

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe Jurídico de la Casación N° 67-2017-Lima

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

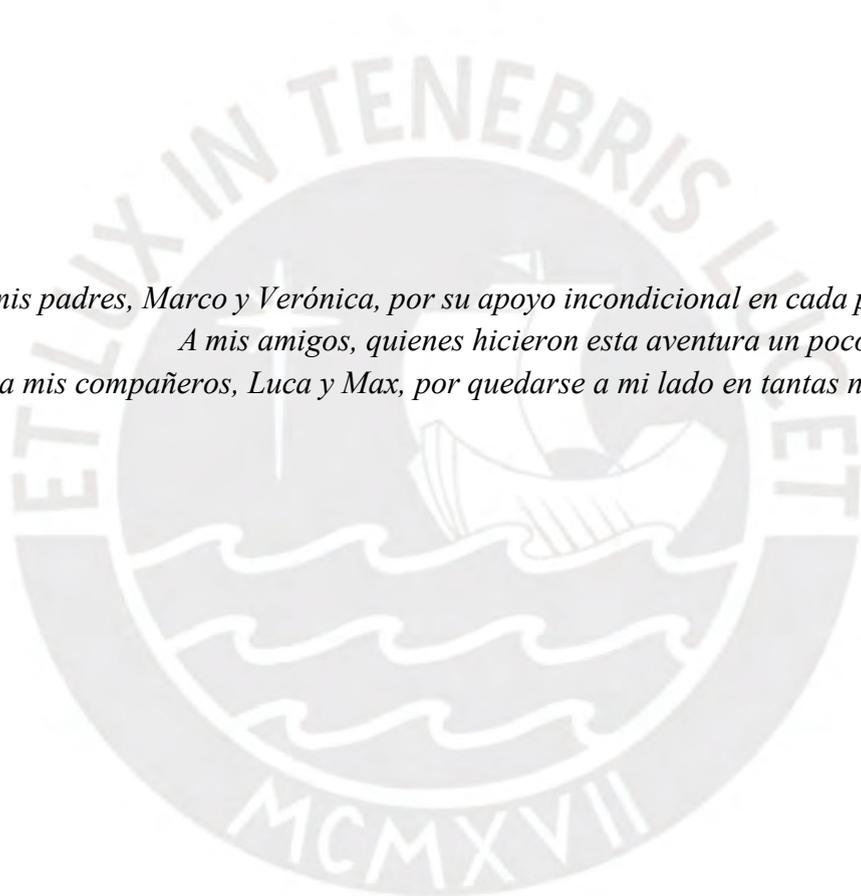
Autor:

Maricielo Julia Aranda Pinto

Asesor:

David Ricardo Torres Pachas

Lima, 2022



*A mis padres, Marco y Verónica, por su apoyo incondicional en cada paso que doy.
A mis amigos, quienes hicieron esta aventura un poco más amena.
Y a mis compañeros, Luca y Max, por quedarse a mi lado en tantas noches largas.*

RESUMEN

El presente informe jurídico contiene un análisis del delito de negociación incompatible, a partir de los problemas jurídicos identificados en la Casación N° 67-2017-Lima, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria. El recurso de casación que se resuelve en dicha sentencia fue interpuesto por Jorge Luis Vergel Polo y las empresas Consorcio DHMONT & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L., en el marco de la contratación pública asociada a la obra de “Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura Educativa y Equipamiento de la I.E. 1070 – Melitón Carbajal”. Entre los objetivos de este informe se encuentran el establecer cuál es el bien jurídico del delito de negociación incompatible, así como la naturaleza del cargo que debe tener el funcionario público para efectos de la configuración del tipo penal; sin embargo, el objetivo principal consiste en determinar si el delito mencionado puede ser atribuible a un funcionario público, a partir de una conducta omisiva en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, el informe jurídico tiene como hipótesis que sí es posible considerar la omisión para dar por configurada la conducta típica, siempre y cuando se acredite un interés indebido y una falta de imparcialidad por parte del funcionario vinculado a una determinada obra u operación pública.

Palabras clave

Negociación incompatible, bien jurídico, funcionario público, contratación pública, interés indebido

ABSTRACT

The present legal report contains an analysis of the incompatible negotiation as a crime, on the basis of the legal problems identified on the cassation appeal N° 67-2017-Lima, issued by the Second Transitory Criminal Court. The appeal that is resolved in the cassation, was filed by Jorge Luis Vergel Polo and the companies DHMONT & M S.A.C. and HIDROINGENIERÍA S.R.L., within the framework of the public procurement associated to the construction project “Remodeling, rehabilitation and reinforcement of the educational infrastructure and equipping of I.E. 1070 – Meliton Carbajal”. Among the objectives of this report, there is the establishment of the protected legal interest in the crime of incompatible negotiation, as well as the nature of the position held by the public official for the purposes of the configuration of the criminal type; however, the principal objective is to determine if said

crime can be attributed to a public official, based on an omissive behavior in the line of duty. In this regard, the legal report has as a hypothesis that it is indeed possible to consider the omission to configure the criminal conduct, as long as it is evidenced that there is an undue interest and a lack of impartiality on the part of the public official associated to a public procurement.

Keywords

Incompatible negotiation, protected legal interest, public official, public procurement, undue interest



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN	2
3. ANTECEDENTES	2
3.1. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES DEL CASO	2
3.2. DESARROLLO DEL <i>ITER PROCESAL</i>	4
4. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE SUSTENTAN LA SENTENCIA	6
5. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO	8
6. RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	10
6.1. RESPECTO AL BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	11
6.1.1. <i>¿Es la negociación incompatible un delito de peligro concreto o abstracto?</i>	16
6.2. FUNCIONARIO PÚBLICO QUE “POR RAZÓN DE SU CARGO” SE INTERESE INDEBIDAMENTE EN UN CONTRATO U OPERACIÓN PÚBLICA	18
6.3. ANÁLISIS DEL “INTERÉS INDEBIDO” EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, A PARTIR DE UNA CONDUCTA OMISIVA	19
7. CONCLUSIONES	25
8. BIBLIOGRAFÍA	27

1. Introducción

La Casación N° 67-2017-Lima, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, tiene como principal materia de discusión la modalidad omisiva en relación al elemento “interés indebido” del Delito contra la Administración Pública – Negociación incompatible. Ello surge a raíz de la controversia relacionada a la obra de “Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura Educativa y Equipamiento de la I.E. 1070 – Melitón Carbajal”, a partir de la cual el Ministerio de Educación suscribió dos contratos para la ejecución y supervisión de la obra. En ese sentido, el presente informe jurídico buscará exponer las discrepancias con la decisión de la Sala Penal, a partir de una serie de problemas jurídicos identificados en la sentencia de casación.

En primer lugar, se realizará la identificación del bien jurídico protegido en el tipo penal señalado, el cual consiste en la imparcialidad del funcionario público durante el ejercicio de sus labores. Si bien la Corte coincide sobre la determinación del mismo, adicionalmente señala que, mediante dicha imparcialidad, se busca prevenir un perjuicio patrimonial para el Estado. Sin embargo, como se expondrá más adelante, ello resulta erróneo en vista de una lectura del tipo penal. Del mismo modo, se hará una precisión respecto a la naturaleza de la negociación incompatible como un delito de peligro, siendo que, en la Casación precitada, la Corte analiza brevemente su naturaleza, mas omite señalar si se trataría de un delito de peligro concreto o abstracto.

Seguidamente, sobre el segundo problema jurídico, se hará un análisis de la naturaleza del cargo que debe ostentar el funcionario público, con el fin de determinar cuáles son los requisitos que este debe cumplir para que le sea atribuible la comisión de este delito. Ello en la medida que, en opinión de la Corte, de no contar con un cargo de dirección sobre una obra o contratación pública, solo se podrá dar por configurado el delito de omisión de actos funcionales, lo cual genera un desvalor potencial de la conducta del sujeto activo.

Como último punto, tal como se indicó previamente, el informe concluirá con la evaluación de la posibilidad de considerar que el “interés indebido” en el delito de negociación incompatible, puede manifestarse a partir de una modalidad omisiva.

Es por todo lo previamente señalado que consideramos necesario realizar un análisis, a partir de la doctrina y jurisprudencia nacional, sobre la decisión de la Segunda Sala Penal Transitoria, plasmada en la Casación N° 67-2017-Lima, con el fin de dar mayores luces sobre la naturaleza del delito de negociación incompatible.

2. Justificación de la elección de la resolución

Como se ha mencionado previamente, este informe surge a raíz de una serie de problemas jurídicos asociados al delito de negociación incompatible, identificados en la Casación N° 67-2017-Lima. Entre ellos, se encuentran la determinación del bien jurídico protegido del mismo y la naturaleza del cargo del funcionario público.

Sin embargo, la materia de controversia principal de la sentencia -y la razón por la cual resulta importante el análisis de la misma- recae en la posibilidad de reconocer la modalidad omisiva del elemento de “interés indebido”, a efectos de que se configure el tipo penal; es decir, considerar que, a través de conductas negativas, este delito también puede ser atribuido a los funcionarios públicos, en un contexto de contratación pública.

Sobre dicho extremo, la Sala se inclinó por sostener que los incumplimientos de normativas con carácter administrativo, no pueden ser reprimidas penalmente. Sin embargo, consideramos que este enfoque restrictivo podría extender o agrandar la cultura de impunidad que, lamentablemente, no es ajena a nuestra realidad nacional.

3. Antecedentes

3.1. Identificación de los hechos relevantes del caso

Mediante el Decreto de Urgencia N° 004-2009, publicado el 10 de enero de 2009, se creó el “Programa Nacional de Recuperación de Instituciones Públicas Educativas Emblemáticas y Centenarias”, el cual comprende acciones de rehabilitación, remodelación y equipamiento de

infraestructura educativa.¹ En dicho programa, se incluyó la ejecución de la obra “Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura Educativa y Equipamiento de la I.E. 1070 – Melitón Carbajal”. Para tal efecto, se aprobó el expediente técnico a través de la Resolución Jefatural N° 629-2009-ED del 23 de abril de 2009; acompañado de la conformidad por parte de la Jefatura de Estudios y Proyectos de la Oficina Nacional de Infraestructura Educativa – OINFE, bajo la recomendación de un equipo conformado por profesionales revisores, con un costo ascendente a S/ 18,976,471.40, a suma alzada.

Así, en virtud del Decreto de Urgencia citado, el Ministerio de Educación suscribió de modo directo el contrato de obra “Contrato N° 78-2009-ME/SG-OGA-UA-APP” del 25 de mayo de 2009, con el Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C., representado por Ricardo Mont Ling, habiéndose acordado la cantidad señalada y determinándose un plazo de ejecución de 270 días calendarios. En el marco de este contrato, el Consorcio tenía como obligaciones la ejecución de la obra de adecuación, y mejoramiento de infraestructura y equipamiento de la institución educativa. Para efectos de este caso, recalamos que ello incluía la construcción e instalación del techo y piso, correspondientes al ambiente del gimnasio.

Del mismo modo, para la supervisión de la obra en cuestión, el Ministerio de Educación, suscribió el “Contrato N° 124-2009-ME/SG-OGA-UA-APP” del 07 de agosto de 2009, con la empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L., representado por Miguel Alcides Saldaña Rojas, acordándose el monto ascendente a S/ 367,567.20 y un plazo de ejecución de 300 días calendarios. Esta contratación tenía como objeto el servicio de consultoría para la supervisión de la obra previamente señalada, a ejecutarse en la I.E. 1070 – Melitón Carbajal.

En ese contexto, los funcionarios públicos Pedro Elmer Morales Gonzales, jefe de la OINFE; Jorge Luis Vergel Polo, Jefe del Área de Obras de la OINFE; y, Jorge Luis Núñez Smith, Coordinador en el Área de Obras-Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento de la OINFE, tenían como obligaciones principales actos de gestión vinculados a la ejecución de la obra. No obstante, incumplieron las mismas al emitir informes que contenían la omisión de hechos relevantes en cuanto a la ejecución del cambio de material del techo y piso del gimnasio, por parte del Consorcio DHMONT. Este incumplimiento transgredió los términos

¹ Artículo 1° del Decreto de Urgencia N° 004-2009.

del Contrato N° 78-2009-ME7SG-OGA-UA-APP, así como lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1017 y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF. Es decir, los actos de gestión de los funcionarios estuvieron orientados por intereses que no correspondían a los de la entidad pública – en este caso, la OINFE.

