



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

El estado de necesidad justificante en el delito de negociación incompatible a propósito del expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Para optar el Título Profesional de Abogada

AUTOR

Karol Rossembel CAMPOS ZEVALLOS

ASESOR

Mg. Jorge Adalberto PÉREZ LÓPEZ

Lima, Perú

2024



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Campos, K. (2024). *El estado de necesidad justificante en el delito de negociación incompatible a propósito del expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01*. [Trabajo de suficiencia profesional de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Karol Rossembel Campos Zevallos
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	70502711
URL de ORCID	No aplica
Datos de docente supervisor	
Nombres y apellidos	Jorge Adalberto Pérez López
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08162135
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-4695-389X
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Jaime Víctor Zelada Bartra
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08654115
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	José Alexander Camus Cubas
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	40630580
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Julio Hernán Figueroa Bustamante
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08248540

Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Juan Antonio Bazán Chávez
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08687355
Datos de investigación	
Línea de investigación	Derecho Penal
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	Universidad Nacional Mayor de San Marcos País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lima Dirección: Av. Carlos Germán Amezaga N° 375 Latitud: -12.0583 Longitud: -77.083
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2024
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01 Derecho Penal: https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.

ACTA DE EXAMEN ORAL PRESENCIAL PARA EL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADA CON TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

N°037

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores:

1.-PRESIDENTE: Dr. JAIME VÍCTOR ZELADA BARTRA
Dr. JOSÉ ALEXANDER CAMUS CUBAS
Mg. JULIO HERNAN FIGUEROA BUSTAMANTE
Mg. JUAN ANTONIO BAZÁN CHAVEZ
Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ (Docente Supervisor)

La bachiller postulante al Título Profesional de Abogada, doña:

KAROL ROSSEMBEL CAMPOS ZEVALLOS

Procedió la sustentación de su Trabajo de Suficiencia Profesional, Titulado:

El estado de necesidad justificante en el delito de negociación incompatible a propósito del expediente N°00273-2023-0-5001-SU-PE-01

En la redacción del examen escrito, la graduanda fue aprobada con la nota de:

DIECISEIS (16)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando la candidata:

Aprobada con mención honrosa y por unanimidad con la nota de 18 (Dieciocho)

Y para constancia se le extiende la presente acta, en Lima a los DIEZ días del mes de DICIEMBRE del año 2024

Presidente del Jurado

Dr. JAIME VÍCTOR ZELADA BARTRA

Dr. JOSÉ ALEXANDER CAMUS CUBAS

Mg. JULIO HERNAN FIGUEROA BUSTAMANTE

Mg. JUAN ANTONIO BAZÁN CHAVEZ

Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ

(Docente Supervisor)



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú. DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo, JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ, en mi condición de docente supervisor acreditado con la Resolución Directoral N° 000173-2024-EPD-FDCP/UNMSM de fecha 7 de mayo del 2024, del Trabajo de Suficiencia Profesional, cuyo título es **El estado de necesidad justificante en el delito de negociación incompatible a propósito del expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01** por la bachiller **KAROL ROSSEMBEL CAMPOS ZEVALLOS**, para optar el Título Profesional de Abogado(a).

CERTIFICO que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante el software de similitud textual, el documento evaluado cuenta con el porcentaje de **7%** de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para obtención del Título correspondiente.

Lima, 9 de noviembre del 2024

Firma del docente supervisor: _____

Nombres y apellidos del docente supervisor: Mg. Jorge Adalberto Pérez López

DNI: 08162135

A mi madre, Rossembel Paola Zevallos Delgado †, quien en vida me inspiró y apoyó para ser una gran profesional.

Agradecimientos

A mi padre, Carlos Enrique Campos
Ángeles, por su constante apoyo y
ánimos para seguir cumplimiento mis
metas.

Resumen

El presente trabajo aborda la posibilidad de invocar una causa de justificación en los casos de contratación con el Estado a propósito del expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01. La investigación tiene como objetivo demostrar que sí es posible la concurrencia de presupuestos y requisitos legales que justifiquen la comisión del delito de negociación incompatible a fin de garantizar el patrimonio económico del Estado. El trabajo de suficiencia profesional fue elaborado bajo un enfoque cualitativo y tuvo como técnica el análisis documental. Asimismo, se arriban a la conclusión que sí es posible invocar una causa de justificación en los casos de contratación con el Estado siempre y cuando concurren ciertos presupuestos y requisitos legales.

Palabras claves

Estado de necesidad justificante, delitos funcionariales, contratación con el Estado

Abstract

This paper addresses the possibility of invoking a cause of justification in cases of contracting with the State in relation to case No. 00273-2023-0-5001-SU-PE-01. The aim of the research is to demonstrate that it is possible to prove the concurrence of legal assumptions and requirements that justify the commission of the crime of incompatible negotiation in order to guarantee the economic patrimony of the State. The work of professional sufficiency was elaborated under a qualitative approach and used documentary analysis as a technique. Likewise, the conclusion was reached that it is possible to invoke a cause of justification in cases of contracting with the State as long as certain legal requirements and presuppositions are met.

Key words

Justifiable state of necessity, civil service offences, contracting with the State

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE: ASPECTOS METODOLÓGICOS	5
II. INFORMACIÓN GENERAL	6
1.1. Título del trabajo de suficiencia profesional	6
1.2. Datos generales de la bachiller.....	6
1.3. Datos del centro laboral donde se realiza las actividades profesionales	6
1.3.1. Centro laboral donde desarrolla la actividad	6
1.3.4. Periodo de duración de la actividad de suficiencia profesional	6
1.3.5. Objetivos de la entidad	6
1.3.6. Teléfono del centro laboral	7
1.3.7. Correo electrónico del centro laboral	7
1.3.8. Nombre del responsable de la dependencia a cargo de las actividades de suficiencia profesional de la bachiller	7
III. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA Y SELECCIÓN DEL TEMA DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL	7
3.1. Descripción y presentación del problema	7
3.2. Problema	9
3.2.1. Problema general	9
3.2.2. Problemas específicos.....	9
IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
V. OBJETIVOS	10
5.1. Objetivo General.....	10
5.2. Objetivos Secundarios	10

VI. HIPÓTESIS	11
6.1. Hipótesis Principal	11
6.2. Hipótesis Secundarios	11
VII. METODOLOGÍA APLICADA	11
7.1. Diseño de la investigación	11
7.2. Tipo de Investigación	11
7.3 Técnicas de recolección de datos	11
7.4 Instrumentos	12
SEGUNDA PARTE: DESARROLLO TEÓRICO	13
PRIMER CAPÍTULO: DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	14
1. ASPECTOS GENERALES	14
1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	14
1.2. DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	16
2. TIPICIDAD	16
2.1. TIPICIDAD OBJETIVA.....	17
2.2. TIPICIDAD SUBJETIVA	25
3. ANTIJURICIDAD	25
3.1. CONCEPTO	25
3.2. TIPOS DE ANTIJURICIDAD	26
3.3. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	26
4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA:.....	27
SEGUNDO CAPÍTULO: ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE	29
1. DEFINICIÓN DE ESTADO DE NECESIDAD	29
2. EXCEPCIONES DE APLICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD.....	30
3. DIFERENCIA ENTRE ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE CON NECESIDAD EXCULPANTE	31
4. DIFERENCIA ENTRE ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO Y ESTADO	

DE NECESIDAD DEFENSIVO	32
5. PRESUPUESTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE ...	33
5.1. Peligro actual:.....	33
5.2. Acción necesaria:	34
5.3. Elemento subjetivo:	35
6. REQUISITOS NORMATIVOS DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE	35
TERCER CAPÍTULO: ANÁLISIS DEL CASO MODELO	39
1. RESUMEN DEL CASO.....	39
2. TESIS DE LA FISCALÍA	39
3. TESIS DE LA DEFENSA LEGAL DEL SEÑOR ELI AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS	40
3.1. ROL DE LA BACHILLER EN EL CASO:	45
4. POSTURA FINAL DE LA CORTE SUPREMA	46
TERCERA PARTE: TOMA DE POSTURA Y CONCLUSIONES	48
1. Contrastación de hipótesis	49
2. Conclusiones	51
3. Propuesta de solución del problema: Recomendaciones	52
4. Beneficios que aporta la propuesta	53
REFERENCIAS	54
ANEXOS.....	55

I. INTRODUCCIÓN

La administración pública es una de las instituciones fundamentales para garantizar el correcto funcionamiento del Estado y la protección del interés general. En el ámbito del derecho penal, el delito de negociación incompatible, regulado en el artículo 399° del Código Penal peruano (en adelante, CP), busca salvaguardar la integridad y la imparcialidad en la contratación pública. Este tipo penal sanciona a los funcionarios (en adelante, FP) o servidores públicos (en adelante, SP) que indebidamente se interesan en provecho propio o de un tercero en cualquier contrato u operación en la que intervienen por razón de su cargo. Sin embargo, a pesar de su importancia, existen situaciones excepcionales en las que los actos del FP podrían interpretarse como típicos de este delito, se realizan en contextos donde la protección de la institución pública prima sobre otros intereses.

Uno de estos casos es el del expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01, en el cual el gerente general de la empresa ESVICSAC anuló una licitación pública y realizó una contratación directa con el fin de evitar la aplicación de penalidades que habrían perjudicado gravemente a su institución. Este caso plantea la necesidad de analizar el estado de necesidad justificante como una posible causa eximente de responsabilidad penal en situaciones de negociación incompatible, particularmente cuando el FP actúa en defensa del patrimonio de la entidad pública.

El problema de la investigación surge ante la ausencia de una regulación clara en el CP sobre el estado de necesidad justificante en contextos de contratación con el Estado. Aunque nuestro Código Penal permite excusar de responsabilidad penal cuando un sujeto opera para soslayar un peligro actual e insuperable, conforme el artículo 20 numeral 4 del Código Penal, no existe un desarrollo específico para las situaciones en que el FP actúa en pro de su institución en contratos con el Estado.

La necesidad de delimitar las situaciones concretas en las que un FP puede invocar el estado de necesidad justificante es nuestra justificación en el

presente trabajo de suficiencia profesional. En el ámbito teórico, lo que queremos lograr con este trabajo es ayudar a defender el debate académico y jurídico sobre las causas de justificación en el derecho penal peruano. Y, en el ámbito práctico, queremos ofrecer al FP criterios de interpretación que permita soslayar sanciones injustas cuando sus acciones buscan resguardar el interés de la administración pública, favoreciendo así a una mayor seguridad jurídica.

En el presente trabajo de suficiencia profesional, el objetivo general es identificar las situaciones concretas en las que un FP deja de incurrir en el delito de negociación incompatible y se encuentra amparado por el estado de necesidad justificante, al actuar en defensa de su institución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 numeral 4 del CP. Los objetivos específicos son identificar las características del delito de negociación incompatible e identificar los presupuestos y requisitos que caracterizan el estado de necesidad justificante en estos contextos.

Es así que, la metodología empleada en el presente trabajo de suficiencia profesional es de tipo dogmático, la misma que se basa en la interpretación de normas legales y doctrinas sobre las causas de justificación en el derecho penal. Por otro lado, la técnica principal utilizada es el análisis documental, mediante el cual se examinan y estudian leyes y jurisprudencia especializada que fundamentan la hipótesis del presente trabajo.

El alcance de este trabajo de suficiencia profesional se limita al análisis del estado de necesidad justificante en el contexto del delito de negociación incompatible, sin incluir otros tipos penales relacionados con la corrupción en la administración pública. Se examinará el marco normativo vigente en el Perú respecto al delito de negociación incompatible y su interpretación jurisprudencial.

Finalmente, el presente trabajo de suficiencia procesal se organiza en tres capítulos. El primer capítulo, correspondiente a los aspectos metodológicos, el cual describe el enfoque de la investigación, las técnicas de recolección de datos y el tipo de análisis que se llevará a cabo. En esta sección se detalla el enfoque dogmático utilizado para analizar las causas de justificación dentro

del derecho penal, apoyándose en el estudio detallado de las normas jurídicas, la doctrina y la jurisprudencia. Además, se describen las fuentes documentales que sustentan la investigación, tales como el análisis del expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01, textos normativos y obras doctrinarias especializadas en derecho penal y administración pública.

El segundo capítulo aborda los aspectos teóricos del trabajo de suficiencia profesional, y está dividida en tres partes. La primera parte se centra en el delito de negociación incompatible, regulado en el artículo 399° del CP peruano. En él se analizan sus elementos objetivos y subjetivos, destacando su relevancia como una herramienta legal para proteger la administración pública. Asimismo, se explican los principios y elementos que conforman este ilícito penal, tales como el interés indebido, la tipicidad y el bien jurídico protegido.

La segunda parte está dedicado al estado de necesidad justificante. Se reflexiona en su definición jurídica, sus presupuestos y requisitos, haciendo especial énfasis en su aplicación en el contexto de contrataciones con el Estado. Asimismo, se arriba su diferenciación con otras causas de justificación, como el estado de necesidad exculpante, lo que permite delimitar su alcance y aplicación en situaciones donde el FP se enfrenta a la disyuntiva de actuar para evitar un daño mayor a la institución a la que sirve o no.

La tercera parte presenta un análisis del caso modelo, basado en el expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01. En este capítulo se analiza en profundidad cómo se aplicarán los principios teóricos desarrollados previamente al contexto particular de este caso, en el que un FP tomó decisiones que, aunque pudieran ser tipificadas como negociación incompatible, se justifican por la necesidad de evitar un perjuicio mayor a la empresa pública que dirigía. A través del estudio del caso, se exploran las distintas posturas de la fiscalía, la defensa y la judicatura, así como la resolución final de la Corte Suprema.

Por último, la tercera parte corresponde a la toma de postura, en la que se expone la conclusión de la investigación. En este apartado se reflexiona sobre la validez de invocar el estado de necesidad justificante en casos de

contratación pública, así como las implicancias de esta eximente en el contexto del derecho penal peruano. Además, se proponen lineamientos para una mayor seguridad jurídica en la actuación del FP que se ven en la necesidad de proteger los intereses de su institución, sugiriendo posibles reformas normativas que aclaren la aplicación del estado de necesidad justificante en el ámbito de la administración pública.

PRIMERA PARTE: ASPECTOS METODOLÓGICOS

II. INFORMACIÓN GENERAL

1.1. Título del trabajo de suficiencia profesional

El estado de necesidad justificante en el delito de negociación incompatible a propósito del expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01.

1.2. Datos generales de la bachiller

Karol Rossembel Campos Zevallos, identificada con Documento Nacional de Identidad N° 70502711 y con Código de Alumno N° 17020208, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Escuela de Derecho, presenta el Trabajo de Suficiencia Profesional a fin de optar el título profesional de abogada.

1.3. Datos del centro laboral donde se realiza las actividades profesionales

1.3.1. Centro laboral donde desarrolla la actividad

Estudio jurídico Rodas & Asociados E.I.R.L., con Registro Único de Contribuyente N° 20602026702, domiciliado en Av. Juan de Aliaga N° 425, piso 4, of. 11, distrito de Magdalena del Mar y departamento de Lima.

1.3.4. Periodo de duración de la actividad de suficiencia profesional

Al respecto, mi persona ha ejercido funciones en el Área de Operaciones del Estudio Jurídico Rodas & Asociados E.I.R.L., como practicante preprofesional, desde el 17 de marzo del 2021 hasta el 31 de diciembre de 2022; y, como asistente legal, desde el 01 de enero del 2023 hasta hoy.

1.3.5. Objetivos de la entidad

El objetivo principal de la entidad es ser el estudio de Derecho Penal

Económico líder en el entorno, brindando servicios de excelencia a los clientes y generando un desarrollo personal y profesional al equipo, basándose en un crecimiento sostenido y en el desarrollo de los principios de formación constante, proactividad y adaptabilidad, compromiso con los resultados, pasión por la excelencia, respeto, amabilidad, empatía, compromiso, justicia y probidad, feed back e innovación.

1.3.6. Teléfono del centro laboral

El celular del abogado a cargo de las actividades de suficiencia profesional del bachiller en el Estudio Jurídico Rodas & Asociados E.I.R.L.es: 989 591 071 (Abg. Carlos Ernesto Rodas Vera).

1.3.7. Correo electrónico del centro laboral

El correo institucional es: contacto@firmarodas.com

1.3.8. Nombre del responsable de la dependencia a cargo de las actividades de suficiencia profesional de la bachiller

El responsable del área de operaciones del Estudio Jurídico Rodas & Asociados E.I.R.L. es el abogado Carlos Ernesto Rodas Vera, identificado con DNI N° 41573076, con Colegiatura de Abogado del Callao N° 7158.

III. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA Y SELECCIÓN DEL TEMA DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

3.1. Descripción y presentación del problema

El artículo 392° del CP peruano establece el delito de negociación incompatible, definiéndolo como la conducta de cualquier funcionario o servidor público que, de manera indebida y ya sea de forma directa, indirecta o mediante actos simulados, se interesa en beneficio propio o de un tercero en contratos u operaciones en las que participa debido a su

cargo. Sin embargo, no considera aquellas situaciones en que un funcionario o servidor público que, indebidamente, se interesó, en provecho de un tercero, en un contrato u operación que interviene por razón de su cargo, para evitar un peligro actual e insuperable de otro modo que amenace la integridad de la institución, cuyo deber es cuidar y proteger.

En ese sentido, ante dicho vacío en la parte especial de nuestro CP resulta necesario remitirnos a la parte general del mismo cuerpo normativo referente al estado de necesidad justificante. La institución mencionada está contemplada específicamente en el artículo 20.4, el cual establece la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a quien, ante un peligro actual y, también, insuperable que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, lleva a cabo un acto destinado a evitar dicho peligro, ya sea en beneficio propio o de otro. Esto es posible siempre que, al evaluar los bienes jurídicos en conflicto y la gravedad del peligro, el bien protegido tenga mayor relevancia que el interés afectado, y se utilice un medio adecuado para superar el peligro.

Por lo tanto, es imprescindible establecer la naturaleza, requisitos y alcances del estado de necesidad justificante en el delito de negociación incompatible, a fin de determinar en qué casos, situaciones concretas, de necesidad en las que actúa el funcionario o servidor público a favor de su institución, constituyen un estado necesidad justificante.

En ese contexto, se tuvo la oportunidad de conocer esta problemática en mis labores como asistente legal en el área de operaciones del Estudio Rodas & Asociados E.I.R.L. El señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos era procesado por el presunto delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado por haber declarado la nulidad de un proceso de selección de una licitación pública para la adquisición de uniformes para el personal operativo de la empresa ESVICSAC. Asimismo, se le imputó también realizar una compra de menor cuantía a la empresa Nexu Soluciones con las mismas

especificaciones técnicas de la licitación pública anulada, pero con la única intención de evitar se apliquen una cuantiosa penalidad contra la empresa ESVICSAC debido a un posible incumplimiento de un contrato vigente; proceso penal que culminó en la Sala Suprema Penal Permanente (Expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01).

Justamente, esta problemática nos lleva a cuestionarnos si es posible invocar las causas de justificación en casos de contrataciones con el Estado ya que, hay muchos casos en donde funcionarios o servidores públicos ejecutan conductas que fácilmente se puede interpretar como una conducta típica en nuestro ordenamiento jurídico pero lo único que desean es evitar un perjuicio contra su institución; empero, con esta situación, no hay otro resultado además de la sanción penal, creando un menoscabo en los derechos fundamentales de las personas y generando así que los funcionarios o servidores públicos no velen por el patrimonio de su institución, cuya deber es cuidar y proteger.

Por ese motivo, el presente trabajo es necesario y fundamental para proponer criterios o reglas de identificación de causas de justificación en contextos de contratación con el Estado.

3.2. Problema

3.2.1. Problema general

¿En qué casos el funcionario o servidor público actúa en estado de necesidad justificante, excluyendo la imputación del delito de negociación incompatible en su contra a razón del cargo?

3.2.2. Problemas específicos

- ¿Cuáles son las características del delito de negociación incompatible con el cargo?
- ¿Cuáles son los presupuestos del estado de necesidad justificante previsto en el artículo 20 inciso 4 del Código Penal peruano?

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación amerita realizarse debido a que hay casos reales a nivel nacional donde se pretenden imponer sanciones penales a los funcionarios o servidores públicos por el delito de negociación incompatible, a pesar de que sus actuaciones se hayan realizado con la única finalidad de evitar un perjuicio para la Entidad del Estado peruano en la que estén laborando.

En el ámbito teórico, este trabajo se justifica porque se hace necesario que uno se remita al estudio de la parte general para dotar contenido de ciertas situaciones de la parte especial; esto justamente ayudará al debate teórico dentro del ordenamiento jurídico peruano.

En el ámbito social, este trabajo se justifica ya que las reglas o criterios de causas de justificación que vamos a proponer ayudará a una mayor seguridad jurídica a funcionarios y/o servidores públicos que actúan en pro de su institución; y no tendrán únicamente una certeza de que van a ser procesados por el delito de negociación incompatible cuando el objetivo de su conducta sea velar y proteger el patrimonio de su institución.

V. OBJETIVOS

5.1. Objetivo General

Desarrollar los casos en el que un funcionario o servidor público actúa en estado de necesidad justificante, excluyendo la imputación del delito de negociación incompatible en su contra a razón del cargo.

5.2. Objetivos Secundarios

- Identificar cuáles son las características del delito de negociación incompatible con el cargo.
- Estudiar los presupuestos del estado de necesidad justificante previsto en el artículo 20 inciso 4 del Código Penal peruano.

VI. HIPÓTESIS

6.1. Hipótesis Principal

Las situaciones concretas donde un funcionario o servidor público actúa en estado de necesidad justificantes son cuando intervienen en contrataciones con el Estado para evitar un perjuicio contra la institución que representa.

6.2. Hipótesis Secundarios

- El delito de negociación incompatible se caracteriza cuando un funcionario o servidor público se interesa indebidamente en un contrato a razón de su cargo, para sí o para terceros, en desmedro de la institución.
- Los presupuestos del estado de necesidad justificante previsto en el artículo 20 inciso 4 del Código Penal son el peligro actual, la acción necesaria y el elemento subjetivo.

VII. METODOLOGÍA APLICADA

7.1. Diseño de la investigación

Para este trabajo aplicará el diseño no experimental, ya que las acciones a realizar para su elaboración serán el estudio, análisis y descripción de instituciones del derecho sin intervenir en ellas.

7.2. Tipo de Investigación

La investigación es de tipo dogmático debido a que nuestro objeto de análisis recae en instituciones del Derecho Penal como es las causas de justificación dentro de la teoría del delito.

7.3 Técnicas de recolección de datos

Se utilizará la técnica análisis documental toda vez que recopilará y analizará información de la normativa peruana, libros, artículos,

revistas, jurisprudencia y todo tipo de información que pueda estar contenida en soporte físico y/o digital.

7.4 Instrumentos

Se empleará como instrumento la ficha de análisis documental.

SEGUNDA PARTE: DESARROLLO TEÓRICO

PRIMER CAPÍTULO: DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Para tener una sociedad organizada, jurídicamente hablando, es necesario un correcto funcionamiento de la administración pública con el fin de que la sociedad pueda confiar en ella. Esto conllevó a que el Estado peruano considere de suma importancia protegerla a través de diversas instituciones, entre ellas, el derecho penal. El derecho penal tiene dos partes: la parte general y la parte especial. Dentro de la parte especial, podemos encontrar al delito de negociación incompatible en el Título XVIII del CP. Este delito es una de las diversas figuras que protege la administración pública.

Por otra parte, Sánchez & Ugaz (2017) señalan que un bien jurídico cumple una función limitadora del ius puniendi; esto es, restringe la capacidad punitiva-sancionadora del Estado hacia las conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico que se busca proteger a través de los delitos tipificados en nuestras leyes.

En ese sentido, objetivamente hablando, la administración pública trata del conjunto de actividades previsibles en la ley que son desarrollados por FP o SP con el objetivo de servir los fines del Estado y de las entidades públicas. Aunado a ello, desde la perspectiva subjetiva, se refiere al orden de órganos estatales delimitados por sus propias competencias. A pesar de estas concepciones, existe una perspectiva más amplia que considera a la administración pública como el desarrollo de todas las funciones y competencias del Estado, tanto en el nivel judicial, legislativo y ejecutivo, conjuntamente con los Ministerios y los órganos descentralizados, así como con los organismos autónomos del Estado. Es decir, toda institución pública donde se desarrolle la función pública a cargo de FP o SP (Rojas,

2007).

Una vez entendido ello, es importante también tener una breve noción de lo que es la función pública. La función pública abarca todas aquellas actividades que una persona natural lleva a cabo en nombre del Estado o de sus diferentes entidades (abarcando cualquier nivel jerárquico), ya sean de carácter temporal o permanente, y que pueden ser remuneradas o realizadas de forma honoraria (Rojas, 2007). Este concepto subraya la importancia de la participación del individuo en la administración pública, destacando que no solo se trata de un empleo formal, sino de una responsabilidad que puede ser asumida en distintos contextos y bajo diversas modalidades.

Rojas Vargas (2007) señala que la función pública puede tener mínimamente seis características, estas son:

- (i) Es el desarrollo de actividades al servicio de nuestra nación.
- (ii) Es ejercida por personas físicas (FP) repartidas mediante niveles y competencias asignadas en los diversos órganos del Estado y/o poderes públicos; a quienes se les otorga dichas funciones a través de mandato popular, elecciones, voto de confianza, etc.
- (iii) El desarrollo de las actividades no puede ser contrarias a la ley.
- (iv) Compromete a la totalidad de los asuntos estatales; es decir, no solo el ámbito administrativo-ejecutivo.
- (v) Es continua, permanente e institucional; es decir, no excluye la existencia de funciones temporales.
- (vi) Origina un conjunto de deberes y obligaciones, así como derechos para los FP.

Por otro lado, la Casación 49-2019/Ayacucho establece que, desde un enfoque doctrinario, el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible se divide en dos aspectos: uno genérico, que se refiere al adecuado y normal funcionamiento de la administración

pública, y otro específico, que corresponde a la objetividad o imparcialidad con la que debe actuar el FP en el contexto de contratos u operaciones económicas en las que esté involucrado el Estado. En otras palabras, tanto el FP o SP no pueden interponer sus intereses personales ante los intereses del Estado, esto con el fin de que la sociedad pueda confiar en una correcta administración pública.

1.2. DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

Rojas (2007) señala que, si bien en los delitos de FP contra la administración pública (negociación incompatible, por ejemplo) los deberes se definen por la ley o reglamentos de corte administrativo; esto no es siempre así ya que, no toda norma administrativa define los deberes que podrían quebrantar los FP mediante conducta típica, pues el ámbito administrativo en diversas ocasiones se cierra en sí mismo con base a valoraciones éticas sin necesidad del concurso.

Una vez señalado ello, se debe tener en cuenta que un delito de infracción de deber supone que el sujeto activo tiene previamente configurado deberes de aseguramientos del bien jurídico. En el caso de los FP, carece de importancia que estos dominen los tipos penales contra la administración pública; basta con comprobar si quebrantaron un deber de su cargo o no para ser pasibles de algún tipo penal que proteja la administración pública; siempre y cuando también se hayan configurado los demás elementos de dichos tipos penales.

2. TIPICIDAD

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, se encuentra previsto en el artículo 399° del CP, de la siguiente forma:

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de

cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

2.1. TIPICIDAD OBJETIVA

A. Sujeto activo:

En dicho contexto, estamos ante un tipo penal especial porque no toda persona puede ser sujeto activo en el delito de negociación incompatible sino solo aquel FP o SP que posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo. En esa misma línea, el Recurso de Nulidad 253-2012/Piura afirma que para ser sujeto activo no basta con ser FP o SP; se debe tener competencia para intervenir en los actos jurídicos.

Ante ello, nuestra primera interrogante al respecto es ¿Quiénes son los funcionarios o servidores públicos en el estado peruano? El artículo 425° de nuestro CP establece lo siguiente:

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Ahora bien, nuestra segunda interrogante es ¿es lo mismo funcionario público que servidor público? Un FP es aquel agente que posee determinado estatus en la administración pública y que tiene funciones específicas que debe desempeñar, funciones de las cuales tendrá que responder tanto positiva como negativamente, según sea el caso, frente a los órganos de control del Estado. Así también, Rojas (2007) define al FP como una persona física que, al prestar sus servicios al Estado, se encuentra particularmente vinculada a este, ya sea mediante un nombramiento, delegación o por elección popular. Esta persona, al contar con poder de decisión, no solo expresa su voluntad de manera explícita, sino que también la ejecuta a través de una serie de actos de diversa naturaleza que buscan cumplir con objetivos de interés social o estatal.

Desde acuerdo a esta perspectiva, esta definición subraya la importancia del rol del FP en la estructura del Estado, destacando la responsabilidad que conlleva la capacidad de tomar decisiones que afectan a la sociedad en su conjunto. El énfasis en la diversidad de los actos que ejecuta el FP refleja la amplitud de sus funciones, las cuales no se limitan a un ámbito específico, sino que abarcan múltiples aspectos del quehacer estatal. Este análisis resalta la necesidad de que quienes ocupan estos cargos comprendan plenamente el impacto de sus decisiones en el bienestar social y el desarrollo estatal.

Aunado a ello, existen diversas clasificaciones de FP. Para el presente trabajo señalaremos los siguientes:

- (i) La primera clasificación diferencia a los funcionarios de mayor jerarquía del funcionariado público y que poseen facultades de

mando sobre los demás. Estos son los (i) FP de administración, (ii) los FP de procuración y (iii) los FP de gestión. Los primeros son aquellos FP que gerencian o dirigen técnicamente y se hallan repartidos en todas las instancias del Estado; los segundos son FP que representan al Estado y a sus órganos en defensa de sus intereses; y, el último es aquel FP que contrata a nombre del Estado (Rojas, 2007).

- (ii) Una segunda clasificación diferencia a los FP como (i) FP de carrera y (ii) de empleo o contratación. La diferencia entre ellos es que los primeros gozan de derechos y privilegios legales como la permanencia, ascensos, vacaciones, etc.; mientras que los segundos, no (generalmente son eventuales e interinos o suplentes quienes son contratados a tiempo determinado).
- (iii) En una tercera clasificación se encuentran también (i) los FP políticos quienes son elegidos por votación popular, aquí podemos ubicar a los presidentes, los vice presidentes, congresistas, alcaldes, etc.; también están (ii) los FP de confianza quienes cubren puestos de gran importancia y de decisión, aquí se ubican los ministros, vice ministros, secretarios de Estado, etc.; (iii) los interinos, quienes cubren plazas por un tiempo determinado o hasta que desaparezca la causa de su contratación; y (iv) los FP accesorios, quienes cubren puestos a la muerte o vacancia de los titulares.

Lo mencionado anteriormente lo podremos ver resumido en el siguiente cuadro:

Clasificación de FP	Subcategorías	Descripción
Según jerarquía y funciones	1. FP de administración.	Dirigen o gestionan técnicamente. Están repartidos en todas las instancias del Estado.
	2. FP de procuración	Representan al Estado y sus órganos en defensa de sus intereses.

	3. FP de gestión	Contratan a nombre del Estado.
Según naturaleza de empleo	1. FP de carrera	Disfrutan de derechos y privilegios legales (permanencia, ascensos, vacaciones, etc.)
	2. FP de empleo o contratación.	Generalmente eventuales, interinos o suplentes, contratados por tiempo determinado.
Según el tipo de nombramiento o elección	1. FP políticos	Elegidos por votación popular (presidentes, vicepresidentes,
	2. FP de confianza	Ocupan puestos de gran importancia y decisión (ministros, viceministros, etc.)
	3. FP interinos	Cubren plazas temporalmente o hasta que desaparezca la causa de su contratación.
	4. FP accesorios	Ocupan puestos tras la vacancia o muerte de los titulares.

Ahora bien, respecto a los servidores públicos, Rojas (2007) señala que un SP es aquel agente sin mando que brinda al Estado sus datos técnicos y/o profesional para tareas de integración y/o facilitación de la del FP.

En conclusión, un FP no es lo mismo que un servidor público; estos últimos se hallan en situación de subordinación en relación a los FP. El SP, que en el antiguo CP eran llamados como empleados públicos no representan al Estado, por lo que no ejerce función pública, no expresa su voluntad; en cambio, los FP, sí.

B. Sujeto pasivo:

Es el Estado, ya que el delito de negociación incompatible tiene como objetivo velar por el correcto funcionamiento de la administración pública y protegerla de los intereses de los particulares; su propósito es salvaguardar los intereses del Estado. Entonces, cualquier transgresión del funcionamiento de la administración pública con fines

particulares será una transgresión al Estado peruano.

C. Conducta típica:

El Recurso de Nulidad 2770-2011/Piura establece que no cualquier irregularidad administrativa puede considerarse suficiente para configurar el delito de negociación incompatible. Este delito se enmarca dentro de los actos de corrupción, lo que implica que la conducta del agente debe tener una orientación claramente corrupta, y no tratarse simplemente de una irregularidad o anomalía administrativa. Para que se configure este delito, es necesario que se cumplan con los elementos exigidos por el tipo penal, que son: i) que el FP intervenga en razón de su cargo; ii) que se interese indebidamente, de manera directa, indirecta o mediante un acto simulado, en beneficio propio o de un tercero; iii) que el interés del FP recaiga sobre un contrato u operación; y iv) que exista dolo directo en su actuación.

Lo mencionado en el párrafo anterior queda reafirmado en la Casación 231-2017/Puno, la misma que señala que el tipo penal de negociación incompatible no está orientado a castigar cualquier acción que pueda implicar el incumplimiento de una normativa, sea esta administrativa o no, o que insinúe la presencia de un "interés indebido". En lugar de ello, la norma se direcciona únicamente en ciertas conductas que, por su complejidad, representan un peligro inminente y real para el buen funcionamiento de la administración pública. Este criterio es importante para evitar una aplicación totalmente desproporcionada del ilícito penal y garantizar que solo se penalicen ciertas acciones que amenacen la integridad y eficiencia de las instituciones públicas. En ese sentido, es importante examinar cómo esta delimitación legal contribuye a preservar un equilibrio entre la ley y la protección de la administración pública, evitando que se castiguen conductas menores que no tienen un impacto significativo en el funcionamiento del Estado.

Entonces, tenemos que el tipo penal de negociación incompatible

señala como verbo rector el “interesarse”. ¿En qué? en un contrato u operación en que interviene por razón de su cargo (estos son el objeto del tipo penal). ¿En provecho de quién? propio o de un tercero. Asimismo, señala tres tipo de modalidades de comisión del tipo, estas son: (i) directamente, (ii) indirectamente y (iii) por acto simulado.

Con relación al verbo rector “interés”. La Casación 841-2017/Ayacucho hace una distinción crucial entre dos tipos de intereses que puede tener un FP: el interés debido y el interés indebido. El interés debido se refiere a la conducta del FP que se orienta hacia el cumplimiento riguroso de sus deberes, con la intención de beneficiar a la administración pública en todo momento. Este tipo de interés refleja una conducta alineada con los principios éticos y legales que deben guiar el servicio público. Por otro lado, el interés indebido se caracteriza por una falta de compromiso con el bienestar de la administración pública, donde el FP deja de lado sus responsabilidades para perseguir intereses personales o de terceros, lo que claramente contraviene su deber.

Esta distinción es crucial para establecer criterios claros en la aplicación de sanciones, asegurando que solo se penalicen aquellas conductas que realmente comprometen la imparcialidad y el buen funcionamiento de la administración pública. Esta diferenciación también es clave para comprender las motivaciones detrás de las acciones de los FP por lo que considero que la identificación de estos intereses permite no solo valorar la legalidad de las acciones, sino también apreciar la integridad con la que se desempeñan el FP.

En esta línea, la Casación 1059-2018/Huánuco señala que se debe interpretar el interés indebido como cualquier acción orientada a priorizar el interés propio o de un tercero sobre aquellos que se deben proteger en nombre del Estado durante un contrato, generando así un beneficio irregular para sí mismo o para otros. Por lo tanto, cuando un FP o SP participa en una contratación en representación del Estado,

está obligado a actuar de manera imparcial. Si el FP, a través de su intervención irregular, busca obtener un beneficio para sí o para un tercero, sea este una persona natural o jurídica, traiciona la confianza depositada en él.

Asimismo, Sánchez & Ugaz (2017) explicaron que la Corte Suprema de Justicia de la República interpretó el interés indebido en el delito de negociación incompatible como una forma de desobediencia por parte del sujeto. En este contexto, el FP que participa en un contrato u operación en representación del Estado, simultáneamente actúa en favor de intereses propios o terceros. Este conflicto de intereses busca obtener un beneficio personal y/o para otros, lo cual pone de manifiesto el carácter económico de su conducta y sugiere una posible afectación al patrimonio del Estado.

Además de ello, es importante señalar que el verbo rector “interés”, podría aparecer antes en los actos preparatorios de un contrato, durante la ejecución del mismo y/o durante la fase de ejecución como es el pago de un contrato, por ejemplo. Por otro lado, debemos considerar que este interés debe ser “indebido”, infringiendo así su deber por razón de su cargo. Asimismo, la Casación 1571-2021/Ayacucho clarifica que el interés indebido en el contexto del delito de negociación incompatible implica el uso inapropiado del cargo del FP en relación con contratos u operaciones estatales. Este interés puede presentarse de manera inicial o posterior, y puede ser excluyente o concurrente. Es importante destacar que el interés indebido no necesariamente debe involucrar un beneficio económico o patrimonial directo, sino que debe ser analizado en función de las circunstancias específicas de cada caso.

En cuanto al objeto del tipo penal, este abarca tanto los contratos como las operaciones. Según Rojas Vargas (2007), los contratos en los que el Estado es parte son diversos y numerosos, involucrando negociaciones lícitas de contenido variado, no únicamente económico,

sino también de servicios, culturales, de obras, entre otros, que pueden regirse por el derecho privado o público. Por otro lado, las operaciones se refieren a aquellos actos que convoca el Estado y que no cumplen con las características formales y bilaterales propias de los contratos, tales como licitaciones, incautaciones, embargos, entre otros procedimientos administrativos.

Por otra parte, el elemento típico “intervenir por razón de su cargo”, precisa que el FP o SP tiene las facultades legales para intervenir en un contrato u operación; sin embargo, indebidamente, utilizan estas facultades para intereses propios, lo que resulta en un perjuicio para El Estado. A esto, diversos doctrinarios, lo llaman “conflicto de compatibilidades”.

Ahora, en cuanto al provecho. El tipo penal ha señalado que puede ser por provecho propio del FP o SP que comete el ilícito. Sin embargo, también ha señalado la existencia del provecho de un tercero. Ante ello, Prado (2017) sostiene que la participación de terceros (*extraneus*) que no ostentan la calidad de FP, la cual la ley exige para ser considerados autores del delito, debe ser sancionada bajo la figura de complicidad o, cuando corresponda, de instigación, en relación con el mismo acto delictivo funcional.

Finalmente, respecto a las modalidades de comisión del tipo. La primera es interesarse de forma directa, esto implica que el mismo FP o SP pone de manifiesto sus intereses personales o particulares frente a los intereses del Estado, ya sea en cualquier etapa de una negociación o celebración de un contrato. La segunda modalidad es interesarse de forma indirecta, lo cual implica que el FP o SP pone de manifiesto sus intereses personales o particulares frente a los intereses del Estado a través de terceras personas (pueden ser personas particulares u otro FP o SP), un ejemplo común es el uso de testaferro (estos pueden terminar siendo cómplices del tipo penal). Finalmente, la última modalidad es “por acto simulado”, lo que implica realizar un

contrato o negociación simulando que es a favor de los intereses del Estado; sin embargo, terminan velando por los intereses particulares de los mismos FP o SP o de terceros que, tal como lo señala la Casación 1946-2019/Junín, no necesariamente debe tener una vinculación con el sujeto activo.

2.2. TIPICIDAD SUBJETIVA

A. Dolo:

El Recurso de Nulidad 2770-2011/Piura aclara que, al investigar la configuración del delito de negociación incompatible, debemos analizar previamente si existió dolo directo o no. Esto significa que el sujeto activo debe llevar a cabo acciones deliberadas de astucia o engaño con el objetivo de defraudar a la administración pública. Este requerimiento de dolo directo implica que el individuo actúa con plena intención de manipular o perjudicar el proceso administrativo en beneficio propio o de terceros.

Consideremos entonces, cómo la exigencia de dolo directo garantiza que solo se sancionen las acciones que involucran una intención clara de defraudar y engañar ya que, esto ayuda a prevenir la aplicación excesiva, desproporcional o errónea de las sanciones. Esta visión permite una mejor comprensión de la gravedad de la conducta delictiva en el contexto de la administración pública y asegura que las medidas correctivas se enfoquen en aquellos casos en los que realmente se ha actuado con mala fe y con la intención de causar daño.

3. ANTIJURICIDAD

3.1. CONCEPTO

Se puede conceptuar la antijuricidad de dos maneras: La antijuricidad formal que es aquella conducta que contraviene al ordenamiento jurídico y la antijuricidad material que es aquella conducta que pone en

peligro o lesiona un bien jurídico protegido. Aunado a ello, Villavicencio (2017) señala que la antijuricidad implica un juicio de valor negativo sobre una conducta que contradice las exigencias establecidas por el ordenamiento jurídico.

3.2. TIPOS DE ANTIJURICIDAD

Existen dos tipos de antijuricidad. Por un lado, está la antijuricidad formal que es aquella que manifiesta una contradicción entre una conducta y el ordenamiento jurídico, representando una oposición directa a lo que las normas establecen. Esto ocurre cuando un individuo desobedece un deber impuesto por la ley, ya sea de actuar o de abstenerse. Esta concepción de la antijuricidad formal no se trata solo de una violación superficial de la ley, sino de una ruptura fundamental con el mandato normativo que sostiene el orden y la coherencia en la sociedad.

Por otro lado, está la antijuricidad material que se define como una conducta que causa un daño socialmente perjudicial a un bien jurídico que la norma tiene como objetivo proteger. Esta afectación puede presentarse de dos maneras: como una lesión directa al bien jurídico o como la creación de una situación de peligro que pone en riesgo su integridad. Con la antijuricidad material no es suficiente que una acción sea simplemente contraria a la ley; es necesario que dicha acción implique un riesgo o daño tangible para un bien jurídico, lo que justifica la intervención del sistema penal.

3.3. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

García (2017), citando a Quintero Olivares, explica que la antijuricidad, en su aspecto positivo, implica que un acto típico ha ofendido de manera material y formal un bien jurídico, ya sea destruyéndolo, vulnerándolo, dañándolo, o poniéndolo en peligro. Por otro lado, en su aspecto negativo, la antijuricidad se expresa a través de las causas de justificación. Cuando una de estas causas está presente, el acto, que

en principio parecía antijurídico por ser típico, se considera justificado.

De esta forma, la ejecución de un tipo penal, en su aspecto objetivo como subjetivo, no implica necesariamente una infracción de la norma, ya que no puede considerarse indebida si se realiza bajo una causa de justificación. Estas causas delimitan el alcance de las normas prohibitivas, permitiendo afirmar que una conducta no será considerada ilícita si concurre alguna causa de justificación que la haga conforme al Derecho. En otras palabras, existen conductas que, aunque generalmente están prohibidas, cuando se llevan a cabo bajo circunstancias específicas que se subsumen en una causa de justificación, resultan permitidas. En tales casos, el ordenamiento jurídico concede al agente una licencia para actuar de esa manera, lo que significa que no se podría considerar una violación de la norma en esas circunstancias particulares.

