

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



La complicidad en el delito de negociación incompatible:
Análisis de la Casación 184-2020, Lima Norte

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que
presenta:

Giuliana Alexandra Iglesias Spelucin

ASESOR:
Daniel Simon Quispe Meza

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, DANIEL SIMON QUISPE MEZA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “La complicidad en el delito de negociación incompatible: Análisis de la Casación 184-2020, Lima Norte”, del autor / de la autora GIULIANA ALEXANDRA IGLESIAS SPELUCIN, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- 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, 13 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> QUISPE MEZA, DANIEL SIMON	
DNI: 70437387	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5979-4744	

Tabla de contenido

1.	Resumen	2
2.	Introducción	2
3.	Hechos jurídicamente relevantes del caso	3
3.1	Desarrollo del <i>Iter</i> procesal.....	5
3.1.1	Primera instancia	5
3.1.2	Segunda instancia	5
3.1.3	Recurso de casación.....	5
4.	Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión	6
5.	Identificación de los problemas jurídicos del caso	6
5.1	Primer problema jurídico	7
5.2	Segundo problema jurídico.....	7
5.3	Tercer problema jurídico	7
6.	Desarrollo de los problemas jurídicos	8
6.1	Cuestiones relevantes en relación con la estructura típica del delito de negociación incompatible	8
6.2	El delito de negociación incompatible, sus formas de participación y su relación con el delito de colusión.....	10
6.3	El delito de negociación incompatible como delito unilateral.....	12
6.4	La incorrecta subsunción de la conducta desplegada.....	15
7.	Conclusiones	17
8.	Bibliografía	18

1. Resumen

El presente artículo aborda las formas de participación del delito de negociación incompatible, a fin de determinar si puede ser posible admitir la complicidad en este tipo penal. El estudio analiza la estructura típica del delito y las tres modalidades de participación reguladas, sustentándose que es posible la participación del *extraneus* bajo la modalidad de intervención indirecta. Para sostener ello, se desarrolla lo señalado en distintos pronunciamientos de la Corte Suprema y doctrina nacional, y se incorpora una propuesta personal. Asimismo, se incide en la incorrecta subsunción fáctica realizada en el caso en concreto, motivo por el cual se desarrolla una cadena de indicios capaz de fundamentar la responsabilidad de los intervinientes que acredita el acuerdo colusorio entre los funcionarios representantes de SERPAR Lima y Tomás Raúl Encinas Vilquimichi como representante de Perny's E.I.R.L.

El principal objetivo del presente trabajo es contribuir a contrarrestar aquellos espacios de riesgo que se presentan dentro de la Administración Pública - sobre todo en el contexto de contratación estatal - y que perpetúan la impunidad de aquellos que, si bien no ostentan la cualidad especial de funcionarios o servidores públicos, participan en el acto corruptor y contribuyen a lesionar el bien jurídico general protegido: el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

2. Introducción

De acuerdo con Transparencia Internacional, la corrupción se define como “el abuso de poder confiado para beneficio propio”. Asimismo, el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción (2018-2021), la cataloga como el “mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido (..)”, y reconoce el vínculo innegable entre esta y la vulneración de derechos humanos.

En Perú, el contexto de contratación estatal es un espacio de riesgo amplio de corrupción, en atención a las altas sumas de dinero que se emplean y la delgada línea de negociación entre el ámbito público y privado. Es aquí donde se cometen dos de los delitos más recurrentes: colusión y negociación incompatible. Ambos, comparten algunos elementos constitutivos, pero su interpretación por parte de la jurisprudencia y la doctrina al momento de abordar la participación viene dejando más confusión que respuestas. Ello, contribuye a perpetuar espacios de impunidad al no subsumir las conductas desplegadas por los agentes y partícipes correctamente.

Por tal motivo el desarrollo de este trabajo se orienta a proponer una correcta delimitación entre ambos delitos, así como las formas de participación que contemplan, sosteniendo que

es posible admitir la complicidad en el tipo penal de negociación incompatible en determinados supuestos sin colisionar con el delito de colusión.

3. Hechos jurídicamente relevantes del caso

La presente controversia se circunscribe a que Tomás Raúl Encinas Vilquimichi es sindicado como cómplice primario atendiendo a que, como representante de Perny's E. I. R. L. (en adelante Perny's E. I. R. L.) coadyuvó a que se concretara la transacción y transferencia del inmueble lote 48 de la calle número 1, manzana A, urbanización Lotización Industrial, tercera etapa, distrito de Los Olivos – Lima, en la que los funcionarios Juan Francisco Ledesma Gómez, Alfonso Manuel Guevara Ocampo y Armando Enrique de la Cruz Gamarra, en representación del Servicio de Parques de Lima (en adelante SERPAR Lima) se interesaron indebidamente. Lo señalado precedentemente será explicado a continuación.

El 11 de diciembre de 1992, SERPAR Lima adquirió el referido inmueble. Posteriormente, se suscribió un contrato de alquiler con Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, quien ostentaba el cargo de representante legal de la empresa Perny's E. I. R. L. y a partir del 1 de julio de 1998, la entidad suscribió la renovación de este.

La falta de pago por parte del representante de Perny's E.I.R.L originó una deuda por arrendamiento por la suma de USD 10 706.90 mil dólares que tuvo como consecuencia que se instauraran dos procesos judiciales: por desalojo y por obligación de dar suma de dinero.

Por tal motivo, el 26 de septiembre de 2006, Tomás Raúl Encinas Vilquimichi propuso, mediante una carta dirigida a Ledesma Gómez (gerente general de SERPAR), poner fin a los procesos judiciales mediante una transacción extrajudicial, planteando como solución efectuar la cancelación de la deuda contraída con la adquisición del inmueble a su favor.

El 30 de enero de 2007, la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento realizó la valuación comercial del lote, y determinó que su valor ascendía a USD 58 630.50 mil dólares.

Con fechas 09 y 18 de julio de 2007, Alfonso Manuel Guevara Ocampo (director de la Oficina de Asesoría Legal de SERPAR), informó que Encinas Vilquimichi propuso pagar al contado de USD 48 mil dólares, y opinó que dicha propuesta podía dar fin al proceso y permitir que se obtengan ingresos, considerando que el monto planteado representaba más de la mitad del valor tasado, y lo restante podía ser cancelado en cuotas mensuales. En la misma línea, con fecha 12 de julio de 2007, Armando Enrique de la Cruz Gamarra (jefe de la Unidad de Asuntos

Jurídicos de SERPAR) elaboró un Informe en el que opinó que podía celebrarse la transacción extrajudicial sin requerir la aprobación del Consejo Administrativo de SERPAR Lima.

Posteriormente, el 15 de agosto de 2007 se firmó la minuta de compraventa del inmueble por USD 48 mil dólares. Quienes participaron en la transacción fueron Juan Francisco Ledesma Gómez (gerente general de SERPAR), Tomás Raúl Encinas Vilquimichi (particular representante de Perny's E.I.R.L.), y Armando de la Cruz Gamarra (abogado que autorizaba la minuta).

El 25 de febrero de 2008, los funcionarios de la Cruz Gamarra y Guevara Ocampo, celebraron una transacción extrajudicial con Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, poniendo fin al proceso. Para ello, este último pagaría USD 58 630.50 mil dólares y SERPAR aceptaba transferir el lote a su favor. Sin embargo, no se establecieron garantías para cobrar el saldo pendiente de la venta del inmueble ni sobre el pago de la deuda por arrendamiento.

