



Afectación del principio de imputación necesaria

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

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veinticuatro de junio de dos mil veintiuno

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

Intervino como ponente el señor juez supremo Coaguila Chávez.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Procedimiento en primera instancia

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



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

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

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

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

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

§ II. Procedimiento en segunda instancia

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



§ III. Nuevo procedimiento en primera instancia

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

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

§ IV. Nuevo procedimiento en segunda instancia

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

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

§ V. Procedimiento en la instancia suprema

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



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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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



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

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

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

Artículo 399. El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, **en provecho** propio o **de tercero**, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal (resaltado es nuestro).

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

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

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

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



ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; **ii)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; **b) indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero**, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizado aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); **c) el objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación**, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y, **d) requiere el dolo directo**, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública [sic].

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



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

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

§. VIII. Análisis del caso concreto

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

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

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

² Op. cit., p. 639.

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



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

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

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



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

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



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

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

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



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

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

DECISIÓN

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

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



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

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

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

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

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/jj