

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre Casación N° 1494-2019/Cusco

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

Sharon Isabella Apolinar Ramírez

ASESORA:

Elsa Jessica Sofía Calvo Daza


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, ELSA JESSICA SOFIA CALVO DAZA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre Casación N° 1494-2019/Cusco", del autor(a) SHARON ISABELLA APOLINAR RAMIREZ, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 22%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y 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, 11 de julio del 2024

<u>ELSA JESSICA SOFIA CALVO DAZA</u>	
DNI: 71653681	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6385-9152	

A Dios, mi padre celestial, por ser mi guía y fortaleza en cada paso de mi vida. Gracias por darme la sabiduría necesaria para alcanzar mis metas

A mi amada mamita Milagros, cuyo esfuerzo, dedicación y amor incondicional me han inspirado a perseverar y dar lo mejor de mí. Eres mi ejemplo y mi motivación constante.

A mi amada mamita Amanda, por sus enseñanzas, su cariño y por ser un pilar fundamental en mi vida. Tu bondad y sabiduría han dejado una huella imborrable en mi corazón.

A mi hermana Caroline, por su apoyo inquebrantable en los momentos difíciles. Gracias por ser mi confidente y mi compañera de vida.

A mi madrina Rosa, por sus consejos y estar siempre presente en mi vida. Tu apoyo ha sido invaluable en este proceso.

RESUMEN

El trabajo sobre la Casación N° 1494-2019/Cusco se centra en el desarrollo de las notas características referidas al delito de negociación incompatible. Para que, abordándolo como un ilícito que protege los intereses estatales en el desempeño objetivo de los funcionarios y servidores durante cualquier proceso deliberativo, sea catalogado como un tipo penal que de acuerdo al grado de su lesión es de peligro abstracto. Por tanto, las conductas orientadas a priorizar un interés indebido que debe entenderse en términos latos, no exige necesariamente el despliegue de acciones para el logro de un resultado. En atención a lo cual, concluir que, en salvaguarda de los propósitos de la Administración pública, toda conducta conscientemente peligrosa que atente el bien jurídico que cautele el tipo de negociación incompatible es susceptible de merecer reproche penal, sin dejar de observar el resarcimiento del daño.

Siendo el objetivo principal precisar el alcance de las conductas sancionables, la doctrina especializada y jurisprudencia nacional sobre la materia sustantiva y procesal, guiarán el análisis en la clarificación del bien jurídico protegido, definición del interés indebido y el elemento subjetivo diferente al dolo, así como la justificación de la reparación civil; contribuyendo a proporcionar un marco más claro para la aplicación cada vez más acorde de la ley penal.

Palabras clave

Negociación incompatible, peligro abstracto, interés indebido, tendencia interna, reparación civil.

ABSTRACT

The Cassation N° 1494-2019/Cusco focuses on the development of the characteristic notes referring to the corruption offense of Incompatible negotiation. So that, addressing it as an offense that protects the state interests in the objective performance of officials and servants during any deliberative process, it is classified as a criminal type that according to the degree of its injury is of abstract danger. Therefore, behaviors aimed at prioritizing an undue interest that must be understood in broad terms, do not necessarily require the deployment of actions to achieve a result. In response to which, to conclude that, in safeguarding the purposes of the Public Administration, any consciously dangerous conduct that violates the legal good that safeguards the type of incompatible negotiation is likely to deserve criminal reproach, without Stop observing the compensation of the damage. Being the main objective to specify the scope of the punishable behaviors, the specialized doctrine and national jurisprudence on the substantive and procedural matter, will guide the analysis in the clarification of the protected legal good, definition of the undue interest and the subjective element different from deceit, as well as the justification of civil reparation; contributing to provide a clearer framework for the increasingly consistent application of the criminal law.

Keywords

Incompatible negotiation, abstract danger, undue interest, internal tendency, civil reparation.

ÍNDICE

DATOS PRINCIPALES DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1. Justificación de la elección de la resolución.....	5
1.2. Presentación del caso.....	6
II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	8
2.1. Antecedentes.....	8
2.2. Hechos relevantes del caso	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	10
3.1. Problema principal.....	10
3.2. Problemas secundarios.....	10
3.3. Problemas complementarios	10
IV. POSICIÓN	10
4.1. Respuestas preliminares al problema principal y secundarios	10
4.2. Posición individual respecto el fallo	13
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	13
5.1. Clasificación del tipo penal de negociación incompatible de acuerdo al daño causado al objeto de lesión	14
5.2. El interés indebido en la negociación incompatible.....	21
5.3. El provecho de tercero o propio como elemento subjetivo distinto del dolo.....	25
5.4. Respecto la imposición de la Reparación civil	28
VI. CONCLUSIONES.....	33
BIBLIOGRAFÍA	35
ANEXOS	38

DATOS PRINCIPALES DEL CASO

N° Resolución	Casación N° 1494-2019/Cusco
Área del derecho sobre el cual versa el contenido del caso	Derecho penal
Identificación de la sentencia	Casación N° 1494-2019/Cusco
Casacionistas	Elio Pro Herrera (E.P.H.), César Arturo Camacho Galdós (C.A.C.G.), Blasco Centeno Catalán (B.C.C.), José Moscoso Cusi (J.M.C.), Eugenia Dávila Sombui (E.D.S.) y Walquer Álvarez Guzmán (W.A.G.)
Denunciado	Segunda Sala Penal de Apelaciones de Cusco
Instancia jurisdiccional	Corte Suprema
Terceros	-
Otros	-

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La elección de la Casación N° 1494-2019/Cusco evidencia el interés particular por el aprendizaje, desarrollo y consecuente aportación crítica para una delimitación cada vez más acertada y uniforme de la configuración típica del delito de negociación incompatible. El cual por pertenecer a la gama de ilícitos contra la Administración pública representa un fenómeno complejo a ser analizado a la luz de la especialización de las conductas de los agentes del delito a efectos de evadir ser sancionadas y generar impunidad.

Así, por medio de la jurisprudencia de la Corte Suprema proteger -en un sentido más amplio- el adecuado y regular funcionamiento de la Administración pública y por su predictibilidad la efectiva tutela de sus intereses. Recuperando de esa forma la confianza ciudadana con una percepción favorable a la legitimidad del sistema legal en general y la administración de justicia en específico.

La Casación N° 1494-2019/Cusco, por su naturaleza es un pronunciamiento de carácter complejo no solo porque se trata de una resolución de la más alta instancia de justicia ordinaria. En la que, debido a su función unificadora del criterio jurisprudencial bajo específicos presupuestos de procedencia y causales de interposición, se circunscribe a la revisión en la aplicación correcta de la norma jurídica, que para el caso concreto está materializa en la infracción del precepto penal.

Sino además porque en ella, de manera positiva; por un lado, se recoge consolidada doctrina respecto al bien jurídico específico que busca proteger el legislador penal, esto es el resguardo en los propósitos que tiene la Administración pública en la toma de decisiones, por ser una norma de flaqueo. Por el otro, empieza a delinear nuevos aspectos dogmáticos que caracterizan al tipo penal de negociación incompatible. Como por ejemplo, abordarlo como un ilícito de peligro abstracto, apartándose de la línea jurisprudencial que lo clasificaba como una infracción de peligro concreto, de considerarse que la norma se orienta a controlar el riesgo en el comportamiento.

Aunque, un aspecto negativo, materia de cuestionamiento, es que se considera al elemento típico del “interés indebido” sea directo o indirecto como uno meramente económico. Cuando hasta ese entonces, la Corte Suprema por medio de su doctrina jurisprudencial indicaba que se encontraba afianzado que dicho elemento normativo no se circunscribía estrictamente a uno de carácter patrimonial o económico. Debido a que abarcaba cualquier comportamiento que implique un favorecimiento ilícito¹.

La relevancia del análisis de la Casación N° 1494-2019/Cusco también se orienta a poder delinear la confluencia o no algún elemento subjetivo, y de ser así, si se trata de la vertiente de tendencia interna trascendente o de elemento de tendencia interna intensificada. En atención a que el pronunciamiento desliza que la búsqueda del provecho en favor de tercero o propio no conforma parte del tipo pero si una conducta propensa a su consecución.

Finalmente, en un ámbito procesal, examinar el pronunciamiento de la Sala Penal Permanente ilustra el sentido de aplicación de la institución de la reparación civil. Cuando, al imponer el pago solidario de un *quantum* indemnizatorio a los encausados que aún siendo declarados absueltos por su proceder lesivo al bien jurídico protegido están obligados a reparar el daño ocasionado con su conducta ilícita.

1.2. Presentación del caso

El pronunciamiento objeto de análisis aborda el recurso de casación promovido por parte de la defensa técnica de los sentenciados Elio Pro Herrera (en adelante E.P.H.), César Arturo Camacho Galdós (en adelante C.A.C.G.), Blasco Centeno Catalán (en adelante B.C.C.), José Luis Moscoso Cusi (en adelante J.L.M.C.), Eugenia Dávila Sombui (en adelante E.D.S.), por causal de infracción del precepto material en la sentencia de vista pronunciada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Cusco de fecha 21 de mayo de 2019. Pronunciamiento que, integrando la sentencia emitida en primera instancia, confirmó la condena impuesta a los dos primeros por cometer el ilícito de negociación incompatible

¹ Conforme a las casaciones N° 231-2017 Pasco, N° 607-2017 Lima, N° 023-2016 Ica y N° 841-2015 Lima.

imponiéndoles cuatro años y ocho meses como pena privativa de libertad, inhabilitación por igual plazo, así como la imposición de un pago de reparación civil de manera solidaria entre los casacionistas. Atendiendo a su contenido y la variación en la jurisprudencia, el análisis se limitará a la interpretación adecuada de los componentes objetivos, como también a la subsunción correcta de la conducta en el tipo penal de negociación incompatible denunciado como motivo de casación expuesto por parte de la defensa de los sentenciados E.P.H. y C.A.C.G.

Escenario ante el cual, debe establecerse la pertinencia en la descripción del bien jurídico protegido, su consideración como una conducta infractora de peligro abstracto mediante el cual se pretende sancionar el indebido interés entendido como un beneficio patrimonial o económico. Con la intención de determinar la presencia o no de una aplicación acorde con el *telos* de la norma en el fallo declarado por el Tribunal de Casación. Para seguidamente, determinar si la Casación N° 1494-2019/Cusco interpretó el precepto material contenido en el tipo penal previsto en el artículo 399° del Código sustantivo de forma acertada, al declarar infundados los recursos interpuestos y confirmar por el despliegue de las conductas una sentencia condenatoria. Y, posteriormente, analizar si a la luz del comportamiento desplegado por los procesados se ha generado un daño que amerite ser resarcido a través de la reparación civil.

A efectos de desarrollar las interrogantes, el examen se circunscribirá al estudio de tipicidad subjetiva y objetiva respecto de la institución material de la infracción penal de negociación incompatible, por medio de la legislación como contenido delimitador del objeto de análisis. Así como, de la doctrina nacional e internacional especializada en dogmática penal, especialmente para abordar su tratamiento como ilícito de peligro abstracto y la apreciación del beneficio económico en calidad de elemento de tendencia interna trascendente. Sin perder de vistas los pronunciamientos judiciales nacionales, principalmente de la Corte Suprema, previos en el abordaje del complemento de interés indebido en la configuración del tipo penal.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

El caso se circunscribe al proceso penal en contra de E.P.H. y C.A.C.G., por haber supuestamente incurrido en el ilícito contra la Administración pública en la modalidad de negociación incompatible, por haber ejecutado en su condición de Alcalde y Gerente Municipal, respectivamente, el Acuerdo municipal N° 7-2207 - sin previa verificación de la Directiva de Tesorería N° 001-2007 y el Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero- por medio del que se autorizaba la transferencia de S/ 19 202 760.37 provenientes de la cuenta a plazo fijo perteneciente a la Municipalidad Distrital de Echarati a dos cuentas de Fondos mutuos del Banco Continental, caracterizadas por el riesgo de inversión de fondos comunes de aportes voluntarios. Hechos por los cuales se produjo al 20.10.08 un detrimento económico en perjuicio de la referida entidad municipalidad distrital ascendente al monto de S/ 1 819 264.00.

2.2. Hechos relevantes del caso

El 27.02.07, E.P.H., en calidad de Alcalde y C.A.C.G., en su calidad de Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Echarati, respectivamente, conjuntamente que B.C.C., J.L.M.C., E.D.S. y W.J.A.G., regidores de la institución edil, acordaron autorizar mediante Acta de Concejo Municipal N° 7-2007 previa conversión monetaria de dólares a soles, el transmute de los fondos de la cuenta a plazo fijo N° 218-01300016028 a un Fondo común en el Banco Continental. Así como la realización de gestiones para su cumplimiento a E.P.H. y C.A.C.G., motivo por el cual se emite la Resolución de Alcaldía N° 046-2007-A-MUDE/LC y un Oficio dirigido a la entidad bancaria el 09.03.07 y el 22.03.07.

Generando que, un día después, esto es en fecha 28.03.07 se materialice la transferencia en el Banco Continental de S/ 11 000 000.00 a la cuenta de Fondos mutuos N° 0011-0218-52-8003004346 y de S/ 8 202 760.37 a la cuenta de Fondos mutuos N° 0011-0218-58-8003004356. Siendo que, el 20.10.08 la cuenta de Fondos mutuos N° 0011-0218-52-8003004346 tenía un saldo de S/ 9

207 219.57, en tanto que la cuenta de Fondos mutuos N° 0011-0218-58-8003004356 la cantidad de S/ 8 176 274.87. Que, luego de realizada la operación aritmética arrojó una diferencia de S/ 1 819 264.00.

Hechos por los cuales se instauró un proceso penal en virtual del cual, luego del desarrollo del Juicio oral, en fecha 21.01.19, el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cusco, entre otros resolvió condenar a E.P.H. y C.A.C.G., por la comisión del ilícito de negociación incompatible a una pena de cuatro años y ocho meses privativa de libertad, así como a la cancelación solidaria de una reparación civil y la restitución del dinero capital afectado. La que fue confirmada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones del Cusco el 21.05.19 e integrándola les impuso cuatro años y ocho meses como pena de inhabilitación. Decisión contra la cual interpusieron recurso de casación alegando lo siguiente.

El sentenciado E.P.H., planteó la infracción del precepto material e inobservancia del precepto constitucional y sostuvo el acceso excepcional por una prescripción de la acción penal. Así como, la reconducción del tipo por una norma anterior y la falta de subsunción de los hechos que pueden ser modificados para la aplicación de una conducta enmarcada como negociación incompatible. Por su parte, la defensa del sentenciado C.A.C.G., como motivo casacional postuló el apartamiento de doctrina jurisprudencial, la inobservancia del precepto constitucional como también la infracción de precepto material.

De la misma manera que, el acceso excepcional para determinar la aplicación en la determinación judicial de la pena, el sistema de tercios cuando resulte mas favorable, la suspensión al producirse la formalización de la investigación preparatoria del plazo ordinario de prescripción. Además de la imposibilidad de duplicidad del plazo de prescripción lo mismo que la validez de la valoración de la prueba sin analizar disposiciones presupuestarias.

