

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1833-2019/LIMA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Negociación incompatible. Principio de confianza. Reparación Civil

Sumilla. **1.** Corresponde al órgano jurisdiccional, fijado el *factum* y propuesta una determinada calificación jurídica por el Ministerio Público, así como efectuada la respectiva resistencia sobre los hechos y el derecho por las partes acusadas, desde la interpretación y aplicación del Derecho objetivo, respetando la identidad de los hechos y homogeneidad del bien jurídico tutelado por el tipo delictivo acusado, decidir acerca de la responsabilidad penal. **2.** El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber y, como tal, resulta imprescindible que el funcionario público tenga el deber de proteger los intereses estatales en un contrato u operación estatal, en una contratación pública en la cual intervenga en razón de su cargo; además, es un delito de peligro abstracto y de mera actividad. **3.** El principio de confianza en los delitos de infracción de deber tiene, en el contorno de sus elementos, configuraciones propias, aunque es posible acudir a él. Es correcto sostener que en las actuaciones conjuntas es aceptable confiar en el adecuado cumplimiento de las labores específicamente asignadas a terceros, empero es de tener presente que en determinadas circunstancias tal principio está excluido. Una de ellas es el caso en que se debe controlar la actuación o el trabajo de otro y, además, cuando se le debe supervisar. **4.** El artículo 95 del Código Penal fija una regla precisa: “La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados”. Las consideraciones de orden público son obvias –siempre en beneficio del afectado–. Esta regla cumple con la exigencia del artículo 1183 del Código Civil, que estipula que la solidaridad no se presume y que solo la ley o el título de la obligación la establecen de forma expresa, así como con lo dispuesto por el artículo 1983 del Código Civil, de solidaridad tratándose de daño por responsabilidad extracontractual. En virtud de la solidaridad es posible dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, no contra todos ellos simultáneamente (artículo 1186 del Código Civil).

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, dieciséis de agosto de dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación, por los motivos de infracción de precepto material, violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial, interpuestos por la señora FISCAL SUPERIOR DE LIMA, la señora PROCURADORA PÚBLICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y la encausada [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia de vista de fojas trescientos catorce, de seis de agosto de dos mil diecinueve, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas ciento veinticinco, de dieciocho de marzo de dos mil diecinueve, (i) absolvió a [REDACTED] de la acusación

fiscal formulada en su contra por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado, y (ii) condenó a [REDACTED] como autora del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente, por el plazo de tres años, y seis meses de inhabilitación, así como al pago solidario de sesenta mil soles; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación fiscal, en el contexto de la Licitación Pública 007-2008-CE-MDCH, para la adquisición de una “Excavadora hidráulica sobre neumáticos para servicios públicos” convocada por la Municipalidad Distrital de Chorrillos, se presentó como único postor la empresa TLM PERÚ EIRL, persona jurídica a la que se otorgó la buena pro el nueve de diciembre de dos mil ocho. Es del caso que el día diez de diciembre de dos mil ocho se le comunicó la buena pro, así que para la suscripción del contrato se le requirió, entre otros documentos, la carta fianza equivalente al diez por ciento del monto de la buena pro.

∞ El contrato se firmó el veintinueve de diciembre de dos mil ocho, signado con el número 079-2008-MDCH, sin que la referida empresa cumpla con entregar la respectiva carta fianza, que en este caso ascendía a la suma de noventa mil setecientos soles, ya que el monto de la maquinaria era de novecientos siete mil soles. En el citado contrato, sin embargo, se consignó que la empresa ganadora presentó la carta fianza; hecho que no ocurrió.

∞ Además, contra lo estipulado en el contrato, se canceló el valor de la excavadora hidráulica por adelantado y en dos partes. El diez de agosto de dos mil nueve se pagó la suma de setecientos veinticinco mil seiscientos soles y el once de enero de dos mil diez, la suma de ciento ochenta y un mil cuatrocientos soles, sin que a esa fecha la excavadora hubiera sido entregada a la Municipalidad, hecho que recién se produjo el veinte de enero de dos mil diez, pese a que según el contrato la maquinaria debió ser entregada el veintiocho de abril de dos mil nueve. Asimismo, no se ejecutó la penalidad prevista por el retraso, desde que la Municipalidad ni siquiera contaba con la carta fianza para aplicarla.

