir que el contrato o negocio, haya asumido una determinada configuración, la misma que no coincide con la realidad; otro criterio objetivo es acreditar que se han simulado necesidades, todo con la finalidad de realizar el contrato, para beneficiar ilegalmente a alguien fuera de la misma sociedad; por otro lado que se haya contratado para la emergencia incitada con una empresa, incompetente, no idónea, por otro lado, que se acreditó e inmediatamente realizó compras innecesarias de calidad inferior a la pactada, por lo que no existe filtro de calidad; por otro lado, exigir que no se registren omisiones u observaciones de trabajo, o que se hagan intencionalmente revelaciones informales en los contratos unitarios para evitar la verificación.

Por lo tanto, siendo el delito de negociación incompatible como un delito de tendencia interna, y pretender demostrar el dolo de la misma, se pretendería sacar la radiografía del alma del funcionario o servidor público, por lo tanto, para la tesis, los criterios establecidos anteriormente son elementos cruciales para una descripción objetiva de los hechos de las negociaciones irreconciliables.

POSTURAS O ARGUMENTOS EN CONTRA

4.1.6. sobre la limitación del delito de peligro abstracto y su indeterminación en cuanto a la protección del bien jurídico en el delito de negociación incompatible

En relación al peligro concreto, el primer defecto que se encuentra como menciona Doval (1996) es que la lesión al bien jurídico es *iuris et de iure, es decir se presume que se lesionará, y que no admite prueba en contrario, por lo tanto por la experiencia del legislador considera que una conducta puede ser peligrosa por lo tanto lo desvalora, Por otro lado como refiere Rodríguez (2004) este tipo de delitos no exige la verificación judicial de la puesta en peligro del bien jurídico, y que el mismo no está debidamente identificado, individualizado, por lo tanto se convierte en un delito simbólico de mera formalidad, o como menciona Mir (2001) es un peligro de ratio legis, y por lo tanto este peligro no constituye un elemento del tipo, en ese sentido como refiere Zaffaroni (1990) este tipo de delito termina con la simple realización de un acto típico (cuando se sabe y se prueba que el delito investigado consta de un elemento adicional que es un elemento normativo del tipo).*

Postura de la tesista

Sobre los criterios antes esbozados, se debe tener mucho cuidado, porque se podría convertir al derecho penal, en un derecho penal de presunciones, es decir que no exija por lo menos la materialización de la puesta en peligro de un bien jurídico. Esto, incluso va en contra del principio de lesividad. Por otro lado, la tesista se hace la pregunta, de cómo se podría diferenciar este peligro, con una infracción administrativa, o es que acaso se pretende considerar al peligro administrativo como peligro abstracto, la cual es una interpretación absurda. Esto, podría traer espacios de impunidad, y es como se viene manifestando, porque la línea de delito de peligro abstracto es muy ligera con la concretización de los defectos administrativos, precisamente esto ha conllevado a que muchos abogados consideren que en las contrataciones con el Estado si lo las observaciones de formalidad han sido absueltas, no se configuraría el delito de negociación incompatible.

Esta mala interpretación, es producto de ese mal entendido peligro abstracto, porque han reducido el delito de negociación incompatible, a un conjunto de informalidades dentro del proceso de contratación con el Estado. Es decir, cuando se está ante un defecto administrativo en el proceso de contratación con el Estado, el legislador presume que existe una lesión al bien jurídico, pero si las observaciones son absueltas, automáticamente y por cuestiones de magia, deja de existir ese peligro dentro del delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, postura que la tesista considera totalmente errada y sin ninguna lógica que la respalde. Pues por más que el contrato sea legal, o se hayan subsanado todas las observaciones, eso no garantiza que no se haya configurado el interés indebido

en el proceso de contratación, pues pongamos el ejemplo de que se haya realizado todo el procedimiento legal, pero si los bienes no justifican la naturaleza de la emergencia, y no son idóneas a la misma, objetivamente aquí se evidencia que alguien se ha beneficiado, que alguien se ha interesado para realizar la contratación pública, pero la misma no está dentro de la realidad, de la institución, de las expectativas de la comunidad, por lo tanto existe legalidad, por su puesto, pero se ha beneficiado con un interés totalmente diferente a las finalidades de los recursos del Estado.

Por otro lado, el peligro abstracto, al no individualizar el bien jurídico protegido en este delito, esto conllevaría a afirmar que, *aquello que se protege todo, se protege nada*, cuando en realidad en *este tipo de delitos, es necesario, por lo menos acreditar la puesta en peligro de un bien jurídico individualizado*. Así, por más que la doctrina afirme cierto bien jurídico de protección en el delito de negociación incompatible, es tal, sin embargo la afirmar que las consideraciones del peligro abstracto (donde no exige o no acepta un bien jurídico específico) por lo tanto, se evidencia enorme contradicción en la dogmática penal. Por estas consideraciones, se debe desplazar con carácter de urgencia, por lo menos en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, la condición de delito de peligro abstracto, y como refiere Rodríguez (2004) se ha criticado a estos delitos porque carecen de desvalor de resultado, y de desvalor objetivo de acción, y además por ser una contemplación del peligro de carácter general y nunca particular.

4.1.7. Sobre la expansión irrazonable del derecho penal, en el delito de negociación incompatible como delito de peligro abstracto

Considerar los hechos de negociaciones incompatibles como un peligro abstracto, como se ha explicado anteriormente, conduce a una consideración exenta de riesgo del derecho penal, pero por otra parte vulnera el principio de lesividad, ya que no tiene en cuenta el mínimo de responsabilidad penal, por otro lado, quebranta el principio de lesividad, pues no considera el derecho penal mínimo, por lo tanto como refiere Silva (2011) esto conduciría a un control irracional del derecho penal que podría ser deslegitimado. En la misma línea, Pozuelo (2012) considera que la libertad del ciudadano se ve enormemente restringida por este tipo de normas. Por lo tanto Gallo (2017) concluye entonces que la cuestión no es si el derecho penal debe intervenir en determinados sectores, sino cómo lo hace.

Postura de la tesista

Queda claro, que en Derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar ofensa cuando no la hay. En este orden, el pensar que la responsabilidad penal viene estimada en la descripción típica que del hecho hace la norma y, a partir de ello, que no se exija al órgano jurisdiccional la comprobación de si, en la situación concreta, existió verdaderamente un riesgo efectivo para el objeto material que representa al bien jurídico, ha llevado a que algunos autores prefieran llamarlos delitos de *peligro presunto* en lugar de delitos de peligro abstracto, pues consideran que lo que realmente se daría es una presunción *iuris et de iure* sobre la peligrosidad de la conducta. O como metafóricamente se ha dicho que, el peligro abstracto, no es en realidad un peligro.

4.1.8. Sobre la mala interpretación de la pericia institucional

En cuanto a la mala interpretación de la pericia institucional, para ilustrar por ejemplo la postura de Vizcardo (2021) que criticando la pericia institucional de la SMV, en cuanto al sistema de compliancia, hace los siguientes cuestionamientos ¿El funcionario de la SMV que elabore la pericia institucional podría equivocarse al momento de evaluar la implementación y funcionamiento del modelo de prevención?; y ¿Las personas jurídicas tienen mecanismos de defensa para objetar y refutar la pericia institucional de la SMV? En ese sentido, se trata de que el funcionario de la SMV que crea la competencia institucional del Modelo Preventivo puede cometer errores como cualquier otra persona y por ende puede hacer una valoración equivocada de la implementación y funcionamiento del Modelo Preventivo. En ese marco, el fiscal, teniendo en cuenta la información del perito institucional, puede creer erróneamente que la persona jurídica no ha aplicado o implementado adecuadamente su modelo preventivo, lo que, a su vez, puede derivar en una sentencia injustificada del juez penal.