Respecto de las cuales, mediante Ejecutoria Suprema de fecha 03.07.20, la Corte de Casación la declaró bien concedida, únicamente en cuanto al motivo de infracción del mandato material. Debido a que, de los hechos imputados solo contempla pertinente analizar en base a las características de la negociación

incompatible si se interpretó de manera adecuada los fundamentos objetivos del ilícito así como establecer la correcta subsunción en la norma.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

¿Por qué es punible la conducta conscientemente peligrosa del agente en el delito de negociación incompatible?

3.2. Problemas secundarios

- ¿En atención a la afectación del bien jurídico protegido en el ilícito de negociación incompatible que clase de delito es?
- ¿Cuál es el alcance del “interés indebido” en el tipo penal de negociación incompatible?
- ¿El provecho en favor de tercero o propio, es un elemento subjetivo de tendencia interna intensificada o tendencia interna trascendente?

3.3. Problemas complementarios

¿En qué se justifica la imposición de reparación civil en el caso concreto?

IV. POSICIÓN

4.1. Respuestas preliminares al problema principal y secundarios

Respuesta a la pregunta principal:

¿Por qué es punible la conducta conscientemente peligrosa del agente en el delito de negociación incompatible?

La conducta conscientemente peligrosa desplegada por el agente es penalmente punible en la configuración del delito de negociación incompatible que se encuentra regulado en el artículo 399° del Código Penal. El referido ilícito penal

es de peligro abstracto en el que el provecho de tercero como propio, es un elemento subjetivo de tendencia interna. Como tal, en efecto toda conducta conscientemente peligrosa que desarrolle el agente destinada a un quebrantamiento del bien jurídico por un desvalor en la acción debe ser sancionada penalmente.

Respuestas a las preguntas secundarias:

¿En atención a la afectación del bien jurídico protegido en el ilícito de negociación incompatible que clase de delito es?

En cuanto a la clasificación de la conducta tipificada como negociación incompatible por la afectación al bien jurídico, conforme sostiene de manera uniforme la doctrina especializada y la jurisprudencia, el interés jurídico específico que tutela el delito objeto de análisis, está orientado a la objetividad en el desempeño de sus funciones públicas del funcionario o servidor público evitando intromisiones ajenas como los intereses particulares para la consecución de sus fines (Guimaray, 2014, p. 11-12)². Por tal motivo, es correcto afirmar que se protege los propósitos de la Administración pública en la toma de decisiones.

En igual sentido, es acertada la variación de establecer que el delito objeto de análisis de acuerdo a su tipología por el daño ocasionado es uno de peligro abstracto, en el entendido que el comportamiento consistente en la actuación interesada es el origen del comportamiento ilegal.

¿Cuál es el alcance del “interés indebido” en el tipo penal de negociación incompatible?

El alcance del interés indebido, siguiendo la finalidad de tutela de los propósitos que resguarda la Administración no puede restringirse al aspecto económico. Ello supondría estrechar el contenido de la norma y con ello dejar desprotegido el bien jurídico frente a vulneraciones de cualquier naturaleza por el prevalimiento

² Conforme la doctrina Guimaray, Erick, así como, Rojas, Fidel; entre otros. Y la jurisprudencia Casación N° 23-2016/Ica y Casación N° 0067-2017/Lima.

de los intereses particulares en la toma de decisiones públicas, generando un campo de impunidad y consecuente desconfianza en el ordenamiento y la aplicación de justicia.

Sin embargo, aunque no afecte la conclusión arribada en su pronunciamiento, corresponde precisar que se erró al establecer que el interés indebido es netamente económico, así como al omitir clasificar la búsqueda de provecho como un elemento de tendencia interna trascendente. Por lo que, ante la existencia de aspectos discordantes con lo desarrollado en la Casación objeto de estudio, pese a que en el caso en concreto el carácter del interés indebido fue económico, se tiene que no se efectuó una aplicación correcta del artículo 399° del Código Penal para sancionar a E.P.H. y C.A.C.G.

¿El provecho en favor de tercero o propio, es un elemento subjetivo de tendencia interna intensificada o tendencia interna trascendente?

Referente al provecho como elemento subjetivo distinto del dolo, se tiene que precisamente a consecuencia de que no se exige un resultado de peligro sino el control del riesgo en el comportamiento que, el logro del beneficio económico no conforma parte del tipo. Por tal motivo, de acuerdo a la formulación legal del ilícito, su consecución implica además del dolo una intención o ánimo ulterior. De esa manera, atendiendo a que la finalidad del beneficio económico no se encuentra presente en la misma acción (Delictum, 2016, p. 1-2), el delito objeto del informe presenta un elemento de tendencia interna trascendente.

Respuesta a la pregunta complementaria:

¿En qué se justifica la imposición de reparación civil en el caso?

Los hechos atribuidos demuestran que las acciones de B.C.C., J.L.M.C., E.D.S., W.J.A.G., E.P.H., y C.A.C.G. cumplen con los requisitos de responsabilidad civil. Por lo tanto, deben recibir una sanción civil mediante una indemnización. La Corte Suprema acertó al rechazar los recursos de casación y determinar que E.P.H., y C.A.C.G. deben pagar una reparación civil. Además, según el numeral

3 del artículo 12° del Código Procesal Penal, los absueltos B.C.C., J.L.M.C., E.D.S., y W.J.A.G., también deben indemnizar solidariamente al Estado como parte afectada.

4.2. Posición individual respecto el fallo

La posición asumida en el informe se encuentra acorde con el fallo principal pronunciado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República en la Casación N° 1494-2019/Cusco. Debido a que, arriba a una conclusión adecuada cuando declarando infundados los recursos de casación interpuestos por la defensa técnica de E.P.H. y C.A.C.G. no casaron la sentencia de vista recurrida.

Sin perjuicio de ello, se estima como reprochable la decisión del Pleno de limitar a una concepción puramente económica el elemento típico referido al “interés indebido”, pese a la afianzada jurisprudencia que, en un sentido de protección de los intereses estatales, lo consideraba como todo comportamiento destinado a obtener un favorecimiento ilícito.

De igual forma, es omisivo el que no se genere mayor desarrollo respecto de la alegación de que el delito de negociación incompatible presenta elementos subjetivos distintos del dolo mucho menos no se especifique la categoría. Es decir, si la búsqueda del provecho de tercero o propio es de tendencia interna trascendente o tendencia interna intensificada. Aspectos que serán desarrollados en el siguiente apartado, una vez se describa con mayor detenimiento el cambio acertado en la clasificación de acuerdo al daño causado como uno de peligro abstracto.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

El motivo casacional por el cual la Sala Penal Permanente declaró bien concedido el recurso es la infracción del precepto material prevista como causal

en el numeral 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal³, ello en atención a que los recurrentes sentenciados, esto es E.P.H. y C.A.C.G., fundamentaron que su conducta no se enmarca en el ilícito de negociación incompatible. Por tanto, el Órgano Supremo considera pertinente analizar la subsunción de los componentes objetivos del tipo en las acciones desplegadas, habida cuenta que el ilícito penal debe ser delimitado jurisprudencialmente en función a sus características propias.

En ese sentido, a efectos de calificar la punición de la conducta conscientemente peligrosa -conforme ha referido la Sala Penal Permanente- en el caso en particular, previamente debe dilucidarse atendiendo al daño causado si el tipo específico de negociación incompatible es uno de peligro concreto o abstracto. Seguidamente, se determinará el alcance del concepto de “interés indebido” que presenta la tipificación del ilícito penal, para posteriormente verificar, ya en el plano subjetivo si el provecho en favor propio o de tercero es un elemento distinto al dolo, en cuanto al tipo de tendencia interna intensificada o trascendente. Finalmente, al encontrarse vinculado y de igual forma ser un asunto de derecho penal material, se analizará la exigencia de una reparación civil. Haciendo hincapié en la determinación del pago de la obligación pese la absolución por no haberse acreditado respecto de los acusados B.C.C., J.M.C., E.D.S. y W.A.G. su responsabilidad penal.

5.1. Clasificación del tipo penal de negociación incompatible de acuerdo al daño causado al objeto de lesión

A efectos de establecer si el ilícito de negociación incompatible es uno de peligro abstracto o de peligro concreto, previamente debe hacerse referencia a algunos elementos que orienten su delimitación. Corresponde entonces, analizar el bien jurídico protegido así como la vinculación que debe tener el agente, más allá de su calidad de funcionario, en razón de su cargo en la operación o contrato.

³ Según el cual es causal para inerponer recurso de casación, el que la sentencia o auto importe la errónea interpretación, aplicación indebida, o falta de aplicación de la Ley penal u otra norma jurídica.

Como delito contra la Administración pública ha quedado definido por la doctrina mayoritaria que la protección radica en el funcionamiento normal de la administración pública entendido como el *“desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado”* (Meini, 2008, p. 7). No obstante ello, existe un debate aunque cada vez más cerrado en cuanto al bien jurídico específico preservado en el delito de negociación incompatible.

Una parte de la doctrina defiende, que siendo la actividad económica estatal el medio en el cual el agente puede desplegar su conducta, lo que se busca defender es el patrimonio del Estado. Abanto Vásquez refiere que para los seguidores de esta doctrina la punición busca prevenir que cualquier agente público pretenda atentar contra el patrimonio del Estado cuando se beneficia o logra sacar provecho de la función que le fuera encomendada (2003, p. 506).

Postura distinta es la defendida por Castillo Alva, quien sugiere que el interés jurídico protegido radica en la transparencia con la cual se desarrolla las operaciones, procesos de contratación y en general toda aquella actividad que promueva los intereses públicos que deben guiar las actuaciones del servidor o funcionario público al desempeñar sus atribuciones en personificación del Estado (2015, p. 15).

Una tercera postura estima consecuente con el tipo penal que el bien tutelado busca el resguardo de intereses estatales en las operaciones o contratos que efectúa la Administración por medio de sus servidores o funcionarios, que se entiende que participan siempre velando por las aspiraciones del Estado (Salinas, 2023, p. 731). De manera que, es tanto la legalidad de las operaciones comerciales y de los contratos, como la objetividad de la Administración (Guimaray, 2014, p. 12) lo que se resguarda a fin de evitar conflicto entre los intereses particulares.

Respecto a la primera teoría, de acuerdo a la crítica planteada por Meini Mendez, se comparte la idea de que en los delitos previstos en el Capítulo XVIII del Libro Segundo del Código Penal, no es consecuencia necesaria se ocasione un detrimento económico al Estado con el proceder contrario a los intereses de la

Administración (2012, p. 3). Así, de una lectura al tipo penal en examen, se advierte que no exige una lesión efectiva al patrimonio público. Sin embargo, es cuestionable que la base de dicha argumentación esté referida a una comparación entre el patrimonio de los ciudadanos con el del Estado. Ya que, al ser un delito especial lo trascendente es la vinculación del servidor público o funcionario con sus competencias en resguardo de los intereses generales.

Así también lo especifica Enríquez Sumerinde al referir que en el ilícito de negociación incompatible el objeto a proteger no se encuentra fijado en el propósito económico-patrimonial, debido a que no es relevante se compruebe un real perjuicio o afectación al patrimonio (2016, p. 86). Bajo esa lógica también las normas internacionales han precisado que es prescindible la generación de un daño patrimonial. Específicamente el artículo 12° de la Convención Interamericana contra la Corrupción -CICC⁴, y el numeral 2 del artículo 3° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -CNUCC⁵, al referir respectivamente que:

Para la aplicación de esta Convención [CICC], no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio al Estado. (Organización de Estados Americanos, 1996, Artículo 12)

Para la aplicación de la presente Convención [CNUCC] a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado. (Organización de las Naciones Unidas, 2003, Artículo 3.2)

De forma tal que, siguiendo esta postura del interés jurídico protegido, se infiere que el delito objeto de examen, de acuerdo a la clasificación por las consecuencias de la acción, sería un delito de resultado. A decir de Roxin se consumaría con la efectiva lesión del bien tutelado por el dispositivo penal (1997, p. 336). Habida cuenta que, el efecto de la lesión -vale decir el perjuicio

⁴ Suscrita por los Estados miembros de la OEA, aprobada mediante Resolución Legislativa N° 26757 de fecha 24/03/1996 y ratificado a través del Decreto Supremo N° 012-97-RE en fecha 21/03/1997.

⁵ Suscrita por los Estados miembros de la ONU, aprobada mediante Resolución Legislativa N° 28357 de fecha 06/10/2004.

patrimonial- se encuentra separado temporal y espacialmente de la acción - interesarse indebidamente.

Bajo esa lógica, de acuerdo a la tipología por el daño causado sería un delito de lesión, porque exige que el resultado se produzca, sería entonces una protección *ex post*. Por tanto, solo serían sancionables aquellas conductas desplegadas por el servidor o funcionario que se materialicen en la generación efectiva de un menoscabo económico en aquellas operaciones y contrataciones que por razón de su cargo efectúe a nombre del Estado.

Tal delimitación acarrea severas consecuencia negativas, no solo en términos de probanza, tanto más si se reitera que el tipo penal no lo impone ni siquiera como objeto del delito conforme se verá mas adelante. Sino también en lograr atribuir responsabilidad y consecuentemente imponer sanciones, al determinar que el delito se perfecciona con la acreditación de una afectación real contra el patrimonio del Estado. Consideraciones por las cuales no se comparte la defensa de este postulado al ser en la práctica un precepto que se aleja de la protección de los objetivos públicos y del avance de la lucha contra la corrupción por generar impunidad.

En relación a la postura que identifica a la transparencia como bien jurídico protegido, Salinas Siccha cuestiona que,

[N]o es de recibo este planteamiento debido a que todos los actos delictivos de corrupción de funcionarios son actos no transparentes para con la Administración pública. Tal aspecto más tiene que ver con el bien jurídico general que con el bien jurídico específico. (2023, p. 705)

Valoración con la que se concuerda, más aun si se tiene en consideración que el artículo 7° del Código de Ética de la Función Pública en el Perú establece como un deber ético-jurídico a la transparencia, y por tal un principio que concretiza el desempeño correcto de las labores de los funcionarios públicos y servidores que según lo ha delineado Castro el principio de Buen Gobierno guarda estricta consonancia con el funcionamiento adecuado de la administración (2014, p. 248-250), el cual como se ha definido líneas arriba es el

objeto de protección jurídica en términos generales de los delitos contra la Administración pública. Razón por la cual, al igual que con la tesis anterior, se toma distancia por no generar una protección adicional necesaria en favor de los intereses del Estado ante las conductas que desplieguen sus funcionarios y servidores durante el desarrollo de actividades de índole económica.