Con el fin de completar el saldo restante, Encinas Vilaquimichi pagó los USD 48 mil dólares con cheques de fecha 31 de marzo de 2008, 25 de abril de 2008 y 05 de mayo de 2008 a través de Isidro Poma Barrientos.

El 21 de agosto de 2008 se suscribió entre Ledesma Gómez y Encinas Vilquimichi la escritura pública de compraventa, en donde nuevamente se omitieron tanto las condiciones como los plazos para pagar los saldos restantes.

El 14 de abril de 2009 Tomás Raúl Encinas Vilquimichi transfirió más del 57% de las acciones y derechos a Isidro Poma Barrientos por la suma de USD 48 mil dólares.

Con fecha 15 de octubre de 2009, Julio Lengua Hinojosa (jefe de la Unidad de Ingresos de SERPAR) informó que la empresa contratista no había cumplido con el pago de las cuotas del inmueble.

El 07 de enero de 2010, Encinas Vilquimichi transfirió más del 42% de las acciones y derechos del terreno a Jorge Luis Landa Gomero y Jesús Elizabeth Pereda Días, por la suma de USD 137 mil dólares respectivamente.

En tal sentido, el referido lote fue vendido por Tomás Raúl Encinas Vilquimichi a las personas de Isidro Poma, Jorge Landa y Elizabeth Pereda por aproximadamente tres veces su valor real, pese al incumplimiento de pago de los saldos restantes por concepto de deuda por arrendamiento y venta del inmueble.

Habiendo culminado con la explicación de los hechos del caso, a continuación, procederemos a mencionar el desarrollo del *iter* procesal para, posteriormente, desarrollar los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos por la Sala.

3.1 Desarrollo del *Iter* procesal

3.1.1 Primera instancia

Mediante sentencia de fecha 14 de mayo de 2019, el Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte condenó a Juan Francisco Ledesma Gómez, Armando Enrique de la Cruz Gamarra y Alfonso Manuel Guevara Ocampo por el delito de negociación incompatible y absolvió a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, sindicado como cómplice primario.

3.1.2 Segunda instancia

El representante del Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Norte apelaron en el extremo de la absolución.

A través de la sentencia de vista de fecha 26 de noviembre de 2019 se confirmó la sentencia de primer grado que absolvió a Encinas Vilquimichi en base a los siguientes fundamentos: i) la estructura del delito no permite la participación de un tercero, pues se configuraría un delito distinto, ii) imputarlo a título de cómplice no haría más que forzar la figura con el propósito de sancionar el rol que haya jugado durante la negociación, aún cuando su actuación carece de relevancia para la configuración del tipo y iii) carece de relevancia el aprovechamiento patrimonial por parte de los funcionarios públicos y del tercero para la materialización del delito.

3.1.3 Recurso de casación

El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Penal. En su recurso solicitó que la Corte Suprema se pronuncie con relación a la errónea interpretación y aplicación de los artículos 25 y 399 del Código Penal, así como el apartamiento de la doctrina jurisprudencial.

Mediante resolución del 20 de mayo de 2021, el Tribunal Supremo concedió el recurso propuesto por la causal invocada y el 04 de abril del 2022 se realizó la audiencia.

Deliberada la causa, la Sala declaró infundado el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, no casaron la sentencia de vista de fecha 26 de noviembre de 2019, en atención a los argumentos que se mencionarán a continuación.

4. Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión

Los fundamentos de la Sala Penal para declarar infundado el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público se centran en dos ideas generales. Primero, si se sanciona la complicidad no estaríamos frente al delito de negociación incompatible, sino ante el delito de colusión. Segundo, los delitos de encuentro y de peligro abstracto son categorías excluyentes, por lo que al ser el tipo penal de negociación incompatible un delito de peligro abstracto no acepta el encuentro de dos voluntades.

Respecto al primer punto, la Sala establece que el interés indebido del funcionario o servidor público se materializa sin la necesidad de la intervención de un *extraneus* (fundamento noveno), pues de requerir dicha intervención, se estaría configurando un delito distinto (tales como colusión o cohecho).

En tal sentido, resaltan que si bien Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, como representante de la empresa Perny's E.I.R.L, fue el beneficiado directo de la conducta ilícita de los funcionarios, su rol carece de relevancia para la consumación del delito.

En cuanto al segundo punto, fundamentan que deben distinguirse entre los delitos de encuentro de aquellos que no lo son (fundamento undécimo). En cuanto al delito de negociación incompatible, no estamos frente a un delito de encuentro, sino de peligro abstracto que no exige la concertación prevista en el delito de colusión (fundamento decimoquinto).

Bajo estos argumentos, la Sala sustenta que, en atención a su estructura típica, el delito se materializa sin la necesidad de la intervención de un tercero, por lo que no es punible la participación del *extraneus*.

De esta manera, la Corte Suprema niega la posibilidad de sostener la participación en calidad de cómplice del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, pues se estaría forzando la figura con el mero objeto de sancionar a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi.

Dichas acepciones generan impunidad para quienes aportan a que el funcionario o servidor público se interese indebidamente en un contrato u operación estatal, y es debido a este erróneo análisis que se termina favoreciendo a los *extraneus* que coadyuvan a lesionar el bien jurídico protegido general, perpetuando espacios de impunidad.

5. Identificación de los problemas jurídicos del caso

5.1 Primer problema jurídico

El primer problema jurídico que se identifica en el caso es, atendiendo a la estructura típica del delito, determinar si la actuación del extraneus no se permite bajo ningún supuesto.

La Corte considera que en el delito de negociación incompatible solo podrá responder el facultado en razón de su cargo, al ser quien se encuentra obligado a anteponer el interés público frente al provecho propio o de terceros.

Así, al haber sido sentenciados por el delito de negociación incompatible los funcionarios Alfonso Manuel Guevara Ocampo, Juan Francisco Ledesma Gómez y Armando Enrique de la Cruz Gamarra, no ostenta mayor relevancia penal el que un particular haya coadyuvado a que se concrete el fin ilícito.

5.2 Segundo problema jurídico

El segundo problema jurídico es determinar si es correcta la exclusión que señala la Sala entre delitos de encuentro y delitos de peligro abstracto. Para tal efecto, abordaremos la distinción entre delitos unisubjetivos y plurisubjetivos (dentro de los que se encuentran los delitos de encuentro y de convergencia) y delitos de peligro. Asimismo, analizaremos si dichas clasificaciones resultan sustanciales para admitir o no la participación de un tercero.

La Sala fundamenta que un delito de peligro abstracto no exige para su consumación una concertación, tal como sí se encuentra previsto en el delito de colusión. Asimismo, señala que solo los delitos de encuentro admiten la complicidad (cohecho, colusión, entre otros).

Por ello, afirman que Tomás Encinas Vilquimichi no podría ser imputado a título de cómplice, en atención a que el delito de negociación incompatible no contempla como parte de su estructura típica la necesidad del encuentro de dos o más voluntades.

5.3 Tercer problema jurídico

El tercer problema jurídico es determinar si se realizó una correcta subsunción típica del suceso fáctico al tipificar los hechos como delito de negociación incompatible o, en su defecto, cabía imputar el tipo penal de colusión.

La Corte señala que no puede pretenderse que el imputado, Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, pese a haber sido claramente beneficiado con el accionar de los funcionarios públicos, sea

sancionado por el delito de negociación incompatible. De ser así, estaríamos frente a una concertación entre particular y funcionarios para defraudar al Estado, conducta que se encuentra tipificada como delito de colusión.

