

Infundado el recurso de casación: la participación en el delito de negociación incompatible y la determinación de la pena

I. Conforme a la doctrina jurisprudencial dominante, sí es posible establecer la participación en el delito de negociación incompatible, esto desde el ámbito de la responsabilidad, como ocurrió en el presente caso, por la participación de una acusada, quien era una particular no obligada institucionalmente —*extraneus*— y que intervino como cómplice primaria en el acotado delito.

II. Las normas penales que fijan los mecanismos para la determinación judicial de la pena son de naturaleza sustantiva y en su aplicación rige el principio *tempus commissi delicti*. Por lo tanto, no son retroactivas, salvo cuando sean favorables al reo. En el caso, las pautas sobre la determinación de la pena a través del sistema de tercios no estaban vigentes al momento de los hechos y no deben utilizarse para dosificar la pena concreta, pues ello perjudicaría al acusado. Así, se verifica que la Sala Superior, al dosificar la pena, efectuó ello dentro del marco legal del delito de negociación incompatible y le impuso una pena mínima, y esta pena no resulta desproporcionada ni se encuentra fuera del marco legal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de marzo de dos mil veinticinco

VISTOS: en audiencia pública, mediante el sistema de videoconferencia, el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de vista del once de julio de dos mil veintidós (foja 173 del cuadernillo formado en este Colegiado Supremo), que revocó la sentencia de primera instancia del dieciocho de marzo de dos mil diecinueve (foja 48) en los extremos de la pena privativa de libertad efectiva (cuatro años y ocho meses) y la pena de inhabilitación (veinticuatro meses conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal), impuestas en contra del condenado Augusto Miyashiro Yamashiro; reformándola, le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución

de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta, así como la pena de inhabilitación por el plazo de seis meses, de conformidad con los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, por el delito contra la Administración pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio del Estado; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la señora jueza suprema ALTABÁS KAJATT.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso en etapa intermedia

- 1.1. El representante del Ministerio Público, mediante requerimiento acusatorio del veinticuatro de marzo de dos mil quince (foja 2), formuló acusación contra Augusto Miyashiro Yamashiro y otros por el delito contra la Administración pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo y otros. Solicitó para el acusado Miyashiro Yamashiro cinco años de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación; con lo demás que contiene.
- 1.2. La audiencia de control de acusación se efectuó en diversas sesiones y, culminados los debates, se dictó el auto de enjuiciamiento del treinta de septiembre de dos mil dieciséis (foja 38), se admitieron los medios de prueba ofrecidos por las partes procesales y se ordenó remitir los autos al Juzgado Penal Colegiado para el juzgamiento respectivo.

Segundo. Itinerario del primer juicio oral en primera instancia

- 2.1. Instalada esta, se desarrolló en varias sesiones y, mediante sentencia del dieciocho de marzo de dos mil diecinueve (foja 125), se condenó a Augusto Miyashiro Yamashiro y otros en calidad de

autores del delito contra la Administración pública-negociación incompatible (previsto en el artículo 399 del Código Penal), en agravio del Estado (Municipalidad Distrital de Chorrillos), y se le impuso la pena de cuatro años y ocho meses de privación de libertad efectiva; asimismo, se fijó la reparación civil en S/ 60 000 (sesenta mil soles), cuyo pago es solidario, a favor de la parte agraviada.

- 2.2.** Contra esa decisión, el representante del Ministerio Público y el sentenciado Augusto Miyashiro Yamashiro y otros interpusieron recursos de apelación (fojas 186 y 238, respectivamente), los cuales fueron concedidos, y se dispuso la alzada a la Sala Penal Superior.
- 2.3.** Corrido traslado, se convocó a audiencia de sentencia de apelación, que se llevó a cabo en varias sesiones, y se emitió la sentencia de vista del seis de agosto de dos mil diecinueve (foja 333), que revocó la sentencia de primera instancia del dieciocho de marzo de dos mil diecinueve, que condenó al acusado Augusto Miyashiro Yamashiro por el delito contra la Administración pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio del Estado, y reformándola, absolvió al citado acusado por el referido delito; con lo demás que contiene.
- 2.4.** Emitida dicha sentencia, el Ministerio Público y la parte civil interpusieron recurso de casación (fojas 346 y 366, respectivamente), que fue concedido y elevado a la Corte Suprema; y mediante la ejecutoria suprema contenida en la Casación n.º 1833-2019/Lima, en el extremo que declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la señora fiscal superior de Lima contra la sentencia de vista del seis de agosto de dos mil diecinueve, en cuanto a que revocó un extremo de la sentencia de primera instancia y absolvió a

