



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 180-2020/LA LIBERTAD
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Delito de negociación incompatible. Prueba por indicios

Sumilla 1. El delito de negociación incompatible 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; además, 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 describe 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. **2.** Como **reglas internas** de la prueba indiciaria, se tiene: Primero, que el indicio debe constatar –debe estar acreditado con arreglo a las reglas de prueba correspondientes y no puede confundirse con los medios de prueba que sirven para su comprobación–, éste debe tener una relación lógica con el hecho a probar, éste debe ser plural, concomitantes e interrelacionados (cadena de indicios, serie de indicios o haz de indicios) y se deben valorar en su conjunto, no aisladamente (“*quae singula non probant, simul unita probant*”). Segundo, que el razonamiento deductivo está formado por un enlace preciso y directo, que aúne el indicio al hecho presunto, sobre la base de una regla de la sana crítica, en especial una máxima de experiencia. Tercero, que el hecho presunto o hecho consecuencia sea el exigido por el tipo penal. Cuarto, que no exista una prueba en contrario, que se subdivide en contraprueba, destinada en desvirtuar un indicio –que puede ser directa e indirecta, esta última denominada conraindicio–, y en prueba de lo contrario, que persigue destruir una presunción ya formada.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, siete de diciembre de dos mil veinte

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación por inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación interpuestos por la defensa de los encausados DANIEL MARCELO JACINTO y CYNTHIA MARIELLA FLORES FLORES, así como por los encausados EDILBERTO HENRY NAVARRO VARAS, LIZ MIRELLA MIRANDA MEDINA y LUIS MERCEDES FERNÁNDEZ VÍLCHEZ contra la sentencia de vista de fojas quinientos noventa y uno, de veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve, en cuanto confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos uno, de veintitrés de abril de dos mil diecinueve, los condenó como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de La Esperanza a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y cuatro años de

inhabilitación, así como al pago solidario de treinta 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 Coordinador de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de la Libertad por requerimiento de fojas una del expediente judicial formuló acusación contra Daniel Marcelo Jacinto, Luis Mercedes Fernández Vélchez, Edilberto Henry Navarro Varas, Liz Mirella Miranda Medina y Cyntia Mariella Flores Flores como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de La Esperanza.

∞ El Juzgado de Investigación Preparatoria de la Esperanza, tras la audiencia preliminar respectiva, dictó el auto de enjuiciamiento de fojas siete, de catorce de marzo de dos mil catorce. En su mérito, Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de la Libertad, después del juicio oral, público y contradictorio, con fecha veintitrés de abril de dos mil diecinueve, emitió la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos uno, que condenó a Daniel Marcelo Jacinto, Edilberto Henry Navarro Varas, Liz Mirella Miranda Medina, Cyntia Mariella Flores Flores y Luis Mercedes Fernández Vélchez como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de la Esperanza a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, e inhabilitación por el plazo de cuatro años, así como al pago solidario de treinta mil soles por concepto de reparación civil.

SEGUNDO. Que la Sala Penal de Apelaciones Especializada en Extinción de Dominio de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, luego del procedimiento impugnativo pertinente, profirió la sentencia de vista de fojas quinientos noventa y uno, de veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve. Ésta confirmó la sentencia de primera instancia condenatoria contra Daniel Marcelo Jacinto, Edilberto Henry Navarro Varas, Liz Mirella Miranda Medina, Cyntia Mariella Flores Flores y Luis Mercedes Fernández Vélchez como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de la Esperanza.

∞ La sentencia de vista fue recurrida en casación por los encausados Daniel Marcelo Jacinto, Edilberto Henry Navarro Varas, Liz Mirella Miranda Medina, Cyntia Mariella Flores Flores y Luis Mercedes Fernández Vélchez.

