



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 307-2019/ANCASH
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título: Negociación Incompatible. Alcances

Sumilla.1. La naturaleza civil o laboral-público del contrato, en este caso de locación de servicios, es irrelevante. Basta que la persona contratada preste servicios profesionales para el organismo público, tenga un encargo específico y perciba por ello un pago establecido, y abonado por el tesoro público. El tipo delictivo, por ello, hace referencia a “cualquier contrato”. **2.** Interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; y, además, se está ante un delito de peligro abstracto. En el *sub-judice* es patente que se incorporó a la administración municipal a quien no podía acceder a ella por su relación de parentesco con el jefe de la Asesoría Jurídica de la Municipalidad. No solo no hubo un concurso público, sino que era evidente que no aplicaba la excepción del artículo 20, literal f), de la Ley de Contrataciones del Estado. **3.** El examen de tipicidad está en función a la ilegalidad del nombramiento, que era común a los dos funcionarios públicos, cada uno desde su propia perspectiva. El alcalde, a sabiendas, nombró a quien no podía hacerlo; y, el jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, visó el contrato pese a que tal nombramiento estaba prohibido. Como delito de infracción de deber cada imputado al vulnerar la norma de no contratar con parientes de la institución pública es autor. No es relevante afirmar que Héctor Flores Leiva no era hermano del alcalde Acuña Benites, pues lo esencial es que el primero no podía acceder a la Municipalidad –de él dependía que no se incorporara– porque su hermano era jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de dicha entidad, lo que era de su conocimiento.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, siete de febrero de dos mil veintidós

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material, interpuesto por el FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE ANCASH contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos diecinueve, de veinte de noviembre de dos mil dieciocho, que revocando la sentencia de primaria instancia de fojas doscientos cuarenta y tres, de veinticuatro de julio de dos mil dieciocho, absolvió a Víctor Efraín Flores Leiva y Teodoro Moisés Acuña Benites de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Huari; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación de fojas uno, de tres de junio de dos mil trece, el encausado VÍCTOR EFRAÍN FLORES LEIVA, mediante Resolución de Alcaldía N.º 006-2011-MPHI, de tres de enero de dos mil once, fue designado jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 276 y Decreto Supremo 005-90-PCM. Posteriormente, por contrato por locación de servicios 004-2010-UP, de nueve de febrero de dos mil once, Héctor Flores Leiva fue contratado como asesor legal externo de la Municipalidad Provincial de Huari, de febrero a diciembre de dos once (según la pericia contable este último percibió por sus servicios la suma de cuarenta y ocho mil ciento cincuenta soles). El citado encausado Víctor Flores Leiva, como jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica, tenía como función “analizar y visar los proyectos de contratos y convenios que sean suscritos por el gerente Municipal o el alcalde”, de conformidad con el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad de Huari, aprobado mediante Ordenanza Municipal 067-MPHI-2009.

∞ El encausado Víctor Efraín Flores Leiva, como jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica, intervino en el visado del contrato de locación de servicios 004-2010-UP, de nueve de febrero de dos mil once, por el que se contrató los servicios profesionales de su propio hermano Héctor Flores Leyva como Asesor Externo de la misma Municipalidad donde desempeñaba dicha función, en contravención a lo previsto en el literal e) del artículo 23 del Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa del Sector Público y de Remuneraciones, y en el artículo 3 del Decreto Supremo 021-2000-PC, Reglamento de la ley 26777. Estas normas establecen la prohibición de que los funcionarios públicos que tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de contratación personal ejerzan dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio. Con el visado del aludido contrato, el encausado Víctor Efraín Flores Leyva puso de manifiesto su pretensión particular para la contratación de su propio hermano, de modo que le permitió un beneficio indebido con lesión al patrimonio del Estado. Al visar el contrato de su hermano, aprobó y autorizó su celebración.

