

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

Informe sobre la casación 231- 2017- Puno

AUTOR

KARINA MASSYEL SURICHAQUI LIMACO

Código: 20078136

ASESOR

RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET

LIMA- PERÚ

2020

RESUMEN

El presente informe analiza la Casación Nº 231-2017 Puno, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, el 14 de setiembre de 2017. La casación resuelve el proceso seguido en contra de Bernardo Natividad Meza Alvarez, ex alcalde de la Municipalidad Provincial de Melgar, Helard Huamán Maman, Jose Haytara Carreón, y Jose Domingo Choquehuanca, por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Melgar y en ilegítimo favor de la Empresa Alabama S.A. al haberse interesado directa e indebidamente en el Proceso Exonerado 001-2010-MPM-A.

En la decisión adoptada, la sala resuelve declarar la absolución de los procesados. Para lo cual sustenta su casación en una serie de fundamentos entre los cuales resalta la determinación del patrimonio como bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible. Asimismo, la sala estableció que el interés en provecho propio o de terceros, se expresa a través de la afectación patrimonial, en sintonía con ello, el delito de negociación incompatible sería un delito de peligro concreto dado que no se habría acreditado mediante pericia alguna el peligro real e inminente para el patrimonio.

En el presente informe se sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible no es el patrimonio, sino es la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública (bien jurídico específico) y el correcto funcionamiento de la administración pública (bien jurídico genérico), los cuales son afectados a través del actuar interesado del funcionario público y no a través de la acreditación de un daño patrimonial. Asimismo, argumentamos que nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto y no de peligro concreto, conforme lo aseverado por la Corte Suprema, por lo que la absolución de los imputados sería desacertada.

ÍNDICE

1. Introducción	4
2. Justificación para la elección de la casación	5
3. Hechos del caso	6
3.1. Fundamento de sentencia en primera instancia	10
3.1.1. Antecedentes	10
3.1.2. Fundamentos de la sentencia	10
3.2. Fundamentos de la sentencia en segunda instancia	11
4. Identificación de los problemas jurídicos en la Casación 231-2017.....	12
4.1. El bien jurídico protegido en el delito de Negociación incompatible	12
4.2. El interés en provecho propio o de tercero en el delito de Negociación incompatible	12
4.3. El delito de negociación incompatible considerado un delito´ de peligro concreto por la Corte Suprema	13
5. Irregularidades administrativas del proceso adjudicación	13
6. Análisis y posición sobre cada uno de los problemas de la resolución	18
6.1. Identificación del bien jurídico protegido en el delito de Negociación incompatible	18
6.1.1. Posiciones doctrinarias al respecto	19
6.1.2. El bien jurídico tutelado en el delito de negociación incompatible según la Casación 231-2017	21
6.1.3. Toma de postura	22
6.2. El interés indebido en provecho propio o de terceros en el delito de negociación incompatible	23
6.3. El delito de negociación incompatible como un delito de peligro abstracto	24
7. Conclusiones	26
8. Bibliografía	27

1. INTRODUCCIÓN

El presente informe analiza la Casación Nº 231-2017 Puno, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, desarrolla el delito de negociación incompatible.

El presente informe, pretende analizar aquellos puntos contradictorios y problemáticos de la Casación, a fin de a partir de misma exponer las falencias existentes en la tipificación de este delito, de cara a contribuir con la discusión vigente en torno al bien jurídico protegido en este delito, así como la naturaleza del mismo.

En este sentido, el principal problema jurídico de la casación se encuentra en la determinación del bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible, el cual es la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública (bien jurídico específico) y el correcto funcionamiento de la administración pública (bien jurídico genérico). No el patrimonio como la sala pretende sostener.

Como problemas secundarios, detectamos que la sala pretende sostener que el elemento interés en provecho propio o de tercero, se expresa a través del daño patrimonial, lo cual resulta erróneo toda vez que no se requiere contenido patrimonial, sino que puede ser extra patrimonial estableciéndose únicamente la existencia de un interés contrario a la imparcialidad y objetividad con la cual debe actuar un funcionario público.

Asimismo, la naturaleza del delito de negociación incompatible, no corresponde al de un delito de peligro concreto, sino a uno de delito abstracto. Ello pues, el análisis del tipo penal debe centrarse en si la conducta es intrínsecamente peligros no lo que pudo ocurrir a partir de esta conducta. No obstante, la Corte Suprema, considera que nos encontramos frente a un delito de peligro concreto, cuya configuración requiere la creación de un peligro real e inminente para el patrimonio del Estado.

Con relación a la metodología del presente informe, hemos aplicado el método de la interpretación sistemático para este análisis.

2. JUSTIFICACIÓN PARA LA ELECCIÓN DE CASACIÓN

Elegí esta casación, ya que, en el ejercicio de la profesión como equipo legal de defensa de particulares, fui testigo de cómo una doctrina jurisprudencial contradictoria, es aprovechada por funcionarios corruptos para obtener impunidad.

Los defectos que presenta la Casación N° 231-2017 deben ser objeto de análisis y discusión a fin de señalar aquellos errores cometidos en la interpretación de la norma penal.

La lucha anticorrupción en el Perú, se encuentra en su punto más álgido debido a los acontecimientos de los últimos años, que colman el día a día de nuestra política nacional, muestra de ello es que la gran mayoría de ex presidentes vivos de la república enfrentan procesos penales por delitos de corrupción.

En este año 2020, hemos presenciado como una serie de hechos políticos desencadenaron en una crisis que nos llevó a tener 3 presidentes en una semana. El origen de esta crisis: los procesos penales por corrupción que enfrentan nuestras autoridades.

La crisis económica y de salud que nos trajo la pandemia, se vio agudizada por la crisis política, las consecuencias de estas dificultades a todo nivel no se agotarán con una vacuna; sino, que nos tomará varias décadas de reconstrucción de nuestro país y nuestra sociedad.

Por eso considero importantísimo fortalecer los criterios de lucha anticorrupción en el país, a través de la uniformización de los criterios jurisprudenciales y el fortalecimiento de fundamentos doctrinales a la discusión siempre abierta en torno

a los delitos de corrupción.

