

Alcances del delito de negociación incompatible

El bien jurídico protege la imparcialidad del funcionario y la correcta marcha de la administración pública, en que deben tomarse las decisiones sin interferencias internas o externas que perjudiquen un contrato o cualquier operación en que intervenga por razón de su cargo con riesgo sobre la imparcialidad.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dos de febrero de dos mil veintidós

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación excepcional, por presunta errónea interpretación de la ley penal sustantiva (artículo 399 del Código Penal) e incumplimiento de la doctrina jurisprudencial vinculante (artículo 429, numerales 3 y 5, del Nuevo Código Procesal Penal —en adelante NCPP—), interpuesto por la **Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ayacucho** contra la sentencia de vista, emitida el treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que declaró fundado en parte el recurso de apelación y revocó la Resolución número 4, que condenó a Manuel Alberto Espejo Ramírez, César Augusto Ferré Rodríguez y Zacarías Reymundo Lapa Inga como autores del delito de negociación incompatible (supuesto de interesarse indebidamente de manera directa en provecho de tercero), en agravio del Estado (Proyecto Especial Sierra Centro Sur), y reformándola los absolvió de la acusación fiscal, y sin objeto fijarse la reparación civil; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Fundamentos de la impugnación

1.1 El fiscal superior en lo penal, al fundamentar su recurso de casación, invocó las causales descritas en los incisos 3, 4 y 5 del artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP), y por las causales admitidas alegó lo siguiente:

- **Sobre la errónea interpretación de la ley penal.** Indicó que se realizó una indebida interpretación del artículo 399 del Código

Penal, el cual sanciona el delito de negociación incompatible, por cuanto el Colegiado Superior señaló que es necesario que se constate un perjuicio patrimonial al Estado y el interés indebido ha de tener una connotación económica. La doctrina y la jurisprudencia han establecido que dichos aspectos no son elementos constitutivos del delito de negociación incompatible.

- **Sobre el incumplimiento de la doctrina jurisprudencial vinculante.** Señaló que no se cumplió con la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en las Casaciones números 231-2017/Puno, 23-2016/Ica, 841-2015/Ayacucho y 67-2017/Lima, en las que se estableció que el bien jurídico del delito de negociación incompatible es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública frente al interés privado de sus agentes y, en específico, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones; asimismo, que se trata de un delito de peligro concreto, en el que no es necesaria la existencia de un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado.

- 1.2 Solicita que se desarrolle doctrina jurisprudencial respecto al delito en referencia sobre los siguientes puntos: **a)** cuál es el bien jurídico, **b)** si el interés indebido y el provecho han de tener solo connotación económica y **c)** si es necesario que se pruebe un perjuicio económico.

Segundo. Imputación fáctica y origen de responsabilidad

- 2.1 El trece de abril de dos mil quince se emitió la Resolución Directoral número 0193-2015-MINAGRI-PESCS-2016, mediante la que se designó a los acusados Manuel Alberto Espejo Ramírez, César Augusto Ferré Rodríguez y Zacarías Reymundo Lapa Inga como miembros del comité evaluador para la contratación administrativa de servicios de diecisiete personas para el Proyecto Especial Sierra Centro Sur, correspondiente al entonces Ministerio de Agricultura y Riego (hoy Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego).
- 2.2 Los precitados acusados, en la etapa de evaluación curricular del concurso, se interesaron indebidamente para favorecer a dos participantes: **i)** Norma Rosario Pregúntegui Carrasco, quien postuló a la plaza de especialista administrativa en control previo, puesto para el que se requería una experiencia mínima de cinco años, según las bases del concurso. Sin embargo, dicha postulante no cumplía con aquel requisito, pues solo acreditó tener un año y seis meses de experiencia; no obstante, se le otorgaron sesenta puntos.
- 2.3 De igual manera respecto a **ii)** Pedro Elías Ramos Moscaza, quien postuló a la plaza de abogado en asesoría jurídica en asuntos judiciales, administrativos, laborales, civiles y contrataciones, puesto para el cual se requería una experiencia mínima de dos años, según las bases del concurso. Sin embargo, dicho postulante solo acreditó un año y dos

meses de experiencia; no obstante ello, se le otorgó el puntaje máximo de setenta puntos.

- 2.4 Además, dichos postulantes con anterioridad al concurso habían laborado en el Proyecto Especial Sierra Centro Sur, lo que habría motivado el interés indebido de los acusados.

