

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico de la Casación N°1833-2019/LIMA

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el título
profesional de Abogada que presenta:

ANA PAULA CASTRO ITURREGUI

Asesor:

Carlos Abel Villarroel Quinde


Lima, 2023

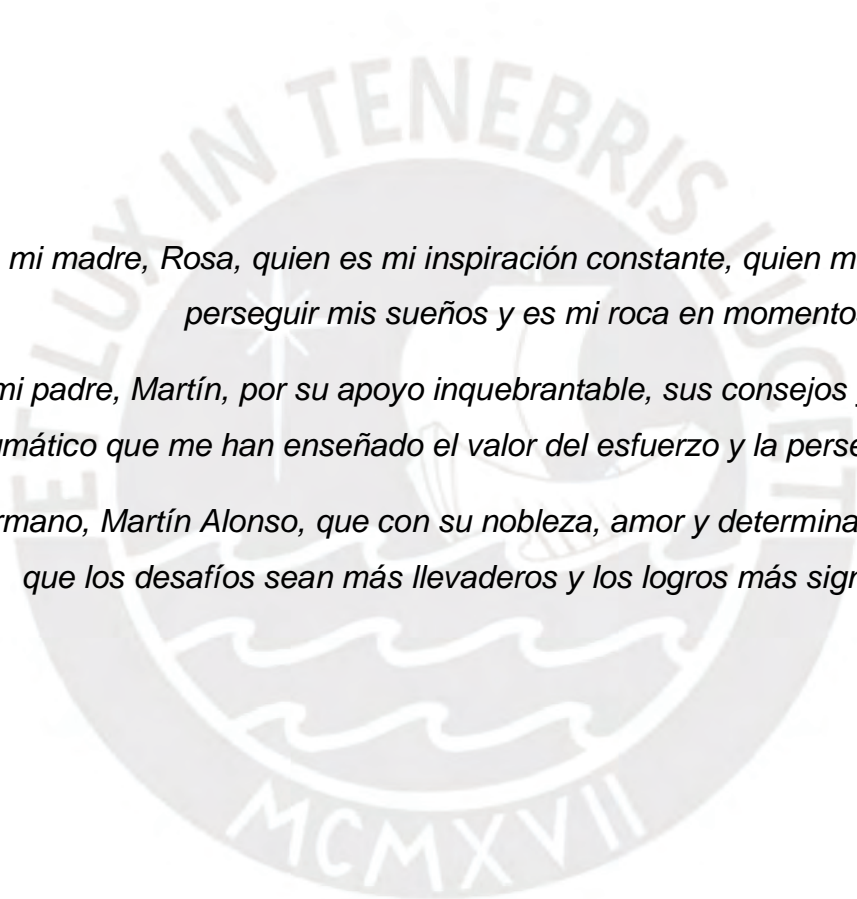
Informe de Similitud

Yo, CARLOS ABEL VILLARROEL QUINDE, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico de la Casación N°1833-2019/LIMA", del autor / de la autora ANA PAULA CASTRO ITURREGUI, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 18/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 18 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> VILLARROEL QUINDE, CARLOS ABEL	
DNI: 42529192	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0009-0006-2882-5655	



A mi madre, Rosa, quien es mi inspiración constante, quien me anima a perseguir mis sueños y es mi roca en momentos difíciles.

A mi padre, Martín, por su apoyo inquebrantable, sus consejos y enfoque pragmático que me han enseñado el valor del esfuerzo y la perseverancia.

A mi hermano, Martín Alonso, que con su nobleza, amor y determinación hace que los desafíos sean más llevaderos y los logros más significativos.

RESUMEN

El presente informe jurídico contiene un análisis de la aplicación del principio de confianza en el procesamiento del delito de la negociación incompatible, a partir de los problemas jurídicos identificados en la Casación N°1833-2019/LIMA, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. El recurso de casación declarado fundado, que se resuelve en la citada sentencia, fue interpuesto por la Fiscal Superior, quien denuncia como motivo la violación de la garantía de la motivación, pues cuestiona que la aplicación del principio de confianza en el delito de negociación incompatible no sea la misma para los acusados; además, la Fiscal solicita que se defina si la infracción de deber y el principio de confianza pueden ser aplicados a un funcionario que infringió deberes específicos que se le fueron conferidos.

Entre los objetivos de este informe se encuentra el establecer los límites del principio de confianza frente al argumento de defensa en el procesamiento por el delito de negociación incompatible, así como analizar el principio de confianza como parte de la imputación objetiva, y la intervención de sujetos en la comisión del delito de negociación incompatible. Al respecto, este informe jurídico postula que, no se puede desconocer el principio de confianza, pero su aplicación no es absoluta, y sus límites deben ser analizados cuando sea utilizado como argumento exculpante en delitos de negociación incompatible.

Palabras clave

Negociación incompatible, principio de confianza, imputación objetiva, interés indebido, división de funciones.

ABSTRACT

This legal report presents an analysis of the application of the principle of trust in the prosecution of the crime of incompatible negotiation. The analysis is based on the legal issues identified in Cassation No. 1833-2019/LIMA, issued by the Permanent Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice of the Republic. The appeal, which was filed by the Superior Prosecutor and declared well-founded in the aforementioned sentence, raises concerns about the violation of the guarantee of motivation. The Superior Prosecutor questions the consistency of applying the principle of trust in the crime of incompatible negotiation among the defendants. Additionally, the Prosecutor requests clarification on whether the breach of duty and the principle of trust can be applied to an official who has violated specific duties conferred upon them.

The objectives of this report include establishing the limits of the principle of trust in response to the defense argument in the prosecution of the crime of incompatible negotiation. The report also aims to analyze the principle of trust within the framework of objective imputation and the involvement of individuals in the commission of the crime. In this context, the legal report asserts that while the principle of trust cannot be disregarded, its application is not absolute, and its limitations must be examined when used as an exculpatory argument in cases of incompatible negotiation.

Keywords

Incompatible negotiation, principle of trust, objective imputation, undue interest, division of functions.

Índice

I.	Introducción	5
II.	Justificación de la elección de la resolución	6
III.	Antecedentes	6
a.	Hechos relevantes para la resolución	8
i.	Primera instancia	9
ii.	Segunda instancia	10
iii.	Recurso de casación	10
IV.	Identificación de los problemas jurídicos	11
a.	Negociación incompatible	11
b.	El principio de confianza	14
V.	Resolución de los problemas jurídicos	14
a.	Problema principal: La aplicación del principio de confianza en el procesamiento del delito de negociación incompatible	14
b.	Problemas secundarios	17
i.	El principio de confianza como parte de la imputación objetiva	17
ii.	Supuestos en los que procede el principio de confianza en los delitos de negociación incompatible	19
c.	Problemas complementarios	21
i.	La intervención de una pluralidad de sujetos en la comisión del delito de negociación incompatible	21
ii.	El principio de confianza como mecanismo de defensa de un imputado	22
VI.	Argumentación de posición	24
VII.	Conclusiones	28
VIII.	Bibliografía	29

I. Introducción

Este informe jurídico versa sobre el estudio de lo dispuesto en el Recurso de Casación N°1833-2019/LIMA, en donde se observa el otorgamiento de una buena pro para una licitación pública, debido a que hay sólo un único postor con el que suceden una serie de irregularidades. Frente a esas irregularidades, quien era alcalde de la Municipalidad Distrital de Chorrillos afirma que él no es responsable de las mismas, porque existe un proceso para la contratación pública en donde participan diversos actores con responsabilidad, y que, por el principio de confianza, él se fío de lo actuado por quienes lo antecedieron en su firma final del contrato y desembolsos.

De los hechos descritos, en este documento académico, se analizará como problema principal la aplicación del principio de confianza en el procesamiento del delito de negociación incompatible.

Además, como problemas secundarios, se estudiará el principio de confianza como parte de la imputación objetiva, el delito de negociación incompatible, y los supuestos en los que procede el principio de confianza en los delitos de negociación incompatible. Asimismo, como problemas complementarios, se examinará la intervención de una pluralidad de sujetos en la comisión del delito de negociación incompatible, y el principio de confianza como mecanismo de defensa de un imputado.

