



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1494-2019/CUSCO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Negociación Incompatible. Reparación civil

Sumilla 1. Los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós, cada uno desde su rol, lograron el acuerdo del Concejo Municipal de traslado de los fondos bancarios de la Municipalidad a otra modalidad –de plazo fijo en dólares americanos a una de fondo común en soles–. Nada consistentemente idóneo explicó tan insólita conducta –detallada en el oficio del Banco Continental de veintisiete de octubre de dos mil diez, y que importó, por la propia modalidad de una cuenta de fondos mutuos, al ser fondos comunes formados por aportes voluntarios de distintas personas consistentes en dinero, una inversión financiera de riesgo–, al punto que solo produjo pérdidas a la Municipalidad y ganancias para el Banco –es significativo resaltar, conforme lo explicó el perito contable Octavio Tito Delgado en el acto oral, que los imputados omitieron aplicar la Directiva de Tesorería cero cero uno-dos mil diecisiete, que establecía que los fondos de la Municipalidad debían ser manejados por el área de tesorería–. El interés que los impulsó, en todo caso, no fue el propio de la Administración en orden a la protección de los recursos municipales. Lo que se hizo no se trató, en todo caso, un error de cálculo o una mera imprudencia temeraria, sino una conducta conscientemente peligrosa para el bien jurídico, de tal modo que ni siquiera cumplieron con las exigencias de control y seguimiento demandados por el ya citado “Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero”. 2. Más allá de que el delito de negociación incompatible es de peligro abstracto, lo que ocurrió fue que finalmente se afectó patrimonialmente a la Municipalidad, pericialmente determinado. Y, como los regidores contribuyeron a esos hechos con la aprobación de esa medida que acabó dañando a la Municipalidad, deben indemnizarla, con arreglo al artículo 1969 del Código Civil.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiuno de abril de dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación interpuestos por la defensa de los encausados ELIO PRO HERRERA, CÉSAR ARTURO CAMACHO GALDÓS, BLASCO ANTONIO CENTENO CATALÁN, JOSÉ LUIS MOSCOSO CUSI, EUGENIA DÁVILA SOMBUI y WALQUER JORGE ÁLVAREZ GUZMÁN, por la causal de infracción de precepto material, contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve, en el extremo que confirma e integra la sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, de veintiuno de enero de dos mil diecinueve, que condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y cuatro años y ocho meses de inhabilitación, así como a los dos, conjuntamente con los absueltos Abelardo Echeagaray Delgado, Blasco Antonio Centeno Catalán, José Luis Moscoso Cusi,



Eugenia Dávila Sombui y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, al pago solidario de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Mixta de Echarati a fojas una, cuarenta, setenta y cuatro y ciento veintitrés (incidente), de veintitrés de noviembre de dos mil once, de siete de noviembre de dos mil doce, treinta de mayo y veintiséis de julio de dos mil trece, respectivamente, formuló acusación contra Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Medina Espinoza y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, como coautores de la comisión del delito de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; y, alternativamente, contra Elio Pro Herrera por la comisión del delito de preculado doloso en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; así como contra Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de colusión desleal y negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati.

∞ El Juzgado de Investigación Preparatoria de Echarati mediante auto de fojas doscientos cinco (incidente), de doce de agosto de dos mil dieciséis, declaró la procedencia del juicio oral.

SEGUNDO. Que el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cusco, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha veintiuno de enero de dos mil diecinueve dictó la respectiva sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, que absolvió a Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Espinoza Medina y Walker Jorge Álvarez Guzmán de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; absolvió a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós de la calificación jurídica alternativa propuesta por delitos de preculado doloso y colusión desleal en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; y, condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati, a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y fijó en quinientos mil soles el monto que abonarán solidariamente por concepto de reparación civil a José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri,

David Modesto Espinoza Medina y Walker Jorge Álvarez Guzmán, en mérito al artículo 12, apartado 3, del Código Procesal Penal, así como, Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós el monto de quinientos mil soles; asimismo, dispuso la restitución del dinero capital afectado por la suma de un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles, a ser pagados en un plazo de seis meses de consentida o ejecutoriada la sentencia.

TERCERO. Que la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco emitió la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve. Ésta, confirmó la sentencia de primera instancia, de veintiuno de enero de dos mil diecinueve, e integrándola, impuso a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós la pena de inhabilitación por el plazo de cuatro años y ocho meses.