Augusto Miyashiro Yamashiro de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de negociación incompatible, en agravio del Estado; y casó en este extremo la sentencia de vista; y, reponiendo la causa al estado correspondiente, ordenó que otro Colegiado Superior dicte sentencia de vista sobre la situación jurídica del encausado Augusto Miyashiro Yamashiro —exclusivamente respecto al objeto penal—, previa audiencia de apelación; con lo demás que contiene.

Tercero. Itinerario del proceso en instancia de apelación

- 3.1.** Corrido el traslado de las impugnaciones, la Sala Penal de Apelaciones, mediante Resolución n.º 17, del veintisiete de abril de dos mil veintidós (foja 477), convocó a la audiencia de apelación de sentencia. Instalada esta, se llevó a cabo en cinco sesiones, conforme consta en las actas respectivas (fojas 487, 492, 495, 498, 514 y 534).
- 3.2.** El once de julio de dos mil veintidós se realizó la audiencia de lectura de sentencia de vista, según consta en el acta respectiva (foja 534), que confirmó la sentencia del dieciocho de marzo de dos mil diecinueve en el extremo que condenó a Augusto Miyashiro Yamashiro como autor del delito contra la Administración pública en la modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado, y revocó la propia sentencia en los extremos de la pena privativa de libertad efectiva (cuatro años y ocho meses) y la pena de inhabilitación (veinticuatro meses conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal), impuestas en contra del condenado Augusto Miyashiro Yamashiro; y, reformando dicho extremo, le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas

de conducta, así como la pena de inhabilitación por el plazo de seis meses, de conformidad con los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, por el delito contra la Administración pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio del Estado; con lo demás que contiene.

- 3.3.** Emitida la sentencia de vista, el representante del Ministerio Público interpuso su recurso de casación (foja 538), el cual fue concedido por Resolución n.º 27, del cinco de agosto de dos mil veintidós (foja 565), y se ordenó elevar los actuados a la Corte Suprema.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1.** Elevado el expediente a esta Suprema Sala, se corrió traslado a las partes, conforme al cargo de entrega de cédulas de notificación (foja 213 del cuaderno de casación), y mediante decreto del doce de julio de dos mil veinticuatro (foja 311 del cuaderno de casación) se señaló fecha para la calificación del recurso de casación. Así, mediante auto del veintitrés de septiembre de dos mil veinticuatro (foja 313 del cuaderno de casación), se declaró bien concedido el recurso propuesto por el representante de la legalidad.
- 4.2.** Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, según los cargos de entrega de cédulas de notificación, por decreto del cinco de diciembre de dos mil veinticinco (foja 323 del cuaderno de casación), se señaló fecha para la audiencia de casación. Instalada la audiencia, se realizó a través del aplicativo Google Hangouts Meet, con la presencia del representante del Ministerio Público. Se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia

pública mediante el aplicativo tecnológico antes acotado se efectuará con las partes que asistan, en concordancia con el artículo 431, inciso 4, del Código Procesal Penal.

Quinto. Motivo casacional

Conforme al auto de calificación del veintitrés de septiembre de dos mil veinticuatro (fojas 313 a 320), esta Sala Suprema, luego de analizar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público, conforme a su parte resolutive, lo declaró bien concedido por la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Así, se señaló lo siguiente:

- El recurrente invocó la modalidad excepcional de casación y planteó el siguiente tópico de desarrollo de doctrina jurisprudencial:

Determine si la concurrencia de una pluralidad de funcionarios públicos, en calidad de autores en el delito de negociación incompatible, da lugar a la configuración de la circunstancia agravante referida a “pluralidad de agentes”, prevista en el artículo 46, inciso 7, del Código Penal, modificado por la Ley n.º 28726 del nueve de mayo de dos mil seis.

- La Sala Superior, al momento de efectuar la determinación judicial de la pena, no habría considerado la agravante de pluralidad de agentes, según lo prevé el artículo 46, inciso 7, del Código Penal.