Al respecto, en este informe jurídico, se opta por la postura de que el principio de confianza no se puede romper, ya que ello conllevaría a desconocer la legalidad y legitimidad de las normas dadas con antelación, así como el contrato firmado por el servidor público respecto a sus funciones. No obstante, para el caso, no implicaría una absolución al ex alcalde, Augusto Miyashiro, toda vez que el principio de confianza tiene límites, y ellos deben de ser analizados en cada caso para evitar que se consienta omisiones o acciones que pueden ser ampliamente cuestionables.

Resulta importante resaltar que, aunque se trate del análisis de un delito con pluralidad de sujetos, este informe jurídico tendrá como actor principal de estudio al entonces alcalde de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, pues fue él quien invocó el principio de confianza en el delito de negociación incompatible.

II. Justificación de la elección de la resolución

En el mundo laboral, se nos asignan funciones específicas que están por escrito y constan en el contrato de trabajo, que tanto el empleador como el servidor firman. Lo señalado ocurre en el sector privado y en las entidades públicas; en estas últimas existen diversas normas que protegen los principios del Estado, y que conduce a sus funcionarios y servidores bajo ciertas directivas de estricto cumplimiento, tales como el Manual de Organización de Funciones, y el Reglamento Interno de Trabajo; ello plantea las reglas claras para todos, además de los contratos individuales que se basan en los términos de referencia para cada puesto.

Por otro lado, la infracción del delito de negociación incompatible es común entre los delitos de corrupción; sin embargo, el que la defensa del encausado utilice como argumento importante el concepto del principio de confianza para deslindarse de los hechos que se le imputan, lo convierte en un debate interesante.

El principio de confianza actúa como un límite a la imputación objetiva, lo que conlleva a que sólo se pueda atribuir la responsabilidad de un acto a una persona en específico. No obstante, existen acciones en cadena, que forman parte de un mismo proceso, aunque tengan diversos autores; en dichos casos, es importante analizar las funciones que la normativa aplicable le haya asignado a cada individuo.

El desconocer dicho principio, puede ser muy peligro; sin embargo, el ampararse por completo en él, también lo es. Debido a que perdería valor el actuar negligente real, y daría paso a acciones u omisiones que queden fuera de responsabilidades ciertas.

Por lo expuesto, el Recurso de Casación N°1833-2019/LIMA, resulta sumamente interesante de analizar, tanto en el delito de negociación incompatible como en el principio de confianza, al haber una concurrencia de éstos en el caso.

III. Antecedentes

La Municipalidad Distrital de Chorrillos abrió el proceso de Licitación Pública N° 007-2008-CE-MDCH para la adquisición de una “Excavadora hidráulica sobre neumáticos para servicios públicos”, en donde se presenta como único postor la empresa TLM PERÚ EIRL. La citada persona jurídica, fue el único postor, y se le otorgó la buena pro el 9 de diciembre de 2008.

Luego de otorgársele la buena pro, lo que correspondía, antes de la firma del contrato era que la empresa entregue la respectiva carta fianza; empero no lo hace. No obstante, y pese a la ausencia de dicho requisito, la municipalidad firma el contrato con el citado privado. Además, TLM PERÚ EIRL no cumple con entregar la maquinaria en la fecha convenida; sin embargo, la Municipalidad Distrital de Chorrillos pagó la suma de 181 400 soles a la empresa, pese a que ésta no entregó la carta fianza ni la excavadora.

La Fiscalía, en audiencia de control de acusación de fojas 130, imputó a los encausados Augusto Miyashiro, Luis Rojas, Teódulo Durand y Ligia Correa la comisión, como autores, del delito de negociación incompatible, y a Magali Zagal como cómplice primaria.

Resulta importante identificar a cada uno de los imputados y los hechos por los que los investigaron, para poder comprender por qué fueron procesados. En primer lugar se encuentra Augusto Miyashiro, quien era alcalde de la Municipalidad Distrital de Chorrillos; y fue quien firmó la orden de compra, sin verificar el cumplimiento de los requisitos (como la entrega de la carta fianza), y visó los documentos de pago. Un segundo personaje es Teódulo Durand, quien era el Sub Gerente de Logística; él no cumplió con su deber de garante y no exigió la entrega de la carta fianza, no veló por la conformidad del contrato, y no cobró la penalidad correspondiente por el retraso de la entrega de la maquinaria. Un tercer personaje es Ligia Correa, quien era Sub Gerente de Tesorería; ella ejecutó el adelanto del pago y giró los cheques. Finalmente, Magali Zagal fue administradora de TLM PERU EIRL; ella suscribió el contrato en representación de la empresa.

En la sentencia de la primera instancia, se condena a Miyashiro, Durand y Correa en su calidad de autores por el delito de negociación incompatible; la condena consistía en imponer 4 años y 8 meses de pena privativa de la libertad con cárcel efectiva de pena privativa de la libertad, se les inhabilita y se les ordena el pago solidario de sesenta mil soles.

En la sentencia de la segunda instancia, la Segunda Sala Penal de Apelaciones revocó la sentencia de la primera en el extremo de que se absuelve de la acusación fiscal al ex alcalde del delito de negociación incompatible, pero confirmó lo sentenciado para los otros imputados.

A partir de la sentencia de la segunda instancia es que la señora Fiscal Superior de Lima y la Procuradora Pública de la Contraloría General de la República promovieron el recurso de casación, el mismo que es materia de estudio en este informe jurídico.

Asimismo, resulta oportuno señalar que, a junio de 2023, según el registro de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, TLM PERU E.I.R.L. se encuentra en condición activa y su fecha de inicio de actividades es de noviembre de 2004 (SUNAT, 1997 - 2023); además, de acuerdo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, la citada empresa se encuentra activa para contratar con el estado.

a. Hechos relevantes para la resolución

Para lograr un análisis completo del caso, se hará un recuento de los hechos relevantes que conllevaron al proceso:

- El 9 de diciembre de 2008, la Municipalidad Distrital de Chorrillos le otorga la buena pro a la empresa TLM PERU EIRL para la adquisición de una “excavadora hidráulica sobre neumáticos para servicios públicos”.
- El 10 de diciembre de 2008, la Municipalidad Distrital de Chorrillos comunica a la empresa sobre el otorgamiento de la buena pro.
- El 29 de diciembre de 2008, la Municipalidad Distrital de Chorrillos y la mencionada empresa, firman el contrato N° 079-2008-MDCH.
- El 28 de abril de 2009, la empresa debió entregar la maquinaria, pero no lo hizo.
- El 10 de agosto de 2009, la Municipalidad Distrital de Chorrillos pagó la suma de 725 700 soles a la citada empresa.
- El 11 de enero de 2010, la Municipalidad Distrital de Chorrillos pagó la suma de 181 400 soles a la citada empresa; ambos abonos se realizaron sin que sea entregada la carta fianza ni la excavadora.
- El 10 de diciembre de 2015, la Fiscalía, en audiencia de control de acusación de fojas 130, imputó a los encausados Augusto Miyashito, Luis Rojas, Teódulo Durand y Ligia Correa la comisión, como autores, del delito de negociación incompatible, y a Magali Zagal como cómplice primaria.
- El 18 de marzo de 2019, en la sentencia de primera instancia de fojas 125, se condena a Augusto Miyashito, Luis Rojas, Teódulo Durand y Ligia Correa como autores del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Chorrillos.
- La representante del Ministerio Público y la defensa de los encausados interpusieron recursos de apelación. La primera, cuestionó el extremo de

las penas impuestas; mientras que la defensa de Ligia Correa insiste en la absolución por haber actuado sin dolo. Por su parte, la defensa de Miyashiro demandó la aplicación del principio de confianza.

- La Segunda Sala Penal de Apelaciones, en la sentencia de vista de fojas 214, del 6 de agosto de 2019, revocó la sentencia de la primera instancia en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a Miyashiro, confirmó la sentencia para los demás encausados, y modificó el extremo de la pena impuesta.
- La Fiscal Superior de Lima, la Procuradora Pública de la Contraloría General y la encausada Ligia Correa promovieron el recurso de casación.
- El 17 de agosto de 2021, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, emite la sentencia de casación en donde declaran fundado el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal Superior de Lima, y ordenaron que otro Colegiado Superior dicte otra sentencia de vista sobre la situación jurídica del encausado Augusto Miyashiro.

i. Primera instancia

El Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Lima, mediante la Resolución N°12 del 18 de marzo de 2019, condena a Miyashiro por el delito de negociación incompatible; además, condena a Durand y Correa por el mismo delito a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente, y al pago solidario de sesenta mil soles.

