



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL ESPECIAL
APELACIÓN
EXPEDIENTE N.º 07-2016

Sumilla: En la resolución recurrida no se ha evaluado cada uno de los fundamentos fácticos señalados en la acusación, a pesar de que son sumamente importantes para determinar positiva o negativamente la concurrencia de los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva que conforman el delito de negociación incompatible que se le atribuye al encausado.

Para el perfeccionamiento del delito de negociación incompatible no se requiere en forma imprescindible que el interés del agente se materialice en un provecho de connotación económica y que 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, como se afirma en la resolución recurrida y en su fuente fundamental: la Casación 231-2017-PUNO.

Al tratarse de un tema importante en el derrotero jurisprudencial del país, debe oficiarse a la Presidencia del Poder Judicial para que –de estimarse– se convoque a un Pleno Casatorio sobre la naturaleza y consumación en el delito de negociación incompatible tipificado en el artículo 399 del Código Penal.

Lima, catorce de setiembre de dos mil dieciocho

VISTOS Y OIDOS.- En audiencia pública los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción.

Interviene como ponente el señor juez supremo **GUERRERO LÓPEZ**.

I. DECISIÓN CUESTIONADA

Viene en grado de apelación el auto de fecha 22 de junio de 2018, emitido por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (folios 265-274), que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción presentada por el acusado Francisco de Paula Boza Olivari, en el proceso seguido en su contra por la presunta comisión del delito contra la administración pública –corrupción de funcionarios–, en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en agravio del Estado; en consecuencia de ello, dispone el sobreseimiento del proceso.



II. SUJETOS QUE INTERPONEN RECURSO DE APELACIÓN

2.1 El MINISTERIO PÚBLICO

Ha interpuesto recurso de apelación el Ministerio Público (folios 305-310), en el que señala básicamente los siguientes argumentos:

i) La resolución expedida por el Juzgado de Investigación Preparatoria causa agravio debido a que afecta el ejercicio de la acción penal, ante un hecho que constituye delito; además, esta afecta gravemente la administración pública, pues contradice el principio constitucional de lucha contra la corrupción al exigir que el interés sea de carácter patrimonial.

ii) La resolución señaló que en los hechos expuestos el interés indebido no es idóneo, a pesar de que el Ministerio Público ha sustentado dicho interés tanto en la contratación de un familiar como en el hecho de contar con una persona de confianza para realizar los contactos telefónicos con la organización de Rodolfo Orellana.

iii) El interés indebido del acusado Boza Olivari quiebra el principio de imparcialidad que afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, lo que es precisamente el bien jurídico que se protege con este delito, pues este tipo penal sanciona actuaciones de los funcionarios o servidores públicos que no denoten imparcialidad, transparencia y objetividad.

iv) La ley penal quiere evitar que "el funcionario que intervenga se interese indebidamente o pretenda torcer la voluntad estatal en un proceso de contratación", lo que es un indicio de negociación incompatible el favorecer objetivamente en un contrato u operación a un familiar, pariente o amigo.

v) Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 006-2016-PCC, en aclaración de fecha 28 de marzo de 2017:

La lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución, admitir la insustentable distinción entre el ámbito legal y constitucional puede servir como excusa para, so pretexto de someterse a la ley, desvincularse de mandatos constitucionales con la consecuente anarquía del ordenamiento y el descrédito institucional que ello supondría. Esta distinción es también contraproducente en un contexto en el cual se debe reafirmar una actitud judicial decidida en la lucha contra la corrupción. Y es que un órgano jurisdiccional no puede limitarse a ser un mero "aplicador" de las leyes, sino que, a través de la interpretación y argumentación jurídica, debe tutelar los derechos fundamentales, pero sin descuidar la tutela de otros valores y principios que la Constitución consagra.

vi) El auto recurrido realiza una interpretación sesgada de la subsunción del tipo penal de negociación incompatible que causa impunidad en los



hechos expuestos contra Boza Olivari, puesto que la Fiscalía ha cumplido con señalar los elementos constitutivos del tipo penal. Por un lado, el acusado Boza Olivari actuó en razón de su cargo, pues era presidente de la Corte Superior de Ucayali y además presidente de la Comisión Permanente encargada de la selección del personal CAS para el año 2013. Por otro lado, se interesó indebidamente en la contratación de Yuri Untiveros Barboza –contratación administrativa de servicios en el proceso CAS N.º 096-2013–, contrato que no hubiera obtenido de haberse llevado a cabo regularmente, con la finalidad de beneficiarlo económicamente, en aras de los vínculos de amistad, parentesco y laborales que mantenían ambos, materializados en los contactos telefónicos que habría mantenido Yuri Untiveros Barboza con la empresa ABC GROUPS FOR HUMAN DEVELOPMENT S.A.C. de propiedad de Rodolfo Orellana Rengifo. Todo su accionar se realizó con conocimiento que violaba sus deberes de imparcialidad debido a que se trataba de un familiar.

vii) Un contrato administrativo de servicios no es una limitación para ser considerado como destinatario de interés indebido, pues, como señala Danos Ordóñez, el ámbito de los contratos del Estado son los siguientes: concesiones, contratos-ley, contrato para la disposición de bienes, convenios interadministrativos, convenios financieros del Estado, y contratos de personal.

viii) La resolución impugnada cita el Recurso de Nulidad N.º 373-2007, de fecha 4 de julio de 2007, que señala que el interés indebido debe ser entendido entre los márgenes de la afectación económica. Sin embargo, se asumió una posición doctrinaria del interés indebido económico, que es propia de la escuela francesa y que no exige el tipo penal peruano. Por el contrario, a fin de observar el principio constitucional de lucha contra la corrupción, debe realizarse una interpretación amplia, defendida por la escuela italiana, que postula que el interés no se manifiesta solo de manera económica, sino de distintas formas que afectan la administración pública.

ix) Es errado afirmar que el interés indebido de beneficiar a una persona con un contrato de trabajo no contiene un interés económico, puesto que una contratación de personal siempre tiene una connotación de ese tipo.

x) El artículo 12 de la Convención Interamericana contra la Corrupción establece que no es necesario que los actos de corrupción generen un perjuicio patrimonial para ser sancionados. En esa misma línea, el inciso 2 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción indica también que no es necesario que los delitos de corrupción generen un perjuicio o daño patrimonial al Estado.

