

Diferencias y semejanzas entre el concurso real homogéneo y el delito continuado

a. En el concurso real homogéneo las acciones configuran delitos de una misma especie, pero independientes, y con una finalidad para cada ilícito. En el delito continuado, las acciones se encuentran vinculadas y responden a un mismo fin, debido a que forman parte de una misma resolución criminal. La valoración de los actos configuradores de un mismo tipo penal es independiente en el concurso real homogéneo; sin embargo, para el delito continuado, la valoración de todas las acciones es global, integrable en una acción compleja o continuada, lo que representa el aprovechamiento de una misma oportunidad, de modo que esas acciones configuren un único delito.

b. En cuanto a los bienes jurídicos afectados, el concurso real homogéneo puede afectar bienes jurídicos personalísimos, como la vida; sin embargo, el delito continuado no puede configurarse con base en la afectación de este tipo de bien jurídico. En el plano subjetivo, el dolo en el concurso real homogéneo se evalúa con ocasión de la materialización de cada delito en forma independiente. En el delito continuado, es un dolo global y continuo, en cuanto representa una misma resolución criminal. En lo atinente al *quantum* punitivo, en el concurso real homogéneo se suma la pena fijada para cada delito. En el delito continuado, al ser considerado como un solo ilícito, se sancionará con la pena que corresponda al más grave.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintitrés de febrero de dos mil veintiuno

VISTOS: en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado **Ernesto Malpartida Corrales** contra la sentencia de vista del diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho (foja 388), emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que confirmó la sentencia de primera instancia, en el extremo que lo condenó como cómplice primario del

delito contra la administración pública-delitos cometidos por funcionarios públicos-negociación incompatible, en agravio del Estado y la Municipalidad de Echarati; le impuso diez años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el plazo de tres años y fijó en S/ 64 653.20 (sesenta y cuatro mil seiscientos cincuenta y tres soles con veinte céntimos) el monto por concepto de reparación civil que deberá abonar de manera solidaria en favor de la parte agraviada; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo Figueroa Navarro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso en la etapa intermedia

1.1. La representante de la Fiscalía Provincial Mixta de Echarati-La Convención, mediante requerimiento acusatorio directo y su subsanación (fojas 2 y 126), formuló acusación en contra de Elio Pro Herrera y el recurrente Ernesto Malpartida Corrales como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito contra la administración pública-delitos cometidos por funcionarios públicos-negociación incompatible, en agravio del Estado y la Municipalidad de Echarati, previsto en el artículo 399 del Código Penal. Realizada la audiencia de control de acusación, conforme al acta respectiva (foja 269), se emitió el auto de enjuiciamiento del diez de agosto de dos mil quince (foja 276).

Segundo. Itinerario del juicio en primera instancia

2.1. Mediante auto de citación de juicio oral, contenido en la Resolución número 2, del veintiuno de octubre de dos mil quince (foja 50 del cuaderno de debate), se citó a los encausados a la audiencia de juicio oral. Instalada la audiencia, en la octava

sesión, se resolvió declarar el quiebre del proceso mediante Resolución número 16, del primero de agosto de dos mil dieciséis (foja 291 del cuaderno de debate).

- 2.2.** Es así que mediante Resolución número 1, del diez de enero de dos mil diecisiete (foja 310 del cuaderno de debate), se dictó auto de citación a juicio oral. Instalada la audiencia, las demás sesiones se realizaron con normalidad. Culminado el debate oral, se llevó a cabo la audiencia de lectura de la sentencia el dos de febrero de dos mil dieciocho, conforme consta en el acta (foja 315 del cuaderno de debate); dicha sentencia condenó a Elio Pro Herrera y a Ernesto Malpartida Corrales como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito contra la administración pública-delitos cometidos por funcionarios públicos-negociación incompatible, en agravio del Estado y la Municipalidad de Echarati, y se les impuso diez años de pena privativa de libertad, inhabilitación por el plazo de tres años y el pago de S/ 64 653.20 (sesenta y cuatro mil seiscientos cincuenta y tres soles con veinte céntimos) por concepto de reparación civil, que deberán abonar de manera solidaria en favor de la parte agraviada.
- 2.3.** Contra esta decisión, los encausados (defensa única) interpusieron recurso de apelación (foja 342 del cuaderno de debate), el cual fue concedido mediante auto del veintiséis de marzo de dos mil dieciocho (foja 352 del cuaderno de debate), y se ordenó que se eleven los actuados al superior en grado.