En consecuencia, se contempla a la tercera posición, como la más congruente para el resguardo de los intereses estatales. Pues, mediante ella se procura en el desempeño de la función pública la protección de la imparcialidad, al resguardarla de los intereses privados de los agentes evitando que sean antepuestos a los propósitos y fines generales en las operaciones y contratos en las que el Estado interviene (Chanjan, R., Torres, D., y Gonzales, M. 2020, p. 48). Impone así, desde una perspectiva de protección *ex ante*, la exigencia en los servidores y funcionarios de desplegar un correcto desempeño en la gestión de la actividad económica del Estado, dentro de los cánones de lo que se le fue delegado, como claramente ilustra Enriquez Sumerinde:

El objeto a proteger en el delito de negociación incompatible (...) [es] inmaterial concretizado en el proceso de negociación que realice el funcionario o servidor público en los contratos o en las operaciones que intervenga por razón del cargo. (2016, p. 86)

Entonces para su configuración es *conditio sine qua non* la presencia de la relación funcional del agente en las operaciones y contratos estatales que debe ser previa aunque no necesariamente inmediata. Debido a que, la relación con el objeto del ilícito conforme señala el tipo puede ser de forma directa, efectuando los actos necesarios para manifestar su interés (Rojas, 2017, p. 822-823). Así como de manera indirecta o mediata, a través de sus pares o particulares (Reátegui, 2014, p. 505); como también por acto simulado, encubriendo sus intereses particulares aparentando priorizar los intereses generales (Salinas, 2019, p. 680).

Dicha cita también decanta analizar la necesidad de su afectación para la consumación de la conducta, en atención a que, al estar en discusión la institucionalidad de la Administración. Como sostiene Salinas Siccha y ha sido

advertido precedentemente el delito de negociación incompatible estará perfeccionado al margen de si la afectación real o potencial contra el patrimonio estatal se encuentre acreditado (2023, p. 705). En tal sentido, ya encontrándose disuadido que el delito en análisis es uno de resultado y de lesión, atendiendo al bien jurídico protegido, se tiene que la conducta desplegada por el agente al interesarse indebidamente califica al delito de acuerdo al daño causado al objeto de lesión como uno de peligro. En el entendido que, el desvalor de la acción es un elemento fundamentador del injusto (Sola Reche, 1994, p. 169).

Ahora bien, siguiendo la dogmática penal, las infracciones penales de peligro pueden ser de dos clases, concreto o abstracto. Como refiere Bacigalupo, en los delitos de peligro concreto la realización del tipo objetivo requiere comprobar que la acción puso en peligro un determinado bien jurídico o en su defecto aumentó el peligro (1999, p. 313). En tanto que, en los segundos, esto es de peligro abstracto, a efectos de *“determinar la consumación del hecho sólo se requiere examinar la concurrencia de la propia acción del autor si[n] entrar a analizar el tema referido a la relación de la causalidad* (Madrigal Navarro, 2015, p. 172).

Sobre el particular, el fundamento tercero de la sentencia de Casación N° 1494-2019/ Cusco, materia de análisis, da cuenta que la Sala Penal Permanente siguiendo pronunciamientos previos⁶ ha recalcado que *“El delito de negociación incompatible protege la expectativa de normativa de que el funcionario público ha de actuar en resguardo de los intereses de la Administración Pública, evitando cualquier situación de interferencia en la toma o ejecución de decisiones”* (2021, p. 8). De modo tal que, entendido el peligro como un estado irregular en el que la producción de un daño se considera probable, el ilícito de negociación incompatible atendiendo al bien jurídico que resguarda es uno de peligro abstracto.

El legislador no ha impuesto para su configuración típica la exigencia de que se sufra un riesgo real de menoscabo a sus intereses. Basta comprobar el despliegue de la conducta antijurídica, para que se amenace su tutela. La propia

⁶ A manera de ejemplo, el fundamento Quinto de la Casación N° 0180-2020/La Libertad de fecha 06/12/2020, y fundamento cuarto de la Casación N° 0396-2019/Ayacucho de fecha 09/11/2020.

acción del funcionario o servidor de interesarse indebidamente estaría quebrantando de manera potencial el resguardo de los intereses en la actividad económica de la administración. Empero, ello no significa que todo proceder en el ámbito de una contratación estatal sea pasible de ser sancionado. El principio de lesividad, así como el de intervención mínima y fragmentariedad informan que la represión penal se orienta a la creación del riesgo que suponga un daño inminente dejando de lado abordar las que comportan meras irregularidades administrativas.

Para dilucidar ello, dos son los componentes que debe cumplir el peligro para que sea real y limite incriminaciones inadmisibles. De un lado, la posibilidad de que un resultado se produzca, y de otro que, dicho resultado tenga la entidad de ser lesivo (Madrigal, 2015, p. 172). Contrariamente, no se podrá hablar de peligro de no concurrir alguno de ellos, sea porque la producción del resultado no es posible. O, siéndola no es lesiva para el bien jurídico protegido no así para la operación o contrato del Estado. Pues, al margen de que se genere algún beneficio a la Administración pública -que de ningún modo puede ser una eximente de responsabilidad- con el interés indebido se ha quebrantado la imparcialidad durante el ejercicio de la función pública. Con lo cual, independientemente a la consecución de un resultado favorable se tiene por consumado el delito con la sola actividad interesada del particular.

Más cuando, atendiendo a la concepción normativa del peligro, el grado de probabilidad de lesión se determina de acuerdo a la clase de bien jurídico, que en este caso es además colectivo, así como al contexto donde se desenvuelve como es la decisión en la actividad estatal de operaciones y contratos. Por tanto, dicha situación de peligro sumada a que el sujeto activo, parte conformante de la Administración que en razón de su cargo ostenta una posición de garante, hacen idóneo el tratamiento del delito de negociación incompatible como ilícito de peligro abstracto. Y como tal toda aquella conducta conscientemente destinada a arriesgarla es susceptible de ser sancionada penalmente.

Por consiguiente, es correcto sostener que la Casación N° 1494-2019/Cusco marca un hito de cambio con los pronunciamientos jurisprudenciales

previamente emitidos por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la Casación N° 0231-2017/Puno y Casación N° 067-2017/Lima, que consideraban al ilícito de negociación incompatible como tipo penal de peligro concreto.

Así, se empieza a delinear junto con la Casación N° 0180-2016/La Libertad emitida el 07.12.20, y la Casación N° 0396-2019 Ayacucho de fecha 09.11.20, resueltos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que atendiendo al bien jurídico protegido el delito en mención es uno de peligro abstracto. Concepto que ha ido perdurando como puede observarse de la Casación N° 0307-2019/Ancash de fecha 07.02.22, la Casación N° 049-2019/Ayacucho emitida el 02.02.2022, y que mantiene vigencia de acuerdo sentencia emitida por dicho Colegiado Supremo recientemente en la Casación N° 0934-2021/Huancavelica de fecha 29.02.24.

5.2. El interés indebido en la negociación incompatible

El tipo penal de negociación incompatible presenta como verbo rector la conducta de interesarse la misma que puede ser definida como incumbir, concernir, comprometer, atañer o importar algo, por lo que el agente orienta su voluntad a obtenerlo (Salinas, 2014, p. 566). Misma que para ser considerada como antijurídica debe hacerse de manera indebida, esto es, contrario a ley, o más específicamente contrario a los objetivos de la Administración y la imparcialidad con la que las operaciones y contratos deben desenvolverse.

Así, Creus Monti establece que el interés debe ser considerado como la intención de generar en un determinado un contexto se asuma una configuración basada en una pretensión que califica como no administrativa (1981, p. 371). De forma que, la pretensión no administrativa es la que hace indebido el interés, y que a efectos de ser punible conforme afirma Abanto Vásquez, debe efectuarse conductas que materialmente signifiquen una intervención a su favor en la actividad en la cual se encuentra a cargo (2003, p. 513-514). Lo que en efecto es acorde a un delito de peligro abstracto.

Interés que, conforme lo plantea el tipo penal puede efectuarse durante el escenario de la realización de operaciones o contratos en el que el sujeto activo representa al Estado. Así, siguiendo lo referido por Peña Cabrera Freyre, el interés toma lugar en cualquiera de las fases o etapas que conforman el proceso de contratación como la fase preparatoria, la etapa de selección, el momento de la ejecución e incluso alcanza la fase de liquidación (2010, p. 650).

Ello, en el entendido que en todas y cada una de las etapas puede surgir algún interés idóneo para quebrantar el bien jurídico resguardado y como tal la generación de un provecho en favor propio como de tercero. Es por ello, que la jurisprudencia y doctrina afirman que en el funcionario público competente existe una suerte de desdoblamiento. Habida cuenta que, de una parte actúa en representación de los intereses generales; en tanto que, de otra se conduce en favor de intereses personales del cual ha de beneficiar a tercero o beneficiarse.

Precisamente, esto último ha generado un debate respecto al tipo de interés que surge en el funcionario público como en el servidor. Por un lado, la postura que expone Salina Siccha, siguiendo lo decidido por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 373-2007/Lima, consiste en que sea personal o para favor de un tercero el provecho es lo que denota el sentido económico y por tal implica una posible afectación al patrimonio público (2014, p. 567).

Ello en base de que, al ser de tipo económica la actividad en el que se desenvuelve el ilícito, también lo sería la connotación del interés que busca el sujeto activo con su proceder ilícito. Con la aclaración de que, si bien no se exige un efectivo perjuicio económico si es necesario, por ser un delito de peligro abstracto, se genere un riesgo de afectación patrimonial al Estado, siguiendo lo fundamentado por la Segunda Sala Transitoria en el fundamento décimo séptimo de la Casación N° 231-2017/Puno (2017, p. 16).

Respecto a esta postura, en efecto el medio en el cual se despliegan los intereses es la negociación estatal en la cual se ventilan aspectos económicos. Sin embargo, de ello no se puede concluir *prima facie* que esa finalidad sea la única que trastoque el proceder del funcionario o servidor para atender su imparcialidad. Igualmente, resulta acorde con lo definido en el acápite 5.1. la

aclaración que efectúan los magistrados supremos en la Casación referida líneas arriba. Puesto que, como ilícito de peligro abstracto no es imperiosa la obtención por parte del funcionario público de un provecho económico, en el entendido que como refiere Rojas Vargas, el delito se consuma con la sola conducta que denote el propósito particular del sujeto activo en operaciones y contratos, lo cual no se deriva necesariamente en la creación de un perjuicio al Estado de carácter netamente económico (2017, p. 49).

Criterio que ha sido asumido por la Sala Penal Permanente en la Casación N° 1494-2019/Cusco, cuando infiere que el acto de injerencia que se despliega siempre ha de volcarse en la operación o contrato que se esté efectuando. Así en su considerando tercero aduce que la acción típica debe entenderse necesariamente en términos económicos a fin de encontrarse en consonancia con el objeto del tipo penal (2021, p. 8).

Al respecto, la referida conclusión es un total desacierto o error, no solo por limitar la calidad del interés indebido a una estrictamente de carácter económico, sino también, porque pese a afirmar que, el delito de negociación incompatible es uno de peligro abstracto arguye que el objeto del delito es patrimonial. Y, como previamente se ha determinado, la configuración del tipo no lo plantea en ese sentido y el mismo tampoco se condice con la esencial del bien jurídico que resguarda.

No obstante ello, conforme sostiene la doctrina peruana mayoritaria,

[E]l concepto de interés no se reduce al aspecto económico-patrimonial (...) el interés particular o personal que puede tener el funcionario o servidor público puede manifestarse de diversas formas, es decir, el beneficio o provecho que persigue no necesariamente tiene que ser patrimonial, este podría también ser, por ejemplo, la consecución de un puesto laboral para un tercero, o ser incluido en un proyecto político o entrar a formar parte de una sociedad comercial, etc. (Enriquez, 2016, p. 80)

En igual sentido son cada vez mayores los pronunciamientos de la Corte Suprema que contrariamente a lo establecido en la mayor parte de su

jurisprudencia⁷, van adaptando una concepción amplia de lo que debe enmarcar el verbo rector de interesarse indebidamente. Si bien, ello no supera aún la problemática de resoluciones contradictorias, su valor radica en que va cobrando relevancia este espectro de intereses a ser sancionados cuando son contrarios a los que impone la Administración pública para su correcto funcionamiento en las operaciones y contratos del Estado.

Así se tiene la Casación N° 49-2019/Ayacucho, que aborda la contratación de dos mujeres como personal administrativo quienes no cumplían los requisitos, dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en fecha 02.02.2022, cuando en el considerando 2.8 del análisis jurisdiccional fija que dicho concepto, vale decir, el interés indebido, puede referirse a un beneficio de cualquier índole. Por lo que, delimitar el beneficio ajeno o personal al simple interés económico reduce el contenido de protección que busca la norma” (Casación N° 49-2019/Ayacucho, 2022, p. 6). Aunque lastimosamente con el pronunciamiento emitido el pasado 29.02.24 por la Sala Penal Permanente en la Casación N° 934-2021 Huancavelica se retrocede y retoma la postura patrimonialista descrita párrafos arriba.

Otro ejemplo es el contenido en la Casación N° 1059-2018/Huánuco de fecha 23.06.21 emitida, esta vez, por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, referido al proyecto para la construcción del Centro Comercial y Esparcimiento Huánuco-Puelles. Por la cual deja establecido que la naturaleza del interés indebido es de cualquier índole, habida cuenta de que el tipo penal no lo restringe al ámbito económico. (p. 9)

Por tanto, a efectos de proteger el bien jurídico que protege el tipo penal de negociación incompatible y en observancia de la tipicidad impuesta por el legislador, lo trascendental para la configuración del ilícito es que el interés sea opuesto a los fines que busca la Administración pública. En consecuencia, para que un interés sea calificado como indebido basta que sea contrario al que

⁷ Véase la Casación N° 307-207 Ancash de fecha 07/02/2022, Casación N° 934-2021 Huancavelica de fecha 29/02/2024, Casación N° 231-2017 Puno de fecha 14/09/2017, y Casación N° 180-2020 La Libertad de fecha 07/12/2020.

protege la ley y que responda a pretensiones subalternas de toda clase sin condicionarla a un ámbito necesariamente patrimonial.

5.3. El provecho de tercero o propio como elemento subjetivo distinto del dolo

Un aspecto uniforme en la jurisprudencia y que ha sido recogido por la Sala Penal Permanente en la Casación materia de análisis del presente informe, está referido a considerar el provecho en favor propio o de tercero no como una característica conformante del tipo penal sino como un elemento subjetivo de tendencia interna. Respaldamos dicha posición en atención a que el delito de negociación incompatible como una infracción de peligro abstracto no demanda un resultado de lesión como tampoco de peligro. A pesar de ello, resulta necesario precisar si el elemento subjetivo distinto al dolo al cual hace referencia el ilícito penal y al que por tanto haría mención la Corte Suprema es del tipo de tendencia interna trascendente o tendencia interna intensificada.

Como el ilícito penal de negociación incompatible no requiere la realización de un acto ulterior con la finalidad de que se consume -en atención a que la propia acción quebranta de manera potencial el intereses resguardado- la lesión que se produzca comprenderá la tipicidad subjetiva. Toda vez que, en ella se agota el riesgo de la conducta, y como tal dicha finalidad impuesta por el tipo penal estará incluida como un elemento diferente al dolo.

