

Negociación incompatible

El delito de negociación incompatible constituye un delito de peligro abstracto, que crea un peligro para el bien jurídico, no siendo parte del tipo penal el resultado u obtención de un beneficio económico propio o para un tercero. El *extraneus* puede ser parte de dicho delito a título de cómplice. En el caso concreto no se ha acreditado el especial interés por parte de los acusados que requiere el tipo penal para que se constituya el delito.

SENTENCIA

Lima, veintinueve de marzo de dos mil veintidós

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación –fojas 429 a 446– por la causal prevista en el artículo 429, numeral 3 del Código Procesal Penal, para desarrollo de doctrina jurisprudencial interpuesto por **el representante del Ministerio Público** contra la sentencia de vista emitida el once de junio de dos mil diecinueve por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocó la sentencia de primera instancia del veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho, que condenó a Yuri Anthony Nuñez del Prado Guevara, Jorge Gabriel Olivera Santa Cruz, Mario Alberto Sáenz Bartens, como autores, y César Augusto Omonte Ramos, como cómplice primario, del delito de negociación incompatible, en perjuicio del Estado, les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, e inhabilitación por el plazo de dos años, y declaró fundada en parte la pretensión civil y fijó el pago solidario de S/20,000.00 (veinte mil soles) por reparación civil a favor del agraviado; y reformándola, los absolvió de la acusación fiscal por el citado delito y declararon infundada la pretensión civil, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. ITINERARIO DEL PROCESO

1.1 Concluida la investigación preparatoria, el Primer Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, formuló acusación penal contra **Yuri Anthony Nuñez del Prado Guevara, Jorge Gabriel Olivera Santa Cruz, Mario Alberto Sáenz**

Bartens, como autores, y **César Augusto Omonte Ramos**, como cómplice primario, por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado.

1.2 Al finalizar la etapa intermedia, esto es, una vez efectuada la respectiva audiencia de control de acusación, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima, mediante la resolución del treinta de noviembre de dos mil diecisiete, dictó el auto de enjuiciamiento contra los citados imputados y declaró la admisibilidad de determinados medios probatorios y citó a juicio oral.

1.3 Llevado a cabo el juicio oral público y contradictorio, el cual concluyó con la sentencia, Resolución número 7 del veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho, condenándolos por el citado delito a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de tres años, a dos años de inhabilitación y S/20,000 (veinte mil soles) de reparación civil; con lo demás que contiene.

1.4 Los condenados interpusieron recurso de apelación contra la mencionada sentencia, que fue de conocimiento de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Llevada a cabo la respectiva audiencia, dicho órgano jurisdiccional emitió la sentencia de vista el once de junio de dos mil diecinueve, revocándola en todos sus extremos, reformándola los absolvieron de los cargos formulados en la acusación fiscal y declararon infundada la pretensión civil.

1.5 El representante del Ministerio Público interpuso casación excepcional que fue concedida por la Sala de Apelaciones.

1.6 Elevados los autos a esta Sala Suprema, se cumplió con el traslado a las partes procesales por el plazo de diez días. Luego de lo cual, en virtud de lo establecido en el artículo 430 numeral 6 del Código Procesal Penal (en lo sucesivo CPP), se examinó la admisibilidad del recurso de casación. Se decidió vía auto de calificación del once de marzo de dos mil veintiuno, admitir solo uno de los motivos casacionales invocados y declarar bien concedido el recurso de casación por la causal prevista en el artículo 429 numeral 3 del CPP, por errónea interpretación de la ley penal.

1.7 Cumplido con lo señalado en el artículo 431 numeral 1 del CPP, mediante decreto del veintitrés de febrero de dos mil veintidós, se cumplió con señalar fecha para la audiencia de casación el lunes catorce de marzo del presente año.

1.8 La audiencia de casación fue realizada el día indicado. Concurrió la fiscal Jacqueline Asunción del Pozo Castro, como parte recurrente del recurso de casación y el abogado Johan Raúl Guisse Pinedo, defensa de los acusados Sáenz Bartens y Nuñez del Prado Guevara, la abogada Jackeline Cáceres Navarrete, defensa del acusado Olivera Santa Cruz.

1.9 En la audiencia de casación la fiscal alegó que su recurso excepcional versa sobre la naturaleza jurídica del delito imputado, si es de peligro concreto o abstracto y la participación del *extraneus* en dicho delito.

1.10 Por su parte, las defensas técnicas de los acusados alegaron a su turno que se declare infundada la casación y no se case la sentencia de vista, confirmándose en todos sus extremos.

1.11 El desarrollo de esta consta en el acta correspondiente. Luego de que culminó, la causa fue objeto de deliberación en sesión privada, se procedió a la votación respectiva y se acordó la emisión de la presente sentencia de casación.