La Casación N.º 231-2017-Puno, por su parte, prescribe que el delito de negociación incompatible pretende tutelar la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la



representan, así como la integridad y rectitud del funcionario. También hace referencia a que este delito no debe sancionar cualquier tipo de infracciones normativas de carácter administrativo, sino que se exige que este interés indebido sobre un contrato u operación sea el elemento que sintetiza o establece la tipicidad subjetiva y se constituya como un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente adicional al dolo.

Al haberse establecido el interés indebido en la contratación adicional al dolo, se ha creado el riesgo para la administración pública que es la contratación de una persona que carece de las competencias necesarias para ocupar un puesto, lo cual le ha causado un daño inminente, más aún cuando, conforme a la exposición de los hechos, dicho personal fue destacado a la oficina de Informática y luego, en adición a dichas funciones, a la oficina de Imagen Institucional a fin de coadyuvar a los intereses de la organización de Rodolfo Orellana Rengifo en la Corte Superior de Ucayali.

2.2 LA PROCURADURÍA PÚBLICA

El representante de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción interpuso recurso de apelación (folios 321-331), en el que alegó básicamente los siguientes argumentos:

- i)** El artículo 104 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) refiere que:
El actor civil sin perjuicio de los derechos que se le reconoce al agraviado está facultado a deducir la nulidad de los actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la Ley prevé.
- ii)** El Juzgado no ha tenido en cuenta que la Ejecutoria Suprema N.º 2068-2012, emitida por la Sala Penal Transitoria, establece que el delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial a la administración pública, sino que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida para la norma penal, e importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario atente contra el patrimonio del Estado.
- iii)** Existía una relación, vínculos de amistad y familiaridad, entre el acusado Francisco de Paula Boza Olivari y Yuri Untiveros Barboza.
- iv)** El delito de negociación incompatible tutela la imparcialidad del funcionario público, así lo ha establecido el Recurso de Nulidad N.º 1024-2013-ICA, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.
- v)** El tipo penal no solo exige que el beneficio sea a título personal o de tercero, sino que lo relevante es que su actuación objetivamente haya infringido los deberes especiales positivos que favorecen los intereses de la administración pública o entidad estatal en el proceso de contratación, así



lo ha dispuesto la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente N.º 183-2011.

vi) Con relación a que la "muestra de interés" puede llevarse a cabo mediante un acto propio de las funciones del servidor público o incluso tratarse de acciones que transgredan sus funciones, el tipo penal nada dice al respecto. Nada impide que "en razón de su cargo" también explique el actuar del funcionario que sin tener competencia en algún contrato u operación lleve a cabo gestiones que, a la postre, viabilizarán las contrataciones públicas de su interés.

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES DURANTE LA AUDIENCIA

Con fecha 3 de septiembre de 2018 se realizó la audiencia de apelación de sobreseimiento. Las partes se basaron en los siguientes argumentos:

3.1 EL MINISTERIO PÚBLICO

El representante sostuvo en audiencia lo siguiente:

- i) El procesado negó la vinculación entre el tercero beneficiado Untiveros Barboza y él; sin embargo, dicho postulado no corresponde ser analizado en una audiencia en que se debate la excepción de improcedencia de acción.
- ii) Para interponer la excepción de improcedencia de acción debe partirse del supuesto descrito por la Fiscalía, como lo ha determinado el Recurso de Casación N.º 407-2007-Tacna.
- iii) El imputado postuló el tipo penal alternativo de nombramiento ilegal, pero ello no procedería analizar en la presente incidencia.
- iv) El delito de negociación incompatible es de peligro concreto. Yuri Untiveros Barboza no debió ser contratado ni debió recibir los emolumentos que correspondieron a dicho cargo. El daño sucedió ya que existen requisitos que no fueron cumplidos.
- v) El procesado busca analizar un tema probatorio que no es propio del debate sobre una excepción de improcedencia de acción.

3.2 LA PROCURADURÍA PÚBLICA

Por su parte, el representante de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, manifestó lo siguiente:

- i) El delito imputado es uno de peligro, y basta con la inobservancia de imparcialidad requerida para su configuración, ya que busca prevenir que se atente contra el patrimonio estatal.
- ii) El delito imputado requiere de un provecho propio o de terceros. El actuar ilícito tiene relevancia porque implica la infracción de deberes especiales de la administración pública.



iii) El agente delictivo ha realizado conductas que representan intereses particulares, pues impuso su criterio de elección para beneficiar a un tercero.

iv) Corresponde analizar la subsunción de la normativa de los hechos descritos por el fiscal.

v) De forma específica, el delito de aprovechamiento indebido del cargo es uno de peligro concreto, que busca evitar la inobservancia de imparcialidad que se produjo, puesto que el beneficiado tenía un vínculo amical y laboral con el sujeto activo, además de que no cumplía con el perfil requerido.

3.3 EL IMPUTADO BOZA OLIVARI

En ejercicio como abogado de su propia defensa y con la compañía de su abogado defensor, el imputado sostuvo lo siguiente:

i) No se especificó la conducta que se le reprocha penalmente ni se indicó en forma concreta su conducta ilícita.

ii) La Casación N.º 231-2017 alude a que el tipo penal se refiere a contrataciones que deben tener consecuencias patrimoniales. Como todos los contratos son patrimoniales, el provecho indebido tendría también un efecto patrimonial.

iii) El delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, y para su imposición debe respetarse el principio de lesividad. En el presente caso no se ha determinado el daño causado al Estado.

iv) Los miembros del Comité de Selección fueron tres, no únicamente él. No se puede reprimir cualquier tipo de interés. Además, si no hay incompatibilidad no hay delito, y no había grado de relación familiar. El interés indebido tiene que ver con el daño y posee una connotación patrimonial porque es un contrato laboral; asimismo, el contratado, con quien tiene una vinculación familiar de sexto grado de parentesco, si cumplía con el perfil mínimo requerido para el puesto.