Tercero. Itinerario del proceso

- 3.1 Es el proceso seguido contra Manuel Alberto Espejo Ramírez, César Augusto Ferré Rodríguez y Zacarías Reymundo Lapa Inga por el delito de negociación incompatible, en agravio del Estado (Proyecto Especial Sierra Centro Sur).
- 3.2 Se emitió la sentencia de primera instancia el seis de abril de dos mil dieciocho, que condenó a los citados acusados como autores del delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado (Proyecto Especial Sierra Centro Sur), y se les impuso la pena de cuatro años, ocho meses y un día de privación de libertad efectiva y se fijó en S/10,000.00 (diez mil soles) la reparación civil que deberán abonar en forma solidaria los sentenciados en favor de la parte agraviada; con lo demás que contiene.
- 3.3 Los tres sentenciados citados interpusieron recurso de apelación.
- 3.4 La Segunda Sala Penal de Apelaciones de Huamanga emitió la sentencia de vista del treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, materia del recurso.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1 El fiscal adjunto superior interpuso recurso de casación excepcional contra la citada sentencia de vista y, elevados los autos a esta Sala Suprema, se cumplió con el traslado a las partes procesales por el plazo de ley. Conforme a lo establecido en el artículo 430, numeral 6, del NCPP, se examinó la admisibilidad del recurso de casación excepcional y, vía auto de calificación¹, se declaró bien concedido por las causales comprendidas en los numerales 3 y 5 del artículo 429 del citado código, mientras que por la causal prevista en el numeral 4 fue declarado inadmisibile.
- 4.2 Tras cumplir con lo indicado en el artículo 431, numeral 1, del NCPP, mediante el decreto del treinta de diciembre de dos mil veintiuno, se cumplió con señalar como fecha para la audiencia de casación el lunes veinticuatro de enero del presente año.
- 4.3 La audiencia de casación se realizó el día indicado y concurrió la representante del Ministerio Público, doctora Jaqueline del Pozo Castro. El desarrollo de la audiencia consta en el acta correspondiente. Concluida dicha audiencia, se procedió a la deliberación y votación en

¹ Del veintiuno de agosto de dos mil diecinueve, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

sesión privada y se acordó la emisión de la presente sentencia de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Delimitación del ámbito de pronunciamiento

- 1.1 El pronunciamiento de esta Sala Suprema se restringe a las causales invocadas en el recurso de casación² y que fueron admitidas —con la salvedad de las cuestiones declarables de oficio— y se circunscribe a los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida, sujetándose a los hechos acreditados en esta.
- 1.2 Al emitirse el auto de calificación de manera positiva, se determinó su admisibilidad en virtud de las causales casacionales descritas en el fundamento de hecho 4.1 de la presente sentencia.
- 1.3 A través de la emisión de esta ejecutoria, se determinará si existió una errónea interpretación de la ley penal —referente al artículo 399 del Código Penal—, así como si es necesario desarrollar doctrina jurisprudencial sobre los temas propuestos y sobre la base de ellos determinar si, al momento de emitirse la sentencia de vista, el Colegiado Superior cumplió con señalar correctamente los elementos típicos del delito de negociación incompatible y, además, si se cumplió con los lineamientos establecidos en los precedentes judiciales respecto a los temas invocados en el recurso interpuesto.
- 1.4 De esta manera, se deberán analizar los siguientes puntos: **a)** cuál es el bien jurídico protegido, **b)** en qué consiste el elemento típico del interés indebido y si este necesariamente tiene que ser económico y **c)** si el ilícito penal requiere que se ponga en peligro el patrimonio del Estado.

Segundo. Análisis jurisdiccional

- 2.1 El artículo 399 del Código Penal³ señala lo siguiente:

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio 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.

- 2.2 Sin embargo, pese a dicha descripción típica, la sentencia de vista venida en casación fundamenta su decisión en que los acusados no habrían tenido un interés indebido crematístico cierto o potencial, con lo que se descartaría el elemento subjetivo del tipo, el dolo, porque su intención fue que las plazas del concurso no fueran declaradas desiertas, en

² Conforme al artículo 432.1 y 2 del NCPP.

³ Modificado por el artículo único de la Ley número 30111, publicada el veintiséis de noviembre de dos mil trece.

consecuencia, absuelve a los acusados. Veamos si esto corresponde a una correcta interpretación del tipo penal.