Ello pese a que el acusado Miyashiro indicara que durante su gestión como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Chorrillos “designó a personal de confianza con la finalidad que realicen bien su trabajo” (Corte Superior de Justicia de Lima, 2019), y que firmó la orden de compra porque para que sea efectiva, ésta tenía que pasar por múltiples unidades orgánicas, como la oficina de logística, la de administración y tesorería.

En esta resolución, la Corte resalta que una de las funciones de un trabajador público es velar por la buena administración de los fondos públicos, y que ello era bien sabido por los funcionarios al tener conocimiento por parte de los agentes, en la comisión del delito; por lo que no se puede decir que existieron carencias sociales que haya podido sufrir el agente. En este extremo, la Corte indica que la oficina de la Sub Gerencia de Logística era el órgano especializado en el tema de contrataciones del Estado, conforme

se indica en el artículo 94.c. del Reglamento de Organización y Funciones de la Municipalidad Distrital de Chorrillos.

Asimismo, en el punto 104 de la mencionada resolución, la Corte Superior de Justicia de Lima señala que el comportamiento que han tenido los acusados, daña el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible; pues, para la Corte, no ha habido imparcialidad en la actuación de los funcionarios, al evidenciarse un favorecimiento a la empresa, al haber celebrado un contrato sin que la empresa presentara la carta fianza, y dieron adelantos económicos y no cobraron penalidades, pese a que la máquina fue entregada nueve meses después.

ii. Segunda instancia

Tanto el Ministerio Público como los encausados interpusieron sus recursos de apelación. La primera cuestionó las penas impuestas; mientras que Miyashiro alegó que no se aplicó el principio de confianza porque su defensa no lo solicitó.

El 06 de agosto de 2019, la Segunda Sala Penal de Apelaciones, en la sentencia de vista de fojas trescientos catorce, revocó lo dispuesto en la sentencia de primera instancia absolviendo a Miyashiro, pero confirmó la sentencia en los demás extremos, respecto a los otros implicados por el mismo delito de negociación incompatible.

iii. Recurso de casación

El recurso de casación es presentado por la señora Fiscal Superior de Lima y la Procuradora Pública de la Contraloría General de la República. La primera señaló que el motivo de casación es la violación de la garantía de la motivación, pues la sala no aplicó para todos los imputados, de la misma manera, el principio de confianza; por ello pidió que el 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” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019).

Por su parte, la Procuradora Pública de la Contraloría General de la República, postuló como motivo de casación, también, la violación a la garantía de motivación, por la misma

contradicción señalada por el Ministerio Público, y añadió el hecho de que el principio de confianza no fue debatido en el juicio oral.

Además, la señora Correa en su escrito de casación planteó como motivo “la violación de la garantía de la motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial la valoración de la confesión sincera y la solidaridad en el pago de la reparación civil” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019).

IV. Identificación de los problemas jurídicos

A partir de la sentencia Casatoria N°1833-2019/LIMA, se ha identificado como problemas jurídicos, que se analizarán en este informe, al delito de negociación incompatible y el principio de confianza.

a. Negociación incompatible

El delito de negociación incompatible se tipifica en el artículo 399 del Código Penal del Perú, y éste se encuentra “dentro de los delitos que se comenten en los contextos de contratación pública y los actos unilaterales que lleva a cabo el Estado” (Torres & Gonzales, 2019); y son cometidos sólo por funcionarios, pues la jurisprudencia vinculante nos señala que la participación del extraneus no es merecedora de una pena ya que no ejerce la potestad de velar por los bienes del Estado (Casación 841-2015 Ayacucho y la Casación 23- 2016), por lo que este delito sólo castiga al servidor público que se involucra indebidamente en un contrato para favorecer a un tercero. Este delito es particular, pues el sujeto activo deberá ser siempre un funcionario en ejercicio, cuya conducta típica será la el realizar acciones que sean incompatibles con el ejercicio imparcial y el objeto de sus funciones, en pro de cuidar los bienes y objetivos de la entidad estatal, ello para favorecer a terceros.

Durante el 2021, un total de 1212 procesados fueron condenados por delitos contra la administración pública, entre los que destacan los delitos de cohecho activo, peculado simple por apropiación y negociación incompatible (Ministerio Público, 2022); y éste último, se configura como un delito de infracción de deber, al no existir la exigencia de afectación patrimonial (Recurso de Nulidad N° 3281-2011). Este delito es considerado como de infracción de deber por la naturaleza de la conducta que éste implica; pues se trata de la infracción de deber de las responsabilidades específicas que deben cumplir los funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Es importante señalar que la conducta

esperada del funcionario implica transparencia, lealtad al interés público y la probidad exigida en un marco de normas éticas y legales exigibles al servidor público.

El bien jurídico que se busca proteger, de manera específica es la objetividad o imparcialidad en el ejercicio de la función pública frente a cualquier interés ajeno al Estado (Guimaray, 2014, p. 11-12); por tanto, la conducta que se sanciona es el interés indebido, entendiéndose como interés el “atañer, incumbir, concernir, comprometer o importar algo; motivo por el cual una persona destina su voluntad a obtenerlo o alcanzarlo” (Torres & Gonzales, 2019), por lo que se materializa en una conducta cometida por un funcionario, en el ejercicio de su cargo, que es contraria a la legalidad por anteponer los intereses privados sobre los estatales. Es por ello que, entenderemos al bien jurídico del delito de la negociación incompatible como la imparcialidad y probidad de la actuación del funcionario en las operaciones en las que participe el Estado.

En este punto, resulta necesario analizar el principio de imparcialidad del funcionario; debido a que éste dota de sentido la objetividad que el servidor ha de perseguir, de acuerdo a lo que la normativa le exige, al encontrarse en una posición de poder y privilegio para ciertas actuaciones. Al respecto, el actuar con imparcialidad no implica la imparcialidad exigida a un juez; sino que se trata de actuar con la objetividad precisa que proteja los intereses públicos, pues ese es el fin de cumplimiento de un trabajador público.

Respecto al caso de estudio, el delito se evidencia en un contrato a cargo del Estado, he ahí la importancia de la actuación del funcionario frente a un tercero, siendo irrelevante la etapa de la operación en la que el funcionario intervenga. Resulta importante analizar, en este aspecto, la actuación del entonces alcalde de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, pues él señala que basado en el principio de confianza, y al tratarse de un contrato que pasó por varias áreas, él se fío del buen actuar de los demás funcionarios para firmar el contrato y los documentos que permitieron a la empresa ejecutar el pago; ello, pese a que en el MOF se señala que como alcalde debía celebrar los contratos y vigilar su cumplimiento. Por lo tanto, no lo exime de responsabilidad si solamente era partícipe de la firma final, porque él debía de cuidar los intereses del Estado.

Además, resulta importante tener en cuenta la finalidad indebida del delito de negociación incompatible, o el dolo del mismo; la Corte Superior de Justicia ha afirmado que “el delito de negociación incompatible es netamente doloso, por tanto, no cabe la comisión por culpa” (Expediente 00031-2017-7-5201-JR-PE-02, 2019, F.J. Vigésimo

Sexto); debido a que, en la configuración subjetiva del delito, se exige que el funcionario actúe con conocimiento de sus actos. En adición, en el I Pleno Casatorio 2019, se determinó que en la negociación incompatible no existe un dolo eventual, sólo existe el dolo directo en la comisión de dicho delito; al reconocer únicamente el dolo directo, se enfatiza la importancia de la intención consciente del autor en la comisión del acto, lo cual es un criterio claro para su imputación, por lo que no se puede alegar un dolo eventual en este delito. En la misma línea, Rosales Artica argumenta que en el delito de negociación incompatible no cabe infracción culposa, pues es un delito netamente doloso, al tratarse de un actuar que a través de un interés indebido busca un provecho propio o para un tercero, actuando de manera contraria a sus deberes del cargo. De lo citado, se puede afirmar que el delito de negociación incompatible no sanciona a todos los funcionarios públicos, sino únicamente a aquellos cuyas responsabilidades están directamente relacionadas con las operaciones públicas, y es por ello que se cuestiona su interés indebido en objetivos que son opuestos a los de la propia entidad.

