



**Infundado recurso de casación.
Legitimidad del actor civil**

Advirtiéndose que los argumentos del recurrente están referidos a la persecución penal y no al ámbito de la reparación civil, en cuyo aspecto sí está legitimado, corresponde desestimar el recurso propuesto.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de octubre de dos mil veintitrés

VISTOS Y OÍDOS: el recurso de casación interpuesto por la **Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios** contra la sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve (folio 545 del cuaderno de debate), emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que por mayoría confirmó la sentencia del catorce de mayo de dos mil diecinueve (folio 385 del cuaderno de debate), en el extremo que absolvió a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi como cómplice primario del delito contra la Administración pública en la modalidad de negociación incompatible, en perjuicio del Estado, e integrando el pronunciamiento de primera instancia declaró infundado el pago de reparación civil respecto del absuelto antes referido; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del Proceso

Primero. Según el requerimiento de acusación (folio 2 del expediente judicial), se imputó a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi lo siguiente:



CIRCUNSTANCIAS PRECEDENTES: mediante escritura pública del once de diciembre de mil novecientos noventa y dos, Servicio de Parques de Lima (en adelante SERPAR Lima) adquirió mediante cesión de transferencia como aporte de ley el lote 48 de la calle número 1, manzana A, urbanización Lotización Industrial, tercera etapa, distrito de Los Olivos, provincia y departamento de Lima. Desde el primero de julio de mil novecientos noventa y ocho SERPAR Lima renovó el contrato de alquiler del lote mencionado por cinco años con Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, como representante legal de la empresa Metal Mecánica Perny's E. I. R. L. (en adelante Perny's E. I. R. L.), de lo cual se generó una deuda por arrendamiento por la suma de USD 10 706.90 (diez mil setecientos seis dólares estadounidenses con noventa centavos). Como consecuencia de ello se instauraron dos procesos judiciales, el primero de ellos por desalojo y el segundo por obligación de dar sumar de dinero. El dos de noviembre de dos mil cuatro se celebró la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia en el Expediente número 125-2014 del Primer Juzgado de Paz Letrado de Los Olivos sobre desalojo, donde Armando Enrique de la Cruz Gamarra, en representación de SERPAR Lima, y Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, en representación de Perny's E. I. R. L., conciliaron y acordaron que esta última desocuparía el inmueble dentro del plazo de seis meses, teniendo como fecha límite de entrega el dos de mayo de dos mil cinco; y, en caso de incumplimiento, se podría solicitar la ejecución forzada, con la aceptación de ambas partes. Luego, el veintiséis de septiembre de dos mil seis Tomás Raúl Encinas Vilquimichi —representante legal de Perny's E. I. R. L.—, mediante carta dirigida al gerente general de SERPAR Lima, propuso una transacción extrajudicial para dar fin a los procesos judiciales. Para ello, planteó efectuar la cancelación de la deuda contraída con SERPAR Lima con la adquisición del inmueble a su favor. El treinta de enero de dos mil siete se emitió la valuación comercial realizada por la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda y Construcción respecto al lote materia de litis, y se valorizó en USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos).