De acuerdo a lo descrito, desarrollaremos los tres problemas jurídicos advertidos. Los dos primeros se fundamentan en demostrar la errónea interpretación de la Corte Suprema respecto al tipo penal de negociación incompatible. En el caso del tercer problema jurídico, se aborda la incorrecta subsunción típica de la conducta desplegada por los imputados.

6 Desarrollo de los problemas jurídicos

En este apartado se analizará la estructura típica del delito a fin de comprender correctamente sus elementos constitutivos a partir de lo desarrollado por diversa jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera. A partir de esta interpretación, se desarrollará como tema central la delimitación de la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, así como su relación con el delito de colusión y la subsunción fáctica realizada por la Sala en el presente caso.

6.1 Cuestiones relevantes en relación con la estructura típica del delito de negociación incompatible

El delito de negociación incompatible se encuentra regulado en el artículo 399 del Código Penal y establece que será sancionado el funcionario o servidor público que mediante forma: directa, indirecta o acto simulado, se interese indebidamente, en provecho propio o de tercero, en cualquier contrato u operación estatal en el que intervenga por razón de su cargo.

En cuanto al bien jurídico tutelado, en los delitos contra la administración pública se protege, como bien jurídico general de carácter colectivo, el correcto funcionamiento de la administración pública, el cual se concretiza en un bien jurídico específico atendiendo al delito cometido (Chanjan, 2017, p. 146).

En este caso, el bien jurídico específico será “la imparcialidad en el ejercicio de la función pública” (Díaz, 2016, p. 3). Bajo este postulado, lo que se sanciona es la parcialidad del funcionario o servidor público en el contexto de contratación estatal en función a un interés particular. Por ello, no es de recibo alegar como requisito para la materialización del delito que se cause un perjuicio patrimonial al Estado o se verifique un beneficio particular (Hegglin, 2000, p. 7).

Respecto al sujeto pasivo; esto es, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, es el Estado peruano y, concretamente, la entidad afectada.

En cuanto a la conducta típica sancionada; esto es, el interés indebido, es menester resaltar la definición explicada en la sentencia C-128/03 de la Corte Constitucional de Colombia siendo punible el interés del funcionario público que muestra un interés parcializado en provecho personal o en beneficio de un particular, contraviniendo la Constitución, la ley, reglamentos y demás decisiones administrativas aplicables (fundamento 4.4.3).

A la vez, Hegglin sostiene que el interés indebido se verifica cuando el funcionario muestra parcialidad en la operación o contratación estatal, pero resalta que: “la sola finalidad de evitar decisiones inequitativas que generen un beneficio para un sector en perjuicio de otro no alcanza para fundar la prohibición” (2000, p. 10). En efecto, tal como bien lo establece la autora, cualquier decisión que se tome desde la Administración Pública termina afectando de distintas maneras a diferentes grupos dentro de la sociedad. Sin embargo, debemos atender a si dicha decisión tuvo como objetivo realizar una gestión adecuada, alineada a satisfacer el interés general, o en su defecto, a cumplir con un provecho particular.

Ahora bien, el delito sanciona al funcionario o servidor público que se interesa indebidamente. Acorde con su estructura típica, estamos frente a un delito de infracción de deber, atendiendo a la condición especial que debe ostentar el agente para responder a título de autor¹ (Salinas, 2020, p. 69) al quebrantar un deber extrapenal que le fue otorgado por su estatus especial y la vinculación funcional con los contratos u operaciones en las que interviene por razón de su cargo.

Finalmente, se incorpora un elemento de tendencia interna trascendente, pues la intervención del agente tendrá como objetivo obtener un provecho propio o en beneficio de particulares (Salinas, 2015, p. 240).

Luego de este breve análisis, desarrollaremos los tres problemas jurídicos identificados: i) las modalidades de participación en el delito de negociación incompatible, ii) la diferencia entre delitos de encuentro y peligro abstracto y iii) la incorrecta subsunción de las conductas desplegadas.

¹ Es menester resaltar que, tal como sostiene Salinas Siccha (2015), si bien varios funcionarios o servidores públicos pueden intervenir en la realización del ilícito, cada uno responderá a título de autor y no como coautores, en atención a que cada uno afecta un deber especial, personal e independiente que no puede dividirse y le fue asignado por razón de su cargo (p. 56).

6.2 El delito de negociación incompatible, sus formas de participación y su relación con el delito de colusión

En cuanto a la punibilidad del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, la línea jurisprudencial no es uniforme. Podemos encontrar algunas resoluciones que rechazan completamente la sanción del interviniente y otras que señalan que es jurídicamente admisible la punibilidad del partícipe al realizar un aporte trascendente a la realización del delito.

En la Casación 841-2015, Ayacucho, la Corte Suprema señala que el delito de negociación incompatible se materializa atendiendo a la sola participación del funcionario o servidor público, sin que se requiera alguna intervención adicional. En tal sentido, fundamenta que no se admite la complicidad debido a que no estamos frente a un delito de participación necesaria y, de admitirse, se estaría configurando un delito distinto: colusión o cohecho (fundamento trigésimo).

Frente a este planteamiento se contrapone la Casación 1985-2019, Selva Central, en donde se argumenta que, respecto a la participación delictiva en los delitos especiales, esta queda respaldada por la prohibición contenida en las reglas de participación. Así, en atención a que cualquier persona puede realizar una contribución delictiva o inducir a un hecho en los delitos de infracción de deber (fundamento cuarto) pese a no tener la condición especial de funcionario o servidor, dicha conducta debe ser sancionada².

En tal sentido, pese a que el particular no tiene la obligación especial derivada de la condición de funcionario o servidor público, si se comprueba que su participación “ha sido el factor desencadenante de la acción”, no debe quedar impune (fundamento cuarto).

Sin embargo, en los diversos planteamientos realizados por la Corte Suprema, tanto a favor o en contra de la sanción del *extraneus*, se omite analizar las formas de materialización del interés indebido: i) directo, ii) indirecto o iii) mediante acto simulado. En atención a ello, desarrollaremos estas tres formas de participación y fundamentaremos la importancia de identificarlas.

Respecto a la modalidad directa de interesarse indebidamente, el funcionario pone de manifiesto sus intenciones particulares en la operación o contrato estatal (Álvarez, 2021, p. 96). Por otro lado, el interesarse mediante acto simulado se configura cuando el funcionario

² Sin embargo, si bien consideramos correcta la apreciación de la Sala respecto a la posibilidad de sancionar la contribución delictiva del particular en la negociación incompatible, no estamos de acuerdo con la subsunción de la conducta en el caso en concreto, pues quien es sancionado a título de cómplice fue el representante de la empresa a quien se le adjudicó la buena pro, pese a haber accedido a las bases de la convocatoria y no cumplir con los requisitos técnicos mínimos establecidos en estas. En atención a ello, más que un interés indebido, parece ser que estamos frente a un pacto colusorio.

aparenta defender los intereses de la Administración Pública, pero realiza actos en provecho personal (Álvarez, 2021, p. 103).

En cuanto a la modalidad indirecta, el agente se interesa a través de intermediarios que pueden ser tanto particulares como funcionarios públicos y que responderán como cómplices o serán instrumentos que utiliza el autor mediato, atendiendo al caso en concreto (Rojas, 2007, p. 823).