Asimismo, en el caso, la Corte Suprema ha señalado que el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, y es un delito de peligro abstracto; en donde el funcionario debió de cumplir su papel de garante de la entidad pública, pero ocurrió una infracción de deber positivo. De ello, es importante resaltar que cuando se trata de un delito en peligro abstracto, significa que la situación de riesgo no debe de materializarse, sino que tan sólo se necesitará analizar el interés indebido del funcionario en una contratación u operación pública realizada por el funcionario.

En resumen, del recurso de casación en estudio, se puede afirmar que el entonces alcalde Miyashiro, en ejercicio de sus funciones, favoreció a una empresa al firmar un contrato que no cumplía con los requisitos de acuerdo a ley (como la entrega de la carta fianza), y giró cheques a favor de la empresa aunque ésta no había cumplido con sus obligaciones. De acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, esa actuación sólo pudo ser dolosa; además de recoger los elementos subjetivos para la configuración del delito, pues como alcalde tenía la posición de garante, y fue por la función que desempeñaba que pudo firmar el contrato y firmar los documentos necesarios para pagarle a la empresa una contraprestación por un servicio que no se brindó (hasta el momento en el que fue pagado, pues algunos meses después cumplió con la entrega de la maquinaria).

b. El principio de confianza

En la Casación N°1833-2019/LIMA, la Corte Suprema afirma que sí se puede evocar al principio de confianza en los delitos de infracción de deber; debido a que en actuaciones conjuntas o en cadena, es posible afirmar que se confió en la actuación de quien lo precedió, pues existe un marco legal que hace posible la actuación en cadena basado en la confianza. No obstante, la Corte también indica que la aplicación del principio de confianza tiene excepciones; y una de ellas es la que ocurre en el presente caso.

Es importante mencionar que quien utilizó el principio de confianza como argumento para deslindarse de su responsabilidad en el delito de negociación incompatible fue el ex alcalde, Miyashiro; no obstante, la Corte señala que él sí se encontraba en las condiciones de advertir que no se presentó la carta fianza, y con ello pudo no firmar el contrato. Asimismo, cuando visó los comprobantes de pago, pudo también observar que aún faltaba la carta fianza; y que, además, la maquinaria no había sido entregada.

Por tanto, y según lo afirmado por la Corte, el principio de confianza sirve como criterio para determinar el alcance del deber de cuidado; empero, aunque el principio de confianza brinde una garantía basada en una exigencia normativa, éste principio tiene límites que conllevan a que personas, en ciertas circunstancias o condiciones, no puedan excusarse. Lo señalado se desarrollará en lo sucesivo de éste informe jurídico.

V. Resolución de los problemas jurídicos

a. Problema principal: La aplicación del principio de confianza en el procesamiento del delito de negociación incompatible

En la Casación N°1833-2019/LIMA, la Corte señala que “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”; ello supone el reconocer que dicho principio tiene límites y que no se puede alegar, en toda circunstancia la absoluta aplicación del mismo. Este límite citado versa sobre los casos en donde el sujeto debe de controlar el trabajo del otro, y es por ello que no puede confiar plenamente en que dicho trabajador vaya a cumplir plenamente

con sus responsabilidades, pues hacerlo también implicaría no cumplir con las funciones que se le han sido conferidas.

Asimismo, en la Casación N°23-2016/ICA, la Sala Suprema indica que el principio de confianza es un punto a tener en cuenta para determinar la imputación en organizaciones complejas, en donde existe una división de funciones de sus miembros; ello resulta razonable y exigible, pues sería un método objetivo de exigencia del cumplimiento del deber responsable y coordinado en tareas conjuntas y complejas. Debido a que, el principio de confianza exige que cada agente involucrado sea un garante de cumplimiento, ya que más allá de la responsabilidad y valores personales, existe un marco normativo que exige un comportamiento diligente y esperado; esto hace que los agentes confíen que el otro cumplirá correctamente su responsabilidad asignada. En este punto, es necesario resaltar que en organizaciones complejas, el establecer mecanismos de control y supervisión, genera que cada involucrado cumpla con sus responsabilidades; pues, si surge alguna situación en la que se cometan irregularidades, ya sea en errores o delitos, el principio de confianza no podrá ser usado como excusa para que el funcionario evada la responsabilidad que le fue conferida.

Por otro lado, en cuanto al delito de negociación incompatible, la Corte Suprema ha señalado, en el Recurso de Casación N°18-2017/Junín, que se trata de un delito que vulnera la imparcialidad de las operaciones, en donde el funcionario público se aprovecha de su cargo para obtener un beneficio para sí mismo o para un tercero; lo indicado por la Corte, se condice con lo tipificado en el artículo 399 del Código Penal del Perú. En esta otra sentencia de casación, la Corte Suprema hace énfasis en la posición de ventaja y poder en la que se encuentra el funcionario, y desde donde manifiesta un interés indebido e incompatible con sus funciones o responsabilidades; ya que el funcionario se encuentra obligado a actuar de manera imparcial y tomar decisiones en beneficio del interés público, pues ello debilita la confianza en el sistema y lo daña en sí.

Asimismo, en la doctrina, se considera al delito de la negociación incompatible como un delito de peligro abstracto, pues la tipificación del delito se basa en la creación de un riesgo en potencia, sin que se tome en cuenta el daño como resultado del mismo; Abanto (2003) afirma que es un delito del que no se espera un resultado sobre el mismo, lo que implica que la exigencia de un daño concreto no existe, sino el peligro inherente a la acción en sí misma de; mientras que, Mir Puig (2011) señala que existe una peligrosidad inherente a la acción, esto implica que la conducta en sí misma del funcionario puede

generar un riesgo para el correcto funcionamiento de la administración. Por su parte, Cerezo Mir (2002) indica que los delitos de peligro en abstracto contra la administración pública afectan bienes jurídicos supraindividuales, lo que nos lleva a pensar que éste delito vulnera bienes jurídicos colectivos, al tener relación con el adecuado funcionamiento de la administración pública. Entonces, frente a la convergencia conceptual de estos cabría preguntarse cuál sería el impacto de aceptar libremente el principio de confianza como argumento de defensa ante la imputación de un delito que supone un peligro en abstracto. Al ser, el delito de negociación incompatible, un delito de peligro abstracto hace que no se pueda aplicar a la ligera el principio de confianza.

No obstante, la Corte Suprema se ha manifestado a favor de la aplicación del principio de confianza en delitos de negociación incompatible; prueba de ellos son el Recurso de Nulidad N°1865-2010, en donde la Suprema afirma que el principio de confianza determina el límite de la norma de cuidado, pues la norma de cuidado se refiere al nivel de diligencia y precaución esperada de una persona en determinadas circunstancias; además, se debe tener en cuenta que el principio de confianza reconoce que en muchas interacciones sociales, es necesario confiar que las personas cumplirán con sus obligaciones. En el Recurso de Nulidad N°768-2013, la Corte afirmó que como en una entidad pública existen cargos definidos en donde se les asigna funciones, el que una persona sea alcalde, no lo hace responsable per se de todo lo que ocurra en la institución, pues la división de trabajo incluye la división de responsabilidades; sin embargo, este pronunciamiento olvidó tomar en consideración que dicho principio tiene límites, como cuando la función que se ejerce es de control y supervisión. Asimismo, en el 2017, la Suprema, mediante la Casación N°102-2016-Lima, aplicó el principio de confianza para excluir de responsabilidad a una funcionaria que fue imputada por peculado.

Los cuatro citados pronunciamientos de la Corte Suprema nos permiten afirmar que existe una tendencia importante en la utilización del principio de confianza en delitos de corrupción, y en específico en el delito de negociación incompatible. Empero, en contraposición a ello, existen pronunciamientos de importantes juristas en donde se muestran en contra de la aplicación del principio de confianza en delitos contra la administración pública, tal es el caso del profesor Montoya Vivanco, quien sostiene que ante estos delitos existe, por el contrario, el principio de desconfianza; pues en los delitos contra la administración pública, el funcionario tiene el deber garante de “proteger la indemnidad del bien jurídico frente a lo que hagan los subordinados de un funcionario público” (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022, 1h.20m20s).