Postura de la tesista

En primer lugar, aquí el autor parte de la premisa errada de que la pericia institucional debe ser perfecta en el sentido que no pueda tener cierto grado de error, y por lo tanto carecen de eficacia o de validez, postura que esta tesis considera equivocada, porque pretender considerar criterios de perfeccionamiento a instrumentos, técnicas o ciencias producto de la labor del hombre, sería entrar a una problema incluso hasta filosófico. Por otro lado, estas pericias institucionales están expuestas a contradicción, pues rige los mismos criterios para la prueba pericial. Por lo tanto, si la parte procesal advierte ciertas limitaciones de la pericia institucional, estas se develarán en el juicio oral, y será el juez quien decidirá la

valoración correspondiente. Por lo tanto, el hecho que las pericias institucionales estén sometidos a contradictorio, esto de ninguna manera debe entenderse como ineficaces.

4.2. Discusión jurisprudencial

JURISPRUDENCIA A FAVOR DE LA TESISISTA

4.2.1. Sobre el rol funcional del servidor o funcionario público

En el supuesto de incumplimiento del deber y, más concretamente, de delito contra la administración pública o de corrupción de funcionario público, se estará a lo dispuesto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la ejecutoria de fecha 19 de octubre de 2010, en el R. N. N.º 4096-2009- Junín. Cuando se determine que la función oficial de un servidor o de un servidor público debe estar dirigida a los intereses del Estado, el incumplimiento de este propósito constituirá una vulneración de la función, riesgo reconocido por la ley. Esta decisión se complementa con la declaración de la Suprema en el R. N. N.º 253-2012- Piura, 13-02-2013, donde ha establecido, que no basta que el agente activo sea funcionario o servidor público, sino que también establece que el mandatario tiene facultades y fuerza para interferir *en los contratos o las operaciones*.

Postura de la postura

Bajo la consideración antes expuesta, la tesisista es de la postura que el funcionario o servidor público tiene el primer deber dentro de sus competencias, por lo tanto dentro de su rol, velar por la legalidad, por los principios establecidos, es decir al asumir el cargo se convierte en una garante de la legalidad. En segundo lugar, debe garantizar las finalidades sociales en las contrataciones con el Estado, en ese sentido debe velar para que los recursos del Estado sean utilizados bajo los criterios de

eficiencia, y máxima beneficio. De no garantizar estos criterios, no solo se configuraría de manera objetiva criterios de corrupción, sino se llegaría al punto de poner en una situación grave peligro los recurso del Estado, y más todavía cuando se está en situaciones de emergencia.

4.2.2. Sobre criterios objetivos del verbo interesare

En este aspecto es menester lo establecido por la Suprema, pues en la Ejecutoria del 11-08-2012; R.N. N.º 2641-2011-Lambayeque, estableció objetivamente que el verbo de interés puede ser identificado por actos simulados, como la contratación con sociedades que pretenden ser propiedad de personas que no son funcionarios o funcionarias, sino por el contrario son ellas mismas dueñas o socios. Bajo esta circunstancia, también la Suprema ha considerado en el R. N. N° 3664-2009-Junín, que en estos casos se deben actuar todas las pruebas necesarias para acreditar o no del delito materia de investigación.

La postura de la tesista

Considerando el criterio bien acertado de la Suprema, la tesista es de la postura, que ese verbo interesarse que se materializa en actos simulados, también cabe la interpretación amplia, al considerar actos simulados, a las necesidades simuladas que se darían para el funcionario o servidor públicos cometa el delito de negociación incompatible, el claro ejemplo es cuando se construye un estadio municipal, donde ni siquiera existen personas en dicho lugar. En ese sentido, ese verbo interesarse apertura muchas posibilidades y realidades para abordar el delito de negociación incompatible.

4.2.3. Sobre los defectos administrativos en situaciones de emergencia que configurarían el delito de negociación incompatible

Este aspecto es considerado uno de los más severos en relación con el delito investigado, por lo que se debe tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Suprema de Casación N° 841, 2015, *“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 (...) incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia”*. En ese marco, también se tiene el “Caso Petroaudios” en el Recurso de Nulidad, 677-2017, dice la Suprema *“que un conjunto de hechos irregulares dentro de un proceso de contratación nos pueda brindar pruebas irrefutables o suficientes de la comisión del delito”*. En este aspecto, en la Casación, 67-2017, menciona que, por la comisión del delito de negociación incompatible en agravio del Estado, *el indicio sobre “interés indebido” se expresó en dejar de realizar o emitir informes sobre un procedimiento*. También en el R.N. N° 3281-2011- 24 de enero de 2003, **dice la Suprema que, si bien las compras pueden ser subsanables, pero si se manifiesta este interesarse, suficiente para que se configure el tipo penal de negociación incompatible**. Y por último, se cuenta en el Recurso de Nulidad, 23-2016, donde se cuestionaron *los defectos administrativos dentro del proceso de contratación en situación de emergencia*. En este sentido, lo que el Tribunal Supremo refiere que, *los estados de emergencia, son propicios en muchos de los casos para que el funcionario público cometa ilícitos penales, en virtud de los procesos de exoneración, como en el presente caso sobre negociación incompatible*.

Postura de la tesista

Como se puede apreciar, que el hecho que los defectos administrativos sean absueltos, eso de ninguna manera garantiza que no se haya configurado el delito de negociación incompatible. En ese sentido, al ser el delito estudiado, uno de naturaleza especial subsidiaria, eso de ninguna manera debe permitir que los funcionarios públicos vean una oportunidad de cometer ilícitos penales. Por lo tanto, siguiendo la línea jurisprudencial, se puede concluir que, incluso habiéndose seguido todo el proceso legal, y absuelto la misma, eso no garantiza que el verbo interesarte no se configure en este tipo de contrataciones, y sobre todo en situaciones de emergencia.

4.2.4. En cuanto a la pericia institucional, como acreditación del peligro concreto en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, y sobre el bien jurídico protegido

Referente a la pericia institucional, se tiene el trascendental pronunciamiento en el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116, donde ha establecido como precedente vinculante que, *las pericias institucionales son aquellas emitidas por los órganos oficiales*. Posteriormente en el Acuerdo Plenario 4-2015-CIJ-116, los jueces supremos manifiestan que estas pericias, propicia la valides *prima facie* de sus dictámenes e informes, proporcionan garantías técnicas y de imparcialidad, ya que son servicios técnicos de las entidades públicas especializadas.