En concordancia, dentro de la modalidad de interesarse de manera indirecta, el sujeto activo puede valerse de una tercera persona a quien se le cataloga como intermediario (incidiendo en que es indiferente si se trata de particulares o funcionarios públicos no competentes), con el fin de que coadyuve a la cooperación del ilícito (Salinas Siccha, 2019, p. 680).

En atención a ello, bajo la modalidad de interesarse indebidamente, encontramos como posibles *extraneus* a aquel particular que no es el tercero interesado y/o aquel funcionario que no tenga por razón del cargo el deber que ostenta el agente. En este caso, no estamos frente al encuentro de voluntades bajo direcciones distintas, sino bajo la misma dirección, apuntando a un mismo fin.

Ahora bien, en las siguientes líneas desarrollaremos de manera más precisa quienes pueden ser considerados como intermediarios, con el objetivo de establecer una correcta diferencia los intervinientes en el delito de colusión y el delito de negociación incompatible.

En la Casación 396-2019, Ayacucho se estipula que el tipo penal de negociación incompatible puede calificarse como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión, atendiendo a que ambos protegen el mismo bien jurídico y se fundamentan en el deber especial otorgado al funcionario o servidor en relación con contratos u operaciones estatales en los que interviene por razón de su cargo, por lo que este sería un injusto parcial en relación con dicho delito (fundamento segundo)³.

Si bien analizaremos más adelante la estructura típica del delito de colusión, es menester señalar que este tipo penal sanciona la concertación entre un tercero interesado y el funcionario o servidor público con el objetivo de defraudar al Estado. En tal sentido, se trata de un delito de encuentro que requiere de la intervención de dos o más agentes que ataquen el mismo bien jurídico desde distintas posiciones.

Dado que la concertación ya se encuentra sancionada en el delito de colusión, debemos descartar como intermediario en el delito de negociación incompatible al tercero interesado que realiza el pacto colusorio con un funcionario. Por ello, el delito de negociación

³ En la misma línea, Casación 180-2020, La Libertad (fundamento cuarto), Casación 1494-2019-Cusco (fundamento tercero)

incompatible solo debe ser imputado si es que no existiera tal concierto (Abanto, 2001, p. 460).

De acuerdo con esta posición, si bien el *extraneus* no posee deber jurídico especial, si se logra determinar que su participación coadyuvó a configurar el hecho ilícito, responderá a título de cómplice. Así, que este no posea el estatus de funcionario o servidor público no lo priva de participar en el evento delictivo y, por tanto, de ser hallado partícipe del delito (Abanto, 2004, p. 9).

Dicho planteamiento se condice con evitar la impunidad de quien colabora con el funcionario público para concretar el abuso de su posición. Debemos incidir en que este reproche responde a que, en los delitos de infracción de deber, el *extraneus*, aún sin ostentar la cualidad especial, también lesiona el bien jurídico general protegido: el correcto funcionamiento de la Administración Pública (Casación 1985-2019, Selva Central, fundamento quinto).

Por ello, nos adherimos a la posición en la que sí es posible sancionar al *extraneus* en el delito de negociación incompatible, en tanto se cumplan dos requisitos: que este intervenga en la realización del hecho sin contemplar el deber especial que ostentan solo los funcionarios o servidores públicos con vinculación funcional, y que no se trate del tercero interesado. Ello, porque de darse tratativas entre un funcionario y un tercero interesado estaríamos frente a un pacto colusorio, motivo por el cual la conducta desplegada no se subsumiría en el delito de negociación incompatible, sino en el delito de colusión.

Ahora bien, en el caso materia de análisis, los hechos narrados denotan que Tomás Raúl Encinas Vilquimichi interviene en el hecho sin tener la cualidad especial, pero siendo el tercero interesado, con quien los funcionarios públicos celebran la transferencia y transacción del inmueble a su favor.

En atención a ello, Encinas Vilquimichi no podría ser imputado como particular no interesado ni funcionario no competente, por lo que es correcto no imputarlo a título de cómplice en el delito de negociación incompatible. Volveremos a este punto más adelante.

6.3 El delito de negociación incompatible como delito unilateral

Como segundo argumento, la Corte Suprema niega la posibilidad de aceptar la complicidad debido a la distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de encuentro (fundamento undécimo). En este apartado se desarrollará el porqué es erróneo fundamentar tal posición contraponiendo dos categorías que responden a finalidades distintas.

Montoya Vivanco aborda los delitos de intervención necesaria señalando que para su configuración se requiere de la intervención de dos o más personas. Estos a su vez, se distinguen en delitos de convergencia y delitos de encuentro (2016, p. 62).

En ambos, las conductas de los intervinientes tienen como fin un mismo objetivo, pero la diferencia fundamental radica en si las contribuciones se hacen desde una misma dirección (convergencia) o atacan el bien jurídico bajo posiciones distintas (encuentro) (Montoya, *et al*).

Por otro lado, Luzón Peña establece que los delitos de peligro pueden dividirse en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Respecto a los delitos de peligro abstracto, será suficiente determinar que la conducta desplegada por el agente sea peligrosa de manera general para algún bien jurídico. Por otro lado, en los delitos de peligro concreto, se requiere que la conducta produzca una lesión inmediata o próxima al bien jurídico tutelado (1996, p. 314).

De lo expuesto, puede colegirse que tanto los delitos de intervención necesaria como los delitos de peligro son categorías que engloban los diferentes delitos, pero que responden a finalidades distintas, por lo que: i) una no excluye a la otra y ii) no fundamentan la exclusión de la complicidad.

En el caso que nos compete, no está en discusión que el delito de negociación incompatible no forma parte del grupo de delitos de encuentro, pues se trata de un delito unilateral, al poder consumarse con la sola actuación de un agente. En otras palabras, no se requiere para su materialización la intervención de un tercero adicional al funcionario o servidor público que contribuya a que este se interese indebidamente (Chanjan, Torres & Gonzáles, 2020, p. 48).

Asimismo, nos adherimos a la postura de que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, pues solo se requiere comprobar que el funcionario con vinculación funcional actúe interesadamente (Casación 396-2019, Ayacucho, fundamento segundo⁴).

Sin embargo, que el delito no este tipificado como uno de participación necesaria no impide que se sancione al *extraneus* a título de cómplice, pues “la participación no se sustenta en la infracción de un rol institucional que sólo vincula al obligado”, todos los ciudadanos se encuentran vinculados de forma mediata a proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública (Casación 1985-2019, Selva Central, fundamento quinto).

En concordancia, en la Casación 1523-2021, Ancash, la Corte establece que, pese a no encontrarse tipificados como delitos de participación necesaria, existe una variedad de tipos

⁴ En la misma línea, Casación 180-2020, La Libertad (fundamento tercero).

penales que admiten la complicidad delictiva, por lo que deberá atenderse a si el particular realiza un aporte significativo (fundamento cuarto).

En tal sentido, es erróneo el razonamiento de la Sala al señalar que al ser un delito unilateral, el delito de negociación incompatible no acepta la complicidad, pues estaría sustentando que la colaboración quede impune, desconociendo las reglas generales de participación.

Tal como se advirtió en el apartado anterior, la Sala omite analizar las formas de participación en el delito de negociación incompatible. Esta omisión, en conjunto con la exclusión errónea entre las categorías de delitos peligro abstracto y delitos de encuentro, deriva en la exclusión de la complicidad.

