

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES



**“INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA POR
IMPUTACIONES FISCALES EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN
INCOMPATIBLE Y SU VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA EN
TACNA, AÑOS 2014 Y 2015”**

TESIS

Presentado por:

Br. Jesús Gregorio Gavilán Pariguana

Asesor:

Dr. Lucio Cutipa Ccaso

Para Obtener el Grado Académico de:

MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

TACNA – PERU

2018

AGRADECIMIENTOS

A mis padres por su comprensión, amor y apoyo incondicional, por sus enseñanzas y experiencias, por su infinito deseo de verme realizado y una persona de bien. Gracias

DEDICATORIA

A la niña de mis ojos y de mi vida entera, Lyanna Sofía.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Carátula	i
Página de respeto	ii
Agradecimientos	iii
Dedicatoria	iv
Índice de contenidos	v
Índice de tablas	ix
Índice de figuras	x
Resumen	xii
Abstract	xii
Introducción	13
CAPÍTULO I	16
1. EL PROBLEMA	16
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	17
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	17
1.2.1 Interrogante principal	17
1.2.2 Interrogantes secundarias	17
1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	18

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	18
1.4.1 Objetivo general	18
1.4.2 Objetivos específicos	19
1.5 CONCEPTOS BÁSICOS	19
1.6 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	21
CAPÍTULO II	21
2. FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO	21
2. 1. LA AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA	21
A) EL IUS PUNENDI ESTATAL	21
B) LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PENAL	22
C) EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA	26
Y EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	
2. 2. VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA	47
A) EL DERECHO DE DEFENSA	47
B) EL GARANTISMO PENAL	50
C) EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	51
Y EL CARÁCTER COGNITIVO DEL PROCESO:	
CAPÍTULO III	59

3. MARCO METODOLÓGICO	58
3.1 HIPÓTESIS	58
3.1.1 Hipótesis general	58
3.1.2 Hipótesis específicas	58
3.2 VARIABLES	58
3.2.1 Variable Dependiente	58
3.2.1.1 Denominación de la variable	59
3.2.1.2 Indicadores	59
3.2.1.3 Escala de medición	59
3.2.2 Variable Independiente	59
3.2.2.1 Denominación de la variable	59
3.2.2.2 Indicadores	59
3.2.2.3 Escala de medición	60
3.3 TIPO DE INVESTIGACIÓN	60
3.4 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	60
3.5 AMBITO DE ESTUDIO	60
3.6 POBLACIÓN Y MUESTRA	60
3.6.1 Unidad de estudio	60

3.6.2 Población	61
3.6.3 Muestra	62
3.7 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	65
3.7.1 Técnicas	65
3.7.2 Instrumentos	65
CAPÍTULO IV	66
4. LOS RESULTADOS	66
4.1 DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO	66
4.2 DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS	67
4.3 PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS	67
4.4 PRUEBA ESTADÍSTICA	102
4.5 COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS	105
CAPÍTULO V	107
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	107
5.1 CONCLUSIONES	107
5.2 SUGERENCIAS O PROPUESTAS	108
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109
ANEXOS	113

ÍNDICE DE TABLAS

CUADRO N° 01	67
CUADRO N° 02	71
CUADRO N° 03	74
CUADRO N° 04	76
CUADRO N° 05	78
CUADRO N° 06	80
CUADRO N° 07	82
CUADRO N° 08	84
CUADRO N° 09	86
CUADRO N° 10	88
CUADRO N° 11	90
CUADRO N° 12	92
CUADRO N° 13	94
CUADRO N° 14	96
CUADRO N° 15	98
CUADRO N° 16	100

INDICE DE FIGURAS

GRAFICO N° 01	70
GRAFICO N° 02	73
GRAFICO N° 03	75
GRAFICO N° 04	77
GRAFICO N° 05	79
GRAFICO N° 06	81
GRAFICO N° 07	83
GRAFICO N° 08	85
GRAFICO N° 09	87
GRAFICO N° 10	89
GRAFICO N° 11	91
GRAFICO N° 12	93
GRAFICO N° 13	95
GRAFICO N° 14	97
GRAFICO N° 15	99
GRAFICO N° 16	101

RESUMEN

Instaurado el nuevo modelo procesal a través del Código Adjetivo Penal en el departamento de Tacna en abril del 2008, el acusatorio, se inició la implementación de nuevos paradigmas en el accionar del Poder Judicial y el Ministerio Público, modelo que además de hacer bastante hincapié en la celeridad del proceso, también puso énfasis en el respeto de los derechos fundamentales del imputado.

No obstante, en algunas latitudes del proceso penal, esto no paso a ser más que un enunciativo formal y muestra legislativa de buena voluntad de sus propulsores ajena a la realidad, así pues, en lo que respecta a los delitos funcionariales, como el delito de Negociación Incompatible, se advirtió que la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna venía realizando imputaciones, sin tener en cuenta el “Principio de imputación concreta”, en detrimento efectivo del derecho fundamental de defensa del procesado.

Consecuentemente, nuestra investigación tiene como misión principal determinar el grado de afectación al citado Principio en las Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y Requerimientos acusatorios presentadas durante los años 2014 y 2015 por la citada Fiscalía en lo que respecta a los delitos de Negociación Incompatible, ello con el fin de elaborarse parámetros mínimos para el cumplimiento de tan trascendental principio.

Palabras clave: Imputación necesaria, Derecho de Defensa, Negociación Incompatible, delitos especiales.

ABSTRACT

The new procedural model was established through the Penal Adjective Code in the department of Tacna in April 2008, the accusatory, the implementation of new paradigms in the actions of the Judicial Branch and the Public Prosecutor's Office was initiated, which in addition to placing considerable emphasis on the speed of the process, also emphasized the respect of the fundamental rights of the accused.

However, in some latitudes of the criminal process, this did not become more than a formal enunciative and legislative sample of goodwill of its promoters alien to the reality, therefore, as far as the official crimes are concerned, as the crime of Incompatible negotiation, it was noticed that the Provincial Prosecutor's Office Specialized in Corruption Offenses of Tacna Officials had been making accusations, without taking into account the "Principle of specific imputation", to the detriment of the fundamental right of defense of the defendant.

Consequently, our research has as its main mission to determine the degree of affectation to the aforementioned Principle in the Preparatory Investigation Formalization Provisions and accusatory requirements presented during the years 2014 and 2015 by the aforementioned Prosecutor's Office with respect to the offenses of Incompatible Negotiation, in order to develop minimum parameters for compliance with such a transcendental principle.

Keywords: Necessary Imputation, Defense Law, Incompatible Negotiation, Special Crimes

INTRODUCCIÓN

El modelo procesal inquisitivo vigente por varios años en nuestro país (*Código de Procedimientos Penales de 1940*), representó una serie de inconvenientes para el justiciable, los cuales pueden sintetizarse en dos cuestiones principales, el comparecer ante un juez que investigaba y decidía al mismo tiempo y el prolongado lapso de incertidumbre respecto de cuando sería definida su situación jurídica, en contraposición a la presunción de inocencia que en teoría debía primar.

Dichas circunstancias, ponían en tela de juicio si se procuraba en realidad un debido proceso, ante tal problemática y, siguiendo además con la vertiente procesal penal latinoamericana, se optó por implementar en nuestro país, un modelo procesal de corte acusatorio, el cual tenía como característica principal el afianzamiento del principio acusatorio –*valga la redundancia*– a través del empoderamiento del Ministerio Público, órgano al que se le encargó la exclusiva labor de investigar, imputar y solicitar el procesamiento de determinado ciudadano, solo en base a ello, el juez decidiría.

No obstante, el principal objeto del novísimo sistema acusatorio en nuestro país, esto es, el aseguramiento efectivo de las garantías del procesado y la naturaleza constitucional del propio proceso, tendría sus primeros traspiés en las etapas iniciales del proceso, en ese sentido, el maestro Mendoza Ayma (2012) señala que la postulación de un proceso de carácter cognitivo sólo se pueda realizar en el contexto valorativo de un Estado Constitucional, porque son presupuestos de éste, la limitación de la violencia punitiva y la irradiación de los valores constitucionales en todo el ordenamiento jurídico en general, y el proceso en particular.

Existe, pues, entonces un estrecho nexo de interdependencia genético y funcional entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, pues mientras el primero exige, y a la vez implica para serlo, garantizar los derechos fundamentales, éstos últimos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho. (Perez Luño, 1991, p. 19)

Dichos postulados, tendrían como primer escenario de exigibilidad a las etapas de investigación preparatoria y etapa intermedia, en donde la función de imputación desarrollada por el Ministerio Público adoptaba un rol protagónico, tal es así que paso de ser un ente meramente postulatorio sin incidencia alguna en los derechos fundamentales, a ser su actuación, pasible de control constitucional al generar indefensión (*STC 5228-2006-HC de fecha 15 de febrero de 2007, caso Samuel Gleiser Katz*).

En razón a ello, el presente trabajo tiene como objetivo demostrar que el debido respeto a los derechos fundamentales del procesado, tiene como primer obstáculo el propio actuar del Ministerio Público, tendiente a la flexibilización de garantías al momento de formular imputaciones; ello pues, conforme demostraremos, las imputaciones que realiza la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios en relación al delito de Negociación Incompatible, no contienen una clara y correcta delimitación e individualización de los hechos imputados, desarrollo del verbo rector, ni precisión de los deberes infringidos, según Seguí (2010), *“La imputación es precisa con el fin de que el imputado pueda ejercer su defensa; el antagónico de una imputación precisa es la imputación basada en hechos indefinidos, abstracciones y generalizaciones”* (p.13).

En ese sentido, la presente tesis que lleva como título *“INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA POR IMPUTACIONES FISCALES EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y SU VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA EN TACNA, AÑOS 2014 Y 2015”*, en cuyo capítulo I, se desarrolla todo lo concerniente al planteamiento del problema, la justificación y objetivos de nuestra investigación; en el capítulo II se analiza y se desarrolla las bases teórico-científicas de las variables que componen nuestra investigación, explicando el contenido y alcance del Principio de Imputación Necesaria, el derecho de Defensa y el contenido dogmático jurídico y jurisprudencial del delito de Negociación Incompatible; en el capítulo III se precisan los aspectos metodológicos de la tesis relacionados a las hipótesis, variables, indicadores, tipo, diseño, muestras y métodos utilizados para nuestra investigación; en el

capítulo IV se presentan los resultados obtenidos en cuadros estadísticos con su respectiva interpretación, los cuales permiten ver que las hipótesis de nuestra investigación han sido corroboradas; finalmente, en el capítulo V se muestran las conclusiones y las recomendaciones que son el producto de los resultados obtenidos, para luego finalmente presentar una propuesta de lege ferenda al Código Procesal Penal.

CAPITULO I

1. EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema:

La esencia de este nuevo sistema, según reza la exposición de motivos del Nuevo Código Procesal Penal, es entre otros, lograr un equilibrio entre valores tan importantes para la convivencia humana: seguridad ciudadana y libertad, poniéndose bastante énfasis en los derechos fundamentales contemplados en nuestra Constitución y los Tratados Internacionales.

Sin embargo, esta virtuosa finalidad presenta sus primeros inconvenientes en las instancias iniciales del proceso penal (*investigación preparatoria y etapa intermedia*), en cuyos senos, se formulan imputaciones fiscales defectuosas, carentes de detalles fácticos básicos e imprecisas, siendo que este fenómeno se agudiza en los delitos de corrupción de funcionarios (*delitos especiales*), que por cuya complejidad y tratamiento distinto a los delitos comunes, son objeto de profundización de esta mala praxis por parte de la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Tacna.

Entre las principales causas de dicho fenómeno, encontramos la falta de una norma procesal que establezca requisitos mínimos para procurar el cumplimiento del Principio de Imputación necesaria en los delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, aunado al exiguo desarrollo doctrinal de delitos especiales como es el caso del delito de Negociación Incompatible, pese a estar cada vez más presente en el contexto de las contrataciones pública.

Las consecuencias de inobservar el Principio de Imputación Necesaria, devienen en distorsiones graves dentro del proceso, al grado de involucrar la vulneración del derecho fundamental a la defensa (*STC 3390-2005-PHC/TC caso Jacinta Margarita Toledo Manrique*) y merituar en algunos casos, la intervención de Tribunal Constitucional (v.gr. *STC 5228-2006-HC caso Samuel Gleiser Katz*) declarando nulo lo actuado, de igual modo, la declaratoria de nulidad de la sentencias que afecten el mismo; todo ello, al estar generándose una disparidad y/o disfunción en el carácter cognitivo del proceso, convirtiéndolo en suerte de “ruleta”, en la que el procesado se verá en la imposibilidad de contradecir adecuadamente y de forma eficiente, los postulados fácticos –*carentes de refutabilidad*- que se le imputa, por lo que el objeto de la presente investigación devendrá en una propuesta de reforma legislativa.

1.2. Formulación del Problema:

1.2.1. Interrogante principal

¿En qué medida las imputaciones fiscales por el delito de Negociación Incompatible emitidos por la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna que inobservan el principio de imputación necesaria, vulneran el derecho de defensa del imputado, en el departamento de Tacna, 2014 - 2015?

1.2.2. Problemas secundarios

1) ¿Por qué las imputaciones formuladas por la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna por el delito de Negociación Incompatible, inobservan el Principio de Imputación Necesaria, en el departamento de Tacna, 2014 - 2015?

2) ¿De qué manera las imputaciones fiscales por el delito de Negociación Incompatible deberían garantizar el derecho de defensa del imputado, en el departamento de Tacna??

1.3 Justificación de la Investigación:

Con la presente investigación se pretende identificar la forma en que la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Corrupción de Funcionarios de Tacna inobserva el principio de imputación concreta, en las Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y los Requerimientos de Acusación por el delito de Negociación Incompatible, así como el índice de afectación al mismo, ello con la finalidad inmediata de elaborar parámetros legales mínimos que en la praxis fiscal y defensa penal, sirvan al ordenamiento procesal penal, como estándares mínimos para la formulación de imputaciones acorde al citado principio y por ende, respetuosas del derecho fundamental de defensa; ello con la finalidad de solidificar las bases para lograr y/o perfeccionar la reforma procesal penal emprendida en nuestro país.

1.4. Objetivos de la investigación:

1.4.1 Objetivo general:

Determinar en qué medida las imputaciones fiscales por el delito de Negociación Incompatible emitidas por la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna que inobservan el principio de imputación necesaria, vulneran el derecho

de defensa del imputado, en el departamento de Tacna, 2014 - 2015.

1.4.2. Objetivos específicos:

1) Establecer por que las imputaciones fiscales inobservan el principio de imputación necesaria en el delito de negociación incompatible durante los años 2014 y 2015.

2) Identificar de qué manera las imputaciones fiscales por el delito de Negociación Incompatible deberían garantizar el derecho de defensa del imputado, en el departamento de Tacna.

1.5. Conceptos básicos:

- A) Delito:** Es una conducta humana que consiste en la realización de un acto u omisión, descrito y sancionado por la ley penal.
- B) Imputado:** Persona contra quien se ha presentado una denuncia y en mérito a ello, se le atribuye hechos que revisten ilicitud penal.
- C) Jurisdicción:** En general, la autoridad y el poder inherente que tienen los tribunales y los funcionarios judiciales para conocer y decidir en controversias que se someten a su consideración.
- D) Causa probable:** Determinación fundamentada en prueba relativa a la probabilidad de que se haya cometido un delito y de que la persona imputada lo haya cometido.
- E) Derechos fundamentales:** Conjunto básico de facultades y libertades garantizadas judicialmente que la constitución reconoce a los ciudadanos de un país determinado.

- F) Nulidad procesal:** Figura que priva de efectos a los actos del proceso que adolezcan de algún vicio en sus elementos esenciales y que, por ello, carecen de aptitud para cumplir el fin a que se han destinado.
- G) Jurisprudencia:** Es la interpretación de la ley efectuada por los tribunales, norma de juicio que suple omisiones de la ley y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos.
- H) Juicio penal:** El que tiene por objeto y fin regular el ejercicio de la acción penal, para comprobar o averiguar los hechos delictivos y sus circunstancias y determinar las personas responsables y su respectiva culpa, a fin de imponer las penas correspondientes, fijar el resarcimiento de los daños y perjuicios y declarar la inocencia o exención de los acusados.
- I) Proceso penal:** Es el conjunto de actividades, formas y formalidades de carácter legal, que son previamente establecidas por el órgano legislativo del Estado, y que llevan a cabo las personas que intervienen en una relación jurídica de derecho penal, con la finalidad de que un órgano del propio estado, con facultades jurisdiccionales, determine la aplicación de la ley penal a un caso concreto.
- J) Prueba:** Todo aquello que sirve para establecer la veracidad de una declaración o la existencia de un hecho, sometido a debate judicial.

1.6. Antecedentes de la investigación:

Sobre los antecedentes debemos señalar que, tras consultar con el material disponible en las diferentes bibliotecas de las universidades de Tacna y bibliotecas virtuales del país, así como material de lectura y trabajos de investigación, se ha confirmado que no existe un estudio totalmente similar a la materia de la presente investigación, sobre todo, enfocado a los delitos contra la administración pública desde el aspecto procesal y enfocado a la praxis desarrollada por una Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

CAPITULO II:

2. FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTIFICO

2. 1. LA AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA:

A) EL IUS PUNENDI ESTATAL:

Según Polaino Navarrete (2015), el *Ius punendi* es la facultad o potestad del Estado de imponer sanciones jurídico-penales-penas o medidas de seguridad- por la comisión de delitos, esto es, la competencia de hacer valer su cometido constitucional de órgano legitimado para solucionar los conflictos criminales desencadenados en la Sociedad, que conforme a su escala de valores reconoce y se identifica con un ordenamiento punitivo, cuya única legítima titularidad es la estatal en el modelo del Estado de Derecho.

En ese sentido, puede considerársele como la pretensión o exigencia punitiva frente al delincuente; el estado tiene el monopolio de ejercer la potestad jurisdiccional, en consecuencia, es titular de la Administración de Justicia; por ello, debe crear los instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer la pretensión que formulan los justiciables ante sus órganos jurisdiccionales. En el proceso penal, el Ministerio Público busca enervar la presunción de inocencia en base a las pruebas recabadas durante su investigación, por su parte, el imputado en un proceso penal aspira a que se respeten sus Derechos fundamentales, tales como el del debido proceso, la presunción de inocencia, entre otros. El proceso penal ideal será entonces aquel que encuentre el punto de equilibrio entre la eficacia al servicio de la seguridad, los reclamos de la paz y tranquilidad de la sociedad y de las víctimas y el respeto a los derechos fundamentales del procesado. De ahí, resulta claro el motivo por el cual el jurista Claus Roxin haya denominado al Derecho procesal penal como “*el sismógrafo de la Constitución del Estado.*” (Roxin, 2000, p.10)

El proceso penal debe constituirse sobre la base del respeto de todas las garantías integrales de la *noción global* del proceso debido, las garantías procesales según Binder, son “*escudos protectores*” de los individuos para que el ejercicio del poder penal del Estado (*ius punendi*) no se convierta en una aplicación arbitraria de la pura fuerza y no termine siendo un elemento avasallador, tiránico, dentro de la sociedad (Miranda, 2005).

Por ello, es que siguiendo a (Gomez López, 2001), consideramos que el derecho punitivo propio del esquema democrático tiene que ser necesariamente no solo limitado en su ejercicio, sino además garantista, democrático y humanitario; bajo esa perspectiva, el ordenamiento penal que se puede y se debe construir debe tener como objeto establecer y garantizar un mínimo de pautas democráticas, racionales y humanas de aplicación, procurando limitar al máximo el ejercicio del poder penal del estado, por lo que en ese sentido, es necesario que el propio ordenamiento y los actores que lo componen, proporcionen al justiciable criterios fundamentales de valoración para determinar si la forma y el contenido de sus propias actuaciones no se amoldan a este objetivo.