3. HECHOS DEL CASO

1. La casación resuelve el proceso seguido en contra de Bernardo Natividad Meza Alvarez, ex alcalde de la Municipalidad Provincial de Melgar, Helard Huamán Maman, Jose Haytara Carreón, y Jose Domingo Choquehuanca, por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Melgar y en ilegítimo favor de la Empresa Alabama S.A. al haberse interesado directa e indebidamente en el Proceso Exonerado 001-2010-MPM-A.
2. Los hechos que motivaron la casación iniciaron con la adquisición de semillas de alfalfa, dactilys e inoculante para la Municipalidad Provincial de Melgar, en el marco de un proyecto de inversión pública de “Fortalecimiento de la asistencia técnica a productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar”.
3. El 04 de mayo de 2010, director encargado de desarrollo agropecuario Walter Colque Agramonte, habría remitido los términos de referencia correspondientes a la Gerencia Municipal, cabe indicar, que estas especificaciones no fueron incorporadas debidamente al proceso de selección para la compra de los productos señalados.
4. En este contexto se inició el procedimiento de Licitación Pública, para lo cual se estableció el Comité Especial del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 028-2010, el cual estuvo conformado por integrado por el economista Helard Huamán Mamani (presidente), José Haytara Carreón (primer miembro titular) y el ingeniero José Domingo Choquehuanca Soto (segundo miembro titular).
5. Al respecto, es menester resaltar, que tanto las cantidades como las especificaciones técnicas solicitadas por el director encargado de desarrollo agropecuario fueron modificadas sin que conste coordinación alguna con el área usuaria¹. Son precisamente estos requisitos extra los que generaron que ninguna de las empresas postoras pudieran ganar la buena pro en las licitaciones realizadas ocasionando que estos procesos sean declarados nulos o desiertos.

¹El Reglamento, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, de la Ley de Contrataciones con el Estado aprobada mediante D.L. N° 1017, en su artículo 31, referido a las competencias del comité especial,

6. Por otro lado, cabe mencionar, que no sólo se modificaron los términos técnicos de referencia desde el punto de vista técnico, sino también las cantidades de semilla requerida, establecidas por el área usuaria. Esta última modificación fue justificada aduciendo que la cantidad de insumos habría sido variada ya que, inicialmente las cantidades se habrían calculado para el proyecto “Fortalecimiento de la asistencia técnica de Productores Agropecuarios del distrito de Ayaviri, Provincial de Melgar”, sin embargo, posteriormente el requerimiento fue ampliado para un segundo proyecto: “Instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades de la Provincia de Melgar”.
7. Es así que, el 12 de noviembre del 2010, Herald Huamán, presenté un informe al alcalde de la Municipalidad de Melgar, declarando el Concurso Público 02-2010 desierto.
8. El 23 de noviembre de 2010, Efraín Zapana, asistente del área desabastecimiento remitió al director del área, Herald Huamán, cotizaciones para la elaboración del expediente de contratación, cuyo valor referencial ascendía a S/. 1 517 592.00 soles.
9. El proceso de Adjudicación de Menor Cuantía fue declarado desierto hasta en 5 oportunidades, para lo cual se argumentó que los postores no cumplieron con las especificaciones técnicas mínimas requeridas en las bases, tras ello se solicitó la cancelación definitiva del proceso de licitación.
10. En esta línea de hechos, el 24 de noviembre de 2010, Bernardo Natividad ex alcalde de la Municipalidad de Melgar, a través de un memorando, informó la aprobación del expediente de contratación, bajo el amparo de lo establecido en el Decreto de Urgencia 78-2009, dicha norma contemplaba la adquisición de bienes con un valor referencial de hasta S/.550 000.00 soles, no obstante Natividad aprobó la adquisición de las semillas por un monto total de S/. 1 517 592.00 soles.

especifica que: i) Cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria, ii) Cualquier modificación requiere una nueva aprobación del expediente de contratación y iii) El comité especial no podrá de oficio modificar las bases aprobadas.

11. Tras la cancelación del proceso de licitación, el 6 de diciembre del 2010, a través de la Resolución de Alcandía 766-2010, se aprobó la exoneración del proceso para la adquisición de los insumos autorizando a la unidad de abastecimiento la preparación del expediente de contratación mediante un comité especial, este fue integrado por Helard Huamán Mamani (presidente), José Haytara Carreón (primer miembro titular) y José Domingo Choquehuanca Soto (segundo miembro titular).
12. Instaurándose de ese modo el proceso exonerado 001-2010-MPM-A, el cual 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 a la Empresa Alabama S.A. la cual ofertaba montos superiores en comparación de las otras empresas como Agro Veterinaria “El Altiplano”.
13. La elección de esta empresa como ganadora del proceso de exoneración se llevó a cabo el 9 de diciembre de 2010, fecha en la cual se realizó una reunión del comité especial con el fin de evaluar los requerimientos técnicos y seleccionar a la empresa que se invitaría para la exoneración; 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.
14. Los motivos por los que se descartaron a las primeras tres empresas, a decir del comité, fue 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.

15. Cabe mencionar que las motivaciones referidas en el párrafo precedente no fueron sustentadas ni acreditadas por ninguno de los miembros del comité, no obstante ello, ese mismo día 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.
16. Posteriormente, conforme el cronograma establecido, el día 14 de diciembre de 2010, se suscribió el acta de apertura sobre proceso de exoneración N.º 001-2010-MPM-A, otorgándole la buena pro a la empresa Alabama S.A. generándose la orden de compra. El 17 de diciembre de 2010 el consentimiento de la buena pro fue publicado en el SEACE.
17. Finalmente, el Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Melgar, mediante informe especial N.º 004-2011-2-0462-MPM/OCI, detectó irregularidades en el proceso exonerado de adquisición de semillas de alfalfa, hecho que motivó la investigación fiscal que desencadenó la posterior sentencia en primera y segunda instancia, culminando en la emisión de la Casación N.º 231-2017, Puno, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

3.1 Fundamento de sentencia en primera instancia

3.1.1 Antecedentes

1. Con fecha 26 de junio de 2013, el Ministerio Público formula acusación contra Bernardo Natividad Meza Álvarez, José Haytara Carreón, José Domingo Choquehuanca Soto y Helard Huamán Mamani como autores de la comisión del delito contra la Administración Pública - Negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Melgar.

3.1.2 Fundamentos de la sentencia

1. El Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, emitió sentencia condenatoria el 11 de julio de 2016 en contra de los imputados disponiendo privación de la libertad por cuatro años, cuatro meses y un día, así como la inhabilitación por un periodo de tres años y el pago solidario de una reparación civil de S/. 10 000.00 soles, a favor de la parte agraviada, el Estado-Municipalidad Provincial de Melgar, para los imputados José Haytara Carreón, José Domingo Choquehuanca Soto y Helard Huamán Mamani.