Tercero. Itinerario del proceso en segunda instancia

- 3.1.** Corrido el traslado de la impugnación en el plazo de ley, la Sala Penal de Apelaciones, conforme al auto superior del diez de agosto de dos mil dieciocho (foja 361 del cuaderno de debate), convocó a audiencia de apelación, la cual se llevó en dos

sesiones, como se aprecia de las actas respectivas (fojas 366 y 368 del cuaderno de debate).

- 3.2.** El diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho, se procedió a realizar la audiencia de lectura de sentencia de vista, según consta en el acta respectiva (foja 406 del cuaderno de debate), mediante la cual se decidió, por unanimidad, declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa de los encausados, y se confirmó, en todos sus extremos, la sentencia de primera instancia.
- 3.3.** Emitida la sentencia de vista, los encausados interpusieron recurso de casación. El recurso de casación interpuesto por Pro Herrera fue declarado improcedente y el recurso de casación de Malpartida Corrales, admitido, como se aprecia del auto superior del tres de octubre de dos mil dieciocho (foja 435 del cuaderno de debate).

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1.** Elevado el expediente a esta Suprema Sala, se corrió traslado a las partes, conforme a los cargos de entrega de cédulas de notificación (fojas 35, 36 y 37 del cuadernillo formado en esta Suprema Sala), y se señaló fecha para calificación del recurso de casación. En este sentido, mediante auto de calificación del treinta y uno de enero de dos mil veinte (foja 142 del cuaderno formado ante este Supremo Tribunal), se declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado Malpartida Corrales contra la sentencia de vista, por la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal e inadmisibles respecto a las causales 1 y 5 del mencionado artículo.
- 4.2.** Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, conforme al cargo de entrega de cédulas de notificación electrónica (foja 156 del cuaderno de casación), se señaló como fecha para la audiencia de casación el dos de febrero de

dos mil veintiuno, mediante decreto del trece de enero de dos mil veintiuno (foja 155 del cuaderno de casación). Instalada la audiencia de casación, se realizó mediante el aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia del representante del Ministerio Público y la defensa del encausado. Una vez culminada, 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 señalado, se efectuará con las partes que asistan, en concordancia con el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal.

Quinto. Motivo casacional

Como se estableció en el fundamento jurídico décimo del auto de calificación del recurso de casación, en concordancia con su parte resolutive, se declaró bien concedido dicho recurso por la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, para desarrollo de doctrina jurisprudencial, respecto a los alcances referidos al concurso real (homogéneo) y el delito continuado.

Sexto. Agravios expresados en el recurso de casación

Los fundamentos planteados por la defensa del encausado en su recurso de casación, vinculados a la causal por la que fue declarado bien concedido, son los siguientes:

- 6.1.** Se aplicó erróneamente el artículo 50 del Código Penal a efectos de la imposición de la pena. No se advierte concurso real de delito, sino que los hechos califican como delito continuado.
- 6.2.** Se le imputó haber suscrito siete contratos en el periodo 2007-2008 para la Municipalidad en la que su cuñado era alcalde, pero dicha acción configura delito continuado y no concurso real.

Séptimo. Hechos materia de imputación

De acuerdo con el requerimiento acusatorio y su subsanación (fojas 2 y 126), los hechos imputados son los siguientes:

7.1. Circunstancias precedentes

Elio Pro Herrera y Ernesto Malpartida Corrales son parientes en segundo grado de afinidad, pues este último es hermano de Yanet María Malpartida Corrales, cónyuge de Elio Pro Herrera, con quien contrajo matrimonio el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Por otro lado, el referido Pro Herrera ejerció la función pública al ser alcalde de la Municipalidad Distrital de Echarati en el periodo 2007-2010 por elección popular, esta es la tercera vez que salió elegido alcalde; por ende, contaba con experiencia en la gestión pública. Por esta relación de parentesco, Ernesto Malpartida Corrales se encontraba impedido de contratar con la referida Municipalidad (en los años 2007 y 2008), conforme a lo establecido por los numerales b y c del artículo 9 del Decreto Supremo número 083-2004-PCM, Texto único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