Consecuentemente, el *ius punendi*, como expresión del poder estatal, en un sistema democrático constitucional, no debe ni puede ser concebido como un poder ciego, ilimitado, indeterminado o absoluto, se debe tratar en suma de un poder reglado, normado, limitado y a su vez sometido a controles y formalidades. En ese sentido, Garcia Cavero (2012), establece que la potestad de castigar las conductas lesivas no puede ejercerse de forma irrestricta, de manera tal que no es posible que el Estado optimice al máximo el objetivo perseguido con la pena, al extremo de caer incluso en una situación de terror penal o en una injerencia sobre el esquema de valores del ciudadano, ergo, el sistema penal debe sujetarse a un conjunto de principios o garantías que limiten el ejercicio de la facultad punitiva del Estado.

B) LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PENAL:

Reategui Sanchez (2016), sostiene que el Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *Ius punendi*, monopolio del Estado, y que, por

autonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad individual. En ese sentido, la relación entre el poder punitivo y la constitución siempre será de carácter tensa, puesto que en ésta manifestación estatal se juegan derechos fundamentales tan trascendentales, como la libertad de un ciudadano y la seguridad colectiva. Como elemento regulador del poder penal y de sus posibles excesos, siempre estará como muro de contención los postulados (*derechos, declaraciones y garantías*) desarrollados en la constitución política.

Sobre la base del decálogo de los derechos humanos, propio de un Estado social democrático de derecho, corresponde reformar las bases del Derecho Penal en la Constitución, en función a la tutela de la persona humana y sus derechos. Así los derechos humanos despliegan fuerza normativa y replantean los conceptos e instituciones clásicas del Derecho Penal en sus campos sustantivo, procesal y de ejecución penal, en función del “bloque constitucional de los derechos humanos.” (Landa Arroyo, 2002, p.41)

Por ello, es que el actuar de las agencias estatales (*Ministerio Público y Poder Judicial*), al momento de aplicar determinada norma, siempre ha de estar en consonancia con los derechos y valores que contempla la Constitución, en esa línea de pensamiento nuestro Tribunal Constitucional señala “*Ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que se restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio pro homine impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho*” (STC N° 0075-2004-AA/TC Fundamento 6), del mismo modo agrega “*(...) debemos tomar en cuenta el principio pro homine o favor libertatis que obliga al juez a elegir no solo la norma más favorable a la persona, sino también, la interpretación más favorable de una disposición*” (STC N° 4912-2008-PHD/TC fj.16).

Del mismo modo, en la STC N° 00033-2007- PI/TC resolvió “*(...) Así, el ius punendi del Estado funciona con sus limitaciones dentro de un marco penal de la*

Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la pena. En este sentido, nuestro ordenamiento constitucional y las obligaciones internacionales serán el punto de inicio para poder establecer los fines que el régimen penitenciario se ha propuesto lograr y los objetivos que ella se ha trazado en la Constitución, así como cumplir con los deberes y obligaciones asumidos por el Estado.”

Ello constituye un paso fundamental de cara a que la siempre latente expansión y maximización del derecho penal se vea reducida, el maestro argentino Zaffaroni (2002) expresa que:

Desde la comprensión del Derecho Penal como un sistema de filtros destinado a limitar el poder punitivo estatal a lo estrictamente necesario, Raúl Zaffaroni ha definido al Derecho Penal como la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho. (p.4)

En este aspecto cobra vital importancia, el proceso penal, en el cual la influencia del Derecho Constitucional es de mayor fuerza, ya que sabido es que la imposición de una sanción por la comisión de un delito, ha de haber estado antecedido de un debido proceso, por lo que, en el marco de esta reflexión, debemos señalar siguiendo a Asencio Mellado (2016), que únicamente un proceso informado por principios dialécticos, que garanticen la contradicción y la igualdad entre las partes, un proceso respetuoso con los derechos fundamentales, especialmente el de defensa *-pilar del contradictorio y definidor por excelencia del concepto mismo de proceso-*, es susceptible de proporcionarla verdad. Un proceso infractor de garantías, incluso las mínimas, tanto individuales y personales, como procesales, es incapaz de proporcionar seguridad alguna en cuanto a la verificación de su fin, esto es, la determinación de la realidad de los hechos acaecidos.

“El hecho que el proceso penal reciba sus notas esenciales de la Constitución no es producto del azar o de una errática decisión del legislador, sino consecuencia inevitable de la opción del constituyente por un régimen estatal republicano, democrático y de derecho. Por esto es que tanto se repite que el tipo de proceso penal con el que cuenta un país refleja el grado de desarrollo o no de su democracia y de respeto o violación de las libertades civiles.” (Goldschmidt, 1983, pp. 109-110)

Coincidiendo con San Martín (2003) señalamos que:

“el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico, sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al Juez.” (p. 79)

Por lo que, en el propio seno del desarrollo del Proceso Penal, tanto el Fiscal como el Juez, están vinculados no solo a los imperativos legales que rigen su actuar, sino también a los mandatos constitucionales que impregnan el sistema jurídico en su conjunto, exigiéndoseles por ende que el contenido que pretendan atribuir a las normas legales no entren en contradicción con el espíritu de principios y valores que inspiran la normativa constitucional, los cuales deben guiar su labor hermenéutica.

Actuar contrario a lo señalado, justificaría la sintomática que hace once años, un connotado jurista alemán advirtió:

“El Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino del Derecho Penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de

método y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”. (Roxin, 1997, p. 13)

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado en la STC N° 7451-2005-PHC/TC que *“En último término las bases del Derecho en general, no se han de encontrar, necesariamente en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución Política del Estado a través de sus principios, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado Constitucional Democrático.”* Por lo que atendiendo a esta tensa realidad, todas las normas constitucionales regulan una relación de derechos fundamentales que vienen a constituir, con sus correspondientes y regladas limitaciones, la barrera infranqueable para el mismo Estado, a partir de la cual no le es dado a los órganos de persecución penal extender sus actuaciones, bajo ningún concepto, pues, por la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, puede el Estado transgredir los límites legalmente establecidos y en la forma predeterminada jurídicamente (Asencio Mellado, 2016).

C) EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA Y EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

C.1.) EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA

Los principios y garantías que en su mayoría se desprenden de los preceptos constitucionales, existen como límites de seguridad frente al actuar estatal, según derechos Reategui Sanchez (2016), mientras los derechos son facultades o atribuciones, las garantías significan herramientas o medios para efectivizar los derechos; correspondiendo a tal rubro, el Principio de Imputación Necesaria, que no es más que un mandato de optimización del Derecho de Defensa, así respecto a estos preceptos, resulta ilustrativa la STC N° 1417-2005-AA en el que se señala:

“La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre “normas regla” y “normas principio”. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables. Las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización”

No obstante, para comprender mejor su significado, consideramos pertinente el desarrollo de los tópicos que se anuncian a continuación.

Para entender que constituye un principio, como mandato de optimización dentro de lo fáctico y jurídicamente realizable, conviene señalar que ello es consecuencia de la superación del Estado de derecho legislativo y el posicionamiento del Estado Constitucional de derecho, que conlleva a la separación de los conceptos, norma, derecho y justicia. En lo que respecta a los principios, Mendoza Escalante (2014), refiere que *“son normas jurídicas mas fundamentales y más generales que enuncian los supremos postulados éticos, políticos, o proposiciones de carácter técnico-jurídico de un sistema jurídica o de algún ámbito de ordenación a él perteneciente.”* (p. 103)

Para Caro John y Huamán Castellares (2014) la constitucionalización de la intervención penal se produce a través de los principios, así refieren que con el despliegue de su fuerza comunicativa, los principios cumplen una función legitimadora del ejercicio de la potestad punitiva estatal. Esta legitimación resulta de un proceso comunicativo donde el Derecho penal materializa su programa en la sociedad por medio de una operación controlada constitucionalmente. Los principios constitucionales se erigen como auténticas garantías para la persona que legitiman no sólo el proceso de creación de la norma penal, sino también el proceso de aplicación de la norma en una decisión judicial.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la lengua castellana prevé el término “Imputar” que proviene del latín *imputare*, y que significa: atribuir a otro una

culpa, delito o acción. Llevado al campo penal, la formulación de imputación, dice González Navarro (2015) es esencia *“un acto de comunicación”*.

El término *“imputación penal”* no sólo es de carácter jurídico-material, de acuerdo a las reglas de la teoría general del delito y la parte especial del Código Penal, en realidad todo el funcionamiento del aparato punitivo se reduce a una adecuada *“imputación”* que deben realizar los respectivos órganos estatales penales- ya sean jueces y/o fiscales. En un sentido material o amplio, se señala sobre la imputación como: *“La atribución, más o menos fundada que se le hace a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia”* (Montero Aroca, Gomez Colomer, Monton, & Barona, 2010, p.211)

El término *“imputación penal”* tiene también, connotación jurídico-procesal, que según Reategui (2013) es donde más ha tenido protagonismo dicho término, pues está ligado al hecho cometido y la debida individualización del imputado o los imputados, y esto va de acuerdo a las fases de un proceso penal donde se encuentre el imputado/denunciado.

El término *“imputación”* en el Derecho Procesal Penal, es el acto mediante el cual se le asigna formalmente a una persona la comisión de un hecho punible, que puede ser un delito o también una falta, esta función le corresponde exclusivamente al Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, labor que ha tomado mayor envergadura con la entrada en vigencia de un sistema procesal de carácter acusatorio, cuya esencia está enraizada en el principio acusatorio, que según San Martín Castro (1999) se perfila como elemento definidor de la distribución de los roles de las partes, de los papeles y las condiciones bajo las que se debe efectuar el enjuiciamiento de la pretensión penal.

El citado principio también ha sido resaltado por nuestra Corte Suprema, que lo eleva como parte debido proceso, así en el Recurso de Queja N° 1678-2006 señaló que: *“(…) en cuanto al principio acusatorio es evidente-según doctrina procesalista consolidada- que se trata de una de las garantías esenciales del proceso penal, que*

integra el contenido esencial del debido proceso, referido al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto penal (...) que, en entre las notas esenciales de dicho principio, en lo que es relevante al presente caso, se encuentra, en primer lugar, que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el fiscal; de suerte que el objeto del proceso se concreta en la acusación fiscal (...) el presupuesto del juicio jurisdiccional es la imputación del fiscal”.

Dos consecuencias, son emblemáticas del citado principio, primero, la profundización o mayor relevancia del principio de contradicción y, por otro lado, la vigencia y respeto de las garantías del imputado por parte de los operadores de la justicia, a fin de que la imputación (*fáctica y jurídica*) dirigida contra el investigado/imputado/acusado tenga validez y legitimidad en el sistema, y como tal susceptible de ser contradicha eficazmente por la defensa.

Ahora bien, una primera aproximación de “*imputación necesaria*” nos las da, el profesor argentino Maier (1996), quién refiere:

Para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación. El núcleo de esa imputación es según ya se ha observado, una hipótesis fáctica –acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico- atribuido al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídico-penales, puesto contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible. La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que, se pretende conducir o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la

consecuencia o a reducirla. Para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso o desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo a la norma de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento – que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcionen su materialidad concreta; el lenguaje se debe utilizar como descriptivo de un acontecimiento concreto ya ocurrido, ubicable en el tiempo y en el espacio, y no para mentar categorías conceptuales. De otro modo, quien es oído no podrá ensayar una defensa eficiente, pues no podrá negar ni afirmar elementos concretos, sino, a lo sumo le será posible afirmar o negar calidades o calificativos (no soy homicidio, no soy malo, soy bueno, etc. (p.553)

Dicho principio, encuentra su basamento normativo en la ley fundamental a través de la interpretación de los artículos 2 inciso 24 párrafo d y 139 inciso 14, también en el plano normativo internacional, específicamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que comienza por reconocer que *“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A) A ser informada, sin demora, en un idioma que comprenda y, en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”*, del mismo modo, el artículo 8, numeral 2, literal a, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone que *“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: (...) b) **Comunicación previa y detallada de la acusación formulada.**”*

Al respecto, el problema de la imputación de cargos, no ha sido una figura ajena al escenario internacional, así, resulta ilustrativa la jurisprudencia de la Corte

Interamericana, que en el Caso Barreta Leiva versus Venezuela señaló que “*Para satisfacer el artículo 8.2 b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. La corte ha considerado que la puntual observancia del artículo 8.2. b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa. (...) Evidentemente, el contenido de la notificación variara de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo, expuesto en el párrafo supra, cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen.*”

Según Benavente Chorres (2013), el cumplimiento de este principio se profundizara conforme vaya evolucionando la investigación, esto toma connotación sobre todo en nuestro tema objetivo de estudio (*el delito de negociación incompatible*), en tanto que, debido a la complejidad de diligencias, la participación de diferentes individuos y en diferentes estratos de la administración pública, dificulta como hemos afirmado *in limine* el perfilamiento de una imputación concreta en las primeras instancias (*llámese diligencias preliminares*), coincidimos también, con Reategui (2013), cuando señala que este principio se **refuerza, resulta imprescindible y por ende exigible** en la etapa jurisdiccional-formalización- e intermedia -acusación- en tanto el mero indicio y/o estado de sospecha, ha dado paso a la certeza fiscal, resulta en este punto, traer a colación lo señalado por Hurtado Poma (2016), quién desarrolla los grados y/o niveles de cognoscibilidad que se desarrolla en la labor fiscal:

El razonamiento del fiscal dialécticamente pasa por distintas etapas, al inicio, al recibir la noticia criminal se encuentra en un estado de IMPROBABILIDAD, para

salir de esta incertidumbre ordena una INVESTIGACIÓN PRELIMINAR, disponiendo las diligencias urgentes o diligencias preliminares y luego de un plazo correspondiente (...) cumpliendo actos de investigación, puede llegar a una imputación penal, esto es, subsume los hechos con una norma determinada del ordenamiento penal sustantivo y por tanto ya se ubica en lo que es PROBABLE y que da origen a una CAUSA PROBABLE, que se expresa en su disposición de formalización de investigación preparatoria, aquí el fiscal ya tiene un presunto autor identificado, un delito y un bien jurídico lesionado, una víctima afectada, tiene conciencia que el hecho imputado no ha prescrito, que no hay requisitos de procedibilidad o procesabilidad y, por tanto, ese mismo fiscal está convencido que el imputado ha cometido un delito determinado y merece una condena, su razonamiento llega a una CERTEZA POSITIVA que se expresa en la formulación de un requerimiento de acusación y cuando su razonamiento llega a una CERTEZA NEGATIVA se expresa en la formulación de un requerimiento de sobreseimiento. (p.1232)

Asumo la postura que consiste en señalar que el principio de imputación necesaria alcanza su mayor grado de exigibilidad al momento de la postulación de la acusación fiscal, en ese mismo sentido, se expresa Avalos Rodríguez (2013), quien señala:

Exigir en este momento – refiriéndose a las diligencias preliminares -un hecho descrito con detalle en relación con todas y cada una de las circunstancias de su perpetración como condición para el inicio jurídicamente válido de las diligencias preliminares de investigación – que, precisamente, por recién estar por comenzar no pueden mostrar resultado alguno- es una exigencia excesiva y claramente irracional de que de ningún modo puede pretender justificarse en la filosofía garantista. (p. 103)

De similar forma, se expresa Reategui Sanchez (2012), cuando refiere que “*En las instancias iniciales del procesamiento penal todavía no hay verdaderas pruebas incriminatorias, sino sólo meros indicios de la comisión de un hecho delictivo, entonces,*

no puede realizarse-o mejor dicho exigirse- una imputación concreta, sino más bien de tipo genérica” (p.17). También el jurista Alcocer Povis (2013) señala:

La necesidad de una clara individualización del hecho será menos o más intensa en razón al momento de su evaluación en el proceso. Si bien la regla es la descripción e individualización clara de la conducta, resulta razonable, en algunos casos, que se inicie una investigación preliminar describiendo solo la existencia del resultado desvalorado por el derecho, sin enunciar comportamiento alguno. Esta no exigencia de rigurosidad en la determinación del hecho no solo es transitoria (solo durante la etapa preliminar), sino también limitada pues sólo es explicable en caso de delitos comunes, pues en delitos especiales y de infracción de deber, desde un inicio, es fundamental se describa un hecho o situación que sea fuente de la supuesta responsabilidad de la persona cualificada. (pp.03-04)

Cabe señalar que mediante jurisprudencia vinculante plasmada en el Recurso de Nulidad N° 956-2011-Ucayali, el Principio de Imputación Necesaria resulta de observancia obligatoria en todos los procesos penales, así refiere: *“La imputación que se alude, supone la atribución de un hecho punible, fundado en el factum correspondiente, así como en la legis atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables. No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados tanto más cuando se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada”*

Por ende, a fin de procurar la vigencia de los derechos fundamentales del imputado, específicamente, el derecho de defensa, los hechos expuestos en la acusación, han de ser ciertos, no implícitos, deben ser expresados en forma precisa, clara, y expresa (*STC. Nros. 8123-2005-PH/TC y 7357-2206-PHC/TC*); es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, solo con ello, el justiciable podrá rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se le atribuye, de lo contrario, según lo ha expresado, el tribunal constitucional (*STC. 3390-2005-HC/TC*), dicho derecho se verá limitado, puesto que se le impedirá, la facultad de aportar pruebas concretas para poder defender su inocencia.

En resumidas cuentas, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano, en la *STC N° 03987-2010-PHC/TC*, el principio de imputación concreta estará delimitado por tres elementos, un elemento fáctico (*descripción detallada, personalizada y precisa de los hechos*), un elemento jurídico (*calificación jurídica y modalidad imputada*) y un elemento probatorio, no obstante, estos criterios han sido desarrollados para delitos comunes, siendo imprescindible por tanto, agregar un ítem a consideración de los delitos especiales, los cuales a saber su punición radica en el quebrantamiento doloso de deberes funcionariales.

Para lograr la procura de este principio, es pieza fundamental, la labor de garante que ha de realizar el juez, quién no debe limitar su actuación a la de un mero receptor de la solicitud de procesamiento propuesto por el Ministerio Público¹, en tal sentido, el juez, vía tutela de derechos, deberá evaluar si la promoción de la acción penal no solo cumple los requisitos que exige la ley procesal (*artículos 336° y 349° del NCPP*), sino además -y *con mayor ahondamiento*- con lo prescrito en la normatividad fundamental, solo así, será

¹ El juez de investigación preparatoria tiene la responsabilidad de habilitar el desarrollo del juicio oral, en tanto y en cuanto exista causa probable, para no someter al imputado innecesariamente al escarnio público si no está configurada una imputación concreta; debe resguardar que la persecución penal sea eficaz y razonable, de modo que no traspase los límites de la dignidad humana; en consecuencia, debe controlar la verosimilitud de la imputación dirigida contra el acusado y la probabilidad de una condena a la luz de un examen fáctico y jurídico de la acusación.

funcional la contención del poder punitivo, en aras de la vigencia y promoción del estado constitucional de derecho.

Esta finalidad es justamente porque el principio de imputación necesaria, no deja de ser una garantía procesal, como tal es concebida como medio o instrumento procesal que brinda el ordenamiento –la constitución concretamente- para efectivizar los derechos, con el fin de que los derechos fundamentales materiales puedan hacerse valer con eficacia. Son, en suma, según San Martín Castro (2015), medios de protección de la persona que hacen referencia a un conjunto de prevenciones o cautelas institucionalizadas bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal, se rigen como verdaderos parámetros de legitimidad del proceso. Entendemos entonces, por principios, aquellos postulados, de alcance general con proyección en el sistema penal, que informan todo el ordenamiento jurídico, previstos explícita o implícitamente en la Constitución y, por ello, tienen un carácter supremo que expresa la filosofía incorporada en la Ley Fundamental.