∞ Asimismo, el imputado Teodoro Moisés Acuña Benites como alcalde de la Municipalidad Provincial de Huari ordenó la contratación de Héctor Flores Leiva como Asesor Legal Externo. Ello se evidencia de la Hoja de Vida del referido profesional, en el que al reverso de la misma se observa el sello y firma del citado acusado, por lo que ordenó al jefe de Personal Félix Demóstenes Lora Zorrilla la contratación de Héctor Flores Leiva como Asesor Legal Externo en la Municipalidad agraviada, de suerte que se interesó de manera directa e indebida en tal contratación.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite del proceso penal, se tiene lo siguiente:

1. La acusación fojas uno, de tres de junio de dos mil trece, del expediente judicial atribuyó a los encausados Víctor Efraín Flores Leiva y Teodoro Moisés Acuña Benites la comisión del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Huarí y requirió una pena de cinco años de privación de libertad y treinta mil soles de reparación civil que deberán cancelar los imputados de manera solidaria.
2. La inicial sentencia de primera instancia de fojas doscientos cuarenta y tres, de veinticuatro de julio de dos mil dieciocho, condenó a Acuña Benites y Flores Leiva como autores del delito de negociación incompatible y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años e inhabilitación de cuatro años, así como el pago solidario de cincuenta mil soles por concepto de reparación civil.
3. Los defensores de los encausados interpusieron recurso de apelación de fojas trescientos once, de treinta y uno de julio de dos mil dieciocho, y fojas trescientos treinta y dos, de treinta de julio de dos mil dieciocho. Solicitaron la absolución de los cargos.
4. Culminado el trámite impugnativo, la Primera Sala Penal de Apelaciones profirió la sentencia de vista de fojas cuatrocientos diecinueve, de veinte de noviembre de dos mil dieciocho, que revocando la sentencia de primaria instancia de fojas doscientos cuarenta y tres, de veinticuatro de julio de dos mil dieciocho, absolvió a Víctor Efraín Flores Leiva y Teodoro Moisés Acuña Benites de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Huarí.
5. Contra la sentencia de vista el representante del Ministerio Público promovió recurso de casación.

TERCERO. El señor Fiscal Adjunto Superior, en su recurso de casación de fojas cuatrocientos cincuenta y tres, de cuatro de diciembre de dos mil dieciocho, invocó las causales previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4, del artículo 429, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–. Argumentó que la Sala Superior incurrió en una motivación ilógica ante la indebida interpretación del tipo delictivo de negociación incompatible y transgredió el artículo 139, inciso 5, de la Constitución y demás normas del Código Procesal Penal, causando grave perjuicio al Estado. Por último, llevó a cabo una interpretación errónea y sesgada de los medios probatorios y sobre los verbos rectores del delito de negociación incompatible.

∞ Desde el acceso excepcional al citado recurso planteó se defina que la Sala Superior debe pronunciarse dentro de los límites de la pretensión impugnatoria y ha de examinar la resolución recurrida tanto en la declaración

de hechos cuanto en la aplicación del derecho. También que se defina si el abogado de una Municipalidad, por el hecho de dar el visto bueno en un contrato, tiene un grado de participación en el mismo y, por tanto, puede mostrar interés indebido; y, en consecuencia, definir que el Tribunal Superior realizó incorrecta interpretación del artículo 399 del Código Penal. Se debe realizar un control externo de la motivación, a fin de controlar el sentido lógico de la sentencia de vista.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas setenta y cuatro, de veinticuatro de septiembre de dos mil veinte, es materia de dilucidación en sede casacional al admitirse el acceso excepcional al recurso de casación:

- A.** Las causales de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material: artículo 429, numerales 1 y 3, del CPP.
- B.** Será del caso analizar:
 - 1.** Los fundamentos en que se basó el Colegiado para absolver a los procesados.
 - 2.** Si la Sala Penal Superior realizó una interpretación errada del artículo 399 del Código Penal, en orden al verbo rector provecho propio o para un tercero.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios por ninguna de las partes–, se expidió el decreto de fojas noventa y tres, de diecisiete de enero de dos mil veintidós que señaló fecha para la audiencia de casación el día treinta y uno de enero último.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Martín Salas Zegarra y de los doctores Edgar Velásquez Huerta, por el encausado Acuña Benites, y Víctor Flores Leiva por propio derecho.

SÉPTIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la censura casacional está circunscripta a examinar desde las causales de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material, los alcances de la sentencia de vista –sus presupuestos para absolver a los

imputados: Argumentos probatorios y materiales– y definir la interpretación más aceptable del tipo delictivo de negociación incompatible.

∞ A partir de estas premisas será del caso establecer si la absolución es fundada.