2. Asimismo, para Bernardo Natividad Meza Álvarez, a quien se le impuso una pena de 5 años, 4 meses y 1 día de pena privativa de libertad y el pago solidario de una reparación civil de S/. 10 000.00 soles.
3. La condena tuvo como fundamentos, que se valoró la imposición de requisitos técnicos adicionales en las bases, sin el consentimiento del área usuaria contradiciendo lo regulado en el Reglamento de Ley de Contrataciones. Así también, el retraso premeditado que habría forzado la adquisición vía proceso exonerado del producto requerido.
4. Además, el juzgado valoró que, para la adquisición adicional de semilla de alfalfa, dactylis e inoculante para el distrito de Santa Rosa, no existía documento formal que sustentara su necesidad, no obstante, se dio opinión favorable sobre la disponibilidad presupuestal.
5. Asimismo, la celeridad con la cual se resolvió el proceso exonerado, sin que este cumpliera con las formalidades requeridas, sin que existiese la situación de desabastecimiento ya que esta última habría sido procurada por los imputados los cuales habrían realizado requerimientos imposibles de cumplir por la naturaleza misma del producto en adquisición.
6. También se valoró, la creación de un comité, cuando este no era necesario, ya que conforme la norma establece bastaba que el titular del pliego designe a una empresa para que provea los insumos.
7. Finalmente, se tomó en cuenta la falta de correspondencia entre la publicación de la buena pro, la cual fue publicada en el SEACE el 17 de diciembre del 2010, no obstante, la orden de compra habría sido generada tres días antes, el 14 de diciembre del 2010. Es decir, se gestionó la orden de compra antes del consentimiento de la buena pro y sin haberse firmado el contrato.
8. Todo ello habría conllevado a un perjuicio patrimonial contra la Municipalidad Provincial de Melgar por un monto total de S/. 214 246.20 soles.

3.2 Fundamentos de la sentencia en segunda instancia

1. La Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román, confirmó la sentencia del Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno.
2. La Sala, suscribió los argumentos esgrimidos por el Juzgado, y además empleó argumentos doctrinales sobre el delito de Negociación incompatible, respecto del cual sostuvo *“(…) 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”*²
3. Asimismo, en lo referente a los sentenciados consideró que estos funcionarios participaron en el proceso de exoneración aun cuando sabían que este proceso no correspondía, sino que correspondía un proceso de licitación, debido a la cuantía de la adquisición; además de conocer sobre la inexistencia de la situación de desabastecimiento, por lo que se consideró probado el interés indebido en el proceso de exoneración a favor de la empresa Alabama S.A. al ejercer acciones que no correspondían con su rol como funcionarios públicos.
4. Finalmente, el 12 de abril de 2017, la Corte Suprema emite la Ejecutoria Suprema de calificación de casación que declara:
 - a. Inadmisibles los recursos de casación interpuestos por los sentenciados en razón de las causales previstas en los incisos 1 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal³.
 - b. Bien concedido 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 Penal⁴

² Casación Nº 231-2017 Puno. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Aspectos generales, considerando cuarto.

³ Artículo 429. Son causales para interponer recurso de casación:

1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.

(...)

4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

⁴ Artículo 429. Son causales para interponer recurso de casación: (...)

4. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA CASACIÓN 231- 2017

4.1 El bien jurídico protegido en el delito de Negociación incompatible

1. En primer lugar, la Casación Nº 231-2017 Puno, sostiene que el delito de negociación incompatible tutela el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, la transparencia, imparcialidad, integridad o probidad del funcionario y servidor público, no obstante, sostiene que el injusto es de peligro concreto, sosteniendo que para su configuración se requiere la puesta en peligro del patrimonio estatal y no solo por el incumplimiento de normas de carácter administrativo, por lo que el actuar de los sujetos activos debe significar un riesgo inminente para el Estado.⁵
2. El planteamiento anteriormente detallado, motiva que nos cuestionemos sobre que bien jurídico protege el delito de negociación incompatible, en los términos de la Casación. Ello pues, de acuerdo a lo esgrimido en la Casación, este sería el patrimonio, postura contradictoria respecto incluso de su propia argumentación, pues sostiene una equivalencia de términos entre el “normal funcionamiento de Administración Pública” y el “patrimonio estatal”.

4.2 El interés en provecho propio o de tercero en el delito de Negociación incompatible

1. En razón de lo anteriormente expuesto, la sala decidió absolver a los imputados, pues sostuvo que, para la consumación del delito, se debe incidir en si este se consuma con la obtención del beneficio, para lo cual debería acreditarse la relación objetiva entre el beneficio del autor y el acto que refleja el interés del funcionario, o si es suficiente la evidencia de un actuar interesado e irregular. En este aspecto la Sala consideró que el actuar interesado no constituye un elemento constitutivo del tipo, no obstante, esta conducta se evidenció en el actuar de los imputados.
2. En esta línea, la Corte Suprema consideró que, la acción de “interesarse indebidamente” no debe ser entendida como “parcializarse”, sino que debe

3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

⁵ Casación Nº 231-2017 Puno. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Fundamento jurídico 26.

interpretarse como una actuación dirigida a obtener un beneficio⁶, el cual debe ser necesariamente de naturaleza económica ya que el contrato u operación en la cual el funcionario público interviene tiene naturaleza patrimonial⁷

4.3 El delito de Negociación incompatible considerado un delito de peligro concreto por la Corte Suprema

1. La Sala, además consideró, que el único error de los inculpados fue contravenir la Ley de Contrataciones del Estado, considerando que para la configuración del ilícito penal no basta la existencia de interés parcializado, el cual se habría concretizado en la realización de acciones contrarias a la norma administrativa, sino que es necesario que el interés constituya un peligro concreto, entendiendo que este último requisito no se dio, siempre que el proceso de exoneración no significó un peligro efectivo para el patrimonio debido a que la suma gastada por la Municipalidad se justificó con la adquisición de las semillas. También cuestionó que en lo referido a el perjuicio patrimonial no exista pericia alguna que lo certifique.⁸
2. La Sala ignoró por completo que la situación de desabastecimiento que motivó el proceso de exoneración, fue procurado por los procesados, ello pues se incluyó en los requisitos especificaciones que i) no habían sido solicitadas por el área usuaria y ii) eran imposibles de cumplir por alguno de las empresas postoras, lo que llevó a que el proceso de licitación fracasase hasta en 5 oportunidades, todo para que luego, en el proceso de exoneración estos requisitos sean anulados permitiendo que Alabama S.A. se convierta en proveedor del producto. Estos hechos no fueron tomados en cuenta ya que no habrían generado un perjuicio patrimonial y por tanto un peligro concreto para el bien jurídico protegido.

5. Irregularidades administrativas del proceso adjudicación

1. El Proceso de Exoneración N° 001-2010-MPM-A, se realizó bajo las reglas establecidas mediante la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante

⁶ Casación N° 231-2017 Puno. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Fundamento jurídico 16.

⁷ Casación N° 231-2017 Puno. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Fundamento jurídico 17.

⁸ Casación N° 231-2017 Puno. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Fundamentos jurídicos 27 y 28

D.L. No.1017 y su Reglamento, aprobado por D.S. No.184-2008-EF, la misma que en su artículo 20⁹ del TUO de la mencionada norma, sobre “Exoneración de procesos de selección”, establece que uno de los supuestos en los cuales la entidad estatal se encuentra exonerada es el de desabastecimiento, siempre que esta situación impida a la entidad cumplir con sus actividades y operaciones; asimismo, la causal debe encontrarse debidamente acreditada sin perjuicio de las responsabilidades que deben asumir los funcionarios que originaron el escenario.