La función del tipo penal, viene a constituir un primer paso para la edificación de una imputación necesaria, en tanto que los hechos a imputar y a investigar deben estar enfocadas a dicho molde; en otras palabras, se debe construir preposiciones fácticas no a mera subjetividad del operador, sino, teniendo como parámetro y/o norte (*base*) el tipo penal establecido por el legislador, tanto en su configuración objetiva y subjetiva. Pues así, como señala Asencio Mellado (2016), no sirve apuntar a una hipotética calificación si en el hecho no coinciden los elementos de hecho que constituyen ese tipo, pues no es defensa oponerse a una norma cuya *causa petendi* no consta basada en hechos jurídicamente relevantes pues son inexistentes o no son conocidos. La defensa no puede ser ejercitada en igualdad de condiciones ante una mera inculpación de conductas no típicas por no saberse si el hecho es como tal delictivo.

Lo antes señalado, ha sido resaltado por el Tribunal Supremo Español en su auto de 16 de julio del 2013, de la siguiente manera:

“La responsabilidad penal, obvio es recordado, se articula sobre un hecho con relevancia penal, subsumido en una figura típica, que es imputable, objetiva y subjetivamente, a una persona. De esta consideración surge que la responsabilidad penal requiere, como elementos necesarios, una conducta típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. Quedan al margen de esta responsabilidad por lo tanto, aquellas conductas que, pudiendo generar otro tipo de reproche, moral, ético o político aparecen sujetas a otras exigencias distintas del principio de legalidad que caracteriza el sistema penal la consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integrantes de la figura delictiva objeto de acusación (...).”

En ese sentido, se debe empezar por individualizar los hechos, y a partir de ellos construir una exposición dogmática del tipo penal, para el jurista argentino Sancinetti (2001), cumplir con el requisito de *“individualizar”* el hecho es:

Darle una identidad tal que se pueda decir que sólo un suceso histórico, un recorte del acontecer fáctico y no cualquier otro, va a ser juzgado como hecho imputable al acusado. (...) La descripción del hecho en el escrito de la acusación tiene que ser inequívoca, en el sentido de que, según las reglas generales de la lógica, de las ciencias naturales y de la experiencia restante, será prácticamente imposible que diversos hechos cumplan con esta descripción (...) El texto de la acusación tiene que aportar aquellas propiedades de un hecho y tantas de ellas como para que efectivamente él sea cumplido por un hecho individual y solo uno, en el sentido de ese concepto de hecho. Esta llamada descripción de especificidad es la condición general de una correcta descripción individual” (p.76).

Por ello es que reafirmamos nuestra posición en sostener, que en las primeras etapas del proceso penal, no es prudente exigir una concreción efectiva del principio de imputación necesaria, puesto que por lo general, solo se cuenta con la *notitia criminis* que principalmente viene acompañada de meras sospechas y escasos elementos fácticos, no

obstante, existen casos excepcionales, cuando en el marco de actuación del órgano superior de Control -*Contraloría General de la República*- evacua una pericia institucional detallando hechos, irregularidades y evidencias, que permitirá que en el inicio de la investigación fiscal se vaya perfilando una imputación concreta.

En ese sentido, el fiscal solo podrá ir construyendo imputación conforme a la magnitud y destreza en la que ejercite su labor de investigación, y los elementos de convicción que recaude, debiendo alcanzar su máximo perfilamiento, en la etapa intermedia, con la emisión de la acusación, puesto que, en este estadio, ya no hablamos de meras sospechas ni intuiciones, sino de una convicción completa acerca de los hechos y la vinculación de los investigados en los mismos.

“La imputación (o la acusación) debe contener la descripción detallada y precisa del hecho que se atribuye a cada individuo (imputación individualizada), la calificación jurídica y las pruebas. No basta con citar a una persona como imputada, se debe señalar por qué y en qué se basa la imputación. (...) La descripción habida en la acusación tiene que permitirle al acusado identificar por qué razón, en el acontecimiento histórico identificado por el acusador, se dan elementos fácticos como para considerar reunidos los conceptos jurídicos aplicables al caso. Es decir, que la defensa tiene que poder controlar el procedimiento de subsunción (...) El presupuesto de validez de la acusación reside, en cambio, en que, para la defensa, y para quien deba juzgar, sea posible ejercer control sobre el proceso de subsunción que ha realizado la acusación: cuál es la situación de hecho concreta que la acusación considera subsumible en el tipo legal”. (Sancinetti, 2001, p. 39)

No obstante, ello no significa que la imputación sea un acto final de atribución de cargos, el cual pertenece únicamente a la acusación y la sentencia, no obstante la imputación, dice González Navarro (2015) se presenta como un liminar señalamiento fundado en una inferencia razonable sobre el eventual compromiso penal que le puede deparar a una persona y cuya valoración le corresponde a la defensa con miras a intuir en

su capacidad de anticipación y estrategia el desenvolvimiento que pueda tener en orden de una posible atribución formal de cargos y decisión adversa.

El contenido fáctico ha de ubicarse en el terreno de la posibilidad al sólo preceder la noticia criminal y las pesquisas tendientes a su verificación, luego, según el principio de progresividad, se allegarán elementos materiales probatorios y evidencia a fin de acreditar la materialidad del delito y la responsabilidad del inculcado con miras a sustentarla formulación de acusación con un grado de probabilidad de verdad, momento culminado de la investigación que la reviste de un halo definitivo delimitando el marco factual y jurídico dentro del cual habrá de surtirse el debate oral.

El carácter progresivo de los hechos materia de imputación ha sido resaltado también por nuestra Corte Suprema de Justicia a través del Acuerdo Plenario N° 02-2012: *“Una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria – o mejor dicho “delimitación progresiva del posible objeto procesal”-, y que al nivel de precisión del mismo – relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía – tiene (en la disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria) un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito de flagrante, que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta y, por tanto, de concreción necesariamente tardía”, de ahí la necesidad de que el Fiscal y el Juez conozcan el contenido típico del delito de Negociación Incompatible, lo contrario traerá como consecuencia la permisibilidad de imputaciones genéricas, para Toro Lucena (2012) “la construcción de la imputación como acto procesal vinculante, solo se logrará al tener como referente la estructura, por lo menos, objetiva del tipo penal” (p. 189).*

Contrario a la posición de los juristas nacionales Avalos Rodríguez (2013) y García Caveró (2011), así como de los internacionales Carnelutti (1950) y Velez Mariconde (1969), quienes sostienen, como en el derecho argentino, que el remedio para el acto fiscal que inobserva el principio de imputación necesaria, es declararlo nulo por

vulnerar ella el derecho de defensa, nuestro máximo órgano jurisdiccional, ha establecido como doctrina jurisprudencial -*Acuerdo Plenario N° 02-2012* -, que ante la vulneración del principio de imputación necesaria y su incidencia negativa en el derecho de defensa (*ya sea en cuestiones fácticas, de calificación jurídica, o en actos de investigación*), la vía a la que se debe recurrir es la tutela de derechos (*institución procesal prevista en el numeral 10 del artículo 71 del Código Procesal Penal*), el cual tiene como fin proteger los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes, controlando la legalidad de la actuación fiscal y policial, las cuales en ciertos casos, incurren en excesos o negligencias, y que de ningún modo pueden adjudicarse gratuitamente al procesado, por lo que se habilita al juez de garantías para que previa audiencia, y estimar fundada la solicitud, dicte medidas, las cuales pueden ser de dos tipos, una medida “*correctiva*”- que ponga fin al agravio- o una medida “*reparadora*”- que lo repare, por ejemplo, subsanando la omisión- o una medida “*protectora*”; siendo práctica ya común en nuestro distrito judicial, que ante disposiciones de formalización y/o acusaciones genéricas, los juzgados de Tacna dispongan su devolución al Ministerio Público, a fin de que procedan a realizar las correcciones necesarias.

De este modo, la Tutela de Derechos se ha convertido en un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados, mecanismo, que más que procesal, tiene una índole constitucional, que constituye la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido y que incluso a decir de Alva Florian (2010) puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de hábeas corpus, que anterior al NCPP era la vía que comúnmente se utilizaba ante las imputaciones genéricas, conforme señala Reategui Sanchez (2012); nuestra Corte Suprema de Justicia de la República ha reafirmado la idoneidad de esta figura procesal a través de la Casación N° 814-2015-Junín, descartando la vía de improcedencia de acción.

C.2. EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Una primera clasificación de delitos, es la que se da en razón a las singulares cualidades del autor o coautores que exija el tipo penal: los delitos especiales o de infracción del deber (*Pflichtdelikten*) y los delitos comunes o de dominio (*Herrschaftdelikte*). En el primer caso la norma penal está circunscrita al ámbito del quebrantamiento de deberes especiales que el agente mantiene en su relación con el bien jurídico; en el segundo, el agente viola roles generales que por igual involucran al común de las personas físicas.

En los delitos comunes o de dominio, el agente del delito no posee deberes de salvaguarda y fomento para con el bien objeto de tutela penal, ni se halla expresamente exigido por relaciones previas de vinculación que no sean los mandatos generales que se dirigen al total de la población (*Neminem laedere*). Lo que no sucede en los delitos de infracción de deber, pues aquí el sujeto activo no puede organizar a su modo las vinculaciones con el bien jurídico, al encontrarse con reglas preestablecidas que le imponen comportamientos funcionales de aseguramiento y fomento del bien objeto de tutela penal, generalmente provenientes de otras ramas del derecho, distintas a la penal. (Roxin, 1998, p.383)

Los delitos especiales, llamados actualmente de “*infracción de deber*”, y que ha sido incorporada por Claus Roxin en la dogmática penal son aquellos en los que concurren los siguientes componentes:

a) Un sujeto activo especialmente calificado en su relación con el bien jurídico por singulares y previas vinculaciones: 1. De *naturaleza paterno filial conyugal*, de la que se derivan deberes en relación a los cuales el sujeto está obligado a asegurar y garantizar jurídicamente (*por ejemplo los padres para con la vida de los hijos, éstos con relación a los primeros, el esposa para con la vida de la cónyuge*); 2. Por *vinculaciones jurídicas y específicamente de confianza*, que obligan al sujeto a determinados actos o a preservar el bien jurídico (*por ejemplo en el caso de la apropiación ilícita el administrador o*

depositario del bien está obligado, por exigirlo así la relación contractual, a devolver o reintegrar el bien, dinero o valor), y 3. Por deberes de función y servicio político, que asume el funcionario o servidor al ocupar determinado cargo o empleo; calidades que permiten construir sujetos especiales previamente a la configuración del delito, se encuentran vinculados por deberes o marcos normativos -diferentes a los comunes- que obligan a adoptar medidas de aseguramiento del bien jurídico.

b) Una gama de conductas típicas que sólo toman como autor al funcionario o servidor. La posibilidad jurídica que un particular pueda consumir el delito resulta un imposible, dado que se trata de delitos con autoría restringida a quien posea calidades de vinculación especial con el bien jurídico. Los componentes que ingresan en la redacción del tipo excluyen el supuesto que los actos del particular sean reputados típicos de autoría. Piénsese por ejemplo en el delito de prevaricato, el cual posee componentes de tipicidad dirigidos exclusivamente al Juez o Fiscal; o en el caso del cohecho pasivo, donde las conductas de aceptar, recibir, solicitar o condicionar son exclusivas del funcionario o servidor público.

c) El quebrantamiento de deberes como consecuencia de la ejecución o consumación de la conducta típica. Todo funcionario o servidor público posee roles, que imponen deberes (*nombrar personal, cuidar del orden interno, administrar el patrimonio de la institución, dictar sentencias, perseguir el delito, etc.*), que le han sido conferidos institucionalmente y que debe cumplirlos conforme a lo establecido en normas jurídicas y reglamentos. La violación de dichos deberes extrapenales, y por lo mismo, de los roles institucionales, supondrá un marco de relevancia penal a título de delito de función cuando los requerimientos de tipicidad objetiva o subjetiva de los tipos penales sean concurrentes.

Estos delitos especiales o de infracción de deber se dividen a su vez, en propios e impropios, los primeros son aquellos en los cuales concurren los requisitos señalados anteriormente: calificación o calidad singular del sujeto activo, vinculación estrecha con el bien jurídico, deberes especiales de salvaguarda y fomento de dicho bien objeto de tutela penal, conducta típica restrictiva, y quebrantamiento o violación de dichos deberes.

Como se ha destacado en líneas precedentes, los agentes públicos pueden resultar involucrados en delitos comunes (homicidios, lesiones, contra el ambiente, robos, etc.), los mismos que afectan una diversidad de bienes jurídicos tutelados, sin que por ello, tales delitos pierdan dicha naturaleza y se conviertan en especiales por la sola intervención del funcionario público, sin embargo, la excepción a esta regla general se produce si la norma, en la misma redacción del tipo penal, en un tipo complementario o a nivel circunstancia agravante, contempla la autoría del funcionario o servidor público con base a la tipicidad del delito común, en dichos supuestos, estaríamos ante un delito especial impropio.

Perteneciendo a este género de delitos *–delitos especiales–* el delito de Negociación Incompatible, puesto que como desarrollaremos más adelante, solo podrá ser cometido por funcionarios y/o servidores encargados de contrataciones u operaciones públicas, así lo ha señalado también nuestra Corte Suprema de Justicia de la República *"El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial -normativizado-, que sólo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición."* (Casación 841-2015-Ayacucho)

El delito de negociación incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo se encuentra tipificada en el artículo 399° del Código Penal, conducta que es descrita de la siguiente manera:

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

Conforme he señalado líneas supra, no es suficiente para su configuración, que el sujeto activo tenga la sola condición especial de funcionario o servidor público, es

necesario también, que el sujeto público cuente con las facultades y competencias que le permitan intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación, su poder de intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo, de forma que los funcionarios o servidores públicos que no tienen la relación funcional exigible por el tipo penal y los extraños a la administración que colaboren o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible responderán por el mismo delito, pero únicamente a título de cómplices.

El núcleo del tipo penal, gira en torno al verbo rector “*interesarse*”, el cual según Creus (1998) “*es pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros*” (p.309). Para Salinas Siccha (2015) significa “*atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo.*” (p.555), para nosotros, es el desdoblamiento indebido en el actuar del agente, que por un lado representa a la administración pública y al mismo tiempo de intereses de particulares de terceros o propio, situación que representa un peligro para el transparente y correcto funcionamiento de la actuación estatal.

Según nuestra Corte Suprema de Justicia de la República, la conducta típica de este ilícito penal está constituida por el “*interés indebido*”; el verbo rector “*interesarse*”, ha sido considerado por el sector mayoritario de la doctrina, como “*volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste*”; y será indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Este actuar, no debe ser entendido como “*parcializarse*” por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo. (Casación 231-2017-PUNO)

Según nuestra Corte Suprema, el verbo “*interesarse*” no puede ser subsumido en conductas omisivas (*Casación N.º 67-2017*). Del mismo modo señala que por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero. (*Casación 841-2015-AYACUCHO*))

Este interés puede manifestarse hasta en tres modalidades:

Interesarse de forma directa

En esta modalidad, el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria, ejecución, etc., del contrato u operación, o en cualquier momento de la negociación. (Rojas Vargas, 2003). En palabras de Salinas Siccha (2015), el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca, esto es, el beneficio indebido en su favor o de terceros que lógicamente tienen vínculos amicales, familiares o económicos con aquel.

Interesarse de forma indirecta

Según Salinas Siccha (2015), es:

“hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas, pudiendo ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos los que pudiendo ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos los que participan o tienen de hecho niveles de injerencia, quienes se ubican en el ámbito de los actos de dominio y

control del sujeto activo del delito para sus fines ilícitos. Dichos intermediarios juegan aquí el papel de cooperadores o cómplices y según el caso pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato.” (p.56)

Interesarse mediante acto simulado

Es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son personales o de otros particulares; es negociar los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o en una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes.

El acto simulado dice Fontan Balestra (1993), es *“aquel que contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a fin de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido.”* (p.146)

Estas tres modalidades, pueden darse en diversas circunstancias o escenarios de punición, como en los **contratos** (Actos preparatorios, durante su ejecución o liquidación) **u operaciones**, en los cuales el funcionario o servidor público tiene un **vínculo funcional** por razón del cargo, en ese sentido, el sujeto activo debe estar inmerso en las acciones que realiza por habérselo encomendando una determinada entidad pública a través de un mandato legítimo (*como una resolución por ejemplo*) así como por un reglamento o ley, en otras palabras, el imputado, actúa en función a las prerrogativas de su cargo, puesto o empleo en la administración pública; por lo general, dichos deberes o atribuciones se encuentran en normas administrativas, tales como reglamentos o directivas de la institución pública.

El delito de Negociación Incompatible, se trata de un delito eminentemente doloso, el agente debe saber y querer que el contrato u operación asuma determinada dirección o resultado, no basta el comportamiento imprudente, o que el funcionario pueda y deba conocer el interés indebido, para Castillo Alva (2015) debe distinguirse los casos

en los que media un comportamiento doloso de aquellos en los que hay negligencia inexcusable o, incluso, incompetencia funcional.

Es un delito de peligro, no exige un resultado ni perjuicio para la administración pública, para su consumación basta verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones, es decir, cuando el provecho, generalmente patrimonial propio para terceros, comanda su comportamiento funcional; por tanto, no requiere para su consumación, que el provecho económico se produzca, ni tampoco un perjuicio para el Estado.

El objeto genérico de la tutela penal, es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública. Se busca también, mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente en el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella, brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del contenido de sus cargos: servir al Estado y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales. (Mir Puig, 2000). En cuanto al bien jurídico específico, según (Rojas Vargas, 2003), radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública, del interés privado de sus agentes que anteponen sus intereses a los de ella. Según nuestra Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 231-2017-Puno, el bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella.

2. 2. VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA:

A) EL DERECHO DE DEFENSA:

El derecho fundamental a la defensa se encuentra garantizado por el artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14° inciso 3 párrafo d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 inciso 2 párrafo d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 139, inciso 14, de nuestra Constitución Política. Éste, “*Consiste en la facultad que tiene el imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe*” (LEÓN VELÁSQUEZ, 2014,p. 102).

No se trata sólo de un derecho subjetivo, por su importancia para la existencia del hombre en sociedad y el devenir del propio proceso, supera tal acepción, por lo que se le asigna la naturaleza jurídica de garantía, como tal, asegura CAROCCA PEREZ (1998), el Estado tiene la exigencia de no solo reconocerlo formalmente a través de una ley positivizada, sino, además, le corresponde procurar que sea real y efectiva en el proceso, su violación en un proceso determinado afecta su validez. En síntesis, la garantía de la defensa es una de las condiciones indispensables para que un proceso judicial sea realizado con arreglo al debido proceso (*STC N° 01323-2002-HC/TC*).

Binder (1993) señala, con toda propiedad, que:

El derecho a la defensa cumple en el proceso penal una función especial, pues no solo actúa junto al resto de garantías procesales, sino que “*es la garantía que torna operativa a todas las demás*”, de allí que la garantía de la defensa no puede ser puesta en el mismo plano que las otras garantías procesales. (p.151)

Este derecho, prohíbe a que las agencias estatales (*Ministerio Público y Policía Nacional*), realicen actos que impidan a las personas investigadas participen

efectivamente y en pie de igualdad en cualquier proceso que se traten cuestiones que le afecten, permitiendo a éstas, la realización de actos de postulación, contradicción, prueba y alegación, que conlleven al juzgador decidir de forma justa y racional.

