

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1523-2021/ANCASH
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Negociación incompatible. *Notas características:* Complicidad del extraneus

Sumilla **1.** El delito de negociación incompatible es un delito de preparación cuyo ámbito de aplicación son las operaciones o contratos del Estado, en tanto en cuanto revelen un aprovechamiento del cargo del funcionario concernido para privilegiar intereses particulares, propios o ajenos, frente a los intereses de la Administración Pública (elementos de tendencia interna subjetiva o trascendente), de suerte que ello revele un direccionamiento en las decisiones realizadas. Este delito, además, es uno de infracción de deber y no exige un resultado de lesión patrimonial o de peligro; luego, es un delito de peligro abstracto, al no exigir daño o menoscabo patrimonial al Estado, desde que existen otros comportamientos delictivos que incorporan la tutela de la incolumidad del patrimonio público. Es un delito unilateral, no de participación necesaria y de encuentro como es el de colusión. **2.** Por la naturaleza del delito de negociación incompatible, de preparación del delito de colusión, es que es pertinente afirmar la posibilidad de aceptar la participación a título de cómplice de terceros. Ambos delitos (colusión y negociación incompatible) están en función a la adecuada gestión de los intereses patrimoniales que recae sobre los funcionarios públicos, pero la forma de afectación es lo relevante. El delito de negociación incompatible, más allá de que tiene una estructura típica propia, aunque relacionada con el delito principal, es, en palabras de JAKOBS, un injusto parcial en el que se infringen, no las normas principales (materia del delito de colusión), sino normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. La diferencia, en todo caso, se encuentra en la forma de afectación al bien jurídico tutelado. **3.** El Tribunal Supremo, como no se requiere un nuevo debate para decidir, e incluso no se trata de una primera condena, puede dictar una sentencia rescisoria condenatoria, pues se está ante el motivo de infracción de precepto material y el juicio de subsunción se realiza sin alterar los hechos, externos e internos, y sin revalorar la prueba actuada.

—SENTENCIA DE CASACIÓN—

Lima, veinte de marzo de dos mil veintitrés

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por la causal de **infracción de precepto material**, interpuesto por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE ANCASH contra la sentencia de vista de fojas ciento setenta y nueve, de diez de mayo de dos mil veintiuno, en cuanto revocando la sentencia de primera instancia de fojas noventa y cinco, de dieciséis de enero de dos mil veinte, absolvió a Luis Beltrán Pablo Varillas de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de negociación incompatible en agravio del Estado; 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 por requerimiento de fojas once, de dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, acusó a Luis Beltrán Pablo Varillas, gerente general de la empresa Inversiones Raimondi Sociedad Anónima Cerrada y contratista de la obra “Instalación de Sistema de Desagüe en el Barrio de Miraflores Llamellín – Antonio Raimondi – Ancash”, porque coadyuvó a que sus coacusados dispongan y realicen irregularmente el pago del cien por ciento de la obra, pese a que ésta físicamente aún no se había concluido.

∞ Su contribución consistió en que presentó la carta 004-WELD-MPLL-SO-2014, de veintidós de diciembre de dos mil catorce, dirigida al alcalde de la Municipalidad Provincial de Antonio Raimondi, por la que informó de la Valorización 01, correspondiente a la obra “Instalación de Sistema de Desagüe en el Barrio de Miraflores Llamellín – Antonio Raimondi – Ancash”, y señaló que se había producido un avance del cien por ciento, lo que hacía un monto de ciento doce mil trescientos treinta y seis soles con céntimos, a sabiendas que tal porcentaje de avance era falso. Incluso no adjunto la Valorización 01 ni la conformidad del supervisor de obra. La carta fue presentada únicamente con la firma del contratista, en contravención a lo exigido por el Reglamento de Contrataciones del Estado.

∞ Pese a ello, el ingeniero Julio Emerson Camacho Ramírez, en su condición de gerente de Desarrollo y Acondicionamiento Físico, mediante Informe 315-2014-MPAR/GDAF/G, de veintitrés de diciembre de dos mil catorce, aprobó el trámite de pago por concepto de valorización de obra 01, por la suma de ciento doce mil trescientos treinta y seis soles con quince centavos, a favor de la empresa Inversiones Raimondi Sociedad Anónima Cerrada, señalando falsamente que “se ha verificado que el avance físico correspondiente al mes de diciembre de dos mil catorce es de cien por ciento, presenta un avance físico acumulado del cien por ciento”. Ello permitió el pago a favor del encausado de la suma de cien mil ciento dos soles con cincuenta y cuatro céntimos por concepto de la valorización al cien por ciento de la obra, realizada a través del Comprobante de Pago 1050, de veinticuatro de diciembre de dos mil catorce.