Que el delito de negociación incompatible se encuentre dentro de la categoría de delito unisubjetivo; esto es, no requiera la intervención del particular para su materialización, no implica que desconozcamos la responsabilidad penal del *extraneus*. De la revisión de la estructura típica solo se advierte que la conducta sancionada es que el funcionario o servidor se interese indebidamente, sin que se requiera un aporte adicional para la consumación del delito.

En el marco general, sí es posible sancionar en la modalidad de interés indebido indirecto a título de cómplice a aquel que preste ayuda para contribuir a la posición de abuso del funcionario público. Dicha aseveración es concordante con lo estipulado en el artículo 25 del Código Penal en donde se reconoce la responsabilidad penal de los *extraneus*, pues la complicidad no se restringe a determinados delitos en base a su estructura unilateral o de participación necesaria.

En el caso en concreto, en cuanto a la participación de Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, de los hechos narrados se aprecia que su contribución se acerca más que actos que denoten interés indebido, a un acuerdo ilícito (pacto colusorio) entre este y los funcionarios públicos.

Dicho esto, sostenemos que su participación es la de un tercero interesado; es decir, aquel con quien el Estado, a través de sus funcionarios, suscribe el contrato. Por tal motivo, su conducta no podría subsumirse en la modalidad de interés indebido indirecto, en atención a que su contribución se realizó desde una posición distinta a las de los funcionarios públicos atacando el bien jurídico protegido, estando entonces frente a un delito de encuentro.

En consecuencia, en el siguiente apartado fundamentaremos que, en base a las pruebas presentadas, las conductas desplegadas no debieron subsumirse en el delito de negociación incompatible, sino en el delito de colusión.

6.4 La incorrecta subsunción de la conducta desplegada

Atendiendo a que se condenó a Juan Francisco Ledesma Gómez, Armando Enrique de la Cruz Gamarra y Alfonso Manuel Guevara Ocampo por el delito de negociación incompatible, no era posible variar la subsunción fáctica de los hechos respecto a la persona de Tomás Encinas Vilquimichi, pues al no tener la cualidad específica requerida, respondía por su colaboración en el acto corruptor como partícipe del mismo delito.

Sin embargo, es necesario incidir en la incorrecta subsunción fáctica de los hechos del presente caso en el delito de negociación incompatible, debiendo haber calificado el representante del Ministerio Público las conductas desplegadas en el delito de colusión. En atención a ello, se procederá a sustentar dicha postura mediante el análisis de la estructura del tipo de colusión y las diferencias que presenta este con el delito de negociación incompatible.

El delito de colusión se encuentra tipificado en el artículo 384 del Código Penal, y estipula que será sancionado aquel funcionario o servidor público que, mediante intervención directa o indirecta, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición, concesión o cualquier operación a cargo del Estado, realice un pacto colusorio con terceros interesados para defraudar al Estado (colusión simple) o causar un perjuicio patrimonial a este último (colusión agravada).

Al igual que el delito de negociación incompatible, se lleva a cabo en un contexto de contratación estatal, el bien jurídico protegido es la imparcialidad del funcionario o servidor público, y para su consumación no se requiere que se lleve a cabo un aprovechamiento patrimonial en favor del funcionario o en beneficio de un tercero, pues lo que se sanciona es la defraudación al Estado (Chanjan, Torres & Gonzáles, 2020, pp. 42-43).

La particularidad y diferencia fundamental entre ambos delitos, es que el tipo penal de colusión es un delito de encuentro; es decir que, debido a su estructura típica, se requiere de manera imprescindible la intervención de dos partes para que se lleve a cabo el pacto ilícito: funcionario público con competencia funcional y un tercero interesado que no ostente la cualidad especial (Recurso de Nulidad 224-2018, Pasco, fundamento cuarto).

Es menester resaltar que, debido a que los delitos de corrupción por lo general se cometen en clandestinidad, ante la ausencia de pruebas directas (por ejemplo, un contrato en donde se consigne el pacto indebido), debemos atender a la prueba indiciaria. (Chanjan, Torres & otros, 2020, p. 126). La Corte Suprema, a través del Recurso de Nulidad 1722-2016 del Santa, ha establecido algunos como:

- i) Irregularidad en los aspectos fundamentales de la contratación,
- ii) Convocatoria marcada con favoritismo y,

iii) Precios sobrevaluados o subvaluados

En el caso que nos atañe, si bien se aceptó la valuación comercial del lote realizada por la Dirección Nacional de Construcción, no se establecieron garantías para cobrar el saldo pendiente de la deuda por arrendamiento (USD 10 706.90 mil dólares) ni tampoco el saldo pendiente por la compra del inmueble (USD 10 630 mil dólares).

De las pruebas presentadas, se advierte que formalmente se respetó la valuación comercial establecida, pero se omitió establecer las garantías adecuadas para cobrar los saldos restantes al representante de Perny's E.I.R.L, los cuales sumaban aproximadamente más de USD 21 mil dólares. En adición, Tomas Raúl Encinas Vilquimichi vendió las acciones y derechos del inmueble a montos mucho mayores (obteniendo la suma de USD 48 mil dólares más USD 137 mil dólares) de lo pagado por la adjudicación del lote. Pese a estas omisiones, el 01 de diciembre de 2008 se presentó la escritura pública ante Registros Públicos, mediante la cual se indicó que se había cancelado el monto total de USD 58 630.50 dólares.

Mediante estos hechos que denotan una situación irregular, se puede establecer una cadena de indicios capaz de fundamentar la responsabilidad de los intervinientes por el delito de colusión. Esta consiste en el incumplimiento contractual del privado sin justificación, la omisión de penalidades por parte de los funcionarios pese al evidente incumplimiento, y la recepción del inmueble por parte del particular, pese a no haber cumplido con los requisitos estipulados (Arrieta, 2019, pp. 127-133).

En principio, Tomas Raúl Encinas Vilquimichi incumplió manifiestamente sus obligaciones contractuales al no pagar el saldo restante por concepto de saldo pendiente por la deuda del arrendamiento y la compra del inmueble. Dicha situación, pese a ser advertida por los funcionarios, no fue sancionada y mucho menos corregida, omitiendo estos establecer las garantías necesarias en los contratos que firmaron, quebrantando su deber fiscalizador.

Debemos acotar que hubo una omisión deliberada por parte de los funcionarios para supervisar y determinar si el comportamiento del particular era idóneo, pues no hubo cuestionamiento alguno a pesar el incumplimiento de los saldos restantes. Asimismo, Encinas Vilquimichi recibió el inmueble pese a tener conocimiento de no haber cumplido con abonar la cantidad restante.

Dicha observación refleja que el delito bajo el cual se debió tipificar la conducta de los agentes es el tipo penal de colusión, pues mediante prueba indiciaria se acredita el acuerdo colusorio entre los funcionarios representantes de SERPAR Lima y Tomás Raúl Encinas Vilquimichi como representante de Perny's E.I.R.L.

7 Conclusiones

A partir de lo desarrollado, sostenemos que sí es posible admitir la complicidad en el delito de negociación incompatible bajo la modalidad de interés indirecto, siendo posible sancionar al partícipe siempre y cuando se trate de un funcionario público no competente o del particular no interesado (es decir, aquel que contrata con el Estado). Ello, establece una delimitación necesaria entre el tipo penal de negociación incompatible y el concierto entre el funcionario o servidor público y el particular, sancionado en el tipo penal de colusión.