TERCERO. Que las sentencias de mérito declararon probado los siguientes hechos:

- A.** El acusado Marcelo Jacinto, en su calidad de Alcalde de la Municipalidad Distrital de la Esperanza, aceptó la donación de los bloqueadores de teléfono celular de la empresa Tele Taxi Sociedad Anónima Cerrada en julio de dos mil doce, con el propósito de favorecer al acusado Jean Pierre Denisse Oyarzabal, pues fue él quien le manifestó la iniciativa de donar dichos equipos, para luego otorgarle la buena pro con la participación de otra empresa vinculada a él (PERUVEN). Es del caso que el contrato de adquisición que suscribieron estableció que los bloqueadores iban a ser donados por esta última empresa –bloqueadores que, empero, no ingresaron a la esfera de dominio de la municipalidad agraviada–.
- B.** El acusado Navarro Varas, en su calidad de Gerente Municipal y miembro del Comité Especial, alcanzó al Jefe de la Oficina de Logística, encausado Fernández Vílchez, las cotizaciones para que se determine el valor referencial del proceso de adquisición. Una de ellas fue la cotización de la empresa PERUVEN, y sobre ella se realizó las bases integradas. A esta empresa finalmente se le otorgó la buena pro, pese a que conocía que PERUVEN no cumplía con la experiencia requerida y que iba a ser quien materialice la supuesta donación realizada por la empresa Tele Taxi Sociedad Anónima Cerrada.
- C.** Mientras, el acusado Fernández Vílchez, en su calidad de jefe de la Oficina de Logística, solicitó la certificación presupuestal para llevar a cabo el proceso de adquisición a sabiendas que no había realizado las cotizaciones y que las mismas registraban fecha anterior a las especificaciones técnicas. De este modo logró que la cotización de la empresa PERUVEN sea tomada en cuenta por el Comité Especial para la elaboración de las bases integradas y, como consecuencia de ello, consiguió que a dicha empresa se le otorgue la buena pro.
- D.** Finalmente, las acusadas Miranda Medina y Flores Flores, como miembros del Comité Especial, elaboraron las bases integradas conforme a la cotización de la empresa PERUVEN, establecieron un plazo de entrega que no era usual en el mercado y que estaba destinado a favorecerla con la buena pro, empresa a la que incluso se le otorgó el puntaje máximo en el rubro de experiencia, cuando solo tenía cinco o seis meses de constituida. Además, la acusada Flores Flores fijó el valor referencial en base a cotizaciones con fecha anterior a las especificaciones técnicas.

CUARTO. Que la defensa del encausado Marcelo Jacinto en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos veintitrés, de dieciséis de diciembre 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, la necesidad de fijar criterios para determinar el mérito probatorio de las infracciones

administrativas –aspectos vinculados a la prueba indiciaria–; la influencia en la idoneidad del acto del superior jerárquico en función a la actuación de los demás funcionarios; y, la idoneidad del favorecimiento. Añadió que la Sala Penal Especial Suprema solicitó la convocatoria a un Acuerdo Plenario para dilucidar aspectos del delito de negociación incompatible.

QUINTO. Que la defensa de la encausada Flores Flores en su escrito de recurso de casación de fojas setecientos cincuenta y dos, de dieciséis de diciembre 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, la necesidad de fijar criterios para determinar el mérito probatorio de cargo de las infracciones administrativas –aspectos vinculados a la prueba indiciaria–; y, la determinación de criterios para evitar la mutación del hecho acusado.

SEXTO. Que los encausados Navarro Varas y Miranda Medina en sus escritos de recurso de casación de fojas setecientos ochenta y siete y setecientos noventa y ocho, respectivamente, ambos de dieciséis de diciembre de dos mil diecinueve, denunciaron como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal).

∞ Postularon, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, la necesidad de fijar criterios para determinar el mérito probatorio de cargo de las infracciones administrativas –aspectos vinculados a la prueba indiciaria–, bajo los criterios de competencia del acto administrativo, influencia de la conducta del funcionario en la irregularidad e idoneidad del favorecimiento.