El abogado defensor Percy Vidal Fuente, que acompañó al encausado en toda la audiencia, refirió que se abstenía de intervenir complementariamente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§. LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

1. El literal b del apartado 1 del artículo 6 del CPP regula las siguientes excepciones: i) naturaleza de juicio, cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la Ley; ii) improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente; iii) cosa



juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona; **iv)** amnistía; y **v)** prescripción.

2. Mediante la excepción de improcedencia de acción, el procesado ataca la acción penal formulada en su contra y cuestiona la procedencia de la imputación. Permite una solución rápida en el proceso penal cuando se produce una persecución arbitraria, ilegal o innecesaria que puede afectar a la persona humana.

Al respecto, César San Martín señala:

Presenta dos alcances según el artículo 6.1b NCPP, cuando: **(i)** El hecho denunciado no constituye delito, y **(ii)** el hecho no es justificable penalmente. Lo que se discute es la subsunción normativa. En consecuencia, el punto **(i)** comprende la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad; el punto **(ii)** se ubica en la punibilidad, y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absoluta, que son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, en el primer supuesto, o que excluyen o, en su caso, suprimen la necesidad de pena [...]¹.

Al margen de lo expuesto por el citado autor, dicha excepción también, desde una perspectiva hipotética, procedería en caso de ausencia de culpabilidad al no presentarse el conocimiento de la antijuricidad o la exigibilidad de otra conducta, en la medida en que dichos supuestos implican igualmente que el hecho no sería justiciable penalmente, lo que autorizaría el sobreseimiento incluso de acuerdo a lo previsto en el literal b), inciso 2 del artículo 344 del CPP.

3. En todo caso, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente². En ese orden de ideas, en el Recurso de Nulidad N.º 628-2013, de 4 de octubre de 2013, se sostiene que la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción normativo del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito distintas de la culpabilidad, tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad.

Esta excepción se trata de un supuesto privilegiado o excepcional de sobreseimiento centrado en la falta de relevancia jurídico-penal o de punibilidad del hecho objeto de imputación³. En la misma lógica, el Acuerdo

¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP, p. 284.

² Recurso de Casación N.º 407-2015, fundamento quinto. Fecha 7 de julio de 2016 emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

³ SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit, p. 282.



Plenario N.º 4-2010/CJ-116 (sobre audiencia de tutela), de fecha 16 de noviembre de 2010, en su fundamento jurídico 19, refiere que:

Ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se hayan verificado los presupuestos esenciales de la imputación". Piénsese por ejemplo, en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de acción.

4. En consecuencia, en líneas generales sobre la excepción de improcedencia de acción, cabe indicar complementariamente que el inciso 2 del artículo 344 del CPP establece que el sobreseimiento procede cuando: "[...] b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad [...]". En ese sentido, de cumplirse los presupuestos de la citada excepción, corresponde el sobreseimiento en aplicación de la referida norma procesal.

**§. DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO
REGULACIÓN LEGAL**

5. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo fue inicialmente regulado en el artículo 397 del Código Penal (en adelante, CP), dentro de la Sección IV -corrupción de funcionarios-, que prescribía lo siguiente:

El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 2 ni mayor de 5 años.

6. Este tipo penal fue modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 27074, publicada el 26 marzo de 1999, que exigió que el verbo rector "interesarse" se realice de modo "indebido". El texto es el siguiente:

Artículo 397.- El funcionario o servidor público que **indebidamente** en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años (resaltado nuestro).

7. Finalmente, este ilícito penal se ubicó en el artículo 399 del CP, debido a que, mediante la reforma del artículo 1 de la Ley N.º 28355, publicada el 6 octubre de 2004, se reguló en el artículo 397 del citado cuerpo de leyes, el delito de cohecho activo genérico.

8. El ilícito imputado, vigente al momento de los hechos, se encuentra regulado en el artículo 399 del CP, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28355, publicada el 6 octubre de 2004, cuyo texto es el siguiente:



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 4 ni mayor de 6 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal (resaltado agregado).**

9. Esa redacción fue modificada por el Artículo Único de la Ley N.º 30111, publicada el 26 noviembre de 2013, cuyo texto es el siguiente:

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 4 ni mayor de 6 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con 180 a 365 días-multa.

Según la extensa fundamentación fáctica de la acusación, los hechos (precedentes, concomitantes y posteriores) se habrían suscitado entre el 31 de enero de 2013 y el 9 de octubre de 2013 (fecha de suscripción de la adenda que prorroga la contratación administrativa de servicios), por lo que es aplicable el texto del artículo 399 del CP, modificado por la Ley N.º 28355, de fecha 6 de octubre de 2004, mas no el texto modificado por la Ley N.º 30111, de fecha 26 de noviembre de 2013, por ser posterior y ser más grave al contemplar adicionalmente la pena de días-multa.

§. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

10. En el presente caso, en la resolución recurrida, para la evaluación y amparo de la excepción planteada, se menciona en su primer considerando que se le imputa al acusado que

[...] **en su condición de juez superior titular, presidente de la Corte Superior de Justicia de Ucayali y presidente de la Comisión de Selección de Personal en el proceso CAS N° 096-2013, haber mostrado de manera directa un interés indebido en el concurso CAS N° 096-2013, desarrollado en el mes de junio del año 2013, en el Distrito Judicial de Ucayali, con el objeto de lograr la contratación del exservidor Yuri Unilveros Barboza, como personal de apoyo en asesoría en actividades relacionadas a la Oficina de Imagen y Prensa, a pesar de no cumplir con el perfil requerido para dicho puesto, quien finalmente laboró desde el mes de julio de 2013, hasta diciembre de 2014. Así mismo, se señala que dicho interés indebido se dio con el objeto de beneficiar económicamente a una persona con quien mantenía vínculos de parentesco, amistad y laboral. (resaltado agregado)**



11. Luego de citar esa fundamentación fáctica, se ha declarado fundada la excepción, fundamentalmente por las siguientes razones:

i) La conducta típica del delito de negociación incompatible está constituida por el verbo "interesarse". Mediante la modificación de la Ley N.º 28355, de 6 de octubre de 2004, se incluyó el elemento típico "provecho propio o de tercero"; es decir, el interés es sancionable siempre que implique un provecho para el funcionario o tercero.

ii) A pesar que ha sido discutida la naturaleza de este "provecho", en definitiva, posee una connotación económica. Se requiere un riesgo para el patrimonio estatal, tal como lo ha establecido la Casación N.º 231-2017, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

iii) La acusación señaló que el interés indebido del acusado Francisco de Paula Arístides Boza Olivari se habría manifestado en la contratación de Yuri Untiveros Barboza, con la finalidad de beneficiarlo económicamente en aras de los vínculos de amistad, parentesco y laboral. También, se indicó que dicho interés estaría materializado en el contacto telefónico que habría tenido Yuri Untiveros Barboza con el personal de la empresa ABC Group For Human Development S.A.C., de propiedad de Rodolfo Orellana Rengifo.

iv) No obstante, si bien debe tratarse de un interés relacionado con un provecho que sea para el mismo imputado o un tercero, no se aprecia cuál habría sido el interés que tuvo el acusado; tampoco fue debidamente explicado por el fiscal en la audiencia pública.

v) El contenido de provecho abarca, tanto el donativo como la ventaja o beneficio. Los alcances del provecho pueden dar lugar a una línea de interpretación, pero, mediante una interpretación restrictiva, debe afirmarse la tesis de un provecho patrimonial, y no de provechos políticos, afectivos o de imagen. La imputación deberá atender a este componente fundamental del delito (provecho) para descartar intereses indebidos sin contenido patrimonial.

vi) No se ha determinado que la conducta del imputado ponga en riesgo los intereses de la administración pública. La imputación no fundamentó cuál sería el provecho para el propio acusado o para el tercero. En todo caso, aunque se quiere tomar como supuesto provecho el contrato de Yuri Untiveros Barboza (tercero) y los ingresos que percibió estando en el cargo, ello no puede considerarse un provecho indebido por cuanto se trata de una contraprestación por el servicio efectivo brindado a la Corte Superior y no un provecho patrimonial en perjuicio de la entidad.

12. En la resolución recurrida y en sus argumentos centrales, se pueden constatar los siguientes errores:

12.1 Se afirma que para la comisión del delito de negociación incompatible debe existir un "interés relacionado con un provecho que sea para el mismo



imputado o un tercero, pero no se aprecia cuál habría sido el interés que tuvo el acusado, tampoco fue debidamente explicado por el Fiscal en la audiencia pública".

En su impugnación, el Ministerio Público insistió en que ha sustentado dicho interés del acusado tanto en la contratación de un familiar como en el hecho de contar con una persona de confianza para realizar los contactos telefónicos con la organización de Rodolfo Orellana.

Al respecto, es necesario mencionar que, en efecto, en la imputación transcrita en la misma resolución recurrida se menciona que el encausado mostró:

[...] de manera directa un interés indebido en el concurso CAS N.º 096-2013, desarrollado en el mes de junio del año 2013, en el Distrito Judicial de Ucayali, con el objeto de lograr la contratación del ex servidor Yuri Untiveros Barboza, como personal de apoyo en asesoría en actividades relacionadas a la Oficina de Imagen y Prensa, a pesar de no cumplir con el perfil requerido para dicho puesto.

Además, se señala que "dicho interés indebido se dio con el objeto de beneficiar económicamente a una persona con quien mantenía vínculos de parentesco, amistad y laboral".

Se advierte, entonces, que el Ministerio Público sí ha circunscrito en qué consistiría el interés del encausado, de lo que se destaca que son aspectos relacionados con el mismo los siguientes: **i)** no obstante su condición de presidente de la Corte Superior y encontrarse obligado a actuar con imparcialidad, su intención era lograr la contratación de Yuri Untiveros Barboza; **ii)** que dicha contratación se realice a pesar que él no tenía el perfil requerido; **iii)** el objeto fue beneficiar económicamente al susodicho; **iv)** tenía una relación de parentesco, de amistad y laboral, con dicha persona en la que se basaba dicho interés.

En conclusión, la resolución recurrida no ha evaluado ni adecuada ni integralmente el elemento típico referido al interés indebido, lo que además, al existir imputaciones fácticas suficientes, correspondería efectuar en la resolución de mérito (sentencia).

12.2 Adicionalmente a lo expuesto, en lo que se refiere al análisis dogmático del tipo penal –tal como se ha denunciado en los agravios–, también existen aspectos que no se han analizado suficientemente de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia nacional. Se expresa (y esto es parte de los fundamentos centrales para el amparo de la excepción) que la conducta típica del delito de negociación incompatible está constituida por el verbo "interesarse", que es un delito de peligro concreto y, que, para la existencia del delito, debe tratarse de un interés relacionado con un provecho que sea para el mismo



imputado o un tercero, mas no tratarse de provechos políticos, afectivos o de imagen; por tanto, debe excluirse intereses indebidos sin contenido patrimonial. En relación con estas afirmaciones, es necesario aclarar puntualmente lo siguiente:

12.2.1 En la resolución recurrida se presenta la tesis de que el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto y que, por ende, se requiere necesariamente un "provecho"; y que, "en definitiva", posee una connotación económica, para lo cual se cita como base de todo ese desarrollo la Casación N.º 231-2017⁴.