Adicionalmente, los imputados optaron por omitir la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica y, en consecuencia, continuaron con el trámite consistente en el cambio de material, otorgando conformidad a la solicitud del presupuesto adicional de obra. En ese sentido, hubo un cambio de material en la cobertura del gimnasio de policarbonato translúcido celular de 8mm a polipropileno (calaminón), y del piso del gimnasio de parqué a piso laminado), lo cual constituyó una aprobación irregular del presupuesto adicional de la obra. Sin duda, ello generó un perjuicio económico para la Administración Pública, pues cesó la obligación por parte del Consorcio DHMONT para utilizar los materiales inicialmente pactados por la suma de S/ 269,725.00. Asimismo, se generó un importe indebido por pagar ascendente a S/ 261,632.20, bajo el concepto de construcción e instalación, por parte de la empresa DHMONT.

Finalmente, cabe mencionar que habría existido una responsabilidad tanto del Consorcio DHMONT, como de la empresa HIDROINGENIERÍA. Ello en la medida que, para la aprobación del presupuesto adicional irregular correspondiente a la obra previamente mencionada, necesariamente se requirió de la participación de los representantes legales de dichas empresas.

3.2. Desarrollo del iter procesal

A partir de los hechos previamente descritos, el 01 de julio de 2013, el Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, formuló acusación penal contra los 3 funcionarios públicos (Morales Gonzales, Vergel Polo y Núñez Smith), como autores de los delitos contra la Administración Pública – Negociación incompatible y Omisión de actos funcionales, y contra la Fe Pública – Omisión de consignar declaraciones en documentos, en agravio del Estado; contra Ricardo Mont Ling, Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi, como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública – Negociación incompatible;

y, contra Alcides Saldaña Rojas, como autor del delito contra la Fe Pública – Uso de documento privado falso. La Fiscalía señaló que, mediante el accionar previamente descrito, los funcionarios se interesaron de manera directa, en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra, en el cual se incluyó el cambio de material. Posteriormente, en fecha 09 de julio de 2013, se dispuso la integración a la acusación de los representantes de las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L., como terceros civilmente responsables para la reparación civil, debiendo ser esta asumida de forma solidaria.

Luego, el 01 de junio de 2015, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dictó auto de enjuiciamiento, solicitando que se le imponga a Vergel Polo y Alcides Saldaña Rojas, seis años de pena privativa de libertad; a Núñez Smith, cinco años y seis meses de pena privativa de libertad; y a Mont Ling y Foronda Claussi, cinco años de pena privativa de libertad. En todos los casos, adicionalmente, solicitó se les imponga inhabilitación por el periodo de tres años. Asimismo, señaló a las empresas previamente mencionadas como terceros civilmente responsables.

En ese marco, mediante sentencia de primera instancia del 23 de junio de 2016, el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima condenó a Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo como autores del delito contra la Administración Pública – Negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta. Para el Juzgado, quedó probado en el juicio que los funcionarios públicos Vergel Polo y Núñez Smith, tuvieron la posibilidad de anular la realización de trabajos diferentes a los planos. Asimismo, señaló que Vergel Polo procedió con disfuncionalidades en el ejercicio de su cargo, toda vez que sus deberes se encontraban vinculados a trámites adicionales; en efecto, en su Contrato Administrativo de Servicios (CAS), se estipulaba que el investigado tenía como funciones aprobar, revisar, evaluar los expedientes relacionados a la liquidación de obras, valorizaciones, presupuestos adicionales, teniendo vinculación con los cambios de material de techo y piso del gimnasio, al ser parte del personal de la OINFE.

En esa línea, el Juzgado consideró que Vergel Polo se interesó indebidamente en provecho de terceros ajenos a la entidad que representaba -es decir, el Ministerio de Educación- en la operación en la que intervino por razón de su cargo. Como último punto, la primera instancia

expresó que las conductas del investigado se encontraban enmarcadas en omisiones funcionales o de rol, como contenido de aquel “interés indebido en provecho de terceros”, que no está vinculado necesariamente a una conducta positiva, sino también a una negativa. Respecto a las empresas involucradas en el caso, fueron declaradas como terceros civilmente responsables, por no cumplir con sus respectivas obligaciones contractuales.

Posteriormente, mediante sentencia del 15 de noviembre de 2016, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia que condenaba a Vergel Polo considerando que, si bien no aprobó ni autorizó los adicionales, sí continuó con el trámite adicional efectuado por el contratista Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C., transgrediendo los términos contractuales y la normativa vigente y, sin tener en cuenta la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica. Finalmente, la Sala agregó que Vergel insistió en dar en conformidad al adicional de obra y solicitó se envíe nuevamente de asesoría para su pronunciamiento final, omitiendo consignar en su informe que el contratista ya había ejecutado la instalación de los cambios cuestionados.

No estando de acuerdo con dicho pronunciamiento, Jorge Luis Vergel Polo y las empresas involucradas como terceros civilmente responsables (DHMONT & CG & M S.A.C, e HIDROINGENIERÍA S. R.L.), interpusieron recursos de casación contra la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones. Dichos recursos fueron concedidos en fecha 21 de marzo de 2017, mediante la Ejecutoria Suprema de calificación de casación.

Es a raíz de este pedido que se genera la Sentencia de Casación N° 67-2017-Lima, del 11 de julio de 2017, la cual constituye materia de análisis del presente informe jurídico. En esa línea, se analizará la configuración del delito de negociación incompatible en el caso, a partir de doctrina y jurisprudencia pertinente para tal fin.

4. Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia

La Corte Suprema inicia su pronunciamiento respecto a lo alegado por los terceros civilmente responsables, concluyendo que su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales fue vulnerado, al considerar que el juez no precisó los hechos bajo los cuales se

hizo la declaración de responsabilidad, por lo que no hubo nexo de causalidad entre el daño ocasionado y el agente que lo generó. Asimismo, la Corte señala que, a pesar de que la afectación a la motivación implicaría la nulidad del proceso, corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo para evitar dilaciones y perjuicios a las partes, razón por la cual revoca la sentencia apelada en este extremo, declarando improcedente la pretensión del actor civil, -esto es, la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República- respecto a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Por otro lado, sobre la interpretación de la Ley Penal, los fundamentos de la Corte se centraron en realizar un análisis del tipo penal de Negociación incompatible, donde concluyó que no era posible tipificar el delito mediante una conducta negativa (es decir, una omisión), por lo que resolvió casar la sentencia condenatoria y, en consecuencia, declarar la absolución de Vergel Polo por atipicidad de la conducta omisiva, extendiendo estos efectos a Núñez Smith.

Como primer punto de este análisis del tipo, la Segunda Sala Penal Transitoria se pronunció sobre el bien jurídico protegido, señalando que, en virtud de su configuración y ubicación en la Sección IV del Código Penal, el bien jurídico está vinculado a la conducta imparcial de la función pública en la toma de decisiones, no siendo necesario que exista un perjuicio económico efectivo a las arcas estatales. Es decir, lo que el tipo penal busca es evitar riesgos que afecten el interés de la Administración Pública, materializados en cualquier tipo de intromisión ajena, pues podría afectar la función pública ejercida por los servidores estatales sobre la toma de decisiones.

Siguiendo con el análisis, la Corte se refiere al elemento de “interés indebido” contenido en la negociación incompatible. Al respecto, se remite a las tres manifestaciones de este, de conformidad con el Código Penal: Directamente, indirectamente o por acto simulado. En todos los casos, señala que este elemento no debe ser entendido como un mero incumplimiento de la normativa administrativa, sino que debe ser lo suficientemente relevante para atribuirle una sanción penal, en virtud del principio de *última ratio*. En ese sentido, solo las conductas positivas serían susceptibles de ser consideradas para efectos del análisis de una posible comisión del delito de negociación incompatible, mientras que las

conductas negativas (es decir, las de omisión) podrían ser reprimidas mediante otros tipos penales, como lo es el delito de omisión de actos funcionales.

Por otro lado, sobre la naturaleza de la relación funcional, la Corte advierte que no cualquier funcionario público puede ser autor de este delito, sino solo aquel que posea facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones en las que interviene. Para el caso que nos ocupa, esto quiere decir que solo podrá ser sancionado el funcionario que tenga a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública.

Finalmente, respecto al momento de la comisión de delito, la Corte se pronunció señalando que la configuración del tipo penal puede darse en cualquiera de las etapas del contrato u obra, es decir, en la fase preparatoria de un contrato administrativo; no siendo posible que se configure el delito cuando el contrato se hubiera extinguido o cumplido en su totalidad, pues en esos casos, ya no podría presentarse el interés debido, el cual constituye el elemento normativo central del delito de negociación incompatible.

5. Identificación de los problemas jurídicos del caso

A partir de la sentencia Casatoria previamente mencionada, se ha podido identificar tres problemas jurídicos que serán analizados en el presente informe: la interpretación del bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible, el elemento “por razón de su cargo” y, finalmente, la configuración del “interés indebido” en el tipo penal.

- a. Como mencionamos, el primer problema jurídico que será analizado, se encuentra asociado al bien jurídico protegido en el delito contra la Administración Pública – Negociación incompatible, así como a la calificación de este tipo penal como un delito de peligro.

Al respecto, la Corte considera que, por su ubicación en el Código Penal, el bien jurídico del delito de Negociación incompatible recae en la protección del correcto funcionamiento de la Administración Pública, a través de la conducta imparcial que debe ostentar el funcionario o servidor público que tenga a su cargo la toma de decisiones

vinculadas a un contrato u operación pública. Adicionalmente, señala que este delito se configura como uno de peligro, pues tiene por objeto prevenir perjuicios al patrimonio del Estado.

Respecto a este primer problema, es pertinente analizar si, en efecto, el bien jurídico protegido es la imparcialidad que debe existir en la conducta del funcionario público, remitiéndonos para tal fin a las distintas posturas doctrinarias que existen respecto a la naturaleza del bien jurídico de este delito. Por otro lado, respecto a la calificación de la negociación incompatible, la Corte se limita en señalar que este tipo penal constituye un delito de peligro, sin precisar si este sería abstracto o concreto. En razón de ello, es necesario dilucidar cuál es la categoría que corresponde a dicho tipo penal, a partir de un análisis de aquello que se busca proteger mediante el delito de negociación incompatible, así como de la conducta desplegada por los funcionarios públicos en el presente caso.

- b. El segundo problema jurídico identificado está vinculado a definir cuáles son las facultades y los deberes que el funcionario público debe ejercer para considerar que se ha configurado este delito, en otras palabras, la interpretación del elemento “por razón de su cargo”. Sobre este extremo, la Corte señala que, de una lectura del tipo penal, se entiende que el cargo del funcionario está asociado a la posesión de facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones públicas en las que interviene, esto es, que tenga bajo su responsabilidad el contrato de la Administración Pública. En este caso, se trataría de los contratos suscritos por el Ministerio de Educación con el Consorcio DHMONT y la empresa HIDROINGENIERÍA, como parte del “Programa Nacional de Recuperación de Instituciones Públicas Educativas Emblemáticas y Centenarias”.

En esa línea, para la Sala, el cargo ejercido por Jorge Luis Vergel Polo no se enmarcaría dentro del supuesto descrito en el delito de negociación incompatible, toda vez que sus funciones habrían estado dirigidas a coordinar, supervisar, evaluar y controlar las actividades técnicas y/o administrativas, desarrolladas por la Oficina Nacional de Infraestructura Educativa. Este es uno de los argumentos utilizados por la Corte para declarar fundado el recurso de casación interpuesto por Vergel Polo. Por esa razón, debe analizarse el alcance de este elemento del tipo penal, a efectos de determinar la responsabilidad del funcionario público señalado.

- c. Finalmente, identificamos como tercer problema jurídico, el enfoque que se debe adoptar respecto al elemento de “interés indebido” en el tipo penal. Sobre este punto, la Corte expresa que el delito de negociación incompatible debe interpretarse desde un enfoque restrictivo, con el fin de proteger la presunción de inocencia de los investigados. En ese sentido, señala que el elemento “interés indebido” solo acoge conductas positivas, agregando que los “meros incumplimientos administrativos” solo podrían constituirse como un defecto en la administración interna, y no necesariamente corresponde atribuirles una sanción penal.

