

**Negociación incompatible y
participación punible del tercero no
obligado institucionalmente o extraneus**

En virtud de la jurisprudencia y la doctrina especializada, esta Sala Penal Suprema aprecia que el delito de negociación incompatible, al tratarse de un ilícito especial propio —pues no existe un injusto común subyacente— y de infracción de deber, admite, jurídicamente, la participación punible del tercero no obligado institucionalmente o *extraneus*.

En el caso, la contribución delictiva de LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA se pone de relieve con los hechos probados por los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia. Sin duda, coadyuvó al interés ilícito y, en esa medida, actuó como representante de la empresa LJ Contratistas Generales E. I. R. L., presentó documentación que no cumplía los requisitos mínimos y supo que a la postre sería favorecido.

Todo ello refleja que hubo una conexión incuestionable y directa entre el primero y los funcionarios públicos interesados que, posteriormente, le concedieron la buena pro respectiva por una ingente suma dineraria.

De este modo, no se realizó una interpretación errónea y/o aplicación indebida del artículo 399 del Código Penal.

En la pretensión impugnativa no se incorporó cuestionamiento a las consecuencias jurídicas del ilícito, por lo que no cabe pronunciamiento al respecto.

En consecuencia, el recurso de casación formalizado será declarado infundado.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintisiete de abril de dos mil veintiuno

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el encausado LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA contra la sentencia de vista, del veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve (foja 490), emitida por la Primera Sala Mixta-Sala de Apelaciones de La Merced, Chanchamayo, de la Corte Superior de Justicia de la Selva Central, que confirmó la sentencia de primera instancia, del seis de febrero de dos mil diecinueve (foja 278), que lo condenó como cómplice del delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Oxapampa, a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, dos años de pena de inhabilitación y fijó como reparación civil la suma de S/ 70 000 (setenta mil soles); con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo COAGUILA CHÁVEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. Según el requerimiento del quince de julio de dos mil dieciséis (foja 1), se formuló acusación fiscal contra Santiago Huaynacaqui Carrión, Octavio Almerco Oscategui y Christian Ricardo Piñas Broncano, como autores, y contra LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA y Carlos Milton Alvarado Rivera, como cómplices, del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Oxapampa.

Se postuló como calificación jurídica lo previsto en el artículo 399 del Código Penal.

Se solicitó la imposición de ocho años de pena privativa de libertad para Santiago Huaynacaqui Carrión, Octavio Almerco Oscategui y Christian Ricardo Piñas Broncano, y cuatro años de privación de libertad para LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA y Carlos Milton Alvarado Rivera.

Además, se pretendió la aplicación de cuatro años de pena de inhabilitación, según el artículo 36, numerales 1 y 2, del Código Penal.

No se reclamó la reparación civil.

Segundo. Llevado a cabo el juicio oral, mediante sentencia de primera instancia, del seis de febrero de dos mil diecinueve (foja 278), se condenó a LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA como cómplice del delito de negociación incompatible, a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, dos años de pena de inhabilitación, y fijó como reparación civil la suma de S/ 70 000 (setenta mil soles).

Se determinó lo siguiente:

- 2.1.** En primer lugar, la negociación incompatible es un delito especial propio, cuyo fundamento de reproche penal es la infracción de deber del sujeto activo; también contiene elementos de organización, por lo que se admite la participación del particular en la concretización de la conducta ilícita.
- 2.2.** En segundo lugar, en su estructura típica está habilitada la intervención del tercero, que dolosamente contribuye en la ejecución del delito.
- 2.3.** En tercer lugar, LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA (particular), representó a la empresa LJ Contratistas Generales E. I. R. L., presentó documentación que no cumplía los requisitos técnicos mínimos establecidos, tenía acceso a

las bases respectivas y tuvo conocimiento de que los miembros del comité correspondiente se interesarían en otorgarle la buena pro. Después contrató con el Estado por la suma de S/ 726 165.52 (setecientos veintiséis mil ciento sesenta y cinco soles con cincuenta y dos centavos), aun cuando, en la ejecución simultánea de las obras, existieron irregularidades.