∞ Contra la referida sentencia de vista la defensa de los encausados Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, y Walker Jorge Álvarez Guzmán interpusieron recurso de casación.

CUARTO. Que los cargos materia de acusación fiscal contra los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós son como siguen:

- A.** El primero, como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Echarati, y el segundo, como Gerente Municipal, conjuntamente con José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Espinoza Medina y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, Regidores de la mencionada Municipalidad, conforme al acta de sesión de Concejo Municipal siete-dos mil siete, de veintisiete de febrero de dos mil siete, aprobaron la autorización para el traslado de los fondos de la cuenta a plazo fijo (previo cambio monetario de dólares a soles) a una cuenta de fondo común, dentro de la misma entidad bancaria, el Banco Continental con sede en la ciudad de Quillabamba. La ejecución del acuerdo corrió por los acusados Pro Herrera y Camacho Galdós, expidiéndose antes la Resolución de Alcaldía 046-2007-A-MDE/LC, de nueve de marzo de dos mil siete, y luego el oficio del Alcalde dirigido al Banco Continental de veintidós de marzo de dicho año.
- B.** Es del caso que el Alcalde y su equipo de asesores manipularon los temas a tratar y aprobar en la Agenda. Los acusados Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós consiguieron que el Concejo Municipal no solo tome el acuerdo de aprobar el cambio de fondos de la cuenta a plazo fijo número dos uno ocho guión cero uno tres cero cero cero uno seis cero dos ocho en dólares americanos, a una de fondos mutuos, sino que además lograron que se les encargue suscribir la documentación necesaria y efectuar las gestiones pertinentes.

- C. Ello se tradujo en la emisión de la respectiva Resolución de Alcaldía y presentación de documentos por parte de Camacho Galdós y se consumó con el acto, acontecido el veintiocho de marzo de dos mil siete, en cuya virtud en la cuenta de fondos mutuos del Banco Continental se efectuaron los siguientes depósitos: al Fondo Mutuo, cuenta número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco dos guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cuatro seis, la suma de once millones de soles, y al Fondo mutuo, cuenta número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco ocho guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cinco seis, la suma de ocho millones doscientos dos mil setecientos sesenta soles con treinta y siete céntimos. Ello hizo un total de diecinueve millones doscientos dos mil setecientos sesenta soles con treinta y siete céntimos.
- D. Estas acciones favorecieron económicamente al Banco Continental del Perú. A febrero de dos mil siete la Municipalidad Distrital de Echarati ya había perdido la suma de setecientos noventa y siete mil doscientos treinta y nueve soles. Y fue a partir del cambio de modalidad de ahorros por el de Fondos Mutuos que las pérdidas de la Municipalidad continuaron, contrariamente los beneficios para la entidad financiera se vieron aumentadas, de manera tal que el veinte de octubre de dos mil ocho, las cuentas arrojaron los siguientes resultados: (1) Fondo Mutuo número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco dos guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cuatro seis, igual a nueve millones doscientos siete mil doscientos diecinueve soles con cincuenta y siete céntimos: pérdida de un millón setecientos noventa y dos setecientos ochenta y uno soles. (2) Fondo Mutuo número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco ocho guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cinco seis, igual a la suma de ocho millones ciento setenta y seis mil doscientos setenta y cuatro soles con ochenta y siete céntimos: pérdida de veintiséis mil cuatrocientos ochenta y seis soles. Ello hizo un total de diecisiete millones trescientos ochenta y tres mil cuatrocientos noventa y soles con cuarenta y cuatro céntimos, y el monto que perdió la Municipalidad agraviada ascendió a un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles.
- E. Los acusados Pro Herrera y Camacho Galdós, de manera indebida y directamente, se interesaron y actuaron en provecho de un tercero (Banco Continental) en la operación (económica-financiera) de traslado de la cuenta de fondos a plazo fijo a la de fondo común. Dichos encausados, como Alcalde y Gerente Municipal, eran los responsables de determinar la firma de los documentos y la generación de gestiones para que se cumpla el acuerdo en este contexto. Era su rol institucional, y dentro de su ámbito de responsabilidad, no solo la evaluación de la transferencia del fondo sino también su gestión en general.
- F. Los imputados sabían que los Fondos Mutuos representan una alternativa de inversión, consistente en fondos comunes formados con aportes voluntarios,

los que pueden ser de tres tipos: renta fija, renta variable y renta mixta. Lo que generó a través del acuerdo del Concejo Municipal fue arriesgar los fondos de la Municipalidad, puesto que las inversiones que se realizan en el mercado de capitales representan inversiones de riesgo.

