

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N 1566-2019/MOQUEGUA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Negociación Incompatible. Alcances

Sumilla. 1. No está en discusión la *quaestio facti*, la viabilidad del relato de hechos de la acusación fiscal desde el material probatorio disponible, sino si, dados los hechos acusados y debatidos, puede tipificarse el delito de negociación incompatible y si el conjunto de los acusados pueden ser considerados intervinientes en su comisión, vale decir, si no existen óbices jurídico-penales para el juicio de culpabilidad procesal. 2. Los cuatro agentes públicos acusados están relacionados, por razón de su cargo, con la contratación de la camioneta y el gasto de cuatro mil cuatrocientos soles realizado por el Gobierno Regional de Moquegua –recuérdese que en proceso de contratación pública pasa por una serie de procedimientos en los que intervienen, según su competencia, varios funcionarios o servidores públicos, cada uno con un rol específicamente asignado–. Desde luego ellos pueden ser sujetos activos del delito de negociación incompatible, pues cada uno vulneró un deber positivo del cargo. 3. La sucesión de actos administrativos realizada por cada uno de los acusados determinó una contratación al margen de la legislación sobre contrataciones del Estado, incluso una formal designación luego que el servicio ya había sido ejecutado. Desde luego, ya se había identificado al proveedor del servicio de alquilar de una camioneta, y no se llevó a cabo ningún criterio de selección que tuviera como presupuesto varios proveedores y la designación del proveedor que ofertara las mejores condiciones para el Estado.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veinticinco de febrero de dos mil veintidós

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas quinientos sesenta y cinco, de dos de julio de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos noventa y tres, de diecinueve de diciembre de dos mil dieciocho, absolvió a Vanessa Adali Quispe Calderón, Evelyn Nancy Pacuri Mollenedo, Maribel Rocío Pacheco Centeno y Frankling Máximo Manrique Gamero de la acusación fiscal formuladas contra ellos por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Gobierno Regional de Moquegua; con todo lo demás que al respecto contiene. Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios de Moquegua por requerimiento de fojas diecinueve, de veintisiete de marzo de dos mil

dieciocho, formuló acusación contra Maribel Rocío Pacheco Centeno, Vanessa Adali Quispe Calderón, Evelyn Nancy Pacuri Mollenedo y Frankling Máximo Manrique Gamero como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Gobierno Regional de Moquegua. El Tercer Juzgado de la Investigación Preparatoria de Moquegua mediante auto de fojas cuarenta y uno, de quince de agosto de dos mil dieciocho, dictó el correspondiente el auto de enjuiciamiento.

SEGUNDO. Que el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Moquegua, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha diecinueve de diciembre de dos mil dieciocho, dictó la respectiva sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos noventa y tres, que absolvió a Maribel Rocío Pacheco Centeno, Vanessa Adali Quispe Calderón, Evelyn Nancy Pacuri Mollenedo y Frankling Máximo Manrique Gamero de los cargos formulados contra ellos por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Gobierno Regional de Moquegua.

TERCERO. Que interpuesto recurso de apelación, concedida la alzada y seguido el procedimiento impugnatorio, la Sala Superior Penal de Apelaciones de Moquegua emitió la sentencia de vista de fojas quinientos sesenta y cinco, de dos de julio de dos mil diecinueve. Ésta, confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia.

∞ Contra la referida sentencia de vista el señor Fiscal Superior de Moquegua, interpuso recurso de casación.

CUARTO. Que, según la acusación fiscal de fojas diecinueve, los hechos atribuidos son como siguen:

- A.** La encausada PACHECO CENTENO, en su calidad de residente, se interesó indebidamente y de manera indirecta en la contratación del servicio de alquiler de una camioneta para la ejecución del proyecto “Mejoramiento y Ampliación de la Cadena Productiva de Pescados y Mariscos en Estado Fresco de la Región de Moquegua”, para lo cual ordenó que se prestara el servicio de alquiler de camioneta sin el procedimiento de contratación pública. El servicio de alquiler de la camioneta de placa de rodaje VCB-703 costó cuatro mil cuatrocientos soles [comprobante de pago de veintiséis de agosto de dos mil trece].
- B.** La indicada acusada Pacheco Centeno emitió el requerimiento del servicio de alquiler de una camioneta, que fue ingresado a la Gerencia de Desarrollo Económico el día tres de julio de dos mil trece. Acto seguido, la solicitud de cotización se efectuó el tres de julio de do mil trece, y el servicio se efectuó el tres de julio del mencionado año. Es decir, previo al procedimiento de contratación del servicio de alquiler de una camioneta a la empresa HERTHRU EIRL, ya se estaba brindando el servicio de alquiler

de la camioneta para el proyecto. La Orden de Servicio ciento dieciséis se emitió recién el veintiséis de julio de dos mil trece.