Postura de la tesista

Bajo las consideraciones expuestas por la Corte Suprema en cuanto a la pericia institucional, esto en postura de la tesista, es importante para acreditar el peligro concreto en el delito de negociación incompatible, como así lo ha reconocido la Corte Suprema en el marco de la Casación N° 231- 2017-Puno, donde ha

considerado al delito de negociación incompatible *como un delito de peligro concreto*, la misma que consta de dos componentes, una conducta peligrosa más un peligro concreto. *Y en cuanto al bien jurídico*, se debe considerar el R.N.N° 677-2016 – Lima, donde menciona que el bien jurídico en este delito, al ser un delito contra la administración pública, se busca una protección funcional de la misma, no como objeto en sí, sino como organización que debe cumplir fines trascendentales de servicio público y resolución de problemas colectivos, de modo que con el delito de negociación incompatible se quebranta la eficiencia y eficacia de la funcionalidad pública. Por lo tanto, como ya se ha decantado la tesista, al exigir el delito de peligro concreto un bien jurídico específico, en este caso vendría a ser el mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, pero esta debe entenderse, como mantener incólume la expectativas sociales, las necesidades de las población, de modo que esa confianza que tiene el ciudadano no se vea quebrantado por hechos de corrupción.

JURISPRUDENCIA EN CONTRA

4.2.5. Sobre el desacierto de considerar al delito de negociación incompatible como delito de peligro abstracto

Como ya habrán notado los lectores, en relación con la postura de la tesista que viene siendo contraria al pronunciamiento que fue establecido en la Casación 396-2019 – Ayacucho – en el R.N. N° 2068-2012 de la Sala penal Transitoria, cuando menciona que el delito de negociación incompatible al ser un delito preparativo del delito de colusión, viene a considerar que el delito de negociación incompatible vendría a ser un delito de peligro abstracto. Por otra parte en cuanto a los defectos administrativos, se cuenta con el pronunciamiento de la Sala Penal Permanente de

la Corte Suprema de Justicia de la República, que por medio de la Casación N°. 841-2015 - Ayacucho y la Casación N°. 23-2016 Ica, se ha señalado que los “defectos administrativos” que se presenten en la publicación directa de un contrato, no podrán constituir indicios de la comisión de delitos como negociación incompatible o colusión desleal, por causal de exoneración. Además de eso el recurso de Casación N° 396-2019 – Ayacucho – cuyo ponente es César San Martín, se menciona que en el delito de incompatibilidad, sólo el agente público está obligado a actuar en interés propio, por lo que es un delito abstracto de peligrosidad, luego el beneficio económico propio o de un tercero, no forma parte del tipo penal. No se exige un resultado de lesión o un resultado de peligro, solo ha de probarse la tendencia final del mismo hacia ese logro, no solo se exige el dolo, sino además un elemento subjetivo de tendencia.

Por otro lado, en un caso de gran relevancia para nuestro medio y sobre todo para la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, se tiene el pronunciamiento excepcional sobre el delito de negociación incompatible , así refiere la Suprema, mediante Recurso de Casación N° 307-2019 - Ancash, donde la Sala Penal Permanente ha señalado que la naturaleza civil o laboral - público del contrato, en este caso de locación de servicios, es irrelevante; toda vez que, el tipo delictivo hace referencia a “cualquier contrato”. En esta corriente, sólo la persona empleada presta servicios profesionales a una agencia pública, tiene un mandato específico y recibe una remuneración establecida y pagada por el erario público para este fin. Asimismo, la Sala precisa que se está ante un delito de peligro abstracto y que, en el presente caso, es patente que se incorporó a la administración

municipal a quien no podía acceder a ella por su relación de parentesco con el jefe de la Asesoría Jurídica de la Municipalidad.

Postura de la tesista

Como se ha desarrollado tanto en el marco teórico como en la discusión doctrinaria, se partes que este delito de peligro abstracto, es un delito de presunciones, es decir simboliza al Derecho penal, lo cual también conllevaría a que se confunda que exista un delito de peligro abstracto administrativo, la cual vendría a ser un absurdo, no solo jurídico sino también dogmático. En ese sentido, la interpretación de la Suprema en cuanto al delito de negociación incompatible, debe unificarse de lo contrario se seguirá condenando o absolviendo de manera ilegal, quebrantando principios fundamentales del Derecho penal.

4.2.6. Sobre las limitaciones del informe de la Contraloría, en el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia

Si bien el informe de la contraloría es considerado una pericia institucional, sin embargo, dentro del delito de negociación, aún tiene una limitación de contenido dentro del ámbito del delito de negociaciones de incompatibilidad, es decir, sustancialmente, lo cual está documentado por el Panel Permanente de Casos Penales de la Corte Suprema. N° 1004-2017/Moquegua señaló en la sentencia del 26 de julio de 2018 que cuando intervenga la autoridad de control de la República, deberá determinar el daño patrimonial mediante un informe especial y su informe técnico complementario. El informe especial tiene el carácter de auditoría de la

contabilidad pública y es una especie de peritaje institucional, por lo que la LCE y sus disposiciones también deben interpretarse de conformidad con la ley penal.

Postura de la tesista

Como se puede apreciar, este informe de la Contraloría, está para evidenciar un perjuicio patrimonial del Estado, si bien esto puede ser útil para el delito de colusión, entre otros, sin embargo para el delito de negociación incompatible resulta poco idóneo, pues en este delito no se considera el perjuicio patrimonial, ni es un elemento del tipo. Por lo tanto, como es de la propuesta de la tesista, para acreditar el peligro concreto dentro del delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, se es necesario el reconocimiento de otros tipos de pericias institucionales, las mismas que se manifiesten de la naturaleza propia de la emergencia o peligro inminente.

4.3.Discusión normativa

DISCUSIÓN DE RESULTADOS NORMATIVOS A FAVOR DEL TESISISTA

4.3.1. En cuanto a la normatividad nacional, en las contrataciones con el Estado, y su afectación por el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia.

Al respecto, cabe señalar que todos los contratos, ya sean por situaciones de emergencia o no, deben cumplir estrictamente con la Constitución Política del Perú de 1993 y la LCE y sus disposiciones, aunque son los más modificados en el ordenamiento jurídico peruano, pero esto es porque no hay un Código que contrate con el estado, sino que lo único disponible son las leyes, que cambia cada cierto

tiempo, sin embargo, esto puede llevar a un colapso regulatorio, como dicen los expertos, que regula todo, no controla nada.

Por tanto, la LCE y sus disposiciones también deben interpretarse a la luz del dogma penal.

Postura de la tesista

Bajo la premisa antes establecida, partiendo de los art. 76 y 77 de la constitución política del Perú, se es de la postura, que los artículos antes mencionados, deberían interpretarse de manera conjunta, por lo tanto el acto administrativo de la contratación con el Estado debe regirse por los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización, y sobre todo cuando se está en situaciones de emergencia, cuando las necesidades son urgente, y se está ante situación grave e inminente peligro, pues si no se cumple el requisito eficiencia, de necesidad básicas, es decir si el contrato no tiene ninguna incidencia en la población, esta ya es un criterio objetivo para determinar el hecho ilícito de contratación con el Estado, porque se puede contratar cumpliendo los parámetros y cumplimiento estricto de la legalidad, pero si las adquisiciones no son idóneas para la necesidad particular, se evidenciaría un criterio objetivo de interés indebido, pues con un contrato se ha beneficiado a alguien, pero no es a la sociedad.