∞ El encausado [REDACTED], como alcalde de la Municipalidad de Chorrillos, suscribió el contrato que correspondía a esta licitación pese al texto contradictorio de la cláusula séptima, sobre garantías de fiel cumplimiento, que decía que la contratista había cumplido en el plazo establecido con entregar la garantía de fiel cumplimiento, esto es, una carta fianza por el diez por ciento del valor del contrato y, a continuación, contradictoriamente, se decía también que la empresa solo había hecho el

pago en el Banco Continental para el trámite de la carta fianza respectiva por el diez por ciento de un monto total de noventa mil setecientos soles, lo que evidenciaba el incumplimiento del requisito, pese a lo cual el acusado firmó el contrato. También el citado encausado, antes de que la excavadora hidráulica fuera entregada, firmó los comprobantes de pago número tres mil noventa, de diez de agosto de dos mil nueve, por la suma de setecientos veinticinco mil seiscientos soles, y el número cuarenta y tres, de once de enero de dos mil diez, por la suma de ciento ochenta y un mil cuatrocientos soles. Estos documentos permitieron ejecutar el pago a la empresa contratista. El referido imputado, en contravención a sus obligaciones funcionales, pues según el Manual de Organización y Funciones (MOF) si bien como alcalde le correspondía celebrar contratos, también debía vigilar su cumplimiento, más aún si en este caso su cuantía era aproximadamente de un millón de soles, no obstante, con vulneración de sus funciones y con la clara finalidad de beneficiar indebidamente a la empresa TLN Perú EIRL, posibilitó que se le pagara por adelantado.

∞ La encausada [REDACTED], en su condición de Subgerente de Tesorería, ejecutó el pago por adelantado a la empresa contratista TLM Perú EIRL, primero por setecientos veinticinco mil seiscientos soles, equivalente al ochenta por ciento del total, y después por ciento ochenta y un mil cuatrocientos por el saldo restante del valor de la máquina excavadora hidráulica, sin documentación que acredite el cumplimiento del contrato por la empresa, en este caso, la entrega de la carta fianza como garantía de fiel cumplimiento, según estaba previsto en las Bases Administrativas del concurso. En ese sentido, los cheques números cuatro mil quinientos treinta y seis y cuatro mil ochocientos siete, de trece de agosto de dos mil nueve y doce de enero de dos mil diez, por las referidas sumas, se emitieron en atención a los comprobantes de pago números tres mil ciento noventa y cuarenta y tres respectivamente, que suscribió dicha acusada, quien tenía la función de controlar los egresos de dinero, según los artículos 8 y 9 de la Directiva de Tesorería 001-2007-EF/77.15, según la cual debió cerciorarse previamente de la conformidad de la recepción por el área correspondiente.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite del proceso penal, se tiene lo siguiente:

1. La Fiscalía, en la audiencia de control de acusación de fojas ciento treinta, de diez de diciembre de dos mil quince, imputó a los encausados [REDACTED] la comisión, como autores, del delito de negociación incompatible, y a [REDACTED] la condición de cómplice primaria de ese delito, a la vez que solicitó para los autores cinco años de pena privativa de libertad y

- para la cómplice primaria la pena de siete años de pena privativa de libertad.
2. La sentencia de primera instancia de fojas ciento veinticinco, de dieciocho de marzo de dos mil diecinueve, condenó a [REDACTED] en calidad de autores del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Chorrillos y les impuso cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad efectiva y veinticuatro meses de inhabilitación, así como al pago solidario de setenta mil soles por concepto de reparación civil.
 3. La representante del Ministerio Público y la defensa de los encausados interpusieron, respectivamente, los recursos de apelación de fojas ciento ochenta y seis, ciento noventa y dos, doscientos ocho y doscientos treinta y ocho. La representante del Ministerio Público cuestionó el extremo de las penas impuestas. La defensa de la encausada [REDACTED] instó la absolución pues estimó que actuó sin dolo y que fue sorprendida por el condenado conformado [REDACTED]. La defensa del encausado Miyashiro Yamashiro demandó la aplicación del principio de confianza, que el Colegiado no aplicó bajo el argumento que su abogado defensor no lo solicitó.
 4. Culminado el trámite impugnativo, la Segunda Sala Penal de Apelaciones profirió la sentencia de vista de fojas trescientos catorce, de seis de agosto de dos mil diecinueve, por la que (i) revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó a [REDACTED] y, reformándola, lo absolvió de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad de Chorrillos; (ii) confirmó la referida sentencia en cuanto condenó a los demás encausados; y, (iii) la revocó en el extremo de la pena impuesta y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por un plazo de tres años, y seis meses de inhabilitación.
 5. Contra esta sentencia de vista la señora Fiscal Superior de Lima, la Procuradora Pública de la Contraloría General de la República y la encausada [REDACTED] promovieron recurso de casación.