7.2. Circunstancias concomitantes

Durante los años 2007 y 2008, la Municipalidad Distrital de Echarati, con la finalidad de realizar obras públicas, convocó a diversos procesos de selección, entre ellos, convocatorias para la adquisición de menor cuantía (en adelante AMC), de acuerdo con las condiciones, prohibiciones y procedimientos establecidos en el Decreto Supremo número 083-2004-PCM, Texto único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante la Ley) y el Decreto Supremo número 084-2004-PCM, Reglamento de

Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante el Reglamento).

De acuerdo con los literales b y c del artículo 9 de la Ley, están impedidos para ser postores y/o contratistas: “Los alcaldes [...] el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad [...]”. El artículo 7.20 del Reglamento establece que: “En el capítulo de consultores de obra deberán inscribirse todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que deseen participar en los procesos de selección para contratar con el Estado, la consultoría de obras públicas, sea que se presenten de manera individual, en consorcio o tengan la condición de sub contratistas”. Asimismo, en el artículo 7.22 se señala lo siguiente: “El Registro Nacional de Proveedores inscribirá a los consultores de obras de acuerdo a sus especialidades, habilitándolos para ser postores en los procesos de selección para consultoría de obras públicas”.

En este contexto, el encausado Ernesto Malpartida Corrales, cuñado de Elio Pro Herrera, pese a tener impedimento para ser postor o contratista y a que no se encontraba inscrito en el Registro Nacional de Proveedores, conforme a la normativa ya citada, participó en varios procesos de selección desde el veinticuatro de abril de dos mil siete hasta el dieciséis de abril de dos mil ocho e, incluso, presentó declaraciones juradas de no tener impedimento para contratar con el Estado en las adquisiciones de menor cuantía, declaraciones que faltaron a la verdad.

Así, Ernesto Malpartida Corrales, burlando todos los controles y cumpliendo supuestamente con los requisitos, procedió a recabar las bases para los diferentes concursos, con la finalidad de postular en cada uno de ellos; así, consiguió que se le otorgue la buena pro para que elabore los perfiles y expedientes técnicos para la ejecución de obras públicas, lo que constituye la etapa precontractual o etapa de selección.

En la etapa contractual y para el perfeccionamiento del contrato, el encausado Elio Pro Herrera mostró interés particular en los contratos en que su propio cuñado Ernesto Malpartida Corrales era parte, esquivó la Resolución de Alcaldía número 033-2007-A-MDE/LC, del cinco de marzo de dos mil siete, por el cual delegaba funciones a su gerente general, César Arturo Camacho Galdos, y, por un acto de voluntad propia, suscribió los siguientes contratos:

- 1.** Contrato número 029-2007-MDE-GA-JL, del veinticuatro de abril de dos mil siete, para la consultoría a nivel de perfil de la obra denominada "Construcción del puente carrozable Nueva Esperanza río Kumpirushiato".
- 2.** Contrato número 226-2007-MDE-GA-JL, del veintidós de julio de dos mil siete, para la elaboración del expediente técnico a nivel definitivo para el proyecto denominado "Elaboración del perfil del puente Pasarella Huacayoc".
- 3.** Contrato número 227-MDE-GA-JL, del veintidós de octubre de dos mil siete, para la consultoría estudio a nivel de perfil de proyecto de inversión pública denominado "Construcción del puente carrozable Ivochote-río Urubamba y Construcción del puente carrozable-río Urubamba".
- 4.** Contrato número 228-2007-MDE-GA-JL, del veintidós de octubre de dos mil siete, para la consultoría a nivel de perfil de la obra denominada "Construcción puente Pasarella Medio Urubamba-San Carlos y del puente San Martín zona Quishiato".
- 5.** Contrato número 069-2008-MDE-GA-JL, del doce de marzo de dos mil ocho, para la consultoría del expediente técnico a nivel definitivo para el proyecto denominado "Mejoramiento de vías y construcción de veredas en el cercado de Echarati".

6. Contrato número 123-2008-MDE-UL/LC, del cuatro de abril de dos mil ocho, para la consultoría de formulación del perfil del proyecto de inversión pública denominado “Construcción puente peatonal Taquila del distrito de Echarati-La Convención-Cusco”.