4.3.2. Sobre la ley de contrataciones con el Estados y su reglamento en situaciones de emergencia

Lo esencial y trascendente de la Ley N° 30225 es que permite la creación de un Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado “OSEO”, la cual cumple la función de controlar la legalidad de los procedimientos de adquisiciones públicas,

una de las cuales es la de atender las disposiciones pertinentes del contrato gubernamental, absolver preguntas sobre el significado y el alcance. Otro aspecto positivo es que desde el 28 de marzo de 2018 se expide la Ley N° 30742 “Ley de Fortalecimiento de la Contraloría y Sistema de Control del Estado” dirigida por la Contraloría de la República con el fin de modernizar y asegurar su implementación oportuna y efectiva. control gubernamental, prevención y lucha contra la corrupción. Asimismo, en el art. 20 de la LCE y el dictamen núm. 175-2016/DTN: prohíbe que se divida la contratación de bienes, servicios y obras para efectuar contrataciones mediante varios procedimientos o evadir la aplicación, es oportuna que establece la prohibición de los contratos de fraccionamiento.

Postura de la tesista

Como se viene explicando, es que no se resta méritos a la LCE y su reglamento, sin embargo se debe dar mayor prioridad y mérito, a lo establecido en la ley 30424, y al artículo 264, numeral 264.2, literal g) del Reglamento del TUO de la LCE cuando exige el cumplimiento de determinados elementos mínimos en cuanto a contratos con el Estado se tiene, así como por ejemplo garantizar: la designación de un encargado de prevención, la identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de intereses en la contratación estatal; velar por la implementación de procedimientos de denuncia de actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de intereses en la contratación estatal, la misma que debe ir a la par con la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención, pues esta permitirá, la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención. Con estos requisitos previos se podrían, garantizar un control sistemático desde la primera fase de la contratación con el Estado, y sobre

todo no limitarse a un control netamente legal, porque como se ha indicado, el hecho que se cumpla con la legalidad, eso no garantiza que no se configure el delito de negociación incompatible.

4.3.3. Sobre la regulación de la pericia institucional y su importancia en la determinación de las situaciones de emergencia en las contrataciones del Estado

En este aspecto, es de trascendencia lo establecido en que los Informes técnicos oficiales especializados de la Contraloría General de la República, tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal, ello contenido en el Artículo 201-A del Código Procesal Penal de 1991,

Postura de la tesista

La tesista, parte de que este reconocimiento de pericia institucional, por su trascendente función e importancia en el derecho penal y demuestra concretamente los elementos normativos de un tipo, configuración, en una situación de emergencia que es incompatible con negociaciones sobre la especificidad del delito en cuestión, no debe leerse ni interpretarse de manera restringida o restrictiva, sino que el artículo 201-A del CPP debe interpretarse sistemáticamente junto con las disposiciones probatorias del artículo 157 del Código Procesal Penal, que determinan los hechos que son objeto de prueba. Podrá sustentarse en cualquier prueba permitida por la ley. En casos excepcionales, podrán utilizarse distintas modalidades, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las capacidades reconocidas al sujeto del procedimiento. Según la ley y el art. 172° define las fuentes de la pericia, que establece: “Para la interpretación y mejor

comprensión de cualquier hecho, se podrá recurrir a la pericia si se requiere experiencia científica, técnica o artística o experiencia calificada”. También del arte de ese momento, el art. 173° sobre la designación de peritos establece que “el trabajo de los peritos se encomendará sin atribución especial (...) a instituciones estatales que realicen trabajos científicos o técnicos, que presten asistencia gratuita. El trabajo de los peritos también podrá ser encomendado a universidades, instituciones de investigación o personas jurídicas en general, si tienen las propiedades necesarias para este propósito y son conocidas por ambas partes. En este sentido, para preparar la pericia institucional, se deben determinar con anticipación las situaciones de emergencia y los peligros inminentes, para tal finalidad se tiene que mediante la Ley de Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres (SINAGERD) Ley N° 29664 del 2011, establece en su art. 3° que los riesgos se establecen con información científica y registrada, ya que se basa en investigaciones científicas y en el registro de las informaciones, así también en el art. 8°, menciona que se tiene como finalidad el identificar, reducir riesgos asociados a peligros o minimizar sus efectos y a la vez tiene como objetivo identificar los peligros.

En conclusión, al considerar de manera amplia la pericia institucional, es que la tesista, propone que partiendo de los citados artículos las mismas deben interpretarse de manera sistemática. Por lo tanto, se propone considerar a otras instituciones públicas capaces de elaborar pericias institucionales, teniendo la ventaja que estas se pronunciarán sobre la naturaleza misma de la emergencia.

Para la consecución de tal finalidad, se debe considerar como ente rector al SINAGERD de entre todas las pericias institucionales, las que coordinará de

manera directa y metodológicamente con el SIGRID, la misma que cuenta con varias herramientas, siendo una de ellas es el *Sistema De Información Nacional Para La Respuesta Y Rehabilitación (SINPAD)* a partir del cual también coordina con el Centros de Operaciones De Emergencia (C.E.O), estos *brindan la información “para la oportuna toma de decisiones de las autoridades del sistema, en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales a través de sus monitores. Todo ello con la finalidad de identificar no solo el riesgo, si no la naturaleza de la emergencia, y su posterior control.*

NORMATIVIDAD EN CONTRA

4.3.4. Sobre las limitaciones de ley de contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia

La ley de contrataciones con el Estado, en la historia legislativa , ha producido una inflación de normas de menor jerarquía, así como también criterios de interpretación en pronunciamientos, opiniones y directivas del OSCE y resoluciones del Tribunal de Contrataciones. La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado de julio de 2014, siguiendo la tendencia de su antecesora, ha sufrido en cinco años, cuatro reformas legislativas hasta su actual TUO de febrero de 2019 , lo que implica una reforma por año en promedio, evidenciando un problema de estabilidad normativa que puede afectar la seguridad jurídica.

En ese contexto, sobre las limitaciones de la Ley N° 30225, es primordial mencionar que, las formas de contratación pública deben ir a la par *con las nuevas formar de contratar, con los nuevos supuestos de contratar o por lo menos ser más explícita, como en los casos de Estados o situaciones de emergencia.* Así por

ejemplo, *el artículo* 27° de la LCE, y su reglamento Decreto Supremo N° 344-2018-EF en su art. 100, no señalan o establecen que se entiende por *situación de emergencia derivada, que supongan el grave peligro, o peligro inminente*. Con respecto a la norma, esta debe ser explícita al mencionar que el hecho, que el reglamento de la LCE, otorga el plazo de 10 días para regularizar los contratos, sin embargo ello no quiere decir que no se haya configurado algún delito, y sobre todo el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, por lo tanto, la competencia de determinar dicha responsabilidad penal será del Ministerio Público.

Postura de la tesista

Bajo las consideraciones expuestas, se debe ser más preciso en estos aspectos, de lo contrario traería una apertura de discrecionalidad del servidor y funcionario público, que en primer lugar evadiría la reglamentación y por otro lado induciría a cometer hechos delictivos. Por lo tanto, en este aspecto se invoca al legislador a tener en cuentas las consideraciones expuestas por la tesista.

4.3.5. Sobre la confusión del informe técnico, con una pericia institucional

En relación a este punto, cuando se cita e interpreta el inciso 3, artículo 321 del CPP se debe tener mucho cuidado. En este se establece que mediante disposición, el fiscal podrá contar con la asesoría de expertos de entidades públicas y privadas para formar un equipo interdisciplinario de investigación científica que actuará bajo su dirección para casos específicos. De acuerdo a la interpretación realizada en el Exp. 29-2017-91- (caso Arbitrajes) no se refiere a informes periciales, sino a informes de ilustración para el titular de la acción penal, cuya finalidad conduce a que el fiscal comprenda la naturaleza de la constitución o funcionamiento de determinados temas jurídicos complejos objeto de investigación.