SEGUNDO. Que el acto cuestionado es el contrato de locación de servicios 004-2010-UP, de nueve de febrero de dos mil once, por el cual se contrató al hermano del jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial de Huari como Asesor Legal Externo de la indicada Municipalidad. Este contrato lo firmó el encausado Acuña Benites, en su condición de alcalde de la Municipalidad Provincial de Huari, y, entre otros, lo visó el encausado Víctor Efraín Flores Leiva como jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, designado por Resolución de Alcaldía N.º 006-2011-MPHI, de tres de enero de dos mil once [el contrato materia de incautación es el que realmente corresponde a los hechos juzgados: véase folio dieciocho del párrafo 3.7 y folio veintiséis del párrafo 4.4 de la sentencia de primera instancia].

∞ El Tribunal Superior en el párrafo seis del vigesimosegundo fundamento jurídico [vid.: folio veintiséis] puso en duda, por falta de pericia, el visado realizado por el encausado Víctor Efraín Flores Leiva. Sin embargo, su razonamiento es inconsistente o incoherente y, por tanto, inconstitucional. En efecto, (i) si el contrato pasó por su Oficina, (ii) si él reconoce que lo vio y luego lo pasó a otras áreas, (iii) si normativamente debía visarlo o, en su defecto, formular una observación como era obvio –el visado es un acto de aceptación de la procedencia y legalidad del contrato puesto a su conocimiento–, y (iv) si el contrato incautado tiene sello y rúbrica de su Oficina, entonces, la única inferencia posible es que el encausado Víctor Efraín Flores Leiva fue quien lo hizo. Nada indica que tal contrato, en el extremo del sello y rúbrica, es falso; y, menos aún si solo se puede acreditar por pericia grafotécnica, desde que es posible superarla en función a la forma y circunstancias de los hechos y del hallazgo del documento cuestionado, según se ha precisado *up supra*.

TERCERO. Que es de tener presente que las decisiones institucionales para contratar en el Sector Público, aun cuando fueran de locación de servicios, pasa por un procedimiento interno, que incluso importa un concurso público, como reza el artículo 16 del Decreto Legislativo 1017, de cuatro de junio de dos mil ocho, la Ley de Contrataciones del Estado–; y, con la intervención efectiva de varios órganos: de dirección, de línea y de asesoramiento, a fin de determinar su viabilidad jurídica, presupuestal y operativa, así como si la persona a contratar cumple con el perfil requerido y no está sujeto a alguna

prohibición legal o incompatibilidad. La sola voluntad de la Alta Dirección o de concretos funcionarios no es aceptable en la contratación pública.

CUARTO. Que en el presente caso, en primera instancia, se declaró probado que el encausado Acuña Benites conocía a los hermanos Flores Leiva desde antes del ejercicio del cargo y había expresado su voluntad de trabajar con ellos (así también lo reconoció la sentencia de vista); que el proyecto de contrato pasó por varias áreas de la Municipalidad y que el encausado Víctor Efraín Flores Leiva lo visó en señal de conformidad, incluso el vínculo de parentesco entre ambos letrados (Víctor Efraín Flores Leiva y Héctor Flores Leiva) fue materia de cuestionamiento y de tres informes por otras áreas de la Municipalidad agraviada [vid.: 10-2011-MPHI/UPER, 072-2011-MPHI/UPER y 043-2011-MPHI/UPER]. Por lo demás, el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Provincial de Huari estipula que correspondía a la Oficina de Asesoría Jurídica analizar y visar los proyectos de contratos y convenios que sean suscritos por el Gerente Municipal o el alcalde; de suerte que no era de rigor aceptar el argumento del citado imputado, en el sentido de que no visó el citado contrato, quien no obstante ello reconoció que éste pasó por la dependencia a su cargo, y que al ser convocado para definir su posición al efecto dijo que no había nepotismo.