- 2.3 Los criterios que ha establecido la Sala de Apelaciones no se condicen con la uniforme jurisprudencia que existe sobre el bien jurídicamente protegido en el delito de negociación incompatible. No es el riesgo que existe contra el patrimonio del Estado, además del correcto funcionamiento del servicio público.
- 2.4 La Casación número 23-2016/Ica, del dieciséis de mayo de dos mil diecisiete —citada por el recurrente—, ha señalado que “el bien jurídico que busca proteger la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración”. Este criterio ha sido reiterado en otras ejecutorias supremas pacíficamente. Agregar que además en la norma hay un interés de proteger el patrimonio del Estado frente a eventuales riesgos, determina una condición no prevista que evidentemente originaría ausencia de un elemento y como consecuencia la absolución del sujeto acusado.
- 2.5 Doctrinalmente, sobre el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible⁴, se tiene que existe el aspecto genérico, que es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, y el específico, que es la objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado.
- 2.6 En cuanto al elemento típico del interés indebido y si este debe tener además una connotación económica, debemos precisar lo siguiente: el tipo penal tiene como verbo rector del delito la expresión “*se interesa*”, significa un especial compromiso, una determinada incumbencia particular en un asunto que por razón de su cargo lo involucra y deriva su voluntad, su comportamiento funcional en lograr determinado beneficio personal o de tercero en un contrato o cualquier operación estatal. Vale decir que el sujeto activo vuelca, sobre el contrato o la operación estatal de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración, esto es, con el interés general⁵, sino que manifiesta un interés particular que entra en colisión o contradicción con el interés del Estado y determina un comportamiento parcializado, prejuiciado que perturba el normal y correcto funcionamiento de la administración pública.
- 2.7 La casación citada en el punto 2.4 de los fundamentos de derecho de la presente ejecutoria precisa que el agente haya mostrado mediante actos

⁴ MONTOYA VIVANCO, Yván. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública* (1.ª edición). Lima: Open Society Foundations; Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 131.

⁵ *Ibidem*.

irregulares su deseo de influir en el desarrollo de acto concerniente al Estado, contratación, adquisición u otro.

- 2.8** El delito en cuestión se refiere a la intervención directa, indirecta o por acto simulado del funcionario o servidor público, quien debe proceder de manera imparcial en los contratos y las operaciones que tengan que ver con su participación por el cargo que ocupa; sin embargo, el agente indebidamente busca un beneficio personal o de tercero, provecho que no se circunscribe necesariamente a uno de orden económico o patrimonial, sino de cualquier naturaleza, verbigracia, la obtención de un mejor puesto laboral, acelerar o facilitar un trámite documentario, etcétera, razón por la que circunscribir el beneficio personal o ajeno al mero interés económico restringe el contenido de la norma. En consecuencia, por interés debe entenderse cualquier comportamiento que favorezca indebidamente un acto que por su naturaleza debe ser imparcial y ceñido a ley.
- 2.9** En cuanto a que sea necesario o no el peligro del patrimonio del Estado para la configuración del tipo, se ha de precisar que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, primero, porque no está expresamente en la norma la situación de peligro, como sí ocurre en otros tipos penales; y, segundo, porque la condición abierta de la norma determina un sinnúmero de posibilidades y opciones de interés con beneficio que debe ser evaluado de manera puntual en cada caso. En consecuencia, basta que el funcionario o servidor público desarrolle un comportamiento interesado indebidamente en detrimento del correcto funcionamiento de la administración pública y que, además, tenga visos de parcialización para que se configure el tipo penal. El Recurso de Nulidad número 3281-2011 del cuatro de enero de dos mil trece, indica: *en efecto, no se requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado, por tanto, tales alegaciones en torno a la existencia o no del perjuicio patrimonial, no resulta atendible, menos aún enervan la configuración del delito anotado*”.
- 2.10** Siguiendo la pauta del verbo rector de la norma, interesarse indebidamente determina el origen del comportamiento ilegal y se complementa cuando dicho interés no legítimo está destinado a un beneficio de tercero o personal, y se descarta el carácter netamente económico del beneficio como factor decisivo para configurar el tipo penal, tanto más si la norma está destinada a controlar el riesgo en el comportamiento interesado (peligro abstracto), condición que no determina la puesta en peligro del patrimonio estatal, necesariamente, sino el buen desempeño de la función pública.
- 2.11** La Sala de Apelaciones, en el caso concreto, señala que no existe evidencia de que el agraviado haya sufrido un perjuicio, por cuanto los

dos postulantes cumplieron su labor, lo cual no puede tenerse como fundamento válido, pues como ya se mencionó el bien jurídico específico obligaba a los acusados a ser imparciales y conducirse con lealtad y probidad en el ejercicio de sus funciones, y establecer un puntaje en la calificación que no corresponde a la realidad determina esa voluntad de favorecimiento que es contraria al interés público imparcial; se traduce en ese acto el interés de beneficiar a un tercero, cuando lo correcto era calificar con el puntaje que le correspondía.