SEGUNDO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

El Ministerio Público atribuye a los acusados Yuri Anthony Nuñez del Prado Guevara (Director de Edaci), Jorge Gabriel Olivera Santa Cruz (jefe de Mantenimiento) y Mario Alberto Sáenz Bartens (jefe de Abastecimiento) haberse interesado de manera directa en provecho de tercero, toda vez que en su condición de funcionarios públicos de la Escuela de Aviación Civil de la FAP, se “interesaron de forma directa” en la etapa de ejecución del Contrato número 0935-CEP-EDACI-2009, para la rehabilitación y mantenimiento de los Hangares 7 y 8, correspondiente al proceso de selección ADS 002-2009, interés que se evidencia en la suscripción del Acta de recepción y conformidad del Servicio de Rehabilitación y mantenimiento de los hangares 7 y 8, pese a que dichos servicios no habrían culminado, beneficiando indebidamente a un “tercero” quien era el representante de la empresa Inter Americars Planet S. A. C, César Augusto Omonte Ramos.

TERCERO. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 El representante del Ministerio Público solicita que se declare nula la sentencia de vista. Invocó las causales 1, 2 y 3 del artículo 429 del CPP. En cuanto a la causal del inciso 1 sobre la vulneración al derecho de la debida motivación y la causal del inciso 2 sobre la inobservancia del inciso 2, del artículo 425 del CPP.

3.2 Con relación a la causal del numeral 3, del artículo 429 CPP, incorrecta interpretación de tipo penal, es preciso anotar que la conducta típica prevista en el artículo 399 del Código Penal, en lo que se refiere al interés indebido, no siempre implica un peligro para el patrimonio estatal, pues lo sustancial para su punibilidad es la lesión al bien jurídico; normal e idóneo funcionamiento de la Administración Pública. Se trata de un delito penal de peligro abstracto y no de peligro concreto que exija un resultado o perjuicio patrimonial para su consumación, conforme se indicó en la doctrina que sustentó el Recurso de Nulidad número 667-2016/Lima.

3.3 Asimismo, sostuvo que se interpretó equívocamente lo referido a la participación de los terceros en el citado delito, pues la Sala Penal de Apelaciones, en mayoría, con base a la Casación número 841-2015/Ayacucho, que no es vinculante, descartó dicha participación. Por lo demás la estructura del tipo penal sí revela la posibilidad de la intervención

del tercero ajeno a la relación funcional que generalmente es el sujeto beneficiado con la actuación disfuncional de los agentes públicos.

- 3.4** Sobre las materias de desarrollo jurisprudencial propuso que este Supremo Tribunal establezca criterios referidos: i) El carácter del peligro abstracto del delito de negociación incompatible que no requiere que se acredite un peligro concreto de resultado lesivo con contenido patrimonial. ii) La participación de los terceros en dicho delito. iii) El interés indebido, en el referido delito. iv) Si la sentencia de vista advierte una causal de nulidad en la de primera instancia por la supuesta falta de valoración de pruebas, debe declararse la nulidad y no emitirse un pronunciamiento de fondo que revoque la misma declarando la absolución.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

PRIMERO. ANÁLISIS SOBRE LA CAUSAL DE CASACIÓN ADMITIDA

- 1.1** El auto de calificación del once de marzo de dos mil veintiuno, enmarcó el ámbito del presente pronunciamiento sobre la incorrecta interpretación de la ley penal, artículo 399 del Código Penal, precisando doctrina jurisprudencial referente a los puntos i) y ii) de los temas propuestos en el recurso de casación del recurrente.
- 1.2** Hay que señalar que surge la errónea interpretación, en el caso que el órgano jurisdiccional al momento de emitir la sentencia otorga a la norma un sentido que no se corresponde con la correcta interpretación de la ley.
- 1.3** Al respecto, existe línea jurisprudencial ya establecida, aun cuando ella no tiene carácter vinculante, tiene amplio sustento doctrinario, razón por la que dicha línea interpretativa debe regir la presente decisión, al haber sido desarrollada siguiendo la dogmática y los principios con los cuales concordamos al sustentarse en la correcta definición de la norma en referencia.
- 1.4** Sobre la naturaleza jurídica del delito materia de recurso, ante todo se debe precisar que el bien jurídico protegido por la ley, que prevé dicho delito, al tratarse de uno contra la Administración Pública, será el normal y correcto funcionamiento de esta, a través de la imparcialidad de los funcionarios públicos al momento que tengan que intervenir en algún contrato u operación en razón al cargo que ostentan, esto es, que no se está ante cualquier agente público sino el que tiene poder de decisión, por tanto, se espera de este que actúe en salvaguarda de los intereses de la Administración Pública por ser parte de sus obligaciones funcionales generales lo que deriva en que el tipo penal sea un delito de infracción de deber.
- 1.5** En cuanto a su naturaleza jurídica, como señala la Casación número 396-2019/Ayacucho, del nueve de noviembre de dos mil veinte, solo se requiere que el funcionario público actúe interesadamente, por lo que se