Las causas de justificación, que vendrían a ser normas permisivas, se encuentran reguladas en el artículo 20° del CP. Este artículo establece que están exentos de responsabilidad penal aquellos que actúan en (i) legítima defensa, (ii) en **estado de necesidad justificado**, (iii) en el ejercicio legítimo de un derecho, (iv) en cumplimiento de un deber, (v) con consentimiento, (vi) por obediencia debida, y (vii) en el ejercicio de un cargo.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA:

El delito de negociación incompatible es un delito de peligro que se perfecciona cuando se demuestra el interés particular del FP o SP en los contratos u operaciones. Esto significa que, para su consumación, no es necesario que se logre un beneficio concreto (ya sea económico u otro tipo) a través de la celebración o ejecución del contrato u operación. Incluso es posible que el interés indebido del agente público termine favoreciendo al propio Estado, sin que esto impida la consumación del delito.

Por otra parte, respecto a la tentativa. Aceptar la existencia de tentativa en estos casos resulta complicado, ya que, si se tratara de acciones ejecutivas destinadas a obtener algún beneficio en el contrato u operación que el FP gestiona en nombre de la Administración Pública, el "interés privado" ya habría emergido, y se podría considerar que el delito se ha consumado. De igual manera, las expresiones verbales que intencionalmente busquen un resultado favorable para ese interés privado también implicarían la consumación del delito. Por lo tanto, la tentativa en estos contextos parece poco probable, si no directamente imposible (Abanto, 2003).

SEGUNDO CAPÍTULO: ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

1. DEFINICIÓN DE ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad se define como una circunstancia en la que un peligro actual amenaza intereses legítimos reconocidos, y la única manera de proteger esos intereses es mediante la afectación de los intereses legítimos de otra persona Villavicencio (2017). Esta situación plantea un dilema ético y jurídico, ya que se permite justificar la lesión de derechos ajenos para preservar otros que también son valiosos; esto refleja la complejidad de las decisiones que el derecho debe regular en situaciones extremas. El estado de necesidad no solo pone en juego la jerarquía de los intereses en conflicto, sino que también subraya la necesidad de un análisis cuidadoso y ponderado de cada caso para determinar si la acción lesiva estuvo realmente justificada por la urgencia de proteger un bien mayor. Este análisis es vital para evitar abusos y garantizar que el uso del estado de necesidad como defensa se limite a situaciones verdaderamente excepcionales.

En otras palabras, el estado de necesidad surge cuando hay una colisión entre bienes jurídicos opuestos, donde proteger uno implica sacrificar otro. Frente a este conflicto, es necesario tomar una decisión que favorezca uno de los intereses en detrimento del otro. Lo anterior lo reafirma Caro & Reyna (2023), quienes abordan el concepto de estado de necesidad señalando que este requiere dos elementos esenciales: la existencia de una situación de urgencia que podría causar la lesión de un bien jurídico y la realización de una acción que, aunque busca salvar otro bien jurídico, implica la lesión de un bien diferente.

Aunado a ello, es relevante mencionar que el estado de necesidad no se restringe a ciertos tipos de bienes jurídicos, sino que puede aplicarse a cualquier bien jurídico. Esta capacidad de aplicar el estado de

necesidad a diversos tipos de bienes jurídicos refleja el equilibrio que el derecho busca mantener entre la protección de valores importantes y la necesidad de gestionar situaciones excepcionales de manera justa. Asimismo, este enfoque subraya la importancia de entender el estado de necesidad como una herramienta legal que permite la resolución de conflictos entre intereses, respecto a bienes jurídicos que se encuentran en situaciones críticas.

2. EXCEPCIONES DE APLICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD

Caro & Reyna (2023) señala que la única limitación significativa al estado de necesidad surge cuando se enfrenta al bien jurídico "vida". En estos casos, el bien jurídico "vida" no puede ser sacrificado y, posteriormente, justificado; incluso si se colisiona con otro interés de igual valor, como la vida de otra persona, por ejemplo. Así también señala que, este principio es respaldado por Claus Roxin, quien argumenta que (i) no es posible recurrir al estado de necesidad para justificar acciones como la de un médico que, por ejemplo, matara a un paciente con poco tiempo de vida para obtener un órgano que podría salvar a otro paciente con una esperanza de vida limitada, o (ii) tampoco es posible sacrificar al anciano enfermo para preservar la vida del joven saludable, ni (iii) al delincuente antisocial para conservar una vida valiosa; ya que permitir tales sacrificios equivaldría a aceptar una forma de inhumanidad que hoy es inaceptable.

Además, la doctrina dominante también rechaza la posibilidad de aplicar el estado de necesidad en casos de "comunidad de peligro". En estas situaciones, donde hay un riesgo para un grupo de personas, se propone sacrificar a una o algunas pocas para evitar que el peligro afecte a toda la comunidad. Esto último, también es desestimada por la sociedad, ya que el estado de necesidad justificante no acepta que se sacrifiquen humanos, incluso bajo el pretexto de proteger a un grupo de personas más amplio.

Estas restricciones resaltan el compromiso del derecho penal con principios fundamentales de humanidad y respeto por la vida. En este contexto, el derecho penal actúa como un guardián de principios inalienables, protegiendo la integridad y la dignidad de todas las personas, sin excepción. Ya que, la imposibilidad de justificar el sacrificio de vidas humanas, incluso en circunstancias extremas, refleja un profundo rechazo a la inhumanidad y asegura que la dignidad humana se mantenga intacta. Tal es así que, aunque el sacrificio pueda tener el objetivo de proteger otras vidas, la vida sacrificada no deja de ser un valor intrínseco cuya pérdida no puede ser justificable simplemente por el potencial beneficio de salvar a otros.

Esta visión integral asegura que se preserven los valores fundamentales del derecho y la ética, evitando la adopción de medidas que podrían tener consecuencias irreversibles e inaceptables.

3. DIFERENCIA ENTRE ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE CON NECESIDAD EXCULPANTE

Villavicencio (2017) señala una diferencia importante entre dos formas de estado de necesidad: el estado de necesidad justificante (regulado en el artículo 20 inciso 4 del CP) y el estado de necesidad exculpante (regulado en el artículo 20 inciso 5 del CP).

- a) En el estado de necesidad justificante, se opta por sacrificar un interés que se considera de menor valor en comparación con el interés que se protege. Este tipo de estado de necesidad se presenta como una justificación para la acción, dado que el bien salvado es de mayor importancia o valor que el bien sacrificado.
- b) Por otro lado, el estado de necesidad exculpante implica que el interés sacrificado tiene el mismo valor que el interés que se preserva. En este caso, la acción no se justifica en términos de una superioridad de valores, sino que se considera exculpante porque la decisión se toma en un contexto donde ambos

intereses tienen el mismo peso.

Esta diferenciación ayuda a comprender cómo el derecho penal aborda situaciones extremas y cómo se valoran los intereses en conflicto. El estado de necesidad justificante permite una mayor flexibilidad en la justificación de la conducta al priorizar un interés superior, mientras que el estado de necesidad exculpanante refleja un equilibrio más rígido entre los intereses en juego.

4. DIFERENCIA ENTRE ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO Y ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO

García (2019) señala que, según la doctrina nacional, el estado de necesidad justificante puede dividirse en dos categorías: el estado de necesidad agresivo y el estado de necesidad defensivo. El estado de necesidad agresivo se presenta cuando la acción realizada para evitar el peligro afecta a un tercero que no tiene relación alguna con la amenaza. En cambio, el estado de necesidad defensivo se da cuando la acción recae sobre quien originó el riesgo, aunque esta acción no sea considerada una agresión ilegítima. En ambos casos, el estado de necesidad justificante será aplicable siempre que se respete el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, un análisis detallado sugiere que el estado de necesidad defensivo se asemeja más a la estructura de la legítima defensa que al estado de necesidad en sí mismo. Esto se debe a que quien crea la situación de peligro, al haber actuado de manera organizativa, debería ser considerado el principal responsable del riesgo generado, aunque no se le clasifique como un agresor en el sentido estricto de la legítima defensa. Por lo tanto, se le puede imponer la obligación de eliminar el peligro, asumir los costos de los daños causados y, si es necesario, aceptar la intervención del afectado para resolver la situación.

Dado que nuestra legislación penal no contempla explícitamente el estado de necesidad defensivo, García (2019) propone una

modificación de la regulación de la legítima defensa para incluir este supuesto. Aunque sería ansiado una regulación clara y expresa para el estado de necesidad defensivo, la ausencia de una disposición específica no impide la aplicación de una eximente, analógicamente hablando que, combine aspectos de la legítima defensa con consideraciones del estado de necesidad (agresivo) justificante.

En la práctica, el estado de necesidad justificante se revela principalmente en el estado de necesidad agresivo. En estas situaciones, el peligro se circunscribe a través de la agresión a los bienes jurídicos de un tercero ajeno al conflicto. En este caso, ni el agresor ni el agredido son responsables organizativos del peligro, y, por lo tanto, no tienen un deber inherente de soportarlo. No obstante, la importancia del bien jurídico que se preserva puede atribuir al agredido la obligación de soportar la agresión del necesitado, basándose en un principio de solidaridad mínima. Esta obligación se basa en el deber de aceptar una acción salvadora cuando el riesgo afecta a bienes jurídicos de mayor valor.

5. PRESUPUESTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

De acuerdo con Villavicencio (2017), el estado de necesidad justificante se fundamenta en tres requisitos esenciales: (i) la situación de peligro actual, (ii) la acción necesaria y (iii) el elemento subjetivo.

5.1. Peligro actual:

En cuanto a la situación de peligro actual, se exige que este sea real e inminente. Esto quiere decir que, el peligro sea concreto e inmediato, lo cual asegura que la amenaza no es abstracta ni remota, sino que presenta una urgencia tangible que requiere una respuesta rápida. Aunado a ello, Caro & Reyna (2023) explican que, según Roxin, el concepto de "peligro actual" del estado de necesidad se distingue claramente de la "agresión actual" en dos aspectos fundamentales:

- a. En primer lugar, un peligro puede ser considerado actual, aun si el daño al bien jurídico no es inminente. Esto ocurre cuando es evidente que, sin una intervención inmediata, se perdería la posibilidad de enfrentar el peligro de manera efectiva, o hacerlo implicaría riesgos significativamente mayores.
- b. En segundo lugar, citando a Roxin, introduce el concepto de "peligro permanente". Este se describe como una situación de riesgo que se mantiene durante un extenso período de tiempo. . La característica distintiva del peligro permanente es su persistencia, lo que implica que el riesgo puede materializarse en cualquier momento, a diferencia de la agresión inmediata en la legítima defensa, que requiere una respuesta instantánea y directa. Este tipo de peligro puede no causar daño de inmediato, pero la posibilidad de que el daño ocurra sigue presente en cualquier momento.

5.2. Acción necesaria:

En cuanto a la acción necesaria, este implica que el sacrificio del interés de menor valor debe ser indispensable para la preservación del interés superior. La acción emprendida debe ser la única forma viable de proteger el bien que se pretende salvar, y no debe haber alternativas menos perjudiciales que puedan evitar el daño. En el caso que exista otra opción menos lesiva para evitar el mal inminente, la acción no se consideraría necesaria y, por ende, el estado de necesidad justificante no sería aplicable.

Este enfoque asegura que la justificación de la conducta bajo el estado de necesidad justificante no se convierta en un medio para legitimar acciones desproporcionadas, sino que se mantenga dentro de un marco ético y legal que respete el equilibrio entre los intereses en conflicto.

5.3. Elemento subjetivo:

En relación con el elemento subjetivo, el estado de necesidad exige que el individuo tenga conciencia de la situación de necesidad y una voluntad clara de defenderse para prevenir un daño grave Villavicencio (2006).

En otras palabras, el estado de necesidad implica que la persona, además de reconocer plenamente la situación de peligro inminente, debe también actuar con una voluntad firme y consciente para evitar un daño grave. Esto sugiere que la defensa no puede ser producto de un acto impulsivo, sino de una decisión razonada en función de la amenaza divisada.

6. REQUISITOS NORMATIVOS DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

Muñoz & García (2010) señalan tres requisitos del estado de necesidad justificante, y son los siguientes:

a. El mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar.

Según la legislación vigente, el estado de necesidad puede surgir en diferentes situaciones. En primera instancia, en aquellas situaciones donde se enfrentan bienes de diferente valor, como cuando se incurre en daños a terceros para preservar la vida propia o ajena. Por ejemplo, falsificar una receta para obtener un calmante para aliviar dolores intensos no guarda una relación directa con el peligro que se enfrenta, lo que dificulta aún más la comparación y la valoración de su relevancia. Y, en segunda instancia, en aquellas situaciones donde se enfrentan bienes de igual valor. Por ejemplo, al omitir salvar a una persona para preservar la vida de otra.

Lo descrito anteriormente requiere una evaluación inicial de los daños involucrados: el que está en riesgo de ocurrir y el que se está causando. Sin embargo, esta comparación no siempre es sencilla

debido a la naturaleza frecuentemente diversa de los bienes en cuestión. Dado esto, es necesario adoptar una interpretación más flexible del requisito de comparación y evitar una ponderación estricta de los bienes.

En situaciones de necesidad que involucran bienes iguales, esta comparación debe ser aún más amplia. En lugar de realizar una comparación rígida, es más apropiado considerar una "relación de adecuación": el estado de necesidad justificará una acción si esta es el medio adecuado para evitar el peligro, recordando que la necesidad del mal realizado es un aspecto clave en esta evaluación.

b. La situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Este principio es similar al que se aplica en el contexto de la legítima defensa, aunque con algunas diferencias. En el estado de necesidad, no es suficiente con haber realizado una acción que origine la situación de necesidad, como provocar un incendio, sino que es esencial que dicha situación haya sido creada intencionalmente. Este factor hace que sea prácticamente imposible excluir el estado de necesidad por la falta de este requisito, salvo en circunstancias muy excepcionales.

Por ejemplo, un conductor que, al manejar a alta velocidad, crea una situación en la que debe elegir entre chocar frontalmente con un camión o atropellar a un ciclista, puede invocar el estado de necesidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo intenta evitar que se reconozca el estado de necesidad en delitos imprudentes, argumentando que la provocación intencionada del riesgo equivale a la provocación intencionada de la situación de necesidad (Muñoz & García, 2010). Este enfoque también se aplica en casos donde el sujeto actúa bajo un síndrome de abstinencia debido a una adicción a las drogas, aunque en tales situaciones puede considerarse una

eximente completa o incompleta bajo el artículo 20 inciso 2 del CP.

Además, el requisito de no provocación intencionada también se extiende a terceros que actúan en calidad de "auxiliadores necesarios". Estos terceros pueden justificar su intervención si lesionan un bien jurídico para salvar, por ejemplo, la vida de alguien, sin tener conocimiento de que la situación de necesidad fue provocada intencionalmente por la persona que se está ayudando (como en el caso de un suicida) (Muñoz & García, 2010).

c. El necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

El principio de no exigibilidad de otro comportamiento es un concepto clave en el sistema jurídico, que regula tanto las causas de justificación como las de exclusión de la culpabilidad. Este principio establece que, en determinadas circunstancias, no se puede exigir a una persona que actúe de manera diferente a como lo hizo, especialmente cuando enfrenta una situación extrema o inevitable.

En el caso del estado de necesidad, que se clasifica como una causa de justificación, se asume que el individuo que actúa bajo esta condición no está obligado a soportar el peligro o la amenaza que enfrenta. En otras palabras, se considera que la persona no puede ser penalizada por elegir entre dos opciones igualmente perjudiciales cuando está tratando de evitar un daño mayor.

No obstante, si la situación de necesidad es una condición habitual y esperada dentro del ámbito de la profesión del individuo, como puede ocurrir en ciertas actividades laborales, entonces se asume que el individuo, en principio, tiene la obligación de soportarla. En estos casos, el estado de necesidad no se aplica de la misma manera, ya que se espera que el profesional maneje situaciones difíciles que forman parte de su trabajo sin recurrir a la justificación

del estado de necesidad.

Este principio, por lo tanto, establece un equilibrio entre la necesidad de proteger a las personas que enfrentan situaciones extremas y la responsabilidad que tienen dentro de sus contextos profesionales.

TERCER CAPÍTULO: ANÁLISIS DEL CASO MODELO

1. RESUMEN DEL CASO

Se trata de un proceso penal que inició el señor Emer Alexander Torres Vera, identificado con DNI 415736928, abogado de la empresa BOOT KALLPA S.A.C. contra el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos, señora Lourdes Elena Isabel Aguilar Novoa, señor Jaime Arturo Ricra Huamán y señor Omar León Gutiérrez, en su condición de FP en la empresa ESVICSAC, por el presunto delito de colusión, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado.

En la denuncia presentada por el abogado de la empresa BOOT KALLPA S.A.C., el señor Emer Alexander Torres Vera, alegó que a través de la Resolución de Gerencia General N° 011-2017-GG-ESVICSAC del 08 de junio del 2017, habrían declarado de oficio la nulidad del proceso de selección LP-SM-1-2017-ESVICSAC-1 “Adquisición anual de uniformes para el personal operativo que brinda servicios en las diferentes dependencias a nivel nacional 2017” (en adelante, La Licitación) a fin de favorecer al proveedor NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES E.I.R.L. sin haber sido elegido como la mejor propuesta económica y técnica, contraviniendo la normativa de contrataciones del Estado (art. 16.2).

2. TESIS DE LA FISCALÍA

El Segundo Despacho de la Fiscalía Anticorrupción del Callao imputó al señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos ser autor del delito de negociación incompatible (art. 399 CP), porque como Gerente General de la empresa estatal ESVICSAC se habría interesado directa e indebidamente en provecho de la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES E.I.R.L., pues con fecha 08 de junio de 2017 emitió la Resolución de Gerencia General N° 011-2017-GG-ESVICSAC,

declarando la nulidad de la Licitación, sustentando su decisión en que dicha licitación contenía especificaciones técnicas para uniformes de baja calidad; sin embargo, él mismo, mediante correo electrónico de 08 de junio de 2017 (20:21 horas) remitió a la Jefe del Departamento de Logística, señora Yanice Ramos Robles, los datos de la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES E.I.R.L. a fin de comprarle directamente uniformes con las mismas especificaciones técnicas (que supuestamente eran de baja calidad); además la empresa realizó la entrega de uniformes y zapatos los días 09 y 10 de junio de 2017, sin contar con orden de compra ni guías de remisión.

3. TESIS DE LA DEFENSA LEGAL DEL SEÑOR ELI AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS

Se estuvo imputando que con fecha 16 de mayo de 2017, el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos asumió el cargo de Gerente General de la empresa ESVICSAC y con fecha 08 de junio de 2017, emitió la Resolución de Gerencia General N° 011-2017-GG-ESVICSAC-1, declarando la nulidad de la Licitación, lo que supuestamente lo habría hecho por un interés propio en perjuicio de la institución.

Por su parte, El señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos indicó que la empresa ESVICSAC, mediante la Resolución de Gerencia General 001-2017-ESVICSAC/GG del 13 de enero de 2017, firmada por Julio Ponce de León Pino, quien era el Gerente General de ESVICSAC en esa fecha, aprobó el plan de contrataciones. Dicho plan incluía la compra de uniformes para el personal operativo que prestaba servicios a nivel nacional, con un presupuesto de S/ 3'270,052, a través de una licitación pública prevista para febrero de ese año. Posteriormente, el 30 de marzo de 2017, se aprobaron las bases de la Licitación.

Luego, con fecha 16 de mayo de 2017, se designó como nuevo Gerente General de ESVICSAC al señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos, quien al ser alertado que mediante la Licitación Pública 001-2017-ESVICSAC se estaban requiriendo adquirir muchos productos que ya existían en

el almacén de ESVICSAC, donde se apreciaba que existía un sobre stock de camisas, zapatos, útiles de escritorio, tóneres, tal es así que no cabían en el almacén y se depositaban en otros ambientes; es decir, se estaban volviendo a requerir en vano; es que declaró la nulidad de la misma conforme el MOF de la empresa que señala que el Gerente General tiene la facultad de poder declarar nulo los procesos de selección.

Además, los productos solicitados por el Área Usuaría el 02 de junio del 2017 y que se pretendían adquirir con la licitación anulada, eran de baja calidad. Dicha acción tuvo como sustento el Informe N° 28-2017-GO-ESVICSAC de fecha 02 de junio de 2017, remitido por el Gerente de Operaciones, el señor Omar León Gutierrez quien, en el párrafo segundo de su informe, literalmente señaló lo siguiente:

“es pertinente hacer de su conocimiento que, en dicho requerimiento, erróneamente se ha especificado la confección de los uniformes, calzados e implementos, con material diferente y de baja calidad”.

Asimismo, se basó también en el Informe N°032-2017-LEG-ESVICSAC, emitido por el Jefe de Departamento Legal, Jaime Arturo Ricra Huamán, con fecha 08 de junio de 2017, donde concluye que el proceso de selección habría contravenido el artículo 16.2 de la Ley de Contrataciones del Estado, opinando que se retrotraiga hasta la etapa de convocatoria. Adicionalmente, la empresa ESVICSAC no contaba con el presupuesto para pagar la buena pro.

Ello, conllevó a que el proceso de Licitación Pública se retrotraiga hasta la etapa de su convocatoria previa formulación del Expediente. Posteriormente, fue reanudada, cumpliéndose con lo establecido: reducción del valor del monto, evitando comprar bienes innecesarios y mejorando la calidad de las especificaciones técnicas.

- El proceso de Licitación anulado, que fue convocado el 30 de marzo de 2017, se contaba con un valor estimado de S/ 3'403,788.40

soles.

- En cambio, en la Reanudación de Licitación Pública, el monto fue de S/ 1'281,083.20; verificando así, la disminución de S/ 2'122,705.20.

Por otro lado, se estuvo imputando también al señor Eli Augusto De Los Ríos haber anulado la Licitación Pública para posteriormente realizar una compra directa menor a 8UIT a la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES E.I.R.L (supuesto beneficiado), a través de los requerimientos N° 229, 230 y 231-2017-GO-ESVICSAC, sin tener los previamente los requisitos formales para ello: requerimiento, órdenes de compra y/o documentos correspondientes.

El reproche inicial se basó en que estos nuevos requerimientos contaban con las mismas especificaciones técnicas de la Licitación Pública anulada; y que, con fecha 09 y 10 de junio de 2017, la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES E.I.R.L entregó los uniformes requeridos; pese a que dicho proveedor no había presentado aún las cotizaciones solicitadas por el área de logística; estos fueron regularizados con posterioridad. En otras palabras, le imputan haberse interesado en favor de la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES E.I.R.L con la finalidad de defraudar al Estado.

Al respecto, el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos señaló que con fecha 26 de junio de 2017, ESVICSAC celebró el Contrato N° 4000003738, de prestación de servicios de seguridad y vigilancia privada a la Oficina Principal y otras instalaciones de PETROPERÚ S.A. mediante el cual se comprometía a proveer al personal asignado de esa empresa sus implementos respectivos. La vigencia de dicho contrato inició desde el 03 de mayo de 2017, con un plazo de ejecución de 6 meses. El contrato también señalaba que por cada día de retraso se pagaría una penalidad hasta un máximo equivalente del 10% del monto contractual.

Posteriormente, con fecha 06 de junio de 2017, el Contrato N° 4000003738 entre PETROPERÚ y la empresa ESVICSAC entró en vigencia. En consecuencia, PETROPERÚ envió la Carta SSS0-101-2017 señalando que en caso de no cumplir con la entrega de vestimentas de invierno (uniformes) a las 94 personas que habían destacado a dicha institución, dentro de las 48 horas, se tendría que pagar una penalidad que asciende a S/ 11,421.00 por día.

Cabe señalar que, con fecha 30 de marzo de 2017 se convocó el Proceso de Licitación Pública LP-SM-1-2017-ESVICSAC-1, la cual contaba con el siguiente cronograma:

Convocatoria	30 de marzo de 2017
Registro de participantes	31 de marzo de 2017
Formulación de consultas y observaciones	31 de marzo de 2017
Absolución de consultas y observaciones	21 de abril de 2017
Integración de bases	24 de mayo de 2017
Presentación de ofertas	05 de junio de 2017
Evaluación y calificación de ofertas	06 de junio de 2017
Otorgamiento de la buena pro	08 de junio de 2017

Sin embargo, el comité de selección, conformado por María Rosa Vergaray Vergaray (presidenta), Renán Guevara Cubas y Jessica Milagros Zorrilla Sisniegas realizaron al menos 6 postergaciones de las fechas del cronograma que inicialmente se había establecido. Con ello, el nuevo cronograma pasó a ser:

Presentación de ofertas	09 de junio de 2017
Evaluación y calificación de ofertas	12 y 13 de junio de 2017
Otorgamiento de la buena pro	14 de junio de 2017

De respetarse el cronograma y que no hubiese existido constantes postergaciones; ESVICSAC hubiese podido ejecutar el Contrato N° 4000003738 dentro del plazo estipulado; sin embargo, no fue así.

Es por ello que, debido a la situación de emergencia que atravesaba ESVICSAC (evitar la aplicación de una penalidad), se realizó una compra directa menor a 8UIT. Es decir, se contrató a la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES E.I.R.L, la cual era la empresa que atendía de inmediato los requerimientos solicitados y además ofrecía a un menor costo, a diferencia de las otras empresas.

Con fecha 09 y 10 de junio de 2017, NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES E.I.R.L hizo la entrega de uniformes y calzados, a pesar de que no contaba con requerimiento, órdenes de compra ni documentos correspondientes (ahondar más en esto). Esto se realizó así con la finalidad de evitar pagar una penalidad de S/ 342,630.00 a la empresa PETROPERÚ y así evitar un perjuicio económico a la empresa ESVICSAC. Posteriormente, esto se regularizó mediante Orden de Compra N°000000101-2017 de fecha 23 de junio de 2017 por el monto de S/ 23,649.80.

Entonces, el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos se cuestiona que cómo se puede defraudar al Estado si, en primer lugar, la anulación de la Licitación Pública mediante la Resolución de Gerencia General N° 011-2017-GG-ESVICSAC tuvo como finalidad brindar una seguridad a la misma, y evitar el perjuicio económico a la empresa. Además, a ninguna de las empresas participantes, se les restringió su derecho, menos se le perjudicó, porque se reanudó el proceso de Licitación Pública, reformulando las bases de la convocatoria. Y, en segundo lugar, la compra directa menor a 8 UIT sin los requisitos formales como requerimiento, cotización, orden de servicios, entre otros, no lo realizó con la finalidad de beneficiar a la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES E.I.R.L, sino con la finalidad de evitar se aplique una penalidad a la empresa ESVICSAC por la suma de S/342,630.00.

Ahora bien, respecto al delito de negociación incompatible, en todo el

proceso demostramos que el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos estuvo cumpliendo con sus labores de Gerente General de ESVICSAC y en atención a los informes remitidos por el Gerente de Operaciones, el señor Omar León Gutierrez, y por el Jefe del Departamento Legal, el señor Jaime Arturo Ricra Huamán, decide emitir la Resolución de Gerencia General N°011-2017-GG-ESVICSAC, de fecha 08 de octubre de 2017 que declaró la nulidad de la Licitación, demostrándose que su accionar ha sido diligente, y ha actuado de manera oportuna, sobre todo en beneficio de la empresa evitando pagar una penalidad S/342,630.00 a PETROPERÚ, comprando a NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES E.I.R.L. a un costo menor que todas las empresas cotizadas. Por otro lado, con respecto a la Reanudación de la Licitación Pública, se mejoró la evaluación técnica, las especificaciones técnicas, el monto valorizado, entre otras cuestiones.

3.1. ROL DE LA BACHILLER EN EL CASO:

En el conocimiento del expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01 que recayó en el estudio de abogados Rodas & Asociados E.I.R.L, en mi calidad de practicante y asistente legal, tuve la oportunidad de recabar información que refuerce la tesis de defensa, tales como la recabar la jurisprudencia, la revisión de bibliografía en causas de justificación, de delitos funcionariales.

Asimismo, en mi calidad de asistente legal trabajé en el proyecto de escrito, bajo la dirección del abogado Carlos Ernesto Rodas Vera, socio director del estudio jurídico en el cual me desenvuelvo.

Por otro lado, me encargué de participar en las reuniones realizadas con el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos a fin

de obtener sus descargos respecto a las imputaciones específicas que se realizan en su contra, asimismo, para ponerlo al tanto del estado situacional de su caso.

4. POSTURA FINAL DE LA CORTE SUPREMA

El proceso penal continuó hasta la Sala Suprema Penal Permanente (Expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01) donde se llegó a resolver con una sentencia de casación favorable para el señor Eli Augusto Caqui De Los ríos.

El Recurso de Casación 123-2023, Callao (ponente: Cesar San Martín Castro) señaló, entre otros, lo siguiente:

Respecto al tipo delictivo de negociación incompatible, este exige como uno de sus elementos objetivos el interés indebido en un contrato o en una operación determinada, de carácter negocial o patrimonial, a su cargo —en cualquiera de sus fases— con el fin de obtener un provecho

propio o para tercero. Como no es un delito de daño económico o de resultado de lesión, solo se exige al interés indebido en un contrato u operación, ni siquiera una participación efectiva en el negocio y, menos, un concierto con un tercero; solo que el agente actúe con una tendencia final de obtener un beneficio económico, propio o ajeno.

Así también señala que, es de asumir la clásica definición de interés indebido de CARLOS CREUS: *“interesarse 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 [...]”*. Asimismo, no es necesario que el interés particular tenga que aparecer como contrapuesto al de la Administración; es más, se dará igualmente el delito, aunque el interés esté constituido por una pretensión que benefició rotundamente a aquélla.

Y, respecto al caso, la adquisición directa a la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES, por un monto inferior a 8UIT estaba en función al reclamo de Petroperú Sociedad Anónima. Lo ocurrido con la Licitación Pública LP-SM-1-2017-ESVICSAC –el inicio del procedimiento y su ulterior anulación– no está conectada a la adquisición directa a la empresa Nexo Soluciones Empresariales. Una cosa es dilucidar si la anulación fue jurídico administrativamente correcta –lo que no es de competencia de la jurisdicción penal–, respecto de la cual aparecen determinados cuestionamientos, y otra muy distinta es si la adquisición directa a la aludida empresa concretó un interés indebido, sin que en su análisis deba incorporarse el porqué de la nulidad de la licitación y la legalidad de declaración administrativa. Es impertinente sostener que se efectuó una indebida parcelación del monto de la licitación para dar lugar a un pago anticipado a una determinada persona jurídica.

TERCERA PARTE: TOMA DE POSTURA Y CONCLUSIONES

1. Contrastación de hipótesis

Conforme lo desarrollado en el presente trabajo hemos podido apreciar que para que podamos hablar de un estado de necesidad justificante es necesario tres presupuestos: el peligro actual, la acción necesaria y el elemento subjetivo.

En el caso del expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01, materia del presente trabajo, el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos, en calidad de FP (Gerente General de ESVICSAC) realizó una compra directa menor de 8 UIT a la empresa NEXO SOLUCIONES E.I.R.L., sin tener previamente un requerimiento, una cotización, una orden de servicio, una guía de remisión, entre otros documentos formales con la única intención de evitar una penalidad contra su institución, ESVICSAC. En efecto, en un plazo no mayor de 48 horas, ESVICSAC tenía que abastecer al personal de PETROPERÚ de los implementos respectivos, tales como vestimentas de invierno (uniformes). En caso no cumpliera con ejecutar lo acordado mediante el Contrato N° 4000003738 se iba a ejecutar una penalidad ascendente a S/ 342,630.00 soles. Entonces, aquí estamos hablando de un peligro real, inminente, concreto e inmediato que requería una respuesta rápida; por lo que el primer presupuesto del estado de necesidad justificante si se aplica en esta ocasión.

Asimismo, respecto a la acción necesaria como segundo presupuesto; la compra directa menor de 8 UIT a la empresa NEXO SOLUCIONES E.I.R.L. sin tener previamente los requisitos formales para una compra de esta índole era la única forma viable y menos lesiva de proteger el patrimonio económico del Estado (ESVICSAC). No obstante, en el presente caso se advierte que tanto el bien jurídico a proteger y el bien jurídico a desdeñar tiene una relación directa con el Estado; por tanto, tienen como un bien jurídico general el correcto funcionamiento de la administración. En consecuencia, es menester diferenciar los bienes jurídicos a desdeñar y proteger. Por un lado, tenemos el deber del FP de cumplir con las formalidades para la adquisición de bienes a través de una compra directa menor a 8 UIT como un primer bien jurídico; por otro lado, salvaguardar el patrimonio económico del Estado como un segundo bien jurídico de contenido patrimonial. En este conflicto de bienes

jurídicos diferentes, el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos accionó en virtud que consideró que salvaguardar el patrimonio económico del Estado fue un bien jurídico mayor al de salvaguardar el cumplimiento de las formalidades para la adquisición de bienes, más aún cuando se trató de una compra directa menor a 8 UIT (estamos hablando de una compra menor a S/ 32,400.00 soles en aquel entonces). Con ello, se evitó una penalidad mayor a S/ 342,630.00 soles en perjuicio de ESVICSAC. Por lo tanto, el segundo presupuesto del estado de necesidad justificante también se aplicó en el presente caso.

Aunado a ello, respecto al elemento subjetivo; tal como se señaló, el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos actuó en base a tener conocimiento de una inminente penalidad contra la empresa ESVICSAC por la suma de S/ 342,630.00 soles y con la única finalidad de evitar el daño grave al patrimonio económico del Estado. En consecuencia, el tercer presupuesto del estado de necesidad justificante concurre en el caso.

Ahora bien, el estado de necesidad justificante no solo debe cumplir con ciertos presupuestos; sino también, con requisitos legales que señala nuestro CP; estos son: que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, y que el necesitado no tenga obligación de sacrificarse por su oficio o cargo.

Respecto al primer requisito, sobre que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar; en el caso práctico, el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos omitió cumplir con los requisitos formales de una compra de bienes (uniformes) a través de una compra directa no mayor a 8 UIT con la finalidad de evitar una penalidad de S/ 342,630.00 soles, evitando así un perjuicio a la empresa ESVICSAC. Como se puede apreciar, la falta de cumplimiento de requisitos formales para la compra de bienes no fue un daño mayor del que se evitó, más aún cuando ello se regularizó posteriormente.

Respecto al segundo requisito, sobre que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. En el caso práctico se demostró que dicha penalidad fue consecuencia de que el Comité de Selección del Proceso de Licitación Pública LP-SM-1-2017-ESVICSAC-1,

compuesta por terceras personas y no por el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos, no respetó el cronograma preestablecido, ejecutando constantes postergaciones al mismo y generando un nuevo cronograma. Caso contrario, ESVICSAC hubiese podido ejecutar el Contrato N° 4000003738 dentro del plazo estipulado.

Finalmente, respecto al tercer requisito, sobre que el necesitado no tenga obligación de sacrificarse por su oficio o cargo; el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos tenía el cargo de Gerente General en la empresa ESVICSAC y no tenía dentro de sus obligaciones asumir económicamente en caso entre en vigencia alguna penalidad en contra de su institución.

De lo expuesto en los párrafos anteriores, y constatado tanto los presupuestos y requisitos del estado de necesidad justificante en el caso, se contrasta nuestra hipótesis ya que hemos podido apreciar que la situación concreta es cuando un FP o SP interviene en un contrato donde participa por razón de su cargo para evitar la ejecución de penalidades contra su institución, pese no tener orden de compra ni guía de remisión. Se entiende de esta manera como una causa de justificación debido a que fue el único medio adecuado para evitar el peligro evidente contra su institución; por lo que, en estas situaciones, se debería eximir de responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible a aquel FP o SP que haya actuado en pro de su institución.

2. Conclusiones

- a) Como hemos apreciar en el expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01, la situación concreta de estado de necesidad justificante en las que actuó el FP o SP a favor de su institución que excluyó el delito de negociación incompatible es cuando el señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos, Gerente General de la empresa ESVICSAC, intervino en un contrato de menor cuantía donde participó por razón de su cargo para evitar la ejecución de una cuantiosa penalidad contra su institución, pese no tener los requisitos formales para ello. Se entiende de esta manera como una causa de

justificación debido a que fue el único medio adecuado para evitar el peligro evidente contra la empresa ESVISCAC; por lo que, en esta situación, se debe eximir de responsabilidad penal por el delito de negociación incompatible al señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos, gerente general de la empresa ESVICAC, toda vez que actuó en pro de su institución.

- b) Los presupuestos para la aplicación del estado de necesidad justificante son tres presupuestos: el peligro actual, la acción necesaria y el elemento subjetivo. Adicionalmente, el estado de necesidad justificante también cuenta con requisitos legales para su aplicación, estos son: que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, y que el necesitado no tenga obligación de sacrificarse por su oficio o cargo.

3. Propuesta de solución del problema: Recomendaciones

Recomiendo y propongo al Poder Judicial que tome en cuenta el presente caso para sus futuros pronunciamientos, dado que en el expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01 sí se debió considerar que en señor Eli Augusto Caqui De Los Ríos realizó ciertas conductas impropias, las cuales se pueden subsumir en el delito de negociación incompatible; sin embargo, al actuar defendiendo los intereses de la empresa ESVICSAC, donde ocupó el cargo de Gerente General, se circunscribió dentro de los requisitos y presupuestos del estado de necesidad justificante.

Recomiendo que, para referirnos al estado de necesidad justificante, se debe considerar la concurrencia de presupuestos y requisitos previstos en el artículo 20 numeral 4 de nuestro Código Penal peruano.

4. Beneficios que aporta la propuesta

Uno de los beneficios que aporta este trabajo es considerar la no punición cuando un FP (sujeto activo del delito de negociación incompatible) actúe en favor de su institución al que cuyo deber precisamente es cuidar y proteger.

Con ello, evitamos crear un mayor ámbito de punición y extender barreras punitivas del Estado; recordando así que, el Derecho Penal actúa como última ratio a fin de asegurar los bienes jurídicos protegidos por El Estado; y no en primera instancia.

Finalmente, con el presente trabajo se propone desinhibir la actuación del FP en salvaguarda de las arcas de las instituciones públicas que dirijan y protegen.

REFERENCIAS

- Abanto, M. A. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano* (2.^a ed.). Palestra Editores S.R.L.
- Caro, D. C., & Reyna, L. M. (2023). *Derecho Penal: Parte General* (1.^a ed.). Escuela de Derecho LP S.A.C.
- García, P. (2017). *Cómo se aplica realmente la teoría del delito. Un enfoque a partir del análisis de los casos jurisprudenciales*. Gaceta Jurídica.
- García, P. (2019). *Derecho Penal: Parte General* (3.^a ed.). Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Muñoz, F., & García, M. (2010). *Derecho Penal: Parte General* (8.^a ed.). TIRANT LO BLANCH.
- Prado, V. (2017). *Derecho Penal. Parte Especial: Los delitos*. Fondo Editorial PUCP.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública* (4.^a ed.). Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Sánchez, J. U., & Ugaz, F. (2017). *Delitos económicos , contra la administración pública y criminalidad organizada*. Fondo Editorial PUCP.
- Villavicencio, F. A. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley.
- Villavicencio, F. A. (2017). *Derecho Penal Básico* (2.^a ed.). Fondo Editorial PUCP.

ANEXOS

Jurisprudencia:

- ANEXO A Casación 1571-2021/Ayacucho
- ANEXO B Casación 49-2019/Ayacucho
- ANEXO C Casación 1946-2019/Junín
- ANEXO D Casación 1059-2018/Huánuco
- ANEXO E Casación 231-2017/Puno
- ANEXO F Recurso de Nulidad 253-2012/Piura
- ANEXO G Recurso de Nulidad 2770-2011/Piura

Actuados del expediente N° 00273-2023-0-5001-SU-PE-01

- ANEXO H Cargo de Recurso de casación interpuesto con fecha 23.11.2022.
- ANEXO I Resolución S/N del 13.11.2023, que adjunta Sentencia de Casación 123-2023, Callao

ANEXO A



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N.º 1571-2024 AYACUCHO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE
SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas
SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: CARBAJAL CHAVEZ NORMA
BEATRIZ / Servicio Digital
Fecha: 20/05/2024 09:27:11 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA /
LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: SAN MARTIN
CASTRO CESAR EUGENIO
/ Servicio Digital
Fecha: 21/05/2024 12:36:04 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: ALTABAS KAJATT
DE MILLA MARIA DEL CARMEN
PALOMA / Servicio Digital
Fecha: 20/05/2024 19:39:35 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: PENA FARFAN
Saul FAU 20159981216 soft
Fecha: 20/05/2024 12:56:43 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: ALVAREZ
TRUJILLO GUSTAVO / Servicio
Digital
Fecha: 21/05/2024 15:37:23 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala -
Suprema SALAS CAMPOS PILAR
ROXANA / Servicio Digital
Fecha: 23/05/2024 12:22:25 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Negociación incompatible. Interés indebido

(i) El interés indebido en el delito de negociación incompatible importa, de parte del agente oficial, un aprovechamiento del cargo vinculado a contratos u operaciones estatales, que puede comprender un interés inicial y un interés posterior, de forma excluyente o concurrente, esto es, no necesariamente implica un contenido económico patrimonial, y debe evaluarse en cada caso en particular.

(i) Nos encontramos frente a duda razonable cuando la evidencia probatoria no logra generar en el juzgador un grado de certeza suficiente que permita enervar la presunción de inocencia del procesado; en cambio, nos encontramos frente a insuficiencia probatoria cuando no existe evidencia probatoria o esta se encuentra incompleta, lo cual impide al juzgador realizar la valoración correspondiente

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiuno de mayo de dos mil veinticuatro

VISTOS: en audiencia pública¹, el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** (foja 313) contra la sentencia de vista, del veintinueve de marzo de dos mil veintiuno (foja 293), que confirmó la sentencia contenida en la Resolución n.º 6, del cuatro de febrero de dos mil veinte (foja 96), que absolvió a Yonel Humberto Urquiaga Yparraguirre, César Raúl Changa Campos y Catalino Eliberto Antezana Guillén de la acusación fiscal por el delito de negociación, con relación al hecho dos: Procesos CAS n.º 007-2017-GRA-DREA-UGEL/OA-APER —contratación de un personal responsable de imagen institucional— y n.º 002-2017-GRA-DREA-UGELL/OA-APER —contratación de

¹ Realizada a través del sistema de videoconferencia, donde existió una interacción visual y auditiva simultánea, bidireccional y en tiempo real, sin ningún obstáculo; además, no hubo necesidad de que las partes concurren, en forma física, a las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República.

un personal para apoyo en asesoría jurídica—, en agravio del Estado-Unidad de Gestión Educativa Local de Lucanas, y revocó la sentencia en el extremo condenatorio; consiguientemente, absolvió de la acusación fiscal a Yonel Humberto Urquiaga Yparraguirre, César Raúl Changa Campos y Catalino Eliberto Antezana Guillén por la conducta punible de negociación incompatible (ilícito penal previsto en el artículo 399 del Código Penal), con relación al hecho uno: Proceso CAS n.º 002-2017-GRA-DREA-UGELL/OA-APER —contratación del especialista en procesos administrativos disciplinarios—, en agravio del Estado-Unidad de Gestión Educativa Local de Lucanas; revocó la pretensión resarcitoria que por concepto de reparación civil impuso la suma de S/ 22 800 (veintidós mil ochocientos soles) y, reformándola, declaró infundada la pretensión postulada por el actor civil; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Según el requerimiento de acusación subsanado (foja 118 del expediente judicial), se imputó lo siguiente:

Circunstancias Concomitantes:

Se imputa a Yonel Humberto Urquiaga Yparraguirre (Director del Área de Gestión Institucional) - Miembro del Comité de Contratación, César Raúl Changa Campos (Director del Área de Administración de la UGEL Lucanas) - miembro del Comité de Contratación y Catalino Eliberto Antezana Guillén (Especialista Administrativo - Personal) - miembro del Comité de Contratación, en la contratación de personal para la Unidad de Gestión Educativa Local de Lucanas en el Proceso CAS N° 002-2017, haberse interesado indebidamente de forma directa al haber contratado a José Luis Huamán Herrera en el puesto de Especialista en Procesos Administrativos

Disciplinarios en el Área de Administración UGEL Lucanas - Puquio, pese a que no cumplía con los requisitos del perfil de puesto referente a los años de experiencia general y específica requerida en el perfil del puesto [...].