CIRCUNSTANCIAS CONCOMITANTES: en ese contexto, el dieciocho de junio de dos mil siete, mediante el Informe número 341-2007/SERPAR-LIMA/OAL/MML, Alfonso Manuel Guevara Ocampo, en su condición de director de la Oficina de Asesoría Legal de SERPAR Lima, informó que Tomás Raúl Encinas Vilquimichi había planteado el pago al contado de USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) por el inmueble mencionado; y, sin mediar análisis ni sustento legal alguno, opinó interesadamente que, como en otros casos, existía la posibilidad de transar con el deudor por tratarse de casos que se ventilaban ante el Poder Judicial, lo cual daría fin al proceso y permitiría obtener ingresos. El nueve de julio de dos mil siete el mismo Alfonso Manuel Guevara Ocampo, mediante el Informe número 359-2007/SERPAR-LIMA/OAL/MML, opinó sobre la factibilidad de aceptar la suma de USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) como pago a cuenta de los USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos), considerando que el monto propuesto por el demandado representaba más del 80 % del valor tasado, restando una suma que podría ser cancelada en cuotas mensuales. El doce de julio de dos mil siete, Armando Enrique de la Cruz Gamarra, en su condición de jefe de la Unidad de Asuntos Jurídicos de SERPAR Lima, elaboró el Informe número 12-2007/SERPAR-LIMA/OAL-UAJ/MML, dirigido a Alfonso Manuel Guevara Ocampo, en el que opinó que en calidad de apoderados de SERPAR Lima podían celebrar la transacción extrajudicial y para ello no requerían de la aprobación del Consejo Administrativo del SERPAR Lima, informe que Alfonso Manuel Guevara Ocampo hizo suyo y lo elevó a la gerencia general. Con ello, el trece de julio de dos mil siete, el imputado Juan Francisco Ledesma Gómez emitió el Memorándum número 359-2007/SERPAR-LIMA/GG/MML, dirigido a la Oficina de Asesoría Legal, indicando lo siguiente: "proceda con las acciones pertinentes para la adquisición vía transacción con la Empresa Perny's". El quince de agosto de dos mil siete se firmó la minuta de compraventa entre Juan Francisco Ledesma Gómez (gerente general de SERPAR Lima) y Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, y firmó como abogado que autorizaba la minuta el imputado Armando de la Cruz



Gamarra, por el valor de USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses); en la minuta, SERPAR Lima declaraba haber recibido a su entera satisfacción y, a la vez, indicaba que el monto sería cancelado mediante cheque de gerencia a la firma de la escritura pública, y pactaban la reserva de propiedad hasta la cancelación de dicha suma; asimismo, se indicaba que al proceso de desalojo entre las partes estas le habían puesto fin mediante una transacción extrajudicial. A pesar de no haberse pagado el precio mencionado, esta minuta fue presentada por Tomás Raúl Encinas Vilquimichi ante la Municipalidad Distrital de Los Olivos para que fuera reconocido como propietario del lote en cuestión, teniéndose la "Ficha Catastral número 001457-2007 del veinticuatro de agosto de dos mil siete a nombre de Tomás Raúl Encinas Vilquimichi con un área de 434.30 m² obra copia fedateada de una Minuta de Compraventa de fecha 15/08/2007 otorgado por Servicio de Parques de Lima". Después de ello, el veinticinco de febrero de dos mil ocho, los imputados Armando Enrique de la Cruz Gamarra y Alfonso Manuel Guevara Ocampo, en representación de SERPAR Lima, dolosamente celebraron una transacción extrajudicial con Perny's E. I. R. L. a través de su gerente general, Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, en condición de transigente, acto en el que se dio cuenta del proceso judicial de desalojo de SERPAR Lima contra el transigente por el mencionado lote 48, y por este documento decidieron poner término a dicho proceso, para lo cual el transigente pagaría USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos) y SERPAR Lima aceptaba transferir la propiedad del inmueble mencionado a favor del transigente. Según la cláusula segunda de la transacción, el pago de los USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos) debía realizarlo la empresa Perny's E. I. R. L. de la siguiente forma: pagar USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) en dos partes: USD 23 000 (veintitrés mil dólares estadounidenses) mediante cheque de gerencia a la firma de la minuta de compraventa y USD 25 000 (veinticinco mil dólares estadounidenses) a la firma de la escritura



pública de compraventa, y en el literal “c” de esta cláusula se indicó que el saldo de USD 10 630.50 (diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos) se pagaría en veinticuatro cuotas mensuales de UDD 443 (cuatrocientos cuarenta y tres dólares estadounidenses) a partir de los dos meses siguientes de la firma de la escritura pública. Transacción en la que dolosamente no establecieron garantías para cobrar el saldo pendiente de la venta del inmueble por más de USD 10 630 (diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses) ni se transó sobre el pago de la deuda por arrendamiento por USD 10 706.90 (diez mil setecientos seis dólares estadounidenses con noventa centavos). El mismo veinticinco de febrero de dos mil ocho Ledesma Gómez, en representación de SERPAR Lima, y Encinas Vilquimichi, en representación de Perny's E. I. R. L., firmaron la minuta autorizada por el abogado Armando de la Cruz Gamarra, en la cual se recogieron los términos de la transacción y se incorporó en su cláusula sexta la reserva de propiedad hasta su cancelación, pero no se incluyó expresamente el literal “c” de la cláusula segunda de la transacción extrajudicial, con lo cual se omitieron las condiciones y los plazos de pago del saldo de los USD 10 630.50 (diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos).