La clasificación de estos componentes subjetivos del tipo se guían atendiendo a si la finalidad se encuentra ya contenida en la misma acción o no. Así, los denominados elementos de tendencia interna intensificada, traen consigo en la comisión del ilícito la finalidad ulterior; en tanto que, en las infracciones penales de tendencia interna trascendente, conjuntamente que el dolo, se busca una finalidad que se obtiene más allá de la conducta delictiva (Delictum, 2016, p. 1-2).

Por tanto, siempre en atención a la tipicidad determinada en el delito tantas veces audido -en el cual como tipo penal de peligro abstracto la finalidad del resultado

se encuentra en un plano temporal y espacial distinto al de su consumación- se concluye que este delito contra la Administración Pública es un delito de tendencia interna trascendente. Así lo respalda Meini Mendez cuando según su concepción un delito tendrá tal categoría si su consumación se produce en el primer acto, sin la necesidad que el sujeto activo o agente despliegue un sujeto segundo acto (2015, p. 80). Es por esta característica que a estos delitos se les ha denominado también delitos de intención, pues en el despliegue de la conducta el agente existe un propósito que se aprecia a posterior.

Ahora bien, dentro de los delitos de tendencia interna trascendente se identifica una subclasificación, cuya diferencia radica en la intervención o no que tiene el agente para la consecución de la intención final. La cual, en los términos propuestos por Chang Kcomt, se dividen en, delitos mutilados en dos actos, cuando el primer acto es el medio del cual el sujeto activo se vale para efectuar un segundo hecho. Y en, delitos de resultado cortado, en el cual el resultado que pretende conseguir el agente busca producirse por necesidad de una posterior intervención de su parte. (2018, p. 12).

Siendo así, el provecho que refiere el tipo penal de negociación incompatible al no requerir el desenvolvimiento de una acción o conducta para que se efectivice la lesión en los intereses del Estado, es un delito de resultado cortado. Ello se aprecia del mismo contenido de los hechos, habida cuenta que una vez efectuada la transferencia del dinero a las cuentas de Fondo común N° 0011-0218-52-8003004346 y N° 0011-0218-58-8003004356, el Alcalde E.P.H. y el Gerente municipal C.A.C.G. de la Municipalidad Distrital de Echarati no esperaron ejecutar una acción tendiente a generar el perjuicio de S/ 1 819 264.00. Fueron las condiciones del mercado financiero que junto al paso del tiempo, las que finalmente determinaron inclusive el monto del detrimento.

En suma, la búsqueda de un provecho sea en beneficio propio o en favor de un tercero no es una cualidad configurativa del tipo penal. Sino que, al ser una ulterior pretensión se ubica dentro de la tipicidad subjetiva pero como un elemento distinto del dolo, de la clase de tendencia interna trascendente. Específicamente de la categoría de un delito de intención de resultado cortado.

Pues, puede darse que el resultado posterior sea ventajoso, como por ejemplo en el presente caso pudo haberse generado una rédito de inversión.

Sin embargo, dicho resultado al no desprenderse del agente, no forma parte del tipo y no entra a merituar su responsabilidad, una atenuación en la misma ni menos aún la exención. Por lo que -al margen de ser un ilícito de peligro abstracto por el bien jurídico que preserva- desde el marco de la tipicidad objetiva, siendo el provecho un elemento de tendencia interna trascendente, cualquier conducta conscientemente peligrosa que desarrolle el autor que agravie el interés público, es merecedora de recibir una sanción penal.

Por todo lo expuesto precedentemente, se concluye que siendo la negociación incompatible un ilícito de peligro abstracto, en el que la lesión viene delimitada por la propia acción idónea del sujeto activo. Quien es un funcionario público o servidor estatal el cual, en atención a sus funciones tiene vinculación con el contrato u operación estatal, al interesarse indebidamente -entendido en un aspecto amplio de beneficio- con la intención de buscar una ventaja en favor propio como también de tercero. Se tiene que, es pasible de punición aquellas conductas que son conscientemente peligrosas para el menoscabo de la imparcialidad en la Administración pública.

Por tanto, la acción desplegada por parte de E. P. H., en calidad de Alcalde, y C.A.C.G. en condición de Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Echarati, para el traslado de fondos de la cuenta a plazo fijo N° 218-01300016028 a un Fondo común en el Banco Continental. Sumado a la realización de gestiones para la cual se autorizaon por medio de la Resolución de Alcaldía N° 0046-2007-A-MDE/LC y un Oficio dirigido a la entidad bancaria el 09.03.07 y el 22.03.07, tendientes a tal fin. Sin duda alguna evidencia la generación de un deterioro eminente de lesión a la imparcialidad de la Administración pública en los operaciones económicas y la supremacía por el resguardo de sus ineteres generales, así como el carácter lesivo del resultado de dicha conducta.

Pues por un lado, no solo dejaron de advertir y actuar conforme las normas de la materia contenida en la Directiva de Tesorería N° 001-2007 así como el

Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero, aprobado por Resolución Ministerial N° 087-2001-EF-10. Sino que, adicionalmente a ello, conociendo de la seguridad que ostenta en el sistema bancario los fondos sometidos a una cuenta a plazo fijo, impulsaron no solo el tipo de cambio monetario -lo cual de por sí ya supone una disminución de su valor económico total- también la gestión en la creación de las cuentas de fondo común de inversión en el Banco Continental N°0011-0218-52-8003004346 a la cual se transfirieron S/ 11 000 000.00 y la cuenta de N° 0011-0218-58-8003004356 en la que se transfirió S/ 8 202 760.37, cuya característica es la volatilidad al depender de las oscilaciones de los distintos mercados financieros. En el que a parte de la generación de intereses se encuentra en riesgo la pérdida del aporte capital o su disminución, que es lo que finalmente sucedió en el caso concreto.

Tanto más si, conociendo del efecto y la implicancia de la colocación de dicha importante suma de dinero al mercado bursátil, no se asesoraron ni generaron un sistema o método de supervisión, control o seguimiento. Como tampoco designaron un Comité de adjudicación que se encargue del control de los fondos en el sistema financiero, evidenciando con ello claramente el carácter dañoso en su conducta. Se cumple así los componentes característicos del riesgo propuesto por Madrigal Navarro, independientemente a que en efecto se produjo un perjuicio económico total ascendente a S/ 1 819 264.00 al 20.10.08.

5.4. Respecto la imposición de la Reparación civil

Un último aspecto desarrollado por parte de la Sala Penal Permanente se encuentra referido a la imposición de la obligación de la cancelación de reparación civil a B.C.C., J.M.C., E.D.S. y W.A.G. a pesar de haber sido absueltos. Extremo que fue invocado como fundamento de casación por transgresión al mandato material por los anteriormente mencionados. Y, que fue confirmado en atención a que en su calidad de regidores emitieron su voto favorable para la realización de la transferencia del dinero a las cuentas de fondos mutuos, contribuyendo a la conducta lesiva. De manera que, corresponde

analizar si se encuentra justificada la exigencia del pago de la reparación civil en el proceso en concreto y en específico para los casacionistas absueltos B.C.C., J.M.C., E.D.S. y W.A.G.

A tal efecto se debe partir mencionando que, contrariamente a lo establecido en el Código de Procedimientos Penales, el actual modelo procesal acusatorio con rasgos adversariales trajo consigo una nueva manera de aplicar las normas civiles de reparación dentro del marco de los procesos penales, que la hacen independiente a ella. Así, aunque del suceso punible se deriva la acción civil, al ser catalogada como un derecho de la víctima, según el artículo 92° del Código Penal, modificado a través del Decreto Legislativo N° 635, se ha diferenciado su contenido resarcitorio patrimonial frente a la responsabilidad penal.

Por ello, aún cuando no se haya determinado esta última en un caso en específico la pretensión indemnizatoria se mantiene totalmente vigente. Siendo susceptible de ser impuesta de verificarse los criterios que vinculen al absuelto con la generación de la conducta dañosa. En atención a que, el numeral 3 del artículo 12 del Código Procesal Penal prevé expresamente que el pronunciamiento absolutorio o el auto de sobreseimiento no impide, en caso proceda, que el operador judicial se pronuncie respecto la acción civil que se deriva del hecho punible válidamente ejercida (2004).

De foma que, un pronunciamiento que no determine la responsabilidad de determinado sujeto no es óbice para dejar de aplicar el pago de reparación civil. Habida cuenta que, como exponen los integrantes de la Sala Penal Permanente en la Casación N° 1803-2018/Lambayeque pronunciada en fecha 23.09.20:

La responsabilidad civil en sede penal no deriva propiamente de la comisión de una infracción penal -su fundamento no es el delito, sino el daño ocasionado-; resulta de la comisión por el autor principal de una conducta o comportamiento ilícito que generó un daño indemnizable o resarcible a una concreta persona, con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes. Esta responsabilidad es siempre fuente de obligaciones -causas por las que una persona queda sujeta al deber jurídico de realizar en favor de otra una determinada

prestación– y si bien pueden ser hechos ilícitos penales o ilícitos puros, en cualesquier caso, sea la fuente penal o civil “pura”, el deber de indemnización o resarcimiento es ineludible. (p.4)

Empero, conforme a lo precitado, su imposición es autónoma. De modo que la acción patrimonial es potestad de quien resulto agraviado por la conducta, porque precisamente de producto de una determinada acción ha recibido un daño. Se entiende entonces, que la producción de una acumulación heterogénea de pretensiones dentro del proceso penal, obedece a cuestiones referidas a la unidad de respuesta en la aplicación de las disposiciones del ordenamiento jurídico en su conjunto. Consecuentemente, al principio de celeridad procesal con el cual se erige en un sentido de ahorro de tiempo, dinero y recursos tanto para el Estado como para el justiciable. Por ello, una vez que el perjudicado opta por ejercerla en el proceso de carácter penal no puede reclamar su indemnización en el fuero jurisdiccional civil (Código Procesal Penal, 2004, Numeral 1 del artículo 12), porque se entiende que su ejercicio aunque potestativo, es alternativo.

No derivándose la responsabilidad civil de la participación en la comisión de un ilícito, se infiere que esta institución se fundamenta en el daño ocasionado y como tal es de ineludible resarcimiento. En términos civiles, el daño es uno de los componentes que conforman la responsabilidad civil, sea de carácter contractual o extracontractual. El mismo que por efectos prácticos puede ser definido que toma lugar cuando se esta en una situación determinada porque de no haberse sucedido un hecho o una acción estado se estaría en un estado mejor (Truccone, 2017).

Y que de acuerdo a lo desarrollado a nivel jurisprudencial por la Corte Suprema, en cuanto a la reparación civil, incluye dos supuestos. El primero, se encuentra referido al daño evento, que a su vez se subdivide en extrapatrimonial, que abarca tanto el daño a la persona como el moral; y en patrimonial, que es netamente económico. El segundo, es el denominado daño consecuencia, que comprende el daño moral, emergente y el lucro cesante (Recurso de Nulidad 1487-2018/Lima Norte, 2019, p. 5). Bajo dicha lógica, en consonancia con el

contenido del artículo 93° del Código Penal, el legislador ha estipulado que para alcanzar una reparación integral al interior del proceso, en el coste de la reparación civil ha de determinarse además de su restitución en función al daño generado.

Ahora bien, para la comprobación de la existencia del mismo y su consiguiente reparación, debe de analizarse también la confluencia de los demás componentes constitutivos de la responsabilidad civil, que a decir de Espinoza Espinoza se encuentran conformados por “la capacidad de imputación, la contrariedad a la norma, el factor de atribución [y] el nexo causal” (2002, p.55).

Respecto a la capacidad de imputación, en efecto los absueltos B.C.C., J.L.M.C., E.D.S. y W.J.A.G. son sujetos de derecho susceptibles de responder por sus conductas y además la acción con las que se les vincula, esto es votar en favor de la transferencia de cuentas del dinero proveniente de las arcas estatales, les es imputable al haberse desempeñado en tal evento como regidores de la Municipalidad Distrital de Echarati. Asimismo, la contrariedad a la norma se da porque con la adopción de su decisión inobservaron de una parte la Directiva de Tesorería N° 001-2007 y de otra el Decreto de Urgencia N° 052-98 -Reglamento de Colocaciones de fondos de entidades en el Sistema Financiero del Sector Público, que establecía el mecanismo para la transferencia de dinero y el tratamiento dentro del mercado de valores con el objetivo de cautelar los fondos públicos.

Aspecto que también resulta atribuible a los condenados E.P.H. y C.A.C.G., quienes sumado a lo anterior, fueron los que de manera activa por medio de Resolución de Alcaldía N° 0046-2007-A-MDE/LC y un Oficio dirigido a la entidad bancaria el 09.03.07 y el 22.03.07, realizaron todas las gestiones tendientes a la consecución de la transferencia de fondos públicos a las cuentas de inversión en el Banco Continental de la Sede de residencia de la institución edil.

Derivado de ello se tiene por tanto como relación de causalidad, que el daño generado al Estado representado por la entidad municipal, ascendente a S/ 1 819 264.00 se ha ocasionado por la conducta de los regidores B.C.C., J.L.M.C.,

E.D.S. y W.J.A.G., el Alcalde E.P.H. y el Gerente municipal C.A.C.G. al decidir transferir el dinero de la cuenta de plazo fijo a dos cuentas de fondos comunes.

Proceder que efectuaron de manera deliberada en fecha 02.02.07 al interior de una Sesión de concejo que dio lugar al Acuerdo municipal N° 7-2207. Por lo cual, como factor de atribución, entendido como el basamento generador de la obligación de indemnizar, los hechos y calidad de funcionarios públicos con la contaban, dan cuenta de que con conocimiento y voluntad se vulneraron los preceptos referidos a la regulación financiera y económica de la comuna edilicia distrital de Echarati colocándolo en un riesgo latente el patrimonio municipal.

Por tanto, el imponer la obligación de pago de reparación civil a los procesados absueltos se encuentra justificada por lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 12° del Código adjetivo. Atendiendo a que con su conducta deliberada, en fecha 27.02.07, los regidores B.C.C., J.L.M.C., E.D.S. y W.J.A.G. de la municipalidad Distrital de Echarati, conjuntamente que el Alcalde E.P.H. y el Gerente municipal C.A.C.G, mediante Acta de Concejo Municipal N° 7-2007 acordaron autorizar -previa conversión monetaria de dólares a soles- la transferencia de los fondos de la cuenta bancaria a plazo fijo N° 218-01300016028 a un Fondo común en el Banco Continental, delegando la realización de gestiones para su cumplimiento a E.P.H. y C.A.C.G.

Sin que se haya previsto el asesoramiento financiero respectivo, además de haber inadvertido normativa municipal y nacional, como la Directiva de Tesorería N° 001-2007 y el Decreto de Urgencia N° 052-98 -Reglamento de Colocaciones de fondos de entidades en el Sistema Financiero del Sector Público. Acciones voluntarias con las que se generó un perjuicio del tipo económico en contra de la referida Municipalidad Distrital por la suma ascendente a S/ 1 819 264.00.