Es decir, los miembros del Comité otorgaron a José Huamán Herrera la puntuación de 15 en el ítem "Experiencia laboral" (el cual incluso es un requisito mínimo obligatorio según las bases administrativas), cuando José Huamán Herrera sólo acreditó tener experiencia específica por el periodo de 7 meses y 16 días, pese a que el perfil requería que el postulante posea una experiencia específica de 1 año [...] [sic].

Segundo. El Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, mediante sentencia del cuatro de febrero de dos mil veinte (foja 96), con relación al hecho n.º 02: Procesos CAS n.º 007-2017-GRA-DREA-UGEL/OA-APER —contratación de un personal responsable de imagen institucional— y n.º 002-2017-GRA-DREA-UGEL/OA-APER —contratación de un personal para apoyo en asesoría jurídica—, resolvió absolver a Yonel Humberto Urquiaga Yparraguirre, César Raúl Changa Campos y Catalino Eliberto Antezana Guillén de la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible, en agravio del Estado-Unidad de Gestión Educativa Local de Lucanas. Asimismo, con relación al hecho uno: Procesos CAS n.º 002-2017-GRA-DREA-UGEL/OA-APER —contratación del especialista en procesos administrativos disciplinarios—, los condenó como autores del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado-Unidad de Gestión Educativa Local de Lucanas; en consecuencia, le impuso a cada sentenciado tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, bajo reglas de conducta; inhabilitación por el plazo de cuatro años, conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, y 180 días-multa; y fijó la suma de S/ 22 800 (veintidós mil ochocientos soles) por concepto de reparación civil.

Tercero. La sentencia de primer grado fue apelada por el representante del Ministerio Público en el extremo absolutorio y por la defensa de los procesados en el extremo condenatorio. Luego, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, mediante sentencia de vista, del veintinueve de marzo de dos mil veintiuno (foja 293), confirmó la sentencia absolutoria respecto de los procesados Yonel Huberto Urquiaga Iparraguirre, Cesar Raúl Changa campos y Catalino Eliberto Antezana Guillén – extremo no cuestionado en casación- y revocó la sentencia en el extremo condenatorio y, reformándola, absolvió a los precitados de la acusación fiscal, revocó la pretensión resarcitoria y declaró infundada la pretensión civil, básicamente, invocando los siguientes argumentos:

RESPECTO AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO POR EL CUAL SE CONDENA A LOS PROCESADOS RELACIONADOS AL CONTRATO DE JOSÉ LUIS HUAMÁN HERRERA EN EL CARGO DE ESPECIALISTA EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS EN EL ÁREA DE ADMINISTRACIÓN UGEL LUCANAS.

4.3. Proceso CAS N° 002-2017-GRA-DREA-UGELL/OA-APER, sobre la contratación de José Luis Huamán Herrera en el Área de Especialista en Proceso Administrativo Disciplinario.

4.3.1. Contrariamente a lo decidido en el caso de los contratos de Vanesa Eteldita Anampa Huachaca y de Emilio Rito Palomino Alfaro, el A quo condena a los acusados Yonel Humberto Urquiaga Iparraguirre, César Raúl Changa Campos y Catalino Eliberto Antezana Guillén, por la contratación de José Luis Huamán Herrera en el Área de Especialista en Proceso Administrativo Disciplinario, cuando al igual que en el caso de Emilio Rito Palomino Alfaro el expediente administrativo de contratación, se encontraba incompleto, no obrando el *curriculum vitae*, acreditando solo una experiencia específica de tres meses bajo el argumento de que "...empero para este juzgado, existe duda acerca del tiempo de experiencia laboral del postulante, en la medida que el expediente está incompleto, no obra el *curriculum vitae*...".

4.3.2. Asimismo en relación al contrato de la postulante Vanesa Etelmita Anampa Huachaca, el A quo también consideró que el *curriculum vitae* [...] no se encontraba completo por existir faltantes, de quien se dijo que si bien no alcanzaba los 15 puntos de experiencia laboral; sin embargo no era posible predicar fuera de toda duda razonable, que los acusados se hayan interesado en la contratación de dicho personal, por no existir prueba idónea de la cual no se desprenda el interés indebido de los acusados y al no haber actuado el representante del Ministerio Público prueba alguna que revele una exteriorización del interés indebido por no existir la hoja de vida de la postulante, ni la publicación de los resultados finales, donde hayan intervenido los acusados.

4.3.3. De lo antes referido se aprecia que el A quo, al efectuar el análisis del caso, no aplicó el mismo trato argumentativo en relación al proceso de contratación de José Huamán Herrera; por cuanto también existió faltantes de folios del contrato administrativo, pero a criterio del Juez no era relevante por considerar que era poco probable que antes de obtener el bachillerato haya tenido experiencia laboral específica.

4.3.4. Según las Bases del Proceso CAS N° 002-2017-GRA-DREA-UGELL/OA-APER, se establecía como requisito tener experiencia general mínima de dos (02) años en sector público y/o privado; y, experiencia específica mínima de un (01) en sector público, las cuales tenían un peso de 15 puntos. En tal efecto el postulante José Luis Huamán Herrera presentó su *curriculum vitae* en un sobre cerrado, mediante Carta N° 001 de fecha 17 de enero de 2017, donde en el rubro de experiencia laboral acreditó haber laborado como secretario legal en el Estudio Jurídico Conca Huamán del 06 de enero hasta 19 de diciembre de 2014 (11 meses y 13 días) y del 05 de enero al 18 de diciembre de 2015 (11 meses y 13 días) y como personal de procesos administrativos disciplinarios de UGEL Lucanas del 16 de junio hasta 31 de diciembre de 2016 y conforme a la adenda de contrato administrativo de Servicios N° 016-2017 del 02 de enero al 31 de enero de 2017. Estando a lo antes referido el A quo descarta por completo que el postulante José Luis Huamán Herrera haya tenido otra experiencia laboral específica, sin tener en cuenta de que existe un espacio en los meses de

enero, febrero, marzo, abril y mayo 2016 en que pudo tener un adicional de experiencia laboral, frente a ello no puede cerrar toda posibilidad de adicionar experiencia laboral, tanto más que las bases del concurso no precisa si la experiencia laboral tendría que ser luego de la obtención del grado de Bachiller; lo que hace poner en duda el récord de experiencia laboral específica, más aún si se ha acreditado que existen faltantes de folios del expediente administrativo, al igual que los otros postulantes.

4.3.5. Por otro lado, el *A quo* en relación al mismo postulante Huamán Herrera, refiere que no se ha ofrecido prueba alguna para su actuación en juicio oral con el cual acredite mayor tiempo de experiencia laboral y que a su criterio solo estaría acreditado como experiencia específica las labores desarrolladas en la UGEL Lucanas de 16 de junio al 31 de diciembre 2016, por lo que apenas tendría 6 meses y 15 días de experiencia laboral; sin embargo conforme a lo indicado por la defensa de los acusados se ha omitido valorar la Addenda de contrato administrativo de Servicios N° 016-2017 con vigencia del 02 de enero al 31 de enero de 2017 en el cargo de personal de Procesos Administrativos Disciplinarios de la UGEL Lucanas, la cual se ha ofrecido como medio probatorio en el juicio oral, con ello acreditaría un adicional de un mes de experiencia laboral específica, sumando 7 meses y 16 días y conforme lo dijo el Ministerio Público en esta audiencia, aún con ello no alcanzaría el requisito del año de experiencia laboral; empero, dado que no están completos los folios del proceso de contratación no es posible llegar a una certeza concluyente que no tenga más tiempo de labor específica; lo que de por sí solo genera duda respecto al cumplimiento del requisito de experiencia laboral del postulante y con ello poner en cuestión la responsabilidad de los acusados; toda vez que para emitir un juicio de condena conlleva a tener una absoluta claridad más allá de toda duda razonable basada en parámetros objetivos y racionales conforme se precisa en la sentencia plenaria vinculante.

4.3.6. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo tiene como verbo rector del tipo penal el término interesar, que significa 'atañer', 'concernir', 'incumbir', 'comprometer' o 'importar algo',

por ello, se destina la voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este 'importar o interesar' es en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de otros, siendo así el interesarse indebidamente debe entenderse como un desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública, pero a la vez representa intereses particulares, con los cuales pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la Administración pública.

43.7. Por ello el interés que se revela a través de actos objetivos puede darse en la etapa de la negociación, durante la suscripción, en su ejecución o en la liquidación del contrato u operación; en ese sentido en el presente caso en relación a este último postulante y en los otros dos postulantes ya mencionados, no se ha acreditado los actos objetivos del interés que tuvo, sea con conversaciones u otro acto, trato o compromiso que hayan mantenido los acusados para favorecerle a cambio de cierta ventaja económica indebida en su favor o a favor de otros; si se tiene en cuenta que el postulante Huamán Herrera fue el único postor para la plaza de Especialista en Procesos Administrativos Disciplinarios en el Área de Administración UGEL Lucanas; en consecuencia, no se aprecia actos desplegados con un comportamiento doloso atribuible a los encausados, por lo que al no reunir la conducta de todos los elementos constitutivos del tipo penal juzgado, no es posible emitir un juicio de condena, no habiéndose llegado a desvanecer la presunción de inocencia que le asistió a los acusados; resaltando además que el referido postulante ya venía laborando como personal, de procesos administrativos disciplinarios de la UGEL Lucanas, la misma plaza convocada a concurso, de lo cual se entiende que ya reunía el perfil necesario para ocupar la plaza convocada; por lo tanto, debe revocarse la condena y pena contra los recurrentes, por no acreditarse de que no existió tanto el elemento objetivo de "interés indebido"

y el elemento subjetivo del dolo, así como que los elementos de prueba no son suficientes para una sentencia condenatoria en todo caso podría admitirse otras posibilidades de responsabilidad administrativa por parte de los acusados, más aún si la acusación fiscal no estableció las proposiciones fácticas respecto a todos los elementos del indicado tipo penal para que puedan ser susceptibles de prueba y permitir su control empírico para emitirse una sentencia condenatoria.

II. Motivos de la concesión del recurso de casación

Cuarto. Este Tribunal Supremo, mediante resolución del once de diciembre de dos mil veintitrés (foja 137 del cuadernillo formado en esta instancia suprema), concedió el recurso de casación propuesto por el representante del Ministerio Público por las causales previstas en los numerales 1 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

III. Audiencia de casación

Quinto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el veintinueve de abril del año en curso (foja 144 del cuadernillo formado en esta instancia), la cual se realizó con la intervención de la parte recurrente, quien expuso los argumentos propuestos en su recurso de casación, con lo que la causa quedó expedita para emitir pronunciamiento.

IV. Fundamentos de derecho

Sexto. El representante del Ministerio Público en su recurso de casación cuestionó la sentencia de vista, en el extremo que revocó la sentencia de primera instancia que condenó a los procesados Yonel Humberto Urquiaga Yparraquirre, César Raúl Changa Campos y Catalino Eliberto Antezana Guillén y reformándola los absolvió de la acusación fiscal.

Alegó concretamente que la Sala Superior erróneamente asevera que el elemento normativo “interés indebido” del tipo penal de negociación incompatible tiene una manifestación económica o patrimonial, lo cual modifica la postura jurisprudencial; asimismo, erróneamente aplica de forma coetánea las categorías procesales “insuficiencia probatoria” y “duda razonable” e incurre en motivación insuficiente para explicar la racionalidad sobre la aplicación simultánea de ambas categorías.

Séptimo. Este Supremo Tribunal, como garante de los derechos, principios, bienes y valores constitucionales y actuando como última instancia de la jurisdicción ordinaria, admitió el recurso de casación propuesto para desarrollo de doctrina jurisprudencial sobre lo siguiente: **1)** establecer si el elemento “interés indebido” del tipo penal ostenta o debe necesariamente manifestarse con un contenido económico patrimonial o, si por el contrario, este podría manifestarse en interés extrapatrimonial o extraeconómico; **2)** establecer el alcance conceptual de las categorías “duda razonable” e “insuficiencia probatoria” y, si entre ellas existe una relación de equivalencia —o sinonimia— o de exclusión, tanto más si ambas son aplicadas en simultáneo, sin una suficiente motivación que pudiera importar la inobservancia de la garantía de la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Octavo. Respecto al interés indebido en el delito de negociación incompatible, en la Casación n.º 307-2019/Áncash, del siete de febrero de dos mil veintitrés, que reitera el sentido de las Casaciones n.º 396-2019/Ayacucho, del nueve de noviembre de dos mil veinte, y n.º 180-2020/La Libertad, del siete de diciembre de dos mil veinte, este Tribunal Supremo expresó lo siguiente:

3. Solo se requiere que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto; es decir, el comportamiento descrito en el tipo penal describe una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico; se sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico. Luego, el logro de un beneficio económico, propio o de un tercero, no forma parte del tipo penal; no se exige un resultado de lesión o un resultado de peligro (peligro concreto), solo ha de probarse la tendencia final del mismo hacia ese logro —no solo se exige el dolo sino además un elemento subjetivo de tendencia: búsqueda de un provecho propio o de un tercero—.

4. El aludido tipo delictivo puede calificarse, incluso, como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión —ambos tienen su fundamento en deberes especiales atribuidos a los agentes oficiales y están vinculados a contratos u operaciones estatales—, pero protege el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flaqueo —no de las normas principales— en relación al mismo bien jurídico. Es, por tanto, un injusto parcial en relación con el delito de colusión.

5. Desde la acción típica, el interés indebido —directo o indirecto—, entendido siempre económicamente a tono con el objeto del tipo penal —incluso de su fuente argentina, artículo 265 originario del Código Penal—, importa de parte del agente oficial un aprovechamiento del cargo —un acto de injerencia— para hacer prevalecer los intereses particulares (propios o ajenos) frente a los intereses de la Administración. Su contenido es volcar sobre el negocio de que se trate, en cualquiera de sus fases (actos preparatorios, ejecución o liquidación del contrato) y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas [SALINAS SICCHA, Ramiro. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*, 3.ª edición, Editorial Grijley, Lima, p. 567], una pretensión de parte no administrativa, sin perjuicio de la concurrencia, o no, del interés de la administración pública a la cual el funcionario público debe dar preminencia en función del cargo que ocupa.

6. El agente oficial hace intervenir en el contrato u operación un interés propio y particular, se sitúa ante ellos no sólo

como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración.

Noveno. Así también, se observa que, en la Casación n.º 1523-2021/Áncash, del veinte de marzo de dos mil veintitrés, se señaló:

El delito de negociación incompatible es un delito de preparación cuyo ámbito de aplicación son las operaciones o contratos del Estado, en tanto en cuanto revelen un aprovechamiento del cargo del funcionario concernido para privilegiar intereses particulares, propios o ajenos, frente a los intereses de la Administración Pública (elementos de tendencia interna subjetiva o trascendente), de suerte que ello revele un direccionamiento en las decisiones realizadas. Este delito, además, es uno de infracción de deber y no exige un resultado de lesión patrimonial o de peligro; luego, es un delito de peligro abstracto, al no exigir daño o menoscabo patrimonial al Estado, desde que existen otros comportamientos delictivos que incorporan la tutela de la incolumidad del patrimonio público. Es un delito unilateral, no de participación necesaria y de encuentro como es el de colusión. 2. Por la naturaleza del delito de negociación incompatible, de preparación del delito de colusión, es que es pertinente afirmar la posibilidad de aceptar la participación a título de cómplice de terceros. Ambos delitos (colusión y negociación incompatible) están en función a la adecuada gestión de los intereses patrimoniales que recae sobre los funcionarios públicos, pero la forma de afectación es lo relevante. El delito de negociación incompatible, más allá de que tiene una estructura típica propia, aunque relacionada con el delito principal, es, en palabras de JAKOBS, un injusto parcial en el que se infringen, no las normas principales (materia del delito de colusión), sino normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. La diferencia, en todo caso, se encuentra en la forma de afectación al bien jurídico tutelado. 3. El Tribunal Supremo, como no se requiere un nuevo debate para decidir, e incluso no se trata de una primera condena, puede dictar una sentencia rescisoria condenatoria, pues se está ante el motivo de infracción de precepto material y el juicio de subsunción se realiza sin alterar los hechos, externos e internos, y sin revalorar la prueba actuada.

Décimo. Según lo expuesto, este Tribunal Supremo considera que el interés indebido en el delito de negociación incompatible importa de parte del agente oficial un aprovechamiento del cargo vinculado a contratos u operaciones estatales, que puede comprender un interés inicial y un interés posterior, de forma excluyente o concurrente, esto es, no necesariamente implica un contenido económico patrimonial y debe evaluarse en cada caso en particular.

Undécimo. De otro lado, el hecho de calificar con el máximo puntaje señalado en las bases —15 puntos— a un postulante que acreditó una experiencia laboral de 7 meses y 16 días, esto es, menor a la mínima requerida de un año, denotaría el interés de los acusados en beneficiarlo, puesto que lo correcto era descalificarlo.

Duodécimo. Sin embargo, la Sala Superior consideró que al no estar completos los folios del proceso de contratación no es posible tener certeza de que no tenga más tiempo de labor específica; al respecto, nótese que tal razonamiento fue el mismo que el juez de primera instancia empleó respecto el hecho dos, referido a la contratación de un personal responsable de Imagen Institucional y un personal para apoyo en Asesoría Jurídica.

Decimotercero. Así, la sentencia de primera instancia incurrió en motivación incongruente, al no considerar que el razonamiento empleado para el hecho dos también era aplicable para el hecho uno, tal error fue advertido por la Sala Superior, corregido y motivó que revoque la sentencia en el extremo condenatorio y, reformándola, absuelva a Yonel Humberto Urquiaga Yparraguirre, César Raúl Changa Campos y Catalino Eliberto Antezana Guillén.

Decimocuarto. Cabe aclarar que estamos frente a duda razonable cuando la evidencia probatoria no logra generar en el juzgador un grado de certeza suficiente que permita enervar la presunción de inocencia del procesado; en cambio, estamos frente a insuficiencia probatoria cuando no existe evidencia probatoria o esta se encuentra incompleta, lo que impide al juzgador realizar la valoración que corresponda; así, en el caso de autos, al no existir toda la documentación del expediente de contratación, no estamos frente a la existencia de duda razonable, sino ante la insuficiencia probatoria. Dado lo expuesto, en el caso no se advierte la concurrencia de las causales invocadas por el Representante del Ministerio Público- 429.1 y 4 del Código Procesal Penal- corresponde declarar infundado el recurso de casación planteado.

V. Imposición del pago de costas

Decimoquinto. Al tratarse de un recurso interpuesto por el Ministerio Público, se deberá proceder a declararlo exento del pago de las costas, conforme al numeral 1 del artículo 499 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **el representante del Ministerio Público** (foja 313); en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista, del veintinueve de marzo de dos mil veintiuno (foja 293), que confirmó la sentencia contenida en la Resolución n.º 6, del cuatro de febrero de dos mil veinte (foja 96), que absolvió a Yonel Humberto Urquiaga Yparraguirre, César Raúl

Changa Campos y Catalino Eliberto Antezana Guillén de la acusación fiscal por el delito de negociación, con relación al hecho dos: Procesos CAS n.º 007-2017-GRA-DREA-UGEL/OA-APER —contratación de un personal responsable de imagen institucional— y n.º 002-2017-GRA-DREA-UGELL/OA-APER —contratación de un personal para apoyo en asesoría jurídica—, en agravio del Estado-Unidad de Gestión Educativa Local de Lucanas, y revocó la sentencia en el extremo condenatorio; consiguientemente, absolvió de la acusación fiscal a Yonel Humberto Urquiaga Yparraguirre, César Raúl Changa Campos y Catalino Eliberto Antezana Guillén de la conducta punible de negociación incompatible, ilícito penal previsto en el artículo 399 del Código Penal, con relación al hecho uno: Proceso CAS n.º 002-2017-GRA-DREA-UGELL/OA-APER —contratación del especialista en procesos administrativos disciplinarios—, en agravio del Estado-Unidad de Gestión Educativa Local de Lucanas; revocó la pretensión resarcitoria que por concepto de reparación civil impuso la suma de S/ 22 800 (veintidós mil ochocientos soles) y, reformándola, declaró infundada la pretensión postulada por el actor civil; con lo demás que contiene.

- II. **DECLARARON EXENTO** al Ministerio Público del pago de costas.
- III. **DISPUSIERON** que la presente decisión sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema, que acto seguido se notifique a las partes apersonadas en esta instancia, que se publique la decisión en el portal web del Poder Judicial, que —cumplidos los trámites necesarios— se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y que se archive el cuadernillo formado en esta instancia.

Intervino el señor juez supremo Peña Farfán por vacaciones del señor juez supremo Sequeiros Vargas; asimismo, intervino el señor juez supremo Álvarez Trujillo por licencia del señor juez supremo Luján Túpez.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

ÁLVAREZ TRUJILLO

CCH/MAGL

ANEXO B



Alcances del delito de negociación incompatible

El bien jurídico protege la imparcialidad del funcionario y la correcta marcha de la administración pública, en que deben tomarse las decisiones sin interferencias internas o externas que perjudiquen un contrato o cualquier operación en que intervenga por razón de su cargo con riesgo sobre la imparcialidad.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dos de febrero de dos mil veintidós

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación excepcional, por presunta errónea interpretación de la ley penal sustantiva (artículo 399 del Código Penal) e incumplimiento de la doctrina jurisprudencial vinculante (artículo 429, numerales 3 y 5, del Nuevo Código Procesal Penal —en adelante NCPP—), interpuesto por la **Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ayacucho** contra la sentencia de vista, emitida el treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que declaró fundado en parte el recurso de apelación y revocó la Resolución número 4, que condenó a Manuel Alberto Espejo Ramírez, César Augusto Ferré Rodríguez y Zacarías Reymundo Lapa Inga como autores del delito de negociación incompatible (supuesto de interesarse indebidamente de manera directa en provecho de tercero), en agravio del Estado (Proyecto Especial Sierra Centro Sur), y reformándola los absolvió de la acusación fiscal, y sin objeto fijarse la reparación civil; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Fundamentos de la impugnación

1.1 El fiscal superior en lo penal, al fundamentar su recurso de casación, invocó las causales descritas en los incisos 3, 4 y 5 del artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP), y por las causales admitidas alegó lo siguiente:

- **Sobre la errónea interpretación de la ley penal.** Indicó que se realizó una indebida interpretación del artículo 399 del Código



Penal, el cual sanciona el delito de negociación incompatible, por cuanto el Colegiado Superior señaló que es necesario que se constate un perjuicio patrimonial al Estado y el interés indebido ha de tener una connotación económica. La doctrina y la jurisprudencia han establecido que dichos aspectos no son elementos constitutivos del delito de negociación incompatible.

- **Sobre el incumplimiento de la doctrina jurisprudencial vinculante.** Señaló que no se cumplió con la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en las Casaciones números 231-2017/Puno, 23-2016/Ica, 841-2015/Ayacucho y 67-2017/Lima, en las que se estableció que el bien jurídico del delito de negociación incompatible es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública frente al interés privado de sus agentes y, en específico, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones; asimismo, que se trata de un delito de peligro concreto, en el que no es necesaria la existencia de un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado.

- 1.2** Solicita que se desarrolle doctrina jurisprudencial respecto al delito en referencia sobre los siguientes puntos: **a)** cuál es el bien jurídico, **b)** si el interés indebido y el provecho han de tener solo connotación económica y **c)** si es necesario que se pruebe un perjuicio económico.

Segundo. Imputación fáctica y origen de responsabilidad

- 2.1** El trece de abril de dos mil quince se emitió la Resolución Directoral número 0193-2015-MINAGRI-PESCS-2016, mediante la que se designó a los acusados Manuel Alberto Espejo Ramírez, César Augusto Ferré Rodríguez y Zacarías Reymundo Lapa Inga como miembros del comité evaluador para la contratación administrativa de servicios de diecisiete personas para el Proyecto Especial Sierra Centro Sur, correspondiente al entonces Ministerio de Agricultura y Riego (hoy Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego).
- 2.2** Los precitados acusados, en la etapa de evaluación curricular del concurso, se interesaron indebidamente para favorecer a dos participantes: **i)** Norma Rosario Pregúntegui Carrasco, quien postuló a la plaza de especialista administrativa en control previo, puesto para el que se requería una experiencia mínima de cinco años, según las bases del concurso. Sin embargo, dicha postulante no cumplía con aquel requisito, pues solo acreditó tener un año y seis meses de experiencia; no obstante, se le otorgaron sesenta puntos.
- 2.3** De igual manera respecto a **ii)** Pedro Elías Ramos Moscaza, quien postuló a la plaza de abogado en asesoría jurídica en asuntos judiciales, administrativos, laborales, civiles y contrataciones, puesto para el cual se requería una experiencia mínima de dos años, según las bases del concurso. Sin embargo, dicho postulante solo acreditó un año y dos



meses de experiencia; no obstante ello, se le otorgó el puntaje máximo de setenta puntos.

- 2.4** Además, dichos postulantes con anterioridad al concurso habían laborado en el Proyecto Especial Sierra Centro Sur, lo que habría motivado el interés indebido de los acusados.

Tercero. Itinerario del proceso

- 3.1** Es el proceso seguido contra Manuel Alberto Espejo Ramírez, César Augusto Ferré Rodríguez y Zacarías Reymundo Lapa Inga por el delito de negociación incompatible, en agravio del Estado (Proyecto Especial Sierra Centro Sur).
- 3.2** Se emitió la sentencia de primera instancia el seis de abril de dos mil dieciocho, que condenó a los citados acusados como autores del delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado (Proyecto Especial Sierra Centro Sur), y se les impuso la pena de cuatro años, ocho meses y un día de privación de libertad efectiva y se fijó en S/10,000.00 (diez mil soles) la reparación civil que deberán abonar en forma solidaria los sentenciados en favor de la parte agraviada; con lo demás que contiene.
- 3.3** Los tres sentenciados citados interpusieron recurso de apelación.
- 3.4** La Segunda Sala Penal de Apelaciones de Huamanga emitió la sentencia de vista del treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, materia del recurso.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1** El fiscal adjunto superior interpuso recurso de casación excepcional contra la citada sentencia de vista y, elevados los autos a esta Sala Suprema, se cumplió con el traslado a las partes procesales por el plazo de ley. Conforme a lo establecido en el artículo 430, numeral 6, del NCPP, se examinó la admisibilidad del recurso de casación excepcional y, vía auto de calificación¹, se declaró bien concedido por las causales comprendidas en los numerales 3 y 5 del artículo 429 del citado código, mientras que por la causal prevista en el numeral 4 fue declarado inadmisibile.
- 4.2** Tras cumplir con lo indicado en el artículo 431, numeral 1, del NCPP, mediante el decreto del treinta de diciembre de dos mil veintiuno, se cumplió con señalar como fecha para la audiencia de casación el lunes veinticuatro de enero del presente año.
- 4.3** La audiencia de casación se realizó el día indicado y concurrió la representante del Ministerio Público, doctora Jaqueline del Pozo Castro. El desarrollo de la audiencia consta en el acta correspondiente. Concluida dicha audiencia, se procedió a la deliberación y votación en

¹ Del veintiuno de agosto de dos mil diecinueve, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.



sesión privada y se acordó la emisión de la presente sentencia de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Delimitación del ámbito de pronunciamiento

- 1.1** El pronunciamiento de esta Sala Suprema se restringe a las causales invocadas en el recurso de casación² y que fueron admitidas —con la salvedad de las cuestiones declarables de oficio— y se circunscribe a los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida, sujetándose a los hechos acreditados en esta.
- 1.2** Al emitirse el auto de calificación de manera positiva, se determinó su admisibilidad en virtud de las causales casacionales descritas en el fundamento de hecho 4.1 de la presente sentencia.
- 1.3** A través de la emisión de esta ejecutoria, se determinará si existió una errónea interpretación de la ley penal —referente al artículo 399 del Código Penal—, así como si es necesario desarrollar doctrina jurisprudencial sobre los temas propuestos y sobre la base de ellos determinar si, al momento de emitirse la sentencia de vista, el Colegiado Superior cumplió con señalar correctamente los elementos típicos del delito de negociación incompatible y, además, si se cumplió con los lineamientos establecidos en los precedentes judiciales respecto a los temas invocados en el recurso interpuesto.
- 1.4** De esta manera, se deberán analizar los siguientes puntos: **a)** cuál es el bien jurídico protegido, **b)** en qué consiste el elemento típico del interés indebido y si este necesariamente tiene que ser económico y **c)** si el ilícito penal requiere que se ponga en peligro el patrimonio del Estado.

Segundo. Análisis jurisdiccional

- 2.1** El artículo 399 del Código Penal³ señala lo siguiente:

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio 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.

- 2.2** Sin embargo, pese a dicha descripción típica, la sentencia de vista venida en casación fundamenta su decisión en que los acusados no habrían tenido un interés indebido crematístico cierto o potencial, con lo que se descartaría el elemento subjetivo del tipo, el dolo, porque su intención fue que las plazas del concurso no fueran declaradas desiertas, en

² Conforme al artículo 432.1 y 2 del NCPP.

³ Modificado por el artículo único de la Ley número 30111, publicada el veintiséis de noviembre de dos mil trece.



consecuencia, absuelve a los acusados. Veamos si esto corresponde a una correcta interpretación del tipo penal.

- 2.3** Los criterios que ha establecido la Sala de Apelaciones no se condicen con la uniforme jurisprudencia que existe sobre el bien jurídicamente protegido en el delito de negociación incompatible. No es el riesgo que existe contra el patrimonio del Estado, además del correcto funcionamiento del servicio público.
- 2.4** La Casación número 23-2016/Ica, del dieciséis de mayo de dos mil diecisiete —citada por el recurrente—, ha señalado que “el bien jurídico que busca proteger la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración”. Este criterio ha sido reiterado en otras ejecutorias supremas pacíficamente. Agregar que además en la norma hay un interés de proteger el patrimonio del Estado frente a eventuales riesgos, determina una condición no prevista que evidentemente originaría ausencia de un elemento y como consecuencia la absolución del sujeto acusado.
- 2.5** Doctrinalmente, sobre el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible⁴, se tiene que existe el aspecto genérico, que es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, y el específico, que es la objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado.
- 2.6** En cuanto al elemento típico del interés indebido y si este debe tener además una connotación económica, debemos precisar lo siguiente: el tipo penal tiene como verbo rector del delito la expresión “*se interesa*”, significa un especial compromiso, una determinada incumbencia particular en un asunto que por razón de su cargo lo involucra y deriva su voluntad, su comportamiento funcional en lograr determinado beneficio personal o de tercero en un contrato o cualquier operación estatal. Vale decir que el sujeto activo vuelca, sobre el contrato o la operación estatal de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración, esto es, con el interés general⁵, sino que manifiesta un interés particular que entra en colisión o contradicción con el interés del Estado y determina un comportamiento parcializado, prejuiciado que perturba el normal y correcto funcionamiento de la administración pública.
- 2.7** La casación citada en el punto 2.4 de los fundamentos de derecho de la presente ejecutoria precisa que el agente haya mostrado mediante actos

⁴ MONTROYA VIVANCO, Yván. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública* (1.ª edición). Lima: Open Society Foundations; Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 131.

⁵ *Ibidem*.



irregulares su deseo de influir en el desarrollo de acto concerniente al Estado, contratación, adquisición u otro.

- 2.8** El delito en cuestión se refiere a la intervención directa, indirecta o por acto simulado del funcionario o servidor público, quien debe proceder de manera imparcial en los contratos y las operaciones que tengan que ver con su participación por el cargo que ocupa; sin embargo, el agente indebidamente busca un beneficio personal o de tercero, provecho que no se circunscribe necesariamente a uno de orden económico o patrimonial, sino de cualquier naturaleza, verbigracia, la obtención de un mejor puesto laboral, acelerar o facilitar un trámite documentario, etcétera, razón por la que circunscribir el beneficio personal o ajeno al mero interés económico restringe el contenido de la norma. En consecuencia, por interés debe entenderse cualquier comportamiento que favorezca indebidamente un acto que por su naturaleza debe ser imparcial y ceñido a ley.
- 2.9** En cuanto a que sea necesario o no el peligro del patrimonio del Estado para la configuración del tipo, se ha de precisar que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, primero, porque no está expresamente en la norma la situación de peligro, como sí ocurre en otros tipos penales; y, segundo, porque la condición abierta de la norma determina un sinnúmero de posibilidades y opciones de interés con beneficio que debe ser evaluado de manera puntual en cada caso. En consecuencia, basta que el funcionario o servidor público desarrolle un comportamiento interesado indebidamente en detrimento del correcto funcionamiento de la administración pública y que, además, tenga visos de parcialización para que se configure el tipo penal. El Recurso de Nulidad número 3281-2011 del cuatro de enero de dos mil trece, indica: *en efecto, no se requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado, por tanto, tales alegaciones en torno a la existencia o no del perjuicio patrimonial, no resulta atendible, menos aún enervan la configuración del delito anotado*".
- 2.10** Siguiendo la pauta del verbo rector de la norma, interesarse indebidamente determina el origen del comportamiento ilegal y se complementa cuando dicho interés no legítimo está destinado a un beneficio de tercero o personal, y se descarta el carácter netamente económico del beneficio como factor decisivo para configurar el tipo penal, tanto más si la norma está destinada a controlar el riesgo en el comportamiento interesado (peligro abstracto), condición que no determina la puesta en peligro del patrimonio estatal, necesariamente, sino el buen desempeño de la función pública.
- 2.11** La Sala de Apelaciones, en el caso concreto, señala que no existe evidencia de que el agraviado haya sufrido un perjuicio, por cuanto los



dos postulantes cumplieron su labor, lo cual no puede tenerse como fundamento válido, pues como ya se mencionó el bien jurídico específico obligaba a los acusados a ser imparciales y conducirse con lealtad y probidad en el ejercicio de sus funciones, y establecer un puntaje en la calificación que no corresponde a la realidad determina esa voluntad de favorecimiento que es contraria al interés público imparcial; se traduce en ese acto el interés de beneficiar a un tercero, cuando lo correcto era calificar con el puntaje que le correspondía.

- 2.12** En cuanto al aspecto subjetivo de la conducta de los agentes, se tiene que el dolo no se prueba directa y objetivamente, sino que se trata de una inferencia lógica, razonable y consecuente de la prueba actuada que establece la ocurrencia de un hecho. En este caso, los puntajes que se otorgaron no son situaciones imprevistas, involuntarias, negligentes o casuales, sino más bien se circunscriben dentro del ámbito estricto de la norma glosada, pues tenían el propósito de favorecer y beneficiar a las personas para que fueran contratadas. Por lo tanto, la conclusión lógica es que se trata de comportamientos conscientes y plenamente voluntarios que determinan el carácter doloso de la actuación.
- 2.13** En suma, los acusados, al darles un puntaje que no les correspondía, han evidenciado el interés directo para que los postulantes ingresaran a trabajar en el proyecto sin cumplir con el perfil laboral, y se advierte que el beneficio tiene carácter patrimonial al haberseles pagado un importe, el que no habrían percibido si los acusados no hubiesen intervenido indebidamente en su favor, dejando de lado el deber de salvaguardar el correcto funcionamiento de la administración pública bajo un fiel desempeño de sus funciones; por el contrario, con su conducta pusieron en situación de peligro el bien jurídico protegido tantas veces citado. Afirmar que el pago que se les hizo fue porque en efecto trabajaron y les correspondía su remuneración no es materia de debate, por cuanto la conducta delictiva no radica en ese hecho, que es posterior, sino que está referida a comportamientos anteriores inclusive a la contratación, precisamente para lograr que fueran beneficiados con los puestos laborales que por el perfil que tenían no les correspondían, en razón de que faltaba un requisito esencial que la norma prevé y que las bases habían establecido.
- 2.14** Por lo tanto, el bien jurídico protegido por el tipo penal, la imparcialidad del funcionario, ha sido afectado al haber existido un interés indebido en un concurso público para contratar personal, en beneficio de terceras personas, a quienes se les otorgaron puntajes que no correspondían según las bases, en el ejercicio de su cargo.
- 2.15** Los contratos en los que intervinieron los acusados materia de imputación no provenían de una contratación de emergencia, por lo que las irregularidades podrían constituir prueba del quebrantamiento de su



imparcialidad y el deber de lealtad y objetividad de la comisión a la que pertenecían los encausados.

- 2.16** Finalmente, la justificación de no dejar desierto el concurso no satisface los criterios de calificación que las bases establecen, para eso existen bases que se tienen que cumplir y al no haberlas cumplido deliberadamente el elemento subjetivo (dolo) se puede deducir.
- 2.17** Por otro lado, resulta evidente el apartamiento de la doctrina jurisprudencial fijada por la Corte Suprema y aun de la doctrina misma, y al advertirse no se hace necesario que este Supremo Tribunal fije doctrina además de la nombrada.
- 2.18** Como consecuencia de lo mencionado, corresponde ordenar la emisión de una nueva sentencia de vista a cargo de un nuevo Colegiado, integrado por jueces distintos a los que se pronunciaron en la sentencia que fue materia del presente análisis.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **representante del Ministerio Público**, por los motivos casacionales de errónea interpretación de la ley penal sustantiva e incumplimiento de la doctrina jurisprudencial vinculante, señalados en los numerales 3 y 5 del artículo 429 del NCPP; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista, emitida el treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que declaró fundado en parte el recurso de apelación y revocó la Resolución número 4, que condenó a Manuel Alberto Espejo Ramírez, César Augusto Ferré Rodríguez y Zacarías Reymundo Lapa Inga como autores del delito de negociación incompatible (supuesto de interesarse indebidamente de manera directa en provecho de tercero), en agravio del Estado (Proyecto Especial Sierra Centro Sur), y reformándola los absolvió de la acusación fiscal, y sin objeto fijarse reparación civil; con lo demás que contiene; y, **CON REENVÍO**, ordenaron que otro Colegiado Superior integrado por jueces distintos a los que se pronunciaron en la sentencia casada, realice un nuevo juicio de apelación para emitir una nueva sentencia de vista.
- II. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a las partes procesales apersonadas en esta sede suprema.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 49-2019
AYACUCHO**

III. MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelva el expediente al órgano jurisdiccional de origen y que se archive el cuadernillo de casación en la Corte Suprema.

Intervino el señor juez supremo Guerrero López por licencia del señor juez supremo Coaguila Chávez.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

GUERRERO LÓPEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

IASV/gmls

ANEXO C



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1946-2019
JUNÍN**

Afectación del principio de imputación necesaria

Las sentencias cuestionadas de primera y segunda instancia interpretaron erróneamente el elemento típico: interés indebido del agente a favor de terceros, que contempla como elemento típico el ilícito de negociación incompatible, por lo que están incurso en la causal prevista en el literal d) del artículo 150 de la norma adjetiva, al haberse producido una infracción material del tipo penal. Así, el recurso casatorio, por la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, debe estimarse y así se declara.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veinticuatro de junio de dos mil veintiuno

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista, del veintitrés de septiembre de dos mil diecinueve (foja 550), que confirmó la sentencia de primera instancia, del veinticuatro de mayo de dos mil diecinueve (foja 428), que *absolvió* a Alejandro Augusto Cedeño Monrroy y Gabriel Enrique Calderón Ponce de la acusación fiscal en la calidad de autores del delito contra la administración pública en la modalidad de *negociación incompatible*, previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio del Estado peruano-Gobierno Regional de Junín-Procuraduría Pública Anticorrupción, para efectos procesales.

Intervino como ponente el señor juez supremo Coaguila Chávez.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Procedimiento en primera instancia

Primero. El señor fiscal provincial, mediante requerimiento (foja 3), formuló acusación contra Alejandro Augusto Cedeño Monrroy y Gabriel Enrique Calderón Ponce como autores del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado peruano, representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción del Distrito



Judicial de Junín, y solicitó que les impongan cuatro años de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación, conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. Respecto a la reparación civil, dejó a salvo el derecho del actor civil.

Posteriormente, en los mismos términos del dictamen fiscal indicado, se dictó el auto de enjuiciamiento del veintidós de septiembre de dos mil diecisiete (foja 26), que dejó constancia de la existencia de la constitución en actor civil.

Más adelante, señaló que el monto de la reparación civil solicitada asciende a S/ 92 350 (noventa y dos mil trescientos cincuenta soles), de manera solidaria (foja 162).

Segundo. Llevado a cabo el juzgamiento, el Quinto Juzgado Penal Unipersonal de Huancayo, mediante sentencia del veintitrés de agosto de dos mil dieciocho (foja 159), absolvió a Alejandro Augusto Cedeño Monrroy y Gabriel Enrique Calderón Ponce del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado peruano, y declaró infundada la pretensión del actor civil de determinar consecuencias jurídico-civiles.

Tercero. Contra la mencionada sentencia, la representante del Ministerio Público y el procurador público interpusieron recursos de apelación el cinco de septiembre de dos mil dieciocho (fojas 192 y 207, respectivamente). Dichas impugnaciones fueron concedidas con efecto suspensivo por auto del seis de septiembre de dos mil dieciocho (foja 219), en el que se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

§ II. Procedimiento en segunda instancia

Cuarto. Luego del trámite respectivo, el Tribunal Superior, a través de la sentencia de vista, del ocho de noviembre de dos mil dieciocho (foja 254), declaró nula la sentencia cuestionada y nulo el juicio oral, a fin de que se realice nuevo juicio oral.



§ III. Nuevo procedimiento en primera instancia

Quinto. Mediante auto de citación a juicio del veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho (foja 278), se fijó fecha de audiencia, la cual, una vez instalada y culminada por el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Huancayo, emitió la sentencia del veinticuatro de mayo de dos mil diecinueve (foja 428), que absolvió a Alejandro Augusto Cedeño Monroy y Gabriel Enrique Calderón Ponce del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado peruano.