- G.** El Reglamento de colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero (Resolución Ministerial 087-2001-EF-10) estipula en su artículo 11 que al ser la inversión mayor a un millón de soles se tenía la obligación de generar un sistema de seguimiento y un comité de adjudicación responsable del sistema, sin embargo en este caso no se instituyó tal comité especial ni un comité de adjudicación.

QUINTO. Que la defensa del encausado Pro Herrera en su escrito de recurso de casación de fojas seiscientos treinta y siete, de treinta de mayo de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal).

∞ Postuló, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, si el delito de negociación incompatible está incurso en lo dispuesto en el artículo 80, párrafo final, del Código Penal; si el órgano jurisdiccional puede reconducir la tipificación de los hechos para aplicar la norma anterior; si los hechos acusados constituyen el delito de negociación incompatible; y, si los hechos pueden ser modificados para la aplicación de ese tipo delictivo de negociación incompatible.

SEXTO. Que la defensa del encausado Camacho Galdós en sus escritos de recurso de casación de fojas seiscientos setenta y seis, de tres de junio de dos mil diecinueve, y setecientos cincuenta y dos, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3 y 5, del Código Procesal Penal).

∞ Pretendió, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, que se determine si la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, que estableció el sistema de tercios para la medición de la pena, solo es aplicable para hechos cometidos antes de su vigencia, si resulta más favorable; que la formalización de la investigación preparatoria no suspende el plazo de prescripción extraordinaria, solo se limita a la ordinaria; que en los delitos de negociación incompatible no es posible la dúplica del plazo de prescripción; y, que la valoración de la prueba, sin tomar en cuenta normas específicas de carácter presupuestario, es válida.

SÉPTIMO. Que la defensa del encausado Centeno Catalán en su escrito de recurso de casación de fojas seiscientos ochenta y siete, de cuatro de junio de dos mil

diecinueve, denunció como motivo de casación: infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal).

∞ Pidió, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, que se establezca si pese a concluirse que no tuvo participación en el delito de negociación incompatible debe condenársele al pago de la reparación civil. Afirmó que la reparación civil tiene un carácter civil. Luego, hizo referencia a la medición de la pena y a la naturaleza de las circunstancias de agravación y de atenuación.

OCTAVO. Que la defensa del encausado Moscoso Cusi en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos uno, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, al igual que la defensa de la encausada Dávila Sombui en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos quince, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, y la del encausado Álvarez Guzmán en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos veintinueve, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, formularon la misma pretensión impugnatoria y argumentación que su coimputado Centeno Catalán.

NOVENO. Que cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas doscientos ochenta y seis, de tres de julio de dos mil veinte, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el recurso de casación por el motivo de **infracción de precepto material**: artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal.

∞ En lo atinente a los tres últimos recursos de casación –de Centeno Catalán, Moscoso Cusi, Dávila Sombui y Álvarez Guzmán–, como se plantea un tema de derecho material, vinculado a la imposición o no de reparación civil pese a una absolución, es del caso su examen casacional desde el motivo de **infracción de precepto material** (artículo 429, apartado 3, del Código Procesal Penal).

∞ En lo que concierne al tipo penal de negociación incompatible, materia, de uno u otro modo, de los recursos de casación de los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós, es del caso analizar si, en efecto, se interpretó adecuadamente sus elementos objetivos y si la subsunción fue correcta o no. Éste es un tipo penal que merece una delimitación jurisprudencial, en función a sus propias características y a las diferencias que tiene con el delito de colusión. Luego, solo en este extremo es pertinente su análisis bajo la causal de **infracción de precepto material**.

∞ Se rechazaron liminarmente, por su falta de trascendencia jurídica casacional, las pretensiones impugnativas referidas a la prescripción de la acción penal, a la vulneración del principio de congruencia fáctica, a las reglas de medición de la pena, a la valoración de la prueba y a la legalidad extra penal.