En resumidas cuentas, los hechos fácticos objeto de imputación han permitido inferir que en el proceder de B.C.C., J.L.M.C., E.D.S. y W.J.A.G. como de E.P.H. y C.A.C.G. han confluído los criterios necesarios de la responsabilidad civil. Como tal, deben ser merecedores de una sanción civil por medio de una indemnización. Como en efecto lo entiende la Sala Penal Permanente al emitir su pronunciamiento frente a este extremo.

Sin embargo, atendiendo a que en la misma debe de incluir el daño patrimonial y extrapatrimonial, así como el daño emergente y lucro cesante, correspondía que de una forma más ilustrativa la Corte Suprema evalúe dos cuestiones. Primero, cuales fueron los criterios de daño solicitados por la parte civil -de haberse constituido, ya que no se cuenta con dicho dato-, para la exigencia de la reparación civil y que han sido recogidos por los jueces de primera y segunda instancia. Atendiendo al principio legal de congruencia procesal con el cual debe ampararse su pretensión, de conformidad a la Casación N° 1895-2018/Lima Sur (2021).

Segundo, la justificación y la determinación económica de la cantidad específica por la que se considera que es correcto imponer un monto de indemnización a los criterios solicitados en la reparación civil. Y no así, que la establezca de manera global en la suma de S/ 500 000.00. Mismo que no puede ser disgregado para su análisis en el presente informe atendiendo a que del contenido de la Casación no se ha mencionado o especificado el contenido de la pericia, que se dice fue la prueba idónea para su determinación en el monto que en la misma se establece.

Por lo que, en definitiva, únicamente se puede permitir concluir que es acertado el pronunciamiento de la Corte Suprema al declarar infundados los recursos de casación, y establecer que, siguiendo los criterios de la responsabilidad civil, corresponde imponer el pago de una reparación civil en el caso concreto a los sentenciados E.P.H. y C.A.C.G. Como también, siendo jurídicamente posible con arreglo al numeral 3 del artículo 12° del Código Procesal Penal, a los absueltos B.C.C., J.L.M.C., E.D.S. y W.J.A.G. de manera solidaria en favor del Estado como parte agraviada.

VI. CONCLUSIONES

De lo esbozado a lo largo del informe, de manera categórica -como lo afirma la Casación 1494-2019/Cusco- la conducta conscientemente peligrosa que despliega el agente en el marco de la contratación y demás actividades

económicas estatales en las que se priorice los intereses particulares para sí mismo o en favor de tercero que se atribuya en el ilícito de negociación incompatibles es objeto de punición.

Ello atendiendo a que, los intereses públicos en toda gestión de carácter económica estatales procura un correcto proceder de parte de quienes integran la administración. Con lo cual, su protección implica un adelantamiento, y como tal siguiendo su clasificación por el daño, es un delito de peligro del tipo abstracto. Aspecto con el que, la Casación 1494-2019/Cusco, marcando distancia de la jurisprudencia establecida hasta ese entonces imprime en el contenido del delito objeto de análisis una mayor protección a la administración y su correcto funcionamiento, con el cual se erige.

En ese sentido, para la punición de la conducta conscientemente peligrosa el provecho o beneficio debe entenderse siempre en un sentido amplio y no restringido al ámbito o aspecto económico. Entenderlo desde esa perspectiva u enfoque evitará la impunidad y a su vez proporciona una mayor protección al bien jurídico.

El interés indebido en el tipo penal de negociación incompatible no es componente que configura el tipo penal, por el contrario, marca la intención en el proceder del agente y como tal es un componente subjetivo distinto del dolo. De manera que, es un ilícito de tendencia interna trascendente, específicamente de resultado cortado, al no requerir que el agente desempeñe un acto posterior para que se tenga por consumado.

Conforme al artículo 12 del Código Procesal Penal, la acción civil es independiente de la acción penal. Por tanto, aunque no se haya establecido la responsabilidad penal de los imputados, una vez verificado el daño y cumplida las condiciones para determinar la reparación civil extracontractual, por razones de celeridad, debe imponerse dentro del proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Lima: Palestra.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal* (2° edición ed.). Buenos Aires: Editorias Hammurabi.
- Castillo Alva, J. (2015). *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico.
- Casación N° 231-2017 Puno. (2017). Sentencia de casación. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. <https://shorturl.at/3iil0>
- Casación N° 1803-2018 Lambayeque. (2020). Sentencia de casación. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. <https://shorturl.at/TiqjH>
- Casación N° 1494-2019/Cusco. (2021). Sentencia de casación. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. Lima. Recuperado de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Casacion-1494-2019-Cusco-LP.pdf>
- Casación N° 1059-2019 Huánuco. (2021). Sentencia de casación. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República. Lima. <https://shorturl.at/jHXfW>
- Casación N° 1895-2018/Lima Sur. (2021). Sentencia de casación. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. Lima <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/642b1900447dc08a848f94c9d91bd6ff/UETICPP-CASACION-N-1895-2018+LIMA+SUR.pdf?MOD=AJPERES>
- Casación N° 49-2019 Ayacucho. (2022). Sentencia de casación. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Lima. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/02/Casacion-49-2019-Ayacucho-LPDerecho.pdf>
- Casación N° 355-2012 Tacna. (2022). Sentencia de casación. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. Lima. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4048026/CAS%20355-2021%20TACNA%20%281%29.pdf.pdf?v=1673967484>
- Castro, A. (2014). Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno. En *Buen Gobierno y Derechos Humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú* (1° edición ed., p. 243-269). Lima: Facultad de Derecho PUCP.

- Chanjan, R., Torres Pachas, D., & Gonzales Cieza, M. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Lima: Idehpucp.
- Código Penal. (1991). Decreto Legislativo N° 635. <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>
- Código Procesal Penal. (2004). *Decreto Legislativo N° 957*. <https://shorturl.at/3eY3x>
- Constitución Política del Perú. (1993). Congreso Constituyente Democrático. <https://shorturl.at/T7MMe>
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 31 de octubre de 2003. https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- Convención Interamericana Contra la Corrupción. (2003). Organización de las Naciones Unidas. Obtenido de Poder Judicial. <https://rb.gy/c63ufv>
- Cooperación judicial internacional (1996). Organización de Estados Americanos. *Poder Judicial*. <https://rb.gy/c63ufv>
- Creus, C. (1981). *Delitos contra la administración pública* (1° edición ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Delictum. (2016). *Universidad de Navarra*. Recuperado el 13 de Abril de 2024, de <https://www.unav.edu/documents/19644033/26859885/N33.pdf>
- Enriquez, V. (2016). El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Gaceta Penal*(79), 77-89.
- Espinoza, J. (2002). Derecho de la responsabilidad civil, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
- Guimaray, E. (Julio de 2014). Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible. *Boletín*(39), 11-12. Recuperado el 27 de Abril de 2024, de <https://rb.gy/zvaq9h>
- Chang, R. (Mayo de 2018). Aplicación de la teoría del delito en el proceso penal. Elementos subjetivos distintos del dolo. Lima.
- Madrigal, J. (Marzo de 2015). Delitos de peligro abstracto. Fundamento, crítica y configuración normativa. *Revista Judicial* (115), 169-187. <https://rb.gy/ctqgcl>
- Meini, I. (2008). Delitos contra la Administración pública. En *Delitos contra la Administración pública* (págs. 4-18). Guatemala: USAID.
- Meini, I. (2012). *Temas de autoría y participación de los delitos contra la administración pública*. *Boletín N° 13*. Recuperado el 9 de Mayo de 2024, de Idehpucp: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2023/11/boletin-anticorrupcion-13-2012.pdf>

- Meini, I. (2015). *Lecciones de derecho penal - Parte general. Teoría jurídica del delito*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Peña Cabrera, A. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial* (Vol. 5). Lima: Grijley.
- Recurso de Nulidad N° 1487-2018 Lima Norte. (2019). Recurso de Nulidad. Lima <https://rb.gy/5o4z3q>
- Reátegui, J. (2014). *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores.
- Rojas, F. (2017). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública*. Lima: Nomos & Thesis.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General* (Vol. 1). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Salinas, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública* (3° edición ed.). Lima: Grijley.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Iustitia.
- Salinas, R. (2023). Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo. En *Delitos contra la Administración pública* (Sexta ed., págs. 716-737). Lima: Grijley.
- Sola Reche, E. (1994). La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (Vol. 47, p. 167-186). Dialnet.
- Truccone, S. (2017). Un concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal. *Política criminal*. Vol 12. N° 25. Santiago. *Scielo*. <https://rb.gy/wxl7cs>

ANEXOS



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1494-2019/CUSCO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Negociación Incompatible. Reparación civil.

Sumilla 1. Los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós, cada uno desde su rol, lograron el acuerdo del Concejo Municipal de traslado de los fondos bancarios de la Municipalidad a otra modalidad –de plazo fijo en dólares americanos a una de fondo común en soles–. Nada consistentemente idóneo explicó tan insólita conducta –detallada en el oficio del Banco Continental de veintisiete de octubre de dos mil diez, y que importó, por la propia modalidad de una cuenta de fondos mutuos, al ser fondos comunes formados por aportes voluntarios de distintas personas consistentes en dinero, una inversión financiera de riesgo–, al punto que solo produjo pérdidas a la Municipalidad y ganancias para el Banco –es significativo resaltar, conforme lo explicó el perito contable Octavio Tito Delgado en el acto oral, que los imputados omitieron aplicar la Directiva de Tesorería cero cero uno-dos mil diecisiete, que establecía que los fondos de la Municipalidad debían ser manejados por el área de tesorería–. El interés que los impulsó, en todo caso, no fue el propio de la Administración en orden a la protección de los recursos municipales. Lo que se hizo no se trató, en todo caso, un error de cálculo o una mera imprudencia temeraria, sino una conducta conscientemente peligrosa para el bien jurídico, de tal modo que ni siquiera cumplieron con las exigencias de control y seguimiento demandados por el ya citado “Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero”. **2.** Más allá de que el delito de negociación incompatible es de peligro abstracto, lo que ocurrió fue que finalmente se afectó patrimonialmente a la Municipalidad, pericialmente determinado. Y, como los regidores contribuyeron a esos hechos con la aprobación de esa medida que acabó dañando a la Municipalidad, deben indemnizarla, con arreglo al artículo 1969 del Código Civil.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiuno de abril de dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación interpuestos por la defensa de los encausados ELIO PRO HERRERA, CÉSAR ARTURO CAMACHO GALDÓS, BLASCO ANTONIO CENTENO CATALÁN, JOSÉ LUIS MOSCOSO CUSI, EUGENIA DÁVILA SOMBUI y WALQUER JORGE ÁLVAREZ GUZMÁN, por la causal de **infracción de precepto material**, contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve, en el extremo que confirma e integra la sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, de veintiuno de enero de dos mil diecinueve, que condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y cuatro años y ocho meses de inhabilitación, así como a los dos, conjuntamente con los absueltos Abelardo Echeagaray Delgado, Blasco Antonio Centeno Catalán, José Luis Moscoso Cusi,



Eugenia Dávila Sombui y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, al pago solidario de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Mixta de Echarati a fojas una, cuarenta, setenta y cuatro y ciento veintitrés (incidente), de veintitrés de noviembre de dos mil once, de siete de noviembre de dos mil doce, treinta de mayo y veintiséis de julio de dos mil trece, respectivamente, formuló acusación contra Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Medina Espinoza y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, como coautores de la comisión del delito de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; y, alternativamente, contra Elio Pro Herrera por la comisión del delito de peculado doloso en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; así como contra Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de colusión dolosa y negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati.

∞ El Juzgado de Investigación Preparatoria de Echarati mediante auto de fojas doscientos cinco (incidente), de doce de agosto de dos mil dieciséis, declaró la procedencia del juicio oral.

SEGUNDO. Que el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cusco, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha veintiuno de enero de dos mil diecinueve dictó la respectiva sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, que absolvió a Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Espinoza Medina y Walker Jorge Álvarez Guzmán de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; absolvió a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós de la calificación jurídica alternativa propuesta por delitos de peculado doloso y colusión dolosa en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; y, condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati, a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y fijó en quinientos mil soles el monto que abonarán solidariamente por concepto de reparación civil a José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri,

David Modesto Espinoza Medina y Walker Jorge Álvarez Guzmán, en mérito al artículo 12, apartado 3, del Código Procesal Penal, así como, Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós el monto de quinientos mil soles; asimismo, dispuso la restitución del dinero capital afectado por la suma de un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles, a ser pagados en un plazo de seis meses de consentida o ejecutoriada la sentencia.

TERCERO. Que la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco emitió la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve. Ésta, confirmó la sentencia de primera instancia, de veintiuno de enero de dos mil diecinueve, e integrándola, impuso a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós la pena de inhabilitación por el plazo de cuatro años y ocho meses.

∞ Contra la referida sentencia de vista la defensa de los encausados Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, y Walker Jorge Álvarez Guzmán interpusieron recurso de casación.

CUARTO. Que los cargos materia de acusación fiscal contra los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós son como siguen:

- A.** El primero, como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Echarati, y el segundo, como Gerente Municipal, conjuntamente con José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Espinoza Medina y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, Regidores de la mencionada Municipalidad, conforme al acta de sesión de Concejo Municipal siete-dos mil siete, de veintisiete de febrero de dos mil siete, aprobaron la autorización para el traslado de los fondos de la cuenta a plazo fijo (previo cambio monetario de dólares a soles) a una cuenta de fondo común, dentro de la misma entidad bancaria, el Banco Continental con sede en la ciudad de Quillabamba. La ejecución del acuerdo corrió por los acusados Pro Herrera y Camacho Galdós, expidiéndose antes la Resolución de Alcaldía 046-2007-A-MDE/LC, de nueve de marzo de dos mil siete, y luego el oficio del Alcalde dirigido al Banco Continental de veintidós de marzo de dicho año.
- B.** Es del caso que el Alcalde y su equipo de asesores manipularon los temas a tratar y aprobar en la Agenda. Los acusados Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós consiguieron que el Concejo Municipal no sólo tome el acuerdo de aprobar el cambio de fondos de la cuenta a plazo fijo número dos uno ocho guión cero uno tres cero cero cero uno seis cero dos ocho en dólares americanos, a una de fondos mutuos, sino que además lograron que se les encargue suscribir la documentación necesaria y efectuar las gestiones pertinentes.