Y, a fin de “regularizar” el pago parcial de esta venta indebida, el imputado Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, como representante de Perny's E. I. R. L., pagó los USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) indicados con los cheques de fechas treinta y uno de marzo de dos mil ocho (USD 23 000 —veintitrés mil dólares estadounidenses—), veinticinco de abril de dos mil ocho (USD 17 469.41 —diecisiete mil cuatrocientos sesenta y nueve dólares estadounidenses con cuarenta y un centavos—) y cinco de mayo de dos mil ocho (USD 7030.59 —siete mil treinta dólares estadounidenses con cincuenta y nueve centavos—) a través de Isidro Poma Barrientos como girador de los mencionados títulos valores, porque existía la promesa de que Encinas le vendería a Poma parte del lote que compraría, y los USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) eran un préstamo;



finalmente, este monto fue el precio al que le vendió a Poma más de la mitad del lote que estaba comprando a SERPAR Lima.

El veintiuno de agosto de dos mil ocho Ledesma Gómez y Encinas Vilquimichi suscribieron la “escritura pública de compraventa”, la cual no contenía el literal “c” de la cláusula segunda de la transacción extrajudicial, con lo cual se omitieron las condiciones y los plazos de pago del saldo de los USD 10 630.50 (diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos); por el contrario, se indicó que “manifestando la vendedora que antes de firmar este instrumento ha recibido el monto del precio de venta a su entera conformidad y declara la cancelación de dicho precio de venta”, a pesar de no haberse cancelado el total del precio de venta pactado. Con ello, se permitió ocasionar un perjuicio al Estado, representado por SERPAR Lima.

Asimismo, ni en la transacción extrajudicial ni en la minuta se incluyó la deuda por arrendamiento pendiente por la suma de USD 10 706.90 (diez mil setecientos seis dólares estadounidenses con noventa centavos). Y la mencionada escritura pública fue presentada a Registros Públicos el primero de diciembre de dos mil ocho, donde también se indicó que se habían cancelado los USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos) —folio 1864—.

El catorce de abril de dos mil nueve Tomas Raúl Encinas Vilquimichi, mediante escritura pública, transfirió el 57.5638 % de las acciones y derechos del inmueble *sub materia* a Isidro Poma Barrientos y Yolanda Ticona Supo, supuestamente por S/ 68 400 (sesenta y ocho mil cuatrocientos soles), según consta en el registro de propiedad inmueble con partida número 44215861, cuando lo cierto fue que se los vendió a USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses), como indicó Poma Barrientos en su declaración testimonial. El quince de octubre de dos mil nueve Julio Lengua Hinojosa, como jefe de la Unidad de Ingresos de SERPAR Lima, emitió el Informe número 025-20097SERPAR LIMA/UI/SGT/MML, en el que comunicó que Perny's E. I. R. L. no había cumplido con el pago de las cuotas por la transferencia del inmueble.

CIRCUNSTANCIAS POSTERIORES: luego, mediante escritura pública del siete de enero de dos mil diez, Encinas Vilquimichi vendió el 42.4362 % restante del total del bien inmueble a la sociedad conyugal conformada por Jorge



Luis Landa Gomero y Miriam Jesús Elizabeth Pereda Díaz, supuestamente por la suma de S/ 35 000 —treinta y cinco mil soles— (folio 1873); sin embargo, fluye del asiento 4 de la partida número 12384135 de este bien que su siguiente compraventa se elevó a escritura pública el trece de diciembre de dos mil diez (aclarada el doce de enero de dos mil once) con un precio de USD 137 000 (ciento treinta y siete mil dólares estadounidenses), que habría sido su precio real ese año.