Postura de la tesista

Para finalizar con el presente trabajo de investigación, por los lineamientos que se ha expuesto en todo el trabajo, en primer lugar se debe mencionar, que el Exp. 29-2017-91- (caso Arbitrajes) no tiene carácter vinculante, segundo no es un pronunciamiento desde la Corte Suprema, en tercer lugar se limita a una interpretación literal y aislada. En ese sentido, como ya se ha explicado en los resultados normativos a favor de la tesista, el artículo en mención debe interpretarse de manera sistemática con los artículos, el **157, 172. 173. y sobre todo el artículo 201-A**, del CPP, pues al considerarse el informe de una institución pública idónea y capaz de pronunciarse sobre la naturaleza de la situación de emergencia, la convierte en prueba científica dentro del proceso penal, por lo tanto rigen las mismas reglas para la pericia institucional, considerar lo contrario, sería desnaturalizar y limitar el inciso 3, artículo 321 del CPP.

4.4.VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

Una vez desarrollada el marco teórico, puesta a la vista los resultados y la discusión de los resultados, como etapa final del presente trabajo se validará la hipótesis general y específica, las mismas que tienen el carácter de propositivas.

4.4.1. Validación de la hipótesis general

Los fundamentos dogmáticos en la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana, parte por asumir la teoría de la imputación objetiva, pues a partir de esta desarrollar el riesgo permitido en el actuar de los funcionarios o servidores públicos, en segundo lugar parte por acreditar dogmáticamente el peligro concreto que se exige en los contratos en estado de

emergencia, y en tercer lugar es necesario la presentación y actuación de una pericia institucional, pues esta es una pericia especializada que se pronunciará según la naturaleza de la emergencia.

Esta hipótesis queda convalidada, en los argumentos teóricos y doctrinarios establecidos en el análisis de resultados en los puntos 4.1.1; 4.1.2, 4.1.3; 4.1.4. 4.1.5. De la jurisprudencia en el punto 4.2.1; 4.2.2; 4.2.3; 4.2.4; y de la normatividad obtenida del análisis de resultados en el punto 4.3.1; 4.3.2; 4.3.3; en donde se puntualiza que: los funcionarios o servidores públicos, desde la imputación objetiva, sus funcionalidades estarán enmarcadas dentro de un rol, la misma que si se quebranta se estará ante un rol no permitido, o como dogmáticamente se denomina riesgo no permitido. En ese sentido, al presentarse la situación de peligro graves, e inminente donde el Estado, a través de la LCE y su reglamento faculta la actuación inmediata, sin embargo para proceder la misma, debe existir un estudios de la realidad, de la situación de cada localidad, pues al declararse una situación de emergencia, individualiza el peligro inminente, y es precisamente este peligro inminente, o grave peligro, donde se convierte en un elemento normativo del tipo de negociación incompatible en situaciones de emergencia, por ser esta un delito de peligro concreto; por lo tanto esto se debe demostrar, y esto se demostrará en el proceso penal a través de una pericia institucional.

En ese sentido, las pericias institucionales, que serán pericias elaboradas por instituciones públicas, las mismas que regirán su tratamiento como una pericia científica dentro del proceso penal. Así, estas pericias institucionales, tendrán como ente rector al SINAGERD y del SIGRID estos entes públicos pueden en primer lugar, realizar pericias según la naturaleza de la situación de emergencia de la

localidad, por lo tanto con esta pericia institucional, se puede identificar y reducir los riesgos asociados al peligro y minimizar sus efectos, así como evitar nuevos riesgos, mediante la aplicación de principios, lineamiento de política, componentes, procesos e instrumentos. Por lo tanto, las instituciones públicas especializadas en acreditar ese peligro inminente serán: INGEMMET, IMARPE, ENFEN, IMARPE, SENAMHI, DHN, IGP, ANA e INDECI, SENAMHI, El Ministerio de Salud y sus Entidades, entre otras, seguidas por el procedimiento establecido por el Sistema Nacional de Gestión de Riesgos y Desastres.

Por lo tanto, partiendo de esta pericia, donde se puede acreditar el peligro inminente, las mismas que será según la naturaleza de la emergencia, se podrá identificar de manera objetiva, cuando se está ante un delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia; en ese sentido, con la pericia institucional, se acreditará el peligro concreto en este tipo de contratos, en esa medida se podrá advertir que el contrato o negocio, haya asumido una determinada configuración, la misma que no coincide con la realidad; otro criterio objetivo es acreditar que se han simulado necesidades, todo con la finalidad de realizar el contrato para beneficiar ilegalmente a alguien fuera de la misma sociedad; por otro lado que se haya contratado con una empresa, incompetente, no idónea para la emergencia incitada, por otro lado que se haya acreditado la realización de las compras inmediatas, innecesarias, de menor calidad de lo acordado, de modo que no existe ningún filtro de calidad; por otro lado, pedir que no se consigne omisiones o se formulen observaciones a la obra, o que la informalidad en los contratos de fraccionamiento sea de manera adrede, con la finalidad de evadir el control.

En conclusión, si la pericia institucional, devela todos estos criterios objetivos antes descritos, se concluiría que el funcionario o servidor público, ha actuado fuera de su rol, por lo tanto ha quebrantado ese riesgo permitido, configurándose de manera objetiva el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia.

4.4.2. Validación de las hipótesis específicas

4.4.2.1. Primera hipótesis específica

Las consecuencias dogmáticas y procesales que acarrea la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia, es que dogmáticamente permite establecer si se ha afectado o no el bien jurídico protegido, procesalmente evita actos procesales innecesarios y con estos gastos al mismo Estado y por último permite respuestas inmediatas e idóneas según el peligro producido y la necesidad de cada localidad.

Esta hipótesis queda convalidada, en los argumentos teóricos y doctrinarios establecidos en el análisis de resultados en los puntos 4.1.3; 4.1.4, 4.1.5 de la jurisprudencia en el punto 4.2.2; 4.2.3; 4.2.4 y de la normatividad obtenida del análisis de resultados en el punto 4.3.3; en donde se puntualiza que:

Al ser el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, un delito de peligro concreto, permite a través de la pericia institucional materializar ese peligro, por lo tanto permite reconocer la afectación a un bien jurídico determinado individualizado. Entonces, el bien jurídico sería mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, pero esta debe entenderse, como mantener incólume las expectativas sociales, de las necesidades de las población, de modo que esa confianza que tiene el ciudadano no se vea quebrantado por hechos

de corrupción. Con estas consideraciones se estaría garantizando el respeto estricto de los principio de derecho penal.

Por último, con la pericia institucional, al reconocer e individualizar el peligro según su naturaleza, permite controlar el peligro, emplear una metodología de respuesta inmediata esta según las particularidades de cada localidad, en ese sentido no permite al Estado realizar contratos innecesarios, por lo tanto económicamente no permite al Estado invertir recurso innecesarios.

4.4.2.2.Segunda hipótesis específica

Los problemas actuales del delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, son en primero lugar que la ley de contrataciones con el Estado no establece qué debemos entender por Peligro inminente en estado de emergencia, en segundo lugar las pericias presentadas no son pericias especializadas y en tercer lugar la jurisprudencia no es uniforme en abordar el delito de negociación incompatible en estados de emergencia.