- C. Ello se tradujo en la emisión de la respectiva Resolución de Alcaldía y presentación de documentos por parte de Camacho Galdós y se consumó con el acto, acontecido el veintiocho de marzo de dos mil siete, en cuya virtud en la cuenta de fondos mutuos del Banco Continental se efectuaron los siguientes depósitos: al Fondo Mutuo, cuenta número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco dos guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cuatro seis, la suma de once millones de soles, y al Fondo mutuo, cuenta número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco ocho guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cinco seis, la suma de ocho millones doscientos dos mil setecientos sesenta soles con treinta y siete céntimos. Ello hizo un total de diecinueve millones doscientos dos mil setecientos sesenta soles con treinta y siete céntimos.
- D. Estas acciones favorecieron económicamente al Banco Continental del Perú. A febrero de dos mil siete la Municipalidad Distrital de Echarati ya había perdido la suma de setecientos noventa y siete mil doscientos treinta y nueve soles. Y fue a partir del cambio de modalidad de ahorros por el de Fondos Mutuos que las pérdidas de la Municipalidad continuaron, contrariamente los beneficios para la entidad financiera se vieron aumentadas, de manera tal que el veinte de octubre de dos mil ocho, las cuentas arrojaron los siguientes resultados: (1) Fondo Mutuo número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco dos guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cuatro seis, igual a nueve millones doscientos siete mil doscientos diecinueve soles con cincuenta y siete céntimos: pérdida de un millón setecientos noventa y dos setecientos ochenta y uno soles. (2) Fondo Mutuo número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco ocho guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cinco seis, igual a la suma de ocho millones ciento setenta y seis mil doscientos setenta y cuatro soles con ochenta y siete céntimos: pérdida de veintiséis mil cuatrocientos ochenta y seis soles. Ello hizo un total de diecisiete millones trescientos ochenta y tres mil cuatrocientos noventa y soles con cuarenta y cuatro céntimos, y el monto que perdió la Municipalidad agraviada ascendió a un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles.
- E. Los acusados Pro Herrera y Camacho Galdós, de manera indebida y directamente, se interesaron y actuaron en provecho de un tercero (Banco Continental) en la operación (económica-financiera) de traslado de la cuenta de fondos a plazo fijo a la de fondo común. Dichos encausados, como Alcalde y Gerente Municipal, eran los responsables de determinar la firma de los documentos y la generación de gestiones para que se cumpla el acuerdo en este contexto. Era su rol institucional, y dentro de su ámbito de responsabilidad, no solo la evaluación de la transferencia del fondo sino también su gestión en general.
- F. Los imputados sabían que los Fondos Mutuos representan una alternativa de inversión, consistente en fondos comunes formados con aportes voluntarios,

los que pueden ser de tres tipos: renta fija, renta variable y renta mixta. Lo que generó a través del acuerdo del Concejo Municipal fue arriesgar los fondos de la Municipalidad, puesto que las inversiones que se realizan en el mercado de capitales representan inversiones de riesgo.

- G.** El Reglamento de colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero (Resolución Ministerial 087-2001-EF-10) estipula en su artículo 11 que al ser la inversión mayor a un millón de soles se tenía la obligación de generar un sistema de seguimiento y un comité de adjudicación responsable del sistema, sin embargo en este caso no se instituyó tal comité especial ni un comité de adjudicación.

QUINTO. Que la defensa del encausado Pro Herrera en su escrito de recurso de casación de fojas seiscientos treinta y siete, de treinta de mayo de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal).

∞ Postuló, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, si el delito de negociación incompatible está incurrido en lo dispuesto en el artículo 80, párrafo final, del Código Penal; si el órgano jurisdiccional puede reconducir la tipificación de los hechos para aplicar la norma anterior; si los hechos acusados constituyen el delito de negociación incompatible; y, si los hechos pueden ser modificados para la aplicación de ese tipo delictivo de negociación incompatible.

SEXTO. Que la defensa del encausado Camacho Galdós en sus escritos de recurso de casación de fojas seiscientos setenta y seis, de tres de junio de dos mil diecinueve, y setecientos cincuenta y dos, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3 y 5, del Código Procesal Penal).

∞ Pretendió, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, que se determine si la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, que estableció el sistema de tercios para la medición de la pena, solo es aplicable para hechos cometidos antes de su vigencia, si resulta más favorable; que la formalización de la investigación preparatoria no suspende el plazo de prescripción extraordinaria, solo se limita a la ordinaria; que en los delitos de negociación incompatible no es posible la dúplica del plazo de prescripción; y, que la valoración de la prueba, sin tomar en cuenta normas específicas de carácter presupuestario, es válida.

SÉPTIMO. Que la defensa del encausado Centeno Catalán en su escrito de recurso de casación de fojas seiscientos ochenta y siete, de cuatro de junio de dos mil

diecinueve, denunció como motivo de casación: infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal).

∞ Pidió, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, que se establezca si pese a concluirse que no tuvo participación en el delito de negociación incompatible debe condenársele al pago de la reparación civil. Afirmó que la reparación civil tiene un carácter civil. Luego, hizo referencia a la medición de la pena y a la naturaleza de las circunstancias de agravación y de atenuación.

OCTAVO. Que la defensa del encausado Moscoso Cusi en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos uno, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, al igual que la defensa de la encausada Dávila Sombui en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos quince, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, y la del encausado Álvarez Guzmán en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos veintinueve, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, formularon la misma pretensión impugnatoria y argumentación que su coimputado Centeno Catalán.

NOVENO. Que cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas doscientos ochenta y seis, de tres de julio de dos mil veinte, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el recurso de casación por el motivo de **infracción de precepto material**: artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal.

∞ En lo atinente a los tres últimos recursos de casación –de Centeno Catalán, Moscoso Cusi, Dávila Sombui y Álvarez Guzmán–, como se plantea un tema de derecho material, vinculado a la imposición o no de reparación civil pese a una absolución, es del caso su examen casacional desde el motivo de **infracción de precepto material** (artículo 429, apartado 3, del Código Procesal Penal).

∞ En lo que concierne al tipo penal de negociación incompatible, materia, de uno u otro modo, de los recursos de casación de los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós, es del caso analizar si, en efecto, se interpretó adecuadamente sus elementos objetivos y si la subsunción fue correcta o no. Éste es un tipo penal que merece una delimitación jurisprudencial, en función a sus propias características y a las diferencias que tiene con el delito de colusión. Luego, solo en este extremo es pertinente su análisis bajo la causal de **infracción de precepto material**.

∞ Se rechazaron liminarmente, por su falta de trascendencia jurídica casacional, las pretensiones impugnativas referidas a la prescripción de la acción penal, a la vulneración del principio de congruencia fáctica, a las reglas de medición de la pena, a la valoración de la prueba y a la legalidad extra penal.

DÉCIMO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día catorce de abril del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de los señores Abogados, doctor José Wilmer Cabel Noblecilla por Pro Herrera, doctor Franklin Roussbell Falcón Lloclla por Centeno Catalán,



Dávila Sombui y Moscoso Cusi, y doctor Walter Sierra Cruz por Camacho Galdos. También asistió el abogado delegado de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción, doctor Julio Augusto Yauri Medina, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente. No concurrió la defensa del recurrente Walquer Jorge Álvarez Guzmán, ni justificó su inasistencia.

UNDÉCIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que los hechos declarados probados no están en discusión casacional, no integran el objeto del recurso de casación. No se han considerado relevante los cuestionamientos que inciden en la motivación, intratextual y extratextual, de las sentencias de mérito, así como tampoco en el contenido del material probatorio y su apreciación por el Tribunal Superior. Propiamente, se controvierte, según se aceptó en la Ejecutoria Suprema de calificación, la *quaestio iuris* referida, en concreto, a la interpretación y aplicación del tipo delictivo materia de condena (negociación incompatible) y a la imposición del pago de la reparación civil a los absueltos por este delito.

SEGUNDO. Que lo significativo de los hechos juzgados estriba en que los encausados recurrentes (alcalde, regidores y gerente municipal), conforme a la sesión del Concejo Municipal de veintisiete de febrero de dos mil siete, aprobaron la denominada “*autorización para el traslado de los fondos de la cuenta a plazo fijo (previo cambio monetario de dólares a soles) a una cuenta de fondo común*” dentro de la misma entidad bancaria (Banco Continental – sede Quillabamba). La ejecución del referido Acuerdo Municipal corrió a cargo de los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós, alcalde y gerente municipal de la entidad agraviada, respectivamente. El tema de agenda fue objeto de manipulación por Pro Herrera y Camacho Galdós, quienes lograron su inclusión en la agenda y la respectiva aprobación. Es del caso, empero, efectivizado el cambio de la cuenta originaria el veintiocho de marzo de dos mil siete, que dio como resultado la apertura de dos cuentas de fondos mutuos por once millones de soles y ocho millones doscientos dos mil setecientos sesenta con treinta siete céntimos, respectivamente. Ese cambio de cuentas importó, a final de cuentas, una pérdida total para la Municipalidad, al veinte de octubre de dos mil ocho, de un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles, en beneficio del Banco Continental [explicación del perito contable Leonardo Monterroso Huamán en el

acto oral]. Los imputados no cumplieron con lo dispuesto en el “Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero” (Resolución Ministerial 087-2001-EF-10) y, por tanto, no generaron un sistema de seguimiento y un comité de adjudicación responsable del sistema.

TERCERO. Que el tipo delictivo de negociación incompatible, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, según la Ley 28355, de seis de octubre de dos mil cuatro, castiga al: “[...] funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación que interviene por razón de su cargo, [...]”.

∞ Esta Sala de Casación recientemente, en dos ocasiones, ya se pronunció acerca de los alcances de este delito, en las sentencias casatorias 396-2019/Ayacucho, de nueve de noviembre de dos mil veinte, y 180-2020/La libertad, siete de diciembre de dos mil veinte. En ambos casos se sostuvo lo siguiente: “**1.** El delito de negociación incompatible protege la expectativa de normativa de que el funcionario público ha de actuar en resguardo de los intereses de la Administración Pública, evitando cualquier situación de interferencia en la toma o ejecución de decisiones. El funcionario público, en este caso, abusa del cargo que ejerce con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero. **2.** Es tanto un delito especial propio (**formal**) cuanto un delito de infracción de deber (**material**): el agente oficial ha de haber actuado en el proceso de contratación pública, en cualquier etapa de ella, con base a un título habilitante y con capacidad de decisión (facultades y competencias para intervenir en ese proceso), por lo que se trata de una situación de prevalimiento –el fundamento de la imputación responde en la infracción del deber positivo del agente oficial de resguardar los intereses de la Administración a través a través de una actuación imparcial en un contrato u operación estatal en la que interviene por razón de su cargo– [ÁLVAREZ DÁVILA, FRANCISCO: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Ideas, Lima, 2020, p. 133]. **3.** Solo se requiere que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto; es decir, el comportamiento descrito en el tipo penal define una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico, se sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico. Luego, 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 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–. **4.** El aludido tipo delictivo puede calificarse, 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 protege el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flanqueo –no de las normas principales– en relación al mismo bien jurídico. Es, por tanto, un injusto parcial en relación con el delito de colusión. **5.** Desde la acción típica, el interés indebido –directo o indirecto–, entendido siempre económicamente a tono con el objeto del tipo penal –incluso de su fuente argentina, artículo 265 originario del Código Penal–, importa de parte del agente oficial un aprovechamiento del cargo –un acto de injerencia– para hacer

prevalecer los intereses particulares (propios o ajenos) frente a los intereses de la Administración. Su contenido es volcar sobre el negocio de que se trate, en cualquiera de sus fases (actos preparatorios, ejecución o liquidación del contrato) y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas [SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2014, p. 567], una pretensión de parte no administrativa, sin perjuicio de la concurrencia, o no, del interés de la administración pública a la cual el funcionario público debe dar preminencia en función del cargo que ocupa. **6.** El agente oficial hace intervenir en el contrato u operación un interés propio y particular, se sitúa ante ellos no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración”.

∞ “El interés indebido, como afirma CREUS, es situarse ante el contrato u operación administrativa no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración –por eso se habla de un desdoblamiento del agente–. Interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares del tercero [CREUS, CARLOS: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo Dos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 299]”.

CUARTO. Que, en el presente caso, los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós, cada uno desde su rol como funcionarios municipales, lograron el acuerdo del Concejo Municipal de traslado de los fondos bancarios de la Municipalidad a otra modalidad –de plazo fijo en dólares americanos a una de fondo común en soles–. Nada consistentemente idóneo explicó tan insólita conducta –detallada en el oficio del Banco Continental de veintisiete de octubre de dos mil diez, que importó, por la propia modalidad de una cuenta de fondos mutuos, al ser fondos comunes formados por aportes voluntarios de distintas personas consistentes en dinero y, por ende, una inversión financiera de riesgo–, al punto que solo produjo pérdidas a la Municipalidad y ganancias para el Banco –es significativo resaltar, conforme lo explicó el perito contable Octavio Tito Delgado en el acto oral, que los imputados incluso omitieron aplicar la Directiva de Tesorería cero cero uno-dos mil diecisiete, que establecía que los fondos de la Municipalidad debían ser manejados por el área de tesorería–. Cabe señalar lo consignado en la sentencia de primera instancia, al puntualizar que en virtud del contrato de fondos mutuos la entidad financiera del Banco Continental comparte el riesgo de los fondos públicos del Estado para obtener no solo ganancias a su favor, del inversionista, sino obviamente para la entidad bancaria, sin haberse generado una subasta de colocación de fondos.

∞ El interés que los impulsó, en todo caso, no fue el propio de la Administración en orden a la protección de los recursos municipales. Lo que se hizo no se trató, en todo caso, de un error de cálculo o una mera imprudencia temeraria, sino una conducta conscientemente peligrosa para el bien jurídico al realizar un negocio financiero de riesgo con dineros municipales, de tal modo que ni siquiera

cumplieron con las exigencias de control y seguimiento demandados por el ya citado “Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero” (Resolución Ministerial 087-2001-EF-10).

∞ El delito, pues, está acreditado y los hechos que realizaron los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós se subsumen en el tipo penal de negociación incompatible –su conducta se incardina en esa figura penal y cumple con sus elementos objetivos y subjetivos–. En consecuencia, no se interpretó ni se aplicó erróneamente la norma penal sustantiva. El recurso defensivo de los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós no puede prosperar.

QUINTO. Que, en lo atinente a la reparación civil, es de enfatizar que la absolución no es óbice para imponer su pago a los absueltos, por lo siguiente: Primero, porque el artículo 12, apartado 3, del Código Procesal Penal consagra la autonomía entre acción penal y acción civil. Segundo, porque los criterios de imputación son disímiles entre el delito y el acto ilícito. Tercero, porque un daño puede ser causado por una conducta ilícita no delictiva. Cuarto, porque los hechos en los que intervinieron los regidores fueron la base para que los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós puedan concretar la acción punible perjudicial patrimonialmente a la Municipalidad.

∞ Es de reconocer, conforme se precisó en la sentencia casatoria 1895-2018/Lima Sur, de quince de febrero de dos mil veintiuno, que “[...] un comportamiento humano, además de constituir un hecho delictivo, puede configurar también un hecho ilícito. Por tanto, cada vez que se verifique el fenómeno de la doble valoración, junto a la consecuencia penal se aplicará la reparación civil –es obvio, por razón de los diferentes criterios de imputación, que una determinada conducta no podrá ser materia de sanción penal, pero sí de la imposición de una reparación civil–. Además, como explican MUSCO–FIANDACA, el daño a que se refiere la norma es un *quid* diferente de la ofensa al bien jurídico, necesario para que se configure el delito. Ante todo, se trata de un daño patrimonial que resulta de la lesión de intereses civiles que dan lugar al derecho de resarcimiento en sede civil. Ese daño consiste, con más precisión, en la sustracción o disminución patrimonial bajo las formas del daño emergente y de las ganancias perdidas o lucro cesante. En segundo lugar, se trata del daño no patrimonial o moral, [...] que incluye el perjuicio social [FIANDACA, GIOVANI – MUSCO, ENZO: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 863-864]”.