SÉPTIMO. Que el encausado Fernández Vilchez en su escrito de recurso de casación de fojas ochocientos nueve, de dieciséis de diciembre de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 4 y 5, del Código Procesal Penal).

∞ Postuló, respecto del acceso excepcional al recurso de casación, la necesidad de fijar criterios para determinar la relación entre el delito de negociación incompatible y el procedimiento administrativo seguido por los funcionarios implicados; y, de determinar criterios para el apartamiento de una sentencia suprema vinculante.

OCTAVO. Que, cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas doscientos ochenta y dos, de diecisiete de junio de dos mil veinte, del cuadernillo formado en esta sede

suprema, declaró bien concedido los citados recursos por las causales de infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación (artículo 429, inciso 1, 2, 3 y 4, del Código Procesal Penal).

∞ En el presente caso tiene como notas singulares (i) una donación de bloqueadores de teléfonos celulares de la empresa Tele Taxi Sociedad Anónima Cerrada a la Municipalidad Distrital de La Esperanza; (ii) un convenio Tripartito entre el Instituto Nacional Penitenciario, la Municipalidad Distrital de La Esperanza y la empresa de transportes Tele Taxi Sociedad Anónima Cerrada; (iii) un ulterior procedimiento de adquisición directa selectiva de equipos y accesorios complementarios para su funcionamiento en el Establecimiento Penal “El Milagro” de Trujillo; y, (iv) el otorgamiento de la buena pro a la empresa PERUVEN Radio Televisión Internacional Sociedad Anónima Cerrada, vinculada a la primera empresa. Se estimó que en estos hechos intervinieron el alcalde Marcelo Jacinto, el Gerente Municipal Navarro Varas, el Jefe de la Oficina de Logística Fernández Vélchez, y los miembros del Comité Especial, conjuntamente con el segundo, Miranda Medina y Flores Flores. Las condenas se sustentaron en la utilización de la prueba por indicios en función a las lógicas de actuación administrativa –la sentencia de vista detectó, según su análisis, doce irregularidades generales, y algunas propias para cada imputado–.

∞ El tipo penal de negociación incompatible es un delito de infracción de deber y es desde esta nota característica que corresponde analizar los criterios de imputación objetiva y subjetiva de cada interviniente en los hechos, siempre en función a su propia competencia institucional y a partir de la intervención de varios funcionarios insertos en una estructura institucional como es una Municipalidad.

NOVENO. Que, según se anotó en la Ejecutoria Suprema de admisión de los recursos de casación, se cuestiona el cumplimiento de las reglas de la prueba por indicios y su relación con las competencias administrativas de los funcionarios públicos acusados, así como la propia definición del delito de negociación incompatible y la aplicación de sus elementos constitutivos en los casos de actuación plural.

∞ Corresponde su análisis, desde la concepción de la voluntad impugnativa, y por los motivos de infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación.

DÉCIMO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día treinta de noviembre del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de las defensas de los encausados Marcelo Jacinto, Flores Flores, y Fernández Vélchez, doctores Renzo Riega Cayetano, Carlos Pérez Aguilar y Segundo Alberto Vásquez Rodríguez, respectivamente, así como con la

defensa de los encausados Miranda Merino y Navarro Varas, doctora Karina Marilú Cubas Cervantes, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

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, como se sabe, el objeto del debate está integrado por los hechos afirmados por las partes acusadoras y por las partes acusadas (pretensión y resistencia, respectivamente). El principio de exhaustividad exige que la sentencia dé una respuesta a cada punto de la pretensión y de la resistencia. Éste es un requisito interno de la sentencia. Su infracción, en casos graves, determinará la nulidad de la sentencia; esto es, si se vulnera la garantía de tutela jurisdiccional (artículo 150, literal 'd', del Código Procesal Penal).