TERCERO. Que la señora FISCAL SUPERIOR en su escrito de recurso de casación de fojas trescientos cuarenta y seis, de once de septiembre de dos mil diecinueve, denunció como motivo de casación: violación de la garantía de motivación (artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal). Argumentó, de un lado, que la Sala negó para los otros imputados la aplicación del principio de confianza y, contradictoriamente, afirmó su aplicación respecto del acusado [REDACTED]; y, de otro lado, que

incorporó, respecto de este último, argumentos genéricos o imprecisos, y no tuvo en cuenta la experiencia del imputado al frente de la Municipalidad.

∞ Postuló, desde acceso excepcional al recurso de casación, que este Supremo Tribunal defina si la infracción del deber y el principio de confianza puede ser aplicado a un funcionario que infringió sus deberes específicos detallados en el Manual de Organización y Funciones de la Institución Pública; y, si la infracción del deber por parte de funcionarios públicos puede constituir la circunstancia agravante referida a la pluralidad de agentes, del artículo 46, apartado 2, literal i), del Código Penal.

CUARTO. Que la señora PROCURADORA PÚBLICA DEL ESTADO en su escrito de recurso de casación de fojas trescientos sesenta y seis, de once de septiembre de dos mil diecinueve, introdujo como motivo de casación: violación de la garantía de motivación (artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal). Alegó, de un lado, que es contradictorio, pese al mismo contexto, condenar a unos imputados y absolver a otro; y, de otro lado, que el principio de confianza no fue debatido en el juicio oral.

∞ Planteó, desde acceso excepcional al recurso de casación, que la Corte Suprema establezca si es factible que el Tribunal cercene parte de los propios hechos probados en relación a uno de los acusados; y, si el principio de confianza exime al funcionario que no observó el comportamiento que le exige la normatividad.

QUINTO. Que la encausada [REDACTED] en su escrito de recurso de casación de fojas cuatrocientos seis, de doce de septiembre de dos mil diecinueve, expuso como motivos de casación: violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 4 y 5, del Código Procesal Penal). Adujo, de un lado, que se inaplicaron los Acuerdos Plenarios 5-2008/CJ-116, sobre la sentencia conformada, y 1-2005/CJ-116, sobre la valoración de la confesión sincera; y, de otro lado, que la solidaridad en el pago de la reparación civil pone en riesgo la libertad de los otros imputados, y que la confesión sincera no puede ser valorada para fijar el monto de la reparación civil. Asimismo, expuso que el delito de negociación incompatible tiene determinados elementos constitutivos y que si un tercero interviene en los hechos se constituiría otro delito.

∞ Presentó, desde acceso excepcional al recurso de casación, que el Tribunal Supremo determine si cabe fijar los parámetros objetivos para la delimitación de la responsabilidad civil de todos los implicados en la comisión delictiva, así como determinar los parámetros objetivos de la reparación civil en segunda instancia. También la determinación de los contornos del principio de confianza, aplicado a [REDACTED], y su relación con todos los imputados en relación al principio de igualdad de trato.

SEXO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de doscientos veintiocho, de diez de junio de dos mil veinte, es materia de dilucidación en sede casacional:

A. Las causales de infracción de precepto material, violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial: artículo 429, numerales 3, 4 y 5, del Código Procesal Penal.

B. Los temas materia de casación son:

Primero, la absolución del acusado [REDACTED] y la aplicación del principio de confianza; y,

Segundo, la imposición de solidaridad en el pago de la reparación civil a la encausada [REDACTED].

∞ Los hechos juzgados están circunscriptos a las incidencias suscitadas a propósito de la Licitación Pública 07-2008-CE-MDCH.

SÉPTIMO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –con la presentación de alegatos ampliatorios de la defensa del acusado absuelto [REDACTED]–, se expidió el decreto de fojas doscientos treinta y seis que señaló fecha para la audiencia de casación el día nueve de agosto último.

OCTAVO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Edith Alicia Chamorro Bermúdez, y del abogado delegado de la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República, doctor Sandro Céspedes Guzmán. No asistió la defensa de la encausada [REDACTED], y ésta falleció con fecha ocho de mayo último. También se hizo presente, aunque ya iniciada la audiencia, y formuló los alegatos correspondientes, el doctor Oswaldo Alfaro Lagos, abogado del encausado [REDACTED].