En este extremo, es importante abordar si es posible la configuración del delito de negociación incompatible a partir de una conducta omisiva por parte de los funcionarios públicos. Por ello, se tomará en cuenta las omisiones de los funcionarios citadas en la sentencia, y analizaremos si estas serían suficientes para manifestar que existe un “interés indebido”; pues de lo contrario, no estaríamos hablando de un delito de negociación incompatible, sino solo del delito por omisión de actos funcionales (como se estableció en la acusación penal).

6. Resolución de los problemas jurídicos

Habiéndose descrito previamente los problemas jurídicos identificados en la sentencia Casatoria, en este apartado se desarrollará la resolución de los mismos. No obstante, previo a ello, resolveremos algunas cuestiones generales sobre el delito de negociación incompatible.

Como primer punto, recordaremos que el delito de negociación incompatible se encuentra tipificado en el artículo 399° del Código Penal Peruano, como sigue:

“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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

Como vemos, el tipo penal sanciona al funcionario público que tenga bajo su cargo un contrato u operación pública y, en ese marco, denote un interés indebido en el ejercicio de sus funciones con el fin de obtener un beneficio para sí mismo o para un tercero. Al respecto, debemos precisar que, de acuerdo a la ley peruana, este interés indebido se puede manifestar a través de tres tipos: directo, indirecto o por acto simulado.

Para un mejor entendimiento de dichos tipos, corresponde hacer un breve desarrollo sobre los mismos. Mientras que el interés indebido directo requiere que el funcionario público actúe explícitamente en contra de sus funciones (Salinas, 2019, p. 678), el interés indebido indirecto se manifiesta a través de otras personas, pudiendo ser estas personas particulares u otros funcionarios públicos (Rojas, 2007, p. 823). Finalmente, el interés indebido mediante acto simulado, significa que el sujeto activo aparenta una conducta imparcial y correcta de acuerdo a sus funciones, cuando en realidad solo busca proteger sus propios intereses (Ugaz, 2021, p. 116).

Por otro lado, respecto al elemento “en provecho propio o de tercero”, debemos señalar que la conducta del sujeto activo en este tipo penal, que se desprende de un interés indebido en una contratación u operación pública, debe tener como finalidad la obtención de un beneficio propio o para terceros – en este último caso, no es necesario que el funcionario público mantenga un lazo cercano con el tercero beneficiado, toda vez que la norma no precisa esta exigencia (Ugaz, 2021, p.116).

Ahora bien, teniendo en cuentas estas primeras nociones generales sobre el tipo penal materia de análisis, corresponde desarrollar los problemas jurídicos propuestos en líneas anteriores.

6.1. Respecto al bien jurídico del delito de negociación incompatible

Antes de determinar cuál es bien jurídico protegido en este tipo penal, primero es necesario remitirnos al concepto de dicho elemento. Sin duda, existen diversos puntos de vista respecto a lo que debemos entender por bien jurídico; sin embargo, una simple definición nos

permitirá considerarlo como el conjunto de “aspiraciones, valores, ideales, que no existen independientes de la realidad, sino que son condicionados por ella, manifestándose en las fundamentales relaciones sociales que se producen” (Leyva y Lugo, 2015, p. 70).

Al respecto, ciertos autores como Roxin han adoptado una postura desde una visión constitucional del bien jurídico, a raíz de la cual manifiesta que:

“(…) un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia, se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (Roxin, 1997, p. 55-56).

Asimismo, siguiendo la línea desde una perspectiva político criminal, Mir Puig sostiene que “para que, un bien jurídico (...) pueda considerarse, además, un bien jurídico penal (...), cabe exigir en él dos condiciones: suficiente *importancia social* y *necesidad de protección por el Derecho Penal*” (Mir Puig, 1989, p. 209). Respecto a la importancia social, el autor señala que deben seguirse criterios específicos a efectos de determinar si es necesario criminalizar las conductas que atenten contra los intereses sociales: su reconocimiento constitucional, comparación con otros bienes jurídico-penales y el grado de afectación de dicho bien. Por otro lado, sobre la necesidad de protección por el derecho penal, Mir Puig señala que debe probarse que otras vías, como la administrativa o civil, no son suficientes para garantizar la protección del bien jurídico. Esto último coincide con el principio de *última ratio* propuesto por la Corte, para determinar que a la conducta imputada al procesado Vergel Polo no le era atribuible una sanción penal.

A partir de lo expuesto, queda establecido que los bienes jurídicos pueden definirse como los valores esenciales protegidos constitucionalmente, para que exista una convivencia pacífica y armoniosa en la sociedad. Adicionalmente, debemos tener en cuenta que las conductas que

afecten aquellos bienes jurídicos que sean más frágiles y vulnerables, serán sancionadas penalmente.

Una vez definido el bien jurídico, corresponde ahora delimitar cuál es aquel que se protege en el delito de negociación incompatible, lo cual tampoco constituye una tarea fácil pues, en los últimos años, han existido distintas posturas al respecto. Sin embargo, podemos iniciar señalando que, en la doctrina, la postura predominante considera el correcto funcionamiento de la Administración Pública como bien jurídico genérico de los delitos de corrupción. Al respecto, Chanján señala que este bien jurídico constituye un “interés o valor constitucionalmente protegido, pues pretende garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad” (Chanján, 2017, p. 128). Por otro lado, respecto a la determinación del bien jurídico específico contenido en la tipificación del delito de negociación incompatible, las posturas resultan ser un poco más diversas.

En efecto, para Abanto, en el delito de negociación incompatible, “el funcionario atenta contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública a través de una violación de la imparcialidad que debe guiar sus actuaciones cuando intervenga en un contrato u operación económica representando los intereses de la Administración Pública” (Abanto, 2003, p. 506). Es decir, de acuerdo a este autor, el bien jurídico protegido sería la imparcialidad del funcionario público, mas solo sobre aquellos a los que se les haya designado facultades en un contexto de contratación pública.

De manera similar, para Montoya, el bien jurídico específico protegido en el tipo penal es la “objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado” (Montoya, 2015, p. 131). Esta postura también es compartida por Salinas, quien considera que la imparcialidad se materializa mediante el deber de lealtad y probidad, que deben mostrar los funcionarios en el ejercicio de sus funciones (Salinas, 2019, p. 687); así como también por Enco, al señalar que se protegen “los principios de objetividad e imparcialidad con la que debe ejercerse la función pública en el marco de los contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado” (Enco, 2020, p. 131).

Finalmente, Díaz, entendiendo que el principio de imparcialidad constituye el presupuesto del principio de objetividad, señala que “sólo cuando el funcionario público actúa en búsqueda de los intereses generales, es decir, alejado de cualquier interés de tercero o personal, podrá aplicar la norma objetivamente” (Díaz, 2016, p. 193). Hasta este punto, se tiene que, para un sector de la doctrina, la objetividad e imparcialidad del funcionario público constituyen el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible, al ser esenciales para el ejercicio de una función pública llevada a cabo de manera transparente.

Sin embargo, para Rojas, no es evidente que la imparcialidad del funcionario público sea el bien jurídico específico del tipo penal, pues -contrario a lo señalado por los autores previamente citados- un funcionario público no debe actuar con imparcialidad, sino teniendo como máxima y única prioridad, los intereses públicos (Rojas, 2007, p. 819). Al respecto, coincidimos con que el tipo penal protege el interés público -toda vez que se deben garantizar condiciones de igualdad en un contexto de contratación pública-; sin embargo, consideramos que no es el único objeto materia de protección en este tipo penal, sino que la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas también es merecedora de protección. Ello en la medida que, sin ella, no puede operar apropiadamente el aparato estatal y en dicho marco, resulta fundamental que también sea objeto de protección jurídica mediante normas penales. Es esto precisamente lo que protege el delito de negociación incompatible.

Así, habiendo quedado evidenciado que hay más de una postura respecto al bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible, optamos por ceñirnos a aquella que considera a la imparcialidad de los funcionarios, como objeto del bien jurídico en el citado tipo penal. En ese sentido, compartimos la posición de la Corte al considerar que el bien jurídico protegido es, en efecto, la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. No obstante, consideramos que la Sala falla al señalar que dicha imparcialidad debe darse con el fin de prevenir una afectación al patrimonio del Estado.

Sobre el particular, autores como Abanto, señalan que el delito de negociación incompatible podría entenderse como una “conducta previa” a la comisión del delito de colusión, toda vez que, mediante la tipificación del tipo penal en discusión, se estaría previniendo un potencial perjuicio para el patrimonio estatal (Abanto, 2003, p. 506). No obstante, no compartimos la idea propuesta por el autor, pues la prevención a la que hace referencia, no se desprende

necesariamente de una lectura de la norma. Ello en la medida que, como ya lo hemos establecido, el tipo penal solo busca garantizar la imparcialidad del funcionario público que tenga facultades para intervenir en un contrato u operación pública, sin que exista una referencia expresa respecto a la prevención del perjuicio mencionado, por lo que es erróneo señalar que se busca prevenir dicha consecuencia de naturaleza patrimonial.

Asimismo, debemos tomar en cuenta que la no imparcialidad del funcionario público en un contrato u operación pública, en todos los casos no conlleva a una consecuencia negativa para el Estado; por el contrario, también se podría producir un beneficio económico para el mismo. Así lo considera Salinas, al manifestar que “si en los hechos, el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que resultaron favorables económicamente a la Administración pública, igual la conducta será típica y punible” (Salinas, 2019, p. 677). En la misma línea, Álvarez expresa que “el sustento de la prohibición penal no está en la generación de un perjuicio o de un peligro para el patrimonio del Estado, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario público” (García y Vílchez, 2020, p. 103).

Como se evidencia, para la configuración de este delito, no es necesario que se genere un perjuicio en el patrimonio estatal. Esta posición también ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia, al haberse emitido pronunciamiento sobre la materia, por parte la Corte Suprema en la Casación N° 49-2019-Ayacucho, donde se señaló lo siguiente respecto a la posible necesidad de un perjuicio patrimonial del Estado para analizar el tipo penal:

“(…) basta que el funcionario o servidor público desarrolle un comportamiento interesado indebidamente en detrimento del correcto funcionamiento de la administración pública y que, además, tenga visos de parcialización para que se configure el tipo penal. El Recurso de Nulidad número 3281-2011 del cuatro de enero de dos mil trece, indica: *“en efecto, no se requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado, por tanto, tales alegaciones en torno a la existencia o no del perjuicio patrimonial, no resulta atendible, menos aún enervan la configuración del delito anotado”*.” (Fundamento 2.9)

Ello también ha sido ratificado a nivel internacional, siendo que tanto en el artículo 12º de la Convención Interamericana contra la Corrupción², como en el artículo 3º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³, se ha establecido que, para la aplicación de dichas Convenciones, no es necesario que los delitos de corrupción produzcan un perjuicio en el patrimonio del Estado. Por ello, se tiene que el análisis sobre dicho efecto negativo de la conducta ilícita, es irrelevante a efectos de determinar si se ha configurado el tipo penal pues, reiteramos, el elemento patrimonial no forma parte de la redacción del delito.

Por todo lo expuesto, consideramos que la posible afectación negativa del patrimonio estatal no debe ser considerada para analizar la configuración del delito de negociación incompatible, pues la conducta típica descrita en el tipo sanciona al funcionario que se interesa indebidamente en un contrato u operación pública, sin que sea necesario que este interés genere un perjuicio económico para la Administración Pública.

6.1.1. ¿Es la negociación incompatible un delito de peligro concreto o abstracto?

Teniendo en cuenta lo previamente señalado, cabe hacer el análisis respecto a la calificación de la negociación incompatible como un delito de peligro concreto o de peligro abstracto. Como primer punto, debemos tener en cuenta que el peligro “se trata de un concepto caracterizado por la concurrencia de dos elementos: es, en primer lugar, una posibilidad lesiva, no una lesión contrastada; además la eventualidad lo es de un mal que se identifica con la destrucción o deterioro de un bien jurídico” (Terradillos, 2016, p. 69). Trasladando esta idea a los delitos de peligros, podemos señalar que los mismos tienen como base que, el bien jurídico protegido por un tipo penal, se encuentre en riesgo de ser lesionado a raíz de una conducta ilícita tipificada.