Sexto. Contra la mencionada sentencia, la representante del Ministerio Público y el procurador público interpusieron sendos recursos de apelación el seis y siete de junio de dos mil diecinueve (fojas 477 y 486, respectivamente). Dichas impugnaciones fueron concedidas con efecto suspensivo por auto del diez de junio de dos mil diecinueve (foja 494), en el que se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

§ IV. Nuevo procedimiento en segunda instancia

Séptimo. Luego del trámite respectivo, el Tribunal Superior confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia, a través de la sentencia de vista, del veintitrés de septiembre de dos mil diecinueve (foja 550).

Octavo. Frente a la sentencia de vista acotada, el representante del Ministerio Público promovió recurso de casación por escrito del siete de octubre de dos mil diecinueve (foja 574). Mediante auto del quince de octubre de dos mil diecinueve (foja 589), la citada impugnación fue concedida y el expediente judicial fue remitido a la Sala Suprema.

§ V. Procedimiento en la instancia suprema

Noveno. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, emitió el auto de calificación del cuatro de junio de dos mil veinte (foja 61 del cuaderno supremo), por el que declaró bien concedido el recurso de casación por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del mismo cuerpo normativo.



Se puntualizó que se cuestiona el aspecto referido a la correcta interpretación de los elementos objetivos de la institución jurídica de negociación incompatible, toda vez que el tipo penal no exige acreditar el vínculo entre el sujeto activo y los favorecidos, pese a lo cual el Tribunal Superior exigió que se pruebe. Es un caso típico sujeto al análisis de infracción material, previsto en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

Décimo. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación (notificaciones, fojas 66 y 67 del cuaderno supremo), se emitió el decreto del catorce de abril de dos mil veintiuno (foja 70), que señaló el dieciocho de mayo de dos mil veintiuno como fecha para la audiencia de casación, la cual se reprogramó mediante decreto del diecinueve de mayo de dos mil veintiuno (foja 73), que señaló el tres de junio de dos mil veintiuno como fecha para la audiencia de casación.

Decimoprimer. Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación respectiva y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ VI. Motivo de concesión del recurso de casación: infracción de precepto material

Primero. En el presente caso, como se expresó, el examen casacional se circunscribe a determinar si en el tipo penal que contiene el delito de negociación incompatible, artículo 399 del Código Penal, se exige acreditar la existencia de un vínculo entre los acusados y los favorecidos, es decir, si ello conllevaría la participación de terceros para su configuración, a fin de determinar si existe una adecuada subsunción típica del delito aludido, a la luz de la doctrina jurisprudencial emitida por la Corte Suprema, como se expuso en el auto de calificación.



Corresponde realizar tal análisis, en virtud del numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, sobre infracción de precepto material.

§ VII. Alcances sobre el tipo penal, jurisprudencial y doctrinario

Segundo. El artículo 399 del Código Penal, vigente al tiempo de la comisión de los hechos, sancionaba el delito de la siguiente forma:

Artículo 399. 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 (resaltado es nuestro).

Tercero. El delito de negociación incompatible se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa o se inclina de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. Se entiende que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos jurídicos es por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para terceros¹.

Cuarto. Por su parte, el numeral 3.1 del fundamento jurídico tercero del Recurso de Nulidad número 2770-2011 Piura señala que el ilícito de negociación incompatible es una modalidad de corrupción, por lo que la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; para ello, debe cumplir con las exigencias del tipo penal, que son:

a) Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone que: **i)** es inherente al

¹ SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, Editorial Iustitia, Cuarta edición, 2016, pp. 632 y 633.



ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; **ii)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; **b)** **indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero**, el interesarse indebidamente es 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, admitiendo tres modalidades de comisión **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizado aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); **c) el objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación**, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y, **d) requiere el dolo directo**, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública [sic].

Quinto. Respecto al provecho propio o de tercero, se señala que el agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente debe tener como objetivo obtener un provecho o, mejor, sacar ventaja patrimonial del contrato u operación en la cual interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública. El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese



de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él².

Así, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues, de darse, se estaría configurando un delito distinto (cohecho o colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo. El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos en que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría delito independiente³.

§. VIII. Análisis del caso concreto

Sexto. En el presente caso se advierte que, mediante la acusación (foja 2) y su subsanación, del dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis (foja 54 de la carpeta de acusación), el representante del Ministerio Público imputó a Alejandro Augusto Cedeño Monroy y Gabriel Enrique Calderón la comisión del delito de negociación incompatible, en calidad de autores.

Séptimo. Los hechos que dieron lugar a la condena, en síntesis, son que:

Los acusados Alejandro Augusto Cedeño Monroy y Gabriel Enrique Calderón Ponce, en su condición de Director de la Oficina Regional de

² Op. cit., p. 639.

³ Fundamentos jurídicos trigésimo y trigésimo primero de la Casación número 841-2015 Ayacucho, del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, Sala Penal Permanente.



Administración y Finanzas y Sub Gerente Regional de Estudios de la Gerencia de Infraestructura del Gobierno Regional de Junín, respectivamente, entre los años dos mil nueve y dos mil diez, infringiendo sus deberes funcionales se habrían interesado indebidamente en la contratación de servicios profesionales y empresas para la elaboración del expediente técnico del proyecto de inversión pública denominado: "Mejoramiento, Construcción de la Carretera Pomachaca, La Unión-Condorcocha-Caripa, distrito de La Unión Leticia, provincia de Tarma-Junín", que contaba con un presupuesto S/ 284 000.00, en mérito al convenio número 084-2009-GRJ/GGP celebrado entre el gobierno regional de Junín, la municipalidad provincial de Tarma y la municipalidad distrital de La Unión-Leticia, recurriendo para tal fin al fraccionamiento indebido del monto del requerimiento, y con ello eludir el proceso de selección y así favorecer a los terceros contratistas por montos inferiores a 3 UIT, en lugar de convocar a un proceso único de selección conforme al artículo 14 de la Ley número 29289-Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2009, Decreto Supremo número 169-2008-EF y Decreto Legislativo número 1017. También habrían intervenido en el pago de contratistas, sin que estos hayan completado la prestación de sus servicios dentro del plazo establecido, pese a tener conocimiento que sus informes de servicio fueron observados por el ingeniero Mauro William Ayala Peña en su condición de revisor del expediente técnico, de manera que los procesados faltaron a sus deberes de lealtad, probidad y cautela para con la administración pública por encima de sus intereses particulares.

En síntesis, Gabriel Enrique Calderón Ponce remitió las solicitudes de contratación adjuntando los currículos de alguno de los profesionales, y su coimputado Augusto Cedeño Monroy lo aprobó sin observación alguna.

Octavo. Al respecto, el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Huancayo sostuvo, para absolverlos, que el Ministerio Público no pudo acreditar que los hechos materia de acusación fueran decisión exclusiva de los acusados o, lo que es lo igual, no se probó el vínculo funcional especial del cargo, ni que existiera daño patrimonial, conforme concluyó la misma Procuraduría, o que entre los profesionales y la empresa contratados para brindar servicios existiera



vínculo alguno, además de no ser beneficiados, ya que al profesional Miguel Ángel Vera Paco le pagaron después de un año, contrariamente a lo indicado por la Fiscalía, sin presentar órdenes de pago o cheques.

Por su parte, el Colegiado Superior, para confirmar la decisión, determinó que los municipios de Tarma y Unión Leticia, así como el Gobierno Regional de Junín, suscribieron un convenio para el cofinanciamiento del proyecto de inversión pública “Mejoramiento, Construcción de la Carretera Pomachaca-La Unión-Condorcocha-Caripa, distrito de La Unión Leticia, provincia de Tarma”, para la elaboración del expediente técnico de la obra “Mejoramiento y Construcción de la carretera Pomachaca, La Unión-Condorcocha-Caripa, distrito de La Unión Leticia, provincia de Tarma-Junín”, cuyo plazo de ejecución era de tres meses a partir del desembolso efectuado por los municipios. Los procesados no participaron en la celebración de dicha acta, y no se debió establecer el proceso de ejecución de la elaboración del expediente técnico, sino de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado y la Resolución de Contraloría número 195-88, conforme al examen pericial contable. Pero aquella se realizó mediante fraccionamiento, que se encuentra prohibido por el artículo 19 del Decreto legislativo 1017 y el artículo 20 de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente al momento de los hechos, pese a que existía el presupuesto adecuado y la obra tenía las mismas características. También señala que no se probó que los favorecidos con las órdenes de servicio mantuvieran vínculo con los acusados, lo que se corroboró con la declaración de los testigos Marissa Salomé Gárate Samaniego y Miguel Ángel Vera Paco, quienes negaron lo sucedido. El código SNIP fue variado posteriormente, pero ello no significa un perjuicio, ya que, según el perito contable: “No podría indicar si lo desarrollado sirvió o no”, y conforme se desprende del examen del testigo de cargo Marcial Castro Cayllahua, le encargaron la actualización de



costos porque ya estaba vencido el plazo. Entonces, el cambio de código SNIP del proyecto correspondía a la unidad formuladora y evaluadora, es decir, la Municipalidad de Tarma, pero los procesados no eran funcionarios de la referida entidad edil.

Noveno. De lo expuesto se aprecia que tanto el Juzgado de Primera Instancia como el Colegiado Superior coinciden en señalar que no se probó que los terceros favorecidos con las órdenes de servicios tuvieran vínculo alguno con los procesados, cuando el tipo penal no exige tal elemento, pues en este ilícito el agente no se pone de acuerdo con nadie y actúa solo. Lo que se debe determinar es si el agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener del contrato u operación, que puede ser para sí o en favor de un tercero.

Décimo. Por otro lado, la acreditación de la estructura típica de este delito, si bien no permite la intervención del tercero —como se explica en la jurisprudencia citada en el segundo párrafo del fundamento quinto de la presente ejecutoria—, también ha venido desarrollando modos de acreditar la conexión circundante o probable entre el agente y el tercero favorecido, como exponen el Recurso de Nulidad números 578-2011 Junín y 1328-2011 Puno, en que se explican supuestos de conexión entre el agente y el tercero favorecido a partir de lazos de amistad, parentesco o de carácter sentimental; sin embargo, el móvil, motivación o impulso que guía el actuar del sujeto público que se interesa en un acto público en el cual participa en razón de su cargo (y puede ser variado: motivación afectiva, amical, etcétera) para favorecer a un tercero, es necesario pero deben ser considerado subsidiariamente, pues se trata de parámetros no contemplados en la estructura típica del tipo penal cuestionado. Así, aquellos son una forma de advertir su presencia potencial, que se puede acreditar de distintas maneras, conforme a las circunstancias que rodean cada



caso. Otro escenario son los métodos de prueba, mediante prueba directa o indirecta (indicios).

Undécimo. En consecuencia, las sentencias cuestionadas de primera y segunda instancia interpretaron erróneamente el elemento típico: interés indebido del agente a favor de terceros, que contempla como elemento típico el ilícito de negociación incompatible, por lo que están incurso en la causal prevista en el literal d) del artículo 150 del Código Procesal Penal, al haberse producido una infracción material del tipo penal. Así, el recurso casatorio por la causal 3 del artículo 429 de la acotada norma procesal debe estimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces supremos que integran la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista, del veintitrés de septiembre de dos mil diecinueve (foja 550), que confirmó la sentencia de primera instancia, del veinticuatro de mayo de dos mil diecinueve (foja 428), que *absolvió* a Alejandro Augusto Cedeño Monroy y Gabriel Enrique Calderón Ponce de la acusación fiscal en calidad de autores del delito contra la administración pública-*negociación incompatible*, previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio del Estado peruano-Gobierno Regional de Junín-Procuraduría Pública Anticorrupción, para efectos procesales; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista recurrida y, sin reenvío, **DECLARARON NULA** la sentencia de primera instancia, del veinticuatro de mayo de dos mil diecinueve (foja 428); **ORDENARON** que se realice nuevo juicio oral por otro



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1946-2019
JUNÍN**

Colegiado y, en su caso, que otra Sala Superior emita pronunciamiento si la sentencia fuera impugnada.

II. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes y se publique en la página web del Poder Judicial; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/jj

ANEXO D



**EL INTERÉS INDEBIDO COMO ELEMENTO TÍPICO DEL DELITO
DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

Sumilla. Este delito es un tipo penal especial propio y de infracción del deber. El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente los deberes funcionales (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en la actuación funcional de los agentes públicos. No se protege el patrimonio y, en ese sentido, constituye un delito de peligro abstracto, que no requiere que se ocasione un perjuicio patrimonial para el Estado.

El interés indebido implica la gestión o actos que no se corresponden con el rol de una obligación especial, el funcionario o servidor muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la Administración Pública. Con relación a la naturaleza o carácter del interés indebido, la descripción del tipo penal no lo restringe a un determinado interés. En ese aspecto, puede ser económico o de cualquier otra índole.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintitrés de junio de dos mil veintiuno

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del investigado **CARLOS ALFREDO CASABONNE STOESSEL** contra la Resolución N.º 10 del tres de octubre de dos mil dieciséis¹, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco que **confirmó** la Resolución N.º 4 de primera instancia del nueve de junio de dos mil dieciséis², que declaró **infundada** la excepción de naturaleza de acción –entiéndase improcedencia de acción–³, que dedujo en la investigación que se le sigue como cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huánuco.

Intervino como ponente la jueza suprema **SUSANA CASTAÑEDA OTSU**.

¹ Foja 343 del cuaderno de casación.

² Foja 199 del cuaderno de casación.

³ Conforme con la denominación establecida en el literal b, artículo 6, del CPP.



CONSIDERANDO

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

PRIMERO. Los actos procesales previos a la resolución que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción son los siguientes:

1.1. El 25 de setiembre de 2014, la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco-Cuarto Despacho emitió la Disposición N.º 4 que dispuso formalizar y continuar con la investigación preparatoria en contra de Jesús Giles Alipázaga (alcalde de la Municipalidad Provincial de Huánuco) y los funcionarios públicos Cléver Edgardo Zevallos Fretel, Emilio Teodoro Ruiz Moncada, Benjamín Vladimir Cruz Picón, Kevin Honorio Dueñas Carbajal, Franco Liyanage Alva y Dante Salas Castro, en calidad de **autores**; y otros dieciséis investigados (entre funcionarios y servidores públicos de la citada municipalidad) y el tercero Carlos Alfredo Casabonne Stoessel, en calidad de **cómplices primarios** por el presunto delito de negociación incompatible, en agravio de la referida municipalidad, representada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Huánuco (Procuraduría).

1.2. El 21 de mayo de 2015, se emitió la Disposición N.º 7 que amplió la Disposición N.º 4, a fin de comprender a Cléver Orlando Castañeda Ramón, Napoleón Huere Rosas, Edilberto Ramón Álvarez, Tomislavo Zeceovich Acosta, Javier Ramón Dávila Figueroa, Emilio Teodoro Ruiz Moncada, Jesús Giles Alipázaga y Cléver Edgardo Zevallos Fretel, (autores) del mencionado delito. El 21 de octubre de octubre de 2015, mediante Disposición N.º 8 se amplió nuevamente la Disposición N.º 4, a fin de comprender a Dante Salas Castro (autor).

1.3. El 25 de enero de 2016, la defensa del investigado Carlos Alfredo Casabonne Stoessel dedujo excepción de improcedencia de acción.

1.4. El 9 de junio de 2016 el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Huánuco, emitió la Resolución N.º 4 que resolvió declarar **infundada** la excepción deducida⁴. Ante esta decisión, el 15 de junio de 2016 la defensa interpuso el recurso de apelación.

⁴ En la Investigación preparatoria (Expediente Incidenta N.º 01467-2014 -54-1201-JR-PE-02).



1.5. El 3 de octubre de 2016, mediante la Resolución N.º 10 la Sala Penal de Apelaciones **confirmó** la Resolución N.º 4.

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO

SEGUNDO. La defensa del investigado Casabonne Stoessel interpuso recurso de casación excepcional e invocó las causales de los incisos 1, 3 y 5, artículo 429, del Código Procesal Penal (CPP)⁵. Inició la fundamentación con la causal del inciso 5, con base en los siguientes agravios:

2.1. Con relación a la **causal del inciso 5**, la Sala Penal de Apelaciones se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida en la Casación N.º 782-2015/Áncash, que constituye doctrina jurisprudencial obligatoria, y según la cual para configuración de los delitos de negociación incompatible y enriquecimiento ilícito no se requiere la intervención de un tercero. En su caso, se consideró la intervención de su patrocinado como cómplice primario, pese a que luego se publicó también la Casación N.º 841-2015/Ayacucho, que optaron por la teoría de la ruptura del título de imputación.

2.2. En cuanto a la **causal del inciso 1**, se afectaron los derechos al debido proceso y de defensa, puesto que la Sala Superior se limitó a transcribir lo que el fiscal señaló en la citada Disposición N.º 4, sin indicar qué supuestos se le atribuyen. No se consideró que su accionar se limitó a la emisión y suscripción de la carta N.º UPC-049-2010, del 8 de abril de 2011, que remitió al presidente del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada de la Provincia de Huánuco (Cepri), en la que solicitó se deje sin efecto el Acuerdo del Concejo N.º 016-2011-MPHCO, del 29 de marzo de 2011, lo que efectuó en el ejercicio regular de un derecho (inciso 8, artículo 20, del CP).

2.3. Sobre la **causal del inciso 3**, cuestionó la errónea interpretación del interés indebido en el tipo penal de negociación incompatible, puesto que la conducta de su patrocinado se dio en el ejercicio regular de un derecho. La Sala Penal consideró que, para la configuración de este tipo penal, resulta irrelevante si las

⁵ La primera, referente a la inobservancia de las garantías constitucionales, la segunda referida a una errónea interpretación de la ley penal sustantiva y, la tercera, sobre el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.



acciones realizadas son legales o no, siempre que se advierta un interés. Por ello, acotó que si se requieren acciones concretas y todo el interés se torna subjetivo, debería tenerse en cuenta, por lo menos, el perjuicio al Estado como presupuesto de este delito, ya que nos encontramos frente a un delito de corrupción.

TERCERO. Como la Sala Penal de Apelaciones declaró inadmisibile el recurso de casación, la defensa presentó recurso de queja. La Primera Sala Penal Transitoria de esta Corte Suprema, a través de la **Queja N.º 48-2017/Huánuco** del 31 de marzo de 2017, estableció que era necesario determinar la punición del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, puesto que la Casación N.º 782-2015/Áncash no fue emitida por sus integrantes y no existía un acuerdo plenario al respecto. Además, estableció que el pronunciamiento debía comprender el ámbito del “interés indebido”, en cuanto elemento típico del indicado delito.

ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

CUARTO. Esta Sala Casatoria, mediante ejecutoria suprema del 5 de abril de 2019, estableció como motivo casacional la causal del inciso 3, artículo 429, del CPP (errónea aplicación o interpretación de la ley penal material). El pronunciamiento debe comprender **la interpretación del artículo 399 del CP circunscrito al ámbito del “interés indebido”**, en cuanto elemento típico del indicado delito⁶.

QUINTO. Luego de la admisión del recurso de casación, el expediente se puso a disposición de las partes por el plazo de diez días. Mediante decreto del treinta de abril de dos mil veintiuno se fijó fecha para la audiencia de casación el veintiuno de mayo de dos mil veintiuno. En dicha fecha se realizó la audiencia con la concurrencia de la defensa de Casabonne Stoessel, abogado José Ugaz Sánchez Moreno y el fiscal supremo adjunto, Abel Pascual Salazar Suárez. Su desarrollo consta en el acta correspondiente.

⁶ La causal del inciso 5, artículo 429, del CPP –que fue el principal agravio de la defensa– referida al apartamiento de lo establecido en la Casación N.º 782-2015/Áncash, se declaró inadmisibile, en atención a que el Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116 se pronunció al respecto, y además se consideró la modificatoria del artículo 25 del CP. También se declaró inadmisibile la causal del inciso 1 del indicado artículo.



SEXTO. Concluida la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta. Luego se efectuó la votación, en la que se obtuvo los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se programó para el día de la fecha.

CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

SOBRE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

SÉPTIMO. El delito negociación incompatible está tipificado en el artículo 399 del Código Penal y su texto literal⁷ es el siguiente:

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.

OCTAVO. Se trata de un tipo penal "**especial propio**"⁸ y de "**infracción del deber**", esto último se sustenta en que los deberes de "incumbencia institucional"⁹ y/o "especiales positivos"¹⁰ del funcionario y servidor público (agente público u obligado especial) se encuentran previstos no al interior del Código Penal o ley penal especial sino en normas extrapenales genéricas o específicas (el concepto penal de estos deberes se construye a partir del tipo penal remitiéndose a dichas normas)¹¹.

⁷ Conforme con el artículo 1 de la Ley N.º 28355, del 6 de octubre de 2004.

⁸ Porque la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, es decir, solo lo pueden cometer ciertos sujetos cualificados (el funcionario o servidor público en el delito de negociación incompatible) que ostentan un estatus jurídico especial, que se encuentran delimitados en el tipo penal y que no tenga correspondencia con un tipo legal común.

⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (Trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 1997. pp. 791-792, 993-1009, 1027 y 1028; el mismo *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 362-363 y *La competencia por organización en el delito omisivo* (Trad. de Enrique Peñaranda Ramos). Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 42-43.

¹⁰ SÁNCHEZ VERA afirma: "El derecho penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad externas de forma negativa, sino que exige, en ocasiones, el establecimiento de relaciones positivas que se basan en instituciones positivas y que encuentran su expresión en los delitos de infracción de deber" (cfr. SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 101).

¹¹ Los deberes y roles funcionales se encuentran contenidos en la Constitución, leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas, entre otros.



El **bien jurídico** que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente los deberes funcionales (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en la actuación funcional de los agentes públicos procurando un interés público frente a los intereses privados de los administrados en general y a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales. Al respecto, se debe tener en cuenta que la actividad contractual del Estado es de singular relevancia para la sociedad, ya que los contratos públicos constituyen los instrumentos a través de los cuales el Estado busca satisfacer los problemas sociales, por ello, la necesidad de que siempre se elija al mejor postor, que tiene como contrapartida que los funcionarios públicos actúen de manera imparcial. De allí que el bien jurídico no protege el patrimonio y, en ese sentido, constituye un delito de peligro abstracto, que no requiere que se ocasione un perjuicio patrimonial para el Estado¹².

Por tanto, el delito se perfecciona aun cuando el contrato u operación pueda redundar en un beneficio económico para el Estado, pues la prohibición normativa se fundamenta en la prevención de daños como consecuencia de la conducta imparcial del funcionario o servidor público. Asimismo, no es requisito necesario para su configuración que estos de modo efectivo logren obtener una ventaja¹³.

En ese sentido, la Cámara Federal de Casación Penal de la Nación de Argentina, al interpretar el artículo 265 de su Código Penal¹⁴, que constituye la

¹² Iván Meine sostiene que se precisa que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto; puesto que el comportamiento del tipo penal describe una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico, se sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico. MEINE MÉNDEZ, Iván Fabio. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 88.

¹³ Afirma Soler que: "El hecho no pierde su carácter por la circunstancia de que de él haya derivado una concreta ventaja económica, porque la prohibición se funda en la idea de prevención genérica de los daños que con mucha más frecuencia derivarían si se adoptara el criterio opuesto. SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Cuarta edición. Tomo V. Buenos Aires: Tea, 1992, pp. 246-248.

¹⁴ El artículo 265, primer párrafo, que tipifica el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prescribe: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio



fuentes comparadas del artículo 399 de nuestro Código Penal, señala que al tratarse del delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública, resulta irrelevante la configuración de un perjuicio patrimonial a la Administración Pública, y que basta la parcialidad de la conducta de los funcionarios en miras del interés de una de las empresas intervinientes en el proceso de contratación, a fin de obtener un beneficio propio o de un tercero, para la configuración típica del delito en cuestión¹⁵.

NOVENO. Asimismo, este tipo penal contiene como elemento objetivo y normativo el **interés indebido**, objeto de debate y pronunciamiento, que conlleva a la gestión o actos que no se corresponden con el rol de una obligación especial, el funcionario o servidor muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la Administración. El momento del interés indebido es irrelevante, toda vez que la gestión se puede dar en cualquiera de las etapas del contrato u operación pública (preparatoria, selección, ejecución contractual y liquidación). El interés, conforme con la redacción del tipo penal, puede ser directo, indirecto o por acto simulado.

9.1. Interés directo: significa que el agente público, por razón de su cargo funcional, actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión, teniendo injerencia o absteniéndose a realizar¹⁶ los actos administrativos (objetivos y concretos) necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de tercero.

9.2. Interés indirecto: el agente utiliza un intermediario para realizar la conducta típica. Se acude a la interposición de otra persona como interesada, es decir, que ella aparezca frente a los demás como portadora de

o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

¹⁵ Cámara Federal de Casación Penal-Sala 4, Poder Judicial de la Nación de Argentina. CFP 2161/2011/2/CFC1. Registro N.º 1885/17.4, del 28 de diciembre de 2017.

¹⁶ Artículo 13 del CP. "El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada".

un interés personal sobre la realización del negocio u operación, cuando, en realidad, esta actúa motivada por el interés del agente en el desarrollo y conclusión del negocio en el cual interviene por su calidad y función¹⁷.

9.3. Acto simulado, debe entenderse como la conducta del funcionario público que aparenta la defensa de los intereses públicos; sin embargo, lo que ocurre en la realidad es que antepone los intereses privados y particulares, sobre los públicos. 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 una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes¹⁸.

DÉCIMO. Este Supremo Tribunal se ha pronunciado sobre este elemento normativo del delito de negociación incompatible en los términos siguientes¹⁹:

El término *interés indebido*, se debe entender como todo acto dirigido a anteponer el interés propio o de un tercero a los que se patrocina en nombre del Estado en un contrato o negocio, promoviendo así un beneficio irregular para sí mismo o para un tercero. En consecuencia, cuando un funcionario o servidor público, por razón de su cargo, participa en una contratación o negocio a nombre del Estado, tiene la obligación de desempeñarse en dicho procedimiento en forma diligente e imparcial. Si lo que busca el agente activo con su intervención irregular es beneficiarse a sí mismo o a un tercero, defrauda la confianza que se le ha conferido; tal actitud y conducta merece ser sancionadas penalmente al incurrir en el delito de negociación incompatible.

DECIMOPRIMERO. En la doctrina, Creus sostiene que el interés indebido es situarse ante el contrato u operación administrativa no solo como funcionario sino conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración –por eso se habla de un desdoblamiento del agente–. Interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada

¹⁷ DONNA, EDGAR ALBERTO. *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 321.

¹⁸ VARGAS ROJAS, FIDEL. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, p. 823.

¹⁹ Cas. N.º 18-2017/Junín, del 24 de julio de 2019. Ponente: Prado Saldarriaga.



configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares del tercero²⁰.

Por su parte, Sancinetti señala que se configura cuando el funcionario realiza un acto desviado para la prosecución de un interés espurio, es decir, una injerencia orientada al beneficio, de tal modo que condiciona la voluntad negocial de la Administración al interés particular²¹.

DECIMOSEGUNDO. Con relación a la naturaleza o carácter del interés indebido, la descripción del tipo penal no lo restringe a un determinado interés. En ese aspecto, puede ser económico o de cualquier otra índole (por ejemplo, cuando actúa motivado por una enemistad política contra uno de los postores), consideración que está acorde con el bien jurídico protegido, pues como se anotó no es necesario para la configuración del delito un perjuicio o ventaja económica. Lo trascendental, entonces, es que ese interés privado sea incompatible con el de la Administración Pública²².

DECIMOTERCERO. De este modo, el interés indebido en el delito de negociación incompatible implica una infracción grave y concluyente del deber especial positivo (actuación contra la normativa extrapenal, omisión o abstención de la exigencia extrapenal, etc.), conducta que afecta el bien jurídico protegido al que nos hemos referido.

DECIMOCUARTO. Asimismo, la figura penal exige que el sujeto activo se interese "en miras" de un beneficio propio o de un tercero. Ello significa que su acción debe estar ineludiblemente dirigida subjetivamente a la obtención de un provecho por parte del autor mismo o de un tercero. El provecho debe

²⁰ CREUS, CARLOS. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 299.

²¹ SANCINETTI, MARCELO A. "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas". En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Fascículo 3. España: Boletín Oficial del Estado, 1986, pp. 880-881.

²² En ese sentido, Peña Cabrera señala que el interés indebido no tiene que ser necesariamente de orden económico, de obtener una ventaja en términos pecuniarios, puede ser de cualquier índole. Por ejemplo, la consecución de un puesto laboral para un familiar, de participar en un proyecto de inversión privada, de ser incluido en un proyecto político. PEÑA CABRERA FREYRE, A. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo V. Lima: Idemsa, 2010, p. 573.



inspirar al autor en la realización de su conducta. Lo expuesto no implica que el delito exija para su configuración la producción u obtención del beneficio, pues a pesar de no materializarse dicho provecho igual este se configura. El tipo penal se perfecciona en tales condiciones, aun cuando no se haya logrado la obtención de tal beneficio²³.

ANÁLISIS DEL CASO

DECIMOQUINTO. Como se anotó, la defensa del investigado Casabonne Stoessel dedujo la excepción de improcedencia de acción, que fue declarada infundada en las dos instancias. A efectos de resolver el recurso se tiene en cuenta, en primer lugar, la **IMPUTACIÓN FÁCTICA** (acción, modo y tiempo) contenida en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, pues en su condición de cómplice primario, su presunta participación se encuentra directamente vinculada con las imputaciones formuladas contra los funcionarios y servidores públicos de la citada municipalidad. Luego se consideran los fundamentos del juez de la investigación preparatoria contenidos en la Resolución N.º 4 y de la Sala Penal de Apelaciones consignados en la Resolución N.º 10, con relación al motivo casacional admitido, esto es, el interés indebido como elemento típico del delito de negociación incompatible.

DECIMOSEXTO. Del contenido de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, el marco de imputación fáctica es el siguiente:

i) El 3 de diciembre de 2010, Cosabonne Stoessel presentó el proyecto de iniciativa privada para la construcción del Centro Comercial y de Esparcimiento Huánuco-Puelles.

ii) En la Sesión ordinaria de Concejo Municipal de Huánuco, del 14 de diciembre de 2010, los regidores –que se indican en la disposición de formalización de la investigación preparatoria– por mayoría aprobaron el Acuerdo de Concejo N.º 089-2010-MPHCO-O, que dispuso el cambio de uso del suelo del Parque Puelles, de zona de habilitación recreacional a uso mixto (zona comercial y zona recreacional). Dio su conformidad el gerente de Promoción y Desarrollo Económico (propuesta) y el teniente alcalde (informe).

²³ TAZZA, ALEJANDRO. Código Penal de la Nación Comentado. Parte especial. Tomo III. Santa Fé: Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, pp. 279 y ss.



El aporte de los referidos regidores que votaron a favor fue necesario para conseguir este primer acto. También se verificó el interés indebido del teniente alcalde Zevallos Fretel, pues expresó la finalidad del cambio de uso del área de terreno del referido parque, mediante Informe de la Comisión de Desarrollo Urbano y Obras Públicas, que presidía, no obstante que el procedimiento regular a seguir era mediante ordenanza municipal y no con un acuerdo de concejo.

Asimismo, el secretario general no solicitó el dictamen consultivo a la Comisión de Asuntos Legales, Procuraduría y Secretaría General antes de que se convoque a sesión de Concejo donde se aprobó el citado acuerdo de concejo.

iii) El 14 de diciembre de 2010 se aprobó que se modifiquen las áreas de recreación al uso de zona comercial o mixta, sin sustento documental (informes, memorandos y dictamen de la Comisión). Al día siguiente, el 15 de diciembre del mismo mes, el alcalde suscribió el Acuerdo de Concejo N.º 089-2010-MPHCO-O.

iv) Mediante Resolución N.º 1163-2010-MPHCO-O-A, del 23 de diciembre de 2010, el alcalde aprobó la Directiva N.º 001-2010-MPH-CO-A denominada "Procedimiento para la evaluación de iniciativas privadas en Proyectos de inversión presentados ante la Municipalidad Provincial de Huánuco", la cual no se encuentra justificada porque la Gerencia Municipal no solicitó opinión al gerente de Desarrollo Local respecto a la iniciativa privada de la citada empresa.

En ese sentido, existió contradicción entre los integrantes del Cepri. Emilio Teodoro Ruiz Moncada, el 29 de octubre de 2012, declaró que desconoce qué funcionario público elaboró la citada directiva y que no recuerda quién elaboró el Anexo N.º 1, que los requisitos de precalificación fueron elaborados por el presidente de la Comisión Emilio Teodoro Ruiz Moncada y por el secretario técnico, el abogado Benjamín Vladimir Cruz Picón. Este último en su declaración del 9 de noviembre de 2012, refirió que aparentemente la Directiva N.º 01-2010 fue elaborada por la gerencia general y que el Anexo N.º 1 fue elaborado por el Comité del pleno. Finalmente, Franco Liyanage Alva, en su declaración del 26 de octubre 2012, manifestó desconocer quién elaboró la referida Directiva. En su parecer, las referidas contradicciones ponen en cuestionamiento la imparcialidad con la que actuaron los miembros del Cepri.

Asimismo, en un solo día se emitieron diversos informes con inusitada celeridad con la finalidad de admitir a trámite y declarar de interés la iniciativa privada, los que no se realizaron con el debido análisis a pesar de la envergadura del proyecto.

v) El 27 de diciembre de 2010 se realizó la primera sesión consecutiva del Cepri, donde se admitió a trámite la propuesta de iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. El 28 de diciembre de 2010, se declaró de interés la iniciativa privada.

Según la Directiva N.º 001-2010-MPHCO-A, el Comité tenía dos días para la evaluación preliminar del proyecto y sesenta días hábiles, que podían ampliarse por otros veinte días hábiles, para realizar la evaluación técnica financiera del proyecto. No obstante, los miembros titulares del Cepri en solo dos días adoptaron los acuerdos. Se advirtió de la lectura del Informe N.º 23-2010-MPHCO-GDL, que



solo es un resumen de la iniciativa privada de Urbi Propiedades S. A., no contaba con fundamento técnico que sustente la posición de la Municipalidad de constituir un derecho de superficie, se limitó a señalar que cuando se admita a trámite y se declare de interés su proyecto, se le solicitará el proyecto completo en detalle. Se verificó que los integrantes del Cepri no contaron con el expediente técnico y menos se realizó una evaluación técnico financiera.

vi) El 29 de diciembre de 2010 se aprobó el Acuerdo de Concejo N.º 095-2010-MPHCO-O, en sesión ordinaria de concejo en la cual el teniente alcalde y los regidores sin debate y por unanimidad, declararon de interés el proyecto de inversión de iniciativa privada propuesta por Urbi Propiedades S. A.

vii) El 30 de diciembre de 2010, el alcalde emitió y suscribió el referido Acuerdo, que contiene la declaratoria de interés (Anexo 1): **a)** experiencia de 5 años en la operación de centros comerciales en provincia y 5 años en operación de supermercados a nivel nacional; y **b)** experiencia en desarrollo de proyectos inmobiliarios en contratos suscritos con el Estado.

Se excedió de sus atribuciones porque además de declarar de interés la propuesta presentada por Urbi Propiedades S. A., aprobó la desafectación del área total del Parque Puelles. No existió justificación para establecer los referidos requisitos técnicos, y se evidenció una vez más el interés indebido por parte de los miembros del Cepri, regidores y del alcalde, ya que al admitir los referidos requisitos solo favorecieron a Urbi Propiedades S. A. Así se impidió la libre competencia y perjudicó a otras empresas al no hacer posible que dentro del plazo de noventa días puedan presentar el mismo proyecto u otro alternativo.

viii) El 25 de marzo de 2011, Aventura Plaza S. A. presentó una carta al Cepri, en la cual manifestó su interés en participar en la ejecución del proyecto de inversión de iniciativa privada propuesta por Urbi Propiedades S. A. y que se modifique y eliminen los requisitos técnicos de la declaratoria de intereses, ya que perjudica la adecuada participación de inversionistas, estos son: **a)** experiencia en desarrollo de proyectos inmobiliarios en contratos suscritos con el Estado; **b)** reducción de cinco a tres años de experiencia de operaciones de centros comerciales; y **c)** se sustituya la experiencia en la operación de supermercados a nivel nacional por el compromiso de contar con un supermercado.

ix) El 29 de marzo de 2011 se emitió el Acuerdo de Concejo N.º 016-2011-MPHCO-E, que modificó los requisitos técnicos de la declaratoria de intereses.

x) El 8 de abril de 2011, el investigado Casabonne Stoessel presentó la Carta N.º UPC-049-2010, al presidente del Cepri, en la que solicitó se deje sin efecto el referido acuerdo de concejo.

xi) El Cepri, en sesión del 15 de abril de 2011, le dio la razón a la solicitud de Urbi Propiedades S. A. y propuso que el Concejo Municipal deje sin efecto el Acuerdo de Concejo N.º 016-2011-MPHCO-E. El mismo 15 de abril de 2011 se declaró la nulidad de este acuerdo, a través del Acuerdo de Concejo N.º 029-2011-MPHCO-E.



xii) El 3 de mayo de 2011, en el acta de reunión de Cepri, sus integrantes recomendaron al Concejo Municipal proceda a la adjudicación directa de la propuesta de iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. y a la negociación final del contrato.

Sin embargo, no consideraron en su Dictamen que los requisitos técnicos de la Declaratoria de Interés, tal como los fijaron, no posibilitaban la participación de otras empresas, como fue el caso de Aventura Plaza S. A.

xiii) El 6 de mayo de 2011 se emitió por mayoría el Acuerdo de Concejo N.º 033-2011-MPH-CO-E, suscrito por el alcalde Jesús Giles Alipázaga, que aprobó la iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. y le adjudicó el mencionado proyecto.

xiv) El 17 de mayo de 2011 se emitió el Dictamen N.º 0013-2011-MPHCO-CALPySG por la Comisión de Asuntos Legales, Procuraduría y Secretaría general, que recomendó al Concejo Municipal apruebe la versión final del contrato y se autorice al alcalde la suscripción del mismo.

xv) El 19 de mayo de 2011, se emitió por mayoría el Acuerdo de Concejo 034-2011-MPHCO-E, suscrito por el alcalde Jesús Giles Alipázaga, en el cual se aprobó la versión final del contrato y se le autorizó para que lo suscriba.

xvi) El 23 de mayo de 2011, se firmó el contrato de Constitución de Derecho Real de Superficie y Compromiso de Inversión. Intervino en representación de la Municipalidad el alcalde Jesús Giles Alipázaga y, en representación de Urbi Propiedades S. A., Ramón José Vicente Barúa Alzamora y Carlos Alfredo Casabonne Stoessel, director y gerente general, respectivamente.

xvii) El 4 de agosto de 2011, mediante Carta N.º 02-2011-INB-REG-MPHCO, se remitió un proyecto de Ordenanza dirigido al alcalde por Iván Núñez Barboza (quien en el 2010, en su condición de gerente de asesoría jurídica, recomendó se remitan los actuados al Concejo Municipal para que se cambie el uso del área del terreno del Parque Puelles) que buscaba cambiar la Ordenanza Municipal N.º 031-1999-MPHCO, que aprobó el plan director urbano para cambiar el uso de terreno del Parque Puelles.

En ese sentido, el investigado Iván Núñez Barboza con conocimiento y voluntad recomendó que se apruebe el Acuerdo de Concejo N.º 89-2010, a pesar de que no era el procedimiento para cambiar el uso del terreno del Parque Puelles. Asimismo, luego de firmado el contrato presentó un proyecto de ordenanza para que se cambie el uso de suelo del indicado parque, donde sostiene que el uso del suelo del Parque Puelles-Experiodistas como zona de habilitación recreacional ha sido aprobada mediante Ordenanza N.º 031-1999-MPHCO, por lo que conocía que la ordenanza como norma de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal debía modificarse por otra ordenanza previa consulta a la población, organizaciones públicas y privadas de la jurisdicción y no con un Acuerdo de Concejo como inicialmente recomendó.



xviii) El 11 de setiembre de 2011, se tiene el acta de audiencia pública de consulta sobre el Proyecto del Centro de Esparcimiento Huánuco Puelles convocada por el alcalde Jesús Giles Alipázaga. Por lo que se cursó el Oficio Múltiple N.º 030-2011-MPHCO-A, a las diversas instituciones públicas y privadas, citándolos para una reunión de trabajo del 13 del mismo mes, para poner en conocimiento la ejecución del referido proyecto.

xix) El 14 de setiembre de 2011 se emitió el Dictamen N.º 020-2011-MPHCO-CALySG, elaborado por los regidores Juan Elías Ollague Rojas, Joel Arteaga Calixto y Cecilia Ríos Salazar, integrantes de la Comisión de Asuntos Legales, Procuraduría y Secretaria General, en el cual se emitieron diversos informes en los que se dictaminó la aprobación del proyecto de ordenanza municipal que dispuso el cambio de uso de zona recreacional del Parque Puelles, no obstante se contradice con lo expuesto por los colegios profesionales, tal como se detallará luego.

xx) El 14 de setiembre de 2011 se emitió la Ordenanza Municipal N.º 022-2011-MPHCO, suscrita por el alcalde Jesús Giles Alipázaga, donde se ordenó modificar la Ordenanza N.º 031-1999-MPHCO, que aprueba el Plan Director Urbano, en el extremo de realizar el cambio de uso de la zona recreacional que ocupa el área del Parque Puelles, cambiando a zona de uso mixto, esto es, comercial y recreacional.

En la citada ordenanza por mayoría se ratificó el Acuerdo de Concejo N.º 033-2011-MPHCO-0 del 6 de mayo de 2011, donde se aprueba la iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. Asimismo, se le adjudicó directamente su proyecto de inversión y además el Acuerdo de Concejo N.º 034-2011-MPHCO-0 del 17 de junio de 2011, que autorizó al alcalde a suscribir el contrato con la empresa Urbi Propiedades S. A., la que se realizó como consecuencia de la aprobación del proyecto de ordenanza.

xxi) El 21 de setiembre de 2011, la Asamblea Extraordinaria del Consejo Regional de Decanos de los Colegios Profesionales de Huánuco, emitió pronunciamiento a través del cual observó y expresó su rechazo a la Ordenanza Municipal N.º 022-2011-MPHCO, pues se consignó maliciosamente que los colegios profesionales aprobaron el cambio de uso del suelo del Parque Puelles, cuando únicamente asistieron a la presentación de una reunión informativa de los posibles beneficios que ofrecería el futuro proyecto, la misma que estuvo a cargo del alcalde. En el mismo sentido se pronunciaron los decanos del Colegio de Notarios de Huánuco, Colegio de Contadores Públicos de Huánuco y del Colegio de Arquitectos e Ingenieros, quienes pusieron reparos sobre la parte técnica de la edificación.