- C. La encausada QUISPE CALDERÓN, en calidad de cotizadora, se interesó indebidamente y de manera directa en la contratación del indicado servicio de alquiler de la camioneta a favor de la empresa HERTHRU EIRL para la ejecución del precitado. La referida acusada simuló el proceso de selección, para lo cual emitió la solicitud de cotización el tres de julio de dos mil trece, sin embargo el servicio se ejecutó antes de la solicitud de cotización.
- D. El requerimiento del servicio de alquiler de la camioneta ingresó a la Gerencia de Desarrollo Económico el tres de julio de dos mil trece, en tanto que la solicitud de cotización se efectuó, por parte de la acusada Quispe Calderón, el tres de julio de dos mil trece. Por tanto, dicha acusada Quispe Calderón, en su calidad de cotizadora, simuló el proceso de selección de contratación de alquiler de camioneta para el proyecto.
- E. La encausada PACURI MOLLENEDO, en su calidad de encargada del Área de Adquisiciones, se interesó indebidamente y de manera directa en la contratación del apuntado servicio de alquiler de la camioneta a favor de la empresa HERTHRU EIRL para la ejecución del antedicho proyecto. Con tal finalidad, emitió la Orden de Servicio ciento dieciséis, de veintiséis de julio de dos mil trece, sin el procedimiento de contratación; y, por ende, simuló el proceso de selección, pues con posterioridad a la selección de la empresa y ejecución del servicio, emitió la Orden de Servicio antes mencionada.
- F. El encausado MANRIQUE GAMERO, en su calidad de residente del proyecto, se interesó indebidamente y de manera indirecta en la prestación del servicio de alquiler de una camioneta brindado por Marcelina Edith Cuevas Pare, desde que ordenó que se prestara el mencionado servicio de alquiler sin realizar el procedimiento establecido por el Gobierno Regional de Moquegua, mediante la Directiva 009–2013–GOB.RGG, que en su Disposiciones Generales, regula la contratación de servicios y adquisiciones de bienes por parte del Gobierno Regional de Moquegua cuando sus montos no superan las tres Unidades Impositivas Tributarias –en adelante, UIT–, todo ello con la finalidad de favorecer la contratación y ejecución del servicio a la proveedora en mención.

QUINTO. Que el señor FISCAL SUPERIOR en su escrito de recurso de casación de fojas quinientos noventa y nueve, de diecisiete de julio de dos mil diecinueve, denunció los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material, violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3, 4 y 5, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP).

∞ Argumentó que el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible es la imparcialidad y transparencia en la actividad contractual, mas no el patrimonio del Estado, por lo que no es acertada la conclusión del Tribunal Superior al razonar que el cúmulo de irregularidades acreditadas, en razón del principio de fragmentariedad y *última ratio* del Derecho penal, son de naturaleza administrativa, puesto que finalmente los servicios se brindaron.

∞ Sostuvo que el delito de negociación incompatible puede configurarse en cualquiera de las fases de la contratación pública; que como se protege la imparcialidad en la actividad contractual del Estado, entonces, es posible su configuración en la fase preparatoria, de selección y de ejecución contractual; que no existe impedimento para que servidores o funcionarios públicos distintos a las áreas de adquisiciones y logísticas, puedan ser pasibles de responsabilidad penal por dicho delito.

∞ Acotó que es posible la intervención “necesaria” (complicidad) de sujetos públicos o particulares en la comisión del delito de negociación incompatible; que el Tribunal Superior, para sustentar la absolución, citó el fundamento trigésimo de la sentencia casatoria 841-2015/Ayacucho; que, sin embargo, dicho considerando no es vinculante y, en esa lógica, no es de obligatorio cumplimiento.

∞ Añadió que el tipo penal prevé que el interés indebido puede ser para provecho propio o de tercero; que ello implica la admisión de la intervención de un tercero como cómplice; que el artículo 25 del Código Penal –en adelante, CP– reconoce a la complicidad y no exceptúa delitos de su aplicación.

SSEXTO. Que cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas ochenta y siete, de veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación: artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal.