∞ El suceso histórico –acontecimiento concreto, como conducta completa del autor apreciado desde un enfoque naturalista (y si son varios hechos se considerará uno en tanto en cuanto exista una conexión interna) introducido por la fiscalía y el que en su caso puede introducir la defensa (hechos extintivos, impeditivos o excluyentes o, en términos de la prueba por indicios: prueba en contrario, en general, como aporte de hechos alternativos a los de la acusación)– expuesto por las partes, debe ser confrontado con la parte dispositiva de la sentencia, lo cual es una consecuencia del principio acusatorio.

∞ Ha de constatar, por consiguiente, si existe correspondencia entre la causa de pedir –hechos con relevancia jurídica que fundamentan la pretensión entendido como conjunto de acaecimientos fácticos que lo singularizan de los demás– y la petición –declaración de voluntad que determina los límites cualitativos y cuantitativos del deber de congruencia del juez–, y si se ha respondido, igualmente, a la pretensión defensiva –a la oposición de la parte acusada–. Son, pues, estos desajustes entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del debate los que deben analizarse.

SEGUNDO. Que, ahora bien, es de tener en consideración, como primera referencia global del caso, lo siguiente:

1. Los encausados Marcelo Jacinto, Navarro Varas, Miranda Medina y Flores Flores han sostenido desde sus recursos de apelación [fojas cuatrocientos cuarenta y siete, y fojas cuatrocientos setenta y tres, ambos de treinta de abril de dos mil diecinueve], que se habría omitido incorporar en la sentencia el examen de la declaración por el

Concejo Municipal del Estado de Emergencia del distrito por los altos índices de criminalidad, y el mérito de las denuncias penales y denuncias ante el órgano de control –incluso el hecho de que el Concejo Municipal por Acuerdo 030-2013, de veintidós de marzo de dos mil trece, declaró sin efecto el Acuerdo del Concejo Municipal de nueve de noviembre de dos mil doce, lo que fue comunicado a la empresa Tele Taxi SAC por carta de ocho de abril de ese año [fojas quinientos treinta y seis y quinientos treinta y ocho, respectivamente]–, con todo lo que estos hechos podrían significar en términos de las respectivas **inferencias probatorias** para la determinación del hecho presumido, así como que, por un lado, se habría variado la acusación respecto a que la empresa PERUVAN ganó la buena pro, dato que –desde su planteamiento– no fue incorporado a la acusación y que la sentencia lo agregó como un indicio o hecho indiciante; y, por otro, los cuatro indicios referidos a la encausada Flores Flores y resaltados por el Juzgado Penal escaparían del ámbito de la acusación.

2. El encausado Fernández Vélchez en su escrito de recurso de apelación de fojas cuatrocientos cincuenta y ocho, de treinta de abril de dos mil diecinueve, censuró impugnatoriamente que el Informe 1526-2012-MDE-ULYSG de fojas trescientos veinticinco, en pureza, no era de fecha veintiuno de noviembre de dos mil doce sino que en verdad se emitió el veintiocho de noviembre, de suerte que fue un error al consignar como fecha una anterior, que en modo alguno podía ser factible, pese a lo cual no se analizó este punto.

TERCERO. Que, al respecto, es de tener presente lo siguiente:

- A. La fiscalía provincial detalló un conjunto de catorce hechos relevantes, internamente conectados, ocurridos en la Municipalidad Distrital agraviada, en función a un conjunto de actos administrativos concretos, y que denotaron la intervención de los imputados, del Concejo Municipal, así como de quienes actuaron por las empresas PERUVAN y Tele Taxi SAC, por los representantes de otras dos empresas que fueron invitadas al concurso respectivo, y por el Instituto Nacional Penitenciario. Esta sucesión de hechos se habrían iniciado el siete de julio de dos mil doce y culminaron el cuatro de enero de dos mil trece.
- B. Es de tener presente, empero, que, con anterioridad, se declaró en Emergencia el Distrito de La Esperanza y, con posterioridad, se produjeron denuncias en sede penal y de control del alcalde imputado, así como el veintidós de marzo de dos mil trece se declaró sin efecto el Acuerdo del Concejo Municipal. Estos enunciados fácticos fueron incorporados por la defensa y no consta un apartado o capítulo específico en las sentencias que lo analicen.
- C. Además, se actuó en segunda instancia, primero, la declaración de la Coordinadora de la Sección de Almacén de la Municipalidad, Rebeca Rocío Verde Cenas; y, segundo, se oralizó el acta de entrega de bienes de fojas seiscientos veintitrés.