Esta hipótesis queda convalidada, en los argumentos teóricos y doctrinarios establecidos en el análisis de resultados en los puntos 4.1.6; 4.1.8, de la jurisprudencia en el punto 4.2.5; 4.2.6; y de la normatividad obtenida del análisis de resultados en el punto 4.3.4; 4.3.5; en donde se puntualiza que:

Es un error de la dogmática penal y de la ley que la consiente, que el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia sea un delito de peligro abstracto, sin embargo la misma LCE y su reglamento, no define qué se debe entender ese peligro o grave peligro inminente, dejando a la discrecionalidad del servidor o funcionario público dicho supuesto de contratación pública. En ese sentido, al considerar al menciono delito como de peligro abstracto, la convierte en

una regulación tibia, no precisa, genérica, incluso asimilándolo a simples regulaciones administrativas, en ese sentido se piensa que levantar las observaciones en una contratación con el Estado, conllevaría a la no configuración del delito, la cual es contraria a la postura de la tesista, pues se estaría concibiendo un Derecho penal de presunciones. Bajo esas parámetros, en la actualidad, también se ha considerado que la pericia institucional emitida por la Contraloría de la República en situaciones de emergencia, es limitada, o en otro caso no idóneo; pues esta pericia no se pronuncia sobre la naturaleza de la emergencia suscitada, por ende es necesario el reconocimiento de otras instituciones públicas para emitir pericias especializadas según la emergencia suscitada, las mismas que tampoco se deben confundir con los informes técnicos.

Por lo tanto, la presente LCE y su reglamento, sigue teniendo un enorme vacío normativo, cuando se está ante un peligro grave o peligro inminente, la cual también la jurisprudencia no ha sido uniforme en definir si se está ante un peligro concreto o un peligro abstracto, o si los defectos administrativos se deberían considerar como un elemento objetivo en el delito de negociación incompatible.

CONCLUSIONES

- 1- Se ha podido determinar que los fundamentos dogmáticos que permiten una configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia, son el riesgo permitido del funcionario público, el peligro concreto como elemento normativo del tipo de negociación incompatible, la cual se demostrará a través de una pericia institucional. Bajo estos fundamentos dogmáticos, se puede delimitar de manera objetiva no solo el delito de negociación incompatible, sino también abordar de manera acorde la LCE en situaciones de emergencia.
- 2- Se ha podido identificar, que las consecuencias dogmática procesales, de considerar al delito de negociación incompatible en contratación con el estado en situaciones de emergencia, como delito de peligro concreto, son que ese peligro debe demostrarse a través de una pericia institucional, la cual la misma también permitirá identificar si se ha lesionado o no el bien jurídico protegido por este delito, y de no ocasionarse esa lesión, permite evitar proceso innecesarios al aparato persecutor del delito.
- 3- Se ha podido describir, que actualmente los problemas que tiene el delito de negociación incompatible y la LCE y su reglamento, es que estos no han podido establecer qué se debe entender por peligro grave o peligro inminente, por otro lado es que en la actividad probatorio, no se viene considerando a la pericia institucional como una pericia determinante dentro del proceso, siendo desplazada la misma por pericias civiles; y por último es que la jurisprudencia hasta ahora no ha uniformizado criterio al momento de abordar de este delito y esta circunstancia.

RECOMENDACIONES

- 1- Como recomendación, se propone al legislador modificar la LCE y su reglamento, en el sentido que estas, deben establecer explícitamente qué se debe entender por peligro grave o peligro inminente en situaciones de emergencia, esto con la finalidad de no dejar a la discrecionalidad de los funcionarios o servidores públicos, la cual puede ser una puerta abierta a la corrupción.
- 2- Se propone al legislador y a los operadores de justicia, que reconozcan de manera expresa otros tipos de pericias institucionales, esto con la finalidad de que estas pericias se pronuncien sobre la naturaleza misma de la emergencia suscitada, así se evite la presentación de pruebas que no son idóneas en el caso en concreto.
- 3- Se propone a la dogmática penal peruana, como a los operadores de justicia, que consideren que el delito de negociación incompatible en situaciones de emergencia, sea considerado y abordado como delito de peligro concreto, esto con la finalidad de evitar confusiones con los defectos administrativos, propios de las contrataciones con el Estado.

V. Referencias

- Abanto , M. (2003). *Delitos especiales y participación necesaria: dos contribuciones de la ciencia penal alemana*. Instituto Nacional de Ciencias Penales .
- Aguado , E. (2002). El delito contra la seguridad en el trabajo. *Código penal* , 23-34. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=161978>
- Agudo, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*. Edersa.
- Aguilar , D. (2010). *El Peritaje en el Proceso Penal*. EUMED.
- Alessi , R. (1979). *Instituciones de Derecho administrativo* . Barcelona : Bosch.
- Alvarado , K. (2021). La contratación directa en una situación de emergencia . *Universidad de Lima* .
- Alvarado , K. (2021). La complejidad del requerimiento y sus implicancias en la ejecución contractual . En M. Nuñez, & A. Talavera, *Contrataciones con el Estado* (págs. 13-25). Universidad del Pacífico .
- Bacacorzo, G. (1997). *Tratado de Derecho Administrativo* . Lima : Gaceta Jurídica .
- Bajes , J. (2018). *La tentativa en los delitos de peligro abstracto* . Universidad de Barcelona .
- Bentahm , J. (1971). *Tratado de las Pruebas Judiciales* . Ediciones Jurídicas Europa .
- Binding , K. (1992). *Die Normen und ihre Übertretung*. Leipzig .
- Caferata , J. (2008). *La Prueba en el Proceso Penal*. Lexis Nexis.
- Cancio , M. (2012). *Lineas básicas de la teoría de la imputación objetiva* . Ediciones jurídicas cuyo.

- Caro , C. (1997). Sociedad de riesgo: bienes jurídicos colectivos reglas concursales para la determinacion de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultados lesivos . *Max Planch Institut* .
- Castillo , J. (2007). *El delito de colusión*. Instituto Pacifico .
- Castillo , L. (2015). *El delito de negociación incompatible* . Instituto del Pacífico .
- Corcoy , M. (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales . supraindividuales*. Dielnet .
- Corcoy , M., Gomez, V., & Mir , S. (2004). *Política criminal europea*. Atelier .
- Corte Suprema - Acuerdo Plenario 4-2015-CIJ-116.
- Corte Suprema - Acuerdo Plenario N°2-2207/CJ-116 de 16/11/07.
- Corte Suprema - Casación 396-2019 – Ayacucho .
- Corte Suprema - Casación N.° 628-2015-Lima.
- Corte Suprema - Casación N° 231- 2017-Puno.
- Corte Suprema - Casación N° 307-2019 - Ancash.
- Corte Suprema - Casación N°23-2016 Ica.
- Corte Suprema - Casación N°. 841-2015 - Ayacucho .
- Corte Suprema - Recurso de Nulidad - N°2068 - 2012 - Sala Penal Nacional .
- Corte Suprema - Recurso de Nulidad - 2770-2011 – Piura.
- Corte Suprema - Recurso de Nulidad N° 3108-2013 - Junín.
- Corte Suprema - Recurso de Nulidad N° 3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013.
- Corte Suprema - Recurso de Nulidad, N° 677-2017 – Nacional.
- Corte Suprema - Sala Penal de Apelaciones Exp. N° 185-2011 del 2013.
- Corte Suprema : Casación N° 841- 2015 - Ayacucho .