² **Convención Interamericana contra la Corrupción:**

“Artículo XII. Efectos sobre el patrimonio del Estado

Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.”

³ **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**

“Artículo 3. Ámbito de aplicación

(...)

2. Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.”

A su vez, la doctrina ha realizado una distinción en estos delitos, al dividirlos en concretos y abstractos. Por un lado, los delitos de peligro concreto se configuran por “la infracción definida en el tipo legal constituida por una acción que produce una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico” (Hurtado y Prado, 2011, p. 71). Es decir, este tipo de delitos requiere que se determine que el peligro verdaderamente se ha llevado a cabo o se ha materializado como consecuencia de la conducta ilícita.

Por el contrario, los delitos de peligro abstracto se consuman “con la realización de la acción reprimida por peligrosa” (Hurtado y Prado, 2011, p. 72). A diferencia de los delitos de peligro concreto, en estos no se requiere que se produzca un peligro real y efectivo, sino que la sola conducta desplegada por el sujeto activo sea considerada peligrosa, por la capacidad para poner en peligro un bien jurídico. En efecto, esta clasificación de los delitos “se conforman con la constatación de la peligrosidad de la conducta, y no requieren una comprobación de afectación, potencial, a un objeto en que se materialice el bien jurídico o a una manifestación concreta del mismo” (Terradillos, 2016, p. 74).

Ahora bien, teniendo en cuenta estas definiciones, corresponde proceder al análisis de la configuración de la negociación incompatible como un delito de peligro. Como mencionamos líneas arriba, este tipo penal sanciona al funcionario público que se interesa indebidamente en cualquier contrato u operación pública. Así, potencialmente, este comportamiento podría poner en situación de riesgo al bien jurídico; sin embargo, de una lectura del tipo penal, dicho riesgo no debe ser efectivo necesariamente. Es decir, el solo interés indebido del funcionario público tiene naturaleza peligrosa, pues si hubiera intereses particulares de por medio en el ejercicio de sus funciones, se crea un riesgo para el bien jurídico. Por ello, no sería posible que la negociación incompatible sea un delito de peligro concreto, sino abstracto.

Sobre el particular, en la Casación N° 396-2019, la Corte Suprema lo ha considerado así al señalar que, en el delito de negociación incompatible:

“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 de bien jurídico.”

En consecuencia, concluimos señalando que el delito de negociación incompatible, en efecto, es un delito de peligro abstracto. Es cierto que la imparcialidad como bien jurídico protegido busca garantizar que los funcionarios públicos lleven a cabo sus obligaciones y deberes con transparencia, en virtud de un correcto funcionamiento de la Administración Pública. Sin embargo, no podemos afirmar con certeza que la situación de riesgo creada por la conducta típica deba materializarse, sino que solo bastará analizar el interés indebido del funcionario público en una contratación u operación demostrada mediante una realización -u omisión- de actos propios de sus funciones, para dar por configurado el tipo penal.

6.2. Funcionario público que “por razón de su cargo” se interese indebidamente en un contrato u operación pública

Como se puede apreciar de la redacción del delito de negociación incompatible, este tipo penal no sanciona a cualquier tipo de funcionario público, sino solo a aquel cuyas funciones estén vinculadas con una contratación u operación pública. Al respecto, recordaremos que la Corte consideró que Vergel Polo no tenía poder de decisión sobre los contratos de obra, siendo que sus funciones se habrían encontrado enmarcadas en un contexto de fiscalización y no de dirección, razón por la cual señala que no se configuró el delito.

No obstante, una mirada a nuestra jurisprudencia nos demostrará que esta naturaleza de “dirección” o poder de decisión sobre un contrato público, no es una exigencia para dar por configurado el delito de negociación incompatible. En efecto, en las sentencias contenidas en los expedientes 23-2012 y 66-2011, la Sala Penal de Apelaciones señaló lo siguiente, respecto a la vinculación funcional en este tipo penal:

“No es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación. Esto es, que el contrato u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, en razón de su cargo, es decir,

que debe el funcionario formalmente poder desplegar una actividad que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto”.

En ese sentido, la decisión de la Corte reduciría el universo bajo el cual se pueda sancionar a un funcionario público que incurra en la conducta típica establecida en el tipo penal. Ello, toda vez que, al tener una visión más restrictiva sobre la exigencia de este delito (intervenir por razón de su cargo), se podría generar espacios de impunidad para los funcionarios públicos que -si bien no tienen un puesto específico de dirección sobre un contrato público- sí ejercen cargos asociados a dicho contexto, por lo que cabe la posibilidad de que sus decisiones puedan generar afectaciones sobre las contrataciones u operaciones públicas.

Asimismo, remitiéndonos a la doctrina sobre esta materia, Rojas señala que: “El funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima, en función a las prerrogativas de su cargo, puesto o empleo en la administración pública. Ello supone que: a) es inherente al ámbito de su competencia el ser parte en el contrato u operación; b) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo.” (Rojas, 2007, p. 824-825).

En el presente caso, si bien Vergel Polo no tenía la función específica de decidir directamente sobre el contrato de obra en cuestión, sus labores si estaban orientadas a emitir pronunciamientos que, como se ha podido evidenciar, sí influyeron directamente en el desarrollo del procedimiento de contratación.

Así, si bien la Corte considera que el coordinar, supervisar, evaluar y controlar las actividades técnicas y/o administrativas, desarrolladas por la Oficina Nacional de Infraestructura Educativa, no encajan en el cargo que un funcionario público debería tener para considerar que se ha configurado el tipo penal; somos de la idea que, mientras estas actividades se desarrollen en un contexto de contratación pública, si podrán ser susceptibles de ser incluidas en la exigencia de la norma penal, respecto al funcionario público que interviene por razón de su cargo en un contrato u operación.

A raíz de lo señalado en este apartado, se verifica que el funcionario público Vergel Polo tuvo una intervención ilegítima en el contrato de obra, mostrando un interés indebido en este al decidir no tomar en cuenta la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica y, por ende,

permitiendo la aprobación del presupuesto adicional de obra, a pesar del cambio de materiales por parte de la empresa constructora, a unos más económicos. En el caso, dicha omisión generó un claro perjuicio para la Administración Pública, y un beneficio para el Consorcio DHMONT.

6.3. Análisis del “interés indebido” en el delito de Negociación Incompatible, a partir de una conducta omisiva

Como último problema jurídico identificado en este caso, y habiendo desarrollado previamente las nociones básicas sobre el “interés indebido”, corresponde ahora establecer si, en el delito de negociación incompatible, dicho elemento puede manifestarse mediante una conducta omisiva o conducta negativa, o solo mediante una conducta positiva.

Sin embargo, primero cabe preguntarnos: ¿qué es la comisión por omisión? Al respecto, Mir Puig (2008) establece tres elementos de esta: a) la posición de garante, b) la producción de un resultado, y c) la posibilidad de evitarlo. Ciertamente, la posición de garante constituye el elemento más importante y fundamental de este comportamiento, toda vez que tiene “la función de determinar, entre las personas que pueden evitar, mediante un acto positivo, la realización del resultado, aquella que tiene la obligación de intervenir para garantizar que éste no se produzca.” (Hurtado y Prado, 2011, p. 45)

Es decir, en determinados escenarios, una persona que tenga la posibilidad de evitar la producción de un resultado negativo, será aquella que tenga la posición de garante. Por lo tanto, en resumidas líneas, podemos entender la comisión por omisión como aquella donde no se cumple con el deber jurídico exigible para evitar dicho resultado negativo, en virtud de la posición de garante que se ostente en una determinada circunstancia.

De manera específica, en los delitos de corrupción, el funcionario público tiene dominio sobre el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública”, pues las decisiones que tome en función de su cargo, repercuten directamente en la correcta ejecución de los servicios o -en este caso- de las contrataciones u obras públicas. Por tanto, el funcionario tiene el deber de evitar cualquier acto que vulnere el bien jurídico, en dicho

contexto. Así también lo considera nuestra doctrina al mencionar que “si el funcionario omite actuar conforme a los deberes asumidos en virtud de su dominio funcional deberá responder por la lesión al bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública.” (Guimaray y Rodríguez, 2015, p. 290) En ese sentido, queda establecido que los delitos contra la Administración Pública también pueden cometerse por omisión.

Por otro lado, también consideramos pertinente remitirnos a lo señalado por la doctrina sobre lo qué debemos entender por “interés indebido” o “interesarse indebidamente”. Al respecto, cabe tener en cuenta que, a través de este “se sanciona la actuación desviada del servidor público que no busca la satisfacción de los intereses generales, sino sus particulares intereses o necesidades, o la de terceros. El contrato u operación pueden ajustarse a la legalidad, pero la finalidad que se propone el agente no es la de satisfacer el interés general sino el propio o el de un tercero.” (Córdoba, 2013, p. 7) Entonces, podemos señalar que el interés indebido implica que el funcionario público, cuyo cargo lo asocia a una obra o contratación pública, no actúe conforme a sus obligaciones, sino con la finalidad de lograr la satisfacción de un interés particular o para un tercero.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado, sobre el presente caso, debemos recordar que el delito de negociación incompatible sanciona al funcionario público que se interesa indebidamente por un contrato u operación pública en la que intervenga por razón de su cargo. Como mencionamos anteriormente, este tipo penal busca proteger y garantizar la imparcialidad del funcionario público en el desarrollo de sus funciones, dentro de un contexto de contratación pública. En ese sentido, la conducta que manifieste un “interés indebido” representa una vulneración clara a dicho bien jurídico.

No obstante, ¿cómo se manifiesta dicho “interés indebido”? ¿Es posible considerar una conducta omisiva como un supuesto de dicho elemento? Como se ha manifestado al inicio de este informe, en primera instancia, el Juzgado consideró que este interés sí puede estar asociado tanto a una conducta positiva como negativa. No obstante, la Corte Suprema señaló que este elemento debe constituir relevancia suficiente para otorgarle una sanción penal, razón por la cual solo cabría analizar las conductas positivas a efectos de determinar la comisión del tipo penal; siendo que las conductas negativas pueden analizarse desde el delito de omisión de actos funcionales.

Al respecto, Díaz considera que sí sería posible considerar una conducta omisiva para determinar la configuración del delito de negociación incompatible, señalando que:

“(…) aún entendiendo puede resultar complicado que el delito de negociación incompatible sea realizado en comisión por omisión, consideramos que no debe cerrarse dicha posibilidad. Ello dependerá de la gravedad de la omisión como de que se constituya en un supuesto de desvío de poder. En otras palabras, de que implique la parcialización de la conducta del funcionario con intereses distintos a los públicos” (Díaz, 2016, p. 310).

Asimismo, sobre la conducta omisiva, Rojas considera que “es posible que se presente en la modalidad que se perfecciona por acto simulado, en la que por la naturaleza misma de la simulación es dable admitir comportamientos omisivos con carga intencional comisiva, perpetrada en tal caso por terceros” (Rojas, 2007, p. 828-829). Dicha modalidad de interés no fue alegada en el caso que nos ocupa, sino que se señala que los funcionarios públicos habrían actuado mediante un interés indebido directo. Sin embargo, la Corte sí se acogió a esta posición, señalando que la conducta omisiva solo se admitiría en un caso de interés indebido mediante acto simulado.

Por otro lado, de modo más general, y haciendo referencia a la afectación del bien jurídico genérico -el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública- de los delitos de corrupción, Montoya indica que “siempre que el funcionario público deje de cumplir con sus deberes funcionariales y esto produzca una lesión o puesta en peligro del bien jurídico estaremos ante un caso de responsabilidad penal, sea de forma comisiva u omisiva” (Montoya, 2015, p. 58). Nuevamente, no queda descartado que el “interés indebido” en el delito de negociación incompatible, pueda manifestarse mediante una conducta omisiva o negativa.

A pesar de ello, también es cierto que existe cierto sector de la doctrina que no está de acuerdo con la posición previamente señalada. Al respecto, Abanto manifiesta que el interés indebido solo se presenta mediante una conducta positiva, agregando que la posibilidad de que se manifieste a través de una omisión es poco probable (Abanto, 2003, p. 513).