Lo primero que es necesario aclarar es que lo expresado en la referida casación no es una posición sólida o plasmada en derroteros jurisprudenciales consolidados, a tal extremo que, en esa misma casación, existe un voto discordante del señor juez supremo Sequeiros Vargas, en el que indica que:

[...] 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.

12.2.2 En forma contraria a lo sostenido en la resolución recurrida, también se señala en la doctrina que "el delito de negociación incompatible resulta ser un delito de peligro abstracto, es decir, la técnica de redacción, busca la posibilidad de adelantar la barrera de punibilidad por criterios de política criminal preventiva [...]"⁵.

En la misma línea de interpretación, Abanto Vásquez sostiene que "en toda actividad del funcionario debería estar en mente el beneficio para la administración pública; si ello no es así, se habrá producido el peligro abstracto"⁶.

Asimismo, Rojas Vargas afirma:

El tipo penal no integra como componente típico el perjuicio material a la administración pública (...) lo cual implica seguir considerando al delito como uno cuya naturaleza de peligro para el bien jurídico

⁴ Ponente: Cevallos Vegas. Colegiado: Hinojosa Pariachi, Figueroa Navarro y Chávez Mella. Disponible en línea: <http://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/Expediente/HitoExpediente4.aspx>. Casación N.º 231-2017-Puno de fecha 14 de septiembre de 2017.

⁵ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto Pacífico, p. 776.

⁶ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el código Penal peruano*. Lima: Editorial Palestra, p. 453.



protegido ha sido focalizado por la política criminal del Estado en fase de anticipación de tutela⁷.

Por su parte, Salinas Siccha refiere sobre este ilícito lo siguiente: "Es uno de mera actividad o de peligro y, por tanto, se consume con la sola verificación del interés particular del sujeto público en la celebración del contrato o realización de operaciones en representación del Estado [...]"⁸.

12.2.3 En ese sentido y a propósito de la evaluación del tipo de delito materia de imputación, es necesario tener en cuenta el bien jurídico protegido. Al respecto:

El bien jurídico genérico de los delitos de corrupción definido anteriormente es el correcto o normal funcionamiento de la administración pública. Pero el bien jurídico específicamente protegido en el delito de negociación incompatible es la objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado⁹.

De ahí afirma también que:

[...] el artículo 12º de la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC) señala que no es necesario que los actos de corrupción generen un perjuicio patrimonial para ser sancionados. En la misma línea, el artículo 3º inciso 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción indica también que no es necesario que los delitos de corrupción generen un perjuicio o daño patrimonial al Estado¹⁰.

Sobre esa base, concluye:

El hecho de que la conducta típica sea solo el "interesarse", indica que el delito de negociación incompatible es un delito de mera actividad, ya que el tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo al Estado producto de la manifestación de dicho interés¹¹.

Como se puede apreciar, en la doctrina existen fuertes argumentos sobre una perspectiva diferente de análisis que podría haberse desarrollado -positiva o negativamente- en la decisión recurrida; asimismo, tampoco se ha evaluado el tema de cara al bien jurídico específico de protección, sino que se ha hecho referencia únicamente al bien jurídico protegido en forma genérica, no obstante que en el propio fundamento décimo se distingue el objeto genérico del objeto específico de tutela, empero, no se analiza la excepción desde la

⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. (2017). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. 2.ª ed. Lima: Nomos & Thesis. p. 408.

⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. (2014). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley. p. 578.

⁹ MONTAYA VIVANCO, Yván. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: Open Society Foundations e IDEHPUCP. p. 131.

¹⁰ Montoya Vivanco, Yván Ob. Cit. p. 132

¹¹ Montoya Vivanco, Yván Ob. Cit. p. 132



perspectiva del el objeto específico de tutela que en este caso era imprescindible.

12.3 De igual manera, a nivel de la jurisprudencia también existen muchas decisiones jurisdiccionales que recogen criterios claramente opuestos a los de la decisión recurrida. Así, citamos las siguientes:

i) En el Recurso de Nulidad N.º 2068-2012¹², de 19 de abril de 2013, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema se pronunció en el siguiente modo:

El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la administración pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal, importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la administración pública. (subrayado nuestro)

ii) El Recurso de Nulidad N.º 3281-2011¹³, de 24 de enero de 2013, de la Sala Penal Permanente, ha señalado que el delito en cuestión es:

[...] un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. El tipo no 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 [...]. (subrayado nuestro)

iii) En el Recurso de Nulidad N.º 1674-2013-Ayacucho¹⁴, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema expresó (séptimo considerando):

Los encausados impidieron dolosamente un concurso transparente y favorable al tesoro municipal, al contemplar unos requisitos o criterios que no consignaron en las bases, imposibilitando el principio de igualdad de oportunidades y lesionando las expectativas de una competencia sana y fructífera para la administración municipal. (Subrayado nuestro)

¹² Ponente: San Martín Castro. Colegiado: Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo y Neyra Flores. Disponible en línea:

<http://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/Expediente/ExpedienteVerPDF>.

¹³ Ponente: Salas Arenas. Colegiado: Villa Stein, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Tello Giraldi. Disponible en línea: <http://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/Expediente/ExpedienteVerPDF>.