∞ Asimismo, cabe reiterar a tono con la sentencia casatoria 997-2019/Lambayeque, de siete de abril de dos mil veintiuno, que “[...] el daño, desde la perspectiva civil, es un *quid* diferente de la ofensa al bien tutelado y que resulta de la lesión de los intereses civiles que dan lugar al derecho al resarcimiento [...] (y) si el daño no es solo patrimonial sino también moral, y tiene sus propias pautas de definición, no cabe erigir como regla que si el delito cometido es de peligro abstracto no puede existir daño patrimonial –aunque el daño moral puede afirmarse en tanto en cuanto también comprende el perjuicio social o institucional derivado de la mediatización del rol de una Municipalidad y de la consiguiente pérdida de confianza ciudadana en su funcionamiento y servicios–”.

SEXTO. Que, en este caso, más allá de que el delito de negociación incompatible es de peligro abstracto, lo que ocurrió fue que finalmente se afectó patrimonialmente a la Municipalidad, pericialmente acreditado –por las notas características del ilícito civil que se sustenta en el daño causado–. Y, como los regidores contribuyeron a esos hechos con la aprobación de esa medida que acabó dañando a la Municipalidad, deben indemnizarla, con arreglo al artículo 1969 del Código Civil. Cabe precisar que los fallos de instancia no declararon que el hecho no existió, sino su relevancia jurídica a los efectos de la reparación civil.

∞ Por consiguiente, los recursos de casación interpuestos por los encausados Centeno Catalán, Moscoso Cusi, Dávila Sombui y Álvarez Guzmán deben desestimarse y así se declara. El Tribunal Superior no infringió norma alguna referida a la reparación civil y a la indemnización por daños.

SÉPTIMO. Que el abogado defensor del encausado Walquer Jorge Álvarez Guzmán no concurrió a la audiencia de casación, ni siquiera se personó ni justificó su inasistencia, por lo que corresponde aplicar lo dispuesto por el artículo 431, apartado 2, del Código Procesal Penal. El recurso debe declararse inadmisibile.

OCTAVO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación los artículos 497, apartados 1 y 3, 504, apartado 2, y 505, apartado 2, del Código Procesal Penal. Debe abonarlas los recurrentes en forma solidaria, equitativa, en partes iguales.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado WALQUER JORGE ÁLVAREZ GUZMÁN. **II.** Declararon **INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por la defensa de los encausados ELIO PRO HERRERA, CÉSAR ARTURO CAMACHO GALDÓS, BLASCO ANTONIO CENTENO CATALÁN, JOSÉ LUIS MOSCOSO CUSI y EUGENIA DÁVILA SOMBUI, por la causal de **infracción de precepto material**, contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve, en el extremo que confirma e integra la sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, de veintiuno de enero de dos mil diecinueve, que condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y cuatro años y ocho meses de inhabilitación, así como a los dos, conjuntamente con los absueltos Blasco Antonio Centeno Catalán, José Luis Moscoso Cusi, Eugenia Dávila Sombui y Walker Jorge Álvarez Guzmán, al pago solidario de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista recurrida.



III. CONDENARON a los recurrentes al pago, solidario y equitativo, en partes iguales, de las costas del recurso, cuya ejecución corresponderá al Juzgado de la Investigación Preparatoria competente. **IV. DISPUSIERON** se lea la presente sentencia casatoria en audiencia pública, se publique en la página web del Poder Judicial y se comunique al Tribunal de Origen para la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por ante el órgano jurisdiccional que corresponda. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/EGOT

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA R

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1494-2019/CUSCO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Negociación Incompatible. Reparación civil

Sumilla. 1. Los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós, cada uno desde su rol, lograron el acuerdo del Concejo Municipal de traslado de los fondos bancarios de la Municipalidad a otra modalidad –de plazo fijo en dólares americanos a una de fondo común en soles–. Nada consistentemente idóneo explicó tan insólita conducta –detallada en el oficio del Banco Continental de veintisiete de octubre de dos mil diez, y que importó, por la propia modalidad de una cuenta de fondos mutuos, al ser fondos comunes formados por aportes voluntarios de distintas personas consistentes en dinero, una inversión financiera de riesgo–, al punto que solo produjo pérdidas a la Municipalidad y ganancias para el Banco –es significativo resaltar, conforme lo explicó el perito contable Octavio Tito Delgado en el acto oral, que los imputados omitieron aplicar la Directiva de Tesorería cero cero uno-dos mil diecisiete, que establecía que los fondos de la Municipalidad debían ser manejados por el área de tesorería–. El interés que los impulsó, en todo caso, no fue el propio de la Administración en orden a la protección de los recursos municipales. Lo que se hizo no se trató, en todo caso, un error de cálculo o una mera imprudencia temeraria, sino una conducta conscientemente peligrosa para el bien jurídico, de tal modo que ni siquiera cumplieron con las exigencias de control y seguimiento demandados por el ya citado “Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero”. 2. Más allá de que el delito de negociación incompatible es de peligro abstracto, lo que ocurrió fue que finalmente se afectó patrimonialmente a la Municipalidad, pericialmente determinado. Y, como los regidores contribuyeron a esos hechos con la aprobación de esa medida que acabó dañando a la Municipalidad, deben indemnizarla, con arreglo al artículo 1969 del Código Civil.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiuno de abril de dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación interpuestos por la defensa de los encausados ELIO PRO HERRERA, CÉSAR ARTURO CAMACHO GALDÓS, BLASCO ANTONIO CENTENO CATALÁN, JOSÉ LUIS MOSCOSO CUSI, EUGENIA DÁVILA SOMBUI y WALQUER JORGE ÁLVAREZ GUZMÁN, por la causal de **infracción de precepto material**, contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve, en el extremo que confirma e integra la sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, de veintiuno de enero de dos mil diecinueve, que condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y cuatro años y ocho meses de inhabilitación, así como a los dos, conjuntamente con los absueltos Abelardo Echegaray Delgado, Blasco Antonio Centeno Catalán, José Luis Moscoso Cusi,



Eugenia Dávila Sombui y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, al pago solidario de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Mixta de Echarati a fojas una, cuarenta, setenta y cuatro y ciento veintitrés (incidente), de veintitrés de noviembre de dos mil once, de siete de noviembre de dos mil doce, treinta de mayo y veintiséis de julio de dos mil trece, respectivamente, formuló acusación contra Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Medina Espinoza y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, como coautores de la comisión del delito de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; y, alternativamente, contra Elio Pro Herrera por la comisión del delito de preculado doloso en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; así como contra Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de colusión desleal y negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati.

∞ El Juzgado de Investigación Preparatoria de Echarati mediante auto de fojas doscientos cinco (incidente), de doce de agosto de dos mil dieciséis, declaró la procedencia del juicio oral.

SEGUNDO. Que el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Cusco, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha veintiuno de enero de dos mil diecinueve dictó la respectiva sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, que absolvió a Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Espinoza Medina y Walker Jorge Álvarez Guzmán de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; absolvió a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós de la calificación jurídica alternativa propuesta por delitos de preculado doloso y colusión desleal en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati; y, condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati, a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y fijó en quinientos mil soles el monto que abonarán solidariamente por concepto de reparación civil a José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri,

David Modesto Espinoza Medina y Walker Jorge Álvarez Guzmán, en mérito al artículo 12, apartado 3, del Código Procesal Penal, así como, Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós el monto de quinientos mil soles; asimismo, dispuso la restitución del dinero capital afectado por la suma de un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles, a ser pagados en un plazo de seis meses de consentida o ejecutoriada la sentencia.

TERCERO. Que la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco emitió la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve. Ésta, confirmó la sentencia de primera instancia, de veintiuno de enero de dos mil diecinueve, e integrándola, impuso a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós la pena de inhabilitación por el plazo de cuatro años y ocho meses.

∞ Contra la referida sentencia de vista la defensa de los encausados Elio Pro Herrera, César Arturo Camacho Galdós, José Luis Moscoso Cusi, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, y Walker Jorge Álvarez Guzmán interpusieron recurso de casación.

CUARTO. Que los cargos materia de acusación fiscal contra los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós son como siguen:

- A.** El primero, como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Echarati, y el segundo, como Gerente Municipal, conjuntamente con José Luis Moscoso Cusi, Abelardo Echegaray Delgado, Eugenia Dávila Sombui, Blasco Antonio Centeno Catalán, Walter Kategari Iratsimeri, David Modesto Espinoza Medina y Walquer Jorge Álvarez Guzmán, Regidores de la mencionada Municipalidad, conforme al acta de sesión de Concejo Municipal siete-dos mil siete, de veintisiete de febrero de dos mil siete, aprobaron la autorización para el traslado de los fondos de la cuenta a plazo fijo (previo cambio monetario de dólares a soles) a una cuenta de fondo común, dentro de la misma entidad bancaria, el Banco Continental con sede en la ciudad de Quillabamba. La ejecución del acuerdo corrió por los acusados Pro Herrera y Camacho Galdós, expidiéndose antes la Resolución de Alcaldía 046-2007-A-MDE/LC, de nueve de marzo de dos mil siete, y luego el oficio del Alcalde dirigido al Banco Continental de veintidós de marzo de dicho año.
- B.** Es del caso que el Alcalde y su equipo de asesores manipularon los temas a tratar y aprobar en la Agenda. Los acusados Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós consiguieron que el Concejo Municipal no solo tome el acuerdo de aprobar el cambio de fondos de la cuenta a plazo fijo número dos uno ocho guión cero uno tres cero cero cero uno seis cero dos ocho en dólares americanos, a una de fondos mutuos, sino que además lograron que se les encargue suscribir la documentación necesaria y efectuar las gestiones pertinentes.

- C. Ello se tradujo en la emisión de la respectiva Resolución de Alcaldía y presentación de documentos por parte de Camacho Galdós y se consumó con el acto, acontecido el veintiocho de marzo de dos mil siete, en cuya virtud en la cuenta de fondos mutuos del Banco Continental se efectuaron los siguientes depósitos: al Fondo Mutuo, cuenta número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco dos guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cuatro seis, la suma de once millones de soles, y al Fondo mutuo, cuenta número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco ocho guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cinco seis, la suma de ocho millones doscientos dos mil setecientos sesenta soles con treinta y siete céntimos. Ello hizo un total de diecinueve millones doscientos dos mil setecientos sesenta soles con treinta y siete céntimos.
- D. Estas acciones favorecieron económicamente al Banco Continental del Perú. A febrero de dos mil siete la Municipalidad Distrital de Echarati ya había perdido la suma de setecientos noventa y siete mil doscientos treinta y nueve soles. Y fue a partir del cambio de modalidad de ahorros por el de Fondos Mutuos que las pérdidas de la Municipalidad continuaron, contrariamente los beneficios para la entidad financiera se vieron aumentadas, de manera tal que el veinte de octubre de dos mil ocho, las cuentas arrojaron los siguientes resultados: (1) Fondo Mutuo número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco dos guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cuatro seis, igual a nueve millones doscientos siete mil doscientos diecinueve soles con cincuenta y siete céntimos: pérdida de un millón setecientos noventa y dos setecientos ochenta y uno soles. (2) Fondo Mutuo número cero cero uno uno guión cero dos uno ocho guión cinco ocho guión ocho cero cero tres cero cero cuatro tres cinco seis, igual a la suma de ocho millones ciento setenta y seis mil doscientos setenta y cuatro soles con ochenta y siete céntimos: pérdida de veintiséis mil cuatrocientos ochenta y seis soles. Ello hizo un total de diecisiete millones trescientos ochenta y tres mil cuatrocientos noventa y soles con cuarenta y cuatro céntimos, y el monto que perdió la Municipalidad agraviada ascendió a un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles.
- E. Los acusados Pro Herrera y Camacho Galdós, de manera indebida y directamente, se interesaron y actuaron en provecho de un tercero (Banco Continental) en la operación (económica-financiera) de traslado de la cuenta de fondos a plazo fijo a la de fondo común. Dichos encausados, como Alcalde y Gerente Municipal, eran los responsables de determinar la firma de los documentos y la generación de gestiones para que se cumpla el acuerdo en este contexto. Era su rol institucional, y dentro de su ámbito de responsabilidad, no solo la evaluación de la transferencia del fondo sino también su gestión en general.
- F. Los imputados sabían que los Fondos Mutuos representan una alternativa de inversión, consistente en fondos comunes formados con aportes voluntarios,

los que pueden ser de tres tipos: renta fija, renta variable y renta mixta. Lo que generó a través del acuerdo del Concejo Municipal fue arriesgar los fondos de la Municipalidad, puesto que las inversiones que se realizan en el mercado de capitales representan inversiones de riesgo.

- G.** El Reglamento de colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero (Resolución Ministerial 087-2001-EF-10) estipula en su artículo 11 que al ser la inversión mayor a un millón de soles se tenía la obligación de generar un sistema de seguimiento y un comité de adjudicación responsable del sistema, sin embargo en este caso no se instituyó tal comité especial ni un comité de adjudicación.

QUINTO. Que la defensa del encausado Pro Herrera en su escrito de recurso de casación de fojas seiscientos treinta y siete, de treinta de mayo de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal).

∞ Postuló, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, si el delito de negociación incompatible está incurso en lo dispuesto en el artículo 80, párrafo final, del Código Penal; si el órgano jurisdiccional puede reconducir la tipificación de los hechos para aplicar la norma anterior; si los hechos acusados constituyen el delito de negociación incompatible; y, si los hechos pueden ser modificados para la aplicación de ese tipo delictivo de negociación incompatible.

SEXTO. Que la defensa del encausado Camacho Galdós en sus escritos de recurso de casación de fojas seiscientos setenta y seis, de tres de junio de dos mil diecinueve, y setecientos cincuenta y dos, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3 y 5, del Código Procesal Penal).

∞ Pretendió, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, que se determine si la Ley 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, que estableció el sistema de tercios para la medición de la pena, solo es aplicable para hechos cometidos antes de su vigencia, si resulta más favorable; que la formalización de la investigación preparatoria no suspende el plazo de prescripción extraordinaria, solo se limita a la ordinaria; que en los delitos de negociación incompatible no es posible la dúplica del plazo de prescripción; y, que la valoración de la prueba, sin tomar en cuenta normas específicas de carácter presupuestario, es válida.

SÉPTIMO. Que la defensa del encausado Centeno Catalán en su escrito de recurso de casación de fojas seiscientos ochenta y siete, de cuatro de junio de dos mil

diecinueve, denunció como motivo de casación: infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal).

∞ Pidió, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, que se establezca si pese a concluirse que no tuvo participación en el delito de negociación incompatible debe condenársele al pago de la reparación civil. Afirmó que la reparación civil tiene un carácter civil. Luego, hizo referencia a la medición de la pena y a la naturaleza de las circunstancias de agravación y de atenuación.