∞ Se dispuso que continúe la audiencia porque pese a que el doctor Alfaro Lagos expuso que el abogado designado era el doctor Edwin Montoya Olaechea y que no se le había notificado, previo informe verbal por Secretaría con revisión del SIJ-Supremo, se estableció que no se señaló un nuevo correo electrónico –siempre estuvo consignado el proporcionado por el doctor Alfaro Lagos– y que recién el día de la fecha se presentó un nuevo escrito, tardío, de personación propia del citado letrado, cuya extemporaneidad es evidente.

NOVENO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la 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 la censura casacional está circunscripta, primero, al examen del principio de confianza en un delito de infracción de deber, como el de negociación incompatible, en tanto la imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber positivo especial impuesto al agente oficial en el marco de la configuración de la Administración Pública y que debió haber evitado. Segundo, en términos de la garantía de defensa procesal y de los poderes de decisión del órgano jurisdiccional, si es posible aplicar el principio de confianza sin previa petición de parte. Tercero, si quien fue condenada como cómplice primaria y se le impuso una pena de ejecución suspendida es lesivo que se le cargue el pago solidario de la reparación civil por el conjunto de las conductas atribuidas a varias personas.

SEGUNDO. Que el Juzgado Penal en el fundamento jurídico séptimo tercero de la sentencia de primera instancia reconoció que la defensa del encausado [REDACTED] alegó que este último, como alcalde, confiaba en sus trabajadores y que en la creencia que toda la documentación estaba conforme a las bases procedió a firmar el contrato, pero como no desarrolló el principio de confianza como tal (no precisó sus elementos ni los aplicó al caso de su patrocinado) no cabe que realice tal análisis. Es decir, como fue invocado expresamente y según lo que dogmáticamente exige, no lo abordó en la sentencia.

∞ El letrado del citado imputado en el recurso de apelación de fojas doscientos treinta y ocho, de veintiséis de marzo de dos mil diecinueve, incorporó en su pretensión impugnatoria la necesidad de la aplicación del principio de confianza, además que en su caso es de aplicación el artículo 83, numeral 2 del Texto Único Ordenado de la Ley Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 006-2017-JUS) pues como órgano de dirección está liberado de cualquier rutina de ejecución, de emitir comunicaciones ordinarias y de las tareas de formalización de actos administrativos.

∞ El Tribunal Superior en la sentencia de vista recurrida consideró que el imputado [REDACTED] estuvo en condiciones de reparar en la irregularidad de los documentos que firmaba, por lo que no puede descartarse una acción negligente de su parte, que en todo caso no es punible penalmente. Agregó que dicho encausado, como alcalde, no intervino en la licitación ni en la selección de la empresa que ganó la buena pro, no fijó las condiciones del contrato, no asumió una competencia impropia en el procedimiento de licitación y en su ejecución, y tampoco elaboró la

documentación respectiva, así como que, para firmar los documentos elevados a su Despacho, estos previamente tenían la firma de los demás funcionarios competentes.

TERCERO. Que, ahora bien, corresponde al órgano jurisdiccional, fijado el *factum* y propuesta una determinada calificación jurídica por el Ministerio Público, así como efectuada la respectiva resistencia sobre los hechos y el derecho por las partes acusadas, en primer lugar, apreciar el material probatorio disponible bajo las reglas de la sana crítica y decidir si la hipótesis acusatoria ha sido probada con un grado de determinación de tal nivel que explique acabadamente los datos disponibles y los integre de forma coherente, así como refute sólidamente la hipótesis alternativa formulada por la defensa –de lo contrario deberá dictar una sentencia absolutoria–. En segundo lugar, desde la interpretación y aplicación del Derecho objetivo, incumbe al juez, respetando la identidad de los hechos y homogeneidad del bien jurídico tutelado por el tipo delictivo acusado, decidir acerca de la responsabilidad penal.