Asimismo, sobre el interés directo -tipo de interés alegado por la Fiscalía en el presente caso- Salinas señala que, en el delito de negociación incompatible:

“(…) no es posible la comisión por omisión, o simplemente por un dejar de hacer o dejar pasar pese a que el funcionario tiene una posición de garante o la obligación de intervenir en el proceso de contratación. Si se verifica algún acto de omisión parecido a los indicados, los hechos se subsumirán en otro tipo penal como por ejemplo, omisión de actos funcionales” (Salinas, 2019, p. 679).

Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta última posición, toda vez que consideramos que la diferencia que radica entre el delito de negociación incompatible y el delito de omisión de actos funcionales, dependerá del análisis que se haga respecto a la vulneración de la imparcialidad como bien jurídico protegido, el elemento “interés indebido” y la vinculación funcional en el tipo penal. A partir de estos elementos, es claro que el delito de negociación incompatible implica casos más gravosos y específicos – esto es, aquellos que ocurran en un contexto de contratación pública.

Asimismo, en el delito de omisión por actos funcionales, bastará con acreditar la calidad de funcionario público del sujeto activo para analizar la configuración del tipo penal; mientras que, en la negociación incompatible, existe un elemento adicional respecto a la naturaleza de dicho cargo, por lo que será necesario determinar que este le permita al funcionario público tomar decisiones que puedan afectar una contratación u operación.

En el presente caso, la Corte determinó que no se puede entender el “interés indebido” como un incumplimiento de deberes administrativos del funcionario público, siendo este uno de los argumentos utilizados para concluir que no se configuró el tipo penal. Sin embargo, si solo se toman en cuenta conductas positivas para analizar supuestos de una posible comisión de este delito, existirá un riesgo de impunidad para el funcionario público que omita cumplir con sus deberes asociados a una contratación u operación pública -como lo indica la norma-, a pesar de que estos afecten el desarrollo de las mismas, y así se haya evidenciado el “interés indebido” en la conducta típica, mediante dicha omisión.

A partir de lo señalado, podemos decir que, si bien existe una dificultad para determinar la configuración del delito de negociación incompatible a partir de una conducta omisiva, no creemos que sea correcto descartar por completo dicha posibilidad. En efecto, como se ha demostrado en este caso, la omisión por parte del funcionario público evidenció un interés indebido y una falta de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, generando un beneficio para el Consorcio DHMONT y, en consecuencia, un perjuicio para el Estado (representado por el Ministerio de Educación).

Sobre este punto controvertido, encontramos mayor sustento en nuestra jurisprudencia, por lo que hacemos referencia a la Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones en el expediente N° 36-2012, la cual determinó que la falta de pronunciamiento por parte del funcionario público, ante una irregularidad presentada por parte de la empresa privada en una operación o contrato público, puede ser considerada como un “interés indebido” (Fundamento 8). Ello toda vez que la omisión de pronunciarse sobre información que se conoce y que puede beneficiar a las empresas y/o generar un perjuicio para el Estado, no denota una conducta imparcial por parte del funcionario público; por el contrario, evidencia un interés indebido en una contratación pública, con el fin de favorecer a la empresa privada.

Como se evidencia, nuestra jurisprudencia también refuerza nuestra posición al haber señalado que las conductas negativas u omisivas también pueden ser consideradas para señalar que se ha configurado el delito de negociación incompatible. Ello siempre y cuando se evidencie el interés indebido en la conducta típica ejercida por el funcionario público, cuyas funciones puedan generar efectos en las contrataciones del Estado, a pesar de que estas no estén asociadas a un poder de dirección.

En conclusión, -y aplicando lo previamente desarrollado al caso en concreto, donde la Corte señaló que no cabía la posibilidad de que los investigados se hayan interesado directamente en el contrato de obra mediante una conducta omisiva-, consideramos que ha quedado establecido que sí se puede cometer el delito de negociación incompatible por omisión o por conducta negativa, debido a la posición de garante que ostenta el funcionario público respecto al bien jurídico protegido. Para ello, en la conducta omisiva se deberá manifestar un interés indebido por parte del funcionario, sobre el contrato u operación en la que sus funciones estén

enmarcadas, denotando una clara vulneración a la imparcialidad como bien jurídico específico del tipo penal.

7. Conclusiones

- El delito de negociación incompatible sanciona al funcionario público que, por razón de su cargo, demuestra un interés indebido en una contratación u operación pública. En ese marco, se ha determinado que el bien jurídico protegido de este tipo penal es la imparcialidad del funcionario, idea compartida por la Sala. Sin embargo, la misma incurre en error al señalar que, mediante este delito, se busca prevenir un perjuicio patrimonial para el Estado.
- Precisamos que la conducta típica no genera ni debe generar necesariamente un perjuicio económico para el Estado. Es decir, para efectos de analizar la configuración de este delito, no es necesario tomar en cuenta los efectos económicos negativos que la conducta podría tener, sino que bastará con que el funcionario demuestre un interés indebido para dar por configurado el tipo penal.
- Asimismo, si bien coincidimos con la Sala en el extremo que señala al delito de negociación incompatible, como uno de peligro, consideramos pertinente realizar una aclaración respecto a la clasificación del mismo. Por ello, concluimos que el tipo penal analizado resulta ser uno de peligro abstracto, toda vez que no es imperativo que la situación de riesgo que crea la conducta se materialice o se cumpla, siendo suficiente demostrar que el funcionario público actuó con un interés indebido en una contratación u operación pública, a través de la realización u omisión de sus funciones.
- Por otro lado, sobre la exigencia de la naturaleza del cargo, se advierte que la Corte incurre en error al señalar que el cargo del funcionario público debe estar asociado a un poder de dirección para que se pueda configurar el delito de negociación incompatible. Sin embargo, ha quedado establecido que, mientras las funciones o actividades que desempeña un funcionario en un contexto de contratación pública,

puedan influir o generar efectos sobre ella, sí podrán ser consideradas a efectos de encajarlas en la exigencia de esta norma penal.

- Además, respecto al delito de omisión de actos funcionales, consideramos que la diferencia con el delito de negociación incompatible, radica en el análisis sobre el bien jurídico protegido, el interés indebido manifestado por el funcionario público en una contratación pública, y la vinculación funcional que este debe tener, como exigencia del tipo penal. Tomando en cuenta estos requisitos, queda evidenciado que el delito de negociación incompatible es mucho más específico en cuanto a su configuración, así como también implica un mayor nivel de gravedad, en tanto las decisiones que tome el funcionario público como parte de sus funciones, tienen la posibilidad de afectar negativamente una contratación pública.
- Finalmente, no estamos de acuerdo con el enfoque restrictivo que la Corte le otorga al delito de negociación incompatible. Ello toda vez que, si bien es evidente que hay una dificultad para determinar el interés indebido manifestado mediante una conducta omisiva, sí cabe la posibilidad de que este se presente a través de esta modalidad. En efecto, como ha quedado claro en el presente caso, la omisión del funcionario público Vergel Polo sí representó un perjuicio para el Estado, toda vez que, en el ejercicio de sus funciones, demostró un interés indebido y, a su vez, la falta de imparcialidad que es propia del cargo de un funcionario público.

8. Bibliografía

Abanto, M. (2003). *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. (Segunda ed.). Palestra.

Chanján, R. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 38(104), 121-150.

Córdoba, F. (2013). *El delito de interés indebido en la celebración de contratos. Especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*. [Tesis de Magister, Universidad EAFIT]. Repositorio Institucional Universidad EAFIT.

https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/1363/FranklinDeJesus_CordobaPalacios_2013.pdf?sequence=3

Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Sentencia del 11 de julio de 2017. Expediente N° 67-2017/Lima. Recuperado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/03/Casación-67-2007-Lima.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República (2022). Sentencia del 02 de febrero de 2022. Expediente N° 49-2019/Ayacucho. Recuperado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/02/Casacion-49-2019-Ayacucho-LPDerecho.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República (2020). Sentencia del 09 de noviembre de 2020. Expediente N° 396-2019/Ayacucho. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/27b898004086e61cabf7bf6976768c74/CAS+396-2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=27b898004086e61cabf7bf6976768c74ç>

Díaz, I. (2016). *El Tipo de Injusto de los Delitos de Colusión y Negociación Incompatible en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. [Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca]. Repositorio Documental Gredos. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/131865/DDPG_DiazCastilloI_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Enco, A. (2020). *Los Delitos de Corrupción en el Perú. Un enfoque desde la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción*. Gaceta Jurídica.

García, P. y Vilchez, R. (2020). *Delitos contra la Administración Pública*. Ideas Solución Editorial.

Guimaray, E. y Rodríguez, J. (2015). Colusión por comisión por omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales. *IUS ET VERITAS*, 24(51), 286-296. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15664>

Hurtado, J. y Prado, V. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General (Tomo II)*. (Cuarta ed.) Idemsa.

Leyva Estupiñán, M. A., & Lugo Arteaga, L. (2015). El bien jurídico y las funciones del Derecho penal. *Derecho Penal Y Criminología*, 36(100), 63-74. <https://doi.org/10.18601/01210483.v36n100.04>

Mir Puig, S. (1989). *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi*. *Estudios penales y criminológicos*, 14, 203-2016. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104136>

Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. (Octava ed.). Barcelona.

Montoya, Y. (2015). *Manual de Delitos contra la Administración Pública*. IDEHPUCP.

Organización de Estados Americanos (OEA) (1997). Convención Interamericana contra la Corrupción. Recuperado de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_b-58_contra_corrupcion.pdf

Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. (Cuarta ed.). Grijley.

Rodríguez, J., Torres, D., Navas, A. y Novoa, Y. (2014). *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*. IDEHPUCP.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas.

Sala Penal de Apelaciones. Sentencia del 29 de mayo de 2012. Expediente 36-2012. Recuperado de: <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/09/06015454/12-sala-penal-de-apelaciones-sentencia-exp-n-36-2012-.pdf>

Sala Penal de Apelaciones. Sentencia del 31 de enero de 2013. Expediente 66-2011. Recuperado de: <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/09/06015501/13-sala-penal-de-apelaciones-sentencia-exp-n-66-2011-.pdf>

Sala Penal de Apelaciones. Sentencia del 15 de octubre de 2013. Expediente 23-2012. Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110644/2015-%20Compendio%20jurisprudencial%20sistematizado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. (Quinta ed.). Iustitia.

Terradillos, J. (2016). Peligro abstracto y garantías penales. *Nuevo Foro Penal*, 12(62), 67-94. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3933>

Ugaz, J. y Ugaz, C. (2021). *Corrupción y Delito en la Función Pública*. Gaceta Jurídica.

UNODC (2003). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf



RECURSO DE CASACIÓN FUNDADO

1. RESPECTO AL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: es un tipo subsidiario, de peligro, no cabe la modalidad omisiva respecto al elemento normativo **“interesarse directamente”**, por cuanto, en el caso concreto, significaría reprimir penalmente la conducta del imputado por el solo incumplimiento de normativa de carácter administrativo, de ahí que dicho tipo penal debe interpretarse en función de los principios de *ultima ratio* del Derecho Penal (subsidiariedad y fragmentariedad).

2. SOBRE EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE: la sentencia materia de grado vulneró la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales por deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez, por cuanto a pesar que estableció la obligación del pago de la reparación civil a las empresas recurrentes (terceros civilmente responsables), no precisó los fundamentos de su imposición, que en el caso no se determinaron, debido a que uno de sus representantes fue excluido del proceso; y el otro fue absuelto de la acusación fiscal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS: En audiencia pública; los recursos de casación interpuestos por el sentenciado Jorge Luis Vergel Polo y por las empresas Consorcio DHMONT & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., contra la sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor



del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; y revocó dicha sentencia en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y reformándola, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Ventura Cueva.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. El Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, formuló acusación penal, de fecha uno de julio de dos mil trece, contra: a) Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Pedro Elmer Morales Gonzales en calidad de autores de los delitos contra la Administración Pública-negociación incompatible y omisión de actos funcionales, y contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones en documentos, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República. b) Ricardo Mont Ling, Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi,



en calidad de cómplices primarios del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República. c) Miguel Alcides Saldaña Rojas, en calidad de autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso, en agravio del Estado representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República y de Carlos Alberto Foronda Claussi.