- 2.4.** En cuarto lugar, se tuvieron en cuenta los siguientes elementos de juicio: declaraciones de los peritos Yohana Astrid Peralta Córdova, Elizabeth Vásquez Adrianzén, Lourdes Margot Gálvez Vilcahuamamán; términos de referencia para la contratación de un ejecutor de la obra de instalación del sistema de abastecimiento de agua y letrinas del centro poblado Peña Flor y el sector Abra, provincia de Oxapampa, departamento de Pasco; bases administrativas de los Procesos de Adjudicación Directa Selectiva número 003-2012-MPO/CEP y número 004-2012-MPO/CEP para la obra de construcción del sistema de abastecimiento de agua y letrinas del centro poblado Peña Flor y el sector Abra, provincia de Oxapampa, departamento de Pasco; publicaciones de las Convocatorias de Adjudicación Directa Selectiva número 003-2012-MPO/CEP y número 004-2012-MPO/CEP, del sistema electrónico-SEACE; formato suscrito por LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA, representante de la empresa Contratistas Generales S. R. L.; declaraciones juradas del postor empresa LJ Contratistas Generales E. I. R. L., para el Proceso De Adjudicación Directa Selectiva número 004-2012-MPO/CEP; Carta número 001-2021-LJ de Contratistas Generales E. I. R. L., del nueve de abril de dos mil doce, y Contratos de Ejecución de Obra número 006-2012-MPO y número 007-2012-MPO, del diez de abril de dos mil doce, del centro poblado Peña Flor y el sector Abra.

Tercero. Contra la mencionada sentencia, se interpuso recurso de apelación del catorce de febrero de dos mil diecinueve (foja 358).

Dicha impugnación fue admitida por auto del dieciséis de mayo de dos mil diecinueve (foja 431).

Cuarto. En la audiencia de apelación, según emerge del acta concernida (foja 480), no se admitieron medios probatorios. En lugar de ello, se expusieron las alegaciones de las partes procesales intervinientes y se oralizaron las piezas procesales. Por su parte, LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA no prestó declaraciones.

A su turno, a través de la sentencia de vista, del veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve (foja 490), se confirmó la sentencia de primera instancia, que condenó a LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA como cómplice del delito de negociación incompatible, a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, dos años de pena de inhabilitación y fijó como reparación civil la suma de S/ 70 000 (setenta mil soles).

Se estableció lo siguiente:

- 4.1.** En primer lugar, la complicidad se concretó como consecuencia de que los autores infringieron sus deberes, se interesaron a su favor y le otorgaron la buena pro de ambas obras, a pesar de las omisiones advertidas.
- 4.2.** En segundo lugar, existe un aporte necesario, pues, el veintiuno de marzo de dos mil doce, según la declaración jurada respectiva, en su condición de representante legal de la empresa LJ Contratistas Generales E. I. R. L., el recurrente presentó la propuesta técnica en el proceso de selección. Adicionalmente, tuvo conocimiento de que le entregarían la buena pro en el proceso de selección, a pesar de que no cumplía con los requisitos necesarios.

Quinto. Frente a la sentencia de vista, se formalizó el recurso de casación, del catorce de octubre de dos mil diecinueve (foja 514), en el que se invocó la causal prevista en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

Este medio impugnatorio fue admitido mediante Auto 523, del quince de octubre de dos mil diecinueve. El expediente judicial fue remitido a esta Sede Suprema.

§ II. Del procedimiento en la Sede Suprema

Sexto. Luego, al amparo del artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, se emitió el auto del diecisiete de junio de dos mil veinte (foja 58 en el cuaderno supremo), por el que se declaró bien concedido el recurso de casación por la causal regulada en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

Séptimo. Las partes procesales fueron instruidas sobre la admisión del recurso de casación, según las notificaciones electrónicas (foja 62 en el cuaderno supremo).

Posteriormente, se expidió el decreto del quince de marzo dos mil veintiuno (foja 65 en el cuaderno supremo), que señaló el siete de abril del mismo año como fecha para la audiencia de casación.

Octavo. Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa. Realizada la votación, por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Como se indicó, se declaró bien concedido el recurso de casación planteado por la causal contenida en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

El motivo casacional se circunscribe a esclarecer si en el delito de negociación incompatible “se admite la complicidad del tercero (*extraneus*) [sic]”.

En tal sentido, conviene diseñar el marco teórico respectivo.

Segundo. Como prefacio, se destaca que el artículo 432, numeral 2, del Código Procesal Penal, estatuye lo siguiente: “La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos”.