∞ Lo central del examen casacional planteado por el Ministerio Público, según la referida Ejecutoria Suprema, está en función a la naturaleza y los elementos típicos del delito de negociación incompatible, así como a los que pueden intervenir en su comisión.

SÉPTIMO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día veintiuno de febrero del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de la señora Fiscal Adjunta Supremo en lo Penal, doctora Edith Alicia Chamorro Bermúdez, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

OCTAVO. 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 la censura casacional se circunscribe, desde las causales de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación, a establecer si la absolución dictada por el Tribunal Superior, en razón a la motivación de la *quaestio iuris*, es legalmente correcta. Esto es, si no se ha incurrido en una infracción normativa, constitucional o legal, en la interpretación y/o aplicación de los preceptos jurídico-penales.

∞ No está en discusión la *quaestio facti*, la viabilidad del relato de hechos de la acusación fiscal desde el material probatorio disponible, sino si, dados los hechos acusados y debatidos, puede tipificarse el delito de negociación incompatible y si el conjunto de los acusados pueden ser considerados intervinientes en su comisión, vale decir, si no existen óbices jurídico-penales para el juicio de culpabilidad procesal.

∞ El defecto de motivación –de relevancia constitucional–, que da lugar al motivo de casación del artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal, no incide en la apreciación del material probatorio disponible, sino en los alcances del tipo delictivo de negociación incompatible. En estos casos si se ha producido una violación de ley sustancial interpretada y/o aplicada se amparará el recurso de casación, pero no por el solo vicio de motivación, el cual queda “absorbido” en el error de la decisión [véase: IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN: *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Ara Editores – Ediciones Olejnik, Lima–Santiago, 2018, p. 267].

SEGUNDO. Que el Tribunal Superior en la sentencia de vista señaló, como justificación de la absolución, lo siguiente: **1.** Que la estructura típica de delito de negociación incompatible no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues no se está frente a un delito de participación necesaria como sí se da en el delito de colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. **2.** Que, por ello, el residente de obra, la cotizadora y la encargada del área de contrataciones no pueden ser sujetos activos del delito materia de juzgamiento porque no intervinieron directa o indirectamente en la contratación, sino que su labor está delimitada, el primero, residente, a formular requerimiento de alquiler de la camioneta, la cotizadora a emitir previo estudio las cotizaciones, que conformarán el expediente de contratación y la orden de servicio. **3.** Que el

funcionario o funcionarios más cercanos a la exigencia típica de este delito son los conformantes de la dirección de logística, a quienes no se les comprendió en la causa. **4.** Que, de otro lado, el principio de fragmentariedad del derecho penal significa que no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos, por lo que no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino solo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio violento o fraudulento [véase: Sección “Premisas Fácticas”, numeral dos, folios quinientos ochenta y cuatro a quinientos noventa y dos de la sentencia de vista].

TERCERO. Que, como ya se anotó en la sentencia casatoria 307-2019/Ancash, de siete de enero del año en curso, este Tribunal Supremo en varias sentencias ya fijó doctrina legal sobre el tipo delictivo de negociación incompatible. Así, entre otras, cabe citar la sentencia casatoria 396-2019/Ayacucho, de nueve de noviembre de dos mil veinte, y la sentencia casatoria 180-2020/La Libertad, de siete de diciembre de dos mil veinte.

∞ El artículo 399 del Código Penal castiga 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 que interviene por razón de su cargo, [...]*”.

∞ Así, ratificando lo expuesto en estas sentencias, cabe reiterar lo siguiente:

“**1.** El delito de negociación incompatible protege la expectativa normativa de que el funcionario público ha de actuar en resguardo de los intereses de la Administración Pública, evitando cualquier situación de interferencia en la toma o ejecución de decisiones. El funcionario público, en este caso, abusa del cargo que ejerce con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero. **2.** Es tanto un delito especial propio (formal) cuanto un delito de infracción de deber (material): el agente oficial ha de haber actuado en el proceso de contratación pública, en cualquier etapa de ella, con base a un título habilitante y con capacidad de decisión (facultades y competencias para intervenir en ese proceso), por lo que se trata de una situación de prevalimiento –el fundamento de la imputación responde en la infracción del deber positivo del agente oficial de resguardar los intereses de la Administración a través de una actuación imparcial en un contrato u operación estatal en la que interviene por razón de su cargo [ÁLVAREZ DÁVILA, FRANCISCO: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Ideas, Lima, 2020, p. 133]. **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: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2014, 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”.