¹⁴ Ponente: San Martín Castro. Colegiado: Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Salas Arenas y Príncipe Trujillo. Disponible en línea:

<http://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/Expediente/HitoExpediente2>.



iv) En el Recurso de Nulidad N.º 666-2016-Áncash¹⁵, de 29 de mayo de 2017, emitido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se señaló que:

Se está ante un supuesto de negociación incompatible (artículo 399 del Código Penal), pues decidieron, abusando de sus cargos como miembros del aludido comité especial, otorgar la buena pro a una empresa que no podía ni merecía ser ganadora y contratar la Municipalidad –volcaron en la decisión una pretensión de parte no administrativa–. El fundamento de esta incriminación es, como se sabe, evitar la parcialidad del agente sin atender a la causa que lo impulsa [DONNA, Eduardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, dos mil ocho, página trescientos sesenta y dos]. (Subrayado nuestro)

v) La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N.º 00036-2012-4-1826-JR-PE-01¹⁶, de 21 de septiembre de 2012, expresó:

Fundamento séptimo. [...] El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente, el normal funcionamiento de la administración pública de interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público) que anteponen sus intereses a la de ella, en rigor a lo que se trata de preservar los deberes funcionales y/o especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud objetividad, etc) en su actuación funcional frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales. (subrayado nuestro).

vi) En la misma línea, en el Recurso de Nulidad N.º 972-2017¹⁷, emitido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de 7 de septiembre de 2017, se ha expresado:

El Acuerdo Plenario N.º 01-2010 [...] establece que: "Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí¹⁸ tienen contenido patrimonial" y que (fundamento sexto) "El objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública. El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés

¹⁵ Ponente: San Martín Castro. Colegiado: Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado y Príncipe Trujillo. Disponible en línea:

<http://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/Expediente/ExpedienteVerPDF>.

¹⁶ Ponente: Castañeda Otsu. Colegiado: Maita Darregaray y Vela Barba. Disponible en línea: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b9bba804d41dda694ffbfa5f378198b/D_Expediente_00036_2012_291012.pdf.

¹⁷ Ponente: Príncipe Trujillo. Colegiado: Lecaros Cornejo, Chaves Zapater, Calderón Castilla y Ventura Cueva. Disponible en línea:

<http://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/Expediente/ExpedienteVerPDF.aspx>.

¹⁸ Se refiere a los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, contenido en el capítulo II, título XVIII del libro segundo del Código Penal.



privado de los agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a los de ella. Por lo tanto, queda claro que el delito de negociación incompatible no contempla afectación al patrimonio [...] No es un delito que resguarde al patrimonio del Estado como bien jurídico". (subrayados nuestros)

vii) En el Recurso de Nulidad N.º 661-2009¹⁹, de 10 de marzo de 2010, de la Sala Penal Permanente, se expresa en el fundamento tercero:

[...]si bien el referido tipo penal está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo -principio de taxatividad- que el sustento de la prohibición no está en la generación de un patrimonial al Estado sino en el irregular desempeño funcional [...]" (subrayado nuestro)

12.4 Entonces, para asumir una posición bastante discutible en el sentido de que sería imprescindible la existencia de un "provecho patrimonial" en el delito de negociación incompatible por tratarse de un delito de peligro concreto, o de un perjuicio de tal calidad para el Estado, era pertinente la evaluación adicional de la doctrina y jurisprudencia en forma integral, pues, no bastaba con presentar el criterio plasmado en la resolución recurrida como una perspectiva de análisis sumamente consolidada o indiscutible.

12.5 A propósito del agravio consistente en que para interponer la excepción de improcedencia de acción debe partirse del supuesto descrito por la Fiscalía, lo cual se ha determinado en la Casación N.º 407-2007-Tacna, al margen de lo expuesto precedentemente, es necesario aclarar que la imputación fáctica del Ministerio Público, en este proceso penal, no se agota en lo transcrito en el primer considerando de la resolución recurrida respecto a los hechos imputados, sino que, tal como puede verificarse en el escrito de acusación (folios 1-70 del cuaderno de la etapa intermedia), luego de la síntesis de los hechos atribuidos consignados en el apartado II.6, se consignan las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores en un total 11 páginas (folios 3 -14), fundamentos fácticos adicionales entre los cuales, como proposiciones más importantes por ser penalmente relevantes, son destacables las siguientes:

¹⁹ Ponente: Santa María Morillo. Colegiado: San Martín Castro, Lecaros Cornejo, Príncipe Trujillo, Calderón Castillo. Disponible en línea: <https://vlex.com.pe/vid/-472519390>.



I) En el fundamento 11 se afirma:

Por su parte, Yuri Untiveros Barboza primo de Flor Mónica Barboza Aguilar, esposa del acusado Francisco de Paula Arístides Boza Olivari, laboró desde febrero a mayo del 2013 en una pequeña empresa denominada SEBATEC en el área de Soporte Técnico e Informático, junto a su cuñado Samuel Alfonso Castillo Plasencia y su hermana Tania Untiveros Barboza; luego, a partir del 08.05.2013 a través de un contrato de suplencia suscrito por el acusado Francisco de Paula Arístides Boza Olivari –en su condición de presidente de Corte Superior de Justicia de Ucayali– ingresó a trabajar a dicha Corte, siendo destacado a la Oficina de Informática y luego, en adición a dichas funciones, a la Oficina de Imagen Institucional. Cabe señalar que la plaza que ocupaba era de suplencia al técnico judicial de la Central de Notificaciones, Manuel Enrique Borgos Saavedra, obteniendo una remuneración mensual de S/1,302.00.

Sobre esta parte de la imputación fáctica no existe ningún pronunciamiento positivo ni negativo en la resolución recurrida.

II) En el fundamento 11 (repetido) se afirma:

La convocatoria del proceso CAS N.º 096-2013 estableció como perfil del postulante a la plaza de Apoyo en Asesoría en Actividades relacionadas a la Oficina de Imagen y Prensa (código 00530) los siguientes requisitos:

REQUISITOS	DETALLE
Experiencia	<u>Experiencia mínima de 01 año en labores similares.</u>
Competencia	Experiencia y aptitud para el trabajo por objetivos y búsqueda de metas institucionales.
Formación Académica y/o nivel de estudios	Secundaria completa, <u>estudios técnicos y/o universitarios de comunicación y publicidad.</u>
Conocimiento para el puesto y/o cargo	Conocimiento del entorno de la actividad profesional e implementación de páginas web.
Monto de la prestación	El pago se efectuará a razón de S/2,120.00 (dos mil ciento y 00/100 nuevos soles).