Sexto. Agravios del recurso de casación

El recurrente, en el recurso de casación (fojas 313 a 320), invocó la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; asimismo, alegó lo siguiente:

- 6.1.** El *ad quem* aplicó indebidamente el inciso 7 del artículo 46 del Código Penal¹ (vigente al momento de los hechos). Esto es, el Colegiado señaló que los delitos de negociación incompatible son de mera

¹ Modificado por la Ley n.º 28726, del nueve de mayo de dos mil seis.

actividad; que se consuman con la infracción del deber por parte del agente; que en este caso no existe pluralidad de sujetos, pues cada uno de los funcionarios y servidores públicos que intervinieron en los hechos acusados ha respondido por la obligación a su cargo, y que no se trata de un delito de dominio. Por lo tanto, dicha naturaleza permite negar la posibilidad de que se haya configurado tal circunstancia de agravación, por lo que la pena debe fijarse en el tercio inferior.

- 6.2.** El Colegiado Superior no consideró que el inciso 7 del artículo 46 del Código Penal sanciona como circunstancia agravante la pluralidad de agentes en la comisión del delito; no establece ningún límite ni restricción para aplicar dicha agravante a los delitos de infracción de deber, como son los delitos de corrupción de funcionarios. En ese sentido, el proceder de la Sala Penal Superior no tiene sustento normativo.

Séptimo. Hechos materia de imputación

De acuerdo con el requerimiento acusatorio (fojas 2 a 16), el marco fáctico de imputación —a la letra— es el siguiente:

Circunstancias precedentes

Los hechos que dan origen a la presente investigación se inician en el año 2008 con el requerimiento de una "Excavadora Hidráulica sobre Neumáticos para Servicios Públicos" necesario para la flota de máquinas de obras públicas, realizado por la Municipalidad Distrital de Chorrillos, convocándose para ello a la Licitación Pública N° 007-2008-CE-MDCH, en la cual se presenta como único postor la empresa TLM PERU EIRL, empresa a quien se le otorga la *buena pro* con fecha **09 de diciembre de 2008**, siendo que con fecha 10 de diciembre de 2008 se le comunica el consentimiento de la buena pro y para la suscripción del contrato se le requiere entre otros documentos la carta fianza equivalente al 10% del monto de la buena pro.

Circunstancias concomitantes

Posterior a ello se firma el Contrato N° 079-2008-MDCH - Licitación Pública N° 007-2008-CE-MDCH "Adquisición de Excavadora Hidráulica sobre Neumáticos para Servicios Públicos", con fecha 29 de diciembre de 2008, entre el representante de la empresa TLM PERU EIRL y el Alcalde de la Municipalidad de Chorrillos, sin exigirle la presentación de la carta fianza equivalente al 10% del monto de la *buena pro*, que en este caso ascendía a la suma de S/90,700 soles, ya que el monto total de la venta de la maquinaria era de S/907,000 soles; sin embargo, se consigna en el contrato que la empresa TLM PERU ha presentado la carta fianza, hecho que no ocurrió.

La Municipalidad de Chorrillos otorgó a la empresa ganadora de esta licitación un adelanto indebido del 100% del monto del contrato, no obstante que esto no estaba pactado en el mismo ni tampoco lo establecía las bases, sin embargo la Municipalidad con fecha 10 de agosto de 2009 le otorga un adelanto a la empresa TLM PERU EIRL de S/725,600 soles y el 11 de enero de 2010 le cancela el saldo, ascendente a la suma de S/181,400 soles, pagos que constituyen la cancelación total del contrato, sin que a esa fecha la maquinaria materia de licitación haya ingresado a la Municipalidad de Chorrillos, siendo que el internamiento de la excavadora se produce recién el 20 de enero de 2010, es decir, a los cinco meses y diez días de haberse otorgado el adelanto del 80% del contrato.