Finalmente, es necesario resaltar la labor que tienen los jueces y fiscales, pues de ellos depende una correcta evaluación de los hechos cometidos, a fin de no generar espacios de impunidad que contribuyan a dar más pasos atrás que adelante en materia de lucha contra la corrupción.

8 Bibliografía

Abanto, M. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima, 2ª ed., Palestra, pp. 444 – 460

Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. *Revista penal*, 14, pp. 3-23.

Álvarez, F. (2021). *El delito de negociación incompatible*. Jurista Editores.

Arrieta, J. (2019). La Prueba Indiciaria en el Delito de Colusión [Tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio institucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú <http://hdl.handle.net/20.500.12404/15425>

C-128/03 (2003, 18 de febrero). Corte Constitucional de Colombia.

Chanjan, R. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Derecho Penal y Criminología*. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5210/6277>.

Chanjan, R., Torres, D., y Gonzales, M. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP).

Chanjan, R., Quispe, D., Martínez, A., Peralta, C., Bazán, R., Valenzuela, V., Serpa, M., Callehuanca, K. (2022). La concertación en el delito de colusión y la prueba indiciaria: análisis a partir de la jurisprudencia peruana. En *Sistema Penal y Corrupción*. Ius Et Veritas, pp. 117 - 138.

Díaz, I. (2016). El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. Repositorio institucional de la Universidad de Salamanca <http://hdl.handle.net/10366/131865>

Heggin, M. (2000). La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la Capital Federal. *Nueva Doctrina Penal*, pp. 203-228

Luzón, D. (2004). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed., Tirante Lo Blanch.

Montoya, Y. (Coord.) (2016). *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. IDEHPUCP. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110641>

Pariona, R. (s/f). Autoría y participación en delitos de infracción de deber. *Pariona Abogados*. <https://www.rpa.pe/publicaciones/articulos/autoria-y-participacion-infraccion-deber/>

Recurso de Casación 841-2015, Ayacucho.

Recurso de Casación 396-2019, Ayacucho.

Recurso de Casación 1985-2019, Selva Central.

Recurso de Casación 1523-2021, Ancash.

Recurso de Nulidad 1722-2016, Del Santa.

Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*, 4^a ed., Editorial Grijley.

Rosales, D. (2021). *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Editores del Centro.

Salinas Siccha, R. (2015). *La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios*. Problemas actuales de política criminal: Anuario de Derecho Penal 2015-2016, pp. 93-126

Salinas Siccha, R. (2015). *Delitos contra la administración pública: La teoría de infracción del deber en la jurisprudencia peruana*. Lima, 4^a ed., Editorial Grijley, pp. 13-57.

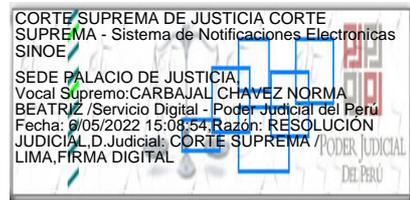
Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos contra la administración pública: La teoría de infracción del deber en la jurisprudencia peruana*. Lima, 5^a ed., Editorial Grijley, pp. 673-696.

Transparencia Internacional. <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 184-2020
LIMA NORTE**



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: SAN MARTIN CASTRO CESAR EUGENIO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 11/05/2022 11:17:55, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: AL TABAS KAJATT DE MILLA MARIA DEL CARMEN PALOMA /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 10/05/2022 17:24:23, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: SEQUEIROS VARGAS IVAN ALBERTO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 10/05/2022 18:01:34, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: COAGUILA CHAVEZ ERAZMO ARMANDO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 10/05/2022 19:19:15, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretario De Sala - Suprema SALAS CAMPOS PILAR ROXANA /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 26/05/2022 19:06:45, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

La complicidad en el delito de negociación incompatible

- I. La Casación número 841-2015/Ayacucho, respecto al título de imputación, no admite la complicidad en el delito de negociación incompatible.
- II. En el delito de negociación incompatible solo podrá responder el facultado (funcionario o servidor público) en razón del cargo que ostenta, toda vez que aquel será quien antepone sus intereses en provecho propio o de tercero de forma indebida frente a los intereses de la administración pública, en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado.
- III. La distinción con el delito de colusión radica en que no se trata de un delito de encuentro, sino de peligro abstracto que no exige la concertación que sí está prevista y sancionada en el citado delito. Tan es así que la Casación número 396-2019/Ayacucho antes citada ha considerado al delito de negociación incompatible como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión.
- IV. El tipo penal en el que se superpone el interés de un tercero frente a los intereses de la administración pública, materializado en una concertación que —se entiende— resulta entre el funcionario o servidor público y el tercero, se encuentra tipificado como delito de colusión y dado que, en el caso de autos, se ha sobreesido la investigación por el citado delito de colusión y peculado que se siguió contra el procesado la decisión judicial de la Sala Superior ha analizado el tipo penal en los fundamentos 2.30 al 2.35 de forma correcta, por lo que debe declararse infundado el recurso de casación.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de abril de dos mil veintidós

VISTOS: en audiencia pública¹, el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** (folio 312 del cuaderno de impugnación) contra la sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve (folio 245 del cuaderno de impugnación), en el extremo en el que la Primera Sala

¹ Realizada a través del sistema de videoconferencia, donde existió una interacción visual y auditiva simultánea, bidireccional y en tiempo real, sin ningún obstáculo; además, no hubo necesidad de que las partes concurrieran, en forma física, a las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte confirmó por mayoría la absolución de Tomás Raúl Encinas Vilquimichi como cómplice primario del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Lima Norte.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Según el requerimiento de acusación (folio 1 del expediente judicial) y subsanación (folio 127 del expediente judicial), se imputó a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi lo siguiente:

1.1. CIRCUNSTANCIAS PRECEDENTES: mediante escritura pública del once de diciembre de mil novecientos noventa y dos, Servicio de Parques de Lima (en adelante SERPAR Lima) adquirió mediante cesión de transferencia como aporte de ley el lote 48 de la calle número 1, manzana A, urbanización Lotización Industrial, tercera etapa, distrito de Los Olivos, provincia y departamento de Lima. Desde el primero de julio de mil novecientos noventa y ocho SERPAR Lima renovó el contrato de alquiler del lote mencionado por cinco años con Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, como representante legal de la empresa Metal Mecánica Perny's E. I. R. L. (en adelante Perny's E. I. R. L.), de lo cual se generó una deuda por arrendamiento por la suma de USD 10 706.90 (diez mil setecientos seis dólares estadounidenses con noventa centavos). Como consecuencia de ello se instauraron dos procesos judiciales, el primero de ellos por desalojo y el segundo por obligación de dar sumar de dinero. El dos de noviembre de

dos mil cuatro se celebró la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia en el Expediente número 125-2014 del Primer Juzgado de Paz Letrado de Los Olivos sobre desalojo, donde Armando Enrique de la Cruz Gamarra, en representación de SERPAR Lima, y Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, en representación de Perny's E. I. R. L., conciliaron y acordaron que esta última desocuparía el inmueble dentro del plazo de seis meses, teniendo como fecha límite de entrega el dos de mayo de dos mil cinco; y, en caso de incumplimiento, se podría solicitar la ejecución forzada, con la aceptación de ambas partes. Luego, el veintiséis de septiembre de dos mil seis Tomás Raúl Encinas Vilquimichi —representante legal de Perny's E. I. R. L.—, mediante carta dirigida al gerente general de SERPAR Lima, propuso una transacción extrajudicial para dar fin a los procesos judiciales. Para ello, planteó efectuar la cancelación de la deuda contraída con SERPAR Lima con la adquisición del inmueble a su favor. El treinta de enero de dos mil siete se emitió la valuación comercial realizada por la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda y Construcción respecto al lote materia de litis, y se valorizó en USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos).