Es por ello que, a efectos de evaluar la “indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”, es preciso ceñirse escrupulosamente a los hechos probados por los órganos jurisdiccionales sentenciadores.

El *error iuris* acarrea comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que deben ser respetados en su integridad, orden y significación, fueron aplicados correctamente a los mismos, los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían, o fueron los aplicados o dejados de aplicar erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación¹.

El principio de intangibilidad fáctica detenta plena vigencia.

Tercero. Desde una óptica general, la jurisprudencia penal ha puntualizado que el tipo delictivo de negociación incompatible:

Protege la expectativa de normativa de que el funcionario público ha de actuar en resguardo de los intereses de la Administración Pública [...] evitando cualquier situación de interferencia en la toma o ejecución de decisiones. El funcionario público, en este caso, abusa del cargo que ejerce con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero

¹ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. Pamplona: Editorial Civitas, 2019, p. 958.

[...]. El delito de negociación incompatible es tanto un delito especial propio cuanto un delito de infracción de deber: el agente oficial ha de haber actuado en el proceso de contratación pública, en cualquier etapa de ella, con base a [sic] un título habilitante y con capacidad de decisión (facultades y competencias para intervenir en ese proceso), por lo que se trata de una situación de prevalimiento. Además, solo se requiere que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto [...]².

La configuración de la negociación incompatible, también conocida como *gestión interesada*, requiere los siguientes requisitos: **i)** el sujeto activo ha de ser una autoridad o funcionario que interviene por razón de su cargo en un contrato u operación; **ii)** que el sujeto abusando o aprovechándose de las funciones públicas que ejerce, tome interés en dicho contrato, que posea naturaleza económica (aunque puede referirse a cualquier otra compensación privada), y en el cual se inmiscuye para obtener un beneficio; **iii)** que el dolo consista en la voluntad concreta de asumir a la vez su cargo público y como interesado en la operación, no siendo necesario que haya engaño o lucro, por tratarse de un delito de mera actividad³.

Cuarto. Situándose en el tema específico, es relevante abordar el fundamento de la participación delictiva.

Al respecto, se han diseñado dos teorías: por un lado, la conocida como de la “corrupción o la culpabilidad” y, por otro lado, la rotulada como de la “causación o el favorecimiento”. Según la primera, “el partícipe es castigado por convertir a otra persona en delincuente o contribuir a hacerlo”. En cambio, en la segunda se evalúa el desvalor de la intervención a partir de que causa o favorece la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor. No es importante que el autor obre o no culpablemente (que pueda imputársele personalmente o no), sino que basta la causación o favorecimiento de un hecho antijurídico del autor por parte de un partícipe (él sí) culpablemente. Esta última ha sido catalogada como la teoría más “convinciente [sic]”⁴.

² SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de casación número 396-2019/Ayacucho, del nueve de noviembre de dos mil veinte, fundamento de derecho segundo.

³ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de casación número 578/2016, del siete de febrero de dos mil diecisiete, fundamento primero.

⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial DdeF, 2011, pp. 407 y 408.

El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo penal. En esa línea, la participación en los delitos especiales propios no es impune⁵.

De igual forma, en los delitos de infracción de deber, cualquier tercero puede, en principio, realizar una contribución delictiva al hecho de un obligado positivamente o inducirle al mismo⁶.

Esto se debe a que no es correcto afirmar que las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber no incumben también a quien no se encuentra obligado positivamente. El comportamiento del *extraneus* que contribuye a un delito de infracción de deber no es, desde luego, jurídicamente neutro, pues también debe imputársele el suceso aun cuando careciese de la obligación especial derivada de la institución positiva⁷.

De ahí que, la participación del extraño (*extraneus* o tercero) en la acción delictiva de los funcionarios públicos es siempre posible cuando se compruebe que aquél ha sido el factor desencadenante de la acción y se incorpora decisivamente en la causación del delito⁸.

Quinto. Así, en lo que atañe al delito de negociación incompatible, el hecho de que no esté tipificado como un delito de participación necesaria, como así sucede en el ilícito de colusión, no impide la posibilidad de castigar a toda aquella persona que esté favorecida en la comisión de este ilícito. La participación no se sustenta en la infracción de un rol institucional que sólo vincula al obligado, sino en el hecho de que todos los miembros de la sociedad también se encuentran vinculados de forma meditada a estas. Por ello, el cómplice tendrá que realizar un aporte significativo en la ejecución del hecho delictivo, conociendo el interés indebido del funcionario público en una operación o contrato a su cargo y con la finalidad de obtener un beneficio de ello⁹.