CAFFERATA NORES (2000) afirma que:

No basta que la defensa sea necesaria y obligatoria para que la garantía constitucional cumpla su finalidad en el proceso penal; la defensa tiene que ser efectiva, lo que significa desarrollar una oposición, o respuesta, o antítesis, o contradicción; a la acción penal o la pretensión punitiva. (p.118)

La relación de este derecho fundamental con el principio de imputación necesaria, es implícito, así lo señala GIMENO SENDRA (2012):

Específicamente el derecho a la comunicación del hecho punible, cuya comisión se le atribuye, la cual ha de ser clara y precisa, sin tecnicismos y en una lengua que comprenda, pues se vulneraría el derecho a la defensa si se trasladaran al imputado frases ininteligibles o expresiones genéricas o inconcretas que no permitieran conocer con absoluta fidelidad y certeza lo que se está depurando, ya que entonces se habrá cumplido con una formalidad o con un rito, pero no se habrán salvaguardado las garantías procesales de quien se ve sometido a un proceso penal. (p.261)

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Fermín Ramírez”, manifestó: “Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal, el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan.”

Desde el punto de vista jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República, el derecho de defensa en la Casación N° 281-2011-Moquegua ha sido abordado de la siguiente manera: *“La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesario. Así también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva”*

Con lo señalado precedentemente, queda claro que el respeto al Derecho de Defensa, es un pilar básico del proceso penal mismo, su relación con el Principio de Imputación Necesaria, es íntinseca, toda vez que la debida y oportuna puesta de conocimiento del contenido factual delictivo atribuido al procesado, evitará que el proceso al que se ve sometido, éste devenga en inconstitucional, toda vez que una imputación incompleta, genérica, en suma no concreta, anulara y/o restringiera la posibilidad de que éste presente argumentos y pruebas idóneas tendientes a contradecir dicha imputación, ello, conforme lo establece en el Título Preliminar y en el artículo 356° del NCPP, el principio de contradicción que consiste en el recíproco control de la actividad procesal y la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyen su objeto, resulta elemento sine qua non para hablar de un debido proceso.

Ello ha sido resaltado por el jurista español Asencio Mellado (2016) de la siguiente forma:

“La información de la imputación no solo es una mera formalidad, sino que debe garantizar una defensa eficaz, siendo así que esta solo puede surgir de un hecho jurídicamente relevante, actuado en sus elementos, que sirva para delimitar la acutación del Estado, que impida prospecciones y que farantice una actividad del imputado no solo de oposición a elementos fácticos aislados cuya relevancia se desconoce, pues ni siquiera es posible saber si los actos de investigación son pertinentes, sino a un hecho delictivo que pueda ser rebatido con argumentos

jurídicos. Una defensa procesal no puede ser meramente fáctica, sino que ha de ser jurídica.” (p. 471)

Tal es la importancia de esta figura, que la emisión de sentencias, inobservando el Principio de Imputación Necesaria y la subsanación de imputaciones defectuosas, puede acarrear su nulidad, conforme a la línea jurisprudencia que ha venido siguiendo nuestra Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 392 – 2016-Arequipa, Recurso de Nulidad N° 956-2011-Ucayali , Recurso de Nulidad N° 265-2012-Cajamarca y la Casación N° 388-2012-Ucayali.

B) EL GARANTISMO PENAL:

En esta parte de mi investigación, considero pertinente explicar de forma sucinta y concreta, las principales corrientes filosóficas que se albergan en el seno del Derecho, a fin de identificar y comprender en cuál de ellas, es que se apoya nuestra investigación.

En primer lugar, tenemos al **Iusnaturalismo**, que propugna que sobre el derecho positivo (*escrito, plasmado en una norma legal*), existe un derecho superior, conformado por un conjunto de valores que actúan como inspirador de su contenido y como guía de la conducta humano (RIEGA VIRU, 2010, p.40)

Por otro lado, y con una concepción diametralmente opuesta a la primera, el **Iuspositivismo**, cuyo principal exponente Kelsen, propugna la separación entre moral y derecho, según éste autor, las normas jurídicas no dependen de la moral para existir, para estudiar y comprender el derecho, debemos remitirnos a la norma jurídica positiva.

Nuestra investigación, no se sitúa en ninguna de las dos corrientes, sino en la del **Garantismo**, corriente que según su principal exponente FERRAJOLI (1997), surge producto de la divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores que comporta el riesgo de hacer de

aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto; en el plano epistemológico, se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. Esta corriente concibe a las “*garantías*” como técnicas coercitivas para permitir el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.

En general, según Ferrajoli:

“(...) se hablará de garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes –públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económico (o de mercado), en el plano estatal y el internacional- mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley, y en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto en las esferas privadas frente a las esferas públicas, como las esferas públicas frente a los poderes privados” (Ferrajoli, 2000, p. 7)

El principio de imputación necesaria, conforme venimos detallando, resulta ser un mandato de optimización del derecho de defensa del procesado, de suerte que los derechos constitucionales se vean radicalizados en contrapuesta a una violencia punitiva cada día más irracional e irrespetuosa del debido proceso.

C) EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL CARÁCTER COGNITIVO DEL PROCESO:

En el Estado Constitucional de Derecho –*estadio superior al estado legislativo de Derecho*- las Cartas Fundamentales y su contenido, han dejado de ser un mero catálogo ó enunciado de derechos públicos sin trascendencia real y efectiva para las personas, para pasar a convertirse en las normas que estructuran el resto del ordenamiento jurídico, sea

éste de derecho público o privado, disponiendo la observancia por los entes estatales de los derechos y principios esenciales de la persona, a través de medios eficaces para sancionar todo atentado a los mismos. (Mendoza Ayma, 2012). Solo un Estado que tenga como pilares dichas características, podrá ser funcional al respeto de los derechos fundamentales ante cualquier exceso del poder punitivo, ya sea en la expresión genérica de los cargos, ya sea procesando a alguien sin mayor fundamento material, el maestro Muñoz Conde (1985) refiere que:

Un Estado Constitucional debe tener presente que el proceso pretende contener el poder punitivo y: por tanto, su programa constitucional se habilito solo, en tanto y en cuanto, contenga la irracionalidad del poder punitivo y permita, en lo posible la convivencia de los hombres en sociedad, respetando contenidos fundamentales básicos como la dignidad de las personas a quienes se les impone la pena. (p.40)

En el proceso penal se desarrollan dos fuerzas antagónicas: **la acusación** y **la defensa**, representadas por el fiscal (*acusador*), el imputado y su defensor (*resistente*) respectivamente, de manera que si falta uno de ellos se vulnera el denominado principio de igualdad de armas y se produce un desequilibrio infrapartes²; en tanto esta produce que el Estado *-ius punendi-* se vea beneficiado procesando a una persona bajo un supuesto típico incierto, en desmedro del derecho de defensa, como se afirma tradicionalmente “*mal puede defenderse quien no sabe de qué se lo acusa*”, se afirma acertadamente que “*La imputación condiciona la defensa y el proceso. Solo hay defensa de aquello que se conoce. Se evita así la sorpresa y la desprevenición.*” (Castillo Alva J. L., El derecho a ser informado de la imputación, 2008, p.193). Del mismo modo, el connotado jurista alemán Roxin (2000) señala que “*el acontecimiento de la vida sometido al tribunal por la fiscalía o el juez, debe estar descrito del modo más preciso que sea posible. Una caracterización defectuosa del hecho constituye un impedimento para el proceso*” (Derecho procesal penal, p. 338).

² Una imputación genérica vulnera la garantía de la igualdad de armas, en tanto que este principio propugna que ambas partes, acusación y defensa, tengan las mismas posibilidades de actuación dentro del proceso.

Debemos tener claro, que el proceso penal en términos estrictos, es en esencia un acto político porque plasma un conflicto entre el Estado y el ciudadano, entre el Ministerio Público y el imputado, es en todo caso, un escenario de **confrontación**, cuya meta máxima de persecución de la verdad es la meta.

Según el maestro italiano Ferrajoli (1989), la búsqueda de la verdad³ – *como concepto jurídico*- no constituye una mera preferencia individual o subjetiva, constituye una exigencia de un proceso garantista-constitucionalizado. Es por todo lo desarrollado, que podemos precisar que el cognoscitivismo procesal, no es más que la **exigencia** a que las tesis acusatorias se expresen en proposiciones fácticas que sean susceptibles de **verificabilidad, refutabilidad y contradicción**; para tal fin, conforme enseña el maestro Mendoza Ayma (2012), la imputación debe ser un hecho unívocamente descrito, que comprenda las proposiciones fácticas relativas al hecho punible y a la atribución del mismo al imputado, de modo que resulte susceptible de prueba y permita su control empírico, la verificabilidad o refutabilidad de la hipótesis acusatoria y su prueba empírica.

Conforme afirma Rubio Azabache (2012):

“El proceso penal no puede desligarse de su función de método de verificación de un hecho punible, por cuanto, precisamente, dicha categoría jurídico penal se encuentra ubicada en el centro de la construcción tanto del derecho penal como del proceso penal, y, por tanto, todas las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad giran en torno al mismo” (p.373).

Del mismo modo, nos ilustra el argentino Maier (1996)

“El caso penal es el núcleo que concede sentido material a un procedimiento penal y a los múltiples actos que lo integran. Se trata, como hecho hipotético de la vida

³ Ferrajoli sostiene que el Estado debe indagar sobre lo ocurrido más allá de cualquier interés (o de falta de interés, incluso propio), y esto como imperativo constitucional de su actividad. El problema es que Ferrajoli asigna a la “verdad” un rol legitimador del discurso jurídico penal; la verdad aproximativa, para éste autor, es la condición de validez jurídica de la sentencia que condena o absuelve al sometido a proceso. Sin embargo, desde una perspectiva reductora de la violencia punitiva la exigencia de una aproximación a la verdad material no cumple una función legitimante de las decisiones judiciales, sino que la aproximación a la verdad material solo habilita el desencadenamiento de la violencia punitiva haciéndola menos irracional, pero nunca legitimándola.

humana, de un acontecimiento histórico, de una acción que se imputa a alguien como existente o inexistente (omisión), esto como sucedida o no sucedida en el mundo real, y sobre la base de la cual se espera alguna consecuencia penal. El Proceso penal tiene por misión, precisamente, averiguar este suceso histórico y darle una solución jurídico-penal” (Derecho procesal penal Tomo II, p. 23).

La reforma procesal peruana *-en su desenvolvimiento-* y el afianzamiento del carácter cognitivo del proceso, conforme corroboraremos con nuestra investigación, afronta un problema central: la precariedad-deficiencia de las imputaciones del hecho punible por el delito de Negociación Incompatible por parte de la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, generando con ello, una distorsión del sistema procesal acusatorio, por cuanto en última cuenta, la *“responsabilidad de la imputación”* se trasladaría al juez, sobre quién recaería los papeles de decisor e *“imputante”* al mismo tiempo, sumado a que algunas veces sometido a la presión mediática del que son frecuentes en este tipo de delitos, existirá evidente probabilidad de que termine sentenciando al imputado, quién como persona dando espadazos en la oscuridad, tratará de defenderse de una imputación gaseosa, deviniendo ello en una vulneración del derecho fundamental a la defensa y por ende en causa legitimante de una violencia punitiva irracional, conforme admite Toro Lucena (2012):

“El proceso penal exige una discusión franca, convergente, que no admite mutilaciones, fraccionamientos e indeterminaciones frente a la acción u omisión que se le imputa al sujeto pasivo de la persecución penal. Una indefinición en la imputación trae como consecuencia una indefensión en el derecho de defensa, que vicia el proceso penal.” (p.189)

Es así que podemos afirmar que, una precaria imputación fiscal (*carente de hechos jurídicamente relevantes o por ausencia o defecto de proposiciones fácticas*), tendrá como consecuencia inevitable que el desarrollo del juicio oral degenera *-contrario a su carácter cognitivo-* en un debate de reproche ético, inundado de prejuicios, sospechas o conjeturas,

al no existir proposiciones fácticas susceptibles de prueba, refutación y control empírico, que sea materia de debate judicial.

Y aquí es importante traer a colación lo señalado por el maestro Mendoza Ayma (2012), quién sostiene:

“Que una mera afirmación de proposiciones fácticas no satisface la necesidad de imputación concreta. En efecto, afirmar un hecho punible y responsabilidad sin base indicativa, es flatus voci (palabras que se las lleva el viento), son precisamente los medios de convicción los que van a pautar o guiar la defensa del imputado, esta digresión entre proposiciones fácticas –edificaciones- e indicios reveladores –cimientos- posibilita el ejercicio idóneo del derecho de defensa; condiciona entonces un verdadero contradictorio y optimiza la defensa.” (p. 85)

Según Sancinetti (2001) *“No basta con citar a una persona como imputada, se debe señalar por qué y en qué se basa la imputación”* (p.39). El fenómeno jurídico ya descrito líneas supra, ocurre como antítesis al carácter cognitivo del proceso- *aproximación razonable a la verdad-* que conforme hemos desarrollado a través del marco doctrinal, no es un derecho, ni una exigencia, sino, un elemento básico para hablar un verdadero y efectivo respeto al Estado Constitucional de derecho- más allá de un discurso escolástico, que, en la mayor parte de magistrados fiscales, no se refleja, conforme corroboraremos de nuestra investigación.

Es por esto, que se desarrolla el principio de imputación concreta, como garantía esencial para afianzar un proceso jurídico constitucionalizado; de este modo, el ministerio público, está en la obligación de brindar detalladamente el aporte factual de cada imputado *-y el juez intensifique su labor de control en la etapa intermedia -* en razón a la producción del resultado lesivo a la administración pública, precisando la modalidad típica, y todo elemento que acredite la efectiva realización del delito (*tanto el lado objetivo y subjetivo del tipo penal*), incluyendo el contexto objetivo en el que se ha desarrollado.

La inobservancia a dicho principio, desembocará indefectiblemente en el afianzamiento de un derecho penal irracional, descontrolado y no sistematizado, carente de respeto a las garantías y derechos fundamentales del procesado, flexibilizándolos o peor aun anulándolos, es imperioso entonces, la presencia de un derecho punitivo respetuoso de los derechos del procesado, garantista, que según Gascón Abellán (2001) establezca instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y sobre todo por parte del poder estatal, lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y minimizar sus amenazas.

Por lo que, conforme a lo desarrollado hasta este punto, consideramos que existen puntos concretos imprescindibles con los que debe contar toda disposición de formalización de investigación preparatoria y requerimiento de acusación emitidas en base al delito de Negociación Incompatible, ello a fin de que el procesado se encuentre plenamente informado de la imputación que se le cierne, y pueda desplegar los actos de defensa que estime por conveniente a fin de contradecirla de forma eficaz:

- ✚ **INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS HECHOS:** este ítem es parte fundamental de una imputación concreta puesto que, por lo general en las investigaciones por el delito de negociación incompatible, suelen estar comprendidos varios individuos, entre funcionarios y personas ajenas al rol funcional público, consecuentemente, a fin de garantizar la defensa de cada uno de ellos, ha de informárseles que parte de toda la imputación es atribuible a cada uno de ellos y cuál ha sido su participación concreta en determinada etapa del proceso de contratación u operación pública, de suerte que se evita imputaciones genéricas como suerte de narraciones en que incurren los pronunciamientos fiscales.
- ✚ **DELIMITA FORMA DE INTERVENCIÓN:** este ítem verificará si el Ministerio Público observa las reglas de los delitos de infracción de deber como criterio determinante del título de la imputación, puesto que erróneamente se considera que el delito de Negociación Incompatible debe analizarse bajo los

criterios del “*dominio del hecho*”, del mismo modo, ha de verificarse que el Fiscal impute bajo título de autor o partícipe.

- ✚ **IDENTIFICA MODALIDAD DELICTIVA:** este ítem verificara que el Ministerio Público informe a cada uno de los imputados la modalidad de la delictiva de Negociación incompatible (*interesarse directamente, indirectamente o a través de un acto simulado*), puesto que cada una de ellas posee un contenido material distinto, siendo ello un dato imprescindible para que el imputado pueda presentar una contradicción adecuada al Ministerio Público.
- ✚ **PRESENTA ELEMENTOS DE CONVICCIÓN PARA SUSTENTAR PREPOSICIONES FÁCTICAS:** Este ítem verificará que las afirmaciones del Ministerio Público descansen en elementos o actos de investigación debidamente identificados, ello permitirá al imputado contrarrestar los mismos con otros elementos de convicción que desvirtúen tales.
- ✚ **IDENTIFICA DEBERES INFRINGIDOS:** Este ítem verificara que el Ministerio Público informe cuales han sido los deberes extrapenales (*MOF, REGLAMENTO, DIRECTIVA, ETC*) dolosamente infringidos por el funcionario y/o servidor público, puesto que ello viene a ser el fundamento de punición de los denominados delitos de “*Infracción de Deber*” clasificación del que es parte el delito de Negociación Incompatible, lo cual permitirá al procesado sustentar si el supuesto interés desplegado se desarrolló vulnerando un deber administrativo concreto o si su conducta solo constituyó una conducta estereotipada (*e invocar por ejemplo una prohibición de regreso*).

Por lo que la observancia del principio de Imputación Necesaria en el Delito de Negociación Incompatible, estará sujeta al cumplimiento de estos cinco ítem o requisitos fundamentales, siendo que estos cuatro primeros ítem pueden deducirse o desprenderse del artículo 349° del Código Procesal Penal, más para cautelar el último, será necesaria la incorporación de un nuevo articulado, conforme propondremos más adelante.

CAPITULO III:

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Hipótesis

3.1.1. Hipótesis General

Las imputaciones fiscales por el delito de Negociación Incompatible emitidas por la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna que inobservan el principio de imputación necesaria, vulneran en medida alta el derecho de defensa, toda vez que dichas actuaciones fiscales al ser imprecisas, genéricas y no individualizadas, no permiten que el imputado pueda contradecirlas de forma eficaz.

3.1.2. Hipótesis Específicas

1) Las imputaciones fiscales formuladas en relación al delito de negociación incompatible durante los años 2014 y 2015, inobservan el principio de imputación necesaria, porque las imputaciones son genéricas, no individualizadas e imprecisas.

2) Las imputaciones fiscales por el delito de Negociación Incompatible deberían garantizar el derecho de defensa, realizando imputaciones fácticas individualizadas, con legalidad y tipicidad jurídica precisa y sustentadas en elementos de convicción idóneos y pertinentes.

3.2. Variables

3.2.1. Variable Dependiente

Y. *“Vulneración al derecho de defensa del imputado en el departamento de Tacna, 2014 y 2015”*

3.2.1.1. Denominación de la variable

“Dependiente”

3.2.1.2. Indicadores

- Y.1. Nivel de vulneración de derecho de defensa
- Y.2. Nivel de imputación fáctica individualizada
- Y.3. Nivel de legalidad y tipicidad de la imputación fiscal
- Y.4. Nivel de pertinencia de la prueba
- Y.5. Nivel de idoneidad de la prueba

3.2.1.3. Escala de medición

Nominal

3.2.2. Variable Independiente

X. *“Las imputaciones fiscales por el delito de Negociación Incompatible que inobservan el principio de imputación necesaria en el departamento de Tacna, 2014-2015”*

3.2.2.1. Denominación de la variable

“Independiente”

3.2.2.2. Indicadores

- X.1. Nivel de imprecisión de la imputación

X.2.Nivel de Generalización de la imputación

X.3. Nivel de no individualización de la imputación

3.2.2.3.Escala para la medición de la Variable

Nominal

3.3. Tipo de investigación

La presente Investigación jurídica es de tipo Investigación Descriptiva Explicativa pues se pretende dar a conocer la existencia de un fenómeno jurídico negativo (*imputaciones con deficientes datos fácticos y jurídicos*), además de especificar sus causas a fin de aportar posibles soluciones y, Jurídico-Propositiva, porque también se va analizar una ley vigente (*Código Procesal Penal*), con el fin de evaluar sus carencias y proponer reformas legislativas en concreto, a fin de cautelar el debido respeto del Derecho de Defensa al momento de emitirse Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y Requerimientos de Acusación por el delito de Negociación Incompatible .