Concretamente, se atribuye la calidad de *extraneus* a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, quien en su condición de representante de Perny's E. I. R. L. contribuyó a que se concretara la transacción (del veinticinco de febrero de dos mil ocho) y transferencia del inmueble referido (en la que los funcionarios procesados se interesaron indebidamente) y lo adquirió a un precio menor que el precio del mercado y sin cumplir lo pactado, para luego transferir el 57.5638 % de las acciones y derechos a Isidro Poma Barrientos por la suma de USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses), esto es, el mismo precio que pagó al adquirirlo de SERPAR Lima. Asimismo, el 42.4362 % de las acciones y derechos del terreno también los vendió (título presentado ante los Registros Públicos el veintiuno de diciembre de dos mil diez) a Jorge Luis Landa Gomero y Jesús Elizabeth Pereda Días. Todo ello denota que el procesado se benefició con la compra del inmueble en perjuicio del Estado. En ese sentido, el espacio temporal de la imputación respecto a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi oscila entre el veinticinco de febrero de dos mil ocho y el veintiuno de diciembre de dos mil diez.

Segundo. El representante del Ministerio Público tipificó estos hechos como delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal, y le atribuyó a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, en su condición de representante de Perny's EIRL, la calidad de cómplice primario; por ello, solicitó que se le imponga la pena privativa de libertad de cinco años e inhabilitación por tres años, conforme al artículo 36, numeral 2, del Código Penal. Por su parte, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de



Lima Norte, constituida en actor civil, solicitó el monto de S/ 581 201.80 (quinientos ochenta y un mil doscientos un soles con ochenta céntimos) por concepto de reparación civil, a ser pagado por todos los acusados.

Tercero. El Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante la sentencia del catorce de mayo de dos mil diecinueve (folio 385), entre otros, resolvió absolver a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi como cómplice primario del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado.

Cuarto. Una vez apelada la sentencia antes referida por el Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Norte, en el extremo de la absolución, a través de la sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve (folio 545), entre otros extremos, se confirmó la sentencia de primer grado que absolvió a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi al amparo de los siguientes fundamentos:

2.33.- Nos encontramos ante delito especialísimo donde estructura típica del delito no permite la participación de un tercero, pues atribuirle a éste injerencia en el direccionamiento de la conducta de los sujetos activos del delito implicaría que conducta se desenvuelve en un marco de concertación que se encontraría referida más bien a la materialización de un delito distinto. Así mismo, atribuirle al tercero calidad instigador no haría sino forzar figura con el solo propósito de buscar sancionar el rol que pudiera haber jugado en la negociación el procesado absuelto Encinas Vilquimichi, cuya actuación para efectos del tipo penal juzgado carece relevancia, así como también carecería de relevancia la materialización de un provecho patrimonial ya sea de parte de autores del hecho delictivo, como del tercero, esto con independencia de las obligaciones generadas a partir de los actos jurídicos celebrados.

2.34.- En cuanto a lo sostenido por el representante de la Procuraduría de una incorrecta interpretación de la Casación 841-2015, por cuanto la misma no estaría referida a dilucidar la posibilidad de concurrencia de un



tercero en el delito de negociación incompatible, sino la preexistencia de una sanción a los terceros beneficiados con la conducta ilícita, como presupuesto para la materialización del delito de negociación incompatible. No se comparte dicha posición, pues si bien el recurso de casación estuvo orientado a tal efecto, el desarrollo del contenido jurídico expresamente aborda lo concerniente a la posibilidad de la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, lo cual adecuadamente ha sido interpretado por el Juzgado, pues evidentemente la norma penal no da lugar a la participación del tercero en la descripción fáctica del delito, por lo cual corresponde desestimar la apelación respecto a este punto.

Quinto. El nueve y el diez de diciembre de dos mil diecinueve, el representante del Ministerio Público (folio 260 del cuaderno de impugnación) y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (folio 335 del cuaderno de impugnación) presentaron recurso de casación contra la sentencia de vista antes referida.