DÉCIMO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día catorce de abril del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de los señores Abogados, doctor José Wilmer Cabel Noblecilla por Pro Herrera, doctor Franklin Rooussbell Falcón Lloclla por Centeno Catalán,



Dávila Sombui y Moscoso Cusi, y doctor Walter Sierra Cruz por Camacho Galdos. También asistió el abogado delegado de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción, doctor Julio Augusto Yauri Medina, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente. No concurrió la defensa del recurrente Walquer Jorge Álvarez Guzmán, ni justificó su inasistencia.

UNDÉCIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que los hechos declarados probados no están en discusión casacional, no integran el objeto del recurso de casación. No se han considerado relevante los cuestionamientos que inciden en la motivación, intratextual y extratextual, de las sentencias de mérito, así como tampoco en el contenido del material probatorio y su apreciación por el Tribunal Superior. Propiamente, se controvierte, según se aceptó en la Ejecutoria Suprema de calificación, la *quaestio iuris* referida, en concreto, a la interpretación y aplicación del tipo delictivo materia de condena (negociación incompatible) y a la imposición del pago de la reparación civil a los absueltos por este delito.

SEGUNDO. Que lo significativo de los hechos juzgados estriba en que los encausados recurrentes (alcalde, regidores y gerente municipal), conforme a la sesión del Concejo Municipal de veintisiete de febrero de dos mil siete, aprobaron la denominada “*autorización para el traslado de los fondos de la cuenta a plazo fijo (previo cambio monetario de dólares a soles) a una cuenta de fondo común*” dentro de la misma entidad bancaria (Banco Continental – sede Quillabamba). La ejecución del referido Acuerdo Municipal corrió a cargo de los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós, alcalde y gerente municipal de la entidad agraviada, respectivamente. El tema de agenda fue objeto de manipulación por Pro Herrera y Camacho Galdós, quienes lograron su inclusión en la agenda y la respectiva aprobación. Es del caso, empero, efectivizado el cambio de la cuenta originaria el veintiocho de marzo de dos mil siete, que dio como resultado la apertura de dos cuentas de fondos mutuos por once millones de soles y ocho millones doscientos dos mil setecientos sesenta con treinta siete céntimos, respectivamente. Ese cambio de cuentas importó, a final de cuentas, una pérdida total para la Municipalidad, al veinte de octubre de dos mil ocho, de un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles, en beneficio del Banco Continental [explicación del perito contable Leonardo Monterroso Huamán en el

acto oral]. Los imputados no cumplieron con lo dispuesto en el “Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero” (Resolución Ministerial 087-2001-EF-10) y, por tanto, no generaron un sistema de seguimiento y un comité de adjudicación responsable del sistema.

TERCERO. Que el tipo delictivo de negociación incompatible, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, según la Ley 28355, de seis de octubre de dos mil cuatro, castiga al: “[...] *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 que interviene por razón de su cargo, [...]*”.

∞ Esta Sala de Casación recientemente, en dos ocasiones, ya se pronunció acerca de los alcances de este delito, en las sentencias casatorias 396-2019/Ayacucho, de nueve de noviembre de dos mil veinte, y 180-2020/La libertad, siete de diciembre de dos mil veinte. En ambos casos se sostuvo lo siguiente: “**1.** El delito 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. **2.** Es tanto un delito especial propio (*formal*) cuanto un delito de infracción de deber (*material*): el agente oficial ha de haber actuado en el proceso de contratación pública, en cualquier etapa de ella, con base a 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 –el fundamento de la imputación responde en la infracción del deber positivo del agente oficial de resguardar los intereses de la Administración a través a través de una actuación imparcial en un contrato u operación estatal en la que interviene por razón de su cargo– [ÁLVAREZ DÁVILA, FRANCISCO: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Ideas, Lima, 2020, p. 133]. **3.** Solo se requiere que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto; es decir, el comportamiento descrito en el tipo penal define una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico, se sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico. Luego, el logro de un beneficio económico, propio o de un tercero, no forma parte del tipo penal; no se exige un resultado de lesión o un resultado de peligro (peligro concreto), solo ha de probarse la tendencia final del mismo hacia ese logro –no solo se exige el dolo sino además un elemento subjetivo de tendencia: búsqueda de un provecho propio o de un tercero–. **4.** El aludido tipo delictivo puede calificarse, incluso, como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión –ambos tienen su fundamento en deberes especiales atribuidos a los agentes oficiales y están vinculados a contratos u operaciones estatales–, pero protege el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flaqueo –no de las normas principales– en relación al mismo bien jurídico. Es, por tanto, un injusto parcial en relación con el delito de colusión. **5.** Desde la acción típica, el interés indebido –directo o indirecto–, entendido siempre económicamente a tono con el objeto del tipo penal –incluso de su fuente argentina, artículo 265 originario del Código Penal–, importa de parte del agente oficial un aprovechamiento del cargo –un acto de injerencia– para hacer