Circunstancias posteriores

De acuerdo con el contrato la maquinaria debió ser entregada a entidad edil a los cuatro meses de suscrito el mismo, y esto también de acuerdo a la oferta ganadora presentada por la empresa, esto es, a más tardar el 28 de abril de 2009, sin embargo, la entrega del bien se produjo el 20 de enero de 2010. haciéndose acreedora la empresa al pago de una penalidad por los días de retraso en la entrega del bien, que, en el presente caso, asciende a la suma del 10% del monto contractual, es decir S/90,700 soles, concepto que no se pudo ejecutar toda vez que no se exigió a la empresa la carta fianza que de haberlo hecho hubiera permitido a la municipalidad cobrar el concepto de penalidad establecida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. El delito de negociación incompatible

Primero. El tipo penal de negociación incompatible se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, modificado por el ARTÍCULO 1 DE LA LEY N.º 28355, publicada el seis de octubre de dos mil cuatro en el diario oficial *El Peruano*, cuyo texto legal, vigente al momento de los hechos, es el siguiente:

Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El 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 en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de cuatro ni mayor de seis años** e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. [Resaltado es nuestro]

Segundo. El delito de negociación incompatible es un delito de preparación cuyo ámbito de aplicación son las operaciones o contratos del Estado, de suerte que puede erigirse como indicio sólido de comisión delictiva la presencia de determinadas infracciones o incumplimientos a la legislación sobre contrataciones del Estado que, en todo caso, revelen un aprovechamiento del cargo del funcionario concernido para privilegiar intereses particulares, propios o ajenos, frente a los intereses de la Administración pública, de manera que ello revele un direccionamiento en las decisiones realizadas. Este delito, además, es uno de infracción de deber y no exige un resultado de lesión patrimonial o de peligro; luego, es un delito de peligro abstracto², es decir, el comportamiento descrito en el tipo penal describe una

² SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sentencia de Casación n.º 1149-2021/Áncash, del uno de marzo de dos mil veintitrés, fundamento jurídico segundo.

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 jurídico³.

Tercero. El verbo rector es “interesarse”, esto es, poner una especial atención en el contrato u operación con la finalidad de obtener un provecho propio o ajeno. Por lo tanto, la norma penal subyacente al tipo penal de negociación incompatible consistiría en el mandato al funcionario o servidor público que está a cargo de un contrato u operación para que actúe con objetividad y sin sesgo o interés subalterno para cumplir eficaz y eficientemente el contrato u operación encargada. Ello en buena cuenta significa que el contenido injusto del interés del funcionario se circunscribe a la desviación de su poder para favorecerse o favorecer a tercero con su gestión oficiosa o irregular en cualquier contrato u operación en que ha de intervenir por razón de su cargo. Nótese que el objeto de reproche recae sobre ese interés que muestra el agente⁴.

B. La participación en el delito de negociación incompatible

Cuarto. Dentro de las distintas formas de participación, nuestro Código Penal, en el artículo 25 (texto vigente al momento de los hechos), prevé la complicidad primaria y secundaria bajo el siguiente tenor:

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

³ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sentencia de Casación n.º 307-2019/Áncash, del siete de febrero de dos mil veintidós, fundamento de derecho sexto.

⁴ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sentencia de Casación n.º 1584-2021/Callao, del treinta de marzo de dos mil veinticuatro, fundamento de derecho décimo.

En sentido estricto, cómplice es el que dolosamente colabora con otro para la materialización de un delito. No se le exige el cumplimiento acabado del supuesto de hecho previsto en el tipo penal, pues este pertenece por definición a los autores. Su participación se limita a favorecer la realización del hecho punible principal, sea de manera material, sea psíquicamente⁵.

Nuestro ordenamiento legal diferencia dos formas de complicidad: la primaria y la secundaria. Con relación a la complicidad primaria, el agente debe haber efectuado un aporte sin el cual el delito no se hubiera podido perpetrar. Esto es, su contribución debe ser necesaria para la consumación del delito. En lo atinente a la complicidad secundaria, su conducta resulta ser cualquier otra forma de aporte, auxilio o asistencia para la comisión delictiva. Ahora bien, el partícipe, como se ha mencionado, no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo penal. En esa línea, la participación en los delitos especiales propios no es impune⁶. Esto es, aun cuando el delito sea especial porque exige una cualidad en el agente, ello no imposibilita la confluencia de un partícipe en la materialización de los hechos⁷.

C. La participación en el delito de negociación incompatible en la jurisprudencia

Quinto. En lo atinente a la participación en el delito de negociación incompatible, esta Sala Suprema, en la Sentencia de

⁵ HURTADO POZO, José. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general I* (3.ª edición). Editorial Grijley, p. 897.