Sexto. Respecto del recurso de casación presentado por el representante del Ministerio Público, mediante ejecutoria del veintiséis de abril de dos mil veintidós (folio 130 del cuaderno correspondiente a la Casación n.º 184-2020/Lima Norte), se resolvió lo siguiente:

I. DECLARARON INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el **Ministerio Público** (folio 312 del cuaderno de impugnación), por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve (folio 245 del cuaderno de impugnación).

II. EXONERARON al Ministerio Público del pago de las costas del recurso presentado.

[...]

Séptimo. Ahora bien, en cuanto al recurso presentado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de



Funcionarios, se tiene que, mediante resolución del veintiséis de diciembre de dos mil diecinueve (folio 385 del cuaderno de impugnación), se resolvió, entre otros, declarar inadmisibles dichos recursos.

Octavo. Ante lo resuelto, el actor civil interpuso recurso de queja; así, mediante ejecutoria del veintitrés de julio de dos mil veinte (folio 395 del cuaderno de impugnación), tramitada en la Queja NCPP n.º 38-2020/Lima Norte, la Sala Penal Transitoria de esta Corte Suprema resolvió declarar fundado el recurso de queja interpuesto y declaró bien concedido el recurso de casación por la causal 3 del artículo 429 del Código Penal.

II. Motivos de la concesión del recurso de casación

Noveno. La Sala Penal Transitoria de esta Corte Suprema, en cumplimiento de las garantías, los deberes constitucionales y la facultad discrecional, mediante ejecutoria del veintitrés de julio de dos mil veinte (folio 395 del cuaderno de impugnación), tramitada en la Queja NCPP n.º 38-2020/Lima Norte; resolvió declarar bien concedido el recurso de casación interpuesto por la causal 3 del artículo 429 del Código Penal.

Décimo. Instruido el expediente, esta Sala Suprema señaló como fecha para la realización de audiencia de casación el dieciocho de septiembre del presente año (folio 247 del cuadernillo supremo). Así, cerrado el debate y deliberada la causa, se produjo la votación correspondiente, en la que se acordó pronunciar por unanimidad la presente sentencia y darle lectura en la audiencia programada para la fecha.

III. Fundamentos de derecho



Undécimo. Conforme se ha señalado en el Recurso de Casación n.º 292-2019/Lambayeque, el recurso de casación contribuye sustancialmente:

A la resolución de cuestiones jurídicas de carácter fundamental: cuestiones jurídicas necesitadas de clarificación en temas generales o especial conflictivos, ámbitos jurídicos objeto de regulaciones nuevas o que presenten un carácter especialmente dinámico. 2. Al desarrollo del ordenamiento: cuando el caso concreto permite desarrollar preceptos del Derecho material o procesal o colmar lagunas legales –desde el principio de legalidad–. 3. A la garantía de uniformidad de la jurisprudencia, que se pone en peligro cuando el órgano de apelación aplicó un precepto incorrectamente no solo en el caso concreto, sino de modo que puede esperarse que ese error se repita en otras decisiones del mismo tribunal o de otros, o cuando existe una comprensión errónea de la jurisprudencia de este Supremo Tribunal que da lugar a un “riesgo estructural de reiteración”, o cuando se produce en la resolución de vista una abierta arbitrariedad y lesión de los derechos fundamentales procesales de una parte de modo relevante para la propia resolución.

Duodécimo. La Sala Penal Transitoria, en cumplimiento de las garantías, los deberes constitucionales y la facultad discrecional, y actuando como última instancia de la jurisdicción ordinaria, admitió el recurso de casación propuesto por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios a fin de *dilucidar si los terceros (extraneus) que participan en los contratos u operaciones y que se beneficiarían con el interés indebido de los funcionarios públicos deben responder a título de cómplices en el delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal.*

Decimotercero. Previamente, corresponde precisar que conforme el artículo 98 del Código Procesal Penal, se identifica al actor civil como



todo aquel quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y los perjuicios sufridos. Sus facultades, además de las que se reconocen al agraviado, son las dispuestas en los artículos 104 y 105 del mismo cuerpo normativo, que no se limitan a la pretensión civil, sino que comprenden también la colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe, con el límite que no le está permitido pedir sanción¹.