prevalecer los intereses particulares (propios o ajenos) frente a los intereses de la Administración. Su contenido es volcar sobre el negocio de que se trate, en cualquiera de sus fases (actos preparatorios, ejecución o liquidación del contrato) y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas [SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2014, p. 567], una pretensión de parte no administrativa, sin perjuicio de la concurrencia, o no, del interés de la administración pública a la cual el funcionario público debe dar preminencia en función del cargo que ocupa. **6.** El agente oficial hace intervenir en el contrato u operación un interés propio y particular, se sitúa ante ellos no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración”.

∞ “El interés indebido, como afirma CREUS, es situarse ante el contrato u operación administrativa no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración –por eso se habla de un desdoblamiento del agente–. Interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares del tercero [CREUS, CARLOS: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo Dos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 299]”.

CUARTO. Que, en el presente caso, los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós, cada uno desde su rol como funcionarios municipales, lograron el acuerdo del Concejo Municipal de traslado de los fondos bancarios de la Municipalidad a otra modalidad –de plazo fijo en dólares americanos a una de fondo común en soles–. Nada consistentemente idóneo explicó tan insólita conducta –detallada en el oficio del Banco Continental de veintisiete de octubre de dos mil diez, que importó, por la propia modalidad de una cuenta de fondos mutuos, al ser fondos comunes formados por aportes voluntarios de distintas personas consistentes en dinero y, por ende, una inversión financiera de riesgo–, al punto que solo produjo pérdidas a la Municipalidad y ganancias para el Banco –es significativo resaltar, conforme lo explicó el perito contable Octavio Tito Delgado en el acto oral, que los imputados incluso omitieron aplicar la Directiva de Tesorería cero cero uno-dos mil diecisiete, que establecía que los fondos de la Municipalidad debían ser manejados por el área de tesorería–. Cabe señalar lo consignado en la sentencia de primera instancia, al puntualizar que en virtud del contrato de fondos mutuos la entidad financiera del Banco Continental comparte el riesgo de los fondos públicos del Estado para obtener no solo ganancias a su favor, del inversionista, sino obviamente para la entidad bancaria, sin haberse generado una subasta de colocación de fondos.

∞ El interés que los impulsó, en todo caso, no fue el propio de la Administración en orden a la protección de los recursos municipales. Lo que se hizo no se trató, en todo caso, de un error de cálculo o una mera imprudencia temeraria, sino una conducta conscientemente peligrosa para el bien jurídico al realizar un negocio financiero de riesgo con dineros municipales, de tal modo que ni siquiera

cumplieron con las exigencias de control y seguimiento demandados por el ya citado “Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero” (Resolución Ministerial 087-2001-EF-10).

∞ El delito, pues, está acreditado y los hechos que realizaron los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós se subsumen en el tipo penal de negociación incompatible –su conducta se incardina en esa figura penal y cumple con sus elementos objetivos y subjetivos–. En consecuencia, no se interpretó ni se aplicó erróneamente la norma penal sustantiva. El recurso defensivo de los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós no puede prosperar.

QUINTO. Que, en lo atinente a la reparación civil, es de enfatizar que la absolución no es óbice para imponer su pago a los absueltos, por lo siguiente: Primero, porque el artículo 12, apartado 3, del Código Procesal Penal consagra la autonomía entre acción penal y acción civil. Segundo, porque los criterios de imputación son disímiles entre el delito y el acto ilícito. Tercero, porque un daño puede ser causado por una conducta ilícita no delictiva. Cuarto, porque los hechos en los que intervinieron los regidores fueron la base para que los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós puedan concretar la acción punible perjudicial patrimonialmente a la Municipalidad.