Lo planteado, por el profesor Montoya, enfatiza la importancia de la función de un servidor público, pues se ha de consagrar en la protección del interés público; lo que implica que los funcionarios no pueden, simplemente, confiar en el actuar de sus subordinados. Por tanto, esta postura, resalta el rol activo de prevención y detección que debe de asumir el funcionario, en el ámbito de sus responsabilidades.

b. Problemas secundarios

i. El principio de confianza como parte de la imputación objetiva

El principio de confianza surge a mediados del siglo XX, en el tema de la seguridad vial, pues en la jurisprudencia se intentaba “limitar el deber de cuidado de los conductores de automóviles, reconociéndoles la posibilidad de confiar, por regla general, en la conducta correcta de los demás participantes del tráfico” (Maraver, 2012, p.147); y conforme ha ido desarrollándose en la sociedad, el principio de confianza ha ido cobrando relevancia en el desempeño de funciones y responsabilidades en el ámbito médico y empresarial. Esto se debe a que el principio de confianza establece una división jurídica de responsabilidades exigibles que permiten que los demás actores involucrados puedan confiar en una conducta adecuada, en un determinado contexto de ejercicio de funciones definidas y esperadas.

Resulta importante señalar que el principio de confianza parte de la imputación objetiva; pues, es la imputación objetiva el género en esta división, pues parte de un concepto más amplio. El principio de confianza es una manifestación específica que implica que, en ciertas situaciones, las personas puedan confiar en el adecuado actuar de otros, lo que les permite continuar con sus funciones, sobre lo actuado por otro; mientras que, la imputación objetiva, en un paso previo y más amplio, atribuye responsabilidades en el ámbito penal.

La imputación objetiva es un instrumento que permite determinar la tipicidad objetiva en los delitos de resultado, de conducta, de omisión, de acción, dolosos y culposos, de peligro y de lesión (Puppe, 2003, p. 23); por lo que esta teoría permite imputar a través de un método, a una persona por la realización de un comportamiento tipificado en el ordenamiento penal. En este punto, es importante resaltar que la imputación objetiva no se basa únicamente en la intención o voluntad del autor, sino que se centra en el nexo

causal entre el resultado y la conducta; por lo que evalúa si la acción del autor ha creado un riesgo jurídicamente prohibido. Con la imputación objetiva se puede establecer la justa responsabilidad penal a partir de la conducta del autor.

En la teoría de la imputación objetiva hay que definir los roles, ya que lo que determina es el rol que el imputado haya asumido; por ello, tiene diversos cuestionamientos, como el que los resultados de la acción deben ser reconocidos por el autor previo a la realización de los hechos (García, 2019, p. 418). E incluso en esta crítica, en el caso concreto, se puede aplicar la teoría de la imputación objetiva; ya que todo funcionario sabe y tiene la obligación de saber de sus obligaciones, desde que firma un contrato con la entidad pública que lo emplea, pues desde ese momento se le es exigible una serie de acciones. Por tanto, en la comisión del delito de negociación incompatible, sí es posible imputárselo al ex alcalde Miyashiro, ya que se le eran exigibles ciertas conductas propias a su investidura, y él las sabía, más aun teniendo una normativa como lo es el MOF.

Du Puit recoge del Exp. 86-96 Sec. Alvarado Lima 22-08-1997 que, “debe considerarse también el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (principio de confianza); por lo que, el que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringe el deber de cuidado” (2009, p. 529); debido a que el principio de confianza se configura como un límite del riesgo permitido. Esto conlleva a que en acciones en procesos, quien continúe en la sucesión no tiene que pensar que quien lo ha precedido lo ha hecho mal; puesto que, la finalidad del principio de confianza es determinar el ámbito de responsabilidad de la conducta de cada individuo, de acuerdo a lo que le es exigible por un cuadro normativo y/o regulatorio pre existente.

No obstante, Miyashiro sabía de las obligaciones que se les son exigibles, pero también sabía de lo que le era exigible a los demás funcionarios; pues en un contexto de alta especialización y división de obligaciones, no se puede responsabilizar a los otros de las “previsibles conductas incorrectas de los terceros con los que se interactúa” (García, 2019, p. 418), he ahí la importancia del principio de confianza. Es importante señalar que el principio de confianza no se basa en la experiencia que puede tener la persona en la ejecución de ciertas acciones o en determinados roles, sino que se basa en la exigencia de una norma (Bautista, 2008, 84); y del caso de estudio, se puede afirmar que todos los funcionarios estaban obligados a actuar bajo la normativa aplicable vigente, esto implica que en el ámbito de su desempeño laboral debían de cumplir con

las leyes y normas que definen y exigen en su rol. Además, el cumplimiento de la normativa aplicable es esencial para mantener la integridad del funcionamiento de las entidades; y da paso a la exigencia de otros principios del buen gobierno, tales como la eficiencia, transparencia y rendición de cuentas.

Una de las manifestaciones del principio de confianza se da en la actuación conjunta, y ella se da “cuando una situación concreta ha sido preparada previamente por un tercero” (García, 2019, p. 433); y ello fue lo que sucedió en el caso de estudio, pues hubo una serie de actuaciones en cadena que conllevaron a la firma del contrato, y a su vez en el pago de dinero por una contraprestación que se dio fuera de tiempo. Empero, pese a que “el principio de confianza autoriza a confiar en el adecuado cumplimiento de las labores específicamente asignadas” (Roxin, 2015, p. 246), no se trata de una confianza plena que exculpa; pues, este principio tiene tres límites que más adelante van a ser analizados, en este documento académico.

ii. Supuestos en los que procede el principio de confianza en los delitos de negociación incompatible

En el Recurso de Casación N° 1833-2019/Lima, la Corte Suprema ha establecido el alcance del principio de confianza en los delitos de negociación incompatible, y ha señalado que “en cuanto al principio de confianza en los delitos de infracción de deber –como el de negociación incompatible–, la Sala indica que, es correcto sostener que en las actuaciones conjuntas es aceptable confiar en el adecuado cumplimiento de las labores específicamente asignadas a terceros, sin embargo, destaca también que en determinadas circunstancias tal principio está excluido, siendo algunas de ellas cuando se debe controlar la actuación o el trabajo de otro, o, cuando se le debe supervisar” (Pariona Abogados, 2021); lo afirmado por la Corte, toma especial relevancia porque al ser el delito de negociación incompatible un delito de infracción de deber, delimitar los elementos y configuraciones en donde se puede alegar el principio de confianza para excluirse de responsabilidad, se genera un marco importante de aplicación.

Este pronunciamiento de la corte es notable para definir los límites y las condiciones de aplicación del principio de confianza en el contexto del delito de negociación incompatible; pues al ser un tipo muy específico, establece los claramente las circunstancias en las que se puede invocar o no al principio de confianza como argumento de defensa.

El principio de confianza tiene tres límites: la confianza queda excluida si la otra persona no tiene la capacidad para ser responsable, si la misión de uno de los intervinientes es compensar los errores que puedan presentarse a causa de otro, y cesa cuando se evidencia una actuación irregular de uno de los intervinientes (García, 2019, p. 433); la segunda y tercera exclusión, hacen un alto a la aplicación pura de la teoría de la imputación objetiva, para el caso.

En cuanto a la segunda exclusión del principio de confianza, es importante señalar que cuando hay relaciones de control, no se le puede dar validez plena al amparo del principio de confianza, pues ello “implicaría vaciar de contenido la función implementada de controlar los posibles fallos de otros” (Gómez, 2012, p. 166), por lo que el jefe, o el encargado, o el superior deben de cumplir su rol con la verificación de los procesos y actuaciones de sus subordinados. Partiendo de ello, si bien, para que se dé el pago como contraprestación de una adquisición de una excavadora, intervienen distintos responsables de cada unidad orgánica, correspondiente, en el artículo 2.B. del Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, se designa en el alcalde la función de supervisar, celebrar actos y contratos que convengan con sus funciones, sancionar, contratar, dirigir, pero sobre todo, defender y cautelar los derechos e intereses de la Municipalidad y los vecinos, lo que faculta al alcalde para supervisar las acciones de los funcionarios de su municipio, más aún cuando éste tiene dentro de sus funciones la supervisión de los contratos y actos de su municipio.