3.4. Diseño de la Investigación

La investigación responde a un diseño no experimental, de tipo correlacional.

3.5. Ámbito de estudio

La investigación se realizó en el ámbito del Distrito Fiscal de Tacna, específicamente en la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, sus Disposiciones de Investigación Preparatoria, Requerimientos de Acusación y Magistrados.

3.6. Población y muestra

3.6.1. Unidad de estudio

Las unidades de estudio la constituirán las disposiciones de formalización y los requerimientos acusatorios emitidos por la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios por el delito de negociación incompatible en el distrito judicial de Tacna durante los años 2014 y 2015 y los cuestionarios aplicados a los Fiscales de la citada Fiscalía.

3.6.2. Población

Según la información proporcionada por la Unidad de Indicadores y Estadística del Ministerio Público de Tacna, la población de estudio estará comprendida por 14 Disposiciones de Formalización (7 correspondiente al 2014 y 7 correspondiente al 2015) y 9 Requerimientos de acusación (4 correspondiente al 2014 y 5 correspondiente al 2015) registrados entre los años 2014 y 2015, los mismos que serán materia de análisis documental, por otro lado, la Fiscalía Provincial Especializada de Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, se encuentra conformada por 9 Fiscales sobre los cuales se aplicará una entrevista.

DISPOSICIONES DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	
Nº	EXPEDIENTE
1	00124-2014-0-2301-JR-PE-03
2	01127-2014-0-2301-JR-PE-01
3	01662-2014-0-2301-JR-PE-02
4	01707-2014-0-2301-JR-PE-01
5	01732-2014-0-2301-JR-PE-01
6	02123-2014-0-2301-JR-PE-02
7	00066-2015-0-2301-JR-PE-01

8	00813-2015-0-2301-JR-PE-01
9	01543-2015-0-2301-JR-PE-04
10	01885-2014-0-2301-JR-PE-04
11	02022-2015-0-2301-JR-PE-03
12	02168-2015-0-2301-JR-PE-02
13	02409-2015-0-2301-JR-PE-01
14	02697-2015-0-2301-JR-PE-01

REQUERIMIENTOS ACUSATORIOS	
Nº	EXPEDIENTE
1	00124-2014-0-2301-JR-PE-03
2	01662-2014-0-2301-JR-PE-02
3	01707-2014-0-2301-JR-PE-01
4	01732-2014-0-2301-JR-PE-01
5	00066-2015-0-2301-JR-PE-01
6	02022-2015-0-2301-JR-PE-03
07	02168-2015-0-2301-JR-PE-02
8	02409-2015-0-2301-JR-PE-01
9	02697-2015-0-2301-JR-PE-01

3.6.3. Muestra

A) Para las Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria

$$n = \frac{NZ^2pq}{(N-1)E^2+Z^2pq}$$

Datos:

N= Población: 14

Z= Confianza estadística 99%: 2,58

P=q=Probabilidad éxito/fracaso: 0.10

E= Margen de error: 0.010

$$n = \frac{(14)(2.58)^2(0.10)(0.10)}{(14-1)(0.010)^2+(2.58)^2(0.10)(0.10)} = 13$$

La muestra representativa para el caso de las Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria serán 13 (*6 correspondientes al 2014 y 7 correspondientes al 2015*).

B) Para los Requerimientos de Acusación

$$n = \frac{NZ^2pq}{(N-1)E^2+Z^2pq}$$

Datos:

N= Población: 9

Z= Confianza estadística 99%: 2,58

P=q=Probabilidad éxito/fracaso: 0.10

E= Margen de error: 0.010

$$n = \frac{(9)(2.58)^2(0.10)(0.10)}{(9-1)(0.010)^2+(2.58)^2(0.10)(0.10)} = 9$$

La muestra representativa para el caso de los Requerimientos de Acusación seran 9 (4 correspondientes al 2014 y 5 correspondientes al 2015).

C) Para el número de entrevistas

$$n = \frac{NZ^2pq}{(N-1)E^2+Z^2pq}$$

Datos:

N= Población: 9

Z= Confianza estadística 99%: 2,58

P=q=Probabilidad éxito/fracaso: 0.10

E= Margen de error: 0.010

$$n = \frac{(9)(2.58)^2(0.10)(0.10)}{(9-1)(0.010)^2+(2.58)^2(0.10)(0.10)} = 9$$

La muestra representativa para el caso de las Encuestas seran 9.

3.7. Métodos, Técnicas e instrumentos

3.7.1. Métodos: Se utilizaron los siguientes métodos: observación, análisis-síntesis, descriptivo-explicativo y dogmático.

3.7.2. Técnicas: Aplicaremos como técnicas la Guía de Observación, el Análisis documental, la Técnica de entrevista y el Análisis de expedientes judiciales.

3.7.3. Instrumentos: Se utilizaron una Ficha de datos y cuestionarios, ambos instrumentos de elaboración propia del autor y validados por expertos en derecho penal (*1 doctor y dos magister*), respecto al Fichaje-test, éste se encuentra estructurado en base a 5 ítem, los cuales fueron extraídos de lo desarrollado en nuestro marco doctrinario, teniendo como objeto de examen a las Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y los Requerimientos Acusatorios emitidos por el Ministerio Público del distrito fiscal de Tacna en relación al delito de Negociación Incompatible. Este fichaje-test se llenará teniendo a la vista (*observación*) y análisis las Disposiciones de Formalización de la Investigación Preparatoria así como los requerimientos acusatorios presentados entre los años 2014 y 2015 en el distrito fiscal de Tacna, una vez realizado ello, se tabularan los datos a fin de establecer el porcentaje de disposiciones y requerimientos que observan el principio de imputación concreta así como identificar cuáles son los principales errores en los que incurre el Ministerio Público en la elaboración de sus imputaciones.

De observarse que se han cumplido todos los ítems establecidos, se considerará que el Ministerio Público ha cumplido con respetar el Principio de Imputación Concreta y con ello, efectuado una imputación conforme a la Constitución. Respecto al cuestionario, éste será dirigida a 9 Fiscales de la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, el cual contendrá 14 preguntas.

Finalmente se utilizará una laptop personal para almacenar la información recopilada y sistematizar de acuerdo a los objetivos de nuestra investigación.

CAPITULO IV:

4. LOS RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

El trabajo de campo realizado para la presente investigación, se desarrolló de la siguiente forma, primero concurrimos a las sedes del Ministerio Público y la Corte Superior de Justicia de Tacna, a fin de recabar información respecto de los expedientes de Negociación Incompatible correspondientes a los años 2014 y 2015, ello a fin de tener saber con certeza cuántos de ellos iban a ser objeto de análisis.

Por lo que, solicitada la información estadística, se obtuvo como resultado que existían 14 disposiciones de formalización de investigación preparatoria y 9 requerimientos acusatorios emitidos por la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, durante el 2014 y 2015, una vez identificados sus expedientes, se utilizó la base de datos obrante en la Oficina de Informática de la Corte Superior de Justicia de Tacna, a fin de obtener una muestra digitalizada de dichas disposiciones y requerimientos.

Una vez impresos los mismos, se procedió a analizar la muestra representativa de cada una de ellos, bajo el Fichaje-Test elaborado y validado, ello a fin de verificar si los mismos cumplían con los cinco ítem que lo componen, cuyos resultados fueron tabulados, y serán materia de desarrollo en el siguiente punto.

Del mismo modo, los cuestionarios fueron aplicados a 9 Magistrados Fiscales de la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, ello a fin de ver cuál era su concepción al problema abordado, cuyas respuestas también fueron tabuladas, y serán materia de explicación y análisis en el siguiente punto.

4.2. DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

Los resultados de la aplicación del Fichaje-Test y los Cuestionarios han sido tabulados y se presentan en tablas de contingencia y cuadros estadísticos descriptivos.

4.3. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

INSTRUMENTO: FICHAJE-TEST

CUADRO N° 01

RESPECTO AL FICHAJE-TEST APLICADO SOBRE LAS DISPOSICIONES DE FORMALIZACIÓN DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA SE OBTUVO LO SIGUIENTE:

CUADRO RESUMEN DE LAS FICHAS-TEST								
Disposiciones de Formalización de la Investigación Preparatoria								
Nº	EXPEDIENTE	Individualización de los hechos	Delimitación forma de intervención	Identifica modalidad delictiva	Identifica deberes especiales infringidos	Presenta elementos de convicción para sustentar proposiciones fácticas	OBSERVA EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN CONCRETA	
							NO	SI
1	00124-2014-0-2301-JR-PE-03			X		X	NO	
2	01662-2014-0-2301-JR-PE-02			X		X	NO	
3	01707-2014-0-2301-JR-PE-01					X	NO	
4	01732-2014-0-2301-JR-PE-01	X	X			X	NO	
5	02123-2014-0-2301-JR-PE-02	X				X	NO	
6	00066-2015-0-2301-JR-PE-01					X	NO	

7	00813-2015-0-2301-JR-PE-01					X	NO	
8	01543-2015-0-2301-JR-PE-04					X	NO	
9	01885-2014-0-2301-JR-PE-04	X	X	X	X	X		SI
10	02022-2015-0-2301-JR-PE-03	X	X			X	NO	
11	02168-2015-0-2301-JR-PE-02	X				X	NO	
12	02409-2015-0-2301-JR-PE-01					X	NO	
13	02697-2015-0-2301-JR-PE-01					X	NO	
Frecuencia		8	10	10	12	0	12	1
PORCENTAJE							92.31%	7.69%

Fuente: Fichaje aplicado

Análisis e interpretación

Del presente cuadro de resumen se desprende que la principal deficiencia que comete el Ministerio Público en la construcción de una Imputación Concreta **es la determinación de los deberes infringidos** (12 de las 13 disposiciones fiscales han omitido desarrollar este presupuesto), pese a que conforme se ha expuesto en nuestro marco doctrinario, el delito de Negociación Incompatible es un delito de infracción de deber, es decir, constituye presupuesto básico del derecho de defensa del imputado, conocer que deberes extrapenales (*MOF, ROF, directiva, manual, ley especial, deber contractual, etc.*) ha omitido o vulnerado dolosamente en su conducta presuntamente delictiva, llegando a señalar en la mayoría de disposiciones de forma genérica la existencia “*Irregularidades*”, y “*vulneraciones a la normativa de contrataciones del estado*”, términos que considero muy ambiguos .

En segundo y tercer lugar con cantidades iguales (10 de las 13 disposiciones fiscales), presentan deficiencias: **la delimitación de forma de la intervención y la identificación**

de la modalidad delictiva, respecto a la primera de ellas, debemos señalar que el Ministerio Público ignora en su gran mayoría que los delitos de infracción de deber como es el caso de la Negociación Incompatible obedecen a criterios diferentes a la teoría del Dominio del Hecho para fines de determinar el título de la imputación, llegando en muchas ocasiones a denominar “Autores” o “coautores” a sujetos que no cumplen con las cualidades objetivas y subjetivas del tipo penal, esto es, extraneus; lo que también genera incertidumbre para la defensa del imputado, en tanto que conforme se ha desarrollado también el título de “participes” no implica que se le impute un “interés indebido” sino solamente un aporte (facilitar, hacer más intenso, etc.) a tal acción o núcleo rector.

En cuanto a la segunda figura, debemos mencionar que el delito de Negociación Incompatible **presenta hasta tres modalidades delictivas** (interés directo, indirecto o mediante acto simulado), siendo cada una de ellas de diferente contenido y naturaleza penal, por lo que el Ministerio Público al obviar dicho requisito también inobserva el respeto al derecho de defensa del imputado al no informársele que modalidad de las tres se le viene imputando, a fin de que pueda plantear correctamente su defensa.

En cuarto lugar (8 de las 13 disposiciones fiscales) tiene como deficiencia en la construcción de la imputación concreta tenemos que el Ministerio Público ha omitido **individualizar el fundamento fáctico-hechos con presunto contenido penal**, pese a que en su gran mayoría los procesos los de Delito de Negociación Incompatible involucra a más de un imputado, llegando incluso a superar la cantidad de diez procesados, por lo que resulta de requisito básico mencionar cuales son los hechos delictivos que se atribuye a cada uno de ellos, y no exponerlos de manera generalizada, precisando a su vez el deber infringido por cada uno de ellos y su papel en la contratación y/o ejecución de determinado proceso.

Asimismo, en quinto lugar (0 de las 13 disposiciones fiscales) encontramos que el Ministerio Público ha cumplido en todos los procesos con **presentar o señalar los elementos de convicción (documentales, testimoniales, peritajes, etc.) en las que apoya sus proposiciones fácticas** (que no son más que hechos imputados).

GRAFICO N° 01

RESPECTO AL FICHAJE-TEST APLICADO SOBRE LAS DISPOSICIONES DE FORMALIZACIÓN DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA SE OBTUVO LO SIGUIENTE:



Fuente: Cuadro N° 01

Análisis e interpretación

Finalmente debo manifestar mi sorpresa al señalar que solo una de las trece disposiciones fiscales recabadas (equivalente al 7.69% del total) cumple con todos los estándares para considerarla que ha observado la vigencia de la imputación concreta y con ello respetado el derecho de defensa del procesado, una cifra que resulta sumamente ínfima comparada a la cantidad de disposiciones que omiten respetar dicho principio (equivalente al 92.31%), lo que me lleva a concluir que el respeto hacía el derecho de defensa del imputado es casi nula por parte del Ministerio Público al momento de formular imputaciones por el delito de Negociación Incompatible.

CUADRO N° 02

RESPECTO AL FICHAJE-TEST SOBRE LOS REQUERIMIENTOS ACUSATORIOS SE OBTUVO LO SIGUIENTE:

CUADRO RESUMEN DE LAS FICHAS-TEST								
REQUERIMIENTOS ACUSATORIOS								
Nº	EXPEDIENTE	Individualización de los hechos	Delimitación forma de intervención	Identifica modalidad delictiva	Identifica deberes especiales infringidos	Presenta elementos de convicción para sustentar proposiciones fácticas	OBSERVA EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN CONCRETA	
							NO	SI
1	00124-2014-0-2301-JR-PE-03	X	X	X	X	X		SI
2	01662-2014-0-2301-JR-PE-02					X	NO	
3	01707-2014-0-2301-JR-PE-01					X	NO	
4	01732-2014-0-2301-JR-PE-01					X	NO	
5	00066-2015-0-2301-JR-PE-01					X	NO	
6	02022-2015-0-2301-JR-PE-03	X	X	X	X	X		SI
7	02168-2015-0-2301-JR-PE-02					X	NO	
8	02409-2015-0-2301-JR-PE-01					X	NO	
9	02697-2015-0-2301-JR-PE-01		X		X	X	NO	
Frecuencia		7	6	7	6	0	7	2
PORCENTAJE							77.78%	22.22%

Fuente: Fichaje Aplicado

Análisis e interpretación

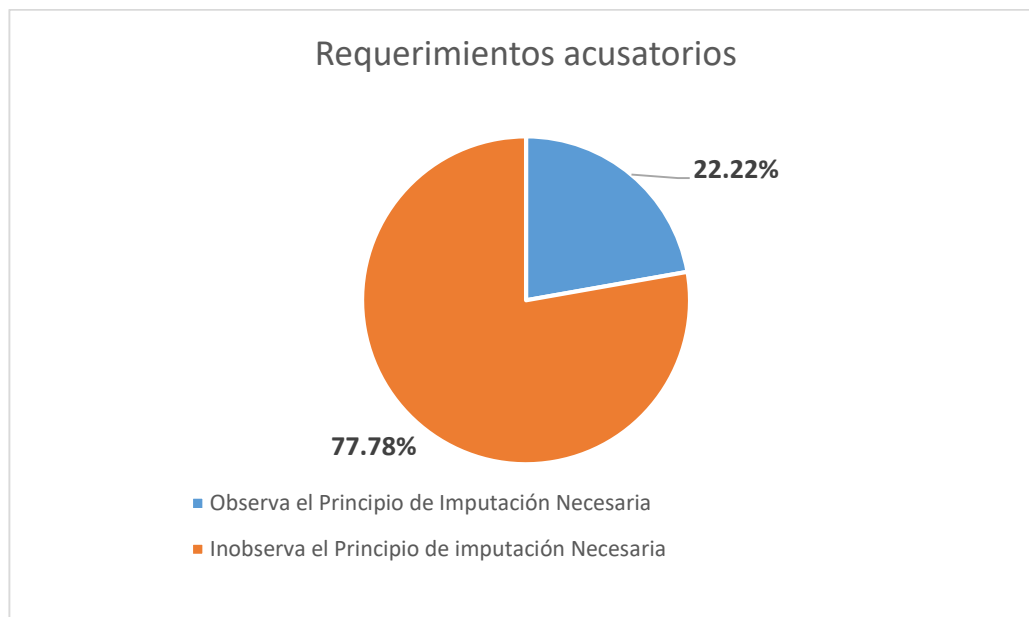
Del presente cuadro resumen se desprende que la Principal deficiencia en los requerimientos acusatorios, es que (7 de los 9 requerimientos de acusación), **no realiza una imputación individualizada y desarrollada conforme al verbo rector, a su vez tampoco precisa cuál de las modalidades del tipo penal de Negociación Incompatible** es la que imputa a los procesados, provocando de esta forma indefensión al no tenerse claros los cargos imputados a cada uno de los procesados ni desarrollan correctamente, cuál ha sido el “aporte” al núcleo delictivo del “autor”.

En segundo lugar (6 de los 9 requerimientos de acusación), tenemos que el Ministerio Público **no precisa los deberes extrapenales infringidos ni indica el título de participación o autoría imputada**, pese a que conforme se ha desarrollado el fundamento de punición de estos delitos consiste en el alejamiento doloso precisamente de estos “deberes”, del mismo modo, llega a imputar la calidad de “Autor” o “coautor” a imputados que no cuentan con la calidad de “intraeus”, desconociendo que los delitos de infracción de deber obedecen a diferentes reglas de la “Teoría del Dominio del Hecho” .

Por último, en tercer lugar (0 de los 9 requerimientos acusatorios) encontramos que el Ministerio Público ha cumplido en todos los procesos, con **presentar o señalar los elementos de convicción (documentales, testimoniales, peritajes, etc.) en las que apoya sus proposiciones fácticas.**

GRAFICO N° 02

RESPECTO AL FICHAJE-TEST SOBRE LOS REQUERIMIENTOS ACUSATORIOS SE OBTUVO LO SIGUIENTE:



Fuente: Cuadro N°02

Análisis e interpretación

Finalmente debemos señalar que sólo dos requerimientos de acusación (correspondiente al 22.22% del total) ha cumplido con reunir los requisitos de una imputación concreta atenta del derecho de defensa de los imputados, lo que también hace llevar a la conclusión de que también en este estadio (etapa intermedia) se descuida procurar el derecho de defensa de los procesados, puesto que en la mayoría de requerimientos de acusación (correspondiente al 77.78% del total) no observa los marcos constitucionales para la elaboración de una imputación fiscal, más aún en que en este estadio ya ha transcurrido un plazo prudente de investigación y actos de investigación y por ende el Ministerio Público debiera conocer con mayor perfección, los hechos imputados.