Sobre esta parte de la imputación fáctica no existe ningún pronunciamiento positivo ni negativo en la resolución recurrida. Cabe señalar que en la audiencia de apelación el encausado manifestó que: "según este cuadro, el único requerimiento para la plaza era de secundaria completa, mas no habría sido imprescindible los estudios técnicos y/o universitarios de comunicación y publicidad". Sin embargo, esa es una particular interpretación que en todo caso debe analizarse en la resolución de fondo y con los medios probatorios que las partes eventualmente presenten.



iii) En el fundamento 23 se refiere que "Yuri Untiveros Barboza al postular al proceso CAS N.º 096-2013, declaró cursar el VII ciclo de Ingeniería de Sistemas en la Universidad Nacional de Ucayali, sin adjuntar la constancia de estudios respectiva".

Sobre esta parte de la imputación fáctica no existe ningún pronunciamiento positivo ni negativo en la resolución recurrida.

iv) En el punto 24, se indica:

Por su parte el jefe de la Dirección General de Registro y Asuntos Académicos de la Universidad Nacional de Ucayali informó que Yuri Untiveros Barboza si bien ha sido alumno de la Facultad de Ingeniería de Sistemas, también informó que en ciclo académico 2013-I, su ciclo relativo de estudios fue el VI Ciclo y no el VII ciclo conforme lo declaró ante la CSJUC.

Sobre esta parte de la imputación fáctica no existe ningún pronunciamiento positivo ni negativo en la resolución recurrida.

v) En el punto 26 se señala, con relación al presunto favorecido Yuri Untiveros Barboza, lo siguiente:

- i. No declaró que se encontraba trabajando en la CSJUC bajo la modalidad de suplencia en la plaza de un técnico judicial de la Central de Notificaciones destacado a la plaza a la cual postulaba.
- ii. Que toda su experiencia profesional estaba relacionada al área de soporte técnico y mantenimiento de equipos de cómputo, y no en labores propias de actividades relacionadas a imagen y prensa como exigía el perfil a la plaza que postuló.

Sobre esta parte de la imputación fáctica no existe ningún pronunciamiento positivo ni negativo en la resolución recurrida.

vi) En el punto 27 se refiere:

Además, de la información registral, se verificó que el acusado Francisco de Paula Aristides Boza Olivari fue socio fundador de la empresa **UBATEC S.A.C.**, conjuntamente con Hermógenes Untiveros Cisneros y Lincol Pablo Alejos Romero, desde el 30.01.2004 hasta el 05.02.2010, fecha en la cual se removió al Directorio por Hermógenes Untiveros Cisneros (presidente), Rocky Untiveros Barboza y Cinthia Untiveros Cisneros (directores), -tío y hermanos de Yuri Untiveros Barboza, respectivamente-, transfiriendo el acusado sus 500 acciones de la siguiente forma:

- i. A favor de **Hermógenes Untiveros Cisneros**, 485 acciones con un valor nominal totalizado en S/4,850.00, suma que fue cancelada por el adquirente al contado.



- ii. A favor de **Rocky Untiveros Barboza**, 15 acciones con un valor nominal totalizado en S/150.00, suma que fue cancelada por el adquirente al contado.

Sobre esta parte de la imputación fáctica no existe ningún pronunciamiento positivo ni negativo en la resolución recurrida.

vii) En el punto 28 se manifiesta:

En consecuencia, Yuri Untiveros Barboza trabajó en la empresa UBATEC S.A.C., durante los años 2005-2006, periodo en el cual el acusado Francisco de Paula Boza Olivari era accionista y miembro del directorio, con lo cual se acredita la existencia de una relación laboral entre ambos antes de su ingreso a laborar en la CSJUC.

Sobre esta parte de la imputación fáctica tampoco existe ningún pronunciamiento positivo ni negativo en la resolución recurrida.

viii) En el punto 30 se señala:

Por otro lado, del currículum vitae presentado por Yuri Untiveros Barboza también se advierte que no contaba con capacitaciones o estudios técnicos y/o universitarios en comunicación, publicidad y/o afines, siendo el caso que sus capacitaciones estuvieron relacionadas con programas y mantenimiento de equipos informáticos.

Sobre esta parte de la imputación fáctica no existe ningún pronunciamiento positivo ni negativo en la resolución recurrida.

ix) En el punto 31 se agrega:

Finalmente el testigo Adelino Benjamín Balarezo Cerdán, postulante a la plaza de apoyo en asesoría en actividades relacionadas a la Oficina de Imagen y Prensa, quien quedó como elegible en el Proceso CAS N.º 096-2013, en el año 2013 ya era licenciado en periodismo, puesto que obtuvo el grado de Bachiller en Ciencias de la Comunicación el 27.03.1992 y el título profesional el 21.09.1999, lo cual permite concluir que académicamente el citado testigo, cumplía de manera idónea el perfil para dicha plaza.

Sobre esta parte de la imputación fáctica no existe ningún pronunciamiento positivo ni negativo en la resolución recurrida.

x) Respecto al rol de Yuri Untiveros Barboza en la vinculación de Francisco de Paula Aristides Boza Olivari con Rodolfo Orellana Rengifo, en los puntos 44 y 45 se indica lo siguiente:

44. Al acusado Francisco de Paula Boza Olivari en el marco de la Carpeta Fiscal N.º 03-2015, tramitada ante este Despacho Supremo se le atribuyó en su condición de Juez Superior de la CSJUC, la



presunta comisión de los delitos de Cohecho Pasivo y Tráfico de influencias en agravio del Estado, por haber sido integrante de la organización criminal liderada por Rodolfo Orellana Rengifo, siendo su función la de nombrar a varios jueces con la finalidad de que emitieran resoluciones judiciales favorables a los intereses de este último o de personas de su entorno.