2. Asimismo, en el artículo 21¹⁰, referido a las “Formalidades de las contrataciones exoneradas” establece que la contratación debía realizarse de manera directa, previa aprobación mediante la emisión de la autoridad competente, en función a los informes técnico y legal previos que obligatoriamente deberán emitirse. Asimismo, debían emitirse copia de los expedientes a la Contraloría General de la República y publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), dentro de los diez (10) días hábiles de su aprobación. La norma prohíbe, además, la aprobación de exoneraciones en vía de regularización.

⁹ Artículo 20.- Exoneración de procesos de selección: Están exoneradas de los procesos de selección las contrataciones que se realicen:

- a) Entre Entidades, siempre que en razón de costos de oportunidad resulten más eficientes y técnicamente viables para satisfacer la necesidad y no se contravenga lo señalado en el artículo 60^o de la Constitución Política del Perú;
- b) Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o que afecten la defensa y seguridad nacional;
- c) Ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada que afecte o impida a la Entidad cumplir con sus actividades u operaciones, debiendo determinarse, de ser el caso, las responsabilidades de los funcionarios o servidores cuya conducta hubiera originado la configuración de esta causal;
- d) Con carácter de secreto, secreto militar o por razones de orden interno, por parte de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia, que deban mantenerse en reserva conforme a ley, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República.
- e) Cuando exista proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos, o cuando por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos, se haya establecido la exclusividad del proveedor; y,
- f) Para los servicios personalísimos con la debida sustentación objetiva. El Reglamento establecerá las formalidades, condiciones y requisitos complementarios que corresponden a cada una de las causales de exoneración.

Concordancias: RLCE: Artículos 127^o al 132^o

¹⁰ Artículo 21.- Formalidades de las contrataciones exoneradas Las contrataciones derivadas de exoneración de procesos de selección se realizarán de manera directa, previa aprobación mediante Resolución del Titular de la Entidad, Acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según corresponda, en función a los informes técnico y legal previos que obligatoriamente deberán emitirse. Copia de dichas Resoluciones o Acuerdos y los informes que los sustentan deben remitirse a la Contraloría General de la República y publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), dentro de los diez (10) días hábiles de su aprobación, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Están exonerados de las publicaciones los casos a que se refiere el inciso d) del artículo 20^o de la presente norma. Está prohibida la aprobación de exoneraciones en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia. Concordancias: RLCE: Artículos 133^o al 136^o

3. Finalmente, en el artículo 22^o¹¹ referido a la descripción de lo que comprende una situación de desabastecimiento, se establece que dicha situación se da cuando concurren tres características en la ausencia del bien, las cuales son: inminente, extraordinaria e imprevisible. Esta concurrencia deberá condicionar directa e inminentemente la continuidad de las funciones realizadas por la Entidad contratante. Asimismo, al ser una situación excepcional, la Entidad debe realizar la adquisición solo por el tiempo o cantidad necesarios para controlar la situación apremiante, ya que una vez superada esta situación se deberá aplicar el proceso de selección correspondiente.
4. No obstante lo mencionado, el Proceso Exonerado 001-2010-MPM-A, de adquisición de semillas de alfalfa, dactilys e inoculante fue aprobado por Bernardo Natividad Meza Álvarez, a través de la resolución de alcaldía 766-2010 de 06 de diciembre de 2010, 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) quienes suscribieron 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 a la Empresa Alabama S.A para la adquisición de semillas de alfalfa, dactilys 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.
5. Resulta fundamental el análisis de los dos requisitos para la legitimidad de la aplicación de un proceso exonerado, conforme la norma lo determina, estos son:

¹¹ Artículo 22.- Situación de desabastecimiento: Se considera desabastecimiento a aquella situación inminente, extraordinaria e imprevisible en la que la ausencia de bien, servicio u obra compromete en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo. Dicha situación faculta a la Entidad a la contratación de los bienes, servicios u obras sólo por el tiempo o cantidad, según sea el caso, necesario para resolver la situación y llevar a cabo el proceso de selección que corresponda. La aprobación de la exoneración en virtud de la causal de situación de desabastecimiento no constituye dispensa, exención o liberación de las responsabilidades de los funcionarios o servidores de la Entidad cuya conducta hubiese originado la presencia o configuración de dicha causal. Constituye agravante de responsabilidad si la situación fue generada por dolo o culpa inexcusable del funcionario o servidor de la Entidad. En estos casos, la autoridad competente para autorizar la exoneración deberá ordenar, en el acto aprobatorio de la misma, el inicio de las acciones que correspondan, de acuerdo al artículo 46^o del presente Decreto Legislativo. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en los informes técnico y legal previos que sustentan la Resolución o el Acuerdo que autoriza la exoneración, se deberán fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva materia de la exoneración. Esta disposición también es de aplicación, de ser el caso, para la situación de emergencia. Concordancia: RLCE: Artículo 129^o.

- a) Un hecho o situación extraordinario e imprevisible que determina la ausencia inminente de un bien o servicio.
6. Al respecto, debe acotarse que por “(...) *“extraordinario” se entiende a algún hecho o situación fuera del orden o regla natural o común. Asimismo, por “imprevisible” se entiende al hecho o situación que no puede ser previsto. En esa medida, este elemento se configuraría ante hechos o situaciones fuera del orden natural o común de un contexto, que no pudieron ser previstos.*”¹²
7. Es decir, el Proceso de Exoneración N° 001-2010-MPM-A, referido a la adquisición de semillas de alfalfa, dactilys e inoculante para la Municipalidad Provincial de Melgar, en el marco de un proyecto de inversión pública de “Fortalecimiento de la asistencia técnica a productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar”, debió enmarcarse en una situación fuera del orden natural, cuya necesidad causa irresistible, debió surgir ante situaciones que no pudieron ser previstas.
8. Lo mencionado anteriormente no sucedió, ya que la adquisición de semillas se dio en el marco de un proyecto, el cual se encontraba debidamente planificado, asimismo esta adquisición se realizó en una primera instancia mediante un proceso de licitación, no en una sino hasta en 5 oportunidades, proceso que fracasó debido a la inclusión requisitos técnicos adicionales en las bases, requisitos que no podían cumplir los proveedores como que las semillas sean del mismo año de la licitación.
9. Entonces resulta evidente, que no se ha configurado el requisito de situación extraordinaria a imprevisible, toda vez que el desabastecimiento no se dio de un momento a otro, sino que fue producto del actuar doloso de los funcionarios encargados de la adquisición, quienes procuraron simular un desabastecimiento para exonerar a la adquisición del trámite regulas que le correspondía el cual era la licitación pública.
- b) Que dicha ausencia comprometa en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo.