Decimocuarto. Empero, conforme advierte este colegiado supremo, respecto a la legitimidad para interponer el recurso en un proceso, según el literal d) del numeral 1 del artículo 95 del Código Procesal Penal, el agraviado y, con mayor razón, el actor civil tienen derecho a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria; no obstante, es objeto de controversia si esta potestad en determinados casos y bajo ciertas circunstancias les permite activar la persecución penal cuando el Ministerio Público no impugna la sentencia².

Decimoquinto. Sobre el tema antes referido, en la Casación n.º 1089-2017/Amazonas, citando la Casación n.º 413-2014, se señaló que:

Emitida una sentencia absolutoria y leída la misma en audiencia pública o privada (según sea el caso), cuando el único impugnante sea el actor civil y el fiscal provincial exprese su conformidad con la misma, deberá verificarse si el fiscal superior al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación reitera su conformidad con la sentencia absolutoria. Así, este Supremo Tribunal considera que la Sala Penal de Apelaciones no tiene más que confirmar la absolución, toda vez que el inciso 5, del artículo 159, de la Constitución Política del Estado, establece que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción

¹ Véase Casación n.º 1089-2017/Amazonas. Fundamento vigesimooctavo. Sala Penal Transitoria.

² Véase Casación n.º 2700-2021/Áncash. Fundamento 3.2.



penal de oficio o a petición de parte, mientras que el artículo 14 de la LOMP, señala que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba, y el artículo 11 de la precitada norma, regula que el titular de la acción penal es el representante del Ministerio Público; aunado a ello, se debe tener presente que el artículo 5 de la LOMP establece la autonomía del Ministerio Público y preceptúa que están jerárquicamente organizados y deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

Decimosexto. Sin embargo, en el caso *sub examine* no nos encontramos en dicho supuesto, por cuanto se ha verificado que vía casación también recurrió el Ministerio Público; a saber, dicho recurso fue tramitado en la Casación n.º 184-2020/Lima Norte, habiéndose emitido la sentencia el veintiséis de abril de dos mil veintidós, conforme se expuso en el considerando sexto precedente. Cabe precisar que la Sala Penal Transitoria en la precitada casación admitió el recurso *a fin de dilucidar si los terceros (extraneus) que participaron en los contratos u operaciones y que se beneficiarían con el interés indebido de los funcionarios públicos deben responder a título de cómplices en el delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal*, tema del cual el actor civil pretende nuevamente el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; no obstante, este Tribunal Supremo ya emitió pronunciamiento al respecto.

Decimoséptimo. En consecuencia, advirtiéndose que los argumentos del recurrente están referidos a la persecución penal y no al ámbito de la reparación civil, en cuyo aspecto sí está legitimado, corresponde desestimar el recurso propuesto.

Decimooctavo. Finalmente, si bien no tiene incidencia en el fondo del asunto, corresponde resaltar que esta Corte Suprema mediante el



Recurso de Casación n.º 1523-2021/Áncash, que resolvió apartarse de lo resuelto en la Casación n.º 184-2020/Lima Norte, estableció que:

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.



IV. Imposición del pago de costas

Decimonoveno. Al tratarse de un recurso interpuesto por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, se deberá proceder con la exoneración respectiva, de conformidad con el numeral 1 del artículo 499 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la **Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios** contra la sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve (folio 545 del cuaderno de debate), emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que por mayoría confirmó la sentencia del catorce de mayo de dos mil diecinueve (folio 385 del cuaderno de debate), en el extremo que absolvió a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi como cómplice primario del delito contra la Administración pública en la modalidad de negociación incompatible, en perjuicio del Estado, e integrando el pronunciamiento de primera instancia declaró infundado el pago de reparación civil respecto del absuelto antes referido; con lo demás que contiene.
- II. **EXONERARON** al recurrente del pago de costas.
- III. **DISPUSIERON** que la presente decisión sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema;



acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en esta instancia, se publique la decisión en el portal web del Poder Judicial, cumplidos los trámites necesarios, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo formado en esta instancia.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/begt