INSTRUMENTO: CUESTIONARIO DIRIGIDO A LOS FISCALES

CUADRO N° 03

1. ¿Conoce usted el contenido del Principio de Imputación Concreta o Necesaria?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	9	100%	100%
No	0	0%	100%
Total	10	100.00%	

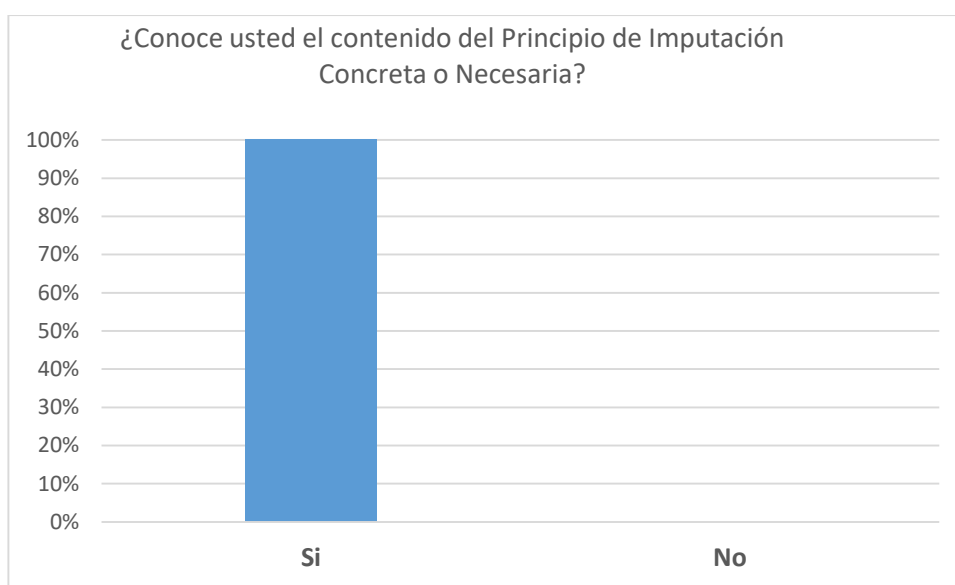
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que los nueve fiscales que tuvieron a su cargo la elaboración de Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y/o Requerimientos de acusación en relación al delito de Negociación Incompatible durante los años 2014 y 2015, han afirmado en su totalidad, tener pleno conocimiento del contenido del Principio de Imputación Necesaria.

GRAFICO N° 03

¿Conoce usted el contenido del Principio de Imputación Concreta o Necesaria?



Fuente: Cuadro N° 03

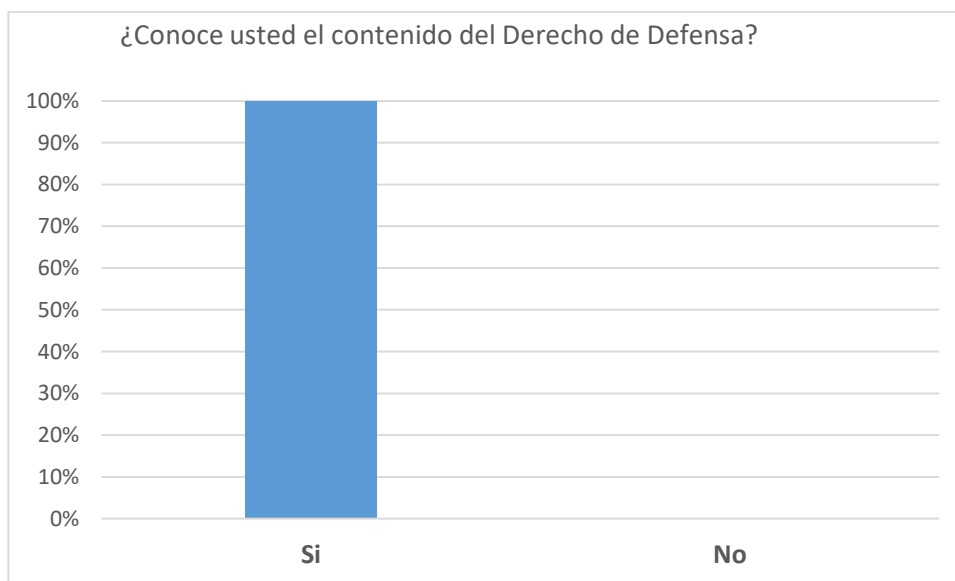
CUADRO N° 04**2. ¿Conoce usted el contenido el Contenido de Derecho de Defensa?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	9	100%	100%
No	0	0%	100%
Total	10	100.00%	

Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que los nueve fiscales que tuvieron a su cargo la elaboración de Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y/o Requerimientos de acusación en relación al delito de Negociación Incompatible durante los años 2014 y 2015, han afirmado en su totalidad, tener pleno conocimiento del contenido del Derecho de Defensa.

GRAFICO N° 04**¿Conoce usted el contenido del Derecho de Defensa?**

Fuente: Cuadro N° 04

CUADRO N° 05**3. ¿Conoce usted el Delito de Negociación Incompatible?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	9	100%	100%
No	0	0%	100%
Total	10	100.00%	

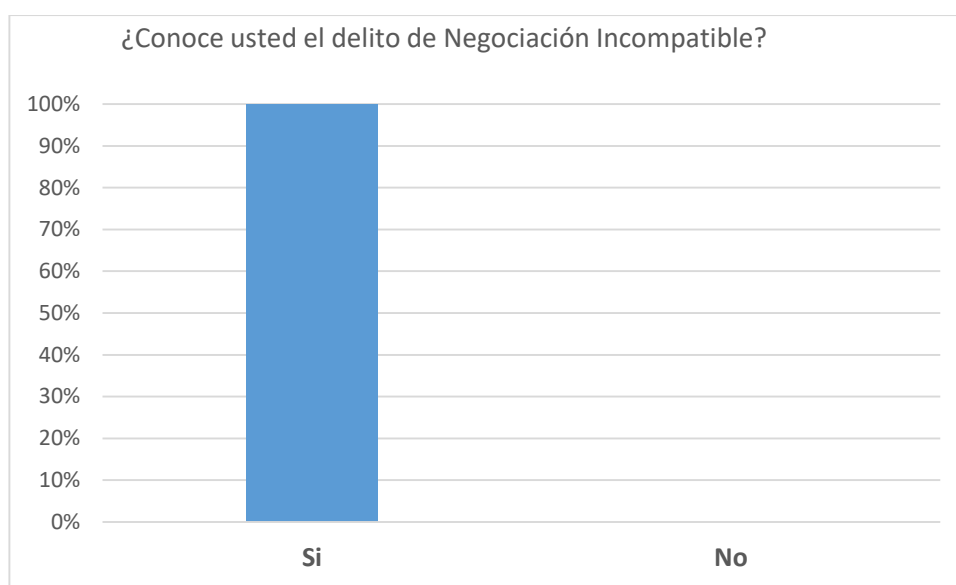
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que los nueve fiscales que tuvieron a su cargo la elaboración de Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y/o Requerimientos de acusación en relación al delito de Negociación Incompatible durante los años 2014 y 2015, han afirmado en su totalidad, tener pleno conocimiento del contenido del delito de Negociación Incompatible.

GRAFICO N° 05

¿Conoce usted el contenido del Principio de Imputación Concreta o Necesaria?



Fuente: Cuadro N° 05

CUADRO N° 06**4. ¿Considera usted que la inobservancia del Principio de Imputación Concreta o Necesaria afecta el derecho de defensa del procesado?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	9	100%	100%
No	0	0%	100%
Tal vez	0	0%	100%
Total	9	100%	

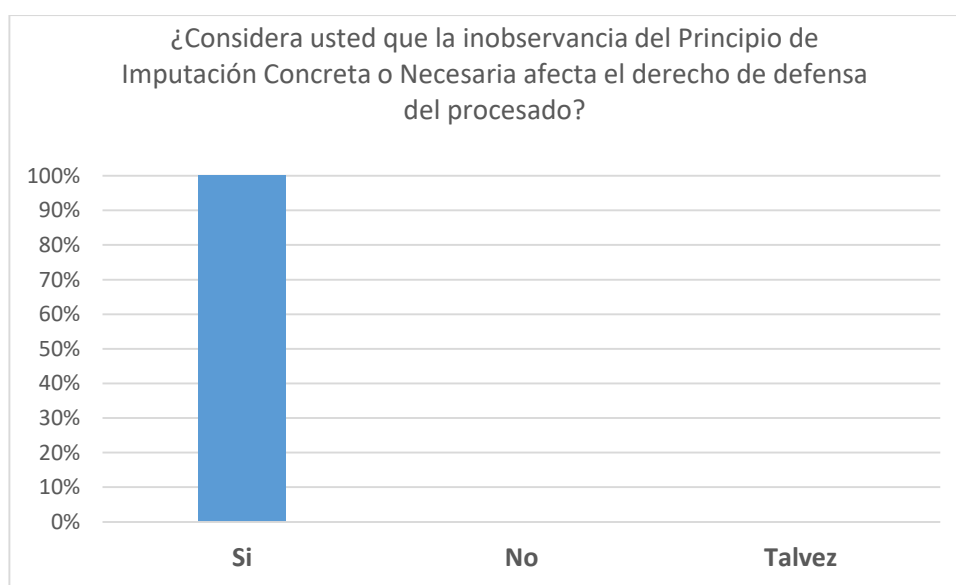
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que los nueve fiscales que tuvieron a su cargo la elaboración de Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y/o Requerimientos de acusación en relación al delito de Negociación Incompatible durante los años 2014 y 2015, de forma unánime sostienen que la inobservancia del Principio de Imputación Concreta afecta negativamente al derecho fundamental que ampara a todo procesado.

GRAFICO N° 06

¿Considera usted que la inobservancia del Principio de Imputación Concreta o Necesaria afecta el derecho de defensa del procesado?



Fuente: Cuadro N° 06

CUADRO N° 07

- 5. ¿Ha elaborado alguna Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria y/o Requerimiento de Acusación en relación al delito de Negociación Incompatible entre el periodo comprendido del 01 de enero del 2014 al 31 de diciembre del 2015?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	9	100%	100%
No	0	0%	100%
Total	9	100%	

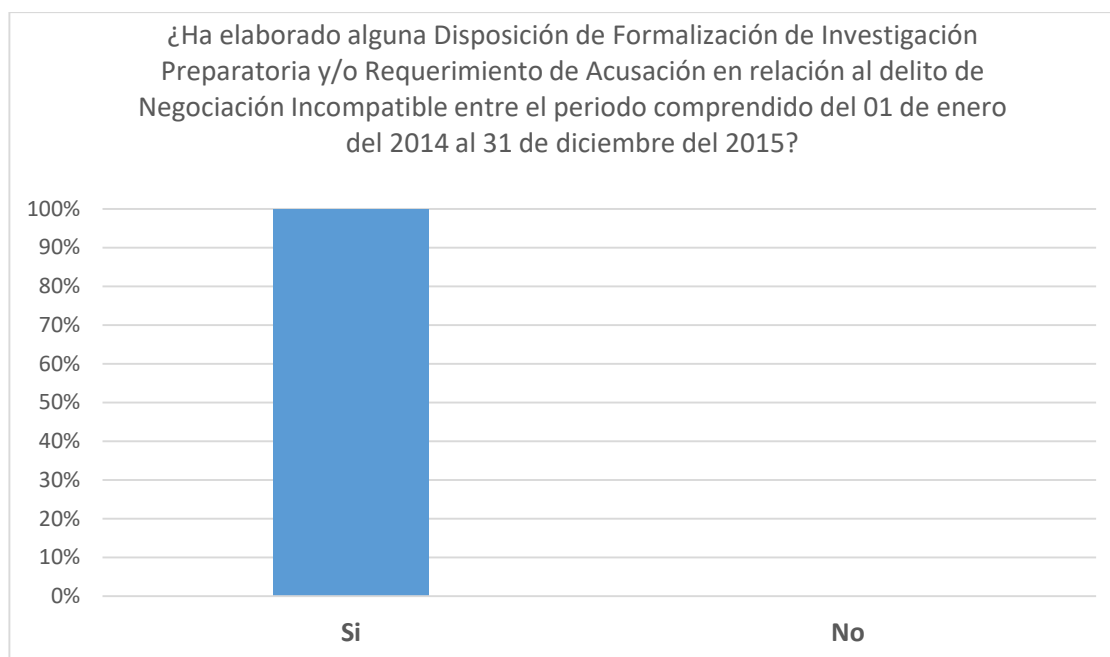
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que los nueve fiscales a los que se les ha aplicado el cuestionario han tenido a su cargo la elaboración de Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y/o Requerimientos de acusación en relación al delito de Negociación Incompatible durante los años 2014 y 2015.

GRAFICO N° 07

¿Ha elaborado alguna Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria y/o Requerimiento de Acusación en relación al delito de Negociación Incompatible entre el periodo comprendido del 01 de enero del 2014 al 31 de diciembre del 2015?



Fuente: Cuadro N° 05

CUADRO N° 08**6. Según su criterio ¿Con cuántas modalidades cuenta el delito de Negociación Incompatible?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Una	6	66.67%	66.67%
Dos	1	11.11%	77.78%
Tres	2	22.22%	100%
Más de tres	0	0%	100%
Total	9	100%	

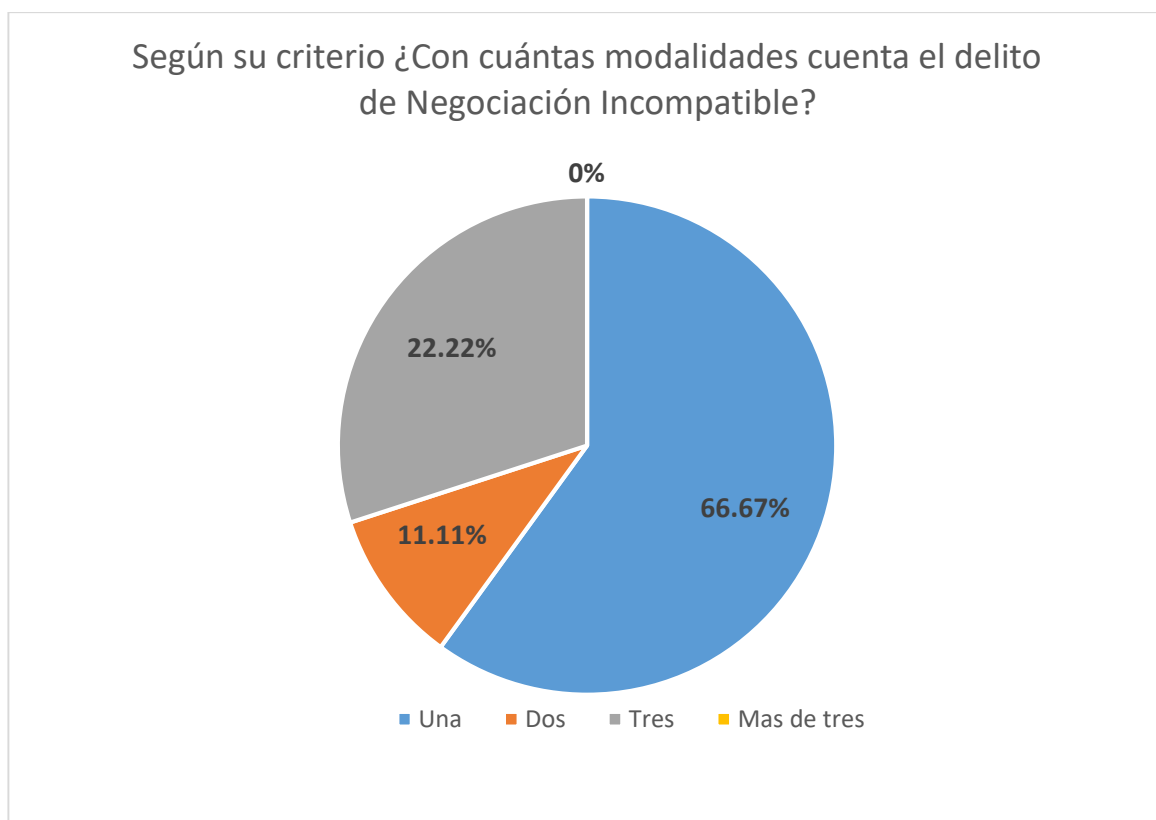
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que la mayor parte de fiscales ha considerado que el delito de Negociación Incompatible sólo tiene una modalidad, mientras que uno de ellos ha señalado que el tipo penal tiene dos modalidades, siendo ambas posiciones incorrectas, puesto que la doctrina ha sido clara en señalar que el tipo penal en cuestión posee tres modalidades, habiendo respondido de forma correcta solamente dos fiscales, lo que denota un desconocimiento de la tipicidad objetiva del delito de Negociación Incompatible por parte de la mayoría de los representantes del Ministerio Público.

GRAFICO N° 08

Según su criterio ¿Con cuántas modalidades cuenta el delito de Negociación Incompatible?



Fuente: Cuadro N° 08

CUADRO N° 09**7. Según su criterio ¿Ha cumplido con individualizar los hechos imputados por cada uno de los investigados?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	9	100%	100%
No	0	0	100%
Talvez	0	0	100%
Total	9	100%	

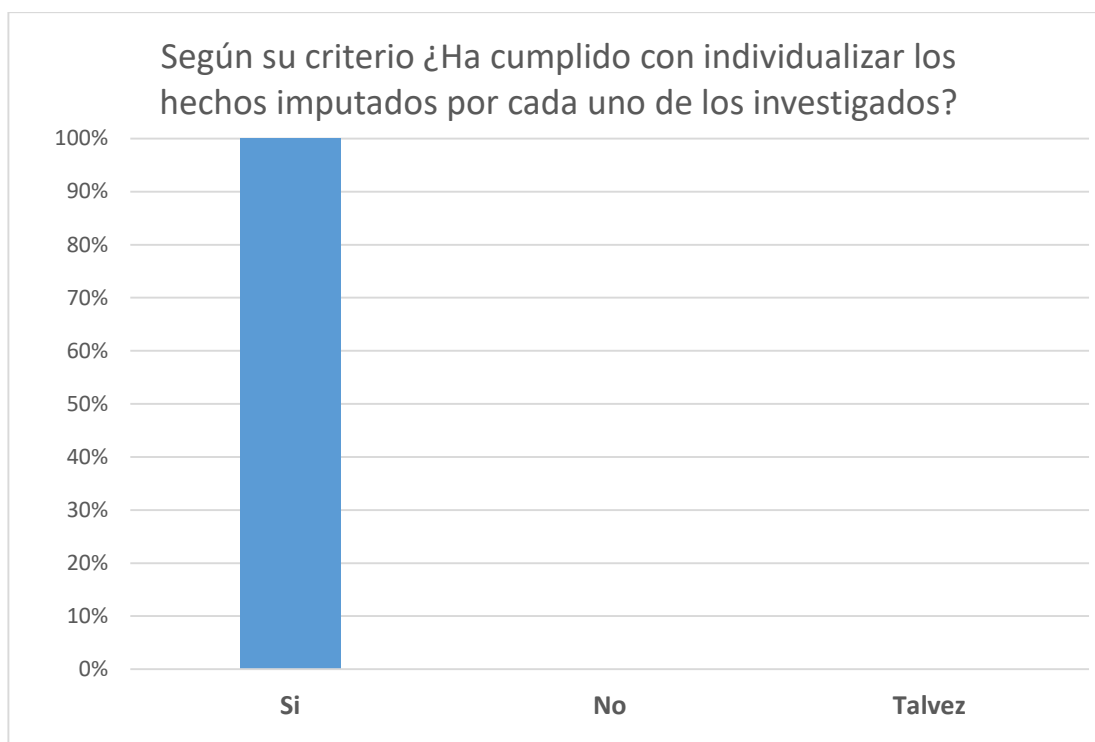
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que los nueve fiscales a los que se les ha aplicado el cuestionario señalan de forma unánime haber cumplido con individualizar los hechos imputados sin embargo de la observación y aplicación del fichaje-test a las Disposiciones de Formalización y Requerimientos acusatorios, ello ha resultado incorrecto, puesto que a pesar de la cantidad significativa de procesados no se observa una delimitación fáctica por cada uno de ellos.