OCTAVO. Que la defensa del encausado Moscoso Cusi en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos uno, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, al igual que la defensa de la encausada Dávila Sombui en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos quince, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, y la del encausado Álvarez Guzmán en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos veintinueve, de cuatro de junio de dos mil diecinueve, formularon la misma pretensión impugnatoria y argumentación que su coimputado Centeno Catalán.

NOVENO. Que cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas doscientos ochenta y seis, de tres de julio de dos mil veinte, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el recurso de casación por el motivo de **infracción de precepto material**: artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal.

∞ En lo atinente a los tres últimos recursos de casación –de Centeno Catalán, Moscoso Cusi, Dávila Sombui y Álvarez Guzmán–, como se plantea un tema de derecho material, vinculado a la imposición o no de reparación civil pese a una absolución, es del caso su examen casacional desde el motivo de **infracción de precepto material** (artículo 429, apartado 3, del Código Procesal Penal).

∞ En lo que concierne al tipo penal de negociación incompatible, materia, de uno u otro modo, de los recursos de casación de los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós, es del caso analizar si, en efecto, se interpretó adecuadamente sus elementos objetivos y si la subsunción fue correcta o no. Éste es un tipo penal que merece una delimitación jurisprudencial, en función a sus propias características y a las diferencias que tiene con el delito de colusión. Luego, solo en este extremo es pertinente su análisis bajo la causal de **infracción de precepto material**.

∞ Se rechazaron liminarmente, por su falta de trascendencia jurídica casacional, las pretensiones impugnativas referidas a la prescripción de la acción penal, a la vulneración del principio de congruencia fáctica, a las reglas de medición de la pena, a la valoración de la prueba y a la legalidad extra penal.

DÉCIMO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día catorce de abril del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de los señores Abogados, doctor José Wilmer Cabel Noblecilla por Pro Herrera, doctor Franklin Rooussbell Falcón Lloclla por Centeno Catalán,

Dávila Sombui y Moscoso Cusi, y doctor Walter Sierra Cruz por Camacho Galdos. También asistió el abogado delegado de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción, doctor Julio Augusto Yauri Medina, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente. No concurrió la defensa del recurrente Walquer Jorge Álvarez Guzmán, ni justificó su inasistencia.

UNDÉCIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que los hechos declarados probados no están en discusión casacional, no integran el objeto del recurso de casación. No se han considerado relevante los cuestionamientos que inciden en la motivación, intratextual y extratextual, de las sentencias de mérito, así como tampoco en el contenido del material probatorio y su apreciación por el Tribunal Superior. Propiamente, se controvierte, según se aceptó en la Ejecutoria Suprema de calificación, la *quaestio iuris* referida, en concreto, a la interpretación y aplicación del tipo delictivo materia de condena (negociación incompatible) y a la imposición del pago de la reparación civil a los absueltos por este delito.

SEGUNDO. Que lo significativo de los hechos juzgados estriba en que los encausados recurrentes (alcalde, regidores y gerente municipal), conforme a la sesión del Concejo Municipal de veintisiete de febrero de dos mil siete, aprobaron la denominada “*autorización para el traslado de los fondos de la cuenta a plazo fijo (previo cambio monetario de dólares a soles) a una cuenta de fondo común*” dentro de la misma entidad bancaria (Banco Continental – sede Quillabamba). La ejecución del referido Acuerdo Municipal corrió a cargo de los encausados Pro Herrera y Camacho Galdós, alcalde y gerente municipal de la entidad agraviada, respectivamente. El tema de agenda fue objeto de manipulación por Pro Herrera y Camacho Galdós, quienes lograron su inclusión en la agenda y la respectiva aprobación. Es del caso, empero, efectivizado el cambio de la cuenta originaria el veintiocho de marzo de dos mil siete, que dio como resultado la apertura de dos cuentas de fondos mutuos por once millones de soles y ocho millones doscientos dos mil setecientos sesenta con treinta siete céntimos, respectivamente. Ese cambio de cuentas importó, a final de cuentas, una pérdida total para la Municipalidad, al veinte de octubre de dos mil ocho, de un millón ochocientos diecinueve mil doscientos sesenta y cuatro soles, en beneficio del Banco Continental [explicación del perito contable Leonardo Monterroso Huamán en el

acto oral]. Los imputados no cumplieron con lo dispuesto en el “Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero” (Resolución Ministerial 087-2001-EF-10) y, por tanto, no generaron un sistema de seguimiento y un comité de adjudicación responsable del sistema.

TERCERO. Que el tipo delictivo de negociación incompatible, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, según la Ley 28355, de seis de octubre de dos mil cuatro, castiga al: “[...] *funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación que interviene por razón de su cargo, [...]*”.

∞ Esta Sala de Casación recientemente, en dos ocasiones, ya se pronunció acerca de los alcances de este delito, en las sentencias casatorias 396-2019/Ayacucho, de nueve de noviembre de dos mil veinte, y 180-2020/La libertad, siete de diciembre de dos mil veinte. En ambos casos se sostuvo lo siguiente: “**1.** El delito de negociación incompatible protege la expectativa de normativa de que el funcionario público ha de actuar en resguardo de los intereses de la Administración Pública, evitando cualquier situación de interferencia en la toma o ejecución de decisiones. El funcionario público, en este caso, abusa del cargo que ejerce con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero. **2.** Es tanto un delito especial propio (**formal**) cuanto un delito de infracción de deber (**material**): el agente oficial ha de haber actuado en el proceso de contratación pública, en cualquier etapa de ella, con base a un título habilitante y con capacidad de decisión (facultades y competencias para intervenir en ese proceso), por lo que se trata de una situación de prevalimiento –el fundamento de la imputación responde en la infracción del deber positivo del agente oficial de resguardar los intereses de la Administración a través a través de una actuación imparcial en un contrato u operación estatal en la que interviene por razón de su cargo– [ÁLVAREZ DÁVILA, FRANCISCO: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Ideas, Lima, 2020, p. 133]. **3.** Solo se requiere que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto; es decir, el comportamiento descrito en el tipo penal define una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico, se sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico. Luego, 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 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–. **4.** El aludido tipo delictivo puede calificarse, 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 protege el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flaqueo –no de las normas principales– en relación al mismo bien jurídico. Es, por tanto, un injusto parcial en relación con el delito de colusión. **5.** Desde la acción típica, el interés indebido –directo o indirecto–, entendido siempre económicamente a tono con el objeto del tipo penal –incluso de su fuente argentina, artículo 265 originario del Código Penal–, importa de parte del agente oficial un aprovechamiento del cargo –un acto de injerencia– para hacer

prevalecer los intereses particulares (propios o ajenos) frente a los intereses de la Administración. Su contenido es volcar sobre el negocio de que se trate, en cualquiera de sus fases (actos preparatorios, ejecución o liquidación del contrato) y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas [SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2014, p. 567], una pretensión de parte no administrativa, sin perjuicio de la concurrencia, o no, del interés de la administración pública a la cual el funcionario público debe dar preminencia en función del cargo que ocupa. **6.** El agente oficial hace intervenir en el contrato u operación un interés propio y particular, se sitúa ante ellos no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración”.

∞ “El interés indebido, como afirma CREUS, es situarse ante el contrato u operación administrativa no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración –por eso se habla de un desdoblamiento del agente–. Interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares del tercero [CREUS, CARLOS: *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo Dos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 299]”.

CUARTO. Que, en el presente caso, los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós, cada uno desde su rol como funcionarios municipales, lograron el acuerdo del Concejo Municipal de traslado de los fondos bancarios de la Municipalidad a otra modalidad –de plazo fijo en dólares americanos a una de fondo común en soles–. Nada consistentemente idóneo explicó tan insólita conducta –detallada en el oficio del Banco Continental de veintisiete de octubre de dos mil diez, que importó, por la propia modalidad de una cuenta de fondos mutuos, al ser fondos comunes formados por aportes voluntarios de distintas personas consistentes en dinero y, por ende, una inversión financiera de riesgo–, al punto que solo produjo pérdidas a la Municipalidad y ganancias para el Banco –es significativo resaltar, conforme lo explicó el perito contable Octavio Tito Delgado en el acto oral, que los imputados incluso omitieron aplicar la Directiva de Tesorería cero cero uno-dos mil diecisiete, que establecía que los fondos de la Municipalidad debían ser manejados por el área de tesorería–. Cabe señalar lo consignado en la sentencia de primera instancia, al puntualizar que en virtud del contrato de fondos mutuos la entidad financiera del Banco Continental comparte el riesgo de los fondos públicos del Estado para obtener no solo ganancias a su favor, del inversionista, sino obviamente para la entidad bancaria, sin haberse generado una subasta de colocación de fondos.

∞ El interés que los impulsó, en todo caso, no fue el propio de la Administración en orden a la protección de los recursos municipales. Lo que se hizo no se trató, en todo caso, de un error de cálculo o una mera imprudencia temeraria, sino una conducta conscientemente peligrosa para el bien jurídico al realizar un negocio financiero de riesgo con dineros municipales, de tal modo que ni siquiera

cumplieron con las exigencias de control y seguimiento demandados por el ya citado “Reglamento de Colocaciones de los fondos de entidades del Sector Público en el Sistema Financiero” (Resolución Ministerial 087-2001-EF-10).

∞ El delito, pues, está acreditado y los hechos que realizaron los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós se subsumen en el tipo penal de negociación incompatible –su conducta se incardina en esa figura penal y cumple con sus elementos objetivos y subjetivos–. En consecuencia, no se interpretó ni se aplicó erróneamente la norma penal sustantiva. El recurso defensivo de los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós no puede prosperar.

QUINTO. Que, en lo atinente a la reparación civil, es de enfatizar que la absolución no es óbice para imponer su pago a los absueltos, por lo siguiente: Primero, porque el artículo 12, apartado 3, del Código Procesal Penal consagra la autonomía entre acción penal y acción civil. Segundo, porque los criterios de imputación son disímiles entre el delito y el acto ilícito. Tercero, porque un daño puede ser causado por una conducta ilícita no delictiva. Cuarto, porque los hechos en los que intervinieron los regidores fueron la base para que los imputados Pro Herrera y Camacho Galdós puedan concretar la acción punible perjudicial patrimonialmente a la Municipalidad.

∞ Es de reconocer, conforme se precisó en la sentencia casatoria 1895-2018/Lima Sur, de quince de febrero de dos mil veintiuno, que “[...] un comportamiento humano, además de constituir un hecho delictivo, puede configurar también un hecho ilícito. Por tanto, cada vez que se verifique el fenómeno de la doble valoración, junto a la consecuencia penal se aplicará la reparación civil –es obvio, por razón de los diferentes criterios de imputación, que una determinada conducta no podrá ser materia de sanción penal, pero sí de la imposición de una reparación civil–. Además, como explican MUSCO–FIANDACA, el daño a que se refiere la norma es un quid diferente de la ofensa al bien jurídico, necesario para que se configure el delito. Ante todo, se trata de un daño patrimonial que resulta de la lesión de intereses civiles que dan lugar al derecho de resarcimiento en sede civil. Ese daño consiste, con más precisión, en la sustracción o disminución patrimonial bajo las formas del daño emergente y de las ganancias perdidas o lucro cesante. En segundo lugar, se trata del daño no patrimonial o moral, [...] que incluye el perjuicio social [FIANDACA, GIOVANI – MUSCO, ENZO: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 863-864]”.

∞ Asimismo, cabe reiterar a tono con la sentencia casatoria 997-2019/Lambayeque, de siete de abril de dos mil veintiuno, que “[...] el daño, desde la perspectiva civil, es un quid diferente de la ofensa al bien tutelado y que resulta de la lesión de los intereses civiles que dan lugar al derecho al resarcimiento [...] (y) si el daño no es solo patrimonial sino también moral, y tiene sus propias pautas de definición, no cabe erigir como regla que si el delito cometido es de peligro abstracto no puede existir daño patrimonial –aunque el daño moral puede afirmarse en tanto en cuanto también comprende el perjuicio social o institucional derivado de la mediatización del rol de una Municipalidad y de la consiguiente pérdida de confianza ciudadana en su funcionamiento y servicios–”.

SEXTO. Que, en este caso, más allá de que el delito de negociación incompatible es de peligro abstracto, lo que ocurrió fue que finalmente se afectó patrimonialmente a la Municipalidad, pericialmente acreditado –por las notas características del ilícito civil que se sustenta en el daño causado–. Y, como los regidores contribuyeron a esos hechos con la aprobación de esa medida que acabó dañando a la Municipalidad, deben indemnizarla, con arreglo al artículo 1969 del Código Civil. Cabe precisar que los fallos de instancia no declararon que el hecho no existió, sino su relevancia jurídica a los efectos de la reparación civil.

∞ Por consiguiente, los recursos de casación interpuestos por los encausados Centeno Catalán, Moscoso Cusi, Dávila Sombui y Álvarez Guzmán deben desestimarse y así se declara. El Tribunal Superior no infringió norma alguna referida a la reparación civil y a la indemnización por daños.

SÉPTIMO. Que el abogado defensor del encausado Walquer Jorge Álvarez Guzmán no concurrió a la audiencia de casación, ni siquiera se personó ni justificó su inasistencia, por lo que corresponde aplicar lo dispuesto por el artículo 431, apartado 2, del Código Procesal Penal. El recurso debe declararse inadmisibile.

OCTAVO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación los artículos 497, apartados 1 y 3, 504, apartado 2, y 505, apartado 2, del Código Procesal Penal. Debe abonarlas los recurrentes en forma solidaria, equitativa, en partes iguales.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado WALQUER JORGE ÁLVAREZ GUZMÁN. **II.** Declararon **INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por la defensa de los encausados ELIO PRO HERRERA, CÉSAR ARTURO CAMACHO GALDÓS, BLASCO ANTONIO CENTENO CATALÁN, JOSÉ LUIS MOSCOSO CUSI y EUGENIA DÁVILA SOMBUI, por la causal de **infracción de precepto material**, contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y ocho, de veintiuno de mayo de dos mil diecinueve, en el extremo que confirma e integra la sentencia de primera instancia de fojas quinientos diecinueve, de veintiuno de enero de dos mil diecinueve, que condenó a Elio Pro Herrera y César Arturo Camacho Galdós como coautores del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Distrital de Echarati a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad y cuatro años y ocho meses de inhabilitación, así como a los dos, conjuntamente con los absueltos Blasco Antonio Centeno Catalán, José Luis Moscoso Cusi, Eugenia Dávila Sombui y Walker Jorge Álvarez Guzmán, al pago solidario de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista recurrida.

III. CONDENARON a los recurrentes al pago, solidario y equitativo, en partes iguales, de las costas del recurso, cuya ejecución corresponderá al Juzgado de la Investigación Preparatoria competente. **IV. DISPUSIERON** se lea la presente sentencia casatoria en audiencia pública, se publique en la página web del Poder Judicial y se comunique al Tribunal de Origen para la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por ante el órgano jurisdiccional que corresponda. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/EGOT

