

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 intermediarios?. **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"⁹, 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, dáctilys 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 inadmisibles sus recursos 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