GRAFICO N° 09

Según su criterio ¿Ha cumplido con individualizar los hechos imputados por cada uno de los investigados?



Fuente: Cuadro N° 09

CUADRO N° 10**8. Según su criterio ¿Ha cumplido con delimitar correctamente el título de imputación de los investigados (Autoría y Participación)?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	9	100%	100%
No	0	0	100%
Talvez	0	0	100%
Total	9	100%	

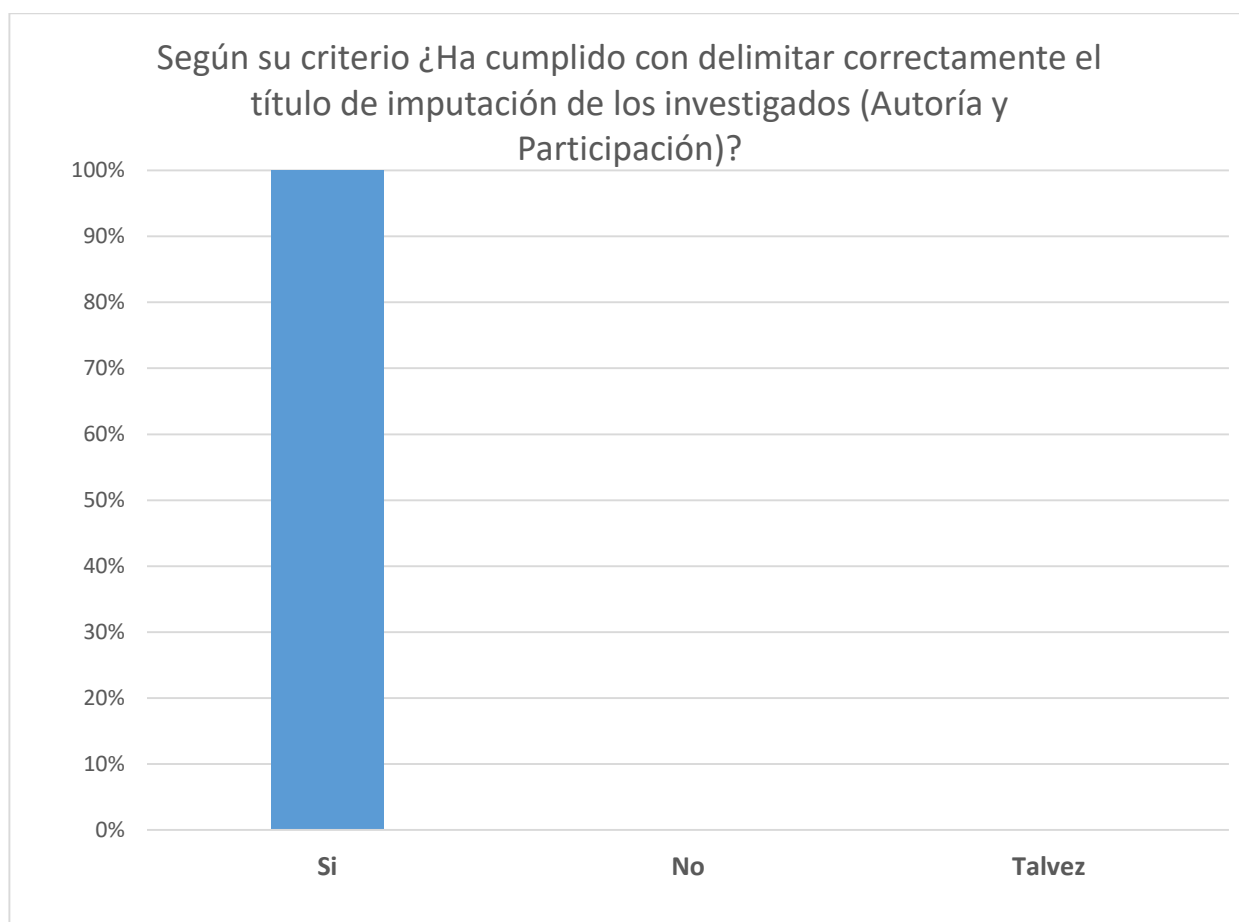
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que los nueve fiscales a los que se les ha aplicado el cuestionario señalan de forma unánime haber cumplido con delimitar correctamente el título de imputación, sin embargo de la observación y aplicación del fichaje-test a las Disposiciones de Formalización y Requerimientos acusatorios, ello resulta incorrecto, puesto que a pesar de la cantidad significativa de procesados en la mayoría de los casos se les atribuye la calidad de coautores, siguiendo los criterios del dominio del hecho, sin embargo, al ser el delito de Negociación Incompatible, de diferente naturaleza, se deben de seguir criterios totalmente distintos.

GRAFICO N° 10

Según su criterio ¿Ha cumplido con delimitar correctamente el título de imputación de los investigados (Autoría y Participación)?



Fuente: Cuadro N° 10

CUADRO N° 11**9. Según su criterio ¿Ha cumplido con identificar los deberes infringidos por cada uno de los imputados?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	4	40%	40%
No	5	60%	100%
Talvez	0	0%	100%
Total	9	100%	

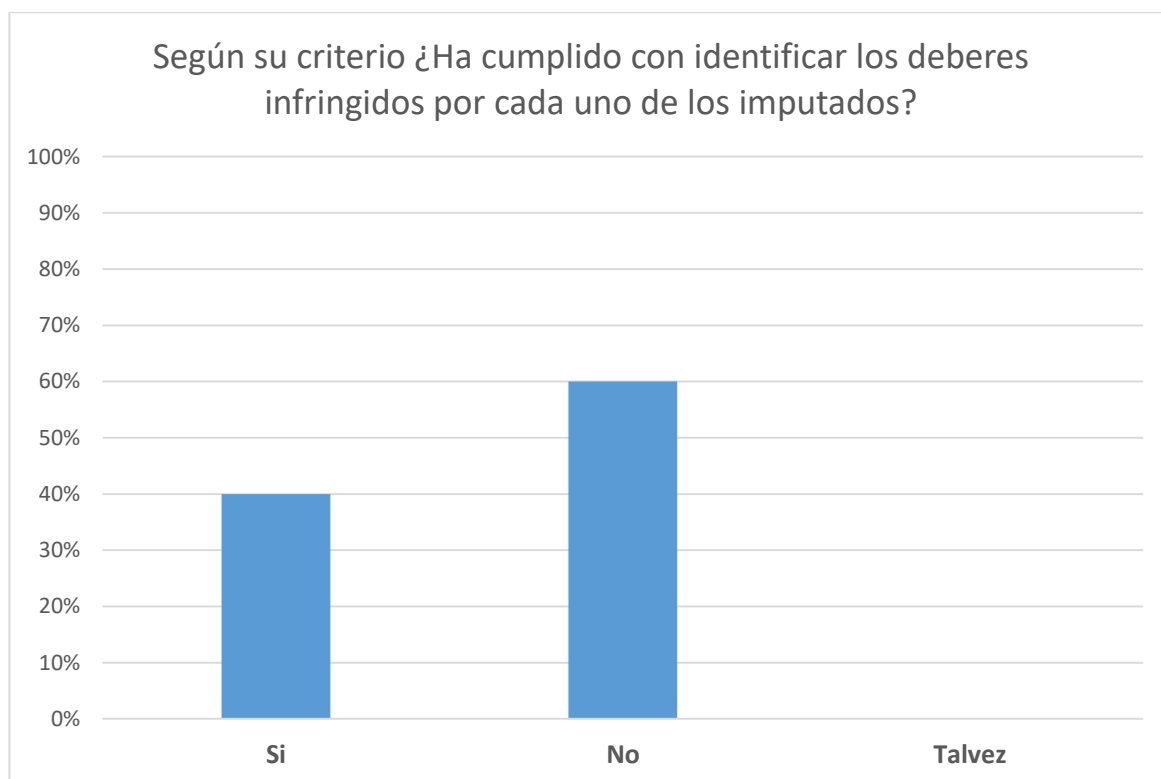
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que la mayoría de Fiscales admite el haber omitido consignar en sus disposiciones de formalización y requerimientos de acusación los deberes extrapenales presuntamente infringidos por los procesados, ello coincide plenamente con los resultados de nuestro fichaje-test aplicados a los mismos, siendo ello el principal defecto e impedimento por parte del Ministerio Público para construir una imputación debidamente definida en las disposiciones de formalización de investigación preparatoria.

GRAFICO N° 11

Según su criterio ¿Ha cumplido con identificar los deberes infringidos por cada uno de los imputados?



Fuente: Cuadro N° 11

CUADRO N° 12

10. Según su criterio ¿Ha cumplido presentar elementos de convicción (documentales, testimoniales y/o peritajes) que sustenten sus proposiciones fácticas?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	9	100%	100%
No	0	0%	100%
Talvez	0	0%	100%
Total	9	100%	

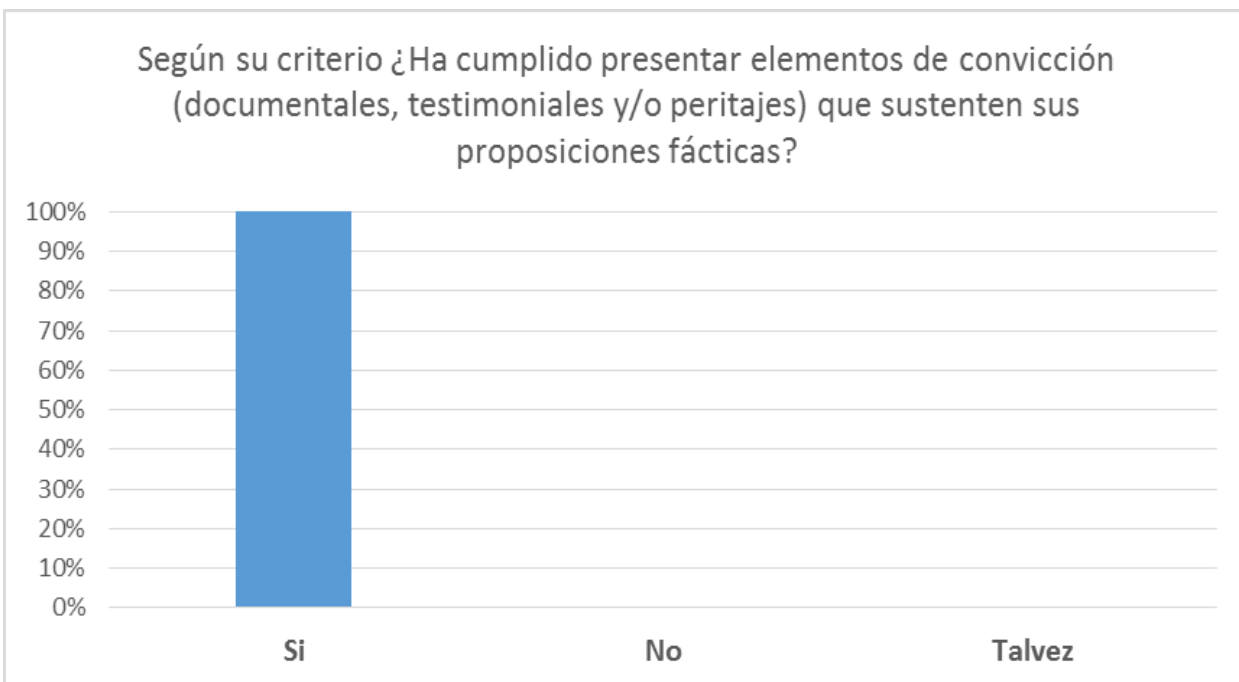
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que los nueve fiscales a los que se les ha aplicado el cuestionario señalan de forma unánime haber cumplido con presentar elementos de convicción para sustentar sus proposiciones fácticas, cuestión que conforme al resultado de la aplicación de los fichajes-test si ha sido verificado y constatado en nuestra investigación.

GRAFICO N° 12

Según su criterio ¿Ha cumplido presentar elementos de convicción (documentales, testimoniales y/o peritajes) que sustenten sus proposiciones fácticas?



Fuente: Cuadro N° 12

CUADRO N° 13**11. Atendiendo a sus respuestas anteriores, según su criterio ¿Ha cumplido con observar el Principio de Imputación Concreta?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	9	100%	100%
No	0	0%	100%
Talvez	0	0%	100%
Total	9	100%	

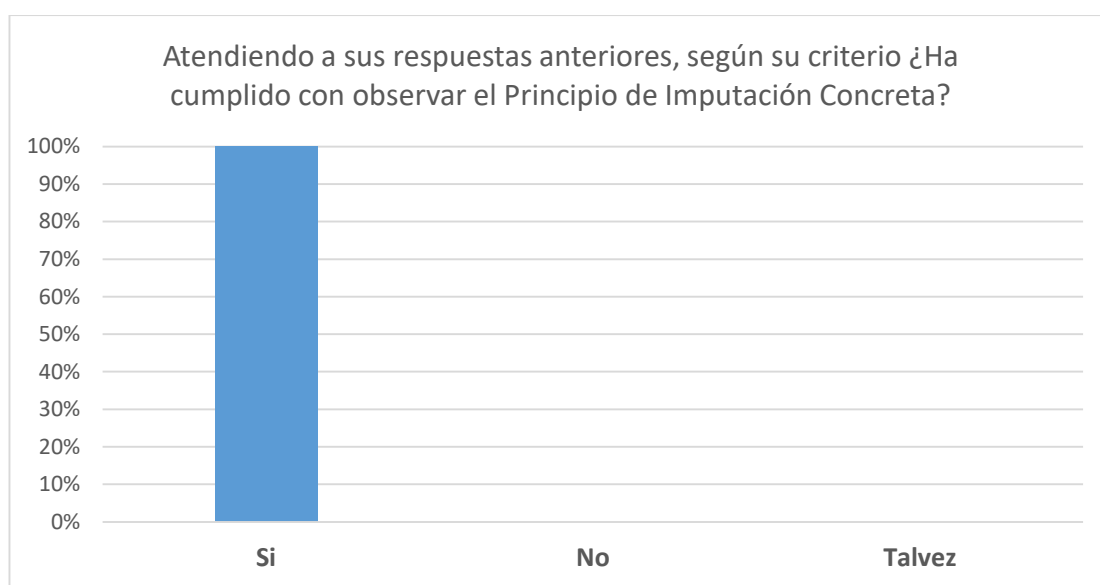
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que los nueve fiscales a los que se les ha aplicado el cuestionario señalan de forma unánime haber observado el principio de imputación necesaria, sin embargo, de la observación y aplicación del fichaje-test a las Disposiciones de Formalización y Requerimientos acusatorios, ello resulta una apreciación incorrecta puesto que la mayor parte de disposiciones de formalización de investigación preparatoria y requerimientos de acusación no cumplen con todos los ítem postulados por nuestra investigación .

GRAFICO N° 13

Atendiendo a sus respuestas anteriores, según su criterio ¿Ha cumplido con observar el Principio de Imputación Concreta?



Fuente: Cuadro N° 11

CUADRO N° 14

12. Respecto a la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria y/o Requerimiento Acusatorio por el delito de negociación incompatible presentado entre 01 de enero del 2014 y el 31 diciembre del 2015 ¿Le han interpuesto alguna tutela de derechos o en su defecto un habeas corpus?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	2	20%	20%
No	7	80%	100%
Total	9	100%	

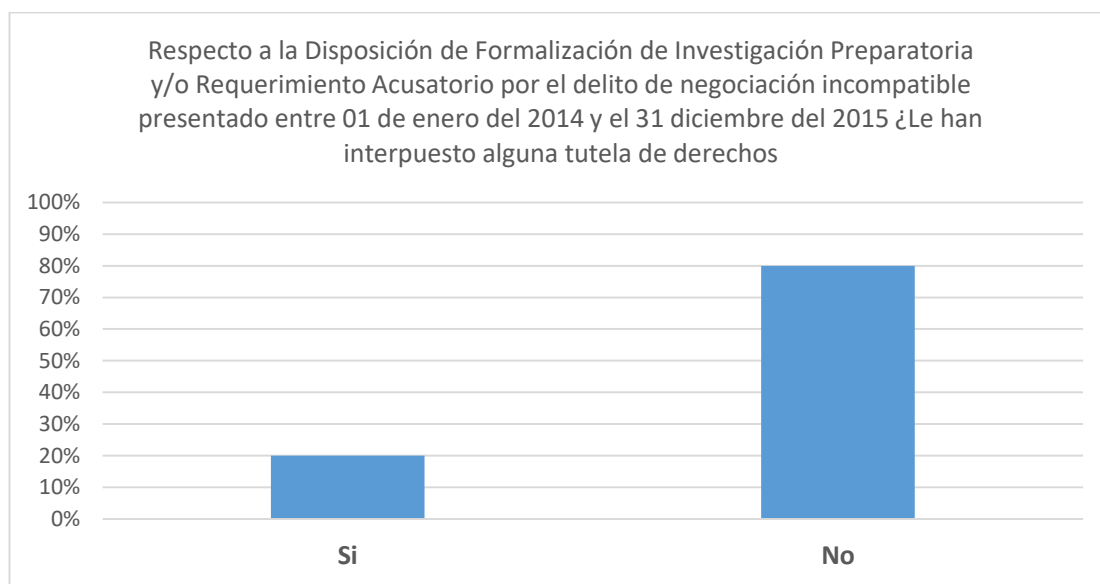
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que solo en dos investigaciones por el delito de Negociación Incompatible se han hecho uso de la figura conocida como “Tutela de Derechos” –según se ha especificado en los cuestionarios, ello pese a que conforme hemos demostrado a través de los fichajes-test la mayor parte de ellas ha omitido formular imputaciones conforme al principio de imputación necesaria, lo que nos lleva a concluir que los abogados defensores no vienen empleando en su mayoría, este remedio procesal.

GRAFICO N° 14

Respecto a la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria y/o Requerimiento Acusatorio por el delito de negociación incompatible presentado entre 01 de enero del 2014 y el 31 diciembre del 2015 ¿Le han interpuesto alguna tutela de derechos o en su defecto un habeas corpus?