¹² Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. OPINIÓN N° 002-2013/DTN- Dirección Técnico Normativa. Pg. 2

10. Asimismo, la ausencia del bien debe poseer la potencialidad de evitar que la Entidad cumpla con la función o actividad que le ha sido encomendada. Debe entenderse por funciones, servicios, actividades u operaciones a todas aquellas que se encuentran relacionadas con el ejercicio de las facultades que, por ley expresa, han sido atribuidas a las Entidades comprendidas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley¹³.
11. En este caso si bien los Gobiernos Locales, se encuentran comprendidos dentro de la lista de entidades facultadas para realizar un proceso de exoneración, resulta pertinente analizar si la falta de semillas de alfalfa, dactilys e inoculante dificultaba a la entidad el cumplimiento de sus funciones, toda vez que el proyecto que se llevaba a cabo y por el cual se decidió adquirir los bienes, era un proyecto de fortalecimiento de la asistencia técnica, y no un proyecto de suministro de semillas, que si bien se entiende que este aspecto era una de las mejoras agropecuarias a aplicar, no abarcaba el total del proyecto o no era un objetivo único y principal.
12. Asimismo, conforme lo establecido en el artículo 21, una vez aprobado el expediente este debía ser remitido a la Contraloría General de la República y publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), dentro de los diez (10) días hábiles de su aprobación.
13. No obstante, la adquisición fue aprobada mediante Resolución de Alcaldía N° 766-2010-MPM/A de fecha 07 de diciembre de 2010, el día 14 de diciembre de 2010, se generó la orden de compra, sin que medie suscripción de contrato alguno; asimismo, el consentimiento de la buena pro, fue publicado en el SEACE el 17 de octubre de 2010.
14. Por otro lado, de acuerdo al artículo N°10¹⁴ del Reglamento, aprobado por D.S. No.184-2008-EF de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante D.L. No.1017, el expediente de contratación inicia con el requerimiento del área usuaria, requisito que no fue cumplido, toda vez que se incluyeron características que no fueron solicitadas, conforme el informe especial N° 004-2011-2-0462-MPM/OCI emitido por el área de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Melgar.

¹³ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. OPINIÓN N° 002-2013/DTN- Dirección Técnico Normativa. Pg. 3

¹⁴ "Artículo 10°.- Expediente de Contratación: El Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria. Dicho Expediente debe contener la información referida a las características técnicas de lo que se va a contratar, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal, el tipo de proceso de selección, la modalidad de selección, el sistema de contratación, la modalidad de contratación a utilizarse y la fórmula de reajuste de ser el caso. (...)"

15. Finalmente, de acuerdo al artículo N° 31¹⁵ de la misma norma, la modificación de las bases requería contar previamente con la conformidad del área usuaria, hecho que no ocurrió, asimismo la norma prohíbe taxativamente la modificación de oficio de las bases por parte del Comité Especial, prohibiciones conocidas por los imputados las cuales fueron arbitrariamente ignoradas.

6. Análisis y posición sobre cada uno de los problemas de la resolución

6.1 Identificación del bien jurídico protegido en el delito de Negociación incompatible :

El delito contra la Administración Pública -Negociación incompatible-, tipificado en el artículo 390º del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

¹⁵ “Artículo 31.- Competencias: El Comité Especial conducirá el proceso encargándose de su organización, conducción y ejecución, desde la preparación de las Bases hasta la culminación del proceso. El Comité Especial es competente para:

1. Consultar los alcances de la información proporcionada en el Expediente de Contratación y sugerir, de ser el caso, las modificaciones que considere pertinentes. Cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria y/o del órgano encargado de las contrataciones, según corresponda. La modificación requerirá una nueva aprobación del Expediente de Contratación.
2. Elaborar las Bases.
3. Convocar el proceso.
4. Absolver las consultas y observaciones.
5. Integrar las Bases.
6. Evaluar las propuestas.
7. Adjudicar la Buena Pro.
8. Declarar desierto.
9. Todo acto necesario para el desarrollo del proceso de selección hasta el consentimiento de la Buena Pro.

El Comité Especial no podrá de oficio modificar las Bases aprobadas.”

6.1.1 Posiciones doctrinarias al respecto

Según Fidel Rojas Vargas, el bien jurídico protegido con este tipo penal “radica en preservar la administración Pública de comportamientos infuncionales (deslealtades) de interés privado de sus agentes”¹⁶. En ese sentido, el interés penalmente tutelado con el delito bajo estudio sería a decir de este autor, es el correcto funcionamiento de la administración pública, que en el caso concreto puede ser afectado por el funcionario o servidor público, con la anteposición de sus intereses o de intereses privados a los de la Administración Pública.

Esta posición doctrinaria, no obstante, enfrenta serias dificultades al incluir en el marco de protección penal criterios morales, como lealtad, ello pues la inclusión de criterios moralizadores es contraria a una fundamentación jurídica del bien protegido, de cara a fundamentos constitucionales y materiales propio de un Estado de Derecho., resulta indispensable separar el derecho de la moral a fin de evitar la extensión desmedida de los alcances de la ley penal.¹⁷

Por otro lado, José Luis Castillo Alva, concluye que el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es la transparencia en los procesos de contratación estatal, en la operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos, acotando además el alcance de este delito se encuentra comprendido por los contratos administrativos y las operaciones estatales, de contenido económico, tutelando que los estos procesos se desarrollen con objetividad, bajo los principios constitucionales y legales que inspiran los contratos públicos.¹⁸

Para este autor, el bien jurídico protegido no podría ser la imparcialidad, toda vez que los funcionarios públicos sí deben actuar de manera parcializada, en favor de los intereses del Estado.

El planteamiento detallado presenta inconsistencias, toda vez que todos los actos delictivos establecidos como conductas prohibidas en los delitos de corrupción de funcionarios son actos no transparentes respecto de la Administración Pública, por lo que este aspecto se encontraría vinculado al bien jurídico general y no al bien jurídico específico del delito de Negociación incompatible.¹⁹

¹⁶ Al respecto, ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, 2ª Edición, Grijley, Lima 2001, páginas 444-445.

¹⁷ Para mayor detalle, CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de Negociación incompatible. 1ª Edición, Instituto Pacífico, Lima 2015, páginas 32 – 33.

¹⁸ Para mayor detalle, CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de Negociación incompatible. 1ª Edición, Instituto Pacífico, Lima 2015, páginas 15 - 16

¹⁹ Ver, SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública, 5ª Edición, IUSTITIA, Lima 2019, página 690.

Asimismo, Sebastián Soler, considera que el bien jurídico tutelado en el delito de negociación incompatible es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración, tutelando que la actuación de estos órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre cubierto de toda sospecha de parcialidad.²⁰

Nuevamente, encontramos en esta postura aspectos ligados al bien jurídico general y no al específico.