∞ “El interés indebido, como afirma CREUS, es situarse ante el contrato u operación administrativa no sólo 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 configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares del tercero [CREUS, CARLOS: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo Dos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 299]”.

CUARTO. Que, en atención a lo expuesto y según los datos del caso, precisados *up supra*, cabe resaltar, según el relato fáctico ya especificado en la parte “fundamentos de hecho” de esta sentencia, que los cuatro agentes públicos acusados están relacionados, por razón de su cargo, con la contratación de la camioneta y el gasto de cuatro mil cuatrocientos soles realizado por el Gobierno Regional de Moquegua –recuérdese que en proceso de contratación pública pasa por una serie de procedimientos en los que intervienen, según su competencia, varios funcionarios o servidores públicos, cada uno con un rol específicamente asignado–. Desde luego ellos pueden ser sujetos activos del delito de negociación incompatible, pues cada uno vulneró un deber positivo del cargo.

∞ La sucesión de actos administrativos realizada por cada uno de los acusados determinó una contratación al margen de la legislación sobre contrataciones del Estado, incluso una formal designación luego que el servicio ya había sido ejecutado. Desde luego, ya se había identificado al proveedor del servicio de alquilar una camioneta, y no se llevó a cabo ningún criterio de selección que tuviera como presupuesto varios proveedores y la designación del proveedor

que ofertara las mejores condiciones para el Estado. Esto último, atento a que se trata de un delito de peligro abstracto, es lo esencial de la atribución penal y denota una clara situación de interferencia en la toma de decisiones, de suerte que los imputados, en tanto funcionarios públicos, abusaron de su cargo en provecho de un tercero; volcaron sobre tal contratación una pretensión de parte no administrativa.

∞ Por lo demás, el principio de fragmentariedad o carácter fragmentario del Derecho penal, de base liberal democrática, derivado del principio, destacado por BECCARIA, de la absoluta necesidad de la intervención, significa (i) que éste se ocupa de una mínima parte de los comportamientos antijurídicos, por lo que su esfera es mucho más limitada y se concentra en formas específicas de agresión –ataques a los más esenciales bienes jurídicos (como decía BRICOLA, socialmente apreciables y dotados de relevancia constitucional); (ii) que se concentra en los casos más graves, y (iii) que lo hace al margen de cuestiones meramente morales– [POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, 2da. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2015, p. 108]. Es un principio político criminal, pero de él no puede decirse, en tanto se tergiversa sus alcances, que se proscribe necesariamente los delitos de peligro abstracto y que solo, en clave interpretativa, derivada de su aplicación, solo se castigarían en los delitos contra la Administración Pública los supuestos de apoderamiento subrepticio violento o fraudulento, lo cual dejaría sin tutela penal una serie de conductas que crean un riesgo considerable a bienes jurídicos esenciales.

QUINTO. Que, en tal virtud, los órganos jurisdiccionales de mérito interpretaron erróneamente los alcances del tipo delictivo de negociación incompatible y, por ello, no aplicaron el artículo 399 del Código Penal. Se incurrió en la causal de casación del artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal. Este motivo de casación, como se señaló, absorbe la causal de vulneración de la garantía de motivación y, por cierto, es más precisa que la global de inobservancia de precepto constitucional.

∞ Como se trató de una interpretación incorrecta de la ley penal material y, como por tal motivo, en primera y segunda instancia no se realizó una apreciación de la prueba conforme a lo que legalmente correspondía, al necesitarse un nuevo debate sobre el hecho en relación al material probatorio, solo corresponde dictar una sentencia rescidente, con reenvío.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación, por la causal de infracción de precepto material –entendiéndose absorbidas por la primera las causales de inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de motivación–, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE

MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas quinientos sesenta y cinco, de dos de julio de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos noventa y tres, de diecinueve de diciembre de dos mil dieciocho, absolvió a Vanessa Adali Quispe Calderón, Evelyn Nancy Pacuri Mollenedo, Maribel Rocío Pacheco Centeno y Frankling Máximo Manrique Gamero de los cargos formulados en su contra por delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Gobierno Regional de Moquegua; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de segunda instancia. **II.** Y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: **ANULARON** la sentencia de primera instancia. **III. ORDENARON**, previo juicio oral de primera instancia, se dicte nueva sentencia por otro Juzgado Penal, cumpliendo lo dispuesto en la presente sentencia casatoria –en su caso, deberá intervenir en la apelación otro Colegiado Superior–; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial; con transcripción al Tribunal Superior de origen. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/RBG