trata de un delito de peligro abstracto, esto es, que el proceder de este se presume que crea un peligro para el bien jurídico, no siendo parte del tipo penal el resultado u obtención de un beneficio económico propio o para un tercero, solo es materia de prueba que la conducta del agente tienda a conseguir el propósito. En consecuencia se sancionará al agente público que con su conducta traiciona el deber encomendado, dejando de lado su accionar imparcial y objetivo, buscando más bien a que en los contratos u operaciones que por su cargo le corresponda intervenir, con el poder de decisión que tiene busca beneficio indebido propio o de un tercero, que sin descartar el beneficio económico, este no necesariamente es elemento constitutivo del tipo penal, al considerarse que no todos los delitos contra la Administración Pública buscan necesariamente un provecho material.

- 1.6** De lo anterior queda establecido por esta Sala Suprema que no se comparte la opinión de la Sala de Apelaciones de considerar al delito de negociación incompatible como un delito de peligro concreto, esto es que efectiva y realmente sea cierto el riesgo de lesión al bien protegido, sino que se persiste en el criterio de que se trata de un delito de peligro abstracto donde el riesgo inminente no es necesario, en resumen, no es característica del tipo penal.
- 1.7** En lo que concierne a la participación del tercero o *extraneus*, no coincidimos en la aplicación de la Casación número 841-2015/Ayacucho, del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, por cuanto, conforme lo establece el Acuerdo Plenario número 2-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once, sobre la actuación de terceros en delitos contra la Administración Pública en su fundamentos jurídico 11 y 12, a título de cómplice, sobre la tesis de la unidad de título de imputación, es válida la participación de terceros, por cuanto un mismo hecho no podría ser reputado bajo la figura de dos tipos penales diferentes, en razón de los partícipes, tanto más si se reputa la participación del tercero como dependientemente del hecho principal, por tanto, no se le adjudica que infrinja el deber por cuanto no es funcionario público pero sí puede responder a título de cómplice.
- 1.8** Estando a estos conceptos definidos la línea jurisprudencial en cuanto al peligro que el tipo penal de negociación incompatible representa es el abstracto y la participación del *extraneus*, a título de cómplice, por lo que corresponde evaluar si los acusados, cada uno desde la imputación que recae en ellos, habrían o no incurrido en la comisión del delito materia de recurso.
- 1.9** Sin perjuicio de esta precisión en la interpretación normativa cuyo propósito es el de establecer un criterio jurisprudencial seguidamente se procede a evaluar si existen deficiencias en la motivación que justifiquen casar la sentencia.

- 1.10** La sentencia recurrida, afirma que la imputación está referida a un hecho posterior a la suscripción del contrato, por tanto refiere que el otorgamiento de la buena pro y la inicial adjudicación, que luego fue revisada, no comprende la materia de imputación, es más la adjudicación mediante Resolución número 1528CGFA del tres de diciembre de dos mil nueve fue declarado nulo como consecuencia de la revisión del expediente por el secretario de adquisiciones y contrataciones, para finalmente ratificarse el otorgamiento de la buena pro a la empresa Inter Americars Planet S:A:C. representada por el supuesto *extraneus* lo que se ha entendido que la contratación se llevó a cabo sin ninguna observación y siguiendo las pautas de la contratación pública.
- 1.11** La conducta delictiva que se acusa a Núñez del Prado Guevara en su condición de director de la citada Escuela de la FAP, señala que intervino en la suscripción de la Orden de servicio de fecha diecinueve de noviembre de dos mil nueve y en el contrato con el proveedor, dentro de su rol funcional, no interviniendo en la recepción de la obra, actuaciones que pudieron haberle traído responsabilidad administrativa por la que fue sancionado. Se menciona que existieron trabajos realizados, e incluso se menciona trabajos adicionales, siendo parte de la imputación que este acusado habría ejercido presión sobre los jefes de mantenimiento y abastecimiento, sin embargo, no se ha reunido prueba sobre la presunta presión puesto que sus coacusados no han referido tal accionar y el Ministerio Público no ha probado ese especial interés en su conducta por lo que la prueba resulta insuficiente para concluir una condena.
- 1.12** Respecto a la conducta de los acusados Olivera Santa Cruz y Sáenz Bartens, estos señalaron en el debate, que suscribieron la conformidad por cuanto creían que la obra estaba conforme puesto que los términos de referencia no eran precisos, sino genéricos, lo cual concuerda con la conclusión del Dictamen emitido por el perito de ingeniería civil Luis Alberto Carrasco Vergaray, referente a que los términos de referencia de la Adjudicación Directa Pública número 002-2009-EDACI/FAP fue considerada como global la unidad de medida para la ejecución de los trabajos y no específicas a fin de determinadas áreas, volúmenes, longitudes, cantidades de piezas de acuerdo a las partidas; en cuanto al trabajo faltante no se hizo una pericia que determine el porcentaje de lo faltante y la pericia contable concluye que el perjuicio económico ascendía al total del monto de la obra contratada, esto es S/99,100.00 (noventa y nueve mil cien soles), lo cual no corresponde a la realidad vertida del documento NC-190-DITA-Nº1961, del cual se extrae que los trabajos realizados ascenderían a S/104,457.19 (ciento cuatro mil cuatrocientos cincuenta y siete soles con diecinueve céntimos), lo que se condice con la declaración del presunto cómplice respecto a que el servicio prestado superó el costo del valor contratado. No habiéndose valorado dicho extremo.