7. Contrato número 145-2008-MDE-UL/LC, del dieciséis de abril de dos mil ocho, para la consultoría de formulación del perfil técnico del proyecto de inversión pública denominado “Construcción de pistas y veredas del centro poblado de Palma Real, distrito de Echarate-La Convención-Cusco”.

Así, contraviniendo la normativa de contrataciones vigente al momento de los hechos, el encausado Elio Pro Herrera suscribió conveniente e interesadamente todos y cada uno de los contratos señalados; asimismo, Ernesto Malpartida Corrales, pese a que tenía conocimiento de que no se encontraba habilitado para contratar con el Estado y de que estaba impedido para contratar con la Municipalidad Distrital de Echarati, por ser cuñado del alcalde Elio Pro Herrera, presentó dolosamente declaraciones juradas a las AMC convocadas por la Municipalidad y se presentó como postor apto afirmando estar habilitado y no tener impedimento para contratar con el Estado.

7.3. Circunstancias posteriores

El veintiséis de noviembre de dos mil ocho, el Órgano de Control Institucional (OCI) de la Municipalidad Distrital de Echarate elaboró la Hoja Informativa número 005-2008-HPC-OCI/MDE/LC, que contiene el visto bueno del abogado Abel Peña Vargas, donde refiere que se tomó conocimiento y se constató que Elio Pro Herrera, en su condición de titular del pliego de la Municipalidad, habría suscrito contratos con el ingeniero Ernesto Malpartida Corrales, con quien mantiene línea de parentesco, y recomendó

en dicho documento que los contratos sean declarados nulos y se tomen medidas correctivas necesarias.

El informe fue recibido por la Secretaría General de la Municipalidad el veintiséis de noviembre de dos mil ocho; resulta evidente que Elio Pro Herrera tenía conocimiento de su existencia ; sin embargo, de manera voluntaria, procedió a la ejecución de todos los contratos, con el fin de obtener un provecho económico a favor de su cuñado Ernesto Malpartida Corrales; de esa manera, contravino lo dispuesto por la Ley, pues dichos contratos debieron ser declarados nulos por vulnerar los literales b y c del artículo 9 de la Ley, conforme a lo dispuesto por el artículo 10.1 de la Ley número 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Concurso real de delitos

Octavo. El artículo 50 del Código Penal regula el denominado concurso real de delitos. Su estructura inicial fue modificada por el artículo 3 de la Ley número 28730, publicada en el diario oficial *El Peruano* el trece de mayo dos mil seis, cuyo texto legal vigente es el siguiente:

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.

Desde una perspectiva material, estamos ante un concurso real cuando un sujeto ejecuta una pluralidad de acciones independientes que producen, a su vez, resultados totalmente autónomos. En otras palabras, esta figura se verifica cuando un mismo agente ejecuta conductas normativamente distintas y diferenciables, cada una de las cuales debe

ser desvalorada como hechos delictivos independientes. La consecuencia jurídica de tal diferenciación fáctica es la mayor severidad en la imposición de la pena; en este caso, corresponde proceder a la sumatoria de esta, hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, sin exceder los treinta y cinco años. Y si alguno está sancionado con cadena perpetua, solo se aplicará esta pena.

Por otro lado, desde una perspectiva procesal, el concurso real de delitos posibilita el enjuiciamiento, en un mismo proceso y bajo un mismo marco de imputación acumulado, de los delitos cometidos por el agente de manera sucesiva, viabilizando de esta manera la tutela judicial efectiva.

Noveno. Ahora bien, esta institución penal puede expresarse de dos formas: como concurso real homogéneo o heterogéneo. En efecto, el concurso real será homogéneo si la pluralidad de acciones ejecutadas por el agente configura típicamente delitos de una misma especie; por ejemplo, si se cometen, de modo independiente, varios hurtos. Este tipo concursal acepta que la acción recaiga sobre distinto o un mismo sujeto pasivo. Por otro lado, el concurso real será heterogéneo si, en oportunidades distintas, las acciones del sujeto conllevan la materialización de delitos de diferente especie; por ejemplo, configuran una estafa, un robo o lesiones.