∞ Es claro que desde el principio acusatorio el juez está relativamente –que no absolutamente– vinculado en materia de tipificación de los hechos, pero como es de aplicación el principio *iura novit curia*, sobre el Derecho define el juez, no las partes –la interpretación y aplicación de la ley es de la plena soberanía del órgano jurisdiccional–. La atribución de una determinada conducta que el fiscal reputa delictiva requiere del juez un examen jurídico desde todos los puntos de vista posibles (principios de legalidad, de oficialidad –en un sentido amplio– y de lealtad –este último, entre otros supuestos, obliga a mantener el equilibrio entre los intereses de las partes procesales y lograr el descubrimiento de la verdad en un proceso eficiente [VOLK, KLAUS: *Curso fundamental de Derecho procesal penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 256]–). El examen, entre otros, de la imputación objetiva y subjetiva, luego de la acusación y tras la proposición de la defensa –como consecuencia del principio de contradicción–, corresponde al juez pues es un tema de legalidad penal y, como tal, bajo ningún concepto puede condicionarse a que un planteamiento defensivo, que cuestiona la relevancia penal del hecho, sea formalizado rigurosamente bajo el apremio de desestimación liminar.

∞ El juez debe pronunciarse sobre la pretensión de las partes, de suerte que no puede decidir sobre una causa de pedir o un petitio distintos (*citra, ultra o extra petita*). Decidir si se cumple el principio de confianza como una específica negación de la imputación objetiva de un determinado delito es, en buena cuenta, resolver si puede o no sostenerse la realización de un concreto comportamiento delictivo materia de acusación fiscal, por lo que configura un ámbito que el juez debe pronunciarse más allá de que las partes acusadas puedan o no haberla sugerido. Se trata, precisamente, de interpretar cuándo

se ha realizado objetivamente un comportamiento delictivo, que es precisamente una tarea de la jurisdicción penal.

∞ En consecuencia, si el juez considera que se presenta algún supuesto que pueda negar la imputación objetiva o la imputación subjetiva debe así considerarlo, sin necesidad de que las partes acusadas puedan haberlo instado, con mayor o menor propiedad –es lo trascendental para considerar si finalmente existirá o no responsabilidad penal–. En el *sub-judice*, respecto del imputado [REDACTED], la defensa estimó que éste actuó bajo el principio de confianza, lo que era suficiente para que el juez penal, en la sentencia de primera instancia, examine esta alegación y dé una respuesta fundada en cumplimiento del principio de exhaustividad.

CUARTO. Que el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber y, como tal, resulta imprescindible que el funcionario público tenga el deber de proteger los intereses estatales en un contrato u operación estatal, en una contratación pública en la cual intervenga en razón de su cargo –el interés protegido es, entonces, el buen funcionamiento de la Administración en relación con los procesos de contratación; busca proteger tanto el lícito desempeño de la función pública como el patrimonio público frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar [DE URBINA GIMENO, IÑIGO: *Fraudes y exacciones ilegales*. En: AA.VV.: Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa (Silva Sánchez, Jesús-María – Robles Planas, Ricardo (director y coordinador), Ediciones Atelier, Barcelona, 2020, pp. 692-693]. Él ha de estar vinculado funcionalmente con el contrato u operación, en el que se interesa indebidamente. Debe tener una competencia para intervenir en razón de su cargo en un contrato u operación, lo que estará determinado por la ley, el reglamento, las directivas o los manuales institucionales, entre otros. Además, no es un delito de daño (no requiere causación de perjuicio) sino de peligro abstracto –no de peligro concreto como indica el Tribunal Superior– y de mera actividad, de suerte que el comienzo de la ejecución y la consumación se sitúa en el momento en que el autor participa en cualquier nivel de la contratación pública [ÁLVAREZ DÁVILA, FRANCISCO: *El injusto típico en el delito de negociación incompatible*. En: AA.VV.: Delitos contra la Administración Pública (García Caveró, Percy – Vélchez Chinchayán, Ronald: Directores), Editorial Ideas, Lima, 2020, pp. 106, 111 y 119]. Por lo demás, el funcionario que por su posición dentro del ente público interviene con facultad decisoria en esos procesos de contratación pública es el garante, y por ello responde de la corrección de las decisiones que se producen en ese ámbito; una responsabilidad conforme al cometido que le compete, en cualquiera de los actos que forman parte del citado proceso, y que le permite determinar el resultado final del mismo [ETXEBARRIA ZARRABEITIA, XABIER: *Fraudes y exacciones ilegales*. En: AA.VV. (Adela Asua Batarrita,

Adela: coordinadora), Delitos contra la Administración Pública, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 207].

∞ La imputación del comportamiento a un obligado institucional se determina por la infracción de un deber positivo especial impuesto, en el caso concreto, por la legislación en materia de contrataciones públicas, sin interesar el *quantum* organizativo desplegado por aquél. Ello es suficiente para afirmar la imputación objetiva dado que el delito de negociación incompatible es uno de mera conducta (por la pura infracción del deber) y no requiere un resultado objetivo imputable al comportamiento del incumplimiento del deber positivo.