- Corte Suprema : Casación: N° 67-2017 Lima.
- Corte Suprema en el Recurso de Nulidad - N° 661-2009-Lima.
- Corte Suprema: Acuerdo Plenario N° 2- 2007/CJ-116.
- Corte Suprema: Recurso de Nulidad - 23-2016 – Ica.
- Corte Suprema: Recurso de Nulidad N° 253-2012 - Piura .
- Corte Suprema: Recurso de Nulidad N° 2641 - 2001 - Lambayeque.
- Corte Suprema: Recurso de Nulidad N° 3664-2009 - Junín .
- Corte Suprema: Recurso de nulidad N° 4096 - 2009 - Junín .
- Corte Suprema: Recurso de Nulidad N° 677-2016 – Lima.
- Crespo , D. (2005). *El Derecho penal del enemigo Darf Nicht Sein*. Edisofer.
- Cruz , M. (2018). Delitos de corrupción de funcionarios y su relación con el crimen organizado en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014. [Tesis de maestría: Universidad Nacional Santiago Antunez de Mayolo - Huaraz]. Obtenido de Repositorio institucional: <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2754>
- Demetrio , E. (2005). Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal. *Revista de derecho penal* , 510-528.
- Doval , A. (1996). *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales* . Dielnet.
- Feijóo, B. (2003). *Resultado lesivo e imprudente* . Planeta.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el Derecho* . Marcial Pons .
- Fontán , B. (2009). *Tratado de Derecho Penal. Parte especial* . Ideas.
- Francisco , D. (2017). La aplicabilidad de la teoría de los concursos en los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión desleal en el distrito

- fiscal de ancash, Periodo 2014 - 2015. [*Tesis de licenciatura: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo - Huaraz*. Obtenido de Repositorio Institucional: <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/1871>
- Frisancho , M. (2016). *La Contraloría General de la República y su participación en el hallazgo e investigación en los delitos de corrupción de funcionarios*. Instituto del Pacífico S.A.C.
- Frisch , W. (1995). *Tipo penal e imputacion objetiva*. Colex.
- Gallardo , R. (2009). *La protección penal de la salud de los trabajadores*. Tirant lo Blanch .
- Gallo, P. (2017). *Riesgos penales laborales: un análisis crítico sobre el art. del CP. español y una propuesta de tipo penal de peligro para el ordenamiento jurídico argentino*. Universidad Autónoma de Madrid .
- Greus , C. (1990). *Derecho penal. Parte especial*. Astrea .
- Greus , C. (2005). *Derecho penal. Parte especial* . Bosch .
- Honig , R. (1930). *Kausalität und objektive Zurechnung*. Tübingen.
- Instituto Nacional de Estadística . (2020). *Encuesta Nacional de Hogares. Gobernabilidad, Transparencia y Democracia*.
- Jakobs , G. (2003). *Sobre la normatividad de la dogmática jurídico - penal* . Thomson .
- Jiménez, J. (2020). *Nueva ley de contrataciones del Estado*. Gaceta jurídica .
- Kiss , A. (2005). *Delitos de lesion y delitos de peligro concreto: ¿qués es lo adelantado?* . InDret .
- Lavilla , I. (2019). *Los informes de control gubernamental: ¿prueba preconstituida o prueba pericial?* UNSA .

- Lorenzo, M., & Ortíz, G. (2012). Delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción. *Dialnet*, 12-45. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2190799>
- Luengas , M. (2019). Caracterización del delito de concierto para delinquir en instituciones del Estado. [*Tesis de licenciatura: Universidad Católica de Colombia- Bogotá*]. Obtenido de Repositorio institucional: <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/23540>
- Márquez , S. (2014). *El delito de conducción con un determinada tasa de alcoholemia: un estudio a partir de los principios legitimadores de la intervención penal* . Universidad Pampeu Fabra .
- Mendez , C. (1993). Delitos de peligro y su técnica de tipificación. *Dialnet*, 67-89. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=88384>
- Mir , C. (2001). Los delitos de peligro abstracto . *Revista de derecho penal* , 700-720 .
- Morón , J. (2014). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica .
- Morroú , J. (2018). El delito de colusión y negociación incompatible desde la perspectiva de nuestra Corte Suprema. [*Tesis de maestría: Pontificia Católica del Perú - Lima*]. Obtenido de Repositorio institucional: https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/RPUC_5934e9e79e732224c73951cc9aad8ea5
- Muñoz , F., & García , M. (2010). *Derecho penal parte general* . Tirant Lo Blanch.
- Murach , R. (1994). *Derecho penal parte general* . Astrea.

- Nakazaki , C. (2016). *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos* . Gaceta jurídica .
- Narváez , Z. (2020). Las contrataciones y su incidencia en la gestión administrativa de la dirección de abastecimientos y servicios auxiliares de la universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo- 2016. [*Tesis de licenciatura: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo - Huaraz*]. Obtenido de Repositorio Institucional:
<http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/4184>
- Núñez, M., & Talavera , A. (2021). *Contrataciones con el Estado: perspectiva desde la práctica del Derecho* . Universidad del Pacífico .
- Obregón , R. (2018). La prueba del dolo en el delito de negociación incompatible. [*Tesis de licenciatura: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo - Lambayeque*]. Obtenido de Repositorio institucional:
<https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/3195>
- Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado. (2017). Ley de Contrataciones del Estado permite compras en Situación de Emergencia. *Portal de transparencia*, 1-5.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado . (2019). *Directiva N° 001-2019 - OSCE/CD*. Gobierno del Perú .
- Paredes , J. (1995). *El riesgo permitido en derecho penal* . Dialnet .
- Peña, A. (2007). *La política criminal en la sociedad de riesgo, en Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*. Gaceta penal .

- Peñaranda , E., Suarez , C., & Cancio , M. (1990). *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Gunther Jakobs* . Ariel .
- Pérez , A. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Iustel .
- Pérez, J. (2014). *Diccionario jurídico* . Mexico CF: Porto .
- Pozuelo , L. (2003). *De nuevo sobre la denominada “expansión” del Derecho penal, en El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje al Profesor Günther JAKOBS*. ADPCP.
- Regalado , A. (2017). La inconstitucionalidad de los delitos de peligro abstracto en el sistema penal Peruano. *[Tesis de licenciatura: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo - Huaraz]*. Obtenido de Repositorio institucional: <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2390>
- Rico , M. (2017). El principio de transparencia como lucha contra la corrupción en la contratación estatal colombiana. *[Tesis de maestría: Universidad Católica de Colombia - Bogotá]*. Obtenido de Repositorio institucional: <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14358>
- Rodriguez , A. (2019). El delito de negociación incompatible en la reforma legal. *[Tesis de licenciatura: Universidad de Chile - Santiago de Chile]*. Obtenido de Repositorio institucional:<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173270/El-delito-de-negociacion-incompatible-en-la-reforma-legal.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Rodriguez , M. (2004). *Delitos de peligro, dolo e imprudencia* . Bs. As .