Décimo. Al respecto, las Salas Penales Supremas, en el Acuerdo Plenario número 4-2009/CJ-116, han establecido los siguientes requisitos para esta forma de concurso: **a)** pluralidad de acciones, **b)** pluralidad de delitos independientes y **c)** unidad de autor. En cuanto a la pluralidad de acciones, nada obsta que esta pueda ser de tipo omisivo, así como dual: acciones y omisiones a su vez. En lo atinente a la pluralidad de delitos independientes, estos pueden ser consumados y/o tentados. Y,

en lo referente a la unidad de autor, las acciones deben ser necesariamente realizadas por un solo sujeto.

B. Delito continuado

Decimoprimero. El artículo 49 del Código Penal, modificado por el artículo único de la Ley número 26683, publicada en el diario *El Peruano*, el once de noviembre mil novecientos noventa y seis, tipifica el delito continuado con el siguiente texto: “Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave [...]”.

En función del texto transcrito se puede apreciar que el delito continuado implica también la realización de una pluralidad de acciones, inmediatas o sucesivas, pero de carácter homogéneo, dirigidas por una sola resolución criminal (vinculadas entre sí) y de manera continua. La continuidad de las conductas está determinada por la similitud de la tipología delictual en su desarrollo y la frecuencia o intervalo del accionar del sujeto activo.

Decimosegundo. Como todo tipo penal, el delito continuado contiene elementos objetivos y subjetivos. Así, son de naturaleza objetiva: **i)** la pluralidad de acciones, **ii)** la pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza y **iii)** el contexto temporal de realización de las acciones. Es de carácter subjetivo: la unidad de resolución criminal¹. En cuanto a la **pluralidad de acciones**, debe tratarse de varias conductas que constituyan una previsión típica y que individualmente contempladas puedan ser susceptibles de ser categorizadas como delitos independientes, pero que en el terreno de la antijuricidad

¹ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Tercera Edición. Lima. Editorial Grijley. Año 2005. P. 946.

material deben ser consideradas colectivamente, de forma unitaria². En lo atinente a la **pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza**, antes de la modificación del artículo 49 del Código Penal, solo se exigía que las conductas vulneren la misma ley penal; sin embargo, luego de su modificación, se acepta que las normas sean de naturaleza semejante. Lo esencial en este extremo, es que se trate de la vulneración de un mismo bien jurídico protegido, quedando exceptuados los bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos, conforme al segundo párrafo del aludido artículo. Respecto al **contexto temporal de realización de las acciones**, el artículo 49 alude a dos situaciones temporales: con la expresión “en el momento de acción”, se hace referencia a un estrecho contexto temporal, durante el cual el agente comete el delito mediante acciones físicamente independientes. Es el caso del ladrón que, aprovechando la misma oportunidad (la noche en que el propietario no se encuentra en casa), se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias sustracciones³. La frase “en momentos diversos” debe ser comprendida en el sentido del contexto temporal amplio, cuya duración depende de la índole de las acciones y de las circunstancias particulares del caso que se analiza⁴. Este es el caso del cajero que se apodera, durante varios días, de una suma de dinero. En cuanto a la misma resolución criminal (elemento subjetivo), exige la presencia de un dolo global; el conocimiento potencial del tipo realizado abarca todos los momentos en los que el sujeto activo continúa sistemáticamente con su accionar delictivo.

² Quintero Olivares, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. Año 2000. P. 750.

³ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Tercera Edición. Lima. Editorial Grijley. Año 2005. P. 951.

⁴ Idem.

C. Diferencias entre concurso real homogéneo y delito continuado

Decimotercero. Ambos tipos tienen semejanzas; sin embargo, también presentan diferencias. Así, en el ámbito de la pluralidad de acciones, en el concurso real homogéneo, dichas acciones configuran delitos de la misma especie, pero independientes, y con una finalidad para cada ilícito. En el delito continuado, estas se encuentran vinculadas y responden a un mismo fin, debido a que son parte de una misma resolución criminal. La valoración de los actos configuradores de un tipo penal igual es independiente en el concurso real homogéneo; sin embargo, para el delito continuado, la valoración de todas las acciones es, en conjunto, integrable en una acción compleja o continuada que representa el aprovechamiento de una misma oportunidad, de modo que tales acciones configuren un único delito⁵.