∞ El principio de confianza en los delitos de infracción de deber tiene, en el contorno de sus elementos, configuraciones propias, aunque es posible acudir a él. Es correcto sostener que en las actuaciones conjuntas es aceptable confiar en el adecuado cumplimiento de las labores específicamente asignadas a terceros, empero es de tener presente que en determinadas circunstancias tal principio está excluido. Una de ellas es el caso en que se debe controlar la actuación o el trabajo de otro y, además, cuando se le debe supervisar [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal – Parte General*, 3ra.Edición, Editorial Ideas, Lima, 2019, pp. 431-434, 487-486].

QUINTO. Que, en la presente causa, el propio Tribunal Superior (*i*) señaló que la suscripción del contrato cuestionado y de los dos comprobantes de pago (visado) correspondía a las competencias del alcalde imputado, Miyashiro Yamashiro, aunque acotó que no era razonable exigirle que responda por cada uno de los procesos y acciones administrativas con connotación económica de la Municipalidad agraviada –en este sentido el Manual de Organización y Funciones regulaba las competencias de los funcionarios– [fundamento jurídico sexto de la sentencia de vista, punto diez y once]. Además, (*ii*) enfatizó que los documentos que firmó y visó fueron llevados a su despacho con las firmas de los funcionarios competentes, de suerte que estuvo en la aptitud de reparar en la irregularidad de los documentos que firmaba [fundamento jurídico sexto de la sentencia de vista punto trece]. El giro argumental de la citada sentencia de vista se presentó cuando (*iii*) agregó que falta prueba que acredite que tenía conocimiento del ilícito proceder de sus coimputados, sin que se pueda descartar una acción negligente de su parte, lo que no es punible penalmente [fundamento jurídico sexto de la sentencia de vista punto trece, párrafo final].

SEXTO. Que la licitación, el otorgamiento de la buena pro, la suscripción del contrato conforme a los términos de la licitación, la prestación de las garantías, el cumplimiento de sus cláusulas y su ejecución efectiva es un proceso en el que, por cierto, intervienen varios funcionarios públicos. En el delito de negociación incompatible, como delito de infracción de deber, y en

ese marco de la actividad estatal (municipal en este caso), el agente oficial (el alcalde [REDACTED] en el sub-lite) responde por la infracción del deber positivo de resguardar los intereses de la Municipalidad a través de una actuación imparcial en esa contratación pública en la que intervino en su condición de alcalde.

∞ Es así que el alcalde imputado [REDACTED] no solo firmó el contrato y visó los comprobantes de pago, pese a que estaba en condiciones de advertir que no se había presentado la carta fianza ni se había entregado el equipo adquirido –sin exigir el cobro de las penalidades respectivas ni poder ejecutar la carta fianza–, sino que además ejercía la máxima autoridad en la Municipalidad y tenía a su cargo el control de las actividades de los órganos de línea de la Municipalidad –más aún si la documentación anexa a lo que debía firmar permitía conocer la realidad misma, de lo que tenía frente a él y de lo que debía realizar, situación que incluso se acrecentaba por su larga experiencia como Alcalde–.

∞ Dado lo anterior, como el imputado no era ajeno al proceso de licitación, firma del contrato y ejecución correcta del mismo –no podía serlo, por lo demás–, dado que en sus pasos fundamentales necesariamente intervenía, y si en su concreto ámbito de intervención material (firma y visado de contrato y comprobantes de pago) vulneró el deber positivo institucionalmente impuesto, es obvio que no solo se trató de una simple irregularidad funcional sino de un acto de concreción de un interés particular indebido en la contratación pública cuestionada, que denota una actividad parcializada –se volcó sobre el contrato una pretensión de parte no administrativa [DONNA, EDGARDO ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública*, 2da. Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 364]. Esta conjunción de actos administrativos dirigidos a un fin explica por qué no es posible desentenderse, en lo que cada funcionario debe hacer, de la labor precedente, la que está indudablemente en el marco de su conocimiento y actuación.