DECIMOSÉPTIMO. Todos los actos administrativos mencionados, en consideración del fiscal provincial, son indicios concurrentes que demuestran que tanto el alcalde como los integrantes del Cepri se interesaron indebidamente de manera directa a favor de la iniciativa privada del proyecto Centro Comercial y de Esparcimiento Huánuco Puelles, presentada



por Casabonne Stoessel en su condición de director gerente de Urbi Propiedades S. A., para lo cual contaron con la participación necesaria de los regidores de dicho municipio y de otros funcionarios –cuyos nombres se precisan en la disposición de formalización de investigación preparatoria– y del mencionado Casabonne Stoessel.

Interés que se dio en provecho de la mencionada empresa, impidiendo que otras empresas como Aventura Plaza S. A. puedan presentar el mismo proyecto u otro alternativo, al haberse establecido requisitos técnicos en la declaratoria de interés que no hicieron posible la libre competencia. Agrega que no se advierte un estudio técnico financiero por parte de la Municipalidad que respalde la constitución de un derecho de superficie sobre dicho terreno a favor de la empresa Urbi Propiedades S. A. por el plazo de setenta años. De este modo, imputa que los informes y dictámenes elaborados solo sirvieron para darle formalidad a los acuerdos de concejo que se aprobaron sin debate previo, hechos que evidencian la comisión del delito de negociación incompatible.

DECIMOCTAVO. Con relación a Casabonne Stoessel, específicamente le imputa haber brindado un aporte necesario consistente en haber promovido la nulidad (se deje sin efecto) del Acuerdo de Concejo N.º 016-2011-MPHCO-E, del 29 de marzo de 2011, que modificó los requisitos técnicos de la declaratoria de interés, lo que se concretó cuando presentó la Carta N.º UPC-049-2010, del 8 de abril de 2011, al presidente del Cepri. De ese modo no se permitió la participación de otros inversionistas distintos a Urbi Propiedades S. A.

DECIMONOVENO. La defensa de Casabonne Stoessel al formular la excepción de improcedencia de acción alegó que el hecho no constituye delito, puesto que actuó en el ejercicio regular del derecho. Sostuvo que el 11 de abril de 2011, en su calidad de gerente general, cursó la carta notarial requiriendo se deje sin efecto el acuerdo del consejo y se continúe conforme con la declaratoria de interés, por lo que dicho acuerdo fue dejado sin efecto. Eso pone en evidencia de que en todo momento desarrolló conductas permitidas, ya que la única intención de la carta fue dejar sentado, de manera expresa,



ante los miembros del Cepri que había un procedimiento administrativo debidamente reglamentado.

Por tanto, no se trata de un aporte necesario para el delito de negociación incompatible, como sostiene la Fiscalía sino que se trata de un acto que realizó en el pleno ejercicio de un derecho y sin contravenir ninguna norma en la materia por la cual se le podría imputar responsabilidad penal respecto al cambio de uso del suelo del Parque Puelles, lo que es legal y conforme con los procedimientos que establece la norma especial en materia de iniciativas privadas bajo el ámbito de la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas.

VIGÉSIMO. El juez de investigación preparatoria en la Resolución N.º 4 declaró infundada la excepción deducida. Consideró que la conducta imputada por el fiscal sí constituiría delito, puesto que expuso una serie de irregularidades que tendrían como intención favorecer a la empresa representada por el investigado Casabonne Stoessel, y que si bien se alegó que su actuación se encuadró dentro del ordenamiento legal, ello debe ser evaluado en el estadio correspondiente cuando se analice su responsabilidad previa valoración de los elementos de convicción.

Esta decisión fue apelada por la defensa. Se precisa que, en los alegatos ampliatorios del recurso de apelación, la defensa sostuvo la atipicidad de la conducta, ya que con posterioridad a la Resolución N.º 4, se publicó la Casación N.º 782-2015/Áncash, en la que se optó por la teoría de la ruptura del título de imputación y estableció que para configuración del delito de negociación incompatible y enriquecimiento ilícito no se requiere la intervención de un tercero.

VIGESIMOPRIMERO. Por su parte, la Sala Penal de Apelaciones en la Resolución N.º 10, en el extremo objeto de debate y pronunciamiento, descartó la tesis de la defensa, ya que la conducta de su patrocinado no solo consistió en la remisión de una carta notarial, sino que según el titular de la acción penal se encontraría incluida dentro de un contexto al cual ya se hizo referencia. De allí que la cuestión de si la conducta del investigado fue legal o no, es un asunto



irrelevante para efectos de la excepción deducida, pues el delito de negociación incompatible no exige para su configuración necesariamente una actuación irregular en términos objetivos, sino más bien un interés indebido, o como en el caso de la complicidad primaria, un aporte necesario a la conducta que configura el delito (interés indebido del funcionario público). En ese sentido, confirmó la decisión del juez y declaró infundada la excepción deducida.

VIGESIMOSEGUNDO. De lo expuesto, este Supremo Tribunal aprecia que la imputación fáctica contra el investigado Cosabonne Stoessel contiene los presupuestos típicos del delito de negociación incompatible y en particular el referido al interés indebido, conforme con lo expuesto en los fundamentos doctrinales de la presente sentencia casatoria. En la disposición de formalización de la investigación preparatoria se han expuesto una serie de actos concretos –indicios concurrentes según el fiscal– atribuidas a los funcionarios ediles investigados (alcalde, teniente alcalde, miembros del Cepri, regidores, secretario general, gerente de Promoción y Desarrollo Económico, subgerente de Catastro y Control Urbano, gerente de Desarrollo Local, gerente de Asesoría Jurídica, entre otros) en la evaluación, calificación y realización de la declaratoria de interés de la iniciativa privada concretado en la suscripción de manera secuencial y forma célere de los acuerdos, resoluciones, informes y opiniones, que en conjunto configurarían típicamente el **interés indebido** en la contratación para favorecer el proyecto de la empresa Urbi Propiedades S. A.

En estos actos irregulares se atribuye la participación del investigado Cosabonne Stoessel, quien habría brindado un aporte necesario para la comisión del delito de negociación incompatible, al haber promovido el impedimento para la participación de otros postores como Aventura Plaza S. A., lo cual se habría concretado mediante la presentación de la Carta N.º UPC-049-2010, del 8 de abril de 2011, mediante la cual solicitó al Cepri la nulidad del Acuerdo de Concejo N.º 016-2010-MPHCO-E, el cual en la Sesión del 15 del mismo mes propuso al Concejo municipal se deje sin efecto dicho acuerdo edil, y en el mismo día el citado Concejo emitió el Acuerdo de



Concejo N.º 029-2011-MPHCO-E que, a su vez, declaró la nulidad del acuerdo anterior N.º 016-2010-MPHCO-E.

VIGESIMOTERCERO. Si bien la defensa alegó que la actuación específica de su patrocinado está acorde con el ejercicio regular del derecho, es pertinente precisar que dicha conducta no puede ser evaluada aisladamente sino como lo sostuvo la Sala Penal de Apelaciones en el contexto integral del marco de imputación fáctica, considerando el conjunto de actos ya detallados. En ese aspecto, la imputación contiene premisas fácticas de antijuridicidad de la conducta. Ahora bien, la comprobación o no de dicha antijuridicidad es un juicio que como se sostuvo en la resolución de primera instancia precisa de la evaluación de los actos de investigación y que por ahora no corresponde su análisis en este incidente de excepción de improcedencia de acción, dada la naturaleza de este medio de defensa.

VIGESIMOCUARTO. En cuanto al argumento de la defensa de que se tenga en cuenta el perjuicio económico como presupuesto del delito de negociación incompatible, carece de fundamento, pues conforme con los fundamentos doctrinales expuestos en la presente sentencia casatoria, el perjuicio económico no es una exigencia típica para la configuración de este delito.

VIGESIMOQUINTO. Por tanto, no se advierte que el juez de investigación preparatoria y la Sala Penal de Apelaciones, al momento de evaluar la excepción de improcedencia de acción, hayan interpretado erróneamente el elemento típico del delito de negociación incompatible, referido al interés indebido.

La Sala Penal de Apelaciones cuando confirmó la decisión del juez de la investigación preparatoria, ejerció las facultades de control jurisdiccional del relato fáctico y de legalidad reguladas en los artículos 409 y 419 del CPP, en conexión con el literal b, inciso 1, artículo 6, del acotado Código, y los lineamientos establecidos en la doctrina jurisprudencial al respecto. En atención a las razones expuestas, no se configuró la causal del inciso 3, artículo 429, del CPP, y así se declara.



DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. ACORDARON DECLARAR INFUNDADO el recurso de casación excepcional, por vulneración de precepto penal material, interpuesto por la defensa técnica del investigado **CARLOS ALFREDO CASABONNE STOESSEL** contra el auto de vista del tres de octubre de dos mil dieciséis, emitido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que **confirmó** el de primera instancia del nueve de junio de dos mil dieciséis, que declaró **infundada** la excepción de improcedencia de acción que dedujo, en la investigación que se le sigue a Carlos Alfredo Casabonne Stoessel como cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huánuco.

II. En consecuencia, **NO CASARON** el referido auto de vista.

III. DISPUSIERON se lea la sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en la página web del Poder Judicial, y se notifique a todas las partes apersonadas a esta Suprema Instancia.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el expediente al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Sala Suprema.

Intervino el juez supremo Bermejo Rios por licencia del magistrado supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

BROUSSET SALAS
CASTAÑEDA OTSU
PACHECO HUANCAS
GUERRERO LÓPEZ
BERMEJO RIOS
SYCO/wqu

ANEXO E

RECURSO DE CASACIÓN FUNDADO

Sumilla: El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal es uno de peligro concreto y, de acuerdo con el principio de lesividad, su configuración está condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. Debido a ello, no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, sino que serán típicas aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de septiembre de dos mil diecisiete.-

VISTOS: En audiencia pública, los recursos de casación interpuestos por los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, y José Haytara Carreón; contra la sentencia de 26 de octubre de 2016, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmó la sentencia de primera instancia de 11 de julio de 2016, que los condenó por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado; a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad, así como la pena conjunta de inhabilitación por un periodo de tres años; y fijó, en diez mil soles, el monto que por concepto de reparación civil, deberán abonar en forma solidaria a favor de la parte agraviada.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Cevallos Vegas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero.- Formulado el requerimiento acusatorio, de fecha veintiséis de junio de dos mil trece, subsanado en el escrito de fecha treinta de julio de dos mil catorce, el Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de veintidós de julio dos mil quince, dictó auto de enjuiciamiento en contra de los acusados como autores por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública-delitos cometidos por funcionarios públicos, en la forma de corrupción de funcionarios-negociación incompatible, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Melgar, representada por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Puno, habiendo el Ministerio Público solicitado las siguientes penas: Bernardo Natividad Meza Álvarez, cinco años de pena privativa de libertad; José Haytara Carreón, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; José Domingo Choquehuanca Soto, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y Helard Huamán Mamani, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, además de tres años de inhabilitación para los acusados y el pago de diez mil soles por concepto de reparación civil.

Segundo.- A través de la resolución de treinta y uno de agosto de dos mil quince, el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, dispuso la citación a juicio oral, realizándose las sesiones en los meses de marzo, mayo, junio, julio de dos mil dieciséis.

Tercero.- Mediante sentencia de once de julio de dos mil dieciséis, el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, condenó a Bernardo Natividad Meza Álvarez, a cinco años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad

y a José Haytara Carreón, José Domingo Choquehuanca Soto, y Helard Huamán Mamani, a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad efectiva; así como la pena conjunta de tres años de inhabilitación de los acusados y el pago de diez mil soles de forma solidaria por concepto de reparación civil, y reglas de conducta.

Cuarto.- Los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón apelaron dicha sentencia y su recurso fue concedido. En segunda instancia, la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, mediante sentencia de veintiséis de octubre dos mil dieciséis, confirmó la sentencia de primera instancia de once de julio de dos mil dieciséis, en todos sus extremos.

Quinto.- Contra dicho fallo, las defensas técnicas de los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, interpusieron sus respectivos recursos de casación. Mediante resolución de dieciocho de noviembre de dos mil diecisiete, la Sala Penal de Apelaciones- Sede Penal Juliaca, concedió los recursos de casación interpuestos.

Sexto.- Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de fecha doce de abril de dos mil diecisiete, que declaró: **i)** Inadmisibles los recursos de casación interpuestos por los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por las causales 1 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, por inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal (debido proceso y derecho de defensa), así como por la inobservancia de normas procesales y de

manifiesta ilogicidad de la motivación. **ii)** Bien concedidos los recursos de casación interpuestos por los sentenciados José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

Séptimo.- Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia con los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día **doce de septiembre de dos mil diecisiete**, a las once de la mañana.

CONSIDERANDO

ASPECTOS GENERALES

Primero.- De conformidad con la Ejecutoria Suprema de doce de abril de dos mil diecisiete –calificación de casación–, obrante en fojas doscientos veintitrés del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, fueron declarados bien concedidos los recursos de casación excepcionales, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; interpuestos por los sentenciados José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, referida a la errónea interpretación de la Ley penal-artículo 399 del Código Penal-delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

1. Imputación Fáctica

Segundo.- El Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Melgar, mediante informe especial N° 004-2011-2-0462-MPM/OCI,

detectó irregularidades en el proceso exonerado de adquisición de semillas de alfalfa, dactilys e inoculante; así, mediante informe de 04 de mayo de 2010, Walter Colque Agramonte, director encargado de desarrollo agropecuario del área usuaria, habría remitido las cantidades y especificaciones técnicas a la Gerencia Municipal para la formulación del expediente de contratación de Proyecto de Inversión Pública, fortalecimiento de la asistencia técnica a productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar, indicó las cantidades y especificaciones técnicas; sin embargo, este no fue incorporado al proceso de selección para la compra de los productos señalados, se transgredió el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala que el expediente de contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria, que debe contener las características de lo que se va a contratar, estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, disponibilidad presupuestaria y el tipo de proceso de selección.

El 12 de noviembre de 2010, el acusado Helard Huamán Mamani, presidente del Comité Especial del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 028-2010, en la segunda convocatoria derivado del proceso de la Licitación Pública 02-2010, emitió un informe dirigido al Alcalde de la Municipalidad Meza Álvarez; indicando que los postores no cumplieron con las especificaciones técnicas mínimas requeridas en las bases, por lo que el comité llegó al acuerdo unánime de declararlo desierto, solicitando al jefe del pliego la cancelación definitiva del proceso de selección, agudizándose más el proceso de adquisición de las semillas, en el que el comité especial incluyó requisitos técnicos adicionales de los insumos, sin consentimiento del área usuaria.

El 23 de noviembre de 2010, Efraín Zapana Apaza, asistente de abastecimiento, remitió a Helard Huamán Mamani, jefe de abastecimiento, las cotizaciones realizadas el 15 de noviembre de 2010,

para la elaboración del expediente de contratación, a la empresa Agro veterinaria el Altiplano de la ciudad de Ayaviri, Alabama S.A. y la empresa Favetza S.A.C por un valor referencial de S/1,517, 592.00 soles; cabe preciar que la empresa Agro veterinaria el Altiplano, ofreció los precios más bajos de alfalfa e inoculante, a pesar que no consignaba actividades de comercio exterior importador o exportador, como sí lo hacían las empresas Favetza S.A.C. y Alabama S.A. y a quienes se requirió la cotización vía oficio, resaltándose que esta última cotizó los precios más altos.

Con memorando de 24 de noviembre de 2010 el alcalde de la Municipalidad comunicó al economista Helard Huamán Mamani, la aprobación del expediente de contratación, mediante Decreto de Urgencia 78-2009, el mismo que no resultaba ser aplicable porque contemplaba la adquisición de bienes hasta por el monto de S/550,000. 00 y valor referencial de la adquisición de la semilla de alfalfa, dactylis e inoculante por el monto de S/1, 592,000.00 soles. El 3 de diciembre de 2010 se realizó la sesión de concejo municipal extraordinario, en el que no se tomó en cuenta que la situación de desabastecimiento inminente sólo puede ser en forma parcial para resolver el periodo corto de desabastecimiento y luego se proceda con los procesos normales que corresponden de acuerdo a ley.

El exalcalde Bernardo Natividad Meza Álvarez, a través de la resolución de alcaldía 766-2010 de 06 de diciembre de 2010, resolvió aprobar la exoneración del proceso para la adquisición de los insumos, dispuso la adquisición de semilla alfalfa mediante un proceso exonerado, y se resolvió designar al comité especial para llevar a cabo la exoneración del proceso, este fue integrado por el economista Helard Huamán Mamani (presidente), José Haytara Carreón (primer miembro titular) y el ingeniero José Domingo Choquehuanca Soto (segundo miembro titular). A pesar que los artículos 21 y 22 del Decreto Legislativo 1017 y el artículo 129 y 133, 134 del Decreto Supremo 184-2008, establecían que el proceso debía ser

convocado en forma regular; sin embargo, se llevó a cabo a sabiendas de que tal modalidad era irregular.

En conclusión, se atribuye a Bernardo Natividad Meza Álvarez, haberse interesado directa e indebidamente en violación del principio de imparcialidad, en el proceso de exoneración número 001-2010 MPA, en su condición de alcalde y presidente del Concejo Municipal de la provincia de Melgar que presidía del 2007 al 2010 por haber emitido la resolución de alcaldía de 6 de diciembre de 2010 aprobando el proceso exonerado y autorizar a la unidad de abastecimiento la preparación del expediente de contratación mediante un comité especial, para la adquisición de la semilla de alfalfa, dactylis e inoculante para los proyectos de fortalecimiento de la asistencia técnica de productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar e instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades, pese a que no procedía la exoneración por desabastecimiento.

Se imputó a los investigados Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón y José Domingo Choquehuanca Soto, ex miembros del comité especial, haberse interesado directa e indebidamente, en violación al principio de imparcialidad en el proceso exonerado 001-2010-MPM-A en provecho de la Empresa Alabama S.A. al haber suscrito el acta de apertura de sobre-proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A (primera convocatoria) de 14 de diciembre de 2010, otorgándole la buena pro para la adquisición de semillas de alfalfa, dactylis e inoculante para los proyectos antes referidos, vía proceso de exoneración, pese a que de acuerdo con el informe técnico 185-2010-DDAE-MPM, anteriormente, se convocó el proceso de adquisición hasta en cuatro oportunidades hecho que desvanece la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible que exige el primer párrafo del artículo 22 de la Ley de Contrataciones del Estado para considerar desabastecimiento y el primer párrafo del artículo 129 del Reglamento del Decreto Legislativo 1017.

2. Fundamentos de la sentencia de primera instancia

Tercero.- El Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, condenó a los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, señalando lo siguiente: **i)** Se encuentra acreditado que Bernardo Meza Álvarez era alcalde de la Municipalidad de Melgar el año dos mil diez, mientras que Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, funcionarios de la citada Municipalidad. **ii)** El Comité Especial impuso requisitos técnicos adicionales en las bases, sin el consentimiento del área usuaria, transgrediéndose el artículo cuarenta y uno del Reglamento de Ley de Contrataciones que establece que cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria. **iii)** En los cinco procesos de selección que se llevaron a cabo, deliberadamente, se mantuvo la modificación irregular de las bases a pesar de las observaciones de los postores, provocando el retraso premeditado, conduciendo la adquisición vía proceso exonerado, para ello, prepararon un nuevo expediente de contratación, incluyendo los requerimientos adicionales. **iv)** A pesar de no existir documento formal alguno para la adquisición adicional de semilla de alfalfa, *dactylis* e inoculante para el distrito de Santa Rosa, dio opinión favorable sobre la disponibilidad presupuestal. **v)** La OCI (Oficina de Control Institucional) cuestionó que el Comité en tiempo récord (el mismo día de instalado el comité especial), solicitó al Gerente Municipal, la elevación y aprobación de las bases del proceso exonerado, cuando habitualmente es solicitado al titular del pliego (alcalde). **vi)** La OCI determinó que existió un perjuicio económico hasta por el importe de doscientos catorce mil doscientos cuarenta y seis soles con veinte céntimos. **vii)** No se dio la situación de desabastecimiento toda vez que no podía existir este en el mercado de los insumos, sino que los acusados pedían requisitos que no podían cumplir los

proveedores como que la semilla sea del año. **viii)** No era necesario nombrar un comité para el proceso de exoneración, debido a que tratándose de este tipo de proceso bastaba que el titular del pliego designe a una empresa para que provea los insumos. **xi)** El día catorce de diciembre de dos mil diez, se generó la orden de compra, sin embargo, los documentos demostraron que el consentimiento de la buena pro, fue publicado en el SEACE el diecisiete de diciembre de dos mil diez, además, no se había firmado aun el contrato entre la entidad y el proveedor lo que demuestra el interés de favorecer a la empresa. **x)** Los acusados en su condición de funcionarios se interesaron para favorecer a la empresa ALABAMA S.A., al considerar especificaciones técnicas no requeridas por el área usuaria.

3. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

Cuarto.- La sentencia de vista emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román, confirmó la sentencia de primera instancia, señalando los siguientes fundamentos: **i)** Respecto al delito de negociación incompatible, basta que el funcionario público se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que este se entienda consumado. Interesarse indebidamente conlleva a la gestión de actos que no corresponden con el rol de un funcionario público. **ii)** En el caso del procesado Helard Huamán Mamani, quien era presidente del comité especial del proceso de exoneración, se interesó directa e indebidamente, al haber suscrito el acta de apertura de sobre proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A, dándole la buena pro a la empresa ALABAMA, que habría cotizado los precios más altos para la adquisición de semillas, y se convocó hasta en cuatro oportunidades lo que desvanece la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, además, si bien negó que haya existido modificación a las bases, tampoco se acreditó que no haya existido, el

procesado tenía conocimiento que por la cuantía de los bienes a adquirirse no procedía a realizar exoneración sino un proceso de licitación, tenía pleno conocimiento que no se presentó la situación de desabastecimiento inminente y extraordinaria, en conclusión demostró interés indebido en el proceso de exoneración, incumplió su deber de imparcialidad al otorgar la buena pro a una empresa que incumplió con las especificaciones requeridas. **iii)** Respecto al impugnante José Domingo Choquehuanca Soto, debe precisarse que al haber sido contratado como asesor externo de la Municipalidad Provincial de Melgar tenía un vínculo laboral con dicha entidad, fue elegido por el Alcalde como segundo miembro del comité especial para el proceso de exoneración, tenía poder de decisión, no le es aplicable el principio de prohibición de regreso, tenía conocimiento que el proceso no se encontraba permitido, sabía que la empresa ALABAMA S.A., fue postora en anteriores procesos de licitación pero no se otorgó la buena pro al no cumplir con las especificaciones técnicas, sin embargo, la invitaron para que participe en el proceso exonerado, ello corrobora su interés de favorecer a la empresa citada. **iv)** En cuanto al procesado José Haytara Carreón, primer miembro del comité especial, tuvo participación en el segundo y tercer proceso de licitación no ejecutados, la defensa señaló que la imputación no fue clara, concreta y precisa sino genérica, no definiéndose su grado de participación, sobre ello, debe precisarse que la imputación fue en calidad de autor directo, no existiendo ningún tipo de vulneración, además, al igual que los miembros del proceso, se interesó de manera directa e indebidamente, en otorgarle la buena pro a la empresa. **v)** Los sentenciados tienen la calidad de funcionarios públicos con competencia directa sobre el proceso exonerado, se interesaron de forma directa e indebida violando el principio de imparcialidad, favoreciendo a la empresa ALABAMA S.A.

4. Agravios de los recurrentes

Recurso de casación del sentenciado José Domingo Choquehuanca Soto

Quinto.- Este procesado alega como causales, las previstas en los incisos 1, 3 y 4 del Código Procesal Penal. Invocando, además, el inciso 4 del artículo 427 del mismo cuerpo normativo, sobre el desarrollo de doctrina jurisprudencial. Refiere como argumentos lo siguiente: **i)** La finalidad indebida, como elemento subjetivo del tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo 399 del Código Penal, no ha sido materia de prueba en el proceso penal: la Sala Superior no identificó ni valoró lo referido a la tipicidad subjetiva, es decir, el elemento adicional al dolo, que es el interés particular indebido con el firme objetivo de un provecho indebido para sí o para un tercero. Todos los elementos, deben ser materia de prueba en el proceso penal, en el caso de autos no se identificó el verbo rector “interés indebido”; tampoco el elemento de “provecho propio o de tercero”, que es uno de tendencia interna trascendente y la ventaja patrimonial. Por ello, la Corte debe desarrollar los alcances del tipo subjetivo del delito de negociación incompatible. **ii)** Se vulneró el principio de imputación necesaria, por la falta de adecuación correcta de su conducta al tipo penal; no se acreditó el elemento del “provecho para sí o para un tercero”, además, de no establecerse el aporte esencial y la ejecución efectuada por el impugnante.

Recurso de casación del sentenciado Helard Huamán Mamani

Sexto.- El procesado en su recurso de casación refiere lo siguiente: **i)** Se debe determinar si el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo requiere del elemento subjetivo adicional al dolo, y si está referido a que el autor tenga como finalidad el obtener un provecho económico para sí o para terceros. **ii)** No se realizó una correcta interpretación del Decreto Legislativo N.º 1017, Ley de

Contrataciones del Estado y su reglamento, el que debe ser interpretado. En el proceso de exoneración, el imputado Huamán Mamani ha participado como Presidente en el Comité Especial del Proceso de exoneración N.º 001-2010-MPM-A, designado mediante Resolución de Alcaldía N.º 767-2010-MPM/A, actuó conforme con sus competencias según lo establecido en el artículo 24 de la Ley de Contrataciones del Estado. **iii)** Debe interpretarse el apartado a) del inciso 2 del artículo 422 del Código Procesal Penal, determinando los criterios de admisión de prueba nueva, en el procedimiento de apelación de sentencias, a la luz de los derechos fundamentales de defensa eficaz y prueba.

Recurso de casación del sentenciado José Haytara Carreón

Séptimo.- El impugnante alega lo siguiente: **i)** Se afectó su derecho de defensa y al debido proceso, en tanto que, se le atribuyó la condición de autor directo del delito, de manera genérica, cuando el artículo 23 del Código Penal, señala las categorías de autor mediato, inmediato y coautoría. En este sentido, es necesario desarrollar si en las etapas del proceso penal se puede considerar a un imputado la calidad de autor de manera genérica, sin precisar si es mediato, inmediato o coautor, y si en el delito de negociación incompatible y tratándose de varios imputados quienes se han repartido roles, debería imputárseles como coautores. **ii)** Debe desarrollarse doctrina jurisprudencial en cuanto al delito de negociación incompatible, por cuanto existen vacíos en su interpretación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Sobre errónea interpretación de la Ley

Octavo.- El recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efectos de

asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistémica con el ordenamiento jurídico.

Noveno.- Como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, el aspecto sobre el cual este Supremo Tribunal debe efectuar precisiones a fin de resolver el recurso de casación interpuesto, es si en el presente caso se ha realizado una interpretación errónea del artículo 399 del Código Penal-delito de negociación incompatible; concretamente sobre: **i)** Los elementos normativos del tipo de negociación incompatible: “interesarse” y “provecho propio o de tercero”. **ii)** La relación funcional del funcionario o servidor público con el contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo.

2. El delito de negociación incompatible

Décimo.- El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, está ubicado en la sección IV del Código Penal - Delito de corrupción de funcionarios, por lo que se constituye en una modalidad de corrupción, lo que significa que la conducta del agente debe poseer dicha orientación, por ello, se descarta, *prima facie*, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa¹.

Décimo primero.- El artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, lo regula del siguiente modo: “*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 [...]*”.

¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta Edición. Idemsa, Lima, 2007, p. 817.

3. Bien jurídico protegido y naturaleza del tipo penal

Décimo segundo.- 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 funcionario². La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella.

Décimo tercero.- Debido a que el tipo no exige un perjuicio efectivo para la administración, se constituye en un delito de peligro³, que importa un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública⁴. Debe precisarse que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico⁵ - el correcto funcionamiento de la administración pública-.

² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, casación número 628-2015, Lima, fundamento jurídico segundo y tercero.

³ SANCINETTI, Marcelo. "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas". Buenos Aires. Disponible en línea: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1986-30087700891_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Negociaciones_incompatibles_con_el_ejercicio_de_funciones_p%Fablicas>.

⁴ En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad número 2068-2012.

⁵ HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de derecho penal. Parte general*. Tomo II. Cuarta edición. Idemsa, Lima, 2011, p. 68.

Décimo cuarto.- Como lo ha señalado un sector de la doctrina⁶, lo que también es acogido por este Supremo Tribunal, al constituirse el delito en uno de peligro concreto, debe respetarse el principio de lesividad, en ese sentido, la represión de la acción debe estar condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. Debido a ello, el delito de negociación incompatible no debe sancionar cualquier tipo de acciones, que puedan significar el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, del cual se deduzca la orientación de un “interés indebido”, sino solo aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública.

Décimo quinto.- En consecuencia, este ilícito penal, debe ser interpretado restrictivamente, en tanto que, el solo incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado –como se alega en la mayoría de casos en que se presume la comisión de este delito–, que no produzca siquiera un riesgo, o que este no sea inminente para el correcto funcionamiento de la administración pública, no puede ser reprimido, una interpretación contraria a ello, significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello, conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio, de ahí que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, debe ser interpretado de conformidad con los principios de lesividad, *ultima ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal.

⁶ Ob. Cit. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. pp. 71-72.

4. El interesarse indebidamente en provecho propio o de tercero

Décimo sexto.- 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”⁷; 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 cargo⁸.

Décimo séptimo.- Ello debe ser entendido así, por cuanto, con la modificación del artículo 399 del Código Penal, mediante la Ley N° 28355, de 6 de octubre de 2004, se incluyó adicional al “interés”, el elemento típico “provecho propio o de tercero”, es decir, el interés es sancionable siempre que implique un “provecho” para el funcionario público o tercero. A pesar que ha sido discutida la naturaleza de este provecho, debe aclararse que en definitiva, posee una connotación económica, ello, en tanto que el contrato u operación en el que interviene el agente también lo tiene; por ello, se señaló que a pesar que el tipo no exige un perjuicio – económico– efectivo, sí requiere un riesgo para el patrimonio estatal, por lo que solo será sancionada la conducta idónea para tal fin.

⁷ CREUS, Carlos. *Delitos contra la administración pública*, p. 371, lo llama “un interés de parte no administrativa”. Citado en CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 39.

⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 513-514.

Décimo octavo.- El Código Penal, establece tres formas en que se manifiesta el interés indebido: **a)** Directamente, que significa que el sujeto activo, exteriorice su interés mediante conductas activas, actos externos y objetivos. **b)** Indirectamente, se produce cuando el sujeto activo, realiza su conducta a través de otras personas o intermediarios⁹. **c)** Por acto simulado, en este supuesto el agente, aparenta que su accionar es imparcial y en pro de la Administración Pública, cuando no es así realmente.

5. Vinculación funcional del agente con el contrato u operación

Décimo noveno.- La regulación de la norma exige como requisito típico el estatus formal de funcionario o servidor público, y que la actuación realizada deba estar en razón al ejercicio de su cargo, ello implica una relación específica vinculada al ámbito de su competencia funcional, el agente actúa en función a las prerrogativas de su cargo. De ahí que su intervención en los contratos que realice el Estado siempre los realiza por imperio de la Ley.

Vigésimo.- En ese sentido, la Corte Suprema, en diversos pronunciamientos ha establecido que dicha relación funcional, debe ser entendida no solo cuando el funcionario tenga esta condición, sino que: “es necesario que cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones, es decir, posea el poder para participar en ellos”¹⁰, también se define como “aquel funcionario que tiene legítimamente a su cargo el contrato u operación”.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria, recurso de nulidad número dos mil seiscientos cuarenta y uno-dos mil once, de diez de agosto de dos mil doce.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, recurso de nulidad número doscientos cincuenta y tres-dos mil doce, de trece de febrero de dos mil trece.

Vigésimo primero.- En consecuencia, el agente activo debe ser un funcionario con competencia para intervenir en los contratos u operaciones estatales, ello, por cuanto, solo es posible que se interese indebidamente, en provecho propio o de tercero, si es que se encuentra dentro de su ámbito funcional, las decisiones que materializarán su interés indebido, que recaerá en su propio provecho o de otro.

6. Sobre el caso concreto materia del presente recurso de casación

Vigésimo segundo.- La Sala Penal de Apelaciones condenó a los recurrentes Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, como autores del delito de negociación incompatible, imputando que se interesaron directa e indebidamente vulnerando el principio de imparcialidad en el proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A, en provecho de la empresa Alabama S.A. Cabe señalar que los impugnantes actuaron como funcionarios públicos de la Municipalidad de Melgar, miembros del comité de adjudicación del proceso de exoneración, en cumplimiento de la orden emanada mediante Resolución de Alcaldía N.º 767-2010-MPM-A, del exalcalde de la Municipalidad de Ayaviri – Melgar, Bernardo Natividad Meza, quien los designó, por lo que la actuación se circunscribió en ese ámbito. La sentencia de segunda instancia, indicó que: *“'interesarse indebidamente', conlleva a la gestión de actos que no se corresponden con el rol del funcionario, quien muestra preocupación por un interés privado”*; ello no es correcto, pues este Tribunal aclaró, que siempre el interés se manifestará dentro del ámbito funcional, y por ende, del rol del sujeto activo, la Sala confunde “rol” e “interés en la función pública”.

Vigésimo tercero.- Tanto la imputación como la sentencia materia de grado dan cuenta de las presuntas irregularidades en las que habrían incurrido los encausados, por lo que, para demostrar el “interés indebido”,

se adujo la infracción del artículo 10 el primer párrafo del artículo 22 de la Ley de Contrataciones del Estado, así como y el primer párrafo del artículo 129 del Reglamento del Decreto Legislativo 1017; referidos específicamente a la formación del expediente de contratación con el requerimiento del área usuaria, el proceso de selección y los casos en los que se configura la situación de desabastecimiento, supuesto en el cual es posible exonerar el proceso de selección y que el Estado realice una contratación directa, como se hizo en el presente caso.

Vigésimo cuarto.- Para la configuración del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, se requiere que los agentes se interesen indebidamente en provecho de un tercero, este Supremo Tribunal advierte lo siguiente:

- A.** Respecto al proceso de exoneración, el 9 de diciembre de 2010, el comité conformado por los impugnantes, realizó una reunión con el fin de evaluar los requerimientos técnicos y seleccionar a la empresa que se invitará para la exoneración –de conformidad con el artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado–, como consta de fojas cuatrocientos cuarenta y dos, para lo cual analizaron las ofertas de cada empresa postora (Corpagro S.A.C., AGP S.A.C., Asociación Granja Don Bosco Prelatura de Ayaviri y Alabama S.A.); los motivos por los que se descartaron a las primeras tres empresas, fueron por la existencia de un intento de corrupción a uno de los funcionarios de la Municipalidad, la segunda por incumplimiento de un contrato en un proceso de 2008, la tercera porque no reportaba importación de semillas; por lo que, finalmente, se acordó invitar a la empresa Alabama S.A., pues cumplió con presentar todos los documentos exigidos en las bases del proceso. Se aprobó la elevación al titular de la entidad la propuesta de las bases y la convocatoria al proceso de exoneración N.º 001-2010-MPM.A.,

indicándose el cronograma para la convocatoria, registro de participantes, recepción de propuestas y otorgamiento de la buena pro, que se realizaría desde el 10 hasta el 14 de diciembre de 2010.

- B.** En cuanto a la situación de desabastecimiento, obra de fojas quinientos cuarenta y seis, la opinión N.º 017-2010-MPM-A/AVLE, de 2 de diciembre de 2010, realizada por el asesor legal externo que, determinó que es procedente la exoneración del plazo de convocatoria del proceso de selección, así también, se adjuntó el informe N.º185-2010-DDAE-MPM, de 30 de noviembre de 2010, donde se especificó los gastos en los que incurrieron los beneficiarios para la siembra de las semillas requeridas –cuya distribución debía efectuarse a partir del 15 de octubre hasta el 30 de noviembre de 2010 y la instalación desde el 15 de noviembre de 2010 al 15 de enero de 2011– en 1500 hectáreas del distrito de Ayaviri, y a nivel provincial a los distritos de Cupi, Llalli, Santa Rosa y Antauta, los cuales ascendían a S/330, 000. 00 soles.
- C.** La especificación técnica que modificó el comité especial, se refirió a los porcentajes de germinación y pureza de las semillas, al respecto los impugnantes han sostenido que se hizo, en función del apartado 6 del artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece entre las competencias del comité, el integrar las bases, la misma normativa, en el artículo 60, refiere que: “Las Bases Integradas que se publiquen en el SEACE incorporarán obligatoriamente las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones y/o Pronunciamiento”; es decir, las bases estándar, establecidas originalmente podrían incorporar requisitos técnicos adicionales que considere el comité especial, como se hizo en el presente caso.
- D.** La variación de cantidades se produjo en razón a que los insumos fueron requeridos para dos proyectos: “Fortalecimiento de la

asistencia técnica de Productores Agropecuarios del distrito de Ayaviri, Provincial de Melgar” e “Instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades de la Provincia de Melgar”, ello, a mérito del informe N.º 172-2010-DDA-MPM, de 10 de noviembre de 2010, de fojas quinientos setenta y dos, de José Haytara Carreón, quien comunicó que por acuerdo se incorporó a dichos distritos.

- E. Mediante acta de 30 de noviembre de 2010, indicaron que no es posible convocar mediante el Decreto de Urgencia N.º 078-2009, a una licitación pública, por lo que a través de la Resolución de Alcaldía N.º 766-2010-MPM/A. de 6 de diciembre de 2010, se aprobó la exoneración del proceso para la adquisición de semillas de alfalfa, dactilys e inoculante para los proyectos: “Fortalecimiento de la asistencia técnica de Productores Agropecuarios del distrito de Ayaviri, Provincial de Melgar” e “Instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades de la Provincia de Melgar”.

Vigésimo quinto.- La interpretación que sostuvo la Sala, para condenar a los impugnantes, fue la siguiente: “El tipo no solo exige que el beneficio sea a título personal o tercero sino lo relevante es que su actuación haya infringido los deberes especiales positivos que favorecen los intereses de la administración pública [...] basta que el funcionario encause su conducta más allá de lo debido, poniendo en riesgo su imparcialidad”. “Es suficiente que el funcionario se interese indebidamente en los actos de la administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”.

Vigésimo sexto.- Al respecto, se requiere dar contenido a estos elementos normativos, por lo que se ha establecido en los fundamentos anteriores que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no se configura con el solo incumplimiento de normas de

carácter administrativo, que si bien podrían constituir una conducta ilegal, no siempre será delito; sino que es necesario que el interés indebido, sea en provecho propio o de tercero –este último es el que se acusa– y, principalmente, que no es suficiente que el sujeto activo “encause su conducta más allá de lo debido”, como lo ha citado la Sala, pues no es un delito de peligro abstracto sino uno de peligro concreto, por ende, el actuar de los sujetos activos, debe ser de tal entidad que signifique un riesgo inminente para el Estado, en el caso, para la Municipalidad provincial de Ayaviri – Melgar.

Vigésimo séptimo.- No obstante, de lo expuesto, se advierte que la sentencia que condenó a los recurrentes, se basó fundamentalmente en el incumplimiento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como de su Reglamento y atribuyó el provecho de tercero, bajo el hecho que el comité especial atribuyera la buena pro a la empresa Alabama S.A., ante ello, los impugnantes han respondido, en sus recursos así como en el informe oral de 23 de agosto del año en curso, que sus decisiones se fundamentaron en diversas estipulaciones de dicha norma, citada en el considerando vigésimo cuarto. De ahí, que para la configuración del citado ilícito penal, no basta, la realización de acciones contrarias a la normativa administrativa que rige el contrato u operación, sino que es necesario que ese interés constituya un peligro concreto para el correcto funcionamiento de la Administración Pública y no como uno de peligro abstracto, que solo implicaría que se configure la conducta con el solo “interés”, sin tomar en cuenta el elemento “en provecho de tercero”.

Vigésimo octavo.- En ese sentido, revisados los autos se aprecia, que el proceso de exoneración mediante el cual se contrató a la empresa ALABAMA S.A., no significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado, tampoco obra pericia que así lo haya establecido; por el contrario,

la suma egresada por la Municipalidad se justificó con la adquisición de los insumos ofrecidos por la empresa Alabama S.A., a quien se le exoneró del proceso de selección, con el fin de satisfacer una necesidad para la comunidad de Ayaviri y demás distritos, en caso de no hacerlo habría ocasionado un perjuicio a los pobladores quienes habrían invertido en la preparación de la tierra para la siembra de las señaladas semillas.

Vigésimo noveno.- Asimismo, si bien se cuestiona que la base jurídica de dicho proceso era errónea, no lo son los procedimientos de formación de los actos administrativos cuestionados, y si lo fueran, la conducta sería ilícita –injusto administrativo– pero no delictiva.

Trigésimo.- En consecuencia, la conducta de los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Haytara Carreón, no es típica, por lo que de conformidad con el principio constitucional de presunción de inocencia; debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta.

Trigésimo primero.- De otro lado, el inciso uno del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal, establece que cuando en un proceso hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde, no sean exclusivamente personales. En el caso de autos, el procesado Bernardo Natividad Meza Álvarez –a quien esta Suprema Sala, declaró inadmisibile su recurso de casación, mediante ejecutoria de doce de abril de dos mil diecisiete– se encuentra en la misma situación jurídica que los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón por cuanto, como indicó la acusación fiscal y la sentencia recurrida, este en su calidad de Alcalde de la Municipalidad, conjuntamente con los procesados impugnantes José Domingo Choquehuanca Soto, Helard

Huamán Mamani y José Haytara Carreón, se interesaron indebida y directamente en provecho de la empresa Alabama S.A., incurriendo en la comisión del ilícito de negociación incompatible.

Trigésimo segundo.- Al respecto, como se ha establecido en los considerandos décimo tercero y décimo cuarto, el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto, que implica la idoneidad de la conducta del sujeto activo para poner en riesgo a la Municipalidad, lo que en el caso concreto no se ha determinado, en consecuencia, debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta; por lo que corresponde extender los efectos de la decisión de este recurso de casación al citado procesado Meza Álvarez.

Trigésimo tercero.- Finalmente, dicho ilícito penal tipifica que el interés debe ser en provecho propio o de tercero, este último se habría configurado según la Fiscalía, no obstante, en el expediente no obra indicio que acredite de forma indubitable que el actuar de los agentes se habría realizado para obtener un provecho en tanto que, como se aprecia, la empresa Alabama S.A., cumplió finalmente, con la adquisición de semillas. Por lo que, el tipo penal no debe considerarse realizado si del comportamiento no se dieron las circunstancias propias para poner en peligro la administración pública.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **POR MAYORÍA** declararon: **I. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la Ley Penal: artículo

trescientos noventa y nueve del Código Penal - delito de negociación incompatible; en consecuencia **CASARON** la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 26 de octubre de 2016, que confirmó la de primera instancia de 11 de julio de 2016, que los condenó por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado; a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad, así como la pena conjunta de inhabilitación por un periodo de tres años; y diez mil soles, como monto por concepto de reparación civil, que deberán abonar en forma solidaria a favor de la parte agraviada.

II. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 11 de julio de 2016, y reformándola: absolvieron a José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado.