Decimocuarto. En cuanto a los bienes jurídicos afectados, el concurso real homogéneo puede afectar bienes jurídicos personalísimos, como la vida, pero el delito continuado no puede configurarse con base en la afectación de este tipo de bien jurídico. En el plano subjetivo, en el concurso real homogéneo, el dolo, se evalúa con ocasión de la materialización de cada delito en forma independiente. En el delito continuado, es un dolo global y continuo en cuanto representa la misma resolución criminal. En lo atinente al *quantum* punitivo, en el concurso real homogéneo se suma la pena fijada para cada delito. En el delito continuado, al ser considerado como un solo delito continuado, se sancionará con la pena que corresponda al más grave.

⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*, Lima: Editorial Grijley, 2007, p. 690. El autor Fernández Carrasquilla es citado en el libro referido.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimoquinto. El recurso de casación excepcional interpuesto por el sentenciado se declaró bien concedido para desarrollo de doctrina jurisprudencial respecto a los alcances referidos al concurso real (homogéneo) y el delito continuado, vinculados a la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal. El accionante argumenta que se realizó una errónea aplicación del artículo 50 del Código Penal al momento de imponérsele la pena concreta, pues los hechos califican como delito continuado. En este contexto, corresponde analizar si se incurrió en una afectación a la aludida norma sustantiva.

Decimosexto. Ahora bien, en atención al principio de intangibilidad fáctica, no es posible modificar o poner en duda el hecho acreditado en las instancias judiciales previas. Así, en el caso quedó debidamente probado que el encausado Elio Pro Herrera fue alcalde de la Municipalidad de Echarati durante el periodo 2007-2010; que dicho encausado, en la fecha de los hechos, era esposo de Yanet María Malpartida Corrales, hermana del recurrente Ernesto Malpartida Corrales, conforme al acta de matrimonio valorada por las instancias de mérito. Por tanto, se dejó establecido que ambos encausados eran cuñados y jurídicamente eran parientes en segundo grado de afinidad.

Decimoséptimo. Asimismo, debido a esa vinculación de parentesco se determinó que existía incompatibilidad para contratar con el referido municipio, de conformidad con los literales b y c del artículo 9 del Decreto Supremo número 083-2004-PCM, Texto único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Aunado a ello, se acreditó que el recurrente, como consultor, no se encontraba inscrito en el registro respectivo, contraviniendo los numerales 20 y 22 del artículo 7 del Decreto Supremo número 084-2004-PCM, Reglamento de

Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Por otro lado, también se corroboró que el recurrente presentó declaraciones juradas en las que afirmaba que no tenía impedimento alguno para participar en el proceso de selección; además, señaló tener conocimiento, entre otros, de las sanciones contenidas en la Ley y su Reglamento. Pese a ello, el recurrente, quien tenía la profesión de ingeniero civil, firmó siete contratos de servicio de consultorías para la elaboración de perfiles para diversos proyectos entre abril de dos mil siete hasta abril de dos mil ocho con el encausado Elio Pro Herrera; servicios que fueron debidamente cancelados, como se ha acreditado con los comprobantes de pago respectivos. Estos hechos probados se catalogaron como delito de negociación incompatible.

Decimoctavo. En lo atinente al *quantum* punitivo, ambos órganos de instancia determinaron que la suscripción de los siete contratos suscitados entre los años dos mil siete y dos mil ocho, resultaban ser: “Conductas diferentes con la misma modalidad de acción, las que corresponden sancionar con la sumatoria de penas, con la restricción de que el total de dicha sumatoria no debe superar el doble del máximo de la pena conminada [sic]”; esto es, determinaron que se estaba ante un concurso real homogéneo y se le impuso la pena concreta de diez años, como solicitó el Ministerio Público en su requerimiento acusatorio.