⁵ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación 1728/1994, del veinte de mayo de mil novecientos noventa y seis, fundamento de derecho undécimo.

⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002, p. 228.

⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Ob. Cit. p. 219.

⁸ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 3831/1998, del quince de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, fundamento de derecho tercero.

⁹ ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco y otros. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2020, pp. 133 a 135.

Lo decisivo será perseguir un “interés” (propio o ajeno), por ende, también serán punibles solo como partícipes, por tratarse de un delito especial propio, aquellos que, aunque posean un interés definido, no reúnan la calidad especial de autoría¹⁰.

El cómplice tiene que conocer que el funcionario público se interesa indebidamente, de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico. No basta con verificar, de modo objetivo, un aporte causal del interviniente punible y que con su conducta se facilite la comisión del delito. Resulta indispensable probar y justificar su comportamiento doloso¹¹.

En suma, al tratarse de un delito especial y un delito de infracción de deber, serán partícipes los sujetos que tengan algún tipo de intervención en el hecho punible, pero que no sean funcionarios ni servidores públicos o que, siéndolo, no tengan competencia en el contrato u operación del que se trate. Para ello se requiere, además, que hayan actuado de manera dolosa¹².

Sexto. En ese sentido, en virtud de la jurisprudencia y la doctrina especializada, esta Sala Penal Suprema aprecia que el delito de negociación incompatible, al tratarse de un ilícito especial propio –pues no existe un injusto común subyacente– y de infracción de deber, admite, jurídicamente, la participación punible del tercero no obligado institucionalmente o *extraneus*.

En el caso, la contribución delictiva de LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA se pone de relieve con los hechos probados por los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia (Cfr. fundamentos de hecho segundo y cuarto). Sin duda, coadyuvó al interés ilícito y, en esa medida, actuó como representante de la empresa LJ Contratistas Generales E. I. R. L., presentó documentación que no cumplía los requisitos mínimos y supo que a la postre sería favorecido. Todo ello refleja que hubo una conexión incuestionable y directa entre el primero y los funcionarios públicos interesados que, posteriormente, le concedieron la buena pro respectiva por una ingente suma dineraria.

¹⁰ SANCINETTI, Marcelo. *Negociaciones incompatibles en el ejercicio de las funciones públicas*. En: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46294, pp. 12-13.

¹¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris, 2016, p. 78.

¹² ROSALES ARTICA, David. *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 172.

De este modo, no se realizó una interpretación errónea y/o aplicación indebida del artículo 399 del Código Penal.

En la pretensión impugnativa no se incorporó cuestionamiento a las consecuencias jurídicas del ilícito, por lo que no cabe pronunciamiento al respecto.

En consecuencia, el recurso de casación formalizado será declarado infundado.

Séptimo. Finalmente, el artículo 504, numeral 2, del Código Procesal Penal establece que quien interpuso un recurso sin éxito deberá pagar por las costas procesales, las cuales se imponen de oficio, conforme al artículo 497, numeral 2, del referido cuerpo legal. Por ende, le corresponde al impugnante LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA asumir tal obligación procesal.

La liquidación le corresponde a la Secretaría de esta Sala Penal Suprema, mientras que su ejecución le concierne el juez de investigación preparatoria competente.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA contra la sentencia de vista, del veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve (foja 490), emitida por la Primera Sala Mixta-Sala de Apelaciones de La Merced, Chanchamayo, de la Corte Superior de Justicia de la Selva Central, que confirmó la sentencia de primera instancia, del seis de febrero de dos mil diecinueve (foja 278), que lo condenó como cómplice del delito contra la administración pública-negociación incompatible, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Oxapampa, a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, dos años de pena de inhabilitación y fijó como reparación civil la suma de S/ 70 000 (setenta mil soles); con lo demás que contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista, del veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve (foja 490).
- II. **CONDENARON** al imputado LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA al pago de las costas procesales correspondientes, que serán liquidadas por la Secretaría de la Sala Penal Suprema y exigidas por el juez de investigación preparatoria competente.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia se lea en audiencia pública, se notifique a las partes personadas en esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.

IV. MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/ecb