III. **EXTENDIERON** la fundabilidad de la presente decisión en todos sus extremos, respecto al procesado Bernardo Natividad Meza Álvarez, de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal; en consecuencia, **CASARON** la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 26 de octubre de 2016, que confirmó la de primera instancia de 11 de julio de 2016, que lo condenó por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado; a cinco años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la

Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 11 de julio de 2016, y reformándola; absolvieron a Bernardo Natividad Meza Álvarez, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado.

IV. ORDENARON la inmediata libertad de los citados encausados siempre y cuando no subsistan contra ellos, orden de detención emanada de autoridad competente. **Oficiándose** para tal efecto vía Fax a la Sala Penal Superior respectiva.

V. MANDARON la anulación de los antecedentes judiciales y policiales que se hubieren generado en contra de los citados encausados, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso.

VI. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

VII. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas por licencia de la señora Jueza Suprema Pacheco Huancas.

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

CV/Rlc

VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SEQUEIROS VARGAS

VISTOS: los recursos de Casación interpuestos por José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón; con los recuados que se adjuntan al cuaderno de casación; y **OÍDO** el informe oral.

FUNDAMENTOS DISCORDANTES

PRIMERO. MATERIAS PARA EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Las materias para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial propuestas por los recurrentes, se hallan genéricamente enfocadas en la necesidad de desarrollo de los elementos normativos del tipo de negociación incompatible “interesarse” y “provecho propio o de tercero”, y sobre la relación funcional del funcionario o servidor público con el contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo.

SEGUNDO. LOS MOTIVOS CASACIONALES

El motivo invocado se halla previsto en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, abarca tres supuestos:

- Indebida aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
- Errónea interpretación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
- Falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

El planteamiento casacional, se enfoca en la errónea interpretación asignada a dos elementos del injusto penal de negociación incompatible. Esta causa de casación se produce únicamente cuando, por antonomasia, existe una interpretación correcta de los mencionados elementos; sin embargo dicho supuesto de fundabilidad no se puede afirmar, dado que sobre la materia no existe un fundamento que vincule a uno u otro órgano jurisdiccional a seguir determinada línea o interpretación.

TERCERO. EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El tipo penal sometido a juicio abarca múltiples supuestos típicos o proposiciones fácticas, que se hallan determinados por elementos normativos.

El interés mostrado por los ahora sentenciados, que fue reconocido por el Tribunal Superior, conlleva a la gestión de actos que no se corresponden con su rol del funcionario o servidor público. La muestra de un interés particular, ajeno a la función que cumple para la celebración de determinado contrato conlleva a la conclusión de un afán adicional al correcto desempeño de los funcionarios del Estado.

Si el interés se muestra durante el cumplimiento de sus funciones, existe una doble infracción, tanto administrativa, así como penal toda vez que se está aprovechando el ejercicio de la función para un interés personal. La naturaleza de la previsión legislativa de los delitos contra la administración pública radica en la protección de múltiples bienes jurídicos, entre ellos el correcto desempeño de los funcionarios Públicos a favor de quienes el Estado delega representación.

En el delito de negociación incompatible sanciona a un funcionario o servidor público que se interesa por un contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. Por ello, sostener que un funcionario se interesa por un contrato sin infringir sus funciones constituiría una apariencia. Lo concreto es que ningún funcionario o servidor público, a corto, mediano o largo plazo se puede beneficiar personalmente con las decisiones que asuma, toda vez que ello distaría del interés de la función pública.

Los funcionarios que se hallan a cargo de la dirección o elección de las adquisiciones del Estado, más allá de los fines políticos que tenga una entidad, debe cumplir el principio de legalidad estipulado en el apartado 1.1 del artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo General que obliga a las autoridades administrativas a actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo a los fines para los que fueron conferidas. La generación de excepciones a partir de las normas constituye una mala justificación para alcanzar los fines políticos de una entidad. El funcionario público encargado de los órganos de línea, asesoramiento y dirección siempre deben vincular su proceder con la norma administrativa.

No es adecuado en un Estado de Derecho, ni para el Estado que asumió múltiples decisiones de combate contra la corrupción justificar el quebrantamiento de la norma penal en meras infracciones administrativas, desde luego el reproche de estas últimas no es trascendente o equiparable a la infracción penal; sin embargo la diferencia entre una u otra, más allá del análisis objetivo que se brinde, debe ser evaluado desde el enfoque subjetivo con el que procedió el imputado.

Por ello, a nivel casacional, dadas las limitaciones de este recurso, no es posible aseverar que determinada conducta fue o no dolosa, toda vez que ello esencialmente requiere actividad probatoria ya fue establecida por dos órganos jurisdiccionales con dicha capacidad. En ese sentido únicamente correspondería la confirmación del fallo proveniente de sede superior, o en su defecto fijar un criterio y bajo dichos alcances ordenar un nuevo juzgamiento en el que se actúe prueba en función a las pautas metodológicas o de interpretación que brinde el tribunal Supremo.

En ese sentido, considero que la causa de fundabilidad prevista, no reúne la entidad suficiente para declarar que el Tribunal Superior de Puno incurrió en una errónea interpretación al evaluar el proceder de los sentenciados, pues dicho razonamiento estuvo justificado en base a pruebas actuadas en juicio oral, y a los siguientes indicios:

1. El oficio N° 241-2010, emitido por el Órgano de Control Institucional en el que advierte el riesgo de la contratación indica que la Resolución que aprobaba el proceso de exoneración, contravenía tanto el artículo veintidós de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo ciento veintinueve del Reglamento de la Ley de Contrataciones, toda vez que la cuantía de los productos exonerados superaban los límites previstos para la exoneración.
2. La Resolución de Alcaldía N° 766-2010-MPM/A, fue expedida el seis de diciembre de dos mil diez, aprobando el proceso exonerado y mediante Resolución de Alcaldía N° 767-2010-MPM/A, designó a los miembros del comité especial. Nótese que estas resoluciones se expidieron veinticinco días antes de que culminara el periodo de gobierno municipal.
3. Previa a la exoneración del proceso, se realizaron cinco procesos que de licitación cuyo final fue la declaratoria de desiertos o nulos. Estos antecedentes muestran la ausencia de necesidad para exonerar el proceso de selección por causal de desabastecimiento inminente.
4. Se designó como empresa proveedora, a Alabama S.A. la cual ofertaba diferencialmente mayores en comparación de las otras empresas como Agro Veterinaria “El Altiplano”; y no consideraron que dicha empresa también tuvo antecedentes de incumplimiento en la presentación de requisitos, como la licencia de funcionamiento. Sobre este último extremo la Sala Superior indica que durante el proceso no se acreditó que la empresa Alabama hubiera cumplido con la presentación de todos sus requisitos o con subsanar esta observación.
5. El Comité no justificó las razones objetivas que conllevaron a elegir como proveedora a la Empresa Alabama; sino fueron meras especulaciones que no se subsumen en los supuestos de desabastecimiento por el cual exoneraron el proceso.

DECISIÓN DISCORDANTE

Por estas razones, **MI VOTO** es porque:

- I. **SE DECLARE NULO** el concesorio de recurso de Casación expedido por Ejecutoria Suprema de doce de abril de dos mil diecisiete.
- II. **SE DECLAREN INFUNDADOS** los recursos de casación, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial interpuestos por los sentenciados José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytará Carreón, por el motivo casacional previsto en el inciso 3 del artículo 429 del NCPP, errónea interpretación del artículo 399 del Código Penal; y en consecuencia ratificar en todos sus extremos la Sentencia de Vista N.º 106-2016, expedida por los integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román, de la Corte Superior de Justicia de Puno que los condenó como autores del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado.
- III. **DISPONER** el archivo definitivo de lo actuado, y se remitan los autos al Tribunal de origen para los fines correspondientes, sin perjuicio de leer estos fundamentos en la Audiencia de Lectura de Sentencia Casatoria.

S.S.

SEQUEIROS VARGAS

ANEXO F



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 253 - 2012
PIURA

Lima, trece de febrero de dos mil trece.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Piura; con los recaudos que se adjuntan al principal, decisión bajo la ponencia del señor Salas Arenas, Juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA.

La sentencia de tres de noviembre de dos mil once, de los folios cuatro mil trescientos sesenta y ocho emitida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Piura, que absolvió a los encausados don José Manuel Chávez Sandoval, don Gilbert Córdova García, don Rigoberto Timana Silva, doña Emma María Córdova Córdova y don Alexi Córdova Alberca de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública en la modalidad de aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Yamango.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO *-cuatro mil cuatrocientos once a cuatro mil cuatrocientos catorce-:*

2.1 Sostiene que al emitir la sentencia absolutoria que la Sala Penal, no tomó en cuenta que la responsabilidad penal de los procesados se encuentra acreditada con el Informe Especial número 066-2006-CG/ORPI-PIURA, y el segundo Informe Especial número 191-2006-CG-ORPI, emitido por la Contraloría General de la República, que demuestran que los encausados antes citados utilizaron la suma de noventa y seis mil novecientos sesenta y tres nuevos soles de fondos de inversión desde enero a diciembre de dos mil tres, para gasto corriente.

2.2 Indica que con los cargos que ostentaban en el momento en los hechos (funcionarios y regidores) los encausados utilizaron fondos provenientes del



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 253 - 2012

PIURA

FONCOMUN para ejecutar egresos maliciosos y, actuaron de manera dolosa en el Programa Vaso de Leche.

2.3 Conformaron irregularmente el comité de adquisiciones, obviando realizar el estudio de mercado, aceptando propuestas carentes de requisitos y otorgando buena pro a postores no aptos que presentaron documentación incompleta, por ello, solicita la nulidad de la sentencia por no estar arreglada a ley.

3. SÍNTESIS DEL FÁCTUM.

Según el sustento fáctico de la acusación fiscal de los folios tres mil seiscientos trece a tres mil seiscientos veintiséis, se imputa a los procesados (en sus respectivas condiciones de alcalde, administrador y miembros del comité especial permanente para la adquisición de insumos para el Programa de Vaso de Leche de la Municipalidad Distrital de Yamango) haber incurrido en una serie de irregularidades en la adquisición de insumos del referido programa en el año dos mil tres; así se tiene que en transgresión a las bases otorgaron la buena pro a postores no aptos quienes presentaron, documentación incompleta, inexistencia de sustento legal, consignación de un valor referencial superior al mercado, no haberse considerado a los productores locales que ofrecían precios menores, y fraccionamiento del proceso de selección en seis armadas; ello ocasionó un perjuicio económico de S/. 72,030.30 nuevos soles.

Asimismo, se incrimina a Córdova García, en su calidad de alcalde de dicha comuna haber declarado la situación de emergencia sin existir causas establecidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que la justifiquen, pues existió un stock remanente proveniente del ejercicio anterior, igualmente por haber aprobado las bases administrativas de los seis procesos de selección.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 253 - 2012
PIURA

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL.

En el dictamen de los folios dieciséis a veinte -del cuadernillo formado en esta Instancia Suprema-, el señor Fiscal Supremo en lo Penal opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.

1.1 El numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú establece que las decisiones judiciales deben ser motivadas.

1.2 El párrafo e), inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado, prevé el principio de presunción de inocencia.

1.3 El artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, señala que en la sentencia debe evaluarse el conjunto probatorio.

1.4 El artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (vigente al momento de la comisión de los hechos), refiere que "(...) *el funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo*".

SEGUNDO: ANÁLISIS DEL CASO SUB MATERIA.

2.1 Toda sentencia constituye una decisión definitiva de una cuestión criminal, acto complejo que contiene un juicio de reproche o de ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente, es así que debe fundarse en una actividad probatoria suficiente que permita al Juzgador la recreación de la verdad jurídica y establecer los niveles de imputación, contenido que no debe de vulnerar los principios del debido proceso y la motivación de las



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 253 - 2012
PIURA

resoluciones judiciales; por ello, la sentencia que ponga término al juicio debe apreciar todos los medios probatorios recaudados en autos, lo que en buena cuenta debe ser el resultado de la evaluación, lógico -jurídica de las diligencias actuadas y la valoración adecuada de los medios probatorios incorporados válidamente al proceso¹.

2.2 El delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término "**interesar**", que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros, no es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que, es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo².

2.3 De los hechos y las pruebas, se puede concluir que tanto la comisión del ilícito y la responsabilidad penal de los encausados no se han acreditado, dado que se advierte que mediante Decreto Supremo número 008-2003-PCM de dieciséis de enero de dos mil tres de folio cuatrocientos cincuenta y cuatro, se declaró en estado de emergencia entre otros, al departamento de Piura, ante la eventual

¹ El proceso de investigación prejudicial se toma en un conjunto ordenado y regulado de actos equiparables a los de la arqueología pero en el ámbito de un caso aparente criminal y mediante él se descubre con pericia y severidad los vestigios y evidencias de la materia investigada.

² RAMIRO SALINAS SICCHA. *Delito contra la Administración Pública*, Editorial Jurídica Grijley, dos mil nueve , p. quinientos treinta y nueve.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 253 - 2012

PIURA

ocurrencia del "fenómeno del niño", para lo cual se formuló el "Plan Nacional de Contingencia", mediante Decreto Supremo número 029-2003-PCM de dieciocho de marzo de dos mil tres de folio cuatrocientos cincuenta y dos, se incluyó al "Programa del Vaso de Leche" dentro de dicho plan nacional, además, el referido programa se amplió por treinta días adicionales.

2.4 Aunado a ello, el Concejo Municipal de la entidad agraviada, en sesión de audiencia de once de marzo de dos mil tres -donde no intervinieron los encausados Timana Silva, Córdova Córdova y Córdova Alberca- que corre de los folios ciento veinticinco a ciento veintiocho y, en el Acuerdo Municipal número 004-2003-MDY/M de doce de marzo de dos mil tres de los folios ciento diecisiete y ciento dieciocho, da cuenta de la declaratoria de emergencia del departamento de Piura y la realización de medidas para el abastecimiento del "Programa del Vaso de Leche", encargando al área de administración (dirigida por el encausado Chávez Sandoval) la adquisición, a través de la modalidad de adjudicación directa selectiva, de la compra de producto (soya en grano) para el referido programa, pruebas que desvirtúa lo alegado por el recurrente, al sostener la falta de sustento legal para la ejecución del proceso de selección anotado.

2.5 Es en este contexto al realizar el arqueo al aludido programa la entrante gestión del encausado Córdova García, encontró una cantidad de insumos que no habían sido repartidos por la gestión anterior en el mes de diciembre de 2002, por lo cual se dispuso la inmediata distribución a la población, quedando un remanente, como se detalla en el Informe número 008-2003-MDY-ABST (ver folio ciento veintitrés), emitido por el área de abastecimiento, precisando que la distribución debía de regularizarse en el mes correspondiente, y recomendando que ante la presencia del periodo lluvioso, se tomaran las previsiones del caso para su normal abastecimiento, la que también es corroborado con el Informe número 0018-2003-MDY/ADM de folio ciento treinta y en el Informe legal que corre a folio ciento treinta y uno y ciento treinta y dos (donde se indicó, que los



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 253 - 2012

PIURA

procesos se llevarán por adjudicación directa y no por licitación pública por encontrarse el departamento de Piura en estado de emergencia), situación que desvirtúa lo alegado por el recurrente en el numeral dos punto tres del fundamento del recurso respecto al procesado Córdova García.

2.6 Respecto a la realización de los cuestionados procesos de selección que se precisan en el Informe Especial número 191-2006-CG-ORPI de los folios veintitrés a treinta y seis, (en los que no participaron los encausados Córdova García y Chávez Sandoval); si bien, se presentaron irregularidades en la ejecución de los mismos, como el no haberse realizado el estudio de mercado, la falta de verificación de las propuestas y de la documentación presentada por los postores, entre otros, cabe señalar que no se advierte el interés particular³, así como el exceso de los cargos o funciones de los procesados Timana Silva, Córdova Córdova y Córdova Alberca (integrantes de la Comisión Especial Permanente) orientado a finalidades no funcionales, apreciándose en todo caso, que tales omisiones o falta de cumplimiento de los dispositivos legales para la adquisición de bienes, obedecerán al desconocimiento de las normas por tratarse de una gestión edil nueva y a la premura por obtener el abastecimiento necesario, toda vez que la presencia de lluvias en la zona perjudicarían la adquisición del producto alimenticio y la respectiva distribución, situación que en todo caso corresponderían ser ventiladas en la vía administrativa.

2.7 Asimismo, se aprecia que los procesados (integrantes de la Comisión Especial Permanente) si bien no verificaron los precios de mercado; sin embargo, se observa que cumplieron con el número de postores a la adjudicación directa para la

³ Constituye el verbo rector de tal ilícito el "interesarse", esto es, poner de manifiesto sus pretensiones particulares en el contrato u operación al real marco de injerencia, excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 253 - 2012

PIURA

compra de soya en grano y azúcar, conforme se aprecia de las actas de otorgamiento de la *buena pro* de los folios dos mil trescientos veintisiete, dos mil trescientos sesenta y seis, dos mil cuatrocientos diecisiete, dos mil cuatrocientos cuarenta y dos, dos mil cuatrocientos sesenta y tres, donde se aprecia en todas ellas a tres postores, de las cuales en distintos procesos se dio como ganador a Molino San Miguel E.I.R.L., Rendihuza Servicios Generales E.I.R.L e Inkari SAC, por haber presentado mejor propuesta económica, no apreciándose una actitud dolosa por parte de los encausados Timana Silva, Córdova Córdova y Córdova Alberca.

2.8 En cuanto a lo alegado por el recurrente respecto a que los procesados utilizaron noventa y seis mil seiscientos noventa y uno nuevos soles con cincuenta y cuatro céntimos para gastos corrientes de los recursos que correspondían a inversión; es de anotar que obra el dictamen pericial judicial de los folios dos mil ochocientos ochenta y cuatro a dos mil novecientos seis, que determinan en su quinta conclusión que no existe desvío de fondos por la suma mencionada para gastos corrientes; agrega, además que el monto consignado por el Procurador Público al momento de interponer la denuncia no es real, pues está asumiendo que el exceso obtenido llega a esa cantidad, careciendo de sustento legal, normativo, presupuestario y contable, puesto que no está reflejada ni en los comprobantes de pago, ni en la evaluación y ejecución presupuestarios en el año dos mil tres.

2.9 A todo lo expuesto, es de referir que el señor Fiscal Supremo en los Penal quedó conforme con la decisión tomada por el órgano jurisdiccional al momento de emitir su pronunciamiento, respecto a que la conducta de los procesados no constituye delito.

2.10 De lo anotado, no se advierte en los actos analizados un comportamiento doloso atribuible a los encausados por lo que al no reunir la conducta de éstos



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 253 - 2012

PIURA

todos los elementos constitutivos de los tipos penales, la sentencia se encuentra arreglada a ley, no habiéndose llegado a desvanecer la presunción de inocencia que constitucionalmente asiste a los encausados como se indica en la sentencia recurrida.

DECISIÓN

Por ello, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, administrando justicia a nombre del Pueblo, los miembros integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República,

ACORDAMOS:

I.- Declarar **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de tres de noviembre de dos mil once de los folios cuatro mil trescientos sesenta y ocho emitida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Piura, que absolvió a los encausados don José Manuel Chávez Sandoval, don Gilbert Córdova García, don Rigoberto Timana Silva, doña Emma María Córdova Córdova y don Alexi Córdova Alberca de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública en la modalidad de aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Yamango, con lo demás que contiene, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por vacaciones de la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado.-

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

TELLO GILARDI

PRÍNCIPE TRUJILLO

JS/crch

23 MAY 2013

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

ANEXO G

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**SALA PENAL PERMANENTE****R. N. N° 2770-2011****PIURA**

Lima, doce de septiembre de dos mil doce.-

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por el señor Fiscal Superior Titular de la Segunda Fiscalía Superior Penal Liquidadora de Piura y el Procurador Público Anticorrupción, contra la sentencia de fojas mil doscientos ochenta y cinco, del diecinueve de julio de dos mil once, que absolvió a los acusados Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera de la acusación fiscal como autores del delito de aprovechamiento indebido de cargo, tipificado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, en agravio del Estado –Municipalidad Distrital de La Unión; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD:

1.1. Que, el representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad formalizado, a fojas mil trescientos siete, argumentó que no está conforme con la absolución, pues quedó acreditada la comisión del delito de aprovechamiento indebido de cargo, así como la responsabilidad de los procesados, debido a que: **a)** según los términos contractuales, el inicio de la obra fue el día cuatro de febrero de dos mil cuatro y debía culminarse el dieciocho de febrero de dos mil cuatro, lo cual no se hizo, generándole al Estado un perjuicio económico; **b)** asimismo, según el contrato correspondía un adelanto directo del veinte por ciento del monto total de la obra y el pago de un equivalente al cuarenta por ciento del monto total para la adquisición de materiales e insumos; habiendo emitido el Gerente Municipal Rojas Granados los memorándums números cero trece y cero catorce guión dos mil cuatro guión GM guión MDLU, mediante los cuales dispuso los pagos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**SALA PENAL PERMANENTE****R. N. N° 2770-2011****PIURA**

al contratista SERELCSA, como adelanto directo del cuarenta por ciento (el mismo día), lo cual se convirtió en un adelanto directo, afirmando que se interesó directamente aprovechándose de su cargo de Gerente para favorecer al contratista SERELCSA; **c)** no ejecutó los certificados de caución presentados por el contratista que garantizaban el fiel cumplimiento de la obra; **d)** no dispuso la deducción de cuatro mil cincuenta nuevos soles con veintiún céntimos, como penalidad; **e)** el acusado Benique Cabrera en su condición de inspector de la obra y además Gerente de Desarrollo Urbano no requirió a la empresa SERELCSA la amortización de la totalidad del adelanto otorgado, ya que faltaba amortizar la suma de seis mil doscientos treinta y dos nuevos soles con sesenta y un céntimos; y, **f)** no se ha tenido en cuenta el Informe número ciento setenta y cuatro guión dos mil seis guión CG oblicua ORP, emitido por la Contraloría y ratificado por sus peritos; ni el informe pericial contable del nueve de junio de dos mil once, emitido por los peritos Pedro Nolasco Balque Camacho y Oscar Albines Reyes.

1.2. La parte civil, en su recurso de nulidad formalizado a fojas mil trescientos once, señaló que se otorgó la Buena Pro, en forma indebida e irregular al Consorcio SERELCSA; además le amortizaron en forma irregular, en calidad de adelanto el sesenta por ciento del monto pactado, sin contar con los Informes favorables del Inspector de obras, ni tomar en cuenta lo establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, beneficiándose económicamente con los porcentajes de cancelación adelantada de la denominada "Obra culminación de la entrada a la Unión", ocasionando un perjuicio económico al Estado y a la entidad Edil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2770-2011

PIURA

SEGUNDO: IMPUTACIÓN FÁCTICA:

2.1. Según la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciocho, se imputa al acusado **Marco Antonio Rojas Granados**, en su condición de Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de La Unión período dos mil tres, haber **autorizado indebidamente el pago de adelantos**, sin contar con los Informes favorables del Inspector de Obras (el coencausado Valerio Benique Cabrera), ocasionando que se pague de manera irregular y sin fundamento al contratista Víctor Urbina Bustamante, en representación del Consorcio SERELCSA la cantidad de ochenta y un mil cuatro nuevos soles con diecinueve céntimos, en un plazo de quince días calendarios, otorgándole la Buena Pro con fecha diecinueve de diciembre de dos mil tres, sin que la Municipalidad tome conocimiento de la aplicación de ésta situación, además se le efectuó el pago de adelantos previo y sin la garantía que los materiales ingresen a la obra oportunamente, retrasando la ejecución de la obra "Culminación de la Entrada a La Unión", así como no requerir al contratista la amortización de la totalidad del adelanto otorgado y pendiente de amortizar, y por haber omitido realizar acción orientada a la aplicación de la penalidad correspondiente al contratista, lo que ha ocasionado un perjuicio económico a la entidad hasta por el monto de once mil setenta y cinco nuevos soles con diecisiete céntimos, evidenciando un claro favoritismo al no exigirle al contratista el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el contrato de obra.

2.2. Se incrimina al procesado **Valerio Benique Cabrera**, haber omitido en su calidad de inspector de obra y Gerente de Desarrollo Urbano, durante el período dos mil cuatro, requerir al contratista del Consorcio SERELCSA la amortización de la totalidad del adelanto otorgado y pendiente de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2770-2011

PIURA

amortizar, lo que ha ocasionado un perjuicio económico a la entidad agraviada (Municipalidad Distrital de La Unión – Piura), hasta por el monto de siete mil veinticuatro nuevos soles con noventa y seis céntimos, evidenciando un claro favoritismo al no exigirle al contratista el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el contrato de la obra.

TERCERO: FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

3.1. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (vigente al momento de los hechos), es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; debiendo para ello cumplir con las exigencias del tipo penal, los cuales pasamos a detallar: **a) intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional**, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone que: i) es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; ii) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; **b) indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero**, el interesarse indebidamente es 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, admitiendo tres modalidades de comisión **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizarlo aparentando que se trata de intereses

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2770-2011

PIURA

de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); **c) el objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación**, dada la naturaleza de los actos que interviene, el **interés ilícito** del funcionario o servidor público **reviste naturaleza económica**, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y, **d) requiere el dolo directo**, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

3.2. Estando a lo expuesto, procederemos a señalar que de autos se advierte, que la Municipalidad Distrital de La Unión - Piura otorgó la Buena Pro al Consorcio SERELCSA - RU, para la ejecución de la obra "Construcción de la Entrada La Unión - Piura", por la suma de ochenta y un mil cuatro nuevos soles con diecinueve céntimos -véase el Acta de evaluación de propuestas y otorgamiento de la Buena Pro de la adjudicación directa selectiva número cero cero cuatro guión dos mil tres guión CEAO oblicua MDLU, del diecinueve de diciembre de dos mil tres, obrante a fojas veintiuno y siguientes-, suscribiendo el tres de febrero de dos mil cuatro, el Contrato de ejecución de obra por contrata -véase fojas mil treinta y tres a mil cuarenta-, el cual contemplaba en la cláusula séptima "Obligaciones de la Municipalidad en la Ejecución de la Obra", la obligación de otorgar un adelanto directo hasta por el veinte por ciento del monto del contrato, así como los adelantos específicos para la adquisición de materiales e insumos hasta por el cuarenta por ciento del monto del contrato, requiriéndose previamente la presentación de garantías establecidas en el contrato, de conformidad con lo estipulado en los artículos cientos veintiuno, ciento veintinueve y ciento treinta del Reglamento de la Ley de Contrataciones y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**SALA PENAL PERMANENTE****R. N. N° 2770-2011****PIURA**

Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo número cero trece guión dos mil uno guión PCM.

3.3. Teniendo en cuenta lo antes acotado, el representante del Consorcio SERELCSA, Víctor Urbina Bustamante efectuó dos requerimientos con fecha cuatro de febrero de dos mil cuatro, el primero de un adelanto directo del veinte por ciento del monto de la obra, que asciende a la suma de dieciséis mil doscientos nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos -véase fojas cuarenta y uno- y el segundo del cuarenta por ciento, para adquisición de materiales, cuyo monto asciende a la cantidad de treinta y dos mil cuatrocientos un nuevos soles con sesenta y ocho céntimos -véase fojas cincuenta y uno-, adjuntando para ello dos Certificados de Pólizas de Caucción, por los montos antes señalados -las mismas que obran a fojas cuarenta y tres y cincuenta y tres, respectivamente-. Autorizando dichos pagos el procesado Marco Antonio Rojas Granados, en su calidad de Gerente de la Municipalidad Distrital de La Unión -véase fojas cuarenta y cinco a cincuenta y cinco-, conforme se aprecia de los comprobantes de pago, obrantes a fojas cuarenta y siete y cincuenta y siete; sin embargo, cabe resaltar que el artículo séptimo del contrato antes mencionado, también estipulaba que se requería de un Informe favorable del Ingeniero Inspector y/o Supervisor, lo cual no se efectuó para el primer adelanto (del veinte y cuarenta por ciento del monto de la obra), pero sí para los subsiguientes adelantos, emitiendo los correspondientes informes el procesado Benique Cabrera; no obstante, cabe indicar que el omitir en un inicio el Informe favorable del Supervisor de la obra no constituye indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible; toda vez que no cualquier irregularidad de carácter administrativo es idónea para configurar el delito materia de litis. Debiendo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**SALA PENAL PERMANENTE****R. N. N° 2770-2011****PIURA**

tener presente además, que los peritos contadores Pedro Nolasco Baique Camacho y Oscar Albines Reyes, en el Informe pericial contable, señalaron que los adelantos efectuados con garantía de fiel cumplimiento (pólizas de caución) se realizaron de acuerdo al contrato suscrito y a la normativa legal aplicable en esa fecha. En consecuencia, con respecto a esta imputación no existen elementos suficientes que desvirtúen la presunción de inocencia que le asiste al encausado Rojas Granados.

3.4. De otro lado, respecto a la imputación de que los encausados Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera no cumplieron con deducir la penalidad por retraso en la ejecución de la obra, resulta importante señalar que conforme se señaló líneas arriba, el contrato para la ejecución de la obra "Construcción de la Entrada La Unión - Piura", se suscribió el tres de febrero de dos mil cuatro -véase fojas mil treinta y tres a mil cuarenta-, rigiendo el inicio del plazo de catorce días calendarios, desde la entrega de los adelantos (esto es, el cuatro de febrero de dos mil cuatro), conforme se aprecia en su cuarta cláusula del contrato, quedando como fecha de vencimiento el dieciocho de febrero del mismo año; sin embargo, la empresa contratista SERELCSA - RU no cumplió con culminar la obra dentro del plazo establecido, por lo que, el encausado Benique Cabrera, en su condición de Supervisor de obra, emitió el Informe número cero cuarenta y uno oblicua dos mil cuatro oblicua MDLU, de fecha veintiséis de abril de dos mil cuatro, dirigido al Gerente de Desarrollo Urbano (José Miñope Effio), obrante a fojas seiscientos setenta y siete, en el cual pone en conocimiento que la empresa Contratista SERELCSA- RU, incurrió en infracción del tiempo de ejecución del contrato, precisando que debe aplicarse la multa correspondiente (como máximo al cinco por ciento del monto contratado), la cual equivale al monto de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**SALA PENAL PERMANENTE****R. N. N° 2770-2011****PIURA**

cuatro mil cincuenta nuevos soles con veinte céntimos, siendo la multa diaria de setecientos veintitrés nuevos soles con veinticinco céntimos; debiendo añadir que el área encargada de deducir la penalidad y de ejecutar la fianza de fiel cumplimiento otorgada por Consorcio SERELCSA- RU, era la Sub Gerencia de Tesorería de la Municipalidad Distrital de La Unión, tal como lo estipula el Manual de Organización y Funciones -así lo han precisado los peritos Pedro Nolasco Baique Camacho y Oscar Albines Reyes, en el Informe pericial contable, obrante a fojas mil doscientos veintisiete, del nueve de junio de dos mil once y en la sesión de audiencia obrante a fojas mil doscientos cincuenta y ocho-; por lo tanto, no era competencia de los procesados Valerio Benique Cabrera y Marco Antonio Rojas Granados, tanto más si el primero de los nombrados cumplió con poner en conocimiento de ello a la Gerencia de Desarrollo Urbano, resultando de aplicación el principio de confianza (filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, exigiendo como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro, permitiendo en la sociedad la confianza respecto de los terceros, creándose una expectativa de actuación correcta, por tanto no se está obligado a revisar minuciosamente la actuación de aquéllos, pues, ello generaría la disminución de las transacciones económicas y el desarrollo de la sociedad, operando el principio de confianza tanto para delitos dolosos y culposos).

3.5. Aunado a ello, se tiene que la pericia contable ampliatoria, del veintidós de junio de dos mil once, emitida por los peritos públicos contadores Pedro Nolasco Baique Camacho y Oscar Albines Reyes, obrante a fojas mil doscientos cuarenta y nueve, verificó que la inversión total por la ejecución de la obra, asciende a la suma de setenta y tres mil setecientos setenta y dos nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos, es decir, el monto pagado es menor al presupuestado y pactado para la ejecución de la obra antes

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**SALA PENAL PERMANENTE****R. N. N° 2770-2011****PIURA**

mencionada (el cual ascendía a la suma de ochenta y un mil cuatro nuevos soles con diecinueve céntimos), **no evidenciándose perjuicio alguno causado a la referida entidad;** sino más bien intervinieron la obra ante el retraso de la empresa Contratista, con la finalidad de evitar así el perjuicio que aducen, culminando la ejecución de la obra. En consecuencia, no existiendo indicios ni pruebas suficientes, que desvirtúen la presunción de inocencia que le asiste a los encausados Rojas Granados y Benique Cabrera, este Supremo Tribunal encuentra con arreglo a ley la sentencia recurrida.

Por estos fundamentos, **DECLARARON: NO HABER NULIDAD** en la sentencia del diecinueve de julio de dos mil once, de fojas mil doscientos ochenta y cinco, que absolvió a los procesados **MARCO ANTONIO ROJAS GRANADOS Y VALERIO BENIQUE CABRERA**, de la acusación fiscal como autores del delito de aprovechamiento indebido de cargo, tipificado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, en agravio del Estado -Municipalidad Distrital de La Unión; y con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.**VILLA STEIN**

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

*V. Utrócy***SE PUBLICO CONFORME A LEY***Pilar Salas Campos*
Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

30 ENE 2013

9

ANEXO H



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

ATENCIÓN PREFERENTE

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
CALLAO**

Sede NUEVA SEDE CENTRAL(AV. SANTA ROSA Y AV. O.R. BENAVIDES)
AV. SANTA ROSA Y AV. O.R. BENAVIDES

**Cargo de Presentación Electrónica de Documento
(Mesa de Partes Electrónica)**

Nº Documento: 14865- 2022

EXPEDIENTE	02066-2018-45-0701-JR-PE-01		
Org. Jurisdiccional	2º SALA PENAL DE APELACIONES - NUEVA SEDE		
Relator	CRISANTO SEMINARIO DINA CELESTE		
Fecha de Inicio	09/08/2021 16:29:35	Cuantía	0.00
PRESENTANTE	CAQUI DE LOS RIOS, ELI AUGUSTO		
Tipo de Presentante	IMPUTADO		
Documento	SOLICITUD		
Fecha de Presentación	23/11/2022 20:28:48	Folios	19
Depósito Judicial	0 SIN DEPOSITO JUDICIAL		

Arancel 0 SIN ARANCEL

ANEXOS SIN ANEXOS

ACOMPAÑADOS SIN ACOMPAÑADOS

SUMILLA FUNDAMENTO RECURSO DE CASACIÓN EXCEPCIONAL
CONTRA SENTENCIA DE VISTA

OBSERVACIÓN El usuario, no registró el arancel judicial-El usuario, no registró
el depósito judicial-SIN PAGO DE ARANCEL/TASA JUDICIAL

Presentado electrónicamente por: CARLOS ERNESTO RODAS VERA

Número de casilla: 55408

Exp. 2066-2018-45

Fundamento recurso de casación excepcional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial referida al estado de necesidad justificante en el delito de negociación incompatible, y otros.

SEÑORA PRESIDENTE DE LA SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO

Carlos Ernesto Rodas Vera y Shirley D. Pastor Trujillo, abogados del Sr. **Eli Augusto Caqui de los Ríos**, en el proceso penal seguido con relación a su persona por la supuesta comisión del delito de Negociación incompatible, en inexistente perjuicio de la empresa ESVICSAC; a usted atentamente digo:

I. Petitorio. -

En aplicación del art. 427 numeral 4 del Código Procesal Penal, cumpliendo con los requisitos formales establecidos en los artículos 404° y 405°, así como desarrollando las causales de procedencia de los artículos 427° numeral 4°, 429 y 430° numeral 3°, y encontrándonos en el plazo establecido por el artículo 414° numeral 1° literal a) del Código Procesal Penal, *fundamento nuestro recurso de casación excepcional* contra la resolución Nro. 6 de fecha 9 de noviembre de 2022, sentencia de vista emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Permanente del Callao, que confirmó en parte la sentencia de fecha 30 de junio de 2022 emitida por el Primer Juzgado Unipersonal Permanente del Callao, en el extremo que condenó al Sr. Eli Augusto Caqui de los Ríos como autor del delito de negociación incompatible a 4 años de pena privativa de la libertad efectiva, e inhabilitación por el plazo de cuatro (04) años; imponiéndole además ciento ochenta (180) días-multa. En consecuencia, SOLICITO se admita a trámite nuestro recurso a fin de que en su momento la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema lo declare FUNDADO por los motivos acá expuestos, en consecuencia, case la sentencia de vista y actuando como instancia la revoque, absolviendo al Sr. Eli Augusto Caqui de los Ríos de las imputaciones formuladas con relación a su persona.

II. Cumplimiento de requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso de casación excepcional. -**A) Legitimidad del impugnante, plazo procesal y resolución recurrible. -**

1. El presente recurso es interpuesto por el Sr. Eli Augusto Caqui de los Ríos y su defensa técnica, por resultar directamente agraviado. La resolución Nro. 6 de fecha 9 de noviembre de 2022, sentencia de vista impugnada, notificada en nuestra casilla electrónica el jueves 10 de noviembre de 2022. Por tanto, a la fecha nos encontramos dentro del plazo de 10 días hábiles concedido por el art. 414° numeral 1° literal a) del Código Procesal Penal.
2. Al tratarse de un recurso de casación excepcional (art. 427.4), el acceso al recurso procede contra sentencias referidas a delitos que tienen señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad menor a seis años. Para lo cual, en los párrafos posteriores, justificaremos las razones por las que solicitamos el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, así como la propuesta de interpretación.

B) Identificación de las causales invocadas en el recurso de casación, las mismas que han sido deducidas también en el recurso de apelación. -

1. Invocamos la causal prevista en el art. 429 numeral 3 del Código Procesal Penal, pues la sentencia impugnada importa una errónea interpretación del art. 399 del CP, en su elemento de “interés indebido en provecho de tercero” y “dolo”. Asimismo, la sentencia impugnada importa una falta de aplicación del art. 20 numeral 4 del Código Penal, que prevé el llamado “estado de necesidad justificante” en el delito de negociación incompatible. De igual forma invocamos la causal prevista en el art. 429 numeral 1, inobservancia de la garantía constitucional de la debida motivación (art. 139.5 de la Constitución Política). Conforme fundamentamos en el presente escrito.
2. Estas violaciones de la ley han sido oportunamente deducidas en los fundamentos de nuestro recurso de apelación de fecha 6 de julio de 2022, conforme lo reconoce la sentencia de vista en su página 6 punto 3.1.4, cumpliéndose con lo establecido en el art. 428.1.a) del Código Procesal Penal.

C) Partes o puntos de la resolución impugnada a los que se refiere nuestro recurso de casación excepcional

1. Nuestro recurso de casación excepcional se refiere a los puntos 1 al 25, contenidos en las páginas 13 a 18 de la sentencia de vista, así como a su parte resolutive. Conforme lo desarrollaremos a detalle en el presente recurso.

III. Fundamentos de nuestro recurso de casación: Errónea interpretación del art. 399 y razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial referida a los elementos “interés indebido en provecho de tercero” y “dolo”, Propuesta de desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

A) Razones por las que solicitamos el desarrollo de la doctrina jurisprudencial con relación al art. 399 del Código Penal y propuesta de interpretación y desarrollo. -

1. De acuerdo con lo establecido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Queja 66-2009-La Libertad, Considerando Sexto, solicitamos que se defina el sentido interpretativo del art. 399 del CP, específicamente, de sus elementos “*interés indebido en provecho de tercero*” y “*dolo*”, y la relación típica que debe existir entre ellos, pues existen situaciones donde el presunto autor realiza infracciones administrativas buscando el beneficio de su propia institución estatal, siendo previsible que, no obstante, un tercero también pueda resultar beneficiado (a pesar de que el autor no tuvo ese objetivo directo). Cabe plantearse entonces la siguiente pregunta: ¿estos casos, de “conurrencia de un tercero beneficiado”, ingresan o no dentro del ámbito de aplicación de los elementos típicos “interés indebido *en provecho de tercero*” del art. 399 del Código Penal? ¿Cabe considerar estos casos como un interés indebido en provecho de tercero bajo la modalidad del “dolo eventual”?
2. Como se puede apreciar, la ley pena sustantiva interpretada y aplicada es el art. 399 del Código Penal, delito de negociación incompatible, específicamente su elemento “interés indebido en provecho de tercero” y su relación con el tipo subjetivo dolo. El legislador ha considerado oportuno considerar como conducta típica del delito de negociación incompatible el interés indebido siempre y cuando busque beneficiar directamente a un tercero. En consecuencia, proponemos que se

fije como doctrina jurisprudencial, que el elemento interés indebido debe estar dirigido necesaria y directamente al elemento “provecho de tercero”, el cual constituye un elemento de tendencia¹, que exige, para su configuración, que el autor tenga como objetivo directo el provecho propio o de tercero. Esto excluye la posibilidad de que el delito de negociación incompatible se cometa mediante el llamado dolo eventual.

3. Por tanto, aquellos casos donde el funcionario o servidor público busque beneficiar a su institución y, no obstante, resulte beneficiado también un tercero, no constituyen un supuesto típico de “interés indebido en provecho de tercero”, ya que la conducta típica no estuvo motivada por la búsqueda de un beneficio para tercero, sino para su propia institución. Proponemos que estos supuestos sean diferenciados de aquellos donde el funcionario se interesa indebidamente en provecho directo de tercero, y como consecuencia colateral se beneficia a su institución, casos que sí constituyen delito de negociación incompatible, pues en estos casos se configuran tanto el dolo como el especial elemento de tendencia consistente en buscar el provecho de tercero.
4. Finalmente, un problema relacionado con la interpretación del elemento “en provecho de tercero” lo constituye su diferenciación con la “falta de perjuicio”, como veremos en nuestro caso. Siguiendo la línea de considerar al elemento “en provecho de tercero” como un elemento subjetivo de tendencia en el delito de negociación incompatible, proponemos que se fije como doctrina jurisprudencial que este elemento debe ser diferenciado de la “falta de perjuicio” para la institución. El “provecho propio o de tercero” forma parte del tipo subjetivo del delito de negociación incompatible, en consecuencia, debe ser postulado, demostrado y motivado para la configuración del delito. En cambio, el perjuicio no forma parte del delito de negociación incompatible, al tratarse de un delito de peligro.

B) La sentencia de vista importa una errónea interpretación del art. 399 delito de negociación incompatible en la relación que debe existir entre el elemento “interés indebido”, “en provecho de tercero” y “dolo”. -

1. En nuestro caso, la sentencia impugnada incurre en una errónea interpretación del art. 399 delito de negociación incompatible en sus elementos “interés indebido en provecho de tercero” y “dolo”. Veamos.

Argumentos de la defensa respecto a la anulación de la Licitación No. 001-2017.-

La defensa sostuvo que la anulación de la Licitación No. 001-2017 solo buscó favorecer a ESVICSAC, pues al 2.6.2017 existía un sobre stock de artículos en el almacén (el cual se encontraba en estado crítico)², y a pesar de ello esta licitación estaba realizando una compra de S/. 3,403,788.40 con estándar de calidad bajo, certificable solo por un ingeniero industrial, textil “o de carreras afines”.