⁶ SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Recurso de Casación n.º 1728/1994, del veinte de mayo de mil novecientos noventa y seis, fundamento de derecho undécimo.

⁷ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sentencia de Casación n.º 1584-2021/Callao, del treinta de marzo de dos mil veinticuatro, fundamento de derecho undécimo.

Casación n.º 1895-2019/Selva Central, del veintisiete de abril de dos mil veintiuno, fundamento quinto, estableció lo siguiente:

Así, en lo que atañe al delito de negociación incompatible, el hecho de que no esté tipificado como un delito de participación necesaria, como así sucede en el ilícito de colusión, no impide la posibilidad de castigar a toda aquella persona que esté favorecida en la comisión de este ilícito. La participación no se sustenta en la infracción de un rol institucional que sólo vincula al obligado, sino en el hecho de que todos los miembros de la sociedad también se encuentran vinculados de forma meditada a estas. Por ello, el cómplice tendrá que realizar un aporte significativo en la ejecución del hecho delictivo, conociendo el interés indebido del funcionario público en una operación o contrato a su cargo y con la finalidad de obtener un beneficio de ello.

Lo decisivo será perseguir un “interés” (propio o ajeno), por ende, también serán punibles solo como partícipes, por tratarse de un delito especial propio, aquellos que, aunque posean un interés definido, no reúnan la calidad especial de autoría.

El cómplice tiene que conocer que el funcionario público se interesa indebidamente, de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico. No basta con verificar, de modo objetivo, un aporte causal del interviniente punible y que con su conducta se facilite la comisión del delito. Resulta indispensable probar y justificar su comportamiento doloso.

En suma, al tratarse de un delito especial y un delito de infracción de deber, serán partícipes los sujetos que tengan algún tipo de intervención en el hecho punible, pero que no sean funcionarios ni servidores públicos o que, siéndolo, no tengan competencia en el contrato u operación del que se trate. Para ello se requiere, además, que hayan actuado de manera dolosa.

Sexto. Aunado a ello, en la Sentencia de Casación n.º 1523-2021/Áncash, del veinte de marzo de dos mil veintitrés, fundamento jurídico cuarto, se indicó lo siguiente:

Por la naturaleza del delito de negociación incompatible, de preparación del delito de colusión, es que es pertinente afirmar la posibilidad de aceptar la participación de un tercero a título de cómplice. Ambos delitos (colusión y negociación incompatible) están en función a la adecuada gestión de los intereses patrimoniales que recae sobre los funcionarios públicos, pero la forma de afectación para determinar la diferencia es lo relevante. El delito de negociación incompatible, más allá de que tiene una estructura típica propia, aunque relacionada con el aludido delito principal, es, en palabras de Jakobs, un injusto parcial en el que se infringen, no las normas principales (materia del delito de colusión), sino normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. La diferencia, en todo caso, se encuentra en la forma de afectación al bien jurídico tutelado.

No es de recibo sostener que como se trata de un delito de infracción de deber no cabe la participación del *extraneus*, más aún si el delito principal es un delito de infracción de deber con componentes de dominio (...). En todo caso es claro que la calidad especial que exige el tipo legal es requerida para el autor, pero no para los partícipes, cuyo dolo debe comprender esta circunstancia que fundamenta la represión.

Tampoco es de recibo afirmar que como el delito de negociación incompatible no es un delito tipificado como de participación necesaria —exclusión por razón de la estructura típica del delito— no cabe la sanción al *extraneus*, pues existen varios tipos delictivos que a pesar de no estar tipificados como un delito de participación necesaria admiten sin problema la complicidad delictiva. Solo se requiere que el particular realice un aporte significativo en la ejecución del hecho delictivo, con conocimiento que auxilia al autor a concretar el interés indebido.