45. A lo largo de la investigación ordenada en dicha Carpeta Fiscal N.º 03-2015, se ha determinado, a consecuencia del levantamiento del secreto de las comunicaciones, la existencia de diversas llamadas del número telefónico usado por Yuri Untiveros Barboza cuando prestaba servicios a la Oficina de Imagen Institucional de la CSJUC con la empresa ABC Group For Human Development S.A.C., de propiedad de Rodolfo Orellana Rengifo, a pesar de que no existía ninguna relación laboral ni amical entre ambos.

También adjunta un extenso cuadro de llamadas telefónicas, pero sobre esta parte de la imputación fáctica no existe tampoco ningún pronunciamiento positivo ni negativo en la resolución recurrida.

12.6 Como se puede apreciar con meridiana claridad, el común denominador de cada uno de los fundamentos fácticos señalados en el acápite anterior, que son parte de la acusación, es que en la resolución recurrida no han sido analizados de ningún modo, a pesar de ser sumamente importantes para determinar positiva o negativamente la concurrencia de los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva que conforman el delito de negociación incompatible que se le atribuye al encausado, por lo que es evidente que la resolución recurrida en la que se ha declarado fundada la excepción de improcedencia de acción y, consecuentemente, se ha dispuesto el sobreseimiento (archivamiento) del proceso incurre en error al sostener que la descripción de los hechos (que citó en forma incompleta) no se subsume en el tipo penal imputado.

De allí se colige que no se ha procedido de acuerdo con los parámetros regulares para el amparo de la referida excepción en el sentido de que se deben **"tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de Imputación pertinente"**, como se expresó en el aludido Recurso de Casación N.º 407-2015 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En consecuencia, es evidente que los hechos imputados sí se subsumen en el tipo penal invocado por el Ministerio Público, por lo que la infundabilidad de la excepción deducida se aprecia con meridiana claridad, sin que sea necesario ni razonable un reenvío, ya que este órgano jurisdiccional ha expresado los fundamentos fáctico-jurídicos que ameritan una decisión celeré sobre el medio técnico de defensa deducido.



12.7 Finalmente, el hecho de que los miembros del Comité de Selección hayan sido tres personas y de que el procesado no actuó solo no justifica el amparo de la excepción deducida; ese hecho constituye, en todo caso, un argumento de irresponsabilidad que deberá ser evaluado positiva o negativamente en su debida oportunidad. Así mismo, la afirmación efectuada al deducir la excepción, en el sentido de que no sería el delito de negociación incompatible, sino el delito de nombramiento ilegal²⁰, no es suficiente para el amparo de la excepción debido a que no se tuvieron en cuenta todos los fundamentos fácticos. Además, en forma general debe tenerse presente que, eventuales errores en la calificación jurídica pueden corregirse en el escrito de acusación, tal como está prescrito en el inciso 2 del artículo 349 del CPP²¹.

12.8 A efectos de preservar el principio de independencia del juez constitucionalmente consagrado, en vista de que el juzgador originario ha efectuado apreciaciones sobre el fondo, debe remitirse la causa a otro llamado por ley.

12.9 Como quiera que se ha plasmado un criterio sumamente discutible en la Casación 237-2017 PUNO por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, con fecha 14 de septiembre de 2017 y atendiendo centralmente a que la Casación según lo previsto en el artículo 429 del CPP tiene básicamente fines nomofilácticos, de control de logicidad, uniformizadores y excepcionalmente dikelógicos (justicia del caso concreto) es necesario que se curse oficio a la Presidencia del Poder Judicial para que –de estimarse– se convoque a un Pleno Casatorio sobre los alcances y naturaleza del delito de negociación incompatible, en armonía con lo previsto en el artículo 433 del CPP.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República **RESUELVE**:

I. DECLARAR fundados los recursos de apelación interpuestos por los representantes del Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en

²⁰ Argumento que el procesado Boza Olivari sostuvo en el escrito de fojas 139 del cuaderno de etapa intermedia N.º 07-2016. "Fundamento 3: [...] en la página 46 de la acusación literal b) correspondiente a la adecuación de los hechos que hace la fiscalía al tipo penal, se sustenta en que Yuri Untiveros Barboza no reunía los requisitos exigidos por el perfil académico del cargo; si fuera cierto, entonces se trataría del delito previsto en el artículo 381 del Código Penal, es decir, nombramiento ilegal [...]".

²¹ "La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica".



Delitos de Corrupción, de fojas 305-310 y 321-331, respectivamente, del cuaderno de etapa intermedia.

II. REVOCAR el auto de fecha 22 de junio de 2018 (folios 265/274), emitido por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción presentada por el acusado Francisco de Paula Boza Olivari en la investigación que se le sigue por los delitos contra la administración pública –corrupción de funcionarios– en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en agravio del Estado, y dispuso el sobreseimiento del proceso; **y, reformándola, DECLARAR infundada** dicha excepción de improcedencia de acción, por lo que debe continuar la causa según su estado.

III. DISPONER que el expediente se remita a otro juez llamado por ley, quien dictará, de acuerdo a los dispositivos sustantivos, procesales y constitucionales, nuevo pronunciamiento, sin perjuicio de su irrestricta independencia.

IV. DISPONER se curse Oficio a la Presidencia del Poder Judicial, con una copia de la presente Resolución y de la Casación 231-2017 PUNO de fecha 14 de septiembre de 2017, para que –de estimarse– se convoque a un Pleno Casatorio sobre los alcances y naturaleza del delito de negociación incompatible, objetivo señalado en el fundamento N.º 12.9 de la presente resolución.

V. NOTIFICAR con arreglo a ley y que se devuelvan.-

S.S.

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

GUERRERO LÓPEZ