- 1.13** Sin perjuicio de los fundamentos esgrimidos por la Sala Superior al interpretar el artículo 399 del Código Penal, que conforme se ha indicado no siguen la línea jurisprudencial establecida, en el fondo del asunto pedido por el representante del Ministerio Público, de que se case la sentencia y se disponga un nuevo juicio no se justifica, conforme se ha señalado al referirnos a la intervención de estas personas en el hecho, debido a que no se ha acreditado el especial interés que requiere la norma, en el comportamiento del servidor público en el ejercicio de su función, en los contratos y demás intervenciones conforme requiere el citado artículo 399 del Código Penal.
- 1.14** La Sala superior ha indicado además que con los medios probatorios glosados no se ha acreditado de manera suficiente la conclusión sobre el desmedido o indebido interés que es esencial para la configuración del tipo penal.
- 1.15** De tal forma que, al no poder probar la responsabilidad sin límite de duda de los autores, mal se podría mantener una condena del tercero por las mismas razones, correspondiéndole el mismo fallo absolutorio, por lo que no habría causa trascendente para casar la sentencia recurrida.
- 1.16** De los fundamentos precedentes llegamos a determinar que si bien es cierto parte del análisis y fundamentación de la sentencia de vista y la de primera instancia, no han sido desarrollados bajo una correcta interpretación de las normas penales anteriormente referidas y de la línea jurisprudencial apropiada, pues no compartimos que el hecho requiera un peligro concreto, sin embargo, al desarrollar el análisis y valoración de la prueba actuada llegan a determinar, la Sala de manera acertada, que no se ha acreditado la responsabilidad de los imputados, al no haberse llegado a probar un elemento constitutivo del tipo, por ende la presunción de inocencia de los acusados no ha sido rebasada con prueba idónea y suficiente, por tanto, con las precisiones dogmáticas mencionadas respecto de la interpretación normativa, la sentencia recurrida ha sido expedida luego de un análisis probatorio acertado, en consecuencia, al no haber motivo casacional que justifique declarar fundado dicho recurso se debe mantenerse la decisión absolutoria.
- 1.17** Al haber sido el recurrente el representante del Ministerio Público se proceda de conformidad con el artículo 499 del CPP.

DECISIÓN

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

- I. INFUNDADO** el recurso de casación por la causal prevista en el artículo 429, numeral 3 del Código Procesal Penal, interpuesto por el **representante del Ministerio Público** contra la sentencia de

vista emitida el once de junio de dos mil diecinueve por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocó la sentencia de primera instancia del veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho, que condenó a Yuri Anthony Nuñez del Prado Guevara, Jorge Gabriel Olivera Santa Cruz, Mario Alberto Sáenz Bartens, como autores, y César Augusto Omonte Ramos, como cómplice primario, del delito de negociación incompatible, en perjuicio del Estado, les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, e inhabilitación por el plazo de dos años, y declaró fundada en parte la pretensión civil y fijó el pago solidario de S/20,000.00 (veinte mil soles) por reparación civil a favor del agraviado; y reformándola, los absolvió de la acusación fiscal por el citado delito y declararon infundada la pretensión civil, con lo demás que contiene.

- II. En consecuencia, **NO CASARON** la referida sentencia de vista.
- III. **DECLARARON EXENTO** del pago de las costas procesales al representante del Ministerio Público.
- IV. **DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, y se notifique inmediatamente a las partes personadas en esta sede suprema.
- V. **MANDARON** que cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABAS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

IASV/gmls