QUINTO. Que el Tribunal Superior sustentó la absolución en razones de ausencia de tipicidad del hecho acusado. Señaló que el contrato cuestionado era uno de naturaleza civil, regido bajo las normas del Código Civil; que la prohibición por nepotismo se incorporó después de los hechos, con el Decreto Legislativo 1057; que el tipo penal no exige que el interés inicial de contratar sea indebido, sino el “interesamiento” posterior ligado a un contrato en el cual el funcionario público interviene por razón de su cargo; que, además, el contenido de este “interesamiento” ha de colisionar con alguna norma prohibitiva, es decir el acuerdo del sujeto activo debe de ser indebido; que el contrato se redactó en virtud de la excepción fijada por el Decreto Legislativo 1017, artículo 20, inciso f), de cuatro de junio de dos mil ocho, y su Reglamento 184-2008-PCM –por Decreto de Urgencia 014-2009, de treinta y uno de febrero de dos mil nueve, el Decreto Legislativo antes aludido entró en vigencia a partir del uno de febrero de dos mil nueve–; que, de otro lado, el encausado Flores Leiva no tiene facultad de nombramiento o contratación de personal –sólo dijo que no había nepotismo–; que no se requería proceso de selección para la contratación de su hermano; que en todo caso podría haber incurrido en incumplimiento de deberes funcionales inherentes al cargo, no de la comisión de actos que denoten “interesamiento” en relación al contrato, pese a que era cierto su necesaria participación (visado y revisión); que cuando el tipo penal exige provecho propio o de un

tercero, éste debe ser en desmedro de la agraviada, peligro concreto de perjudicar a la víctima, lo que no se ha producido porque el contrato se cumplió dentro de lo pactado: hubo un provecho ilícito pero no originó lesividad o perjuicio alguno para la Municipalidad [vid.: fundamentos jurídicos vigesimoprimer y vigesimosegundo, folios veintiuno a treinta].

SEXO. Que este Tribunal de Casación en varias sentencias ya fijó doctrina legal sobre el tipo delictivo de negociación incompatible. Así, entre otras, cabe citar la sentencia casatoria 396-2019/Ayacucho, de nueve de noviembre de dos mil veinte, y específicamente la sentencia casatoria 180-2020/La Libertad, de siete de diciembre de dos mil veinte.

∞ El artículo 399, del Código Penal 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, [...]*”.

∞ Así, ratificando lo expuesto en estas sentencias, cabe reiterar lo siguiente:

“**1.** El delito de negociación incompatible protege la expectativa 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 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]”.

SÉPTIMO. Que, en atención a lo expuesto y según los datos del caso, precisados *up supra*, cabe resaltar lo siguiente:

- A.** La naturaleza civil o laboral–público del contrato, en este caso de locación de servicios, es irrelevante. Basta que la persona contratada preste servicios profesionales para el organismo público, tenga un encargo específico, y perciba por ello un pago establecido y abonado por el tesoro público. El tipo delictivo, por ello, hace referencia a “*cualquier contrato*”. Recuérdese que lo que se protege es la expectativa normativa de que el funcionario público actúe en resguardo de los intereses de la Administración.
- B.** Como ya se anotó, interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; y, además, se está ante un delito de peligro abstracto. Luego, en el *sub-judice* es patente que se incorporó a la administración municipal a quien no podía acceder a ella por su relación de parentesco con el jefe de la Asesoría Jurídica de la Municipalidad. No solo no hubo un concurso público, sino que era evidente que no aplicaba la excepción del

artículo 20, literal f), de la Ley de Contrataciones del Estado, que estipulaba: “Están exoneradas de los procesos de selección las contrataciones que se realicen: f) Para los servicios personalísimos con la debida sustentación objetiva. Al respecto, el artículo 132 del Reglamento de esta Ley, aprobado por el Decreto Supremo 184-2008-EF, fijó la necesidad de una sustentación objetiva basada en tres requisitos: “1. Especialidad del proveedor, relacionada con sus conocimientos profesionales [...] que permitan sustentar de modo razonable e indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual. 2. Experiencia reconocida en la prestación objeto de la contratación. 3. Comparación favorable frente a otros potenciales proveedores que están en la capacidad de brindar el servicio”. Tal requerimiento, desde luego, no solo no pasó por este procedimiento para filtrar tanto la comparación favorable con otros potenciales proveedores, sino que además el servicio requerido era uno común para un profesional del Derecho con experiencia en el funcionamiento y atribuciones de una Municipalidad. Por tanto, no podía tratarse, desde ninguna perspectiva, de un conocimiento profesional especialmente complejo con muy poca oferta laboral

- C. La Ley 26771, de quince de abril de mil novecientos noventa y siete, estipuló en su artículo 1 que:

“Los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de ejercer dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio.

Extiéndase la prohibición a los contratos de Servicios No Personales”.