Fuente: Cuadro N° 14

CUADRO N° 15

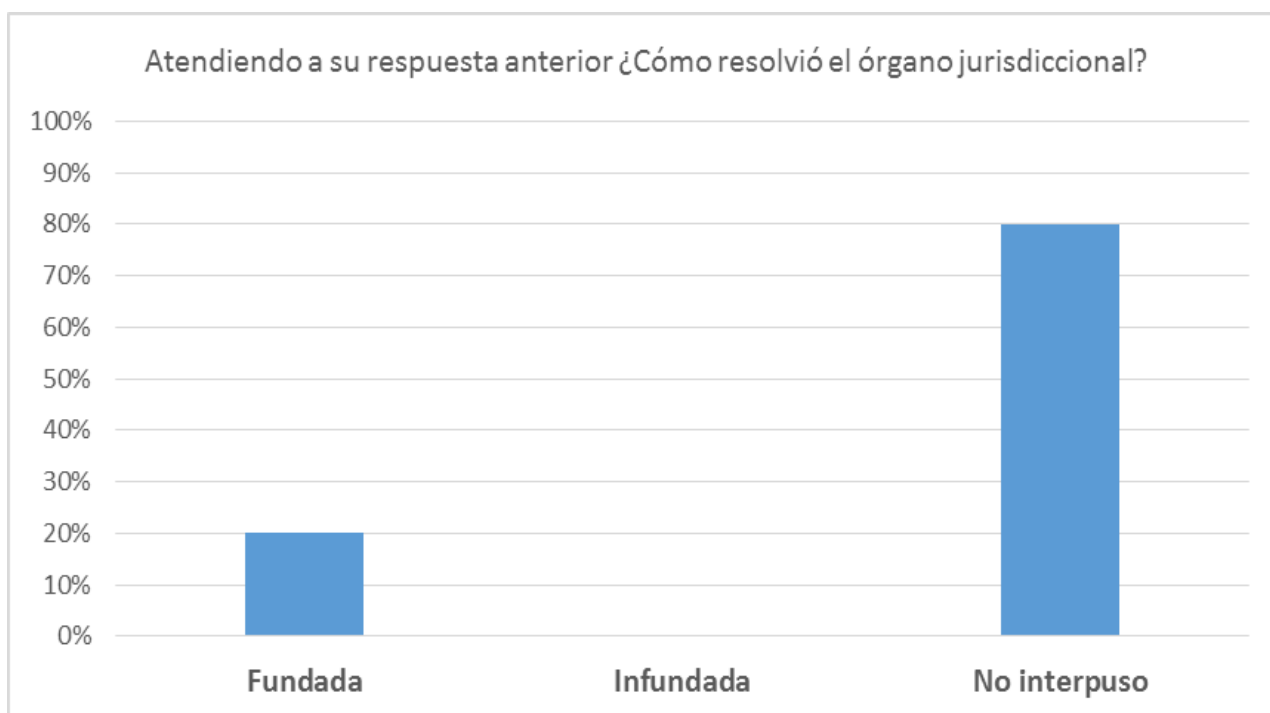
13. Atendiendo a su respuesta anterior ¿Cómo resolvió el órgano jurisdiccional?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Fundado	2	20%	20%
Infundado	0	0%	20%
No interpuso	7	80%	100%
Total	9	100%	

Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que en los dos únicos casos en que se interpuso una tutela de derechos en contra de una imputación genérica, en ambos, la judicatura resolvió fundada la solicitud, por lo que se desprende de ello, la efectividad de esta figura procesal de cara a una vulneración al derecho de defensa en el caso concreto de imputaciones ambiguas pese a su no utilización de forma continua en los procesos investigados.

GRAFICO N° 15**Atendiendo a su respuesta anterior ¿Cómo resolvió el órgano jurisdiccional?**

Fuente: Cuadro N° 15

CUADRO N° 16

14. ¿Considera usted que es necesario realizar una reforma del Código Procesal Penal a fin de tutelar el Principio de Imputación Necesaria en los delitos Especiales?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	9	100%	100%
No	0	0%	100%
Talvez	0	0%	100%
Total	9	100%	

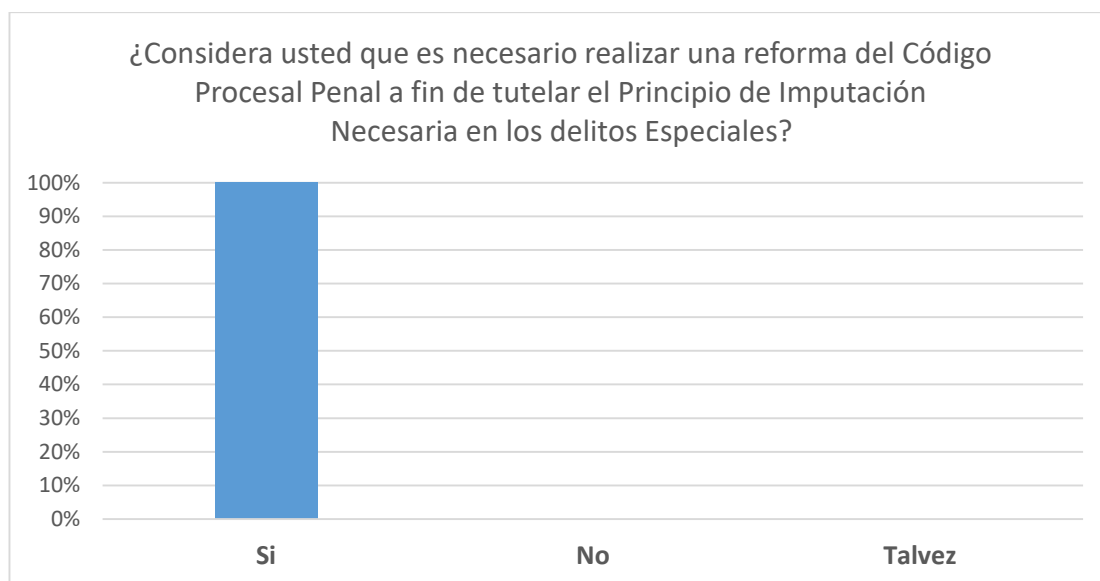
Fuente: Cuestionario Aplicado

Análisis e interpretación:

De acuerdo al cuadro se verifica que los nueve fiscales a los que se les ha aplicado el cuestionario señalan de forma unánime que existe la necesidad de una reforma del Código Procesal Penal tendiente a tutelar el principio de imputación necesaria en los delitos especiales.

GRAFICO N° 16

¿Considera usted que es necesario realizar una reforma del Código Procesal Penal a fin de tutelar el Principio de Imputación Necesaria en los delitos Especiales?



Fuente: Cuadro N° 16

1.4. PRUEBA ESTADÍSTICA:

Haciendo uso de la herramienta estadística denominada Tabla de Distribución de Frecuencias respecto de los datos obtenidos del Fichaje-Test aplicados a las Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y Requerimientos de acusación, podemos verificar que la Hipótesis Principal ha sido verificada y contrastada en nuestra investigación, por lo que podemos afirmar sustentadamente que la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna ha emitido sus Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y Requerimientos de Acusación inobservando la imputación concreta en los procesos por el delito de Negociación Incompatible durante los años 2014 y 2015, vulnerando en alta medida el Derecho de Defensa, toda vez que estas en su mayoría han adolecido de varios defectos.

Frecuencias

Estadísticos

Afectación al principio de imputación
necesaria en las disposiciones de
formalización

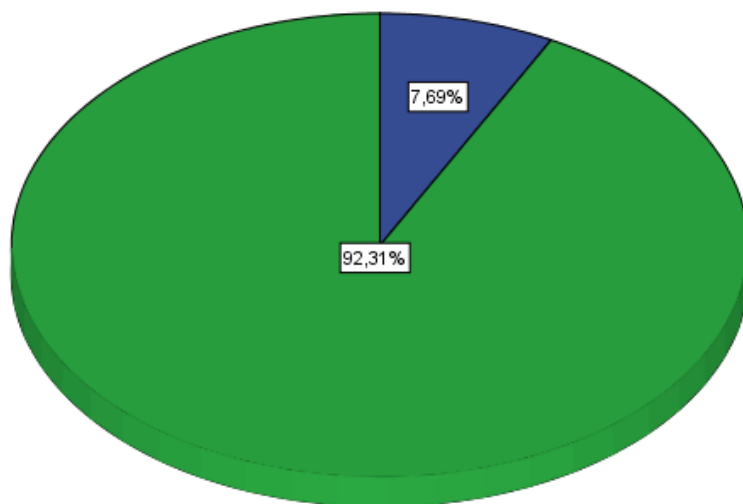
N	Válido	13
	Perdidos	0
Media		1,9231
Mediana		2,0000
Moda		2,00

Afectación al principio de imputación necesaria en las disposiciones de formalización

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	1	7,7	7,7	7,7
	No	12	92,3	92,3	100,0
Total		13	100,0	100,0	

Afectación al principio de imputación necesaria en las disposiciones de formalización

■ si
■ no



Estadísticos

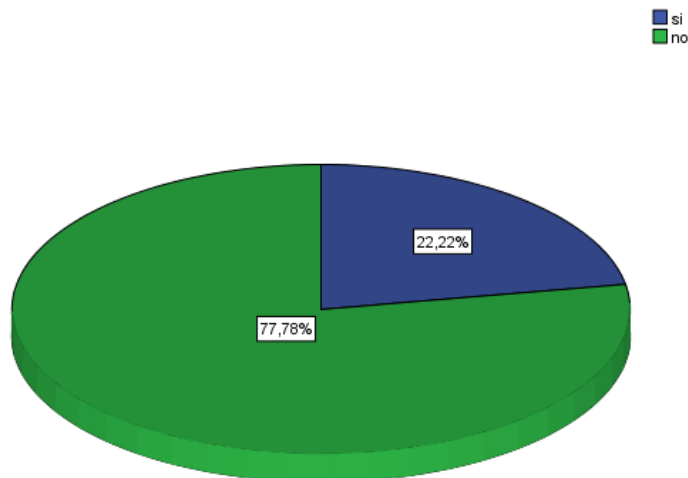
Afectación al principio de imputación
necesaria en los requerimientos de
acusación

N	Válido	9
	Perdidos	4
Media		1,7778
Mediana		2,0000
Moda		2,00

Afectación al principio de imputación necesaria en los requerimientos de acusación

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	si	2	15,4	22,2	22,2
	no	7	53,8	77,8	100,0
	Total	9	69,2	100,0	
Perdidos	Sistema	4	30,8		
Total		13	100,0		

Afectación al principio de imputación necesaria en los requerimientos de acusación



1.5. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS (DISCUSIÓN)

Los datos arrojados luego de la presente investigación han terminado por confirmar nuestras hipótesis, así pues, de la aplicación del fichaje-test a las disposiciones de formalización de investigación preparatoria emitidas durante el 2014 y 2015, se confirmó que solo un reducido porcentaje (7.69%) cumplió con todos los estándares para garantizar el principio de imputación necesaria y consecuentemente el derecho de defensa, del mismo modo, en los requerimientos acusatorios (*pese a representar un estadio posterior a la investigativa, donde ya hay certeza fiscal de la responsabilidad del procesado*), solo un 22.22% cumplió con todos los estándares para garantizar el citado principio, y con ello afianzar un sistema de imputación que permita la adecuada defensa del procesado.

Ello pese a que el Ministerio Público conforme su ley orgánica, es la llamada a defender la legalidad y la vigencia de la constitución política y con ella los postulados y derechos que ésta consagra –*principalmente el derecho de defensa*- lo que hace premunir

que a futuro él o los procesados por el delito de Negociación Incompatible en mérito a las imputaciones defectuosas *–objeto de la presente investigación–* tendrán serios problemas para contradecir el ius punendi estatal, puesto que la mayoría de ellas no cumplen con los estándares básicos para asegurar tal, ello pese a que los propios magistrados de dicha entidad han señalado de forma unánime conocer y observar en cada una de sus imputaciones el principio de Imputación concreta, sin embargo, ello no sería acorde a la realidad.

Finalmente debo señalar que urge dotar de estándares mínimos de racionalidad y control al actuar de las diversas entidades relacionadas al proceso penal, principalmente a la función de imputación que realiza el Ministerio Público como primera instancia *–inicio–* del mismo, evitando con ello, que en mérito a reclamos de punitivismo se termine procesado y juzgando inadecuadamente *–inobservando derechos fundamentales–* a ciudadanos, rebajando el carácter cognitivo y científico de un proceso a suerte de “lotería” procesal, pese a estarse en juego la libertad de la persona; siendo un instrumento idóneo con los que cuentan los afectados, la Tutela de Derechos, que conforme también ha demostrado nuestra investigación ha resultado efectiva de cara a este tipo de efectos en las imputaciones fiscales.

CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

1. Durante los años 2014 y 2015 ha existido un alto grado de inobservancia al principio de Imputación Necesaria por parte de la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna por el delito de Negociación Incompatible en desmedro directo del Derecho de Defensa del procesado por estos delitos.
2. Las imputaciones en relación al delito de negociación incompatible que formuló la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, durante los años 2014 y 2015, han vulnerado el principio de imputación concreta, porque son genéricas, en el caso de los requerimientos de acusación, la mayoría se caracteriza por no ser individualizadas, toda vez que no identifica que parte del universo factual es atribuible a cada uno de los procesados, en la mayoría de las disposiciones de formalización de investigación preparatoria, tampoco se ha cumplido con precisar los deberes extrapenales infringidos dolosamente por los imputados, pese a ser éstos el fundamento del injusto del delito de Negociación Incompatible.
3. Para poder definirse una imputación fiscal por el delito de Negociación Incompatible, como respetuosa del Principio de Imputación Concreta, es necesario que ésta cumpla con cinco presupuestos: A) Debida individualización de los hechos; B) Correcta delimitación del título de intervención; C) Precisión de la modalidad delictiva empleada; C) Presentación de elementos de convicción pertinentes e idóneos que sustenten las proposiciones fácticas y D) Identificación de deberes dolosamente infringidos.

5.2. SUGERENCIAS O PROPUESTAS.

PRIMERO: El Estado, a través del Ministerio de Justicia, la Academia de la Magistratura y la Contraloría General de la República, deben realizar capacitaciones más continuas y permanentes a los operadores de justicia (*tanto jueces, fiscales y abogados*) referentes al tratamiento doctrinario y jurisprudencial de los delitos especiales, concretamente del delito de Negociación incompatible, pese a ser un ilícito recurrente en el contexto de las contrataciones estatales, el desconocimiento de su tratativa dogmática, conlleva también a la formulación de imputaciones gaseosas, no siempre de manera intencional, sino también por propio desconocimiento.

SEGUNDO: El juez de investigación preparatoria debe ser más activo en su función de garante, no debiendo ser un simple receptor de imputaciones fiscales, procurando evaluar, vía tutela de derechos, que la acción penal no solo se ajuste a los requisitos que exige la ley procesal penal, sino también a los parámetros exigidos por la fundamental e internacional y a la tratativa doctrinal de los delitos especiales.

TERCERO: El Congreso de la República, debe incorporar un artículo en el Código Procesal Penal que procure la observancia del Principio de Imputación Necesaria en los delitos especiales:

“Artículo 349-A°.- Reglas adicionales para la presentación del requerimiento de acusación en los delitos especiales.

Además del contenido señalado en el artículo anterior, se deberá velar que en las acusaciones que versen sobre delitos especiales se precise también los deberes extrapenales infringidos dolosamente de forma individualizada, esta regla también se aplicará a las Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria, si los elementos de convicción recabados hasta esta etapa lo posibiliten, bajo responsabilidad.”

VI. REFERENCIA BIBLIOGRAFICAS:

- Alcocer Povis, E. (2013). El principio de imputación necesaria, aproximación desde una perspectiva penal. *Minjus*, 04-04.
- Alva Florian, C. (2010). La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004. *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 11*, 15.
- Asencio Mellado, J. (2016). *Derecho Procesal Penal Estudios Fundamentales*. Lima: INPECCP.
- Avalos Rodríguez, C. C. (2013). Tutela judicial de derechos e imputación necesaria. *Anuario 2013, Alerta Informativa*, 103.
- Baenas del Alcazar, M. (2000). *Curso de ciencia de la administración*. Barcelona: Tecnos.
- Benavente Chorres, H. (2013). La imputación necesaria y los grados de conocimiento en el Código Procesal Penal de 2004. *Gaceta penal & Procesal penal*, 30.
- Carnelutti, F. (1950). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería el Foro S.A.
- Caro John, J. A., & Huamán Castellares, D. (2014). *El Sistema Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Editores del Centro.
- Castillo Alva, J. L. (2008). El derecho a ser informado de la imputación. *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008*, 204.
- Castillo Alva, J. L. (2015). *El delito de negociaciòn incompatible*. Lima: Instituto Pacífico.
- Castillo Alva, J. L., Lujan Tupez, M., & Zavaleta Rodriguez, R. (2006). *Razonamiento judicial, interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Ara Editores.
- Creus, C. (1998). *Derecho penal, parte especial Tomo II*. Buenos Aires: Astrea.

- Feijo Sanchez, B. (2002). Delitos contra la administración pública en el código penal español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. *Revista peruana de ciencias penales*, 708.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2000). Garantías. *Revista Jurídica d ela Defensoría del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Numero 4*, 7.
- Fontan Balestra, C. (1993). *Tratado de derecho penal, parte especial, Tomo VII*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- García Cavero, P. (2011). La nulidad procesal de las disposiciones fiscales en el proceso penal. *Gaceta Jurídica*, 74.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ara Editores.
- Gascón Abellán, M. (2001). La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "Derecho y razón". *Revista derecho UNAM N° 31*, 50.
- Gimeno Sendra, V. (2015). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Juridicas.
- Goldschmidt, J. (1983). *Principios generales del proceso*. Mexico: Obregón y Heredia.
- Gomez López, J. (2001). *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo I*. Bogota: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Gonzáles Navarro, A. (2015). *Efectos jurídicos d ela imputación en el proceso penal acusatorio*. Bogota: Leyer.
- Hurtado Poma, J. (2016). ¿Qué se discute en la audiencia de control de acusación? En I. Legales, *Nuevo Código Procesal Penal Comentado, Tomo II* (pág. 1232). Lima: Ediciones legales.
- Landa Arroyo, C. (2002). Los derechos humanos como fundamento constitucional del Derecho Penal. *Actualidad Jurídica*, 41.
- Maier, J. (1996). *Derecho procesal penal Tomo II*. Buenos Aires: Editores del puerto.

- Maier, J. (1996). *Derecho procesal penal, Tomo I*. Buenos aires: Editores del Puerto.
- Mendoza Ayma, F. C. (2012). *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*. Lima: San Bernardo.
- Mendoza Escalante, M. (2014). *El Derecho penal en la era de la postmodernidad*. Lima: Grijley.
- Mir Puig, C. (2000). *Los delitos contra la administración pública*. Barcelona: Bosch.
- Miranda, E. (2005). El juez de garantías vs. El juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio. *Revista peruana de ciencias penales* N° 17, 456.
- Montero Aroca, J., Gomez Colomer, J., Monton, R. A., & Barona, V. S. (2010). *Derecho jurisdiccional III Proceso penal*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho penal y control social*. Madrid: Jerez fundación universitaria.
- Perez Luño, A. E. (1991). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Polaino Navarrete, M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ara Editores.
- Reategui Sanchez, J. (2012). *El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal*. Lima: Palestra.
- Reategui Sanchez, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal Parte General Volumen I*. Lima: Ediciones Legales.
- Reategui, S. J. (2013). *Hábeas corpus y sistema penal*. Lima: Gaceta jurídica.
- Reyna Alfaro, L. (2010). *Litigación oral y técnicas de persuasión aplicadas al código procesal penal*. Lima: Jurista editores.
- Rojas Vargas, F. (2003). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Munich: Marcial Pons.

- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del puerto.
- Rubio Azabache, C. (2012). Principio de imputación mínima y control de la formalización de la investigación preparatoria. *Revista de derecho UCV, número I*, 373.
- Salinas Siccha, R. (2015). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- San Martin Castro, C. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- San Martin Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: INPECCP.
- San Martin, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley EIRL.
- Sancinetti, M. (2001). *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación*. Buenos aires: Ad Hoc.
- Segui, E. (2010). *Imputación, congruencia y nulidad en el proceso penal*. Argentina: Nova Tesis Editorial Jurídica.
- Toro Lucena, O. A. (2012). De la imputación penal sustancial a la imputación penal procesal válida, un dialogo de doble vía. *Criterio juridico garantista*, 189.
- Velez Mariconde, A. (1969). *Derecho procesal penal*. Buenos aires: Lerner.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

VII: ANEXOS

ANEXO I
PROYECTO DE LEY

ANEXO II

MATRIZ DE CONSISTENCIA

ANEXO III

FICHAJE-TEST APLICADO A

LAS DISPOSICIONES DE

FORMALIZACIÓN DE

INVESTIGACIÓN

PREPARATORIA

ANEXO IV

FICHAJE-TEST APLICADO A

LOS REQUERIMIENTOS DE

ACUSACIÓN

ANEXO V
CUESTIONARIOS

ANEXO VI
VALIDACIÓN DE
INSTRUMENTOS