Séptimo. En tal virtud, en el delito de negociación incompatible, al tratarse de un delito especial, si bien no se da la coautoría, debido a que cada uno responde por el deber incumplido del cargo que ostenta —esto es, cada uno es responsable de la infracción del deber propio que como funcionario público está obligado a observar—, es posible la participación en el citado delito. Desde el ámbito de la responsabilidad, se ha de exigir a este una

contribución suficiente que coadyuve a que el autor ejecute la acción ilícita. Puede ser un servidor público no vinculado funcionalmente al contrato u operación, como también un particular o tercero no obligado institucionalmente (*extraneus*)⁸.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Octavo. Cabe precisar que en el presente caso no es materia del recurso de casación el juicio de culpabilidad y la calificación del tipo delictivo materia de condena —delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo—, sino que le corresponde a este Tribunal Supremo verificar si la Sala Superior, al momento de efectuar la determinación de la pena, no habría considerado la agravante de “pluralidad de agentes”, prevista en el artículo 46, inciso 7, del Código Penal, al amparo de la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Ello será materia de control *in iure*.

Noveno. En el caso, la Sala Superior, al efectuar su razonamiento sobre la determinación de la pena, consideró sustancialmente que no existe cuestionamiento por parte del Ministerio Público en que se debe aplicar el sistema de tercios (previsto en el artículo 45-A del Código Penal, incorporado por la Ley n.º 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece) por tratarse de una norma más beneficiosa. Asimismo, sobre la controversia de la circunstancia de agravación —prevista en el artículo 46, numeral 2, literal i), del Código Penal—, indica que, de aceptarse esta, la pena debería imponerse necesariamente en el tercio intermedio, conforme lo señala el artículo 45-A, numeral 2, literal b), del Código Penal. Empero, consideró que en este tipo de delitos —negociación incompatible— se consuma con la mera infracción del deber por parte del agente; no

⁸ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sentencia de Casación n.º 1584-2021/Callao, del treinta de marzo de dos mil veinticuatro, fundamento de derecho decimotercero.

existió en este caso una pluralidad de sujetos, pues cada uno de los funcionarios y servidores públicos que intervinieron en los hechos acusados ha respondido por la obligación a su cargo; no se trata de un delito de dominio. Además, dicha naturaleza permite negar la posibilidad de que se haya configurado tal circunstancia de agravación; indicó que la pena debe fijarse en el tercio inferior (desde los cuatro años hasta los cuatro años y ocho meses). Y rechazó el agravio del Ministerio Público en cuanto a la imposición de la pena en el tercio intermedio y considerando las condiciones personales del procesado Miyashiro Yamashiro (en aplicación del principio de proporcionalidad), y por una cuestión de equidad le impuso la misma pena que los autores —cuatro años de privación de libertad suspendida—, límite mínimo del tercio inferior.

Décimo. En ese contexto, en el marco del control *in iure* del juicio de determinación de la pena llevado a cabo por la Sala Superior, es importante señalar que, si bien se rechazó la cuestión observada por el Ministerio Público, sobre la aplicación de la agravante por “pluralidad de agentes” en la comisión del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, esto se efectuó en consideración a la naturaleza propia de los delitos de infracción de deber. Sin embargo, al negar la configuración de dicha circunstancia de agravación, el Colegiado no consideró que sí es posible la participación en el delito de negociación incompatible (conforme a la doctrina jurisprudencial dominante señalada en los fundamentos quinto al séptimo de esta ejecutoria), desde el ámbito de la responsabilidad, como ocurrió en el presente caso con la participación de Magali Isabel Zagal Rosales⁹,

⁹ La encausada Magali Isabel Zagal Rosales fue procesada como cómplice primaria de los delitos de negociación incompatible y uso de documento falso. Esta se sometió a la conclusión anticipada del proceso penal; y, mediante sentencia conformada del diecinueve de octubre de dos mil dieciocho (fojas 57 a 68), fue condenada a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, por su participación en la Licitación Pública n.º

quien era una particular no obligada institucionalmente —*extraneus*— y que intervino como cómplice primaria en el acotado delito, y su situación jurídica concluyó a través de una condena por sentencia conformada.

Undécimo. Asimismo, la Sala Superior consideró que, al no existir cuestionamiento por el representante del Ministerio Público sobre la aplicación del “sistema de tercios”¹⁰ y pese a no encontrarse vigente al momento de los hechos, aplicó ello por considerarlo más beneficioso. Al respecto, debe acotarse que las normas penales que establecen los mecanismos para la determinación judicial de la pena son de *naturaleza sustantiva* y en su aplicación rige el principio *tempus commissi delicti*. Por lo tanto, no son retroactivas¹¹, salvo la excepción prevista en el artículo 6 del Código Penal y el artículo 103 de la Constitución Política del Perú¹², cuando sean favorables al reo¹³. En el caso, es evidente que, de aplicarse la dosificación de la pena en función de la circunstancia personal del procesado como reo primario (por carecer de antecedentes penales) y pluralidad de agentes (comprendido en su texto primigenio en el artículo 46, numeral 7, del Código Penal), y conforme a las pautas del sistema de tercios (previsto en el artículo 45-A del Código Penal), la sanción penal estaría ubicada en el tercio intermedio y ello de ninguna manera favorecería al citado encausado, sino que lo perjudicaría. Esto debe