- D.** Las decisiones de gobierno y administrativas de la Municipalidad agraviada (Acuerdos del Concejo Municipal y Resoluciones de Alcaldía), como obvio, están sujetas a determinadas exigencias formales, como son Informes Técnicos y Legales. Por tanto, correspondía considerar su relevancia de cara al conjunto del trámite –en especial, el Informe Legal de fojas doscientos veintiséis–. Un dato importante, incorporado en la sentencia de primera instancia, es el Informe de Seguridad Electrónica del INPE de fojas doscientos treinta y nueve –sin anotación de su fecha de emisión–, que negó calidad técnica a los efectos requeridos a los inhibidores materia de autos, pero ni siquiera se examinó su relevancia y la fecha de su emisión, así como por qué el INPE suscribió el convenio, órgano público que desde luego debía cuidar la legalidad y utilidad del convenio mismo y de los equipos que se iban a donar por la Municipalidad e instalar en un Establecimiento Penal bajo su responsabilidad–.
- E.** Es patente que el suceso histórico detallado por la fiscalía y asumido por el órgano jurisdiccional no solo debe respetar el íntegro de los hechos, sino que todos los hechos en los que se funda la sentencia deben probarse –salvo, claro está, los **hechos notorios**– (principio de necesidad de prueba). La perspectiva del examen probatorio está en función a las exigencias del tipo delictivo en cuestión, a los criterios de imputación objetiva y subjetiva que comprende.

CUARTO. Que, desde una perspectiva procesal, los hechos principales, aquellos a través de los cuales se definen los elementos del tipo delictivo, pueden acreditarse, en **función al objeto sobre el que recae la prueba**, directa o indirectamente, según que el medio de prueba practicado esté dirigido a acreditar el supuesto de hecho del precepto legal pertinente o a probar unos hechos (indicios) –que se encuentran un paso más lejos de los elementos típicos– a partir de los cuales puede inferirse la existencia del hecho principal. Así las cosas, en este último supuesto, se está ante una operación intelectual, ante una técnica de prueba, que exige un proceso deductivo, de suerte que las inferencias acerca de la veracidad de un enunciado fáctico se obtienen tomando otro hecho como premisa, un hecho distinto al mencionado en el tipo penal.

∞ Este Tribunal Supremo en reiteradas oportunidades se pronunció acerca de la prueba por indicios (véase, entre otras, la sentencia casatoria 628-2015/Lima, de cinco de mayo de dos mil dieciséis). Es de insistir que, como **reglas internas** de la prueba indiciaria, ha de contemplarse las siguientes: Primera, que el indicio debe constatar –debe estar acreditado con arreglo a las reglas de prueba correspondientes, y no puede confundirse con los medios de prueba que sirven para su comprobación–, éste debe tener una relación lógica con el hecho a probar, debe ser plural, concomitantes e interrelacionados (cadena de indicios, serie de indicios o haz de indicios), y se deben valorar en su conjunto, no aisladamente (“*quae singula nom probat, simul unita probant*”). Segunda, que el razonamiento deductivo ha de estar formado por un enlace preciso y directo, que aúne el indicio

al hecho presunto, sobre la base de una regla de la sana crítica, en especial una máxima de experiencia. Tercera, que el hecho presunto o hecho consecuencia es precisamente el exigido por el tipo penal. Cuarta, que no exista una prueba en contrario, la cual se subdivide en dos: (i) **contraprueba**, destinada en desvirtuar un indicio –que puede ser directa e indirecta, esta última denominada **contraindicio**–, y (ii) en **prueba de lo contrario**, que persigue destruir una presunción ya formada.