En beneficio de ESVICSAC se anuló esta licitación, se reformuló el expediente, se disminuyó el monto de S/. 3,403,788.40 a S/. 1,281,083.20, confirmándose que se

¹ Álvarez Dávila, Francisco. El delito de Negociación Incompatible. Lima: IDEAS, 2021, explica que este elemento de tendencia interna trascendente es reconocido por la doctrina mayoritaria nacional. Pág 144.

² Se acreditó con el informe N° 012-OCI.ESVICSAC-2017, de fecha 9.6.2017, emitido por el Jefe del Control Interno, Sr. Víctor Alcázar, en cuya página 9, señala que al 2 de junio existía un almacén en estado crítico y que por ejemplo no se justifica que la Licitación Pública 1-2017 realice nuevas adquisiciones de 2,084 nuevas prendas de talla XXL, por S/. 72,229.50.

estaba comprando artículos innecesariamente por S/. 2, 122, 705.20. Además, se mejoraron las condiciones de calidad³. Incluso en la reanudación de la licitación si bien se fijó como nuevo valor referencial S/. 1,281,083.20, no obstante, la buena pro se otorgó solo por S/. 782,025.50.

La anulación de la licitación 1-2017 no tenía forma de beneficiar a la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES SRL. La compra menor a 8 UITs a esta empresa se hizo porque el 6.6.2017 el cliente PETROPERÚ envió la carta SSSO-201-2017⁴ requiriendo que en 48 horas se entreguen uniformes al personal de vigilancia, caso contrario aplicaría penalidad por día y por persona. Este plazo vencía el 9.6.2017 y la licitación pública 1-2017 tenía prevista su buena pro recién para el 14.6.2017, con lo cual no hubiera podido llegar al plazo brindado por PETROPERÚ. Con o sin anulación, igual se hubiera tenido que realizar la compra a esta empresa⁵.

Por tanto, incluso en el supuesto de que la anulación de esta licitación haya infringido las normas legales, no se configura el elemento “en provecho de tercero” pues no tiene manera de beneficiar a tercero.

Argumentos de la defensa respecto a la compra menor a 8 UITs a NEXO SOLUCIONES. -

La defensa sostuvo que fue la carta SSSO-201-2017 del 6.6.2017 enviada por PETROPERÚ donde concedía un plazo máximo de 48 horas lo que motivó la premura en esta contratación (plazo vencía 9.6.2017). Por esto el Sr. Omar León tuvo que usar los mismos requerimientos de la licitación anulada, pues en apenas horas no podía mejorarlos), y no se pudo esperar a la orden de compra ya que la prioridad era atender el requerimiento de PETROPERÚ mientras que este documento recién salió el 23.6.2017, con lo cual PETROPERÚ hubiera aplicado una penalidad a ESVICSAC. Además, a la empresa NEXO no se le pagó hasta que todas estas omisiones hayan sido debidamente subsanadas. En consecuencia, no la beneficiaron, sino que siempre fueron “en provecho de ESVICSAC”.

2. La sentencia impugnada dio la siguiente respuesta a nuestros argumentos: respecto a nuestro argumento de que la anulación se hizo en beneficio de ESVICSAC (reducir el monto y mejorar calidad), la sentencia de vista señaló que la anulación de la licitación 1-2017 incurrió en diversas irregularidades, las mismas que son suficientes para configurar el “interés indebido”, el cual a su juicio solo está referido al cumplimiento de los deberes de objetividad, transparencia y principios que rigen la contratación estatal.

³ La sentencia de primera instancia, en su pág. 41, punto 4.2.16, da cuenta de la presentación y actuación en juicio de la copia certificada del Expediente de Reanudación de la Licitación Pública N° LP-SM-1-2017-ESVICSAC.

⁴ La defensa presentó copia autenticada de la carta SSSO-201-2017 la misma que fue oralizada en juicio, conforme lo señala la sentencia de primera instancia, pág. 40 punto 4.2.8.

⁵ La defensa presentó y así fue admitido y actuado en juicio, copia certificada del Informe 27-2017-GO-ESVICSAC de fecha 8.6.2017, donde se daba cuenta que la Licitación Pública 1-2017-ESVICSAC/GG no podía cumplir con el requerimiento de PETROPERÚ pues su buena pro había sido fijada para el 14.6.2017

6.- La defensa del sentenciado Eli Augusto Caqui de los Ríos, en su escrito, así como en la audiencia de apelación, ha referido que a fin de evitar el pago de una penalidad a PETROPERU de S/ 342,630.00 ante el inminente incumplimiento de dotar de uniformes, calzado y otros al personal que brindaba servicio de seguridad, a su cliente PETROPERU, se realizó la contratación directa con la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES. Se señala que la declaración de nulidad de oficio de la Licitación Pública N°001-2017-ESVICSAC/GG no beneficia a NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES porque incluso sin la anulación se hubiera tenido que haber realizado la compra directa menor de 8 UIT, para atender el requerimiento de PETROPERU.

7.- Esta Sala Superior, tome en cuenta que el delito por el cual ha sido sentenciado Eli Augusto Caqui de los Ríos, es por Negociación Incompatible, que sanciona al 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. El bien jurídico específico afectado por el comportamiento del sujeto público vinculado es la imparcialidad y objetividad (profesionalismo) que exige el desempeño funcional

8.- El bien jurídico genérico de los delitos de corrupción definido anteriormente, es el correcto o normal funcionamiento de la Administración Pública. Pero el bien jurídico específicamente protegido del delito de negociación incompatible es la objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de los contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado (...) Entonces, la objetividad que se busca, es aquella donde la Administración Pública actúa al momento de realizar contratos, concursos públicos o cualquier otra operación económica, con la finalidad de poder elegir al competidor más adecuado de cara a los intereses públicos y el bien común.

9.- La ley de Contrataciones del Estado N° 30225 establece las disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades del Sector Público en los procesos de contratación de bienes, servicios, consultorías y obras que realicen.

10.- Los principios que rigen las contrataciones; son: a) Libertad de concurrencia; b) igualdad de trato c) Transparencia; d) publicidad; e) competencia; f) eficacia y eficiencia g) vigencia tecnológica h) sostenibilidad ambiental y social i) equidad j) integridad.

11.- Habiéndose formulado el Plan Anual de Contrataciones de ESVICSAC, teniendo en cuenta la etapa de formulación y programación presupuestaria, el requerimiento del área usuaria, con las especificaciones técnicas de los bienes, sin observación alguna, el estudio de mercado y fijación de valor de referencia, aprobación del expediente de contratación, nombramiento de los miembros del comité, la elaboración e integración de las bases, el cronograma de la licitación pública e inscripción en el SEACE, todo conforme a La ley de Contrataciones del Estado N° 30225; sin embargo, el mismo día de recepción de las propuestas, el sentenciado en su condición de Gerente General dispuso la nulidad de la Licitación sin ninguna base legal, conforme se lo hizo saber el anterior Jefe del Área legal, y por cuya razón le quito la confianza y nombro a Ricra Huamán.

12.- No resulta de recibo para este Colegiado, que el motivo de la nulidad fue por la mala calidad de los productos requeridos, porque con las mismas características y especificaciones técnicas se adquirió los mismos productos de forma directa a la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES; razón por la cual, su argumento resulta contradictorio y vulnera los principios de la lógica.

13.- Así también, lo alegado en la audiencia, en el sentido que los almacenes estaban abarrotados, no se condice con el hecho que hayan realizado una compra de uniformes calzados y otros a la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES.

14.- Se encuentra probado, el hecho que el sentenciado con su actuación como Gerente General motivó la nulidad de la Licitación 001-2017 ESVICSA, conforme a la declaración del testigo Pablo Michael Huertas Canales, que fue el jefe de Asesoría Legal (hasta el 6 de junio del 2017), quien al negarse, porque no existía una causal legal de nulidad, se le quito la confianza, y se designó a Ricra Huamán quien finalmente opinó por la nulidad, contra el texto expreso y claro de la Ley de Contrataciones del Estado.

Y respecto a nuestro argumento de que la compra menor a 8 UITs a NEXO se hizo en beneficio de ESVICSAC pues le permitían cumplir con sus obligaciones contractuales con el cliente PETROPERU y evitar la penalidad, la sentencia en la misma línea agregó que “la falta de perjuicio no integra el tipo penal y que incluso la entidad podía resultar beneficiada”:

PETROPERU. Señala la defensa del sentenciado que la sentencia apelada incurre en errores por cuanto no toma en cuenta que no hubo un beneficio para la empresa NEXO SOLUCIONES y que solo se benefició ESVICSA al evitarse el pago de una penalidad a favor de PETROPERU.

16.- Este Colegiado Superior, toma en cuenta con relación a la falta de perjuicio a la ESVICSA que alega el sentenciado que el tipo penal de interés indebido en negociaciones incompatibles no integra como componente típico el perjuicio material a la Administración Pública (específicamente la repartición o entidad pública contratante o a nombre de quien realiza la operación el funcionario o servidor público. En ese sentido no se exige un perjuicio económico para que se configure el tipo penal; en ese sentido no resulta de recibo lo señalado por la defensa quien fundamenta su teoría del caso en una falta de perjuicio real para el Estado, pues como se anotó, el interés indebido está referido esencialmente al específico deber de imparcialidad en la actuación del agente especial.

17.- A mayor abundamiento, cabe citar la siguiente jurisprudencia. "El tipo penal para su perfección no demanda la concurrencia de un perjuicio potencial o real para el Estado, pues el interés indebido está referido esencialmente al específico deber de imparcialidad en la actuación del agente especial...Esto significa, que en algunos casos la propia administración Pública puede ser beneficiada con la irregular intervención del funcionario servidor público. (R.N. N° 1318-2012-Lima del 29/08/2012, f 12, Sala Penal Transitoria).

18.- El hecho por el cual ha sido condenado Eli Augusto Caqui de los Ríos es por haber vulnerado el bien jurídico genérico de los delitos de corrupción que es el correcto o normal funcionamiento de la Administración Pública y específicamente la objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado. En el presente caso no se evidencia que el sentenciado haya cumplido con la finalidad de poder elegir al competidor más adecuado de cara a los intereses públicos y al bien común.

C) Errores de la sentencia y correcta aplicación del art. 399 del Código Penal en nuestro caso. -

1. La sentencia impugnada incurrió en el error de interpretación y aplicación de la ley penal al considerar que para la configuración de la conducta típica del delito de negociación incompatible bastaba con el "interés indebido del funcionario", pues con ello se vulneran los deberes de objetividad, transparencia y demás principios que rigen la contratación estatal, sin considerar que este elemento por sí solo no basta para configurar el delito de negociación incompatible, sino que el art. 399 exige que el interés indebido además sea directa y necesariamente dirigido a obtener un "provecho propio o de tercero". El autor del interés indebido debe tener como objetivo directo el provecho propio o de tercero.

Incorre en error además al interpretar el "dolo" del delito de negociación incompatible, pues considera que consiste en la sola conciencia y voluntad de conocer que se está cometiendo infracciones administrativas. Sin embargo, desconoce que el dolo del delito de negociación incompatible es un dolo directo, dirigido a beneficiar a tercero. El tipo subjetivo requiere además del elemento de tendencia "en provecho de tercero".

Además, la sentencia erróneamente equipara el elemento de tendencia "en provecho propio o de tercero" con la "falta de perjuicio". Desconociendo que el perjuicio es un elemento objetivo que no se requiere en el delito de negociación incompatible, mientras que el elemento "en provecho de tercero" es un elemento del tipo subjetivo que sí es necesario postular, demostrar y motivar, para la configuración del delito.

2. En nuestro caso, la anulación de la licitación pública 1-2017 incluso pudiendo contener errores, siempre estuvo motivada y se hizo en beneficio de ESVICSAC, pues permitió disminuir el monto de S/. 3,403,788.40 a S/. 1,281,083.20. Además, la buena pro incluso fue otorgada por mucho menos: S/. 782,025.50. ¿Esto de qué manera benefició a NEXO SOLUCIONES?

La anulación de la licitación 1-2017 no configura el elemento “provecho de tercero” a favor de NEXO SOLUCIONES, pues incluso sin la anulación la compra se hubiera tenido que comprar a NEXO SOLUCIONES para atender en 48 horas el requerimiento formulado por PETROPERÚ mediante carta SSSO-201-2017⁶, caso contrario aplicaría penalidad por día y por persona.

La licitación pública 1-2017 no hubiera llegado a este plazo, pues tenía prevista su buena pro recién para el 14.6.2017⁷, después de lo cual se hubieran tenido que hacer otros trámites administrativos para firmar y perfeccionar el contrato, previéndose la primera entrega recién a los 30 días de suscrito el contrato. Con o sin anulación, igual se hubiera tenido que realizar la compra menor a 8 UITs. En consecuencia, no se configura el elemento “en provecho de tercero”.

3. Tampoco se configura un interés indebido “en provecho de tercero” al realizar la compra menor a 8 UITs empleando los requerimientos de la licitación anulada ni al ingresar los uniformes los días 9 y 10.6.2017 sin orden de compra ni guía de remisión. Pues en apenas horas no se podían mejorar condiciones de calidad, y todas estas omisiones administrativas se hicieron en beneficio de ESVICSAC, pues el plazo otorgado por PETROPERÚ para proporcionar los uniformes vencía el 9.6.2017, caso contrario procedería a aplicar una penalidad ascendente a S/. 11,421.00 diarios. La orden de compra salió recién el 23.6.2017 y la guía de remisión el 28.6.2017, por lo que de esperarse estos documentos no se hubiera podido entregar los uniformes en el plazo concedido y se hubieran aplicado penalidades a la empresa.

Todas estas omisiones administrativas solo beneficiaban a ESVICSAC y no buscaban beneficiar directamente a NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES, ya que todas ellas fueron subsanadas antes de realizarse el pago. Por tanto, el interés fue siempre en provecho de ESVICSAC, a fin de que pueda cumplir con sus obligaciones contractuales y se evite penalidades. En consecuencia, no se configura el elemento típico “interés indebido en provecho de tercero” ni “dolo”.

Finalmente, es importante resaltar que la sentencia no ha postulado como beneficio a NEXO SOLUCIONES que se haya pagado precios por encima del mercado o que se le hayan comprado cantidades innecesarias para la institución. Por tanto, al no haber postulado contenido alguno para el elemento “en provecho de tercero”, ha incurrido en error de aplicación del art. 399 del CP.

IV. Fundamentos de nuestro recurso de casación: Falta de aplicación del art. 20.4 del CP, razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial referida al estado de necesidad justificante en el delito de Negociación incompatible. Propuesta de desarrollo. -

A) Razones por las que solicitamos el desarrollo de la doctrina jurisprudencial con relación al art. 20.4 del Código Penal. -

1. De acuerdo a lo establecido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Queja 66-2009-La Libertad, Considerando Sexto, en nuestro caso, solicitamos que se defina el sentido interpretativo del art. 20 numeral 4 del Código Penal, norma

⁶ La defensa presentó copia autenticada de la carta SSSO-201-2017 la misma que fue oralizada en juicio, conforme lo señala la sentencia de primera instancia, pág. 40 punto 4.2.8.

⁷ La defensa presentó y así fue admitido y actuado en juicio, copia certificada del Informe 27-2017-GO-ESVICSAC de fecha 8.6.2017, donde se daba cuenta que la Licitación Pública 1-2017-ESVICSAC/GG no podía cumplir con el requerimiento de PETROPERÚ pues su buena pro había sido fijada para el 14.6.2017

escasamente invocada en el delito de Negociación Incompatible, pero de especiales connotaciones jurídicas, pues permite eximir responsabilidad penal al funcionario o servidor público que interviniendo por razón de su cargo en un contrato u operación, se interesa indebidamente en provecho de tercero, pero lo hace con la finalidad de conjurar un peligro actual e insuperable de otro modo que amenace el patrimonio estatal de su institución, cuyo deber precisamente es cuidar y proteger.

2. Resulta necesario establecer la naturaleza, requisitos y alcances del art. 20.4 en el delito de negociación incompatible, a fin de determinar en qué casos situaciones concretas de necesidad en las que actúa el funcionario o servidor público a favor de su institución, constituyen un estado de necesidad justificante previsto en el art. 20.4 del CP. También resulta necesario diferenciar el estado de necesidad justificante en el delito de negociación incompatible (art. 20.4 CP) de aquellas situaciones excepcionales de contratación directa previstas en el art. 27 de la Ley de Contrataciones con el Estado, respondiendo a la siguiente pregunta ¿es necesario que el estado de necesidad justificante en el delito de negociación incompatible se encuentre previsto en el art. 27 de la Ley de Contrataciones del Estado.

B) Propuesta de interpretación y desarrollo del art. 20 numeral 4 del Código Penal en el delito de negociación incompatible, norma NO aplicada por la sentencia de vista. -

1. La norma sustantiva no aplicada por la sentencia de vista impugnada es el art. 20 numeral 4 del Código Penal, según el cual:

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal: (...)

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y*
- b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;*

2. Se trata de una norma de Derecho penal material o sustantivo, parte general, que el Código Penal erróneamente ha incorporado bajo la sumilla de “inimputabilidad”, pero que en realidad prevé una causa de justificación o exclusión de la antijuridicidad: el llamado “estado de necesidad justificante”⁸. Debe ser analizada luego de haber superado el análisis de tipicidad de la conducta.
3. Al tratarse de un dispositivo de la parte general, debe ser aplicado también a los llamados delitos de corrupción de funcionarios, entre ellos el delito de negociación incompatible, previsto en el art. 399 del Código Penal⁹. En estos casos, de acuerdo con nuestra propuesta de desarrollo jurisprudencial, sus elementos adquieren las siguientes particularidades:

- “*Peligro actual e insuperable de otro modo*”: está constituido por un hecho o “situación de peligro concreto” que tenga la capacidad de ocasionar un daño a

⁸ García Caveró, Percy. Derecho Penal. Parte General. 2da Edición. 2012. Lima: JURISTA EDITORES, p. 593.

⁹ García Caveró, Percy. Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En: García Caveró, Percy / Castillo Alva, José Luis: El delito de colusión. Lima. GRIJLEY, 2008. p. 57. En el mismo sentido en El delito de colusión desleal. En: García Caveró, Percy/Vílchez Chinchayán, Ronald. Delitos contra la Administración Pública. Lima. IDEAS, 2020. p. 198.

la administración pública en general o a algunos bienes jurídicos específicos que la componen. No es necesario que sea “próximo en el tiempo”.¹⁰

- “*Que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico*”: el peligro debe dirigirse específicamente a un bien jurídico relacionado con la administración pública, como el patrimonio del Estado, pero también puede estar dirigido a otros bienes jurídicos relacionados, como el correcto funcionamiento de la administración pública, la imparcialidad y objetividad de los funcionarios públicos, entre otros¹¹.
 - “*Realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro*”: el hecho puede ser realizado por el mismo autor, pero en el caso del delito de negociación incompatible y de los delitos contra la administración pública en general, al tener lugar el hecho en estructuras jerárquicamente organizadas, también es posible que el autor realice el hecho a través de alguno de sus subordinados, lo importante es que siempre se encuentre destinado a conjurar el peligro para un bien jurídico relacionado con la administración pública.
 - “*Conjurar*”: El verbo conjurar debe ser entendido como la acción dirigida a evitar, anular, repeler o alejar el daño a favor del bien jurídico relacionado con la administración pública.
4. Con relación a los requisitos previstos en los literales a) y b) del art. 20 numeral 4, se trata de requisitos concurrentes, cuya interpretación para el caso de los delitos de corrupción de funcionarios, en particular, delito de negociación incompatible, se propone que sea la siguiente:
- “*a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado*”: Para que se configure un estado de necesidad en el delito de negociación incompatible, el bien jurídico protegido debe ser superior al bien jurídico “imparcialidad y objetividad del funcionario público que participa en la contratación”. Como es el caso, por ejemplo, del bien jurídico patrimonio estatal. Sin embargo, no basta con una afirmación genérica en el sentido de que “se buscó proteger el patrimonio estatal”, sino que el análisis debe realizarse en cada caso, buscando siempre cuantificar y documentar el daño que hubiera sufrido el patrimonio estatal en caso el funcionario o servidor público no hubiera actuado de manera típica en defensa de su institución.
 - “*b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro*”: Para analizar la idoneidad del medio empleado para vencer el peligro, se debe realizar un juicio *ex ante* y no *ex post*, para lo cual el juzgador debe colocarse en la posición del autor, con los conocimientos que de facto o normativamente le sean atribuibles al momento de realizar el acto. Además, esta disposición debe ser interpretada en el sentido de que implica o conlleva una prohibición de exceso por parte del funcionario o servidor público, debiendo limitar su conducta a lo estrictamente necesario para vencer el peligro.

¹⁰ García Caveró, Percy. Derecho Penal. Parte General. 2da Edición. 2012. Lima: JURISTA EDITORES, p. 597: “la actualidad del peligro, sin embargo, no significa la inminencia de la lesión, en la medida que basta la probabilidad de que el riesgo se materialice aunque dicha materialización no sea próxima en el tiempo”.

¹¹ García Caveró, Percy, Derecho Penal. Parte General. 2da Edición. 2012. Lima: JURISTA EDITORES, p. 596, quien destaca que la regulación positiva permite que la situación de peligro pueda recaer sobre cualquier otro bien jurídico.

5. El estado de necesidad justificante en el delito de negociación incompatible no debe ser equiparado o confundido con aquellos supuestos donde la conducta típica del funcionario público (interesarse indebidamente en provecho de tercero) genera un beneficio a la institución, de acuerdo con la siguiente propuesta:
 - “*Interés indebido del funcionario público en provecho de tercero que genera un beneficio a la institución*”: en estos casos no existe una situación de peligro, sino que simplemente el funcionario se interesa indebidamente en un contrato u operación y lo hace en provecho propio o de tercero, a pesar de lo cual su institución resulta favorecida. Estos casos constituyen delito de negociación incompatible y deben ser sancionados por afectar el bien jurídico imparcialidad y objetividad en la contratación¹².
 - “*Estados de necesidad justificante en el delito de negociación incompatible*”: en estos casos, en cambio, existe una situación de peligro actual e insuperable de otro modo que no ha sido creada por el funcionario o servidor público. El funcionario o servidor público no busca generar un beneficio económico para su institución (incremento de su patrimonio), sino que busca evitarle un daño o perjuicio (disminución de su patrimonio).
6. Asimismo, proponemos que se fije como criterio interpretativo que las situaciones o estados de necesidad que dan lugar a la aplicación del art. 20 numeral 4 del Código Penal en el delito de negociación incompatible, no necesariamente deben estar comprendidas en el art. 27 de la Ley de Contrataciones con el Estado, pues se trata de dispositivos legales distintos. En el primer caso (art. 20.4 del CP) estamos ante una norma de Derecho penal material que prevé situaciones de necesidad sin restricción de número, y que debe analizarse una vez superado el análisis de tipicidad de la conducta imputada; mientras que en el segundo caso (art. 27 de la LCE), estamos ante una norma de Derecho público que prevé situaciones tasadas y excepcionales de contratación directa con el Estado. A diferencia del art. 20.4 del CP, la conducta que se ejecuta al amparo del art. 27 de la LCE ni siquiera alcanza el nivel de tipicidad penal.

C) La sentencia de vista importa una falta de aplicación del art. 20 numeral 4 del Código Penal para el delito de negociación incompatible. -

1. En nuestro caso, la defensa sostuvo que en caso de afirmarse la tipicidad de la conducta del Sr. Augusto Caqui, debe interpretarse y aplicarse el art. 20.4 del CP, que regula el estado de necesidad justificante, pues la conducta del Sr. Caqui de contratar a la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES y de autorizar el ingreso de uniformes sin orden de compra ni guías de remisión se debió a que, a los pocos días de asumir el cargo, con fecha 6.6.2017 PETROPERÚ cursó la carta Nro. SSSO-201-2017 requiriendo a ESVICSAC que en el plazo de 48 horas entregue uniformes a los vigilantes, de lo contrario aplicará penalidades por día y por persona. ESVICSAC había destacado 94 personas a PETROPERÚ, con lo cual la penalidad ascendía a S/. 11,421.00 diarios. Además, anteriormente, desde el 30.3.2016 al 08.5.2017, PETROPERÚ había impuesto 12 penalidades a ESVICSAC que suman S/. 131,948.91, con lo cual la amenaza contenida en la carta Nro. SSSO-201-2017 era cierta y concreta.

El plazo concedido por PETROPERÚ vencía el 9.6.2017, por lo que no se podía esperar a que se lleve a cabo la licitación pública 1-2017, cuya buena pro recién

¹² Así ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la Administración Pública, 3ra. Edición, Lima: Grijley, 2002, p. 591.

estaba prevista para el 14.6.2017. Por tanto, se optó por buscar un proveedor que pueda entregar los uniformes de manera inmediata, a más tardar el 9.6.2017, para ese mismo día llevarlos a PETROPERÚ, lo cual se logró hacer, evitándose una penalidad para ESVICSAC. Luego se procedió a regularizar los trámites administrativos, como son emitirse la orden de compra que salió con fecha 23.6.2017 y guías de remisión, las mismas que llevan por fecha 26.6.2017, para luego recién pagar al proveedor. De haberse esperado estos documentos, no se hubiera podido atender el requerimiento de PETROPERÚ en el plazo concedido 9.6.2017, y se hubieran aplicado penalidades a ESVICSAC.

2. La sentencia de vista respondió señalando que la “circunstancia de urgencia” alegada por la defensa no se encuentra prevista en el art. 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, ni en el procedimiento de menor cuantía para contrataciones menores o iguales a 8 UITs:

22.- La alegada circunstancia de urgencia, por la cual señala la defensa, que tuvieron que declarar la nulidad de la Licitación Pública 001-2017 –ESVICSAC, a fin de proveer de los uniformes, calzados y demás, al cliente PETROPERU, ésta Sala Superior, advierte que **dicho motivo llamado de urgencia, no se encuentra previsto en la Ley de Contrataciones del Estado, ni en el procedimiento de menor cuantía para contrataciones menores o iguales a 8 UIT,** debiéndose tener presente, que la Ley General de Contrataciones del Estado, en su artículo 27 establece los casos en que proceden las contrataciones directas, excepcionalmente señalando taxativamente trece supuestos, en ninguno de los cuales señala la causal de urgencia, sino que el literal b) señala el supuesto de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecte la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de ellos supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud. Lo cual, no es el presente caso en que la empresa ESVICSAC brindaba servicios de vigilancia y que todos los años realizaba su plan anual de contrataciones teniendo en cuenta la etapa de formulación y programación presupuestaria de cada entidad, con el cuadro de requerimientos de bienes y servicios; la cual, sin fundamento legal fue declarada nula.

D) Errores de la sentencia que conllevan a la falta de aplicación del art. 20.4 del Código Penal. -

1. La defensa invocó expresamente la aplicación del art. 20.4 del CP, y así lo identificó la sentencia de vista:

- Considera que, la Sentencia Apelada, ha infringido el artículo 393° del Código Procesal Penal, porque no ha realizado un examen individual y luego conjuntamente de todas las pruebas; además, su valoración no se ha basado en la sana crítica, especialmente en la lógica y la experiencia, además que se ha inobservado el derecho de defensa, no se han desvirtuado los alegatos de defensa y todos los medios probatorios ofrecidos, existiendo una infracción a la debida motivación de sentencias y una errónea aplicación del artículo 399° del Código Penal, específicamente al momento de hacer la interpretación y subsunción de los elementos típicos, interés indebido, además, de que se ha **inobservado el artículo 20.4 del Código Penal que habla de que está exento de toda responsabilidad penal aquella persona que obra en defensa de los intereses de la institución.**

2. Sin embargo, la sentencia de vista descarta nuestro argumento afirmando que el motivo que estábamos invocando “no se encuentra en la Ley de Contrataciones del Estado ni en el procedimiento de menor cuantía para contrataciones menores o iguales a 8 UITs, no habiéndose configurado ningún supuesto de acontecimientos

catastróficos” o “situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional”, “emergencia sanitaria” previsto en el art. 27 de la Ley de Contrataciones del Estado.

En consecuencia, la sentencia no ha aplicado el art. 20.4 del CP, sino el art. 27 de la Ley de Contrataciones del Estado previsto para contrataciones directas, conforme lo acredita el hecho de que en la sentencia no se encuentra ninguna referencia al art. 20.4 del Código Penal ni a sus elementos, como son el “Peligro actual que amenace un bien jurídico”, que además debe ser “insuperable de otro modo”; tampoco se analiza la realización del “hecho destinado a conjurar dicho peligro”, mucho menos se hace una “ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto” ni de la “intensidad del peligro” a fin de determinar cuál bien jurídico resulta “predominante sobre el interés dañado”, etc. No se aplica ninguno de estos elementos.

3. El estado de necesidad justificante previsto en el art. 20.4 del Código Penal es un dispositivo legal completamente distinto al art. 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, dispositivo este último que la defensa nunca ha invocado. La sentencia confunde “estado de necesidad” con “situación de urgencia”. Como se expuso, el art. 20 numeral 4 es una norma de Derecho penal material prevista en el Código Penal, cuyo objeto es excluir la antijuricidad de una conducta que previamente ha superado el análisis de tipicidad objetiva y subjetiva (dolo y especiales elementos de tendencia). Mientras que el art. 27 es una norma de Derecho público prevista en la LCE cuyo objeto es regular situaciones excepcionales de contratación directa con el Estado. A diferencia del art. 20.4 del CP, la conducta que se ejecuta al amparo del art. 27 de la LCE ni siquiera alcanza el nivel de tipicidad penal.
4. Finalmente cabe mencionar que a lo largo de la sentencia de vista siempre se refiere a la compra a NEXO SOLUCIONES como una “compra directa”, lo cual es manifiestamente errado. La contratación con NEXO SOLUCIONES fue una compra menor a 8UITs y no una compra directa, como erradamente la considera la sentencia a lo largo de su exposición.

E) Correcta aplicación del art. 20.4 del Código Penal en nuestro caso.-

1. En el presente caso se configura la aplicación del art. 20 numeral 4 del Código Penal, estado de necesidad justificante en el delito de Negociación Incompatible, pues a los 15 días de que el Sr. Caqui asuma como gerente general de ESVICSAC, existió un “**Peligro**” contenido en la carta de PETROPERÚ Nro. SSSO-201-2017 mediante la cual atribuía a la empresa ESVICSAC venir incumpliendo sus obligaciones por no haber entregado uniformes al personal de seguridad destacado para brindar seguridad a PETROPERÚ, requiriéndole que en el plazo de 48 horas subsane dicha deficiencia, de lo contrario aplicará penalidades por día y por persona.
2. Es importante señalar que se trataba de un peligro cierto, real, pues con ocasión del anterior contrato que tenían ESVICSAC y PETROPERÚ, este cliente, desde marzo 2016 al 8 de mayo del 2017, ya había impuesto 12 penalidades a ESVICSAC que sumaban S/. 131,948.91, conforme lo recoge la sentencia:

6. Carta SEGU-SI-066-2016 de fecha 30 de marzo de 2016 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200008420.
 7. Carta SEGU-SI-070-2016 de fecha 05 de abril de 2016 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200008420.
 8. Carta SEGU-SI-098-2016 de fecha 06 de mayo de 2016 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200008420.
 9. Carta SEGU-SI-119-2016 de fecha 01 de junio de 2016 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200008420.
 10. Carta SEGU-SI-151-2016 de fecha 04 de julio de 2016 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200008420.
 11. Carta SEGU-SI-177-2016 de fecha 01 de agosto de 2016 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200008420.
 12. Carta JSSO-SGI-294-2016 de fecha 11 de noviembre de 2016 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200036482.
 13. Carta JSSO-SGI-304-2016 de fecha 13 de diciembre de 2016. del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200036482.
 14. Carta JSSO-SGI-002-2017 de fecha 03 de enero de 2017 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200036482.
 15. Carta JSSO-SGI-030-2017 de fecha 15 de febrero de 2017 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200036482.
 16. Carta JSSO-SGI-002-2017 de fecha 03 de enero de 2017 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200036482.
 17. Carta SSSO-021-2017 de fecha 17 de abril de 2017 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200036482.
 18. Carta SSSO-048-2017 de fecha 08 de mayo de 2017 del cobro de una penalidad de PETROPERU a ESVICSAC derivado del contrato 4200036482.
3. Este peligro además era “**Actual**”, pues la carta lleva por fecha 6.6.2017, mientras que las conductas dirigidas a realizar la compra menor a 8 UITs comienzan temporalmente el mismo 6.6.2017, y el ingreso de los bienes sin orden de compra son de fecha 9 y 10.6.2017. Este peligro además era “**Insuperable de otro modo**”, pues el plazo brindado por PETROPERÚ vencía el 9.6.2017, con lo cual no podía esperarse a culmine la licitación pública 1-2017, pues conforme lo establece la sentencia de primera instancia, existen las copias fedateadas del “Acta de postergación” de fecha 02.6.2017 y “Acta de Postergación (por segunda vez) de fecha 6.6.2017”, donde el Comité había reprogramado el otorgamiento de la buena pro para el día 14.6.2017. Por tanto, se optó por recibir los bienes, entregárselos en el día a PETROPERÚ y luego regularizar la orden de compra.
 4. “**Amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico**”, en este caso la carta de PETROPERÚ SSSO-201-2017 amenazó el bien jurídico patrimonio de ESVICSAC. Por lo que se “**Realizó un hecho destinado a conjurar dicho peligro**”, consistente en el ingreso de los bienes sin esperar a la orden de compra a fin de poder trasladarlos el mismo día a PETROPERÚ y evitar la penalidad. La sentencia de primera instancia reseña la declaración en juicio de los testigos Juan Carlos García Cunya, encargado de almacén, y Jesús Amador Polo Santillán, asistente de almacén, quienes afirmaron que el mismo día que el proveedor NEXO SOLUCIONES dejó los uniformes (9 y 10 de junio), fueron llevados inmediatamente a PETROPERÚ. La sentencia de primera instancia también reseña la declaración de la testigo Jéssica Zorrilla, quien a la fecha de los hechos fue jefa del Área de Contabilidad de ESVICSAC, manifestó que sí se cumplió con la entrega de uniformes a PETROPERÚ, por tanto, ESVICSAC no pagó la penalidad.
 5. El art. 20.4 del CP, para su configuración, exige también una **ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto y la intensidad del peligro**. En este caso, los bienes jurídicos en conflicto son por un lado el patrimonio estatal de ESVICSAC, cuya intensidad de amenaza es de S/. 11,421.00 diarios por cada día de retraso, vs. El cumplimiento de las formalidades consistentes en la orden de compra y guía de remisión. No ha sido postulado por la fiscalía, juzgado ni Sala, que la falta de

estos documentos haya permitido un ingreso de artículos de manera excesiva a favor del proveedor y en perjuicio de ESVICSAC. Al contrario, durante el juicio se evidenció que la falta de estos documentos se cubrió de la siguiente manera:

- Declaración del testigo Juan Carlos García Cunya (pág. 19 sentencia de primera instancia):

A las preguntas de su defensa técnica de los acusados LOURDES SELENE ISABEL AGUILAR NOVOA y OMAR LEON GUTIERREZ, el testigo señaló que, el mismo día de recepción, salió los productos que se recepcionó, siendo que se recepcionó a las 6:30 pm, por lo que la salida habrá sido una hora después, señalando que por disposición entrego los productos al área usuaria y estaba destinado al cliente PETROPERÚ, asimismo señala que se entregó en su totalidad y posterior a ello regreso un saldo, lo cual se entregó al proveedor; a fin de que no sobrara. Además, señala que tuvo conocimiento que este material era urgente de manera verbal, mas no con documento. Señala que era la primera vez que recepcionaba materiales a la empresa Nexo Soluciones, también era la primera vez que ESVICSAC recepcionaba materiales a Nexo soluciones, asimismo, indica cuando entrego estos bienes no hubo observación por parte del área usuaria.

- Declaración del testigo Jesús Amador Polo Santillán (pág. 22 sentencia de primera instancia):

Caqui, señala que sus superiores le indicaron que se necesitaba con urgencia la recepción de los bienes para el cliente de PETROPERU y para evitar penalidades. Señalando que esta orden fue de forma verbal el día 08 o 09 de junio. Indica que la empresa no contaba con una correcta documentación para hacer la recepción Nexo Soluciones Empresariales, ya que solo le entregaron el formato de la hoja de requerimiento del área usuaria, pero sin adjuntar los términos de referencia y especificaciones técnicas. Señala que antes de recibir la mercadería consulto con el área de logística, donde le indicaron que no tenía la documentación completa y que por órdenes de la señora Nova y el señor Caqui se solicitaba se recepciones los bienes. Asimismo, señala que en la recepción de los bienes estaba el gerente de operaciones; a cargo del señor Poma León, jefe de operaciones, supervisor designado al expediente y el personal a cargo de ellos. Señala que estaba el jefe de operaciones, a quien le dijo las observaciones, señalando que el área usuaria dio la conformidad de los bienes y posterior a la recepción de los bienes, teniendo la conformidad de los bienes, envió un correo a la señora Novoa y el señor Caqui y a su jefatura inmediata, indicando que se

6. Finalmente, el medio empleado fue “**un medio adecuado para vencer el peligro**”, pues con el ingreso de uniformes los días 9 y 10.6.2017 y su inmediato traslado a PETROPERÚ se logró vencer el peligro de penalidad a ESVICSAC. Por tanto, se configuran todos los elementos objetivos y subjetivos para aplicar el art. 20.4 del Código Penal, que eximía al Sr. Augusto Caqui de toda responsabilidad penal.

V. **Fundamentos de nuestro recurso de casación: Inobservancia de la garantía constitucional de la debida motivación, razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial referida a la afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial y propuesta de desarrollo.** -

- A) Razones por las que solicitamos el desarrollo de la doctrina jurisprudencial referida a la garantía constitucional de motivación. -
 1. De acuerdo con lo establecido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Queja 66-2009-La Libertad, Considerando Sexto, en nuestro caso, solicitamos el desarrollo de la doctrina jurisprudencial a fin de que se afirme la existencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema sobre

la garantía constitucional de la debida motivación, frente a decisiones contrapuestas expedidas por tribunales inferiores.

2. La garantía procesal de motivación es doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema¹³, a pesar de lo cual diversos órganos jurisdiccionales de menor jerarquía vienen inaplicando esta garantía constitucional, al no motivar sus decisiones mediante un razonamiento jurídico que exprese de modo claro y suficiente las razones de su decisión. En particular, es frecuente que decisiones de segunda instancia no respondan los principales argumentos planteados por la defensa, impidiendo saber si la actividad judicial que han ejercido se ha movido o no dentro de parámetros lógicos que impone la legalidad, o si responde a una actitud parcializada basada únicamente en pruebas de cargo.
3. Se propone como forma de desarrollo y consolidación de la doctrina jurisprudencial, afirmar que la garantía de la debida motivación exige brindar una respuesta lógica y razonada a las principales pretensiones formuladas por la defensa en su recurso de apelación. En caso de no hacerlo se incurre en un supuesto de “motivación incompleta o insuficiente”, consistente en la falta de examen de aspectos centrales o trascendentes para las pretensiones (en sentido propio) de la defensa.

B) La sentencia de vista importa una inobservancia de la garantía constitucional de la debida motivación (art. 139.5 de la Constitución Política). -

1. Durante el juicio oral actuamos los siguientes medios probatorios, solicitando que sean valorados individual y luego conjuntamente, aplicando los criterios de la sana crítica (reglas de la lógica, ciencia y máximas de la experiencia):
 - Copia fedateada de la Carta de PETROPERÚ Nro. SSSO-201-2017 de fecha 6.6.2017, mediante la cual requiere a ESVICSAC que en el plazo de 48 horas cumple con entregar uniformes a los vigilantes asignados a esa institución, bajo apercibimiento de aplicar las penalidades previstas en el numeral 7.4 de los Términos de Referencia del Contrato Nro. 4000003738.
 - Copias fedateadas de los documentos “Acta de postergación y anexos de fecha 02.6.2017” y “Acta de Postergación (por segunda vez) de fecha 6.6.2017”, mediante las cuales el Comité reprogramó nuevamente los cronogramas de la Licitación Pública 1-2017-ESVICSAC/GG quedando finalmente la buena pro para el día 14.6.2017, con lo cual de haberse esperado a la licitación pública 1-2017 la penalidad incluso hubiera sido mayor.
 - También ofrecimos copia autenticada del documento denominado “Cálculo de penalidad” en donde se apreciaba que de esperarse a que se lleve a cabo la Licitación 1-2017 la penalidad impuesta ascendería a S/. 342,630.00.
 - Copia fedateada del Informe 27-2017-GO-ESVICSAC, mediante el cual el Sr. Omar León informa que la buena pro de la Licitación Pública 1-2017-ESVICSAC/GG ha sido fijada para el 14.6.2017, y que el plazo otorgado por PETROPERÚ vence el 9.6.2017, por lo que remite los requerimientos con carácter de muy urgente para evitar penalidad. Así como Copias fedateadas de los requerimientos 229, 230 y 231-2017-GO-ESVICSAC de la compra menor a 8UITs a NEXO SOLUCIONES, en cuya parte “Justificación” consignan expresamente que los uniformes se requieren para atender al cliente PETROPERÚ (consigna expresamente la Carta Nro. SSSO-201-2017).

¹³ Sala Penal Permanente, Casación 5-2007-HUAURA. Fundamento Sexto.