007-2008-CE-MDCH y resultar ganadora de la adjudicación de la buena pro con su empresa TLM PERÚ EIRL, y luego firmar contrato con la Municipalidad Distrital de Chorrillos y otro.

¹⁰ **Sistema de tercios:** el artículo 45-A del Código Penal, sobre la individualización de la pena, fue incorporado por el artículo 2 de la Ley n.º 30076, publicada el **diecinueve de agosto de dos mil trece**.

¹¹ Tal conclusión ya fue expresada por la Corte Suprema en las ejecutorias supremas expedidas en los siguientes recursos de nulidad: 726-2016/Lima y 742-2017/Lima.

¹² Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

¹³ Sentencia de Casación n.º 2508-2021/Áncash, del treinta de marzo de dos mil veintitrés, fundamento de derecho séptimo.

prevenirse, ya que, en tales condiciones, una norma sustantiva posterior a los sucesos no es aplicable.

Duodécimo. Además, las pautas sobre la determinación de la pena a través del sistema de tercios son de *naturaleza sustantiva* y, al no estar vigente al momento de los hechos —veintinueve de diciembre de dos mil ocho—, como es el presente caso, no debe utilizarse para fijar la pena concreta, pues, como se ha sostenido, no favorece al citado encausado. Así, para individualizar la sanción únicamente el juzgador debe considerar la pena conminada dentro de los límites fijados por la ley (artículo 46, primer párrafo, del Código Penal), conforme al texto vigente al momento de los hechos, y considerar las circunstancias personales del acusado (previstas en el artículo 45 del Código Penal). En el caso, se verifica que la Sala Superior, al dosificar la pena, efectuó ello dentro del marco legal del delito de negociación incompatible (artículo 399 del Código Penal)¹⁴, cuya sanción era no menor de cuatro ni mayor de seis años de pena privativa de libertad, y le impuso al acusado una sanción mínima —cuatro años de privación de libertad suspendida—. Esta pena no resulta desproporcionada ni está fuera del marco legal.

Decimotercero. En ese marco, a pesar del error puntual cometido por la Sala Superior, como considerar el sistema de tercios en la argumentación de la dosificación de la pena, se concluye que el *quantum* de la sanción impuesta por el Colegiado es finalmente

¹⁴ **Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley n.º 28355, publicada el seis de octubre de dos mil cuatro, cuyo texto es el siguiente:**

“Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El 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 en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de cuatro ni mayor de seis años** e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal” [resaltado nuestro].

proporcional y razonable, razón por la cual se rechaza el recurso interpuesto por el representante de la legalidad.

Decimocuarto. Finalmente, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 499 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público está exento del pago de costas, por lo que, en el caso, al desestimarse el recurso de casación, se debe eximir del pago de costas al representante de la legalidad.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación, por la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, interpuesto por el representante del Ministerio Público. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista del once de julio de dos mil veintidós (fojas 516 a 533), que revocó la sentencia de primera instancia del dieciocho de marzo de dos mil diecinueve (foja 48) en los extremos de la pena privativa de libertad efectiva (cuatro años y ocho meses) y la pena de inhabilitación (veinticuatro meses conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal), impuestas en contra del condenado Augusto Miyashiro Yamashiro; reformándola, le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta, así como la pena de inhabilitación por el plazo de seis meses, de conformidad con los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, por el delito contra la Administración pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio del Estado; con lo demás que contiene.

- II. DECLARARON EXENTO** del pago de costas procesales al Ministerio Público.
- III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia, que se notifique a las partes apersonadas ante este Supremo Tribunal y que se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. MANDARON** que, cumplido el trámite respectivo, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen, a fin de proceder conforme a lo dispuesto. Hágase saber.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

MAITA DORREGARAY

AK/egtch