∞ Como circunstancias precedentes se tiene la designación de los acusados Julio Emerson Camacho Ramírez y Rosbel Alfredo Roca Arellán, como funcionarios de la Municipalidad Provincial de Antonio Raimondi. La convocatoria del proceso de selección AMC 08-2014-MPAR/CEP-I para la ejecución de la obra “Instalación del Sistema de Agua y Desagüe en el Barrio de Miraflores Llamellín – Antonio Raimondi – Ancash” no fue publicada en la página web del OSCE. Tampoco lo fue la suscripción del contrato, para su ejecución, con el acusado Luis Beltrán Pablo Varillas.



∞ Como circunstancias concomitantes, respecto de la ejecución de la obra “Instalación del Sistema de Agua y Desagüe en el Barrio de Miraflores –Llamellín – Antonio Raimondi – Ancash”, se tiene que ésta se realizó sin la presencia o intervención de un ingeniero supervisor y residente en la ejecución de la referida obra.

∞ Como circunstancias posteriores, se tiene lo siguiente (i) se llevó a cabo la verificación y se elevaron informes que señalan que la obra no había sido concluida; (ii) se tuvo que celebrar un convenio entre la Municipalidad Provincial de Antonio Raimondi y la Parroquia San Andrés de Llamellín, que autorizó el uso de un terreno para la construcción de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas del Barrio de Miraflores; y, como epílogo, (iii), se culminó la obra.

SEGUNDO. Que el proceso se desarrolló como a continuación se detalla:

1. El señor fiscal provincial acusó a Pablo Varillas como cómplice, del delito de negociación incompatible o aprovechamiento prohibido del cargo. Solicitó se le imponga cinco años de pena privativa de la libertad, doscientos ochenta días multa e inhabilitación por cinco años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal.
2. Realizada la audiencia preliminar de control de acusación y saneada la acusación, se expidió el auto de enjuiciamiento de fojas ciento cincuenta y ocho del cuaderno formado en esta sede suprema, de veinticinco de setiembre de dos mil dieciocho, y se citó a juicio oral por auto de fojas ciento cincuenta del cuaderno formado en esta sede suprema, de diez de octubre de dos mil dieciocho.
3. Tras la realización del juicio oral, público y contradictorio, el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Permanente Supraprovincial especializado en delitos de corrupción dictó la sentencia de primera instancia de fojas noventa y cinco, de dieciséis de enero de dos mil veinte, que condenó a Luis Beltrán Pablo Varillas como cómplice del delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Antonio Raimondi, a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el plazo de tres años, inhabilitación por tres años y ciento ochenta días multa, así como al pago de siete mil soles por concepto de reparación civil.
4. La sentencia de primera instancia fue apelada por el encausado Roca Arellan por escrito de fojas ciento cincuenta y ocho, de once de octubre de dos mil veinte, y por el encausado PABLO VARILLAS por escrito de fojas ciento sesenta y seis, de doce de octubre de dos mil veinte.
5. Concedidos los recursos de apelación, declarados bien concedidos y cumplido el procedimiento impugnatorio, el Tribunal Superior por sentencia de vista de fojas ciento setenta y nueve, de diez de mayo de



dos mil veintiuno, confirmó la sentencia de primera instancia de fojas noventa y cinco, de dieciséis de enero de dos mil veinte, en cuanto condenó a Roca Arellan, y la revocó en el extremo que condenó a Pablo Varillas, a quien absolvió de los cargos por delito de negociación incompatible.

6. Contra el extremo absolutorio de la sentencia de vista el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR interpuso recurso de casación.

TERCERO. Que el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR en su escrito de recurso de casación de fojas doscientos tres, de veintisiete de mayo de dos mil veintiuno, invocó el motivo de casación de infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). Consideró que se interpretó erróneamente los artículos 399 y 25 del Código Penal, referidos a la complicidad y a la intervención del cómplice *extraneus* en el delito de negociación incompatible.