SÉPTIMO. Que el Tribunal Superior, contradictoriamente, no solo afirmó que el imputado pudo advertir la irregularidad de la documentación que se le puso para su firma o visado, sino que, a continuación, como si el delito fuera uno de dominio, aseveró que el alcalde no intervino en las fases administrativas previas a la firma y visado aludidos, y concluyó que, por ello, al no conocer del ilícito proceder de sus coimputados –¿cómo no hacerlo si pudo advertir lo irregular de la documentación que se le presentó!– no puede descartarse una conducta negligente de su parte. No se puede decir que el imputado desconocía el riesgo para el bien jurídico entrañó su comportamiento.

∞ Sin embargo, en cuanto a la imputación subjetiva, es claro que el imputado estaba en condiciones de advertir el riesgo prohibido cuando firmó el contrato y visó los comprobantes de pago y, con ello, del provecho ajeno indebido, en

desmedro del tesoro municipal, que obtendría la empresa TLM Perú EIRL, y pese a ello decidió actuar. Por tanto, es patente que su conducta era dolosa. Además, el Tribunal Superior no explicó por qué y cuáles serían los elementos de prueba y los argumentos por los cuales la conducta del imputado sería imprudente –y, por ello, ante la no previsión de la imprudencia en el tipo delictivo examinado, determinó la impunidad del imputado–, así como, antes, los criterios de exclusión del dolo: ¿por qué no conocía el riesgo típico?

OCTAVO. Que, en tal virtud, el Tribunal Superior interpretó incorrectamente las exigencias del tipo penal de negociación incompatible, en orden al debido entendimiento de sus elementos y al alcance del principio de confianza y su exclusión, así como respecto a la imputación subjetiva (dolo o imprudencia); y, en función a estas premisas erróneas, dictó una absolución que no se sostiene legalmente. La motivación fue insuficiente (vulneró el principio lógico de razón suficiente) y, por ello, en concurrencia con los defectos de derecho sustancial, el fallo no puede sostenerse.

∞ Corresponde dictar una sentencia casatoria rescindente con reenvío. Otro Colegiado Superior debe emitir otra sentencia de vista, previa audiencia de apelación, a fin de pronunciarse debidamente sobre los hechos acusados al encausado [REDACTED], cumpliendo acabadamente lo establecido en la presente casatoria.

NOVENO. Que no está en discusión que el Tribunal Superior impuso al encausado absuelto [REDACTED] el pago de la reparación civil. Lo que impugló la encausada condenada [REDACTED] es la imposición de solidaridad en el pago de la reparación civil a todos los condenados conjuntamente con ella, lo que incluso podría afectarla en la medida que se le impuso una pena de ejecución suspendida con la regla de conducta de reparar el daño causado. No obstante lo que se indicará en el fundamento jurídico décimo, por la importancia del punto y su acceso excepcional es de rigor formular algunas consideraciones.

∞ El artículo 95 del Código Penal fija una regla precisa: “*La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados*”. Las consideraciones de orden público son obvias –siempre en beneficio del afectado–. Esta regla cumple con la exigencia del artículo 1183 del Código Civil, que estipula que la solidaridad no se presume y que solo la ley o el título de la obligación la establecen de forma expresa, así como con lo dispuesto por el artículo 1983 del Código Civil, de solidaridad tratándose de daño por responsabilidad extracontractual. En virtud de la solidaridad es posible dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, no contra todos ellos simultáneamente (artículo 1186 del Código Civil). Como se sabe, por la solidaridad cada deudor es obligado por la totalidad de la deuda, existe una

unidad de prestación y el pago de uno extingue la obligación de todos, sin perjuicio que quien pagó exija el cobro o repetición a los demás, conforme al artículo 1983 del Código Civil.

∞ Es de puntualizar, de otro lado, que el artículo 1978 del Código Civil hace mención al que ayuda a causar un daño y al que incita a otro a causar un daño, a quienes extiende la responsabilidad civil, pero a su vez dispone que el juez debe determinar el grado de responsabilidad de acuerdo a las circunstancias. Si bien un encausado puede ser condenado a título de cómplice primario, pero como se trata de un daño derivado de la comisión de un hecho punible que perjudicó a un sujeto jurídico y, como tal, el Código Penal, le impone una responsabilidad solidaria, no es posible entender que, en estos casos, debe fijarse un monto específico en atención a la forma y circunstancias de su intervención en orden al daño ocasionado (la solidaridad, sin diferencias o particularidades, la impone el artículo 1983 del Código Civil). Por lo demás, no necesariamente puede identificarse ayuda al resultado dañoso en los términos del citado artículo 1978 del Código Civil, con el prestar auxilio o asistencia, siempre dolosamente, para la realización del hecho punible, conforme al artículo 25 del Código Penal (complicidad).