- Rojas , F. (2002). *Delitos contra la administración pública*. Grijley .
- Rojas , F. (2007). *Delitos contra la administración pública* . Lima: Grijley E.I.R.L .
- Roxín , C. (1989). *La problemática de la imputación objetiva*. PCP.
- Roxín , C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto.
- Roxin , C. (2014). *Derecho Penal, Parte General, especiales formas de aparición del delito* . Aranzadi .
- Roxin , C. (2015). *Derecho penal parte general I*. Civitas .
- Salinas , E. (2015). *El delito de negociación incompatible en nuestro sistema jurídico*. Instituto del Pacífico .
- Salinas , E. (2020). *La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales*. San Marcos .
- Salinas , R. (2015). Teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Anuario de Derecho penal 2015-2016*.
- Samamé , C. (2019). Comentarios a la Casación 231-2017-Puno: Análisis a propósito de su interpretación del delito de negociación incompatible. [*Tesis de maestría: Pontificia Universidad Católica del Perú - Lima*]. Obtenido de Repositorio institucional: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/14066>
- Sánchez - Vera , J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons.
- Sancinetti , M. (2001). Negociación incompatible en ejercicio de función pública. *Crónicas extranjeras* .
- Sancinetti, M. (1991). *Teoría del delito y disvalor de acción* . Marcial Pons.

- Serki , A. (2018). El reto del control ante la corrupcion. [*Tesis de maestría: Universidad Nacional del Rosario- Argentina*]. Obtenido de Repositorio institucional: <https://rephip.unr.edu.ar/handle/2133/15805>
- Shunemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Revista de Derecho PUCP*(81).
- Silva , J. (2011). *La expansion del derecho penal* (3° ed.). Edisofer.
- Struensee , E. (1989). *Exposicion y abandono de personas: acotaciones sobre el concepto de peligro concreto y delito de puesta en peligro en el ejemplo de & 221 del Código penal alemán* . Munster .
- Suárez , C., & Cancio , M. (1997). *La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva*. CDJP 7.
- Taruffo , M. (2002). *La prueba de los hechos*. Trota.
- Tribunal Constitucional - Expediente - 20-2000.
- Vallejo , J. (1999). *Principios constitucionales y Derecho penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*. Ad Hoc .
- Vargas , T. (2007). *Delitos de peligro abstracto y resultado*. Aranzadi .
- Vázquez , C. (2015). *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Vera , J. (2021). Alcances del delito de Negociación incompatible y su aplicación a la Casación N° 231-2017 Puno. [*Tesis de licenciatura: Pontificia Universidad Católica del Perú - Lima*]. Obtenido de Repositorio institucional:
<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/19240>

- Vergara , Y. (2018). El informe de control como requisito de procedibilidad para la configuración del delito de colusión en el marco de la ley de contrataciones con el estado. [Tesis de licenciatura: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo - Huaraz]. Obtenido de Repositorio Institucional: <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2340>
- Vilca , R. (2020). La calidad de pericia institucional de los informes de la Contraloría y su incorporación debida al proceso para su contradicción. *Pasion por el Derecho* , 1-8.
- Villavicencio , F. (2006). *Derecho Penal, Parte general*. Grijley .
- Vizcardo , E. (2021). Mecanismos de defensa que tiene la persona jurídica frente a la pericia institucional del modelo de prevención. *The ley* , 2-8.
- Wertheman, A. (2019). Defectos administrativos dentro de la contratación pública directa por la causal de exoneración situación de emergencia ¿Pueden constituir indicios de la comisión de los delitos de negociación incompatible o colusión desleal? [Tesis de licenciatura: Pontificia Universidad Católica del Perú- Lima]. Obtenido de Repositorio institucional: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/14097>
- Zaffaroni , R. (1990). Derecho penal - Parte general . Bs. As .
- Zegarra, J. (2021). ¿Fracciona y reinarás?: comentarios sobre el fraccionamiento en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. En M. Nuñez, & A. Talavera , *Contrataciones con el Estado*. Universidad del Pacífico .
- Zieschang , F. (1998). *Die Gefährdungsdelikte*. Duncker.

TÍTULO: CONFIGURACIÓN OBJETIVA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO EN SITUACIONES DE EMERGENCIA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p align="center">Problema general</p> <p>¿Cuáles son los fundamentos dogmáticos en la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana?</p>	<p align="center">Objetivo general</p> <ul style="list-style-type: none"> Determinar los fundamentos dogmáticos en la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana. 	<p align="center">Hipótesis general</p> <p>Los fundamentos dogmáticos parte por asumir la teoría de la imputación objetiva, pues a partir de esta desarrollar el riesgo permitido en el actuar de los funcionarios o servidores públicos, en segundo lugar parte por acreditar dogmáticamente el peligro concreto que se exige en los contratos en estado de emergencia, convirtiéndola a esta en un elemento normativo del tipo; en tercer lugar es necesario la presentación y actuación de una pericia institucional, pues esta es una pericia especializada que se</p>	<p align="center">Variable I</p> <p>Delito de negociación incompatible</p> <p align="center">Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> - Teoría de la imputación objetiva y el riesgo permitido. - Autoría y participación en los delitos funcionariales - La teoría del peligro concreto y abstracto - Bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible 	<p align="center">TIPO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>Pertenece a una investigación dogmática jurídica.</p> <p align="center">MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN</p> <p align="center">Métodos Generales:</p> <p>Se empleará el Método Dogmático, descriptivo y el de la argumentación.</p> <p align="center">Métodos Específicos:</p> <p>Inductivo- Deductivo, analítico – sintético y lógico.</p>

<p style="text-align: center;">Problemas específicos</p> <p>1-¿Qué consecuencias dogmáticas y procesales acarrea la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana?</p> <p>2-¿Cuáles son los problemas actuales del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana?</p>	<p style="text-align: center;">Objetivos específicos</p> <p>1-Identificar qué consecuencias dogmáticas y procesales acarrea la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en las contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana.</p> <p>2-Describir los problemas actuales en la configuración objetiva del delito de negociación incompatible en la contratación con el Estado en situaciones de emergencia en la legislación peruana</p>	<p>pronunciará según la naturaleza de la emergencia.</p> <p style="text-align: center;">Hipótesis específicas</p> <p>Dogmáticamente permite establecer si se ha afectado o no el bien jurídico protegido, procesalmente evita actos procesales innecesarios y con estos gastos al mismo Estado y por último permite respuestas inmediatas e idóneas según el peligro producido y la necesidad de cada localidad.</p> <p>En primero lugar es que la ley de contrataciones con el Estado no establece qué se debe entender por Peligro inminente en estado de emergencia, en segundo lugar las pericias presentadas no</p>	<p>Variable II Contrataciones con el Estado en situaciones de emergencia</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contrataciones directas con el Estado - Sobre el fraccionamiento en la contratación - La prueba de la pericia institucional - La calidad de la pericia institucional 	<p style="text-align: center;">Métodos jurídicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Método Dogmático - Método histórico - Método sociojurídico - Método hermenéutico - Método Exegético - Método de la Interpretación Jurídica <p style="text-align: center;">TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS</p> <p>Análisis documental (Análisis de contenido) Bibliográfica (Fichas: Textual, de resumen, de comentario)</p>
---	---	---	---	--

		son pericias especializadas y en tercer lugar la jurisprudencia no es uniforme en abordar el delito de negociación incompatible en estados de emergencia.		
--	--	---	--	--