- D. El artículo 1 de la citada Ley 26771, con posterioridad al contrato de locación de servicios cuestionado, fue modificado por la Ley 30294, de veintiocho de diciembre de dos mil catorce que adicionó supuestos de nepotismo y, en lo relevante al presente caso, señaló: “Extiéndase la prohibición a la suscripción de contratos de locación de servicios, contratos de consultoría, y otros de naturaleza similar”. Enunciado normativo que fue reiterado por la Ley 31299, de veintiuno de julio de dos mil veintiuno.
- E. La legislación citada *up supra*, para el presente caso, tiene perfiles comunes. El contrato de locación de servicios profesionales es, desde luego, un contrato de servicios no personales, así entendido por la Administración. Las normas modificatorias no excluyeron este supuesto,

sino lo precisaron y ampliaron para precisar que se trata de contratos de locación de servicios y extenderlo a contratos de consultoría y otros similares.

- F.** Desde esta legislación sobre nepotismo en el Sector Público es claro que quienes tienen facultad de contratación de personal (el alcalde en el *sub-judice*) y los que tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección (el jefe de Asesoría Jurídica) están prohibidos de ejercer dicha facultad en su entidad respecto, entre otros, de sus hermanos. El alcalde Acuña Benites sabía que Héctor Flores Leiva era hermano del jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica –que él mismo había designado–, Víctor Efraín Flores Leiva; y, desde luego, esta situación era conocida por Héctor Flores Leiva, quien visó el contrato de locación de servicios de su propio hermano. En tal virtud, la contratación de Héctor Flores Leiva, por el vínculo con su hermano Víctor Efraín Flores Leiva, jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Municipalidad agraviada, estaba prohibida; y, pese a ello, ambos imputados dieron pase a esta contratación.
- G.** El examen de tipicidad está en función a la ilegalidad del nombramiento, que era común a los dos funcionarios públicos, cada uno desde su propia perspectiva, que trajo consigo un aporte de recursos determinado. El alcalde Acuña Benites, a sabiendas, nombró a quien no podía hacerlo; y, el jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, visó el contrato pese a que tal nombramiento estaba prohibido. Como delito de infracción de deber cada imputado al vulnerar la norma de no contratar parientes en la institución pública es autor. No es relevante afirmar que Héctor Flores Leiva no era hermano del alcalde Acuña Benites, pues lo esencial es que el primero no podía acceder a la Municipalidad –de él dependía que no se incorporara– porque su hermano era jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de dicha entidad, lo que era de su conocimiento.

OCTAVO. Que, por lo expuesto, el Tribunal Superior interpretó indebidamente el tipo delictivo de negociación incompatible y no aplicó, como correspondía, los hechos a lo prescripto en el artículo 339 del Código Penal. Asimismo, inobservó la garantía de tutela jurisdiccional del Ministerio Público al no expedirse una sentencia fundada en Derecho e, incluso, al realizar un análisis irrazonable de la intervención del acusado Víctor Efraín Flores Leiva.

∞ En estas condiciones, habiendo intervenido en la audiencia de apelación el imputado y su defensa, siendo correcta la sentencia de primera instancia, no es de rigor una nueva audiencia, tanto más si lo esencial del vicio *in iuris* detectado es de interpretación y aplicación del tipo delictivo. Por consiguiente, corresponde emitir una sentencia casatoria rescindente y

rescisoria, lo que, por ejemplo, está validado por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Vilanova Goteris y Llop García contra España, de veintisiete de noviembre de dos mil doce, en cuya virtud ello es posible que, sin alterar los hechos y sin revalorar la prueba actuada, se dicte una sentencia rescisoria condenatoria.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación, por inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material, interpuesto por el FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE ANCASH contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos diecinueve, de veinte de noviembre de dos mil dieciocho, que revocando la sentencia de primaria instancia de fojas doscientos cuarenta y tres, de veinticuatro de julio de dos mil dieciocho, absolvió a Víctor Efraín Flores Leiva y Teodoro Moisés Acuña Benites de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Huarí; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de segunda instancia. **II. Y**, actuando como instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia que condenó a Víctor Efraín Flores Leiva y Teodoro Moisés Acuña Benites como autores del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Huarí a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, e inhabilitación por cuatro años, así como al pago de cincuenta mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. **III. MANDARON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal Superior de origen para los fines de ley y se devuelvan los actuados. **INTERVINO** el señor Núñez Julca por licencia del señor Coaguila Chávez. **V. HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.
Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

NÚÑEZ JULCA

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/AMON