Para Ramiro Salinas Siccha, el bien jurídico protegido en el delito bajo análisis es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función; no obstante, el mismo autor agrega que el bien jurídico específico sólo se verá afectado cuando el agente público lesione o ponga en peligro el patrimonio del Estado. Más adelante añade que, el delito se perfeccionará al margen de la acreditación de la afectación real o potencial del patrimonio, ya que este constituye sólo el objeto del delito.²¹

También, Manuel Abanto, considera que el delito bajo análisis supone una violación de la imparcialidad que debe guiar las actuaciones del funcionario público cuando este interviene en un contrato u operación económica, preservando los intereses de la Administración Pública.²²

Por otro lado, James Reategui, considera que el bien jurídico tutelado, de acuerdo a la doctrina nacional mayoritaria es la imparcialidad que debe tener el funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones, cuando intervenga en relaciones contractuales u operacionales.²³

En la misma línea Rafael H. Chanjan Documet, fija el correcto funcionamiento o funcionalidad de la administración pública como bien jurídico penal genérico tutelado por los delitos funcionariales, acotando que lo que se tutela es la función o tarea constitucional de la administración pública, que consiste en servir con eficacia, coordinación, imparcialidad, jerarquía y objetividad, o legalidad.²⁴

²⁰ Al respecto, el profesor argentino SOLER, Sebastian. Derecho Penal argentino. Tomo V, Buenos Aires, 1945, página 213.

²¹ Ver, SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública, 5ª Edición, IUSTITIA, Lima 2019, páginas 687 - 690

²² Véase, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, Palestra, Lima 2003, página 506.

²³ Ver, REATEGUI SÁNCHEZ, James. El delito de Negociación incompatible y el Patrocinio Ilegal de Intereses Privados. 1ª Edición, Lex & Iuris, Lima 2016, página 18

²⁴ Véase, CHANJAN DOCUMET Rafael. El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Derecho Penal y*

6.1.2 El bien jurídico tutelado en el delito de negociación incompatible según la Casación 231-2017

La Casación señala que el delito de negociación incompatible protege el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, tutelando la imparcialidad y transparencia de los funcionarios públicos. También, considera que este delito busca preservar la integridad y rectitud del funcionario público, sin que para ello se exija la puesta el peligro efectivo para el patrimonio del Estado.²⁵

Para la Casación el bien jurídico estaría conformado por:

- El normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública.
- La imparcialidad, transparencia e imparcialidad de los funcionarios públicos.
- La integridad y rectitud del funcionario público.

La Casación considera que el delito de negociación incompatible, implica un adelantamiento de barreras de punibilidad a fin de impedir que el funcionario trasgreda el patrimonio estatal, sosteniendo que para la configuración del tipo se requiere una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico²⁶.

Asimismo, la Casación considera que este delito es de peligro concreto, debido a que se requiere un daño inminente para la Administración Pública²⁷, no obstante, también señala que en este delito se requiere un riesgo para el patrimonio estatal²⁸, debido a la connotación económica del contrato u operación pública.

En conclusión, el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible, a decir de la Casación es el patrimonio estatal, contradiciendo su propia afirmación, respecto a que el bien jurídico tutelado sería el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública y la imparcialidad

En esta línea, la sala consideró que al no haber sido posible acreditar la afectación del patrimonio estatal, correspondía absolver a los procesados.

Criminología. 38, 104 (dic. 2017), página 140. <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04>. Revisado el 20/11/2020

fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. En

²⁵ Casación Nº 231-2017 Puno. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Fundamento jurídico 12.

²⁶ Casación Nº 231-2017 Puno. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Fundamento jurídico 13.

²⁷ Casación Nº 231-2017 Puno. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Fundamento jurídico 14.

²⁸ Casación Nº 231-2017 Puno. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Fundamento jurídico 17.

6.1.3 Toma de postura

A pesar de no existir actualmente una postura unánime de la doctrina ni jurisprudencia sobre el bien jurídico protegido en el delito de Negociación incompatible, consideramos que la afectación patrimonial no debe ser un elemento a evaluar para la configuración del tipo.

En la negociación incompatible la conducta típica es el solo interesarse, no exige ni la concertación con particulares ni la existencia de un perjuicio patrimonial, en arreglo con lo dicho anteriormente, se configurará el delito si es que, por el contrario, representa una ventaja patrimonial para el Estado.²⁹

El Tribunal Constitucional, ha determinado que la persecución penal de los delitos contra la Administración Pública, se justifica en el ámbito del Derecho penal desde el contexto del “Correcto funcionamiento de la administración pública”³⁰

En este sentido, el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, es de naturaleza colectiva. Los bienes jurídicos colectivos, son bienes de tutela general; es decir, que no competen a un individuo específico (bienes jurídicos individuales), sino a la sociedad en su conjunto. Por ello, se les considera complementarios de los bienes jurídicos individuales. En este sentido, varios autores consideran que la protección de los bienes jurídicos colectivos se justifica como una forma autónoma y adelantada de protección de los bienes jurídicos individuales³¹.

En esta misma línea de razonamiento, nuestra postura es que el delito de negociación incompatible protege el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, como bien jurídico general. Como bien jurídico específico, protege la imparcialidad y objetividad de los funcionarios públicos que por razón de su cargo intervengan en cualquier contrato u operación.

El análisis efectuado por la Sala no debió centrarse en el perjuicio patrimonial y su acreditación en el proceso, sino en si los procesados actuaron en detrimento de la imparcialidad y objetividad con la que debían actuar, afectando de este modo el correcto y normal funcionamiento de la administración pública.

²⁹ Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú. 10 claves para reconocer el delito de negociación incompatible. Publicado el 16 de julio de 2019. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-negociacion-incompatible/> Revisado el 20/11/2020

³⁰ Expediente Nº 00017-2011-PI/TC. 03 de mayo de 2012. Fundamento 14. Consultado el 12 de octubre de 2020. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>

³¹ Véase: CARO CORIA, Dino. Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos. THEMIS Nº 37. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998. Página 203.

6.2 El interés indebido en provecho propio o de terceros en el delito de Negociación incompatible.

En la casación bajo análisis, el elemento el “provecho propio o de tercero”, ha sido considerado como un elemento de expresión meramente económica o patrimonial, no obstante, como hemos sostenido anteriormente, consideramos desacertada la postura de la Corte Suprema.