Por otro lado, en la tercera exclusión del principio de confianza, no se trata de que una persona de manera subjetiva le quite la confianza a otra porque desconfía únicamente guiada por su intuición, sino que debe partir de “situaciones que objetivamente permitan poner en tela de juicio la confianza sobre la conformidad a Derecho del comportamiento del otro” (Gómez, 2012, p. 125); por lo que, del caso, resulta cuestionable la autorización para el pago de un bien que no ha sido entregado y donde tampoco fue entregada la carta fianza correspondiente, lo que daría luces que existen previas situaciones irregulares.

Por tanto, no es posible ampararse siempre en el principio de confianza para decir que sólo se es responsable de los actos propios y que si el otro falló o cometió una irregularidad, la persona puede quedar exenta de toda responsabilidad; pues, si bien, la persona tenía un rol, también –por la división y especialización de deberes- en este caso

en específico, coincide con que el rol del ex alcalde era de supervisar y controlar en pro de la salvaguarda de los intereses de la municipalidad.

c. Problemas complementarios

i. La intervención de una pluralidad de sujetos en la comisión del delito de negociación incompatible

En el Recurso de Casación, que es materia de estudio, la Fiscal Superior, en su escrito de recurso de casación, solicitó que el Tribunal defina si la “infracción del deber por parte de funcionarios públicos puede constituir la circunstancia agravante referida a la pluralidad de agentes”; y frente a ello, Roxin (2000, p. 39) señala que puede existir coautoría en los delitos de infracción de deber, toda vez que “existe una pluralidad de intervinientes cualificados, quienes tendrían que quebrantar un deber especial común”, ya que se da un quebrantamiento conjunto de un deber común.

Por otro lado, Jakobs (1997, p. 994) afirma que existen “delitos en virtud de organización institucional, es decir, delitos que contienen deberes específicos en sentido estricto”, pues existen roles vinculados a la competencia institucional, con deberes que nacen de la ley. Así mismo, Jakobs (1997, p. 321) postula que puede existir una autoría directa en los delitos de infracción de deber, pues existen unas condiciones personalísimas que vincula normativamente el autor con el bien jurídico protegido.

Es importante resaltar que los delitos de infracción de deber sancionan la violación de un deber jurídico impuesto específicamente a una persona en virtud al rol que desempeña; y que este tipo de delitos se caracterizan por la pre existencia de un deber jurídico. Bajo esa premisa, resulta interesante lo que postula Jackobs; pues la autoría directa se establece por las condiciones personales que deberá poseer el sujeto activo; ya que, es en virtud a esa posición especial que el sujeto activo adquiere el deber normativo de proteger y preservar el bien jurídico.

De acuerdo al modelo Jakobsiano, la autoría mediata en delitos de infracción de deber, como lo es el delito de negociación incompatible, resulta inadmisibles, porque se trata de delitos en donde hay un quebrantamiento personal de obligaciones positivas. En la misma línea, Caro Jhon (2016, p. 65) señala que la accesoriedad de la participación es un concepto que no tiene ningún papel en los delitos de infracción de deber; empero,

resulta pertinente señalar que ello no vuelve impune al partícipe de un delito de infracción de deber.

Del caso en análisis, se evidencia el procesamiento de tres personas, quienes en ese momento eran: el alcalde, el sub gerente de logística, y la sub gerente de tesorería. Cada uno de ellos tenía sus funciones específicas y señaladas tanto en el ROF como en el MOF de la Municipalidad Distrital de Chorrillos; empero, cada uno de ellos, quebrantó personalmente sus obligaciones positivas. Por ello, el análisis de la Corte no examina si hubo co autoría, y este análisis académico tampoco lo hará; pues, se entiende que se trata de un incumplimiento o transgresión individual de funciones personalísimas.

ii. El principio de confianza como mecanismo de defensa de un imputado

El principio de confianza no parte en la confianza subjetiva y personal que existe entre los sujetos, sino de la confianza del buen actuar según la normativa que determina la exigencia del actuar de los sujetos. En la misma línea, Cordech (2002) afirma que a pesar de que cada persona puede cometer errores, es posible confiar en la actuación correcta de los otros; y que ello se debe a que existen deberes de precaución.

Lo señalado por Cordech, propone que pese a que sea evidente que todos pueden cometer errores, sí es factible confiar en el correcto actuar del otro; y ello da lugar al principio de confianza, en donde la confianza se basa en lo exigido y normado en pro del correcto funcionamiento de los procesos y situaciones sociales en cadena. Su importancia recae en la organización de la sociedad y los roles con responsabilidades que se asignan, y se convierten en pieza clave para el funcionamiento del ejercicio social; pues, se entiende que al distribuir roles, se va a esperar el cumplimiento diligente de los mismos.

Asimismo, en el modelo Jakobsiano, “se abre paso al denominado Principio de Confianza, como un instituto conformante de la Teoría de Imputación Objetiva” (Panta), lo que hace referencia a la responsabilidad que tiene cada persona en un sistema de distribución de funciones. Empero, Panta esgrima que:

“los autores más representativos, no han dotado al principio de confianza de un desarrollo sistemático. Por ende, siendo vital para la solución de conflictos, en una sociedad correctamente organizada, donde el reparto de funciones es una de sus principales manifestaciones, se hace necesario su tratamiento Jurídico y su correspondiente desarrollo metódico, a efectos de tener una herramienta sólidamente construida”

Lo afirmado por el autor se condice con el postulado de los límites excluyentes del principio de confianza, ya desarrollados en el presente documento académico. En adición a ello, previamente se ha mencionado en este informe jurídico lo postulado por el profesor Montoya, en cuanto a la existencia de un principio de desconfianza en temas de delitos contra la administración pública; ello resulta aceptable si se toma en cuenta que pese a la delegación de funciones y división de responsabilidades, se sobrepone el deber del superior jerárquico -para el caso de estudio es el deber del entonces alcalde- de mantener su posición de garante de protección de los intereses de la entidad que representa.

El profesor Montoya (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022, 1h45m23s) afirma que el principio de desconfianza debe regir en el ámbito de la administración pública, y que el mismo se sustenta en tres ítems:

- La posición de garante de protección de la correcta administración pública.
- La fragilidad del bien jurídico al encontrarse completamente dependiente de la actuación del funcionario.
- La potencialidad criminológica en la administración pública.

Resulta evidente que el Estado en sí mismo no puede proteger sus intereses sino es a través de los funcionarios que representan a la entidad para la que trabajan, y es esa realidad la que pone al funcionario en una posición especial de mucho poder en el manejo del Estado. Es por ello que, esa posición especial convierte al funcionario en un garante, lo que implica que se comporte como un garante activo de protección de esa adecuada administración pública que se plasma mediante el marco normativo de un estado de derecho.

Asimismo, es importante resaltar la potencialidad del crimen que existe en la administración pública, y cómo es que ésta se evidencia en distintas estadísticas en donde la población desconfía de sus instituciones por los casos que son conocidos por

la ciudadanía a través de denuncias fiscales o denuncias periodísticas. El Perú no es ajeno a esa realidad; por tanto, en un círculo con gran riesgo, resulta necesario disminuir el peligro y elevar los estándares de cuidado y control.

Sin embargo, el profesor Montoya (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022, 1h45m12s) señala que, pese a que debe regir el principio de desconfianza en los delitos cometidos contra la administración pública, esto no implica una vulneración de derechos o desprotección legal a los superiores jerárquicos, pues afirma que su responsabilidad se exceptúa cuando este se haya frente a una inaccesibilidad fáctica o informativa de las acciones del subordinado, o cuando el subordinado haya manipulado o cometido fraude que le impida al superior conocer la realidad, o cuando el subordinado bloquee el control que debería ejercer el superior jerárquico.

Es importante resaltar que, en los argumentos utilizados por la defensa del ex alcalde de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, no se alega que los subordinados bloquearon el poder de control del superior de la institución, o que hayan manipulado, o que el entonces alcalde se haya topado con una inaccesibilidad fáctica o informativa de lo que sucedía. En el caso, sólo se señala que el señor Miyashiro, por principio de confianza, confió en las acciones de sus subordinados, sin cuestionar.