- 1.2.** CIRCUNSTANCIAS CONCOMITANTES: en ese contexto, el dieciocho de junio de dos mil siete, mediante el Informe número 341-2007/SERPAR-LIMA/OAL/MML, Alfonso Manuel Guevara Ocampo, en su condición de director de la Oficina de Asesoría Legal de SERPAR Lima, informó que Tomás Raúl Encinas Vilquimichi había planteado el pago al contado de USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) por el inmueble

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

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

Según la cláusula segunda de la transacción, el pago de los USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos) debía realizarlo la empresa Perny's E. I. R. L. de la siguiente forma: pagar USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) en dos partes: USD 23 000 (veintitrés mil dólares estadounidenses) mediante cheque de gerencia a la firma de la minuta de compraventa y USD 25 000 (veinticinco mil dólares estadounidenses) a la firma de la escritura pública de compraventa, y en el literal "c" de esta cláusula se indicó que el saldo de USD 10 630.50 (diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos) se pagaría en veinticuatro cuotas mensuales de UDD 443 (cuatrocientos cuarenta y tres dólares estadounidenses) a partir de los dos meses siguientes de la firma de la escritura pública. Transacción en la que dolosamente no establecieron garantías para cobrar el saldo pendiente de la venta del inmueble por más de USD 10 630 (diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses) ni se transó sobre el pago de la deuda por arrendamiento por USD 10 706.90 (diez mil setecientos seis dólares estadounidenses con noventa centavos). El mismo veinticinco de febrero de dos mil ocho Ledesma Gómez, en representación de SERPAR Lima, y Encinas Vilquimichi, en representación de Perny's E. I. R. L., firmaron la minuta autorizada por el abogado Armando de la Cruz Gamarra, en la cual se recogieron los términos de la transacción y se incorporó en su cláusula sexta la reserva de propiedad hasta su cancelación, pero no se incluyó expresamente el literal "c" de la cláusula segunda de la transacción extrajudicial, con lo cual se omitieron las condiciones y los plazos de pago del saldo de los USD 10 630.50

(diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos).

- 1.3.** Y, a fin de “regularizar” el pago parcial de esta venta indebida, el imputado Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, como representante de Perny’s E. I. R. L., pagó los USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) indicados con los cheques de fechas treinta y uno de marzo de dos mil ocho (USD 23 000 —veintitrés mil dólares estadounidenses—), veinticinco de abril de dos mil ocho (USD 17 469.41 —diecisiete mil cuatrocientos sesenta y nueve dólares estadounidenses con cuarenta y un centavos—) y cinco de mayo de dos mil ocho (USD 7030.59 —siete mil treinta dólares estadounidenses con cincuenta y nueve centavos—) a través de Isidro Poma Barrientos como girador de los mencionados títulos valores, porque existía la promesa de que Encinas le vendería a Poma parte del lote que compraría, y los USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses) eran un préstamo; finalmente, este monto fue el precio al que le vendió a Poma más de la mitad del lote que estaba comprando a SERPAR Lima.
- 1.4.** El veintiuno de agosto de dos mil ocho Ledesma Gómez y Encinas Vilquimichi suscribieron la “escritura pública de compraventa”, la cual no contenía el literal “c” de la cláusula segunda de la transacción extrajudicial, con lo cual se omitieron las condiciones y los plazos de pago del saldo de los USD 10 630.50 (diez mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos); por el contrario, se indicó que “manifestando la vendedora que antes de firmar este instrumento ha recibido el monto del precio de venta a su entera conformidad y declara la cancelación de dicho precio de venta”, a pesar de no haberse cancelado el total del precio de venta pactado.

Con ello, se permitió ocasionar un perjuicio al Estado, representado por SERPAR Lima.

- 1.5. Asimismo, ni en la transacción extrajudicial ni en la minuta se incluyó la deuda por arrendamiento pendiente por la suma de USD 10 706.90 (diez mil setecientos seis dólares estadounidenses con noventa centavos). Y la mencionada escritura pública fue presentada a Registros Públicos el primero de diciembre de dos mil ocho, donde también se indicó que se habían cancelado los USD 58 630.50 (cincuenta y ocho mil seiscientos treinta dólares estadounidenses con cincuenta centavos) —folio 1864—.
- 1.6. El catorce de abril de dos mil nueve Tomas Raúl Encinas Vilquimichi, mediante escritura pública, transfirió el 57.5638 % de las acciones y derechos del inmueble *sub materia* a Isidro Poma Barrientos y Yolanda Ticona Supo, supuestamente por S/ 68 400 (sesenta y ocho mil cuatrocientos soles), según consta en el registro de propiedad inmueble con partida número 44215861, cuando lo cierto fue que se los vendió a USD 48 000 (cuarenta y ocho mil dólares estadounidenses), como indicó Poma Barrientos en su declaración testimonial. El quince de octubre de dos mil nueve Julio Lengua Hinojosa, como jefe de la Unidad de Ingresos de SERPAR Lima, emitió el Informe número 025-20097SERPAR LIMA/UI/SGT/MML, en el que comunicó que Perny's E. I. R. L. no había cumplido con el pago de las cuotas por la transferencia del inmueble.
- 1.7. CIRCUNSTANCIAS POSTERIORES: luego, mediante escritura pública del siete de enero de dos mil diez, Encinas Vilquimichi vendió el 42.4362 % restante del total del bien inmueble a la sociedad conyugal conformada por Jorge Luis Landa Gomero y Miriam Jesús Elizabeth Pereda Díaz, supuestamente por la suma de

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

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

Segundo. El representante del Ministerio Público tipificó estos hechos como delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal, y le atribuyó a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, en su condición de representante de Perny's E. I. R. L., la calidad de cómplice primario; por ello, solicitó que se le imponga la pena privativa

de libertad de cinco años e inhabilitación por tres años, conforme al artículo 36, numeral 2, del Código Penal. Por su parte, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Norte, constituida en actor civil, solicitó el monto de S/ 581 201.80 (quinientos ochenta y un mil doscientos un soles con ochenta céntimos) por concepto de reparación civil, a ser pagado por todos los acusados.

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

Cuarto. Una vez apelada el Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Norte en el extremo de la absolución, a través de la sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve (folio 3294), entre otros extremos, confirmó la sentencia de primer grado en cuanto a que absolvió a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, al amparo de los siguientes fundamentos:

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

2.34.- En cuanto a lo sostenido por el representante de la Procuraduría de una incorrecta interpretación de la Casación 841-2015, por cuanto la misma no estaría referida a dilucidar la posibilidad de concurrencia de un tercero en el delito de negociación incompatible, sino la preexistencia de una sanción a los terceros beneficiados con la conducta ilícita, como presupuesto para la materialización del delito de negociación incompatible. No se comparte dicha posición, pues si bien el recurso de casación estuvo orientado a tal efecto, el desarrollo del contenido jurídico expresamente aborda lo concerniente a la posibilidad de la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, lo cual adecuadamente ha sido interpretado por el Juzgado, pues evidentemente la norma penal no da lugar a la participación del tercero en la descripción fáctica del delito, por lo cual corresponde desestimar la apelación respecto a este punto.