∞ Es de reconocer, conforme se precisó en la sentencia casatoria 1895-2018/Lima Sur, de quince de febrero de dos mil veintiuno, que “[...] un comportamiento humano, además de constituir un hecho delictivo, puede configurar también un hecho ilícito. Por tanto, cada vez que se verifique el fenómeno de la doble valoración, junto a la consecuencia penal se aplicará la reparación civil –es obvio, por razón de los diferentes criterios de imputación, que una determinada conducta no podrá ser materia de sanción penal, pero sí de la imposición de una reparación civil–. Además, como explican MUSCO–FIANDACA, el daño a que se refiere la norma es un quid diferente de la ofensa al bien jurídico, necesario para que se configure el delito. Ante todo, se trata de un daño patrimonial que resulta de la lesión de intereses civiles que dan lugar al derecho de resarcimiento en sede civil. Ese daño consiste, con más precisión, en la sustracción o disminución patrimonial bajo las formas del daño emergente y de las ganancias perdidas o lucro cesante. En segundo lugar, se trata del daño no patrimonial o moral, [...] que incluye el perjuicio social [FIANDACA, GIOVANI – MUSCO, ENZO: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 863-864]”.

∞ Asimismo, cabe reiterar a tono con la sentencia casatoria 997-2019/Lambayeque, de siete de abril de dos mil veintiuno, que “[...] el daño, desde la perspectiva civil, es un quid diferente de la ofensa al bien tutelado y que resulta de la lesión de los intereses civiles que dan lugar al derecho al resarcimiento [...] (y) si el daño no es solo patrimonial sino también moral, y tiene sus propias pautas de definición, no cabe erigir como regla que si el delito cometido es de peligro abstracto no puede existir daño patrimonial –aunque el daño moral puede afirmarse en tanto en cuanto también comprende el perjuicio social o institucional derivado de la mediatización del rol de una Municipalidad y de la consiguiente pérdida de confianza ciudadana en su funcionamiento y servicios–”.

SEXTO. Que, en este caso, más allá de que el delito de negociación incompatible es de peligro abstracto, lo que ocurrió fue que finalmente se afectó patrimonialmente a la Municipalidad, pericialmente acreditado –por las notas características del ilícito civil que se sustenta en el daño causado–. Y, como los regidores contribuyeron a esos hechos con la aprobación de esa medida que acabó dañando a la Municipalidad, deben indemnizarla, con arreglo al artículo 1969 del Código Civil. Cabe precisar que los fallos de instancia no declararon que el hecho no existió, sino su relevancia jurídica a los efectos de la reparación civil.

∞ Por consiguiente, los recursos de casación interpuestos por los encausados Centeno Catalán, Moscoso Cusi, Dávila Sombui y Álvarez Guzmán deben desestimarse y así se declara. El Tribunal Superior no infringió norma alguna referida a la reparación civil y a la indemnización por daños.

SÉPTIMO. Que el abogado defensor del encausado Walquer Jorge Álvarez Guzmán no concurrió a la audiencia de casación, ni siquiera se personó ni justificó su inasistencia, por lo que corresponde aplicar lo dispuesto por el artículo 431, apartado 2, del Código Procesal Penal. El recurso debe declararse inadmisibile.

OCTAVO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación los artículos 497, apartados 1 y 3, 504, apartado 2, y 505, apartado 2, del Código Procesal Penal. Debe abonarlas los recurrentes en forma solidaria, equitativa, en partes iguales.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado WALQUER JORGE ÁLVAREZ GUZMÁN. **II.** Declararon **INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por la defensa de los encausados ELIO PRO HERRERA, CÉSAR ARTURO CAMACHO GALDÓS, BLASCO ANTONIO CENTENO CATALÁN, JOSÉ LUIS MOSCOSO CUSI y EUGENIA DÁVILA SOMBUI, por la causal de **infracción de precepto material**, contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve, en el extremo que confirma e integra la sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, de veintiuno de enero de dos mil diecinueve, que condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y cuatro años y ocho meses de inhabilitación, así como a los dos, conjuntamente con los absueltos Blasco Antonio Centeno Catalán, José Luis Moscoso Cusi, Eugenia Dávila Sombui y Walker Jorge Álvarez Guzmán, al pago solidario de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista recurrida.



III. CONDENARON a los recurrentes al pago, solidario y equitativo, en partes iguales, de las costas del recurso, cuya ejecución corresponderá al Juzgado de la Investigación Preparatoria competente. **IV. DISPUSIERON** se lea la presente sentencia casatoria en audiencia pública, se publique en la página web del Poder Judicial y se comunique al Tribunal de Origen para la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por ante el órgano jurisdiccional que corresponda. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/EGOT

LPDERECHO.PE