- Copias fedateadas de la orden de compra a NEXO SOLUCIONES de fecha 23.6.2017, guías de remisión del 28.6.2017 así como del comprobante de pago a esta empresa de fecha 28.6.2017, con las cuales se acredita que todas las omisiones fueron subsanadas ANTES de realizarse el pago. Además, que de haberse esperado hasta la orden de compra (23.6.2017) la penalidad hubiera ascendido aproximadamente a S/. 148,473.00 (ciento cuarenta y ocho mil cuatrocientos setenta y tres) y si se hubiera esperado a la guía de remisión (28.6.2017) hubiera sido de S/. 216,999.00 (doscientos dieciséis mil novecientos noventa y nueve).
 - Declaración en juicio de los testigos Juan Carlos García Cunha, encargado de almacén, y Jesús Amador Polo Santillán, asistente de almacén, quienes afirmaron que la Sra. Lourdes Aguilar les manifestó que la compra era para evitar penalidades de PETROPERÚ, y que el mismo día que el proveedor NEXO SOLUCIONES dejó los uniformes (9 y 10 de junio), fueron llevados inmediatamente a PETROPERÚ. El testigo Juan Carlos García Cunha señaló además que *“posterior a ello regresó un saldo, lo cual se entregó al proveedor, a fin de que no sobrara”* (evidenciándose que no existió ningún exceso).
 - Declaración en juicio de la testigo Jéssica Zorrilla, quien a la fecha de los hechos fue jefa del Área de Contabilidad de ESVICSAC, quien manifestó que PETROPERÚ envió una carta requiriendo uniformes, brindando un tiempo para cumplir con su requerimiento caso contrario se tenía que pagar una penalidad. Recuerda además que sí se cumplió con la entrega de uniformes a PETROPERÚ, por tanto, ESVICSAC no pagó la penalidad. En su condición de contadora señaló además que no se podía cubrir el dinero para la Licitación Pública 1-2017-ESVICSAC/GG.
 - Copia fedateada de la Carta 638-GO-ESVICSAC fecha 14.6.2017, mediante la cual el Sr. Omar León Gutiérrez, gerente de operaciones de ESVICSAC, informó al Jefe de Unidad de Seguridad Integral de PETROPERÚ, Sr. Henry Requena Castro, en respuesta a su carta Nro. SSSO-201-2017, que ya se cumplió con entregar los uniformes requeridos, lográndose evitar la penalidad.
 - Copia fedateada del informe de Control Interno Nº 012-OCI.ESVICSAC-2017, de fecha 9.6.2017, en cuya pág. 9 el jefe de control interno informa que no se justifica que la Licitación Pública 1-2017 realice nuevas adquisiciones de 2,084 nuevas prendas de talla XXL, por S/. 72,229.50, generándose un sobrestock de estos productos. Así como del Informe de Control Interno Nro. 013-OCI.ESVICSAC-2017, de fecha 28.6.2017, donde el Jefe de Control Interno informa que la Sra. Yanice Ramos con sus subordinados María Rosa Vergaray Vergaray y Jesús Amador Polo Santillán han incurrido en presuntas responsabilidades administrativas, al no considerar los stocks del almacén, entre otros hechos irregulares.
 - Copia certificada del Expediente de la Reanudación de la Licitación Pública Nº LP-SM-1-2017-ESVICSAC, donde se aprecia que al reanudarse la licitación el monto se redujo de S/. 3,403,788.40 a S/. 1,281,083.20, evitándose que ESVICSAC realice un gasto innecesario de S/. 2,122,705.20. Asimismo, se mejoró el estándar de calidad de los borceguíes, pantalones drill, áfrica con logo de la empresa, corbatas drill marrones, capotines de tela drill, entre otros.
2. Conforme lo reconoce la sentencia de vista impugnada, en nuestro recurso de apelación expusimos que la sentencia de primera instancia infringía la debida

motivación pues no motivó su análisis individual y conjunto de estas pruebas de descargo:

- Considera que, la Sentencia Apelada, ha infringido el artículo 393° del Código Procesal Penal, porque no ha realizado un examen individual y luego conjuntamente de todas las pruebas; además, su valoración no se ha basado en la sana crítica, especialmente en la lógica y la experiencia, además que se ha inobservado el derecho de defensa, no se han desvirtuado los alegatos de defensa y todos los medios probatorios ofrecidos, **existiendo una infracción a la debida motivación de sentencias** y una errónea aplicación del artículo 399° del Código Penal, específicamente al momento de hacer la interpretación y subsunción de los elementos típicos, interés indebido, además, de que se ha inobservado el artículo 20.4 del Código Penal que habla de que está exento de toda responsabilidad penal aquella persona que obra en defensa de los intereses de la institución.

3. Sin embargo, a pesar de haber identificado la infracción denunciada por la defensa, la sentencia de vista impugnada no brinda ninguna motivación acerca de estos medios probatorios. Se limita a señalar que el Contrato Nro. 4000003738 lleva por fecha 26.6.2017, sin precisar si considera que dicho contrato estaba o no vigente al momento en que ESVICSAC recibió la Nro. SSSO-201-2017 de fecha 6.6.2017 y si dicha situación tiene alguna repercusión o no frente a los argumentos de defensa planteados sobre la falta de responsabilidad penal del Sr. Augusto Caqui.

La sentencia de vista no hace ninguna referencia a la cláusula preliminar de este contrato, donde textualmente se afirma que PETROPERÚ mediante Carta Nro. SSSO-033-2017 del 24.4.2017, aceptó la propuesta de ESVICSAC y lo “autorizó a ejecutar los servicios a partir del 03.05.2017”. Ni a la “Cláusula Cuarta: Plazo” del contrato, donde textualmente se consigna que el contrato entró en vigor “a partir del 03.05.2017”. No sabemos si la sentencia considera que el contrato estaba vigente o no al momento de los hechos.

Si la sentencia de vista considera que el Contrato Nro. 4000003738 no estaba vigente, ¿cómo explica la copia fedateada de la Carta de PETROPERÚ Nro. SSSO-201-2017 de fecha 6.6.2017, mediante la cual requiere a ESVICSAC que en el plazo de 48 horas cumple con entregar uniformes a los vigilantes asignados a esa institución? ¿Cómo explica que esta carta haga referencia precisamente al Contrato Nro. 4000003738? Asimismo ¿cómo explica el informe 27-2017-GO-ESVICSAC del 8.6.2017, donde el Sr. León informa que el cliente PETROPERÚ ha enviado la Carta Nro. SSSO-201-2017 concediendo 48 horas para brindarle uniformes bajo amenaza de penalidad? Y ¿cómo explica que adjunte requerimientos 229, 230 y 231-2017-GO-ESVICSAC en cuya parte “Justificación”, consignen expresamente que los uniformes se requieren para atender al cliente PETROPERÚ-Carta Nro. SSSO-201-2017.

Si la sentencia de vista considera que el Contrato Nro. 4000003738 no estaba vigente, ¿cómo explica la declaración en juicio de los testigos Juan Carlos García Cunya, encargado de almacén, y Jesús Amador Polo Santillán, asistente de almacén, quienes afirmaron que el mismo día que el proveedor NEXO SOLUCIONES ingresó los uniformes (9 y 10 junio) fueron llevados a PETROPERÚ. Tampoco tendría sentido la declaración en juicio de la testigo Jéssica Zorrilla, jefa de Contabilidad de ESVICSAC, quien manifestó que PETROPERÚ envió una carta requiriendo uniformes, brindando un tiempo para cumplir con su requerimiento caso contrario se tenía que pagar una penalidad, agregando además que sí se cumplió con la entrega y ESVICSAC no pagó la penalidad.

Finalmente, si la sentencia de vista considera que el Contrato Nro. 4000003738 no estaba vigente, ¿qué explicación brinda a la copia fedateada de la Carta 638-GO-

ESVICSAC fecha 14.6.2017, mediante la cual el Sr. Omar León informó al Jefe de Seguridad Integral de PETROPERÚ, Sr. Henry Requena Castro, en respuesta a su carta Nro. SSSO-201-2017, que ya se cumplió con entregar los uniformes?

4. La sentencia de vista, en consecuencia, infringe la garantía de la debida motivación, al no brindar una respuesta a la pretensión formulada por la defensa en su recurso de apelación, en el sentido de que se valore individual y luego conjuntamente sus medios probatorios actuados en juicio a fin de acoger o no su pretensión. Se trata de un supuesto de “motivación incompleta o insuficiente”, consistente en la falta de examen de aspectos centrales o trascendentes para las pretensiones (en sentido propio) de la defensa. La defensa ha planteado sus pretensiones respaldadas en pruebas esenciales o decisivas para definir los hechos y motivaciones para contratar a la empresa NEXO SOLUCIONES EMPRESARIALES SRL, sin embargo, no hemos encontrado respuesta sobre estos puntos.

VI. Agravios

1. La sentencia de vista objeto de impugnación causa agravio al Sr. Augusto Caqui pues incurriendo en evidentes infracciones normativas a la ley penal material (art. 399 y 20.4 del Código Penal) así como garantías constitucionales de la debida motivación (art. 139.5 de la Constitución), ha confirmado la condena impuesta en su contra como autor del delito de negociación incompatible, imponiéndole la pena de 4 años de pena privativa de la libertad efectiva, e inhabilitación por el plazo de cuatro (04) años; imponiéndole además ciento ochenta (180) días-multa, y el pago de una reparación civil.

VII. Pretensión concreta

1. SOLICITO se declare FUNDADO nuestro recurso de casación por errónea interpretación y aplicación del art. 399 del Código Penal, o de ser el caso, falta de aplicación del art. 20.4 del Código Penal, así como por inobservancia de la garantía constitucional de motivación, art. 139.5 de la Constitución, contra la sentencia de vista de fecha 9 de noviembre de 2022, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Permanente del Callao, que confirmó en parte la sentencia de fecha 30 de junio de 2022 emitida por el Primer Juzgado Unipersonal Permanente del Callao, en el extremo que condenó al Sr. Eli Augusto Caqui de los Ríos como autor del delito de negociación incompatible a 4 años de pena privativa de la libertad efectiva, e inhabilitación por el plazo de cuatro (04) años; imponiéndole además ciento ochenta (180) días-multa así como el pago de una reparación civil solidaria de S/. 40,000.00. En consecuencia, SOLICITO se case la sentencia de vista y actuando como instancia la revoque, absolviendo al Sr. Eli Augusto Caqui de los Ríos de las imputaciones formuladas con relación a su persona, dejando sin efecto toda pena impuesta, así como el pago de la reparación civil en su contra.
2. Fije como doctrina jurisprudencial, que el elemento típico “interés indebido en provecho de tercero” previsto en el art. 399 del Código Penal, constituye un elemento de tendencia distinto al dolo que debe ser diferenciado de la “falta de perjuicio” para la institución. Este elemento además exige que el tipo subjetivo del delito de negociación incompatible requiera de dolo directo, el cual consiste en el conocimiento fáctico o normativo del autor de que la acción típica tiene como directo beneficiario a un tercero, descartándose el llamado dolo eventual.
3. Fije como doctrina jurisprudencial que el art. 20.4 del Código Penal contempla al estado de necesidad justificante como una causa de exclusión de la antijuridicidad que no necesariamente debe estar contemplada en el art. 27 de la Ley de

Contrataciones con el Estado, tratándose de dispositivos legales distintos. En el caso del art. 20.4 del Código Penal, estamos ante una norma de Derecho penal material que prevé situaciones de necesidad sin restricción de número, y que debe analizarse en cada caso concreto, una vez superado el análisis de tipicidad de la conducta imputada; mientras que en el art. 27 de la Ley de Contrataciones del Estado constituye prevé situaciones tasadas y excepcionales de contratación directa con el Estado.

4. Afirme la existencia de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, según la cual el derecho a la debida motivación es una garantía constitucional que exige que el juez tenga en cuenta las alegaciones formuladas por las partes y las pruebas que sustentan sus pretensiones esenciales, dictando un fallo congruente con las mismas, exponiendo los motivos por los que estima o no tales alegaciones.

POR TANTO:

A usted señora presidenta, tenga a bien conceder el presente recurso de casación excepcional y elevarlo a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.

Otrosí digo: Señalo como domicilio procesal la Casilla electrónica SINOE 55408, y en caso problemas de notificación u otros, señalo como datos de contacto de la abogada Shirley Pastor Trujillo, con correo: shirley.pastor@firmarodas.com y celular 989358366.

23 de noviembre de 2022



CARLOS RODAS VERA
ABOGADO
C.A.C. 7158



Shirley D. Pastor Trujillo
ABOGADA
C.A.L. N° 74943

ANEXO I



420230626052023002735001217000101

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Asistente De Secretario De Sala:CHOQUE HUAMANI DORIS/ Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 22/11/2023 12:46:18,Razón: NOTIFICACIÓN
JUDICIAL.D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

Número de Digitalización
0000339942-2023-ANX-SU-PE

NOTIFICACION N° 62605-2023-SU-PE

EXPEDIENTE	00273-2023-0-5001-SU-PE-01	INSTANCIA	SALA SUPREMA PENAL PERMANENTE
RECURSO	CASACION : 00123-2023		PROCEDENCIA CSJ CALLAO
NºPROC.	02066-2018	NºORIGEN	
SALA DE PROC.	2ºSALA PENAL DE APELACIONES - NUEVA SEDE CE JUZ. DE ORIGEN		
IMPUTADO	: CAQUI DE LOS RIOS, ELI AUGUSTO y otros		
DELITO:	Art. 399 - Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo		
AGRAVIADO	: EL ESTADO .		
DESTINATARIO: ABOG. CARLOS ERNESTO RODAS VERA/ABOG. SHIRLEY PASTOR TRUJILLO (ELI AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS) ()			

DIRECCION **Dirección Electronica - LIMA / LIMA / LIMA**

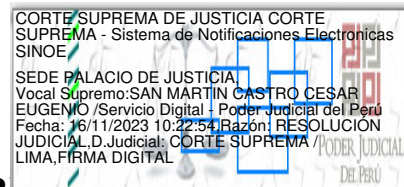
Se adjunta Resolucion S/N de fecha 13/11/2023 a Fjs : 13

SUMILLA:

I. DECLARARON FUNDADO LOS RECURSOS DE CASACIÓN, POR LAS CAUSALES DE INFRACCIÓN DE PRECEPTO MATERIAL Y VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA DE MOTIVACIÓN INTERPUESTOS POR LA DEFENSA DE LOS ENCAUSADOS OMAR LEÓN GUTIÉRREZ, LOURDES ELENA ISABEL AGUILAR NOVOA, JAIME ARTURO RICRA HUAMÁN Y ELI AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS CONTRA LA SENTENCIA DE VISTA DE FOJAS DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS, DE NUEVE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS, QUE CONFIRMANDO EN UN EXTREMO Y REVOCANDO EN OTRO LA SENTENCIA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE FOJAS DOS MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO, DE

22 DE NOVIEMBRE DE 2023

PILAR ROXANA SALAS CAMPOS
SECRETARÍA DE LA SALA SUPREMA PENAL PERMANENTE



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL PERU

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 123-2023/CALLAO PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Negociación incompatible. Elementos típicos. Motivación ilógica.

Sumilla 1. ESVICSAC es una empresa estatal de derecho privado, creada el quince de mayo de mil novecientos ochenta y siete por el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy día Seguro Social del Perú – EsSALUD (Ley 27056). Esta última, que se creó sobre la base del Instituto Peruano de Seguridad Social, es un organismo público descentralizado del Sector Trabajo y Promoción del Empleo con personería jurídica de derecho público interno. Al insertarse en el Sector Público Nacional, y como ESVICSAC es una empresa que la integra –no es relevante, desde el Derecho penal, que dicha empresa no se creó por ley–, exige que su régimen financiero y presupuestal esté sujeto a una ordenación de Derecho público. Es por ello que, precisamente, como ha sido la lógica en el presente caso, para una determinada adquisición se acudió a una Licitación y a la Legislación de Contrataciones del Estado. Es de aplicación, entonces, el artículo 425, inciso 3, del Código Penal. **2.** El tipo delictivo de negociación incompatible exige como uno de sus elementos objetivos el interés indebido en un contrato o en una operación determinada, de carácter comercial o patrimonial, a su cargo –en cualquiera de sus fases– con el fin de obtener un provecho propio o para tercero (ex artículo 399 del Código Penal). Como no es un delito de daño económico o de resultado de lesión, solo se exige al interés indebido en un contrato u operación, ni siquiera una participación efectiva en el negocio y, menos, un concierto con un tercero –es un delito preparatorio–; solo que el agente actúe –intervenir directa o indirectamente o por acto simulado– con una tendencia final de obtener un beneficio económico, propio o ajeno. Es de asumir la clásica definición de interés indebido de CARLOS CREUS: “interesarse 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 [...]”. Asimismo, no es necesario que el interés particular tenga que aparecer como contrapuesto al de la Administración; es más, se dará igualmente el delito, aunque el interés esté constituido por una pretensión que benefició rotundamente a aquélla”. **3.** La adquisición directa a la empresa Nexo Soluciones Empresariales, por un monto inferior a ocho Unidades Impositivas Tributarias –lo que no ha sido cuestionado por ambos fallos– estaba en función al reclamo de Petroperú Sociedad Anónima, incluso así lo indicaron los servidores del Almacén de ESVICSAC García Cunya y Polo Santillán. Lo ocurrido con la Licitación Pública LP-SM-1-2017-ESVICSAC –el inicio del procedimiento y su ulterior anulación– no está conectada a la adquisición directa a la empresa Nexo Soluciones Empresariales. Una cosa es dilucidar si la anulación fue jurídico administrativamente correcta –lo que no es de competencia de la jurisdicción penal–, respecto de la cual aparecen determinados cuestionamientos, y otra muy distinta es si la adquisición directa a la aludida empresa concretó un interés indebido, sin que en su análisis deba incorporarse el porqué de la nulidad de la licitación y la legalidad de declaración administrativa. Es impertinente sostener que se efectuó una indebida parcelación del monto de la licitación para dar lugar a un pago anticipado a una determinada persona jurídica.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, trece de noviembre de dos mil veintitrés

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación, por las causales de infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación interpuestos por la defensa de los encausados OMAR LEÓN GUTIÉRREZ, LOURDES ELENA ISABEL AGUILAR NOVOA, JAIME ARTURO RICRA HUAMÁN y ELI AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS contra la sentencia de vista de fojas dos

mil setecientos noventa y dos, de nueve de noviembre de dos mil veintidós, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia la sentencia de primera instancia de fojas dos mil doscientos veinticuatro, de treinta de junio de dos mil veintidós, los condenó como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, cuatro años de inhabilitación y ciento ochenta días multa, así como al pago solidario de cuarenta mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la señora fiscal Provincial del Segundo Despacho de la Fiscalía provincial Especializada en delitos de corrupción de funcionarios del Callao por requerimiento de fojas uno, de veintidós de marzo de dos mil diecinueve, formuló acusación contra Eli Augusto Caqui De Los Ríos, Lourdes Elena Isabel Aguilar Novoa, Omar León Gutiérrez y Jaime Arturo Ricra Huamán como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado.

∞ El Primer Juzgado de la Investigación Preparatoria Permanente del Callao, tras la audiencia preliminar respectiva, dictó el auto de enjuiciamiento de fojas treinta y siete, de tres de agosto de dos mil veinte.

∞ El Primer Juzgado Unipersonal Permanente del Callao, después del juicio oral, público y contradictorio, con fecha treinta de junio de dos mil veintidós, emitió la sentencia de primera instancia de fojas dos mil doscientos veinticuatro, que condenó a Eli Augusto Caqui De Los Ríos, Lourdes Elena Isabel Aguilar Novoa, Omar León Gutiérrez y Jaime Arturo Ricra Huamán como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva, cuatro años de inhabilitación y ciento ochenta días multa, así como al pago solidario de setenta mil cuarenta soles por concepto de reparación civil.

SEGUNDO. Que la Segunda Sala Penal de Apelaciones Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, luego de cumplirse el procedimiento impugnativo, profirió la sentencia de vista de fojas dos mil setecientos noventa y dos, de nueve de noviembre de dos mil veintidós. Ésta confirmó en un extremo y revocó en otro la sentencia de primera instancia. En consecuencia, condenó a Eli Augusto Caqui De Los Ríos, Lourdes Elena Isabel Aguilar Novoa, Omar León Gutiérrez y Jaime Arturo Ricra Huamán como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, cuatro años de inhabilitación y ciento ochenta días multa, así como al pago de cuarenta mil soles por concepto de reparación civil.

∞ La sentencia de vista fue recurrida en casación por los encausados Eli Augusto Caqui De Los Ríos, Lourdes Elena Isabel Aguilar Novoa, Omar León Gutiérrez y Jaime Arturo Ricra Huamán.

TERCERO. Que las sentencias de instancia declararon probado los siguientes hechos:

- A.** El acusado ELI AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS (Economista), en su calidad de gerente general de la Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control, Sociedad Anónima Cerrada –en adelante, ESVICSAC–, se interesó de forma directa e indebida en provecho de tercero, de la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Emitió la Resolución de Gerencia General 011-2017-GG-ESVICSAC, que declaró la nulidad del Proceso de Selección Licitación Pública 001-2017-GG-ESVICSAC, sustentada en la baja calidad de los bienes señalados en las especificaciones técnicas. Dicho encausado, a través del correo electrónico de fecha ocho de junio de dos mil diecisiete (a las veinte horas y veintiún minutos), remitió a la jefe del Departamento de Logística, Yanice Ramos Robles, los datos de la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada con la finalidad de contratarla directamente. Esta empresa realizó la entrega de uniformes y zapatos los días nueve y diez de junio de dos mil diecisiete, sin contar con la documentación pertinente: orden de compra y guías de remisión.
- B.** La acusada LOURDES ELENA ISABEL AGUILAR NOVOA (Contadora Pública Colegiada), en su calidad de gerente de Administración y Finanzas de ESVICSAC, se interesó de forma directa e indebida en provecho de tercero. Autorizó y firmó los requerimientos 229, 230 y 231-2017-GO-ESVICSAC, de fecha seis de junio de dos mil diecisiete, pese a contener las mismas especificaciones técnicas de la Licitación Pública 001-2017-ESVICSAC anulada. Asimismo, mediante correo electrónico de fecha nueve de junio de dos mil diecisiete, ordenó a Juan Carlos García Cunya –auxiliar de Almacén– recibir la mercadería suministrada por la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, pese a tener conocimiento que no se había emitido orden de compra alguna a favor de la mencionada empresa.
- C.** El acusado OMAR LEÓN GUTIÉRREZ (Militar en retiro), en su calidad de gerente de Operaciones de ESVICSAC se interesó de forma directa e indebida en provecho de tercero. Emitió el Informe 28-2017-GO-ESVICSAC, de fecha dos de junio de dos mil diecisiete, por el que solicitó al gerente general Caqui de los Ríos declarar la nulidad del Proceso de Licitación Pública 001-2017-ESVICSAC “Adquisición

anual de uniformes para el personal operativo que brinda servicios en las diferentes dependencias a nivel nacional 2017”, debido a que se consignó erróneamente, en su requerimiento, la confección de uniformes, calzado e implementos con material de diferente y baja calidad. Asimismo, firmó los requerimientos 229, 230 y 231-2017-GO-ESVICSAC, por lo que consignó las mismas especificaciones técnicas de la Licitación Pública 001-2017-ESVICSAC cuya nulidad solicitó.

- D.** Finalmente, el acusado JAIME ARTURO RICRA HUAMÁN (Abogado), en su calidad de jefe del Departamento de Asesoría Legal de ESVICSAC, se interesó de forma directa e indebida en provecho de tercero. Emitió el Informe 032-2017-LEG-ESVICSAC, de fecha ocho de junio de dos mil diecisiete, por el que recomendó la procedencia de la nulidad del Proceso de Licitación Pública 001-2017-ESVICSAC y se retrotraiga el mismo hasta la etapa de la convocatoria, previa formulación del expediente de contratación, sin realizar un análisis real de la causal de nulidad, pues solo realizó un resumen de los documentos desde la aprobación de las Bases hasta la emisión del Acta de Postergación.

CUARTO. Que la defensa de los encausados LEÓN GUTIÉRREZ y AGUILAR NOVOA en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil ochocientos veintinueve, de veintiuno de noviembre de dos mil veintidós, invocó el motivo de casación de inobservancia de precepto constitucional (artículo 429, inciso 1, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). Desde el acceso excepcional, propuso se determine si es un funcionario público pues no trabajó en una empresa estatal creada por ley, conforme al artículo 60 de la Constitución.

QUINTO. Que la defensa del encausado RICRA HUAMÁN en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil ochocientos cincuenta y uno, de veintitrés de noviembre de dos mil veintidós, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3, 4 y 5, del CPP). Desde el acceso excepcional propuso determinar el alcance del principio de confianza en estos casos.

SEXTO. Que la defensa del encausado CAQUI DE LOS RÍOS en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil ochocientos sesenta y siete, de veintitrés de noviembre de dos mil veintidós, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3, del CPP). Desde el acceso excepcional

propuso determinar si se presentó un supuesto de estado de necesidad, si la concurrencia de un tercero beneficiado ingresa dentro del ámbito del interés indebido en provecho de tercero y si es suficiente el dolo eventual.

SÉPTIMO. Que, cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas cuatrocientos setenta y tres, de veintiséis de junio de dos mil veintitrés, del cuaderno formado en esta sede suprema, declaró bien concedido los citados recursos por las causales de **infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación** (artículo 429, incisos 3 y 4, del CPP).

∞ Desde la perspectiva excepcional, se examinará la presencia de un defecto de motivación; la pertinencia del principio de confianza; si se está ante un funcionario público dada la modalidad de empresa en que prestaron servicios; si se presentó un supuesto de estado de necesidad; si la concurrencia de un tercero beneficiado ingresa dentro del ámbito del interés indebido en provecho de tercero; y, si es suficiente el dolo eventual.

OCTAVO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día seis de noviembre del presente año, ésta se realizó con la intervención de la defensa de los encausados León Gutiérrez y Aguilar Novoa, doctor Wilfredo Valeriano Mendoza Huerta, de la defensa del encausado Eli Augusto Caqui De Los Ríos, doctor Carlos Ernesto Rodas Vera, y de la defensa del encausado Jaime Arturo Ricra Huamán, doctor Roberto Carlos Sánchez Grecco, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

NOVENO. Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de **infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación**, estriba en determinar *(i)* la presencia de un defecto de motivación; *(ii)* la pertinencia del principio de confianza; *(iii)* si los imputados son típicamente funcionarios públicos, dada la modalidad de empresa en que prestaron servicios; *(iv)* si se presentó un supuesto de estado de necesidad; *(v)* si la concurrencia de un tercero beneficiado ingresa dentro del ámbito del interés indebido en provecho de tercero; y, *(vi)* si es suficiente el dolo eventual

para cumplir el elemento subjetivo del tipo delictivo de negociación incompatible.

SEGUNDO. Que ESVICSAC es una empresa estatal de derecho privado, que fue creada el quince de mayo de mil novecientos ochenta y siete, por el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy día Seguro Social del Perú – EsSALUD (Ley 27056, de enero de mil novecientos noventa). Esta última, que se creó sobre la base del Instituto Peruano de Seguridad Social, es un organismo público descentralizado del Sector Trabajo y Promoción del Empleo con personería jurídica de derecho público interno.

∞ Esta especial característica de EsSALUD, al insertarse en el Sector Público Nacional, y como ESVICSAC es una empresa que la integra –no es relevante, desde el Derecho penal, que dicha empresa no se creó por ley–, exige que su régimen financiero y presupuestal esté sujeto a una ordenación de Derecho público. Es por ello que, precisamente, como ha sido la lógica en el presente caso, para una determinada adquisición se acudió a una Licitación y a la Legislación de Contrataciones del Estado. Es de aplicación, entonces, el artículo 425, inciso 3, del Código Penal.

∞ Los imputados realizaron su función en el marco de la actividad de ESVICSAC, que no puede apartarse del rol de derecho público asignado a EsSALUD: participaron en el ejercicio de funciones públicas y están al servicio de un ente que integra el organigrama del Sector Público, más allá de su régimen interno. La ley penal en la lógica de la protección del bien jurídico Administración Pública –en su dimensión funcional– trata de salvaguardar por el funcionario su misión de servir a los intereses generales; el sujeto ha de estar al servicio de entes públicos, con sometimientos de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública. Esto ocurre en el *sub judice*.

TERCERO. Que el tipo delictivo de negociación incompatible exige como uno de sus elementos objetivos el interés indebido en un contrato o en una operación determinada, de carácter negocial o patrimonial, a su cargo –en cualquiera de sus fases– con el fin de obtener un provecho propio o para tercero (ex artículo 399 del Código Penal). Como no es un delito de daño económico o de resultado de lesión, solo se exige interés indebido en un contrato u operación, ni siquiera una participación efectiva en el negocio y, menos, un concierto con un tercero –es un delito preparatorio–; solo requiere que el agente actúe –intervenir directa o indirectamente o por acto simulado– con una tendencia final de obtener un beneficio económico, propio o ajeno. Es de asumir la clásica definición de interés indebido de CARLOS CREUS: “interesarse 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 [...]. Asimismo, no es necesario que el interés particular tenga que aparecer como contrapuesto al de la Administración; es más, se dará igualmente el delito, aunque el interés esté constituido por una pretensión que benefició rotundamente a aquélla” [*Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo II, 6ta. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 299–300]. El interés que demuestra el agente en la contratación u operación debe ser particular, sin perjuicio de la concurrencia o no, del interés de la Administración Pública a la cual el funcionario público debe dar preeminencia en función del cargo que ocupa [DONNA, EDGARDO ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública*, 2da. Edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 363]. Además, la consumación del delito se satisface con la acción de interesarse o inmiscuirse en el contrato u operación en el que el agente interviene como funcionario público. No se requiere detrimento patrimonial [ABOSO, GUSTAVO EDUARDO: *Código Penal de la República Argentina*, 5ta. Edición, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2018, p. 1407].

∞ Ahora bien, es evidente que si, finalmente, en el *sub judice*, la entrega de los productos necesitados por ESVICSAC estuvo a cargo de la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y si el procedimiento seguido al efecto carecía de justificación legal y no se siguió lo que legal y reglamentariamente debía realizarse, es claro que de parte de los funcionarios imputados de ESVICSAC habría mediado un interés indebido, lo que puede subsumir los hechos dentro del tipo delictivo juzgado. Otro tema será si tal interés e ilicitud previa de la legislación sobre contrataciones públicas tuvo lugar, si puede afirmarse la ausencia de imputación objetiva o si, en todo caso, se presentó o no una causa de justificación.

CUARTO. Que, en cuanto al tipo subjetivo, se requiere imputar al funcionario público el conocimiento que abusó de su posición para interesarse indebidamente en un contrato u operación en el que interviene. La imputación de la sola infracción de un deber de abstención o simple existencia de una irregularidad administrativa no será suficiente. Como este delito presupone la existencia de un interés y de un prevalimiento del cargo, se admite el dolo directo y el dolo eventual [ÁLVAREZ DÁVILA, FRANCISCO: *El delito de negociación incompatible*, Editorial Ideas, Lima, 2021, pp. 143-144].

∞ Cabe agregar que la alegación, de alguno, del principio de confianza presupone la ilicitud de los otros; y, la alegación de otro del estado de necesidad importa la comisión de un comportamiento penalmente típico. Otro aspecto será determinar si las concretas conductas declaradas probadas, en función a cada imputado, constituyen el delito materia de acusación y condena: negociación incompatible.

QUINTO. Que, a los efectos de los hechos declarados probados, se tiene lo siguiente:

∞ **1.** La empresa ESVICSAC por resolución de Gerencia General 001-2017-ESVICSAC/GG, de trece de enero de dos mil diecisiete, aprobó el plan de contrataciones, en el que se incluyó la adquisición de uniformes para el personal operativo que brinda servicios a nivel nacional por un monto de tres millones doscientos setenta mil doscientos cincuenta y dos soles, que se concretaría mediante licitación pública en febrero de ese año. En el curso del mes de marzo se iniciaron los trámites para efectivizar la adquisición y ejecutar la licitación pública, por un monto de tres millones cuatrocientos tres mil setecientos ochenta y ocho soles con cuarenta céntimos, habiéndose certificado la disponibilidad presupuestal correspondiente. El expediente de contratación fue aprobado por la Gerencia General el veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete y con fecha veintiocho de marzo de ese año se designó al Comité de Selección. Las Bases de la Licitación Pública 001-2017-ESVICSAC “Adquisición anual de uniformes para el personal operativo que brinda servicios en las diferentes dependencias a nivel nacional 2017” se aprobaron el treinta de marzo.

∞ **2.** Empero, el gerente de Operaciones de ESVICSAC, encausado León Gutiérrez, del área usuaria, por informe 28-2017-GO-ESVICSAC, de dos de junio de dos mil diecisiete, dio cuenta que en el requerimiento erróneamente se especificó la confección de uniformes, calzado e implementos con un material diferente y de baja calidad, con infracción del artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado, por el que se pide declarar la nulidad del aludido Proceso de 001-2017-ESVICSAC. El Departamento de Asesoría Legal, a cargo del encausado Ricra Huamán, con fecha ocho de junio de dos mil diecisiete emitió el Informe 032-2017-LEG-ESVICSAC, que concluyó que ese Proceso de Licitación contravino el artículo 16.2 de la Ley de Contrataciones del Estado y, por tanto, se debía anularlo hasta la etapa de convocatoria, previa formulación del expediente de contratación. En tal virtud, la Gerencia General por resolución de ocho de junio de dos mil diecisiete, declaró la nulidad del Proceso de Selección de la Licitación Pública LP-SM-1-2017-ESVICSAC y lo retrotrajo hasta la etapa de convocatoria previa reformulación del expediente.

∞ **3.** Ese mismo día ocho de junio, la jefa del Departamento de Logística recibió dos requerimientos de la Gerencia de Operaciones, con el visto bueno del Comité de Selección, formulados dos días antes, en los que no se varían las especificaciones técnicas del aludido Proceso de Selección de la Licitación Pública LP-SM-1-2017-ESVICSAC. Empero, a las dieciséis horas con treinta y un minutos del ocho de junio de dos mil diecisiete, la jefa del Departamento de Logística, Yanice Ramos Robles, informó a la gerente de Administración y Finanzas, encausada Aguilar Novoa, a las

dieciséis horas dejaron sus requerimientos debidamente correctos. Sin embargo, los tres requerimientos 229, 230 y 231 contenían las mismas especificaciones, los que fueron remitidos por la gerente de Administración y Finanzas, encausada Aguilar Novoa, el quince de junio, a la referida jefa del Departamento de Logística. No obstante, estos trámites previos, de configuración del proceso de licitación, con fecha nueve y diez de junio de dos mil diecisiete, por orden de la encausada Aguilar Novoa, se recibió en el Almacén institucional, sin documentación alguna, los uniformes, calzados e implementos remitidos por la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada –así consta de los informes de los auxiliares de Almacén García Cunya y Polo Santillán– (el conforme verbal lo dio Freddy Poma Osorio, del Área Usuaria). Al respecto, ante el reclamo de la jefa del Departamento de Logística Ramos Robles, la gerente de Administración y Finanzas, encausada Aguilar Novoa, señaló que de estas urgencias tenía conocimiento el gerente general, encausado Caqui de los Ríos.

SEXTO. Que unos datos agregados, afirmados por los imputados, que podría explicar el porqué de la adquisición directa de uniformes a la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que tiene aval documental, son los siguientes:

∞ **1.** ESVICSAC celebró, con fecha veintiséis de junio de dos mil diecisiete, un contrato de prestación de servicio de seguridad y vigilancia privada a la Oficina Principal y otras instalaciones de Petroperú Sociedad Anónima 4000003738 [vid.: fojas ochocientos ochenta y tres], por el cual debía proveerle al personal asignado a esa empresa sus implementos respectivos. En la cláusula cuarta de dicho contrato se especificó que el plazo de ejecución del servicio era de seis meses, el cual entraba en vigencia a partir del tres de mayo de dos mil diecisiete (sujeto a la modalidad 9.3.4 del Reglamento de Contrataciones de Petroperú) conforme a lo dispuesto en el numeral 5 de los términos de referencia de fojas ochocientos cinco vuelta. El contrato estipulaba que por cada día de retraso se pagaría una penalidad hasta un máximo equivalente del diez por ciento del monto contractual.

∞ **2.** El jefe de Seguridad Integral de Petroperú Sociedad Anónima con fecha seis de junio de dos mil diecisiete [vid.: fojas quinientos veintisiete] cursó una carta a ESVICSAC indicándole que no había cumplido con proveer al personal de seguridad de la vestimenta de invierno, por lo que le concedía un plazo de cuarenta y ocho horas para subsanar tal deficiencia. A ese cumplimiento estaba vinculado los requerimientos 229, 230 y 231 [vid.: fojas quinientos veintinueve, quinientos treinta y nueve y quinientos cuarenta y cinco].

∞ **3.** El gerente de Operaciones de ESVICSAC, encausado León Gutiérrez, dirigió el Informe 27-2017-ESVICSAC, de ocho de junio de dos mil diecisiete, a la gerente de Administración y Finanzas, encausada Aguilar Novoa, solicitando, con carácter de urgente, dar cumplimiento a la exigencia de Petroperú Sociedad Anónima (el plazo vencía el nueve de junio), conforme se detalló en los requerimientos 229, 230 y 231 y no exponer a ESVICSAC a penalidades.

∞ **4.** El monto por penalidad está fijado en trescientos cuarenta y dos mil seiscientos treinta soles, de seguirse los pasos regulares del proceso de licitación cuestionado [vid.: fojas ochocientos noventa y cinco], más aún si la empresa tenía una situación económica y presupuestal de déficit de caja por tres millones cuatrocientos tres mil setecientos ochenta y ocho soles [vid.: fojas setecientos noventa y ocho].

∞ **5.** Según la carta dirigida por el gerente de Operaciones, encausado León Gutiérrez, al jefe de Seguridad Integral de Petroperú Sociedad Anónima [vid.: fojas novecientos cincuenta y nueve, de catorce de junio de dos mil diecisiete], se cumplió con remitir con la entrega de los uniformes reclamados. Ello determinó que no se incurra en penalidades, según la constancia de fojas mil cuatro, de trece de diciembre de dos mil diecisiete. El monto de lo que se adquirió a la empresa jefe de Seguridad Integral de Petroperú Sociedad Anónima, parte de lo que requería Petroperú Sociedad Anónima, era de veintitrés mil seiscientos cuarenta y nueve soles; empresa que estaba en condiciones de proporcionar los uniformes faltantes en el plazo de cuarenta y ocho horas.

SÉPTIMO. Que la sentencia de primera instancia, ratificada por la de vista, sostuvo que la adquisición de bienes a la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, en orden al cumplimiento de la ejecución del contrato con Petroperú Sociedad Anónima, estuvo plagada de irregularidades, por lo que se infiere el interés indebido; que antes que se declare la nulidad de la licitación se había iniciado el requerimiento de bienes para supuestamente cumplir con la prestación al cliente Petroperú Sociedad Anónima, y además la Unidad Usuaria (Gerencia de Operaciones) lo hizo con las mismas especificaciones de lo que se consideraba por ellos mismos un pedido con materiales no idóneos y de mala calidad.

∞ La sentencia de vista insistió en que el propio encausado CAQUI DE LOS RÍOS, gerente general de ESVICSAC, remitió a la jefe del Departamento de Logística, Yanice Ramos Robles, los datos de la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada para su contratación directa para atender el reclamo de Petroperú Sociedad Anónima; y, de otro lado, que la adquisición directa hasta un monto de ocho

Unidades Impositivas Tributarias no puede servir para evadir la Ley de Contrataciones del Estado.

OCTAVO. Que es de tener presente, desde el material probatorio que consta en autos, y con arreglo a la motivación fáctica de las sentencias de mérito, que la documentación antes citada [vid.: fundamento jurídico sexto] revela que la adquisición directa a la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, por un monto inferior a ocho Unidades Impositivas Tributarias (veintitrés mil seiscientos cuarenta y nueve soles con ochenta céntimos: orden de compra de veintitrés de junio de dos mil diecisiete), dato que no ha sido cuestionado por ambos fallos, estaba en función al reclamo de Petroperú Sociedad Anónima. Incluso, así lo indicaron los servidores del Almacén de ESVICSAC García Cunha y Polo Santillán, en sus declaraciones plenariales de fojas ciento cincuenta, sesión de siete de enero de dos mil veintidós, y de fojas ciento setenta, sesión de veintisiete de enero de dos mil veintidós.

∞ Lo ocurrido con la Licitación Pública LP-SM-1-2017-ESVICSAC –el inicio del procedimiento y su ulterior anulación–, como señaló el encausado Ricra Huamán en su declaración plenarial de fojas doscientos cincuenta y dos, sesión de dos de junio de dos mil veintidós, no está conectada a la adquisición directa a la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Una cosa es dilucidar si la anulación de la licitación fue jurídico administrativamente correcta –lo que no es de competencia de la jurisdicción penal–, respecto de la cual aparecen determinados cuestionamientos, y otra muy distinta es si la adquisición directa a la aludida empresa concretó un interés indebido, sin que en su análisis deba incorporarse el porqué de la nulidad de la licitación y la legalidad de declaración administrativa.

∞ Es impertinente sostener que se efectuó una indebida parcelación del monto de la licitación para dar lugar a un pago anticipado a una determinada persona jurídica. Eso no aconteció.

∞ No es correcto sostener que hubo irregularidades en esta adquisición si se ata, indebidamente, la argumentación a la licitación en curso. Se trata de dos asuntos distintos. Y, si se tiene en cuenta la licitud del requerimiento de Petroperú en orden al contrato suscrito con ESVICSAC y lo que implicaba en términos de montos a pagar por penalidades si se esperaba a la consolidación de la Licitación –con la obtención de uniformes–, resultaba razonable decidir una urgente adquisición directa. Nada dice que la adquisición fue por un monto sobrevaluado o con uniformes insatisfactorios; además, finalmente, según la prueba documental ya citada, se evitó el pago de penalidades.

NOVENO. Que, así las cosas, es patente que no hubo interés indebido alguno. Luego, no se incurrió en una conducta penalmente típica, por lo que tampoco existe imputación objetiva alguna que destacar. En tal virtud, no es de rigor analizar la existencia de una causa de justificación, en tanto en cuanto ésta presupone un comportamiento típico, lo que no ha sucedido.

∞ Cabe resaltar que la conducta del jefe del Departamento de Asesoría Legal, encausado Ricra Huamán, al pronunciarse sobre la anulación de la Licitación, en marco de su rol, y siendo ajeno por completo a la adquisición de uniformes a la empresa Nexo Soluciones Empresariales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, está por completo al margen de la figura delictiva de negociación incompatible.

DÉCIMO. Que, en consecuencia, la sentencia recurrida incurrió en una motivación irrazonable, ilógica, en orden a la valoración del material probatorio y a las explicaciones desde las inferencias probatorias que era del caso afirmar para la declaración de hechos probados. Además, se aplicó incorrectamente a los hechos de la causa el tipo delictivo de negociación incompatible, en el que con mayor relevancia el elemento material “interés indebido” no se presentó.

∞ En estas condiciones, corresponde dictar una sentencia rescindente y rescisoria. No hace falta un nuevo debate para decidir. La presunción de inocencia no ha sido enervada y la conducta juzgada, a partir de lo expuesto, no tiene carácter delictivo.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** los recursos de casación, por las causales de **infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación** interpuestos por la defensa de los encausados OMAR LEÓN GUTIÉRREZ, LOURDES ELENA ISABEL AGUILAR NOVOA, JAIME ARTURO RICRA HUAMÁN y ELI AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS contra la sentencia de vista de fojas dos mil setecientos noventa y dos, de nueve de noviembre de dos mil veintidós, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia la sentencia de primera instancia de fojas dos mil doscientos veinticuatro, de treinta de junio de dos mil veintidós, los condenó como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, cuatro años de inhabilitación y ciento ochenta días multa, así como al pago solidario de cuarenta mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista. **II.** Y, actuando como instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia; reformándola: **ABSOLVIERON** a los encausados OMAR LEÓN GUTIÉRREZ, LOURDES ELENA ISABEL AGUILAR NOVOA, JAIME ARTURO RICRA HUAMÁN y ELI

AUGUSTO CAQUI DE LOS RÍOS de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de negociación incompatible en agravio del Estado. Por tanto, **ANULARON** sus antecedentes policiales y judiciales; **ARCHIVARON** definitivamente la causa; y, **LEVANTARON** las medidas coercitivas personales y reales dictadas en su contra, **CURSÁNDOSE** los oficios correspondientes para que se levanten las órdenes de captura y requisitorias dictadas en su contra. **III. ORDENARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para los fines de ley, al que se enviarán las actuaciones; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se lea la presente sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor Peña Farfán por vacaciones de la señora Altabás Kajatt. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

CSMC/EGOT