Cabe mencionar, que el elemento “en provecho propio o de tercero”, fue una modificación incluida el 06 de octubre del 2004, mediante la Ley Nº 28355. El Profesor Ramiro Salinas Siccha, considera respecto de este punto que, el actuar indebido del agente debe tener como objetivo la obtención de un provecho, ya sea de naturaleza patrimonial o no, sacar ventaja en razón de su cargo configurará el tipo penal. El provecho puede ser en favor propio o de terceros, necesitando este último supuesto el establecimiento de una vinculación con el sujeto público.³²

Por otro lado, Castillo Alva, considera que solo basta con demostrar el acto en el que se revela el interés económico del funcionario, comprobando la tendencia de beneficio del funcionario a través del interés evidenciado en el acto que interviene como funcionario.³³

Asimismo, continúa el mismo autor, las motivaciones que promueven el interés pueden ser incluso de naturaleza afectiva, amical, ambición, etc. Tampoco se valorará la legitimidad de este interés o la justicia de este, el interés será indebido siempre que sea incompatible con sus funciones. En este sentido, las irregularidades administrativas graves concurren, si el acto de interesarse no logra acreditarse, en lugar de este, para establecer la conducta ilícita realizada por el funcionario público.³⁴

En esta misma línea, la propia Corte Suprema, ha determinado que el fundamento de incriminación del delito de negociación incompatible es evitar la parcialidad del agente sin atender a la causa que lo impulsa³⁵.

En este sentido, resulta evidente que los 5 procesos frustrados de licitación, los cuales desencadenaron en la exoneración del proceso de selección, demuestran la inexistencia

³² Ver, SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública, 5ª Edición, IUSTITIA, Lima 2019, página 682.

³³ Para mayor detalle, CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de Negociación incompatible. 1ª Edición, Instituto Pacífico, Lima 2015, páginas 48 - 49

³⁴ Para mayor detalle, CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de Negociación incompatible. 1ª Edición, Instituto Pacífico, Lima 2015, páginas 49 - 50

³⁵ R.N. 666-2016, Áncash. Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Penal Transitoria. Fundamento 9.

de los requisitos de desabastecimiento inminente que justificarían la legitimidad de la exoneración.

Aunado a ello, las serias irregularidades funcionales en las cuales los imputados incidieron para otorgarle la buena pro a la empresa Alabama S.A. evidenciarían el interés indebido en la suscripción del contrato.

El voto en discordia de la Casación N° 231-2017 Puno, da cuenta además de varias irregularidades funcionales, no valoradas por la Sala, primero que la resolución de exoneración se expidió 25 días antes del fin de la gestión, lo cual explica la celeridad en la contratación de Alabama. Asimismo, que las razones para rechazar a los demás postores no fueron acreditadas durante el proceso, así como que la empresa Alabama S.A. no habría cumplido con acreditar tener licencia de funcionamiento.

Se evidencia que los miembros del comité, cometieron serias irregularidades dentro del proceso, las mismas que no se encontrarían justificadas de manera objetiva, ya que se forzaron figuras administrativas para beneficiar a una empresa postora, en detrimento de la imparcialidad que debe primar en toda actuación funcional.

Por todo lo expuesto, el elemento interés indebido en provecho propio o de terceros, no necesita contener aspectos patrimoniales; la Sala no debió centrar su análisis en este aspecto, sino en que si las acciones de los imputados evidenciaron o no algún interés indebido persiguiendo un beneficio ilegítimo.

6.3 El Delito de Negociación incompatible como un delito de peligro abstracto

La necesidad de proteger a la sociedad de aquellos fenómenos considerados potencialmente dañinos para los bienes jurídicos, se ha incrementado progresivamente, convirtiéndose en una tendencia que se ha manifestado en el Derecho Penal.

Esta sociedad moderna es la denominada sociedad de riesgo, definida desde el punto de vista social, como un fenómeno producido a consecuencia de la evolución económica del mundo. Climent considera que la producción social de riqueza, deviene en el aumento de producción social de riesgo, y ello genera la implementación de políticas gubernamentales orientadas al control y la reducción de los riesgos³⁶.

Como señalan diversos autores, el surgimiento de tipos penales catalogados como tipos de peligro abstracto ha ido en aumento, ello a fin de ampliar la capacidad de respuesta y eficacia de control de conductas por parte del aparato estatal³⁷.

³⁶ Véase: CLIMENT SANJUÁN, Víctor. Sociedad de riesgo: producción y sostenibilidad. En: Papers 82: Sociología del Medio Ambiente. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2006. Página 121.

³⁷ Véase: LAMADRID UBILLUZ, Alejandro. El Derecho Penal Ambiental en el Perú ¿Realidad concreta o simbolismo práctico? Lima: Grijley Editores, 2011. Página 41.

En este sentido, existe un cambio de paradigma en el Derecho Penal, que ha dejado el modelo limitadamente represivo para pasar a un modelo de características preventivas, las cuales van cobrando cada vez más importancia³⁸.

Este mismo fenómeno es observado por Esteve Pardo, respecto del cual expresa:

*Ante esta sensación de impunidad de ciertos sujetos responsables, el Derecho Penal abre la vía de la actuación directa contra los autores de las conductas tipificadas como delictivas. Y no sólo ofrece esta reacción circunscrita al caso concreto del que se trate, sino también el general efecto disuasorio que tiene la inclusión de una conducta en el Código Penal. Un efecto que se ha percibido en la mayor cautela con la que se desenvuelven muchas personas con competencias y capacidades decisorias en materia medioambiental.*³⁹

En consecuencia, la incorporación de los delitos de peligro al derecho penal se ha incrementado en las últimas décadas sustentado principalmente por el afán de prevenir los efectos dañosos irreparables.

En esta línea de razonamiento, los bienes jurídicos son protegidos a través de diversas vías. Si se trata de la vía penal, la protección se concreta a través de la creación de delitos⁴⁰. En este punto es importante tomar en cuenta que los bienes jurídicos nacen del reconocimiento por parte del Derecho de bienes, intereses o ideas que adoptan formas variadas y que constituyen conceptos preexistentes en el orden social, pero que son elevadas a tal categoría y grado máximo de protección por la intervención del Derecho Penal⁴¹.

Los delitos de peligro son aquellos en los que la existencia de una conducta determinada en el tipo, determina la afectación del bien jurídico; entonces, lo que se punibiliza es que la conducta es peligrosa, más no lo que pudo ocurrir a partir de ella.

Conforme lo describe Castillo Alva, el hecho de que el sea un delito de peligro y no de daño, no significa que se deba generar un riesgo de lesión, real inminente y grave para

³⁸ Véase: ABOSO, Gustavo Eduardo. Derecho Penal Ambiental. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016. Página 116.

³⁹ ESTEVE PARDO, José. Derecho del Medio Ambiente. 3ed. Marcial Pons: Madrid. 2014. Página 271.

⁴⁰ Véase SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, SERRANO MAILLO, Alonso y VASQUEZ GONZALES, Carlos. Tutela Penal Ambiental. Dykinson. Madrid, 2009. Página 35.

⁴¹ Véase SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, SERRANO MAILLO, Alonso y VASQUEZ GONZALES, Carlos. Tutela Penal Ambiental. Dykinson. Madrid, 2009. Páginas 35 y 36.

el patrimonio, por ello el delito de negociación incompatible es de peligro abstracto y no concreto, pues se consumará al verificarse el interés particular puesto por el funcionario público⁴².