Por otro lado, resulta pertinente señalar que en este informe jurídico no se pretende desconocer el principio de confianza, o anular su importancia para delimitar responsabilidades en el desarrollo conjunto o en secuencia de obligaciones de cumplimiento; sino que, se busca resaltar la importancia del límite de aplicación del principio de confianza en los actos que atenten contra la administración pública. Más aún cuando, quien ejerce la posición de garante de protección del bien jurídico de la entidad, es quien no cumple con sus obligaciones de vigilancia y protección del mismo.

VI. Argumentación de posición

Este informe jurídico empezó postulando que el principio de confianza no se podía romper, pues ello conllevaría a desconocer la responsabilidad legal que existe en el desempeño de las tareas conjuntas o secuenciales. Desconocer el principio de confianza sería vivir en el caos, volver muy lentos los procesos y retroceder en la división especializada de funciones. Empero, aceptar el principio de confianza como una categoría universal que no permita argumento en contrario, significaría que no habría

problemas en arrastrar errores en el proceso, y en limitarse a ver la división de deberes como islas, que al estar separadas, traerían demasiado retraso en una sociedad globalizada, inmediata y especializada, como en la que vivimos; debido a que se tendría que eliminar cualquier límite a la aplicación de este principio, incluyendo el ejercicio de control y supervisión de tareas asignadas a trabajadores de menor rango.

Es por ello que resulta importante hablar de los límites que tiene dicho principio (García, 2019, p. 433); y de los tres límites planteados en el desarrollo de este informe, los dos que resultan relevantes para el análisis son:

- No hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa.
- La confianza cesa cuando resulta evidente la actuación irregular de uno de los otros intervinientes en la actuación conjunta.

Estos límites del principio de confianza son importantes porque Miyashiro, al ser alcalde de una municipalidad distrital, posee funciones específicas que se encuentran contempladas en el ROF y MOF de la entidad; y dentro de ellas está el supervisar y celebrar contratos en nombre de la institución, así como supervisar las acciones de sus trabajadores. Por tanto, en el caso de estudio, existen dos límites que, en principio impiden que el señor Miyashiro alegue el principio de confianza.

Por un lado, está el primer momento ya descrito, en donde se consuma la firma de un contrato que no reunía todos los requerimientos que por ley eran exigidos a la empresa privada, como lo es la entrega de la carta fianza. Pero, además, está el giro de cheques como contraprestación a la entrega de una maquinaria que, cuando se giró y desembolsó el dinero, no había sido puesta a disposición de la municipalidad.

Entonces, existieron dos límites que se rompieron en la aplicación del principio de confianza; y ambos límites se evidenciaron en dos momentos claves del contrato. Debido a que, Miyashiro, en su posición de alcalde, podía y debía compensar cualquier fallo que hubiese habido antes de la firma del contrato; pues, firmar un contrato que no cuenta con lo legalmente exigido, evidencia un interés indebido que va en contra de la salvaguarda de los intereses de la municipalidad.

Asimismo, cómo es posible intentar alegar que se actuó bajo el principio de confianza cuando resultó evidente la actuación irregular de los subordinados; ya que, un adelanto de pago no estuvo contemplado en el contrato, pero se dio. Resultaba irregular el desembolsar en dos depósitos un adelanto de pago no contemplado a una empresa que ya había incumplido con sus deberes exigidos por la ley; no tan solo con la no

presentación de la carta fianza, sino que también con la demora en la entrega de la maquinaria.

Además, al convenir que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, implica que exista una peligrosidad inherente a la acción del funcionario público; ello obliga a que no sea tan grande el espacio para la aplicación del principio de confianza como argumentación de defensa. No obstante, la Corte Suprema ha tenido varios pronunciamientos en donde no sólo ha admitido la aplicación del principio de confianza como argumento válido en delitos contra la administración; sino, también, se ha manifestado a favor de la aplicación del principio de confianza en el delito de negociación incompatible.

Empero, la posición de este informe jurídico, se separa de lo sostenido por la corte, y se inclina a lo argumentado por el profesor Yvan Montoya Vivanco, quien afirma que en los delitos contra la administración pública no hay espacio para el principio de confianza, sino que se debe de aplicar el principio de desconfianza; toda vez que cuando el funcionario asume una posición de garante protector de la correcta administración, existe una fragilidad de vulneración del bien al encontrarse completamente dependiente del funcionario, que además se encuentra en un contexto potencial de criminología.

Resulta claro que todo funcionario público debe de proteger los bienes que, ya sea por la competencia de su institución o por las funciones que se le han atribuido directamente, debe salvaguardar; por tanto, un funcionario público debe de proteger la indemnidad del bien, el cual es el correcto funcionamiento de la administración pública, más aún cuando éste tiene una posición de garante. Un alcalde es un garante por competencia institucional de su municipio; y ello se desprende de la naturaleza propia de su función en la organización y por las funciones que se le atribuyen y están descritas en el ROF.

También tienen esa posición de garante el gerente y sub gerentes de la municipalidad; lo que significa que los dos procesados junto a Miyashiro deberían ser responsables en lo que su radio alcanza.

Esta posición especial que ocupa Miyashiro y sus dos sub gerentes, hace bastante complejo el alegar el principio de confianza para desligarse de la responsabilidad que su propia investidura les obliga. En el caso de Miyashiro, por ser un funcionario superior, le compete toda la protección de la entidad.

Asimismo, existen conceptos que no pueden ser aplicados sólo al ámbito privado o sólo al ámbito público; por ejemplo, el deber de vigilancia y control aplicado en el ámbito

empresarial, pero que puede ser perfectamente exigido a funcionarios, sobre todo a los funcionarios superiores.

Este deber de vigilancia y control puede ser la forma en la que el funcionario público ejerce su posición de garante de la administración; ello conlleva a que el funcionario superior vaya en la búsqueda permanente de información acerca de las actuaciones de sus subordinados, respecto a su entidad. De lo señalado, se puede afirmar que Miyashiro, como alcalde, podía saber de las acciones de sus sub gerentes frente a un contrato de licitación pública; además de que, por ser él quien firmaba, debía ser también quien tenía que advertir de la existencia de ciertas exigencias vitales en este tipo de contratos, como lo es la carta fianza y la entrega del bien (antes del girado de dinero). Ello implicaba el ejercicio activo del deber de vigilancia y control; el mismo que, podía haberse agotado en la exigencia de las pruebas de que se haya cumplido con todos los requisitos, según ley. Es decir, tan sólo con pedir que se le presente documentos válidos y legales que cumplan con todo lo señalado en el contrato que estaba por firmar, hubiese significado una actuación responsable; así también, si hubiese visto el documento que certifica la conformidad de la entrega del bien, hubiese cubierto la razón del desembolso de dinero, en cierta medida, pues en el contrato de licitación pública no se había pactado esa modalidad de pago.

En este punto, cabría preguntarse por la necesidad de que un funcionario superior ejerza activamente el deber de vigilancia; y frente a ello, la respuesta es la posición de garante que él representa. Debido a que, si el Estado es una concepción abstracta cuyos intereses son defendidos por funcionarios, entonces, se debe de vigilar que ello sea así. Se debe controlar la actuación de los funcionarios, pues su sola firma podría exponer y vulnerar terriblemente los intereses de la institución.

Tal como se afirma en lo planteado por el profesor Montoya, previamente citado y desarrollado, en cuanto a funcionarios públicos, no debería de aplicarse el principio de confianza en los delitos contra la administración pública, sino que debe de invocarse el principio de desconfianza por la naturaleza de posición de garante del cargo, la vulnerabilidad del bien jurídico, y por el contexto de potencial criminológica de la administración pública.

Sin embargo, el principio de desconfianza no convierte en responsable absoluto al funcionario superior; sino que conlleva a elevar los estándares, las exigencias, y ante cualquier irregularidad de la que no se haya tenido un control o responsabilidad, no se invocaría el principio de confianza, sino se alegaría su no responsabilidad por criterios de riesgo permitido, error u otros.

Finalmente, este trabajo de investigación considera que para funcionarios públicos debería de aplicarse el principio de desconfianza; ya que se convertiría en un mecanismo que exija una actuación de deber activo de control y vigilancia de los propios funcionarios en la salvaguarda del correcto funcionamiento de la administración pública. Por ende, no se debería de aplicar el principio de confianza a altos funcionarios públicos; y menos cuando éstos cumplen un rol de garante, de control y de supervisión en la institución.