∞ Desde el acceso excepcional planteó que se defina si un *extraneus* puede ser cómplice del delito de negociación incompatible, lo que indebidamente fue rechazado por el Tribunal Superior.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas doscientos veinte, de veintiocho de setiembre de dos mil veintidós del cuaderno de casación, es materia de dilucidación en sede casacional:

1. La causal de **infracción de precepto material** (artículo 429, inciso 3, del CPP).
2. Corresponde examinar si el *extraneus*, desde la conducta que se le atribuyó, puede ser considerado cómplice del delito de negociación incompatible y a la luz del artículo 25 del Código Penal.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios de la defensa del imputado–, se expidió el decreto de fojas doscientos veintiséis, de trece de febrero de dos mil veintitrés, que señaló para la audiencia de casación el trece de marzo último.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, se llevó a cabo la audiencia de casación con la intervención de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Jacqueline Elizabeth Del Pozo Castro, del abogado delegado de la Procuraduría Pública especializada en delito de corrupción de funcionarios, doctor Eddy Adrián Betalleluz Vizcarra, de la defensa del encausado Roca Arellán, doctor Luis Velásquez Huerta, y la defensa pública del encausado Pablo Varillas, doctora Magaly Graciela Silio Díaz.



SÉPTIMO. Que, según el acta adjunta, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura en casación, desde la causal de **infracción de precepto material**, estriba en determinar si el *extraneus*, desde la conducta que se atribuyó al encausado recurrido LUIS BELTRÁN PABLO VARILLAS, puede ser considerado cómplice del delito de negociación incompatible a la luz del artículo 25 del Código Penal.

SEGUNDO. Que, como ya se determinó oportunamente, el delito de negociación incompatible es un delito de preparación cuyo ámbito de aplicación son las operaciones o contratos del Estado, en tanto en cuanto revelen un aprovechamiento del cargo del funcionario concernido para privilegiar intereses particulares, propios o ajenos, frente a los intereses de la Administración Pública (elemento de tendencia interna subjetiva o trascendente), de suerte que ello desvele un direccionamiento en las decisiones realizadas. Este delito, además, es uno de infracción de deber y no exige un resultado de lesión patrimonial o de peligro; luego, es un delito de peligro abstracto, al no exigir daño o menoscabo patrimonial al Estado, desde que existen otros comportamientos delictivos que incorporan la tutela de la incolumidad del patrimonio público [Cas. 1149-2021/Ancash, de 1 de marzo de 2023, FJ 2º]. Queda claro, además, que el delito de negociación incompatible es un delito unilateral, no de participación necesaria ni de encuentro como es el de colusión.

TERCERO. Que, en función al tipo delictivo materia de condena, se entiende que en el *sub lite*, más allá de su corrección o no desde el material probatorio disponible –que no es del caso examinar–, no se pudo acreditar que el particular o *extraneus* (LUIS BELTRÁN PABLO VARILLAS, en este caso) se concertó con el funcionario público competente para lograr, en la ejecución del contrato, un pago indebido por una obra no concluida –de ahí que no se le acusó, juzgó y condenó por delito de colusión, que es en su relación con el delito de negociación incompatible un delito principal, propiamente de lesión en el caso de colusión agravada–. Solo se declaró probado el uso inadecuado del cargo del funcionario público competente para direccionar un contrato del Estado, de suerte que el interés indebido, indirecto en este caso, que motivó su comportamiento se materializó con el auxilio de un tercero –el



encausado LUIS BELTRÁN PABLO VARILLAS, titular de la empresa Inversiones Raimondi Sociedad Anónima Cerrada, beneficiario del interés indebido del funcionario competente–.

∞ El hecho mismo de enviar una carta incorporando un dato que no correspondía a la realidad, que dio lugar a un informe oficial en igual sentido y que generó un pago que lesionó el patrimonio público, desde luego revela que el encausado LUIS BELTRÁN PABLO VARILLAS realizó un aporte significativo en la ejecución del delito por el funcionario competente, con pleno conocimiento que con ello lo auxiliaba a concretar el interés indebido.

CUARTO. Que, precisamente, por la naturaleza del delito de negociación incompatible, de preparación del delito de colusión, es que es pertinente afirmar la posibilidad de aceptar la participación de un tercero a título de cómplice. Ambos delitos (colusión y negociación incompatible) están en función a la adecuada gestión de los intereses patrimoniales que recae sobre los funcionarios públicos, pero la forma de afectación para determinar la diferencia es lo relevante. El delito de negociación incompatible, más allá de que tiene una estructura típica propia, aunque relacionada con el aludido delito principal, es, en palabras de JAKOBS, un injusto parcial en el que se infringen, no las normas principales (materia del delito de colusión), sino normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. La diferencia, en todo caso, se encuentra en la forma de afectación al bien jurídico tutelado [cfr.: ÁLVAREZ DÁVILA, FRANCISCO: El delito de negociación incompatible, Editorial Ideas, Lima, 2021, pp. 177–178. ÁLVAREZ DÁVILA, FRANCISCO: *La prueba del delito de negociación incompatible*; en AA.VV.: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2022, p. 504].