- 2.12** En cuanto al aspecto subjetivo de la conducta de los agentes, se tiene que el dolo no se prueba directa y objetivamente, sino que se trata de una inferencia lógica, razonable y consecuente de la prueba actuada que establece la ocurrencia de un hecho. En este caso, los puntajes que se otorgaron no son situaciones imprevistas, involuntarias, negligentes o casuales, sino más bien se circunscriben dentro del ámbito estricto de la norma glosada, pues tenían el propósito de favorecer y beneficiar a las personas para que fueran contratadas. Por lo tanto, la conclusión lógica es que se trata de comportamientos conscientes y plenamente voluntarios que determinan el carácter doloso de la actuación.
- 2.13** En suma, los acusados, al darles un puntaje que no les correspondía, han evidenciado el interés directo para que los postulantes ingresaran a trabajar en el proyecto sin cumplir con el perfil laboral, y se advierte que el beneficio tiene carácter patrimonial al haberseles pagado un importe, el que no habrían percibido si los acusados no hubiesen intervenido indebidamente en su favor, dejando de lado el deber de salvaguardar el correcto funcionamiento de la administración pública bajo un fiel desempeño de sus funciones; por el contrario, con su conducta pusieron en situación de peligro el bien jurídico protegido tantas veces citado. Afirmar que el pago que se les hizo fue porque en efecto trabajaron y les correspondía su remuneración no es materia de debate, por cuanto la conducta delictiva no radica en ese hecho, que es posterior, sino que está referida a comportamientos anteriores inclusive a la contratación, precisamente para lograr que fueran beneficiados con los puestos laborales que por el perfil que tenían no les correspondían, en razón de que faltaba un requisito esencial que la norma prevé y que las bases habían establecido.
- 2.14** Por lo tanto, el bien jurídico protegido por el tipo penal, la imparcialidad del funcionario, ha sido afectado al haber existido un interés indebido en un concurso público para contratar personal, en beneficio de terceras personas, a quienes se les otorgaron puntajes que no correspondían según las bases, en el ejercicio de su cargo.
- 2.15** Los contratos en los que intervinieron los acusados materia de imputación no provenían de una contratación de emergencia, por lo que las irregularidades podrían constituir prueba del quebrantamiento de su

imparcialidad y el deber de lealtad y objetividad de la comisión a la que pertenecían los encausados.

- 2.16** Finalmente, la justificación de no dejar desierto el concurso no satisface los criterios de calificación que las bases establecen, para eso existen bases que se tienen que cumplir y al no haberlas cumplido deliberadamente el elemento subjetivo (dolo) se puede deducir.
- 2.17** Por otro lado, resulta evidente el apartamiento de la doctrina jurisprudencial fijada por la Corte Suprema y aun de la doctrina misma, y al advertirse no se hace necesario que este Supremo Tribunal fije doctrina además de la nombrada.
- 2.18** Como consecuencia de lo mencionado, corresponde ordenar la emisión de una nueva sentencia de vista a cargo de un nuevo Colegiado, integrado por jueces distintos a los que se pronunciaron en la sentencia que fue materia del presente análisis.

DECISIÓN

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

- I. DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **representante del Ministerio Público**, por los motivos casacionales de errónea interpretación de la ley penal sustantiva e incumplimiento de la doctrina jurisprudencial vinculante, señalados en los numerales 3 y 5 del artículo 429 del NCPP; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista, emitida el treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que declaró fundado en parte el recurso de apelación y revocó la Resolución número 4, que condenó a Manuel Alberto Espejo Ramírez, César Augusto Ferré Rodríguez y Zacarías Reymundo Lapa Inga como autores del delito de negociación incompatible (supuesto de interesarse indebidamente de manera directa en provecho de tercero), en agravio del Estado (Proyecto Especial Sierra Centro Sur), y reformándola los absolvió de la acusación fiscal, y sin objeto fijarse reparación civil; con lo demás que contiene; y, **CON REENVÍO**, ordenaron que otro Colegiado Superior integrado por jueces distintos a los que se pronunciaron en la sentencia casada, realice un nuevo juicio de apelación para emitir una nueva sentencia de vista.
- II. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a las partes procesales apersonadas en esta sede suprema.

III. MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelva el expediente al órgano jurisdiccional de origen y que se archive el cuadernillo de casación en la Corte Suprema.

Intervino el señor juez supremo Guerrero López por licencia del señor juez supremo Coaguila Chávez.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

GUERRERO LÓPEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

IASV/gmls