Segundo. Con fecha nueve de julio de dos mil trece, se integró la acusación de uno de julio de dos mil trece. Respecto al tercero civil, se indicó que mediante resolución de cuatro de julio de dos mil doce, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dispuso la incorporación como terceros civilmente responsables, a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L., por lo que, la reparación civil que, eventualmente se determine deberá ser asumida por éstas de modo solidario, conjuntamente con el acusado Ricardo Mont Ling, respecto de la primera empresa; y respecto de la segunda, con los acusados Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi.

Tercero. El Segundo Juzgado de investigación Preparatoria Especializado en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, mediante resolución de uno de junio de dos mil quince, dictó auto de enjuiciamiento en los siguientes términos, contra:

- a) Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, en calidad de autores de los delitos contra la Administración Pública-negociación incompatible y omisión de actos funcionales, y por el delito contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones de documentos en agravio del Estado. b) Ricardo Mont Ling y Carlos Alberto Foronda Claussi, en calidad de cómplices primarios del delito contra la



Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado. c) Miguel Alcides Saldaña Rojas, como cómplice primario del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible en agravio del Estado y como autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso en agravio del Estado y Carlos Alberto Foronda Claussi.

- El Juez solicitó se le imponga a Jorge Luis Vergel Polo, seis años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años. A Jorge Luis Núñez Smith, cinco años y seis meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años; a Ricardo Mont Ling y Carlos Alberto Foronda Claussi, cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años; y contra Miguel Alcides Saldaña Rojas, seis años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años.
- Indicó como terceros civilmente responsables a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C e HIDROINGENIERÍA S.R.L.
- Asimismo, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, sustentó su pretensión resarcitoria en la suma de quinientos treinta y un mil trescientos cincuenta y seis soles, que deberá ser abonada por los acusados Núñez Smith, Vergel Polo, Mont Ling, Saldaña Rojas, y Foronda Claussi, de forma solidaria a favor del Estado, conjuntamente con los terceros civilmente responsables DHMONT & CG & M S.A.C e HIDROINGENIERÍA S.R.L.
- Por otro lado, respecto al daño causado en agravio de Carlos Alberto Foronda Claussi, el Ministerio Público sustentó su pretensión resarcitoria en la suma ascendente a tres mil soles por el daño extra



patrimonial causado, que deberá abonar el acusado Miguel Alcides Saldaña Rojas de forma solidaria a favor del Estado, conjuntamente con el tercero civilmente responsable HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Cuarto. A través de la resolución de veinticinco de agosto de dos mil quince, el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, dispuso la instalación del juicio oral, realizándose en las sesiones en diversas fechas de los meses de septiembre, octubre, noviembre, diciembre de dos mil quince, y enero, febrero, marzo, abril y mayo de dos mil dieciséis.

Quinto. Mediante sentencia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, falló:

i) Declarando que la conducta imputada por el Ministerio Público a los procesados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, como presuntos autores del delito contra la Administración Pública-omisión de actos funcionales, tipificado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, y la conducta imputada contra los mismos, como presuntos autores del delito contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones en documentos, tipificado en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Penal, se adecúan a la conducta imputada por el delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible, prevista en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, en agravio del Estado. ii) Declarando a Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República. A Carlos Alberto Foronda Claussi, como cómplice primario del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado; como tales, se les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por tres años e



inhabilitación por el plazo de tres años. iii) Absolviendo a Miguel Alcides Saldaña Rojas de la imputación penal en su contra, como presunto cómplice primario del delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible, y como presunto autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso, en agravio del Estado. iv) Declarando fundada, en parte, la pretensión del actor civil en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi, así como respecto de los terceros civilmente responsables, empresa DHMONT & CG & M S.A.C. y empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L.; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil, deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria, precisándose proporciones predeterminadas de pago por cada uno de los citados, en razón a los hechos dañosos: siete por ciento corresponde a Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, seis por ciento del monto total, que deberá abonar el sentenciado Carlos Alberto Foronda Claussi, sesenta por ciento, deberá abonar la empresa DHMONT & CG & M S.A.C., y veinte por ciento deberá abonar la empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Sexto. Los sentenciados Carlos Alberto Foronda Claussi, Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables Consorcio DHMONTH & CG & M S.A.C e HIDROINGENIERÍA S.R.L., apelaron dicha sentencia y su recurso fue concedido. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, CONFIRMÓ la de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; REVOCÓ el extremo que declaró a Carlos Foronda Claussi como cómplice primario del



delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible en agravio del Estado, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años, REFORMÁNDOLA LO ABSOLVIERON de dicha imputación; REVOCÓ dicha sentencia en el extremo que declaró fundada, en parte, la pretensión del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y REFORMÁNDOLA, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S. A. C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA.

Séptimo. Ante dicho fallo, las defensas técnicas de los sentenciados Jorge Luis Vergel Polo, Jorge Luis Núñez Smith y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S. R. L., interpusieron sus respectivos recursos de casación contra la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante resolución de dieciocho de enero de dos mil diecisiete, la Primera Sala Penal de Apelaciones resolvió admitir los recursos de casación interpuestos por Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S. R. L., e inadmisibles el recurso de casación de Jorge Luis Núñez Smith, señalando que: *"No precisó puntualmente el desarrollo de doctrina jurisprudencial que se pretende"*.



Octavo. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de veintiuno de marzo de dos mil diecisiete, que declaró bien concedidos los recursos de Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C, e HIDROINGENIERÍA S. R. L.

Noveno. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia con los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día once de julio de dos mil diecisiete, a horas diez y cincuenta de la mañana.

CONSIDERANDOS

ASPECTOS GENERALES

Primero. De conformidad con la Ejecutoria Suprema de veintiuno de marzo de dos mil diecisiete –calificación de casación–, obrante a fojas ciento dieciocho del cuadernillo formado en esta instancia, fueron declarados bien concedidos los recursos:

- A) Por las causales previstas en los incisos uno y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-vulneración de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales.
- B) Para desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de errónea interpretación de la Ley Penal, artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal-delito de negociación incompatible, sustentada en la causal prevista en inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.



1. Imputación Fáctica

Segundo. El requerimiento Fiscal de acusación penal, describió los siguientes hechos: Mediante Decreto de Urgencia número cero cero cuatro-dos mil nueve, publicado el diez de enero de dos mil once, se creó el "Programa Nacional de Recuperación de Instituciones Públicas Educativas Emblemáticas y Centenarias", donde se incluyó la ejecución de la obra: **"Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura Educativa y Equipamiento de la I.E. diez setenta- Melitón Carbajal"**, **habiéndose aprobado el expediente técnico de esta obra por Resolución Jefatural número seiscientos veintinueve-dos mil nueve-ED**, de veintitrés de abril de dos mil nueve, contando con la conformidad de la Jefatura de Estudios y Proyectos de la OINFE (Oficina Nacional de Infraestructura Educativa), previa recomendación de un equipo de profesionales revisores, con un costo a suma alzada de dieciocho millones novecientos setenta y seis mil cuatrocientos sesenta y un mil soles con cuarenta céntimos(S/18,976,471.40).

Al amparo del mencionado Decreto de Urgencia, el Ministerio de Educación, previa exoneración del proceso número cuarenta-dos mil nueve-ED/U.E ciento ocho, suscribió de modo directo el contrato de obra **nominado "Contrato número setenta y ocho-dos mil nueve-ME7SG-OGA-UA-APP** de veinticinco de mayo de dos mil nueve con el **CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C."**, **representado por Ricardo Mont Ling, por la** cantidad señalada, con un plazo de ejecución de doscientos setenta días calendarios y bajo el sistema de contratación a suma alzada.

Asimismo, previa exoneración del proceso número cuarenta y cuatro-dos mil nueve-ED/U.E ciento ocho, el Ministerio de Educación, suscribió de **modo directo el "Contrato número ciento veinticuatro-dos mil nueve-ME/SG-OGA-UA-APP** de siete de agosto de dos mil nueve con la empresa **HIDROINGENIERÍA S.R.L."**, representado por Miguel Alcides Saldaña Rojas,



para la supervisión de la obra antes indicada, por el monto de trescientos sesenta y siete mil quinientos sesenta y siete con veinte céntimos, por un plazo de ejecución de trescientos días calendarios.

2. Imputación específica al recurrente Jorge Luis Vergel Polo

Tercero. Se imputó a Pedro Elmer Morales Gonzales, jefe de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, Jorge Luis Vergel Polo, Jefe del Área de Obras de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, y Jorge Luis Núñez Smith, Coordinador en el Área de Obras-Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento de la OINFE, que en su condición de funcionarios públicos, orientaron sus actos de gestión apoyados por intereses distintos a los de la entidad pública (Oficina de Infraestructura Educativa) a la que representaban, transgrediendo los términos contractuales y la normatividad vigente: Decreto Legislativo número mil diecisiete, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento), Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro-dos mil ocho-EF y el contrato número setenta y ocho-dos mil nueve-M/SG-OGA-UA-APP, para cuyo efecto, eludieron sus obligaciones, emitiendo pronunciamientos en las que omitieron hechos relevantes en cuanto a la ejecución del cambio de material de techo y piso del gimnasio, por parte del CONSORCIO DHMONT; haciendo caso omiso a la opinión de asesoría jurídica, incluso continuaron con darle el trámite, dando conformidad a la solicitud del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluían los componentes cuestionados; el cambio de material en la cobertura del gimnasio de **“policarbonato translúcido celular de ocho milímetros a polipropileno (calaminón); así como el cambio de material del piso del gimnasio de **parquet a piso laminado**”**, lo que originó la aprobación irregular del presupuesto adicional de la obra. Ello ocasionó perjuicio al Estado, porque liberaron al contratista Consorcio DHMONTH de la obligación de instalar dichos materiales, por la suma de doscientos sesenta y nueve mil



setecientos veinticinco soles (S/269,725.00) y generaron un importe indebido por pagar de doscientos sesenta y un mil, seiscientos treinta y dos soles con veinte céntimos (S/261,632.20), por la construcción e instalación, por parte de la empresa DHMONT, representado por el imputado Mont Ling.

Mediante este accionar, se interesaron de manera directa, en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material. Para estos efectos, se contó con la participación dolosa de Ricardo Mont Ling, Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi, toda vez que su participación en calidad de representante legal de la empresa DHMONT & CG & M S.A.C., y representantes de la empresa supervisora HIDROINGENIERÍA S.R.L. respectivamente, era imprescindible para que se aprobara indebidamente el adicional de obra número ocho.

3. Fundamentos de la sentencia de primera instancia

Cuarto. El Tercer Juzgado Unipersonal de Lima, condenó al procesado Jorge Luis Vergel Polo, señalando lo siguiente: i) Se ha probado en el juicio que los funcionarios públicos Vergel Polo y Núñez Smith, estuvieron en la posibilidad de anular la realización de trabajos diferentes a los planos. ii) El procesado Vergel Polo procedió con disfuncionalidades en el ejercicio de su cargo, tanto más, cuando sus deberes se encontraban vinculados a trámites adicionales, así respecto a su contrato administrativo de servicios (CAS) de veintinueve de marzo de dos mil diez, se estipulaba aprobar, revisar, evaluar los expedientes relacionados a la liquidación de obras, valorizaciones, presupuestos adicionales, teniendo vinculación con los cambios de material de techo y piso del gimnasio, pues pertenecía al área de obras de OINFE. iii) Se interesó indebidamente en provecho de terceros ajenos a la entidad que representaba, en el caso, al Ministerio de



Educación, en la operación que intervino por razón de su cargo. iv) Se debe tener en cuenta que sus conductas se enmarcaron en omisiones funcionales o de rol, como contenido de aquel **“interés indebido en provecho de terceros”**, que no necesariamente se decanta por un despliegue funcional positivo (acciones, actuaciones), sino también por uno negativo, es decir, en relación a omisiones.