∞ Si bien la prueba por indicios es un método de valoración de la prueba, propio de la soberanía del órgano jurisdiccional, el único límite en respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal es que los indicios y demás hechos relevantes en orden a la actividad probatoria estén debidamente postulados por las partes, deben ser enunciados por ellas (los hechos relevantes los proponen las partes). El indicio es un hecho y, como tal, no puede incorporarse de oficio, pues se vulneraría el principio acusatorio. Distinto del indicio en cuanto hecho, es el medio de prueba y su apreciación; éste último se solicita, se admite –incluso, excepcionalmente, puede incorporarse de oficio–, se ejecuta y se debate, forma parte del material probatorio que el órgano judicial aprecia como tal –basta que, de uno u otro modo, haya formado parte del juicio y que su invocación para la convicción judicial no sea sorpresiva–.

QUINTO. Que, en el presente caso, el título **acusatorio** y el título **condenatorio** se incardinaron en el artículo 399 del Código Penal, según la Ley 30111, de veintiséis de noviembre de dos mil trece: delito de negociación incompatible. Éste 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 ya se pronunció acerca de los alcances de este delito. En la sentencia casatoria 396-2019/Ayacucho, de nueve de noviembre de dos mil veinte, estipulamos lo siguiente –a la que se harán algunas adiciones no sustantivas–: **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 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 describe 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 preeminencia 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].

SEXTO. Que es evidente que el Tribunal Superior, en lo atinente a las premisas dogmáticas del tipo delictivo, vistas desde la valoración del material probatorio, comprenden, en lo esencial, lo que se ha expuesto como contenido propio del nombrado delito de negociación incompatible, especialmente en el análisis de la conducta de cada funcionario público involucrado y a la exigencia de un interés indebido en el contrato 001-2012-MDE, de cuatro de enero de dos mil doce, con la empresa PERUVEN SAC, por lo que no se está ante un problema de interpretación de los alcances de un precepto material, más allá de las precisiones detalladas *up supra*.

∞ Empero, lo determinante, de cara a la subsunción normativa (aplicación de los hechos abstractos contenidos en el tipo penal a los hechos concretos que necesitaban ser probados), estriba en definir **(i)** si todos los indicios necesarios para configurar una cadena de indicios fueron atendidos, **(ii)** si la declaración de su acreditación o constancia cumplió las reglas de prueba y la regla de juicio propios de la garantía de presunción de inocencia, y **(iii)** si no se omitió considerar otros hechos a partir de la prueba en contrario aportados por los imputados.

∞ De igual manera, como ya hemos destacado desde la Ejecutoria Suprema 2124-2018/Lima, de veintinueve de abril de dos mil diecinueve, como el delito atribuido se habría cometido en el marco de una **estructura institucional compleja y jerárquicamente organizada**, como es una Municipalidad, y como incluso se alegó por la más alta autoridad el principio de confianza y, de otro lado, por los escalones más bajos –incluso la imputada Flores Flores, como destacó, era una simple asistente, no tenía cargo jefatural o gerencial–, una conducta neutral en función a las exigencias de la superioridad, ello requiere de una argumentación específica a tono con este criterio de imputación.