II. Motivos de la concesión de los recursos de casación

Quinto. Este Tribunal Supremo, mediante la resolución del veinte de mayo de dos mil veintiuno (folio 189 del cuadernillo formado en esta instancia), concedió el recurso de casación propuesto por el Ministerio Público por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

III. Audiencia de casación

Sexto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el cuatro de abril del año en curso (folio 209 del cuadernillo formado en esta instancia), la que se realizó con la intervención de la parte recurrente, quien expuso los argumentos propuestos en su recurso de casación, con lo que la causa quedó expedita para emitir pronunciamiento.

IV. Fundamentos de derecho

Séptimo. Este Tribunal Supremo, como garante de los derechos, principios, bienes y valores constitucionales y actuando como última instancia de la jurisdicción ordinaria, admitió el recurso de casación

propuesto por el Ministerio Público para dilucidar si los terceros (*extraneus*) que participan en los contratos u operaciones y que se beneficiarían con el interés indebido de los funcionarios públicos deben responder a título de cómplices en el delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal.

Octavo. El Ministerio Público argumentó que en la sentencia de vista se han interpretado y aplicado erróneamente los artículos 25 y 399 del Código Penal; que se ha apartado de la doctrina jurisprudencial establecida en el fundamento 30 de la Casación número 841-2015/Ayacucho, el fundamento 14 del Acuerdo Plenario número 3-2016/CJ-116, el Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del veinticinco de noviembre de dos mil diecisiete y la jurisprudencia establecida en el fundamento decimotercero de la Casación número 195-2012/Moquegua, el fundamento 17.5 de la Casación número 102-2016/Lima y la Casación número 454-2014/Arequipa.

Noveno. Sobre el particular, verificamos que la Casación número 841-2015/Ayacucho, en el fundamento trigésimo, establece que “la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria”, y reitera dicha postura en el mismo fundamento trigésimo, donde señala lo siguiente: “El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente”, por lo que la postura de la citada casación respecto al título de imputación, específicamente en cuanto al delito que nos ocupa, es que no admite la complicidad.

Décimo. Ahora bien, es de verse que la jurisprudencia respecto a la cual se habría apartado la Sala Superior —según alega el casacionista—, consistente en la Casación número 195-2012/Moquegua, el fundamento 17.5 de la Casación número 102-2016/Lima y la Casación número 454-2014/Arequipa (uso de documento falso), está referida a los delitos de peculado (delito de encuentro) y de uso de documento falso, por lo que dichas casaciones no resultan de mayor trascendencia en el caso que nos ocupa como para admitir la complicidad como título de imputación.

Undécimo. En el mismo sentido, respecto al fundamento 14 del Acuerdo Plenario número 3-2016/CJ-116, referido a la intervención de un tercero en el delito de enriquecimiento ilícito, tanto como delito especial propio como de infracción de deber, si bien admite la participación como cómplice, se trata de un tipo penal distinto al de negociación incompatible; así también, del Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del veinticinco de noviembre de dos mil diecisiete, sobre el título de imputación penal del *extraneus* que junto al sujeto público participa en la comisión de un delito contra la administración pública, advertimos que la conclusión plenaria a la que se arriba no solo es por mayoría, sino que no distingue a los delitos de encuentro de aquellos que no lo son, como es el caso del delito de negociación incompatible —delito de peligro abstracto—, es decir, está referido a toda la gama de los delitos contra la administración pública, que es amplia y comprende diversos tipos penales, previstos y sancionados, que sí admiten la complicidad, como es el caso del cohecho, la colusión y entre otros.

Duodécimo. Este Tribunal Supremo, en la Casación número 396-2019/Ayacucho, en el fundamento de derecho segundo, ha establecido lo siguiente:

El logro de un beneficio económico, propio o de un tercero, no forma parte del tipo penal; no se exige un resultado de lesión o un resultado de peligro (peligro concreto), solo ha de probarse la tendencia final del mismo —agente— hacia ese logro —no solo se exige el dolo sino además un elemento subjetivo de tendencia: búsqueda de un provecho propio o de un tercero [...] puede clasificarse, incluso, como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión —ambos tienen su fundamento en deberes especiales atribuidos a los agentes oficiales y están vinculados a contratos u operaciones estatales—, pero protegen el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flaqueo —no las normas principales— en relación al mismo bien jurídico.

Decimotercero. En la doctrina, Villegas Paiva² cita a Enríquez Sumerinde, quien señaló que “el bien jurídico especial es el deber de lealtad y probidad del funcionario o servidor público durante el ejercicio de las funciones que desempeña en razón del cargo, ello con el fin de mantener incólume la imagen de la Administración ante la ciudadanía. Es pues inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento de sus funciones en razón del cargo”. Así también, citando a Rosales Artica, destacó que “el agente estatal traslada a la administración requerimientos privados, pretendiendo que el contrato u operación en el que toma parte por razón de su cargo adopte una determinada configuración en aras de un interés particular o que en aquél prioricen intereses particulares”.

Decimocuarto. Estando a ello, en el delito de negociación incompatible solo podrá responder el facultado (funcionario o servidor público) en razón del cargo que ostenta, toda vez que aquel será quien anteponga sus intereses en provecho propio o de tercero de forma indebida frente a los intereses de la administración pública, en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado.

² VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. (2021). *Compendium. Delitos contra la administración pública* (1.ª edición). Lima: Gaceta Jurídica, pp. 792-793.

Decimoquinto. Para el caso que nos ocupa, es preciso señalar que la distinción con el delito de colusión radica en que no se trata de un delito de encuentro, sino de peligro abstracto que no exige la concertación que sí está prevista y sancionada en el citado delito. Tan es así que la Casación número 396-2019/Ayacucho antes mencionada ha considerado al delito de negociación incompatible como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión.

Decimosexto. Por lo tanto, advertimos que se pretende que Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, en su calidad de representante legal de Perny's E. I. R. L., sea considerado como cómplice del delito de negociación incompatible al haber sido claramente beneficiado con el actuar de los sentenciados Juan Francisco Ledesma Gómez, Alfonso Manuel Guevara Ocampo y Armando Enrique de la Cruz Gamarra; no obstante, conforme ha sido expuesto, el tipo penal en el que se superpone el interés de un tercero frente a los intereses de la administración pública, materializado en una concertación que —se entiende— resulta entre el funcionario o servidor público y el tercero, se encuentra tipificado como delito de colusión, y dado que, en el caso de autos, se ha sobreesido la investigación por el citado delito de colusión y peculado que se siguió contra el procesado, la decisión judicial de la Sala Superior ha analizado el tipo penal en los fundamentos 2.30 al 2.35 de forma correcta. En consecuencia, corresponde declarar infundado el presente recurso de casación.

Decimoséptimo. Asimismo, al tratarse de un recurso interpuesto por el Ministerio Público, se deberá proceder con la exoneración respectiva, de conformidad con numeral 1 del artículo 499 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **Ministerio Público** (folio 312 del cuaderno de impugnación), por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve (folio 245 del cuaderno de impugnación).
- II. **EXONERARON** al Ministerio Público del pago de las costas del recurso presentado.
- III. **DISPUSIERON** que la presente decisión sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema y que, acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en esta instancia, se publique la decisión en el portal web del Poder Judicial y, cumplidos los trámites necesarios, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo formado en esta instancia.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/MAGL