∞ No es de recibo sostener que como se trata de un delito de infracción de deber no cabe la participación del *extraneus*, más aún si el delito principal es un delito de infracción de deber con componentes de dominio. Por lo demás, una ulterior reforma aclaratoria (de dos mil diecisiete) del artículo 25 del Código Penal ya sostiene que: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”. En todo caso es claro que la calidad especial que exige el tipo legal es requerida para el autor, pero no para los partícipes, cuyo dolo debe comprender esta circunstancia que fundamenta la represión [HURTADO POZO, JOSÉ – PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Manual de Derecho Penal Parte General*, Tomo II, 4ta. Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 181]. La posibilidad de no asumir la ruptura del título de imputación fue aceptada por el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116, de doce de junio de dos mil diecisiete.



∞ Tampoco es de recibo afirmar que como el delito de negociación incompatible no es un delito tipificado como de participación necesaria – exclusión por razón de la estructura típica del delito– no cabe la sanción al *extraneus*, pues existen varios tipos delictivos que a pesar de no estar tipificados como un delito de participación necesaria admiten sin problema la complicidad delictiva. Solo se requiere que el particular realice un aporte significativo en la ejecución del hecho delictivo, con conocimiento que auxilia al autor a concretar el interés indebido [cfr.: VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 506].

QUINTO. Que, por tanto, es menester apartarse de la sentencia casatoria en las que algunos jueces de esta Sala intervinieron con anterioridad. Se trata de la sentencia casatoria 184-2020/Lima Norte, de veintiséis de abril de dos mil veintidós, que siguió lo estipulado por la sentencia casatoria 841-2015/Ayacucho, de veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis –ningún juez de esta Sala intervino en ella–, y también de la sentencia casatoria 23-2016/Ica, de dieciséis de mayo de dos mil diecisiete –solo el juez Sequeiros Vargas intervino en esa decisión–. Cabe insistir que en la Ejecutoria Suprema RN 666-2016/Ancash, de veintinueve de mayo de dos mil diecisiete, y en las sentencias casatorias 1765-2019, de veintinueve de marzo de dos mil veintidós, y 1895-2019/Selva Central, de veintisiete de abril de dos mil veintiuno, se afirmó con rotundidad lo que ahora estamos enfatizando.

∞ En consecuencia, el recurso acusatorio debe estimarse. El Tribunal Superior interpretó erróneamente los alcances de la complicidad en el delito de negociación incompatible.

SEXTO. Que, ahora bien, se trata del motivo de casación de **infracción de precepto material**. Esta causal, de modo especial, no importa de parte del Tribunal Supremo un análisis de la corrección del hecho declarado probado, lo que ha sido afirmado con un sentido más general por el artículo 432, apartado 2, del CPP. Por ello, es de partir de esta declaración. Es de precisar que en el presente caso la absolución dictada por el Tribunal Superior se sustentó en un modo de entender la complicidad en el delito de negociación incompatible, mientras que la condena dictada por el Juzgado Penal asumió otra concepción jurídica. Es decir, el núcleo de la discrepancia entre primera y segunda instancia fue una cuestión estrictamente jurídica [cfr.: STSE 691/2014, de 23 de octubre].

∞ En estas condiciones, el Tribunal Supremo, como no se requiere un nuevo debate para decidir, e incluso no se trata de una primera condena, puede dictar una sentencia rescisoria condenatoria, pues se está ante el motivo de infracción de precepto material y el juicio de subsunción se realiza sin alterar



los hechos, externos e internos, y sin revalorar la prueba actuada [cfr.: STEDH Naranjo Acevedo contra España, de 26 de octubre de dos mil trece. STSE 865/2015, de 14 de enero de 2016].

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación, por la causal de **infracción de precepto material**, interpuesto por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE ANCASH contra la sentencia de vista de fojas ciento setenta y nueve, de diez de mayo de dos mil veintiuno, en cuanto revocando la sentencia de primera instancia de fojas noventa y cinco, de dieciséis de enero de dos mil veinte, absolvió a Luis Beltrán Pablo Varillas de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de negociación incompatible en agravio del Estado; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de segunda instancia. **II. Y**, actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a Luis Beltrán Pablo Varillas como cómplice primario del delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Antonio Raimondi a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, inhabilitación por tres años y ciento ochenta días multa, así como al pago solidario con sus demás coimputados de veinticuatro mil soles; con todo lo demás que al respecto contiene. **III. ORDENARON** se cursen los boletines y testimonios de condena y se inicie el proceso de ejecución de la sentencia condenatoria por ante el Juzgado de la Investigación Preparatoria competente; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABAS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/AMON