SÉPTIMO. Que, en atención a lo que se consignó en los fundamentos jurídicos segundo, tercero –literales B y D– y sexto, párrafo final, se tiene, **(1)** por un lado, una omisión de examen acerca de una denunciada “mutación de la imputación” y una falta de dilucidación acerca si la fecha del Informe 1526-2012-MDE-ULYSG se debió a un error material –clara o razonablemente distinguible– o configuró más bien la expresión de una tramitación irregular a partir de decisiones y acciones pre-acordadas, así como si –más allá de los defectos del trámite documental y expresión de los pasos y procedimientos que debieron realizarse– realmente se produjo una efectiva demostración del material donado ante el Concejo Municipal con intervención de funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y su conformidad, y de ser así cuál fue el resultado de esa demostración. **(2)** Por otro lado, la exclusión de valoración de medios de prueba que reflejarían prueba de lo contrario, y del examen del caso a partir de un criterio de imputación propio de la actuación en el seno de organizaciones complejas y verticales.

∞ El estudio de todos estos ámbitos y de los hechos aportados con los medios probatorios correspondientes, en su conjunto, permitirá sí, en efecto, se formó una

cadena de indicios sólida, con entidad para enervar la presunción constitucional de inocencia.

OCTAVO. Que desde ya debe aclararse que, en abstracto, no puede sostenerse que la presencia de errores administrativos no constituye hechos indiciantes relevantes. El suceso concreto lo dirá, siempre que se trate de hechos indiciantes, debidamente constatados, que requieren ser plurales, relacionados con la hipótesis acusatoria y han de estar interrelacionados entre sí (convergencia y compatibilidad), a los que se asocie un enlace grave (con gran fuerza concluyente) y preciso desde el respeto de las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia [IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN: *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Ediciones Olejnik–Ara Editores, Santiago, 2018, pp. 83-86].

∞ Es relevante reconocer que un hecho se tiene por probado desde la propia realidad que trasunta y que cuando se trata de actos administrativos debe analizarse no solo las exigencias formales que lo configuran sino también la conformación de lo que en efecto ocurrió aun cuando pudo importar la violación de la ley administrativa –por ejemplo, determinar si los equipos en efecto o realmente se entregaron a la Municipalidad y si fueron materia de una demostración, lo que podría establecer que se proporcionó lo que se ofreció en lo relacionado a su cantidad, calidad y naturaleza u objetivo–.

NOVENO. Que, en conclusión, se inobservó la garantía de tutela jurisdiccional de los imputados en orden a la prueba por indicios, se infringió la debida aplicación –análisis de la imputación objetiva– del delito de negociación incompatible y se violó la garantía de motivación (motivación incompleta –extremos no desarrollados– e insuficiente –ámbitos explicados limitadamente, sin el cumplir el mínimo exigible–).

∞ Las **infracciones normativas** detectadas se extienden a la sentencia de primera instancia. Luego, la rescisión debe abarcar esta sentencia. Solo cabe una sentencia rescindente –no rescisoria concurrentemente– porque la apreciación completa y suficiente de los indicios necesita de la correspondiente audiencia de prueba.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADOS** los recursos de casación por inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación interpuestos por la defensa de los encausados DANIEL MARCELO JACINTO y CYNTHIA MARIELLA FLORES FLORES, así como por los encausados EDILBERTO HENRY NAVARRO VARAS, LIZ MIRELLA MIRANDA MEDINA y LUIS MERCEDES FERNÁNDEZ VÍLCHEZ contra la sentencia de vista de fojas quinientos noventa y uno, de veintiocho de noviembre de dos mil

diecinueve, en cuanto confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos uno, de veintitrés de abril de dos mil diecinueve, los condenó como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de La Esperanza a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y cuatro años de inhabilitación, así como al pago solidario de treinta mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de segunda instancia. **II.** Reponiendo la causa al estado en que se cometieron los vicios detectados: declararon **NULA** la sentencia de primera instancia. **ORDENARON** se realice nuevo juicio oral por otros jueces –de apelarse la sentencia de primera instancia, el recurso lo conocerán jueces superiores distintos–. **III. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para los fines de ley, se lea esta sentencia casatoria en audiencia pública, se notifique y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CSMC/EGOT