Respecto a la reparación civil de los terceros civilmente responsables, DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., argumentó: i) Ambas empresas suscribieron contratos con el Ministerio de Educación, la primera a través de su representante legal Ricardo Mont Ling, y la segunda a través de Miguel Saldaña Rojas. ii) Ambas empresas tuvieron un operador directo en la obra, quienes las representaba, como Martín Sarmiento Guerra y Carlos Foronda Claussi, quienes vulneraron su rol en cuanto a la ejecución de trabajos en el techo y piso del gimnasio de la institución educativa. iii) Ambas empresas no cumplieron con sus respectivas obligaciones contractuales.

4. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

Quinto. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, condenó al recurrente Vergel Polo, señalando lo siguiente: i) Si bien es cierto, desde el cargo que desempeñaba, como ha alegado, no aprobó ni autorizó los adicionales; también lo es que transgrediendo los términos contractuales y la normativa vigente y, sin tener en cuenta la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica, continuó con el trámite del presupuesto adicional número ocho, efectuado por el contratista consorcio DHMONT & CG & M S.A.C. ii) El procesado insistió en dar en conformidad el adicional de obra número ocho, sosteniendo que consideraba pertinente la aclaración y solicitó se envíe nuevamente de asesoría para su pronunciamiento final. iii) El recurrente Vergel Polo, omitió



consignar en su informe que el contratista ya había ejecutado la instalación del techo y piso laminado.

Respecto a la reparación civil de los terceros civilmente responsables, DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., argumentó: i) Luego de establecer los hechos de responsabilidad contractual de los terceros civilmente responsables, en razón a que suscribieron contratos con el Ministerio de Educación. ii) Al no haber encontrado responsabilidad en el procesado Foronda Claussi, que genere consecuencias jurídico-civiles, debe recomponerse la distribución porcentual del pago de la reparación civil, fijada en la sentencia de primera instancia.

5. Agravios de los recurrentes

De la empresa consorcio DHMONT & CG & M S. A. C.

Sexto. La empresa DHMONT & CG & M S. A. C., fundamentó su recurso de casación con los siguientes argumentos: i) El Ministerio Público requería la condena de Ricardo Mont Ling (Gerente General); como cómplice primario del delito de negociación incompatible; sin embargo, no existió proceso penal en su contra; y ningún representante ni subordinado de la empresa se encuentra procesado. ii) El juez de primera instancia incorporó a la empresa como tercero civilmente responsable, fundamentándose en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, que señala: *"Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo"*. iii) La Sala señaló que HIDROINGENIERÍA y CONSORCIO DHMONT & CG & M S. A. C., suscribieron contratos con el Ministerio de Educación, respectivamente, a través de sus representantes legales, surgiendo responsabilidad civil, por parte de dicha empresa, a partir del no cumplimiento de sus obligaciones ante el Ministerio de Educación. iv) Se vulneraron las normas que garantizan el principio de congruencia procesal, sobre la inaplicación del inciso uno del



artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, la debida motivación de las resoluciones judiciales, y la cosa juzgada. v) El consorcio DHMONT ejecutó la totalidad de la obra; sin embargo, existe pendiente el presente proceso judicial, sobre una adenda al contrato; pues en la relación contractual, el Estado debió entregar al contratista un expediente técnico, indispensable para ejecutar la obra; pero le entregaron uno con errores. vi) La sentencia, no se pronunció sobre los argumentos de la parte civil e incorporó hechos distintos a los invocados por dicha parte; incorporando además nuevos fundamentos, el de **"incumplimiento contractual"**. vii) El actor civil (Procurador Público de la Contraloría General de la República) estableció en su pedido, que debe condenarse a la reparación civil al CONSORCIO DHMONT, debido al accionar de su gerente general, Ricardo Mont Ling; es decir, estableció una responsabilidad vicarial, basada en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil. viii) El Gerente General de la empresa, Ricardo Mont Ling, ha sido excluido del proceso penal, por sentencia del Quinto Juzgado Constitucional, que declaró fundado un proceso de amparo; cosa juzgada que desconoce la sentencia de vista, por cuanto han juzgado su conducta y emitido pronunciamiento, sin haber ejercido su derecho de defensa, sancionando a su empresa con el pago de la reparación civil.

De la empresa HIDROINGENIERIA S. R. L.

Séptimo. La defensa técnica de la citada empresa, alega como causales, las previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, expresando los siguientes argumentos: i) Se vulneró la prohibición de reforma en peor, pues se aumentó el monto de la reparación civil sin que el Procurador haya impugnado. ii) No se respondió su cuestionamiento, sobre la falta de verificación del elemento de la responsabilidad civil: nexo causal entre la actuación dependiente de la Empresa y los supuestos daños ocasionados



al Estado, pues la modificación del informe de la Empresa en el presupuesto adicional de Obra número ocho, produjo la ruptura del nexo causal. iii) Existe ilogicidad en la sentencia de vista, pues no obstante haberse señalado que se trata de un caso de responsabilidad extracontractual; luego, el extremo que fijó la reparación civil se basó en un supuesto de responsabilidad contractual.

Del sentenciado Jorge Luis Vergel Polo

Octavo. El recurso de casación interpuesto por el recurrente se fundamenta en que: i) El informe número mil ciento ochenta y ocho-dos mil diez-ME/VMGI-OINFE—OBRAS, fue ofrecido y admitido en la etapa intermedia y, por un error del Ministerio Público, no se oralizó, por lo que no debió ser incorporado al proceso; sin embargo, este documento sirvió para sustentar una sentencia condenatoria. ii) La Sala de Apelaciones vulneró las garantías de derecho de defensa, derecho a la prueba y a la verdad, al no admitir la prueba testimonial de Wilber García Vera y Antonio Chumpitaz Peraldo, quienes evaluaron y aprobaron los cambios de especificaciones del expediente técnico; con esas declaraciones se pretendió probar que el recurrente laboraba en el área de proyectos y no en el de obras. iii) Existe un contraindicio muy sólido, esto es, que el área competente para tomar la decisión de los materiales originales, fue el de proyectos, conforme lo especificó el “Manual para la ejecución de obras”. iv) Se vulneró la garantía de la presunción de inocencia y violación de la libertad de ejercicio de la función pública, vulneración del principio de culpabilidad y prohibición de ser sancionado por el hecho de un tercero. v) Las pruebas indirectas actuadas no reflejan el incumplimiento de las funciones del recurrente, en relación a los hechos generadores del reproche penal. La Sala, repitiendo el error del juez de primera instancia, consideró que se cometió el delito de negociación incompatible, cuando el autor incumplió su rol funcional, es decir, su conducta fue totalmente



neutra. vi) La Corte Suprema debe desarrollar doctrina jurisprudencial, sobre la correcta interpretación del artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, que tipifica el delito de Negociación Incompatible, a fin de determinar si el tipo penal puede configurarse a través de una conducta omisiva, o solo puede cometerse por acción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales

Noveno. El inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y el artículo trescientos noventa y cuatro, inciso tres del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, señalan que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial, en ese sentido, garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso¹.

Décimo. El Tribunal Constitucional, en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho, queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. b) Falta de motivación interna del razonamiento. c) Deficiencias en la motivación externa. d) La motivación insuficiente. e) La motivación sustancialmente incongruente. f) Motivaciones cualificadas.

Décimo primero. De igual forma, la Corte Suprema, en la sentencia casatoria número ocho-dos mil siete-Huaura, de trece de febrero de dos

¹ Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC, LIMA. Caso: LLAMOJA HILARES, fundamentos jurídico número siete.



mil ocho, señaló que el recurso casación no configura una nueva y tercera instancia; al contrario, al ser un recurso extraordinario, tiene facultades limitadas a motivos tasados; por ende, no se pueden valorar las pruebas, pero sí se puede hacer un control de la motivación de las resoluciones judiciales².

Décimo segundo. Respecto a la vulneración de esta garantía; la defensa técnica de la empresa consorcio DHMONT & CG & M S. A. C., sostuvo que el actor civil, Procurador Público de la Contraloría General de la República, estableció en su pedido que debe condenarse a la reparación civil al citado consorcio, debido al accionar de su Gerente General, es decir, estableció una responsabilidad vicarial, basada en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, sin embargo, las sentencias no motivaron debidamente esta responsabilidad.

Décimo tercero. De otro lado, la defensa de la empresa supervisora HIDROINGENIERIA S. R. L., en su recurso correspondiente, argumentó que la sentencia fue expedida con manifiesta ilogicidad, porque pese a que la resolución objeto de apelación determinó que este era un caso de responsabilidad civil extra contractual, por aplicación del artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil; sin embargo, la sentencia materia de recurso estableció la reparación, en un supuesto de responsabilidad contractual.

² Reforzando dicho razonamiento, el precedente vinculatorio establecido mediante la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura, referido a la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, estableció respecto de la motivación de las resoluciones que debe examinarse para su corrección los siguientes componentes: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial.



Décimo cuarto. En síntesis, ambas empresas cuestionaron que fueron incluidas como terceros civilmente responsables, en razón a la imputación generada a sus representantes legales; sin haberse acreditado previamente que se cumplieron los requisitos para vincular esta responsabilidad con la del tercero. El defecto de motivación que alegan en concreto, es la falta de motivación externa.

Décimo quinto. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, que las deficiencias en la motivación externa, justificación de las premisas: *“se presenta cuando un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento”*.

El tercero civilmente responsable

Décimo sexto. El Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, en su fundamento jurídico número veinticuatro, estableció que la reparación civil se presenta como una institución de naturaleza jurídica-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido. Procesalmente, está informada por **los principios dispositivo y de congruencia[...]** a tono con la naturaleza privada de la responsabilidad civil *ex delicto*, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal, el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.



Décimo séptimo. La reparación civil puede accionarse contra el tercero civilmente responsable³, que es definido como aquella persona natural o jurídica, que sin haber participado en la comisión del hecho punible, interviene en el proceso penal a efectos de responder económica y solidariamente a favor del agraviado; por lo cual, debe tener una relación especial con el imputado y con el delito⁴.

Décimo octavo. El Título V de la Sección IV del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, contempla sobre este sujeto procesal, estableciendo en su artículo ciento once lo siguiente: "1. Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil. 2. La solicitud deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100-102, con indicación del nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico con el imputado".

Décimo noveno. Es decir, el Código Procesal Penal citado, contiene como presupuestos para ser considerado como tercero civilmente responsable, lo siguiente: a) Acreditar la existencia de responsabilidad civil generada como consecuencia del delito. b) La responsabilidad debe tenerla conjuntamente con el imputado, lo que significa, la necesidad de su vínculo jurídico con el imputado.

³ ARNAIZ SERRANO, Amaya. *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 278. **Al respecto señala, que: "El hecho que nos encontremos ante una responsabilidad de carácter privado, hace comprensible que los sujetos que no han tenido participación alguna en la comisión del ilícito, pueden ser declarados responsables de sus consecuencias civiles, pues a diferencia de la responsabilidad penal, la civil no es personalísima".**

⁴ NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Idemsa, Lima, 2015, p. 427



Vigésimo. Respecto al primero, debe precisarse que el fundamento de la responsabilidad civil, que genera la obligación de reparar, es la existencia de un daño de naturaleza civil, causado por un ilícito penal, que no puede identificarse como ofensa penal. De ahí que, el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido⁵. En este sentido, como lo señaló la Corte Suprema a través del Recurso de Nulidad número mil novecientos sesenta y nueve-dos mil dieciséis, en su fundamento jurídico vigésimo: *"La reparación civil abarca el resarcimiento del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, cuya funcionalidad debe corresponderse con las consecuencias directas y precisas que el delito generó a la víctima, por lo que su estimación debe ser proporcional al daño **causado**".*

Vigésimo primero. Ahora bien, para determinar la existencia de la responsabilidad civil y que ésta recaiga sobre el imputado o sobre el tercero civilmente responsable, se deben presentar los siguientes elementos⁶: a) El hecho causante del daño está constituido por la conducta del agente, que en su accionar afectó al bien jurídico. b) El daño o perjuicio. c) Relación de causalidad, que se constituye en el nexo o vínculo existente entre la acción y el resultado. Producido el daño o constatada su materialidad, es necesario determinar si existió un causante. d) Factores de atribución de responsabilidad, subjetivos (dolo y culpa) y objetivos (riesgo y peligro creados).