En este sentido, la Sala desacierta al señalar que el delito de negociación incompatible es de peligro concreto y en consecuencia considerando que la conducta desplegada por los procesados resulta atípica, siempre que no pusieron en riesgo real e inminente al patrimonio del Estado. El análisis debió orientarse a determinar si los funcionarios expresaron con sus acciones una actividad peligrosa para el bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública faltando a la imparcialidad y objetividad con la que debían actuar en el proceso de adquisición en el que participaron.

7. Conclusiones

1. La Casación 231-2017 Puno, ha determinado de manera errónea y contradictoria el bien jurídico protegido en el delito de Negociación incompatible, al establecer que para la afectación de este se requiere la acreditación de un perjuicio patrimonial.

Al respecto, el bien jurídico protegido en el ilícito penal analizado es la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública (bien jurídico específico) y el correcto funcionamiento de la administración pública (bien jurídico genérico), los cuales son afectados a través del actuar interesado del funcionario público y no a través de la acreditación de un daño patrimonial.

2. El interés en provecho propio o de terceros, se expresa a través de los beneficios patrimoniales o no que pueda recibir el funcionario o un tercero. En este sentido, la absolución de la sala que se sustenta en que este beneficio debe tener carácter patrimonial se encuentra errado.
3. El delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, por lo que la Sala se equivoca al determinar que se trata de un delito de peligro concreto; asimismo, que este signifique un peligro real, actual e inminente para el patrimonio del Estado, lo cual derivó en la errónea absolución de los imputados.

⁴² Para mayor detalle, CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de Negociación incompatible. 1ª Edición, Instituto Pacífico, Lima 2015, páginas 30 y 31.

8. Bibliografía

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, Palestra, Lima 2003.
2. ABOSO, Gustavo Eduardo. Derecho Penal Ambiental. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.
3. BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal. Parte General, Ara Editores, Lima 2004.
4. CARO CORIA, Dino. Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos. THEMIS N° 37. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998. Página 203.
5. Casación N° 231-2017 Puno. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
6. CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de Negociación incompatible. 1ª Edición, Instituto Pacífico, Lima 2015
7. CHANJAN DOCUMET Rafael. El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Derecho Penal y Criminología*. 38, 104 (dic. 2017.). <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04>. Revisado el 20/11/2020
8. CLIMENT SANJUÁN, Víctor. Sociedad de riesgo: producción y sostenibilidad. En: Papers 82: Sociología del Medio Ambiente. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2006. Página 121.
9. CREUS, Carlos, Derecho Penal: Parte Especial, Editorial Astrea, Buenos Aires 1997, Tomo 2.
10. ESTEVE PARDO, José. Derecho del Medio Ambiente. 3ed. Marcial Pons: Madrid. 2014.
11. Expediente N° 00017-2011-PI/TC. 03 de mayo de 2012. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>
12. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú. 10 claves para reconocer el delito de negociación incompatible. Publicado el 16 de julio de 2019. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-negociacion-incompatible/>
13. LAMADRID UBILLUZ, Alejandro. El Derecho Penal Ambiental en el Perú ¿Realidad concreta o simbolismo práctico? Lima: Grijley Editores, 2011. Página 41.
14. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. 7ma. edición. 1era reimpresión. Barcelona: Reppertor, 2005.
15. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. OPINIÓN N° 002-2013/DTN- Dirección Técnico Normativa.
16. REATEGUI SÁNCHEZ, James. El delito de Negociación incompatible y el Patrocinio ilegal de Intereses Privados. 1ª Edición, Lex & Iuris, Lima 2016.
17. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública, 2ª Edición, Grijley, Lima 2001.
18. SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública, 5ª Edición, IUSTITIA, Lima 2019.
19. SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, SERRANO MAILLO, Alonso y VÁSQUEZ GONZALES, Carlos. Tutela Penal Ambiental. Dykinson. Madrid, 2009.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SEGUNDA SALA PENAL
CASACIÓN N.º 231-2017
PUNO**

RECURSO DE CASACIÓN FUNDADO

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

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de septiembre de dos mil diecisiete.-

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

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Cevallos Vegas.



FUNDAMENTOS DE HECHO

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

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

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



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

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

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

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



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

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

CONSIDERANDO

ASPECTOS GENERALES

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

1. Imputación Fáctica

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



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

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

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



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

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

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



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

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

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



2. Fundamentos de la sentencia de primera instancia

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

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

3. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

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



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



4. Agravios de los recurrentes

Recurso de casación del sentenciado José Domingo Choquehuanca Soto

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

Recurso de casación del sentenciado Helard Huamán Mamani

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



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

Recurso de casación del sentenciado José Haytara Carreón

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Sobre errónea interpretación de la Ley

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

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

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

2. El delito de negociación incompatible

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

Décimo primero.- El artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, lo regula del siguiente modo: “*El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años [...]*”.

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

3. Bien jurídico protegido y naturaleza del tipo penal

Décimo segundo.- El bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario². La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella.

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

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

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

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

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

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

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

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

4. El interesarse indebidamente en provecho propio o de tercero

Décimo sexto.- La conducta típica de este ilícito penal está constituida por el “interés indebido”; el verbo rector “interesarse”, ha sido considerado por el sector mayoritario de la doctrina, como “volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste”⁷; y será indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Este actuar, no debe ser entendido como “parcializarse” por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo⁸.

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

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

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

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

5. Vinculación funcional del agente con el contrato u operación

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- E. Mediante acta de 30 de noviembre de 2010, indicaron que no es posible convocar mediante el Decreto de Urgencia N.º 078-2009, a una licitación pública, por lo que a través de la Resolución de Alcaldía N.º 766-2010-MPM/A. de 6 de diciembre de 2010, se aprobó la exoneración del proceso para la adquisición de semillas de alfalfa, 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 inadmisibile su recurso de casación, mediante ejecutoria de doce de abril de dos mil diecisiete– se encuentra en la misma situación jurídica que los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón por cuanto, como indicó la acusación fiscal y la sentencia recurrida, este en su calidad de Alcalde de la Municipalidad, conjuntamente con los procesados impugnantes José Domingo Choquehuanca Soto, Helard



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

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

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

DECISIÓN

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



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

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

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



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

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

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

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

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

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

CV/Rlc



VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SEQUEIROS VARGAS

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

FUNDAMENTOS DISCORDANTES

PRIMERO. MATERIAS PARA EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

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

SEGUNDO. LOS MOTIVOS CASACIONALES

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

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

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



TERCERO. EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

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

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

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

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

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

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



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

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

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



DECISIÓN DISCORDANTE

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

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

S.S.

SEQUEIROS VARGAS