VII. Conclusiones

- El principio de confianza es un límite a la teoría de la imputación objetiva; no obstante, dicho principio tiene tres límites que obligan a que el mismo no sea de aplicación total.
- El principio de confianza exige que cada agente involucrado sea un agente de cumplimiento, pues se basa en una confianza exigible legalmente.
- El delito de negociación incompatible es cometido por un funcionario que, en el ejercicio de su cargo, busca favorecerse a sí mismo o terceros.
- El delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, lo que conlleva a que no se deba aplicar a la ligera el principio de confianza.
- Existe importante jurisprudencia que permite la aplicación del principio de confianza como argumento exculpatario en delitos de corrupción; y en específico, de negociación incompatible. No obstante, también existe una mira interesante y aterrizada que plantea el principio de desconfianza en este tipo de delitos, pues parte de la posición ventajosa en la que se encuentra el sujeto activo de éste tipo penal.
- No existe una coautoría en el delito de negociación incompatible; toda vez de que se trata de un quebrantamiento individual de funciones personalísimas.

VIII. Bibliografía

Abanto Vásquez, Manuel

2003 Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra, Lima.

Aula Virtual del Poder Judicial.

2022 El principio de confianza en los delitos contra la administración pública. Consulta: 09 de abril de 2023.

Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=Tfdkuy4xkEw>

Bautista Pizarro

2008 El principio de confianza en un derecho penal funcional. Bogotá: Universidad Externado

Caro, Jhon

2016 Autoría y participación: los grados de intervención delictiva. En Calcina Huancco, A. (coord.). Dogmática penal aplicada y cuestiones actuales del Derecho Penal económico y de la empresa. Lima: Grijley.

Cerezo Mir, José

2002 Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. Revista de Derecho Penal y Criminología

Corderch, Pablo

2002 "Causalidad y responsabilidad". Consulta: 10 de abril de 2023

http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/causalidad.pdf

Du Puit

2009 “Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal”. Lima: Fondo Editorial PUCP

Consulta: 02 de junio de 2023

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/191171/18.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

García, Percy

2019 Derecho Penal Parte General. Tercera edición corregida y actualizada. Lima: Ideas Solución Editorial

GUIMARAY, Erick.

2014 “Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible”. En: Boletín Proyecto Anticorrupción N°39. Lima: IDEHPUCP, 2014. Consulta: 09 de abril de 2023.

<https://bit.ly/2Y01Qak>

Jakobs, G.

1997 Derecho Penal. Parte general. (2° ed). Madrid: Marcial Pons.

Maraver Gómez

2012 “El principio de confianza en el Derecho penal”. En Imputación objetiva, Urquiza / Salazar (coordinador). Lima: IDEMSA

Ministerio Público

2022 “Más de 1000 procesados por corrupción fueron condenados durante el 2021”. Consulta 04 de abril de 2023.

<https://www.gob.pe/institucion/mpfn/noticias/579888-mas-de-1000-procesados-por-corrupcion-fueron-condenados-durante-el-2021>

Mir Puig, Santiago

2011 Derecho Penal Parte General. Reppertor, Barcelona.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

<https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20509731234>

Consulta: 08 de junio de 2023

Panta, David

Algunas observaciones al principio de confianza dentro de la teoría de imputación objetiva: problemas de autonomía y repercusiones normativas. Universidad Nacional de Trujillo. Consulta: 12 de abril de 2023

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_55.pdf

Pariona Abogados

2021 “Negociación incompatible: ¿Cuándo se excluye la aplicación del principio de confianza?”. Consulta: 15 de abril de 2023

<https://rpa.pe/publicaciones/jurisprudencia/principio-de-confianza-en-el-delito-de-negociacion-incompatible/>

Puppe

2003 La imputación del resultado en Derecho penal, (traducción: García Caverro).
Lima

Rosales Artica, David

2021 El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública.
Editores del Centro, Lima.

Roxin, Claus

2015 “La imputación objetiva en su significado para la teoría del tipo penal”. Lima:
Grijley.

Roxin, Claus

2000 Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. (7° ed). Madrid: Marcial Pons

SUNAT

<https://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrS00Alias>

Consulta: 08 de junio de 2023

Torres, D. & Gonzales, M.

2019 “10 claves para reconocer el delito de negociación incompatible”. En IDEHPUCP.
Consulta: 10 de abril de 2023

<https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-negociacion-incompatible/>

Instrumentos Nacionales

Código Penal. Decreto Legislativo de 1991. 3 de abril de 1991 (Perú)

Corte Suprema de Justicia de la República

2011 Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N° 1865-2010, Ines Villa Bonilla.
Sentencia: 23 de junio de 2011.

Corte Suprema de Justicia de la República

2017 Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 102-2016/Lima, Chavez Mella.
Sentencia: 11 de julio de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República

2017 Sala Penal Permanente. Casación N° 23- 2016/Ica, Josué Pariona Pastrana.
Sentencia: 16 de mayo de 2017

Corte Superior de Justicia de Lima

2019 Expediente N°00051-2013-8-1826-JR-PE-03. Sentencia: 18 de marzo de 2019

Corte Suprema de Justicia de la República

2019 Sala Penal Transitoria. Recurso de Casación N° 18-2017/Junín, Víctor Prado
Saldarriaga. Sentencia: 24 de julio de 2019

Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de
Corrupción de Funcionarios

2019 Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en
Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente 00031-2017-7- 5201-JR-PE-
02, Angulo Morales. Sentencia: 29 de mayo de 2019.

Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de
Corrupción de Funcionarios

2019 I Pleno Jurisdiccional 2019. Acuerdo Plenario N° 04-2019- CSJPE, 15 de
noviembre de 2019

Corte Superior de Justicia

2019 Expediente 00031-2017-7-5201-JR-PE-02.

Recurso de Casación 841-2015

Recurso de Casación N° 1833-2019

Recurso de Nulidad N° 3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013.

Recurso de Casación 23- 2016





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 LIGIA CALINA CORREA VILLACORTA DE VÁSQUEZ 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 Augusto Miyashiro Yamashiro de la acusación

fiscal formulada en su contra por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado, y (ii) condenó a Ligia Calina Correa Villacorta De Vásquez 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 Augusto Miyashiro Yamashiro, 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 Ligia Calina Correa Villacorta De Vásquez, 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 Augusto Miyashiro Yamashiro, Luis Alberto Rojas Flores, Teódulo Durand Muñoz y Ligia Calina Correa Villacorta De Vásquez la comisión, como autores, del delito de negociación incompatible, y a Magali Isabel Zagal Rosales 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 Augusto Miyashiro Yamashiro, Teódulo Durand Muñoz y Ligia Calina Villacorta de Vásquez 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 Villacorta De Vásquez instó la absolución pues estimó que actuó sin dolo y que fue sorprendida por el condenado conformado Rojas Flores. 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 Miyashiro Yamashiro 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 Ligia Calina Correa Villacorta De Vásquez 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 Miyashiro Yamashiro; 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 CORREA VILLACORTA DE VÁSQUEZ 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 Miyashiro Yamashiro, 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 Miyashiro Yamashiro y la aplicación del principio de confianza; y,

Segundo, la imposición de solidaridad en el pago de la reparación civil a la encausada Correa Villacorta De Vásquez.

∞ 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 Miyashiro Yamashiro–, 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 Correa Villacorta De Vásquez, 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 Miryashiro Yamashiro.

∞ 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 Miyashiro Yamashiro 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 Miyashiro Yamashiro 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 Miyashiro Yamashiro, 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 Miyashiro Yamashiro 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 Miyashiro Yamashiro 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 Miyashiro Yamashiro, cumpliendo acabadamente lo establecido en la presente casatoria.

NOVENO. Que no está en discusión que el Tribunal Superior impuso al encausado absuelto Miyashiro Yamashiro el pago de la reparación civil. Lo que impugnó la encausada condenada CORREA VILLACORTA DE VÁSQUEZ 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 CORREA VILLACORTA DE VÁSQUEZ 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 Ligia Calina Correa Villacorta De Vásquez 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 Augusto Miyashiro Yamashiro 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 Augusto Miyashiro Yamashiro –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 Augusto Miyashiro Yamashiro, 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