∞ Por lo demás, nuestro Código Penal ni siquiera ha seguido el sistema de cuotas –que, por ejemplo, estableció el Código Penal Español–, en cuya virtud, sin perjuicio de la solidaridad de todos los responsables en relación al perjudicado por el hecho punible, el monto debe dividirse en cuotas fijadas en función a la incidencia de la conducta de cada uno de los responsables en la producción del daño a indemnizar.

DÉCIMO. Que, no obstante ello, es de resaltar que la encausada [REDACTED] [REDACTED] falleció con fecha ocho de mayo de dos mil veintiuno, según la Ficha RENIEC inserta en el cuadernillo de casación. Por tanto, es de aplicación el artículo 78, inciso 1, del Código Penal: la acción penal se extinguió. La muerte se produjo luego de emitirse la sentencia de segunda instancia y en el curso del procedimiento de casación en que era parte recurrente, por lo que no había precluido respecto de ella la acción penal. Es de resaltar, por lo demás, que el pago de la reparación civil se consignó como una regla de conducta de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por lo que el recurso de casación de su parte no solo tiene una relevancia civil. Además, la recurrente invocó que la aplicación del principio de confianza también debía extenderse a ella, lo que no se efectuó por el Tribunal Superior, agravio que en todo caso no es posible examinarlo dada la extinción de la acción penal por fallecimiento.

∞ Desde el interés civil de la Municipalidad de Chorrillos es obvio que, como la responsabilidad civil se transfiere a los herederos del responsable,

está en libertad de reclamar los daños y perjuicios en un proceso civil, conforme al artículo 96 del Código Penal.

UNDÉCIMO. Que también interpuso recurso de casación el actor civil, la señora PROCURADORA PÚBLICA DEL ESTADO, centrado en la absolución del encausado Miyashiro Yamashiro. La absolución ha sido censurada, conforme consta en los fundamentos jurídicos sexto al octavo, como consecuencia del recurso de casación del Ministerio Público, por lo que no es del caso insistir en este extremo del cuestionamiento impugnatorio.

∞ Empero, cabe resaltar que la legitimación del actor civil incide en el objeto civil (ex artículos 11 y 98 del Código Procesal Penal). En el presente caso, el Tribunal Superior no excluyó al citado acusado del pago de la reparación civil, luego no existe nada que discutir.

∞ Por tanto, el recurso acusatorio de la parte civil debe desestimarse. No cabe la imposición de costas, conforme al artículo 499, apartado 1, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **EXTINGUIDA POR MUERTE** de la imputada [REDACTED] por delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Chorrillos; en consecuencia, **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente respecto de ella, sin perjuicio del derecho de la entidad agraviada de reclamar la indemnización en la vía civil contra los herederos de dicha imputada; sin costas. **II.** Declararon **INFUNDADO** el recursos de casación interpuesto por la señora PROCURADORA PÚBLICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA contra la sentencia de vista de fojas trescientos catorce, de seis de agosto de dos mil diecinueve; y, **EXENTO** el pago de las costas por la Procuraduría Pública del Estado. **III.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE LIMA contra la sentencia de vista de fojas trescientos catorce, de seis de agosto de dos mil diecinueve, en cuanto revocando en un extremo la sentencia de primera instancia de fojas ciento veinticinco, de dieciocho de marzo de dos mil diecinueve, absolvió a [REDACTED] de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso acusatorio. **IV.** En consecuencia, **CASARON** en este extremo la sentencia de vista; y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: **ORDENARON** que otro Colegiado Superior dicte otra sentencia de vista sobre la situación jurídica del encausado [REDACTED] –respecto exclusivamente del objeto penal–, previa audiencia de apelación, debiendo tener presente lo establecido en la presente decisión casatoria.

V. DISPUSIERON se lea la presente sentencia en audiencia pública, se publique en la página web del Poder Judicial y se notifique inmediatamente a las partes procesales; registrándose. **VI. MANDARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal de Origen para la continuación de la ejecución procesal de la sentencia en cuanto a los condenados y a la reparación civil también impuesta al encausado [REDACTED], sin perjuicio de la continuación de la causa respecto de este imputado en lo referente al objeto penal. **INTERVINO** el señor juez supremo Bermejo Ríos por vacaciones de la señora jueza suprema Carbajal Chávez. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

BERMEJO RÍOS

COAGUILA CHAVEZ

TORRE MUÑOZ

CSMC/AMON