Decimonoveno. Ahora bien, los hechos acreditados evidencian que no estamos ante delitos autónomos que configuren un concurso real homogéneo. Por el contrario, lo que se aprecia es que las acciones probadas se encuentran vinculadas y representan un mismo designio criminal. En efecto, en principio, se ejecutaron una pluralidad de acciones que configuraron un mismo tipo penal. Estos actos no ocurrieron aisladamente, sino que se encontraban concatenados con

un único fin: defraudar al Estado, representado por la Municipalidad de Echarati. El encausado, Elio Pro Herrera, era el alcalde y el recurrente era su cuñado, quien fue postor en las convocatorias realizadas en dicha entidad. Pese a esta incompatibilidad, ambos firmaron directamente siete contratos de servicios. La suscripción de estos contratos, evidencia el interés indebido del funcionario de beneficiar al tercero (recurrente).

Vigésimo. En cuanto al aspecto temporal, debemos precisar que las acciones se realizaron en un periodo de tiempo específico, diferenciable en intervalos homogéneos, en un contexto en el que el sentenciado Elio Pro Herrera (cuñado del recurrente) era alcalde de la Municipalidad de Echarati. El autor y su cómplice son los mismos y sus acciones fueron dirigidas a un mismo agraviado. También se aprecia un dolo global, pues el interés de beneficiar al recurrente, pese a la prohibición legal, se dio en cada firma de contrato de servicio, como consecuencia de una misma resolución criminal. Ergo, se configuró un delito continuado. Por tanto, no es razonable considerarlo como concurso real homogéneo.

Vigesimoprimer. Así, el *quantum* de la pena debe ser fijado conforme a lo establecido en el artículo 49 del Código Penal, que regula el delito continuado y sanciona con la pena correspondiente al más grave. En el caso, las acciones constituyeron delito de negociación incompatible, tipificado en el artículo 399 del aludido cuerpo legal, que prevé una pena máxima de seis años. Por tanto, al evidenciarse la vulneración de una norma sustantiva, se debe declarar fundado el recurso de casación del recurrente e imponer la referida pena concreta.

Vigesimosegundo. Finalmente debemos indicar que el artículo 408 del Código Procesal Penal prevé el efecto extensivo del recurso y, en su artículo primero, señala: “Cuando en un procedimiento hay coimputados, la

impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales". Del texto citado se evidencia que para que la impugnación favorezca a un coimputado, los motivos en que se funde no deben ser personalísimos, con el fin de garantizar la igualdad de trato y evitar una decisión contradictoria.

Vigesimotercero. En el caso, las instancias de mérito catalogaron los hechos como concurso real homogéneo y, en atención a las reglas de esta figura penal, fijaron la pena concreta en diez años para ambos encausados. El recurso de casación apuntó a cuestionar dicha figura y se sostuvo en que se estaba ante un delito continuado. Esta Sala Suprema estimó el aludido recurso y concluyó que las acciones configuraban un delito continuado. Por tanto, la decisión adoptada en el presente caso se debe hacer extensiva para el encausado Elio Pro Herrera y fijarse una pena similar a la del recurrente.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación, por la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, interpuesto por la defensa técnica del imputado **Ernesto Malpartida Corrales** contra la sentencia de vista del diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho (foja 388), emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que confirmó la sentencia de primera instancia, en el extremo que le impuso diez años de pena privativa de libertad como cómplice primario por delito contra la administración pública-delitos cometidos por funcionarios públicos-negociación incompatible, en

agravio del Estado y la Municipalidad de Echarati. En consecuencia, **CASARON** la aludida sentencia de vista en el referido extremo; y en sede de instancia **REVOCARON** la sentencia apelada en el extremo que le impuso diez años de pena privativa de libertad; **REFORMÁNDOLA** le impusieron seis años de pena privativa de libertad, pena que se ejecutará una vez sea aprehendido y puesto a disposición ante la autoridad judicial competente.

- II. **EXTENDIERON** la presente decisión en favor del encausado Elio Pro Herrera; en consecuencia, **REVOCARON** la sentencia apelada en el extremo que se le impuso la pena de diez años de privación de libertad, y **REFORMÁNDOLA** le impusieron seis años de pena privativa de libertad, la cual, con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el trece de septiembre de dos mil dieciocho, vencerá el doce de septiembre de dos mil veinticuatro.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia se lea en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a las partes personadas en esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen para que proceda conforme a ley y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

S. S.
SAN MARTÍN CASTRO
FIGUEROA NAVARRO
SEQUEIROS VARGAS
COAGUILA CHÁVEZ
CARBAJAL CHÁVEZ

FN/ulc