Vigésimo segundo. Sobre el segundo, para incorporar a una persona como tercero civilmente responsable, es necesaria la existencia de un vínculo jurídico con el imputado. Ahora bien, este vínculo jurídico, es

⁵ Acuerdo Plenario número seis-dos mil seis/CJ-ciento dieciséis, de trece de octubre de dos mil seis.

⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La reparación civil en el proceso penal*. Idemsa, Lima, 1999, pp. 96 y ss.



interpretado desde la normativa prevista en el Código Civil, contenida en **el artículo mil novecientos ochenta y uno, que prevé lo siguiente:** *“aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio de su cargo o en cumplimiento del servicio **respectivo**”*.

Vigésimo tercero. Esta figura regula la denominada responsabilidad vicarial; constituida como un criterio de imputación, para definir la relación que existe entre el responsable y el sujeto que causó el daño; en este sentido, puede afirmarse que existe un vínculo jurídico cuando se presenta:

- Una relación de subordinación del tercero.
- Que el subordinado cause daños.
- Que el daño se realice en el ejercicio de un cargo o en cumplimiento del servicio respectivo.

De ahí, que como lo afirma un sector **de la doctrina “la norma solo ha sido concebida para los casos en que, el actuar ilícito ha sido realizado por una persona que se encuentra bajo las órdenes de otra, ejecutando solo las decisiones de esta última”⁷**.

Sobre el caso concreto materia de recurso de casación

Vigésimo cuarto. Ahora bien, sobre la situación del primer impugnante, la sentencia materia de grado atribuyó la reparación civil al consorcio DHMONT & CG & M S.A.C., incluyéndolo como tercero civilmente responsable, pues la imputación fiscal calificó la conducta de Ricardo Mont Ling, representante legal de dicho consorcio, como la de cómplice primario del delito de negociación incompatible.

Vigésimo quinto. La Procuraduría Pública, para fundamentar su pedido de incorporación de esta empresa, como tercero civilmente responsable, sostuvo que por haber participado en la comisión de los hechos se han

⁷ OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, Citado en GARCÍA CAVERO, Percy. *La persona jurídica en el Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2008, p. 120.



generado daños y perjuicios al Estado, en tanto, la responsabilidad civil le es inherente. Por su parte, el Juzgado se basó en lo contenido en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil; mientras que la sentencia de segunda instancia, señaló que **“la** determinación de la responsabilidad civil no está basada solamente en el mandato legal, sino que deriva del hecho que el imputado vulneró el bien jurídico con su accionar”.

Vigésimo sexto. Revisadas las piezas procesales del presente proceso, se advierte que Ricardo Mont Ling, representante legal del Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C., mediante requerimiento de acusación penal de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa, se le atribuyó la calidad de cómplice primario del delito de negociación incompatible y, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de uno de junio de dos mil quince, dictó el auto de enjuiciamiento en contra el citado Mont Ling en dichos términos. Sin embargo, antes del inicio del juicio oral fue excluido del proceso no siendo juzgado ni condenado, ni tuvo la condición de procesado hasta finalizar la presente causa, -en su escrito la defensa refiere que mediante el Proceso de Amparo de treinta de enero de dos mil quince, emitido por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, declaró fundada la demanda de Ricardo Mont Ling, contra el Poder Judicial, declarando la nulidad de la resolución de nueve de octubre de dos mil trece, dictada por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, por la afectación de los derechos a la debida motivación-.

Vigésimo séptimo. Pese a ello, la sentencia de primera instancia declaró fundada la pretensión del actor civil, en relación al tercero civilmente responsable, Gerente General de la empresa DHMONT & CG & M S.A.C. Asimismo, la sentencia de segunda instancia declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, respecto al citado consorcio y aumentó el monto de la reparación civil.



Vigésimo octavo. En ese sentido, estando a que no se incluyó en el proceso a Ricardo Mont Ling, representante legal del Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C. y, por ende, no se determinó el daño resarcible económicamente que habría causado, respecto del cual deba responder su empleadora; entonces, no existió la relación de causalidad (causa-efecto); que constituye uno de los presupuestos para la aplicación de la reparación civil; esto es, que se haya presentado el daño y que una vez producido o constatada su materialidad, se determine si existió un causante, lo que no se cumplió porque el imputado, Gerente General de la mencionada Empresa, fue excluido del proceso.

Vigésimo noveno. Este mismo razonamiento, corresponde aplicar para el caso de la empresa Supervisora HIDROINGENIERIA S. R. L., debido a que, se le incluyó como tercero civilmente responsable del delito de negociación incompatible, por la imputación recaída en Carlos Alberto Foronda Claussi, Supervisor de Obra de esta empresa. Respecto a este procesado, la sentencia de primera instancia lo condenó como cómplice primario del citado delito; empero la Sala de Apelaciones revocó dicha condena; y reformándola, lo absolvieron de dicha imputación. No obstante esta absolución, la sentencia de vista no explica el por qué, luego de haber absuelto al imputado, se le impuso un monto de reparación civil a la empresa empleadora de dicho procesado, si no se determinó el hecho causante del daño civil, siendo inexistente el factor de atribución, relacionado con el actuar doloso; los cuales sustentarían la responsabilidad civil de la empresa Supervisora y que es fundamento de la responsabilidad civil *ex delicto*⁸; lo que en el caso no sucedió.

⁸ *Ibidem*.



Trigésimo. En consecuencia, la sentencia materia de grado vulneró la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales; por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez, por cuanto a pesar de que estableció la obligación del pago de la reparación civil a las empresas recurrentes; sin embargo, no precisó los fundamentos de su imposición, pues para realizar un análisis jurídico sobre la declaración del tercero civilmente responsable; era necesario dilucidar, en primer lugar, sobre qué hechos lesivos se hace esta declaración de responsabilidad, que en el caso no se determinaron, debido a que no existió el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y el agente que lo hizo. Si bien, la afectación a la motivación, implicaría la nulidad del proceso; sin embargo, advirtiéndose que en el proceso no existen los elementos indispensables para la atribución de responsabilidad a los terceros civilmente responsables; corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, para evitar dilaciones indebidas y perjuicio a las partes; por lo que corresponde declarar improcedente la pretensión del actor civil, respecto a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Trigésimo primero. De otro lado, la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones incrementó el monto de la reparación civil, impuesta en primera instancia a la empresa impugnante HIDROINGENIERÍA S.R.L., a pesar que el actor civil, constituido por la Procuraduría no recurrió; por lo que vulneró el principio dispositivo, que señala que la sentencia no podrá sobrepasar el monto pedido por el Fiscal y, en su caso, por la parte civil. En este principio, la pretensión civil encuentra su límite, de ahí que toda variación, en contra de los responsables sin que haya recurrido la parte



afectada implica una *mutatio libeli* prohibida por la normativa Procesal Penal y Procesal Civil⁹.

II. Sobre la errónea interpretación de la Ley Penal

El delito de negociación incompatible

Trigésimo segundo. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tiene como fuente el artículo doscientos sesenta y cinco del Código Penal Argentino, ambos contienen como fuente común al artículo cuatrocientos treinta y nueve del Código Penal Español, que a diferencia de nuestra legislación, el primero lo ubica en un capítulo independiente sobre negociaciones incompatibles. En este sentido, su ubicación ha sido cuestionada por la doctrina nacional, proponiéndose incluso la creación de una sección específica para las negociaciones incompatibles¹⁰.

Trigésimo tercero. Nuestro legislador, lo situó en la sección IV del Código Penal-Delito de corrupción de funcionarios, por lo que constituye una modalidad de corrupción, por ende, la conducta del sujeto activo se desenvuelve con esa orientación; es decir, en la utilización de potestades públicas para el interés privado, que difiere del general que se encuentra constituido por mandato legal¹¹, por ello, se descarta, *prima facie*, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa.

⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. "Responsabilidad civil y proceso penal: Algunos aspectos procesales de la reparación civil". En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Responsabilidad civil II*. Editorial Rodhas, Lima, 2006, p. 34.

¹⁰ La legislación Argentina ubica este tipo penal en un capítulo autónomo denominado "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", mientras que el Código Penal Español, lo sitúa como "**negociación** y actividades prohibidas al **funcionario**".

¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta Edición. Idemsa, Lima, 2007, p. 817.



Trigésimo cuarto. El artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, lo tipifica del siguiente modo: *"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 [...]".*

Análisis del tipo penal

Trigésimo quinto. En razón a la configuración y ubicación del delito de negociación incompatible, en la Sección IV del Código Penal, referida a corrupción de funcionarios; es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, es decir, no exige un perjuicio efectivo a las arcas estatales, sino que resguarda el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mediante el actuar imparcial del servidor o funcionario que se desenvuelve en dicha operación.

Trigésimo sexto. Es un delito de peligro¹², que importa un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública¹³. En consecuencia, el bien jurídico que se protege es la imparcialidad de los funcionarios, en la toma de decisiones, las cuales se dirigen en función a la labor pública que ejercen. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública, que pueda significar un riesgo para ella.

¹² SANCINETTI, Marcelo. "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas". Buenos Aires. Disponible en línea: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1986-30087700891_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Negociaciones_incompatibles_con_el_ejercicio_de_funciones_p%FAblicas>.

¹³ En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad número 2068-2012.



Trigésimo séptimo. Debido a su naturaleza de delito de peligro; su realización no se encuentra supeditada a la lesión efectiva de un bien, sino que la relación entre el peligro y la realización del mal futuro, se encontrará en un nexo de posibilidad¹⁴. Al constituir un adelantamiento al poder del Estado, debe ser debidamente interpretado y aplicado en el caso concreto, de tal forma que no se castigue el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa estatal, que contravendría los principios de *ultima ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal, sino que se verifique el interés particular del sujeto activo, por ello, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva.

Trigésimo octavo. No cabe punir meros comportamientos, que signifiquen solo actuaciones parciales por parte del presunto sujeto activo, porque significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello, conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio. En consecuencia, cuando el sujeto especial no cumple con las obligaciones de su cargo, en colisión con los intereses del Estado, corresponde evaluar su conducta, primero, a nivel administrativo; y solo cuando reúna las características de relevancia y cumplimiento del injusto, deberá intervenir el Derecho Penal.

Trigésimo noveno. El elemento normativo central del delito de negociación incompatible es el **"interés"**, que constituye el núcleo rector del tipo penal; **este "interesarse", ha sido muy bien definido por la doctrina argentina, como "volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no**

¹⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de derecho penal. Parte general*. Tomo II. Cuarta edición. Idemsa, Lima, 2011, p. 68.



administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste”¹⁵. Entonces, debemos indicar que el interés debe ser entendido como el procurar del sujeto activo, que su intervención se produzca en dirección a la obtención de un beneficio; dicha pretensión, excede por supuesto, lo estrictamente administrativo y funcional¹⁶, entendido como el mero incumplimiento de alguna normativa que regule su actuar.

Cuadragésimo. Es indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Dicha acción, siempre va a implicar un riesgo para el patrimonio de la Administración Pública; **sin embargo, no basta una mera infracción del “deber de abstención” del funcionario público, sino que su interés debe ser considerado como una intervención a su favor en la obra que esté a cargo¹⁷.**

El interesarse directa o indirectamente o por acto simulado

Cuadragésimo primero. Este interés, puede manifestarse, conforme lo prescribe el Código Penal, de tres formas: a) Directamente, lo que significa que sea a título personal, es decir, el mismo sujeto activo coloca en evidencia su pretensión de favorecerse a sí mismo o a un tercero de la obra o contrato. b) Indirectamente, en este supuesto, el sujeto activo materializará dicho interés a través de un intermediario, que podría ser un funcionario o no. c) Por acto simulado, que alude también a una forma indirecta de interesarse, por cuanto, el sujeto activo, aparentará que su

¹⁵ CREUS, Carlos. *Delitos contra la administración pública*, p. 371, lo llama **“un interés de parte no administrativa”**. Citado en CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 39.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, recurso de casación número ochocientos cuarenta y uno-dos mil quince, Ayacucho, de veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, fundamento jurídico trigésimo quinto.

¹⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 513-514.



intervención será en pro de la Administración Pública, pero en realidad no es así.

Cuadragésimo segundo. En este sentido, la normativa es clara en definir estas tres modalidades, las mismas que se realizarán con motivo de la intervención del servidor o funcionario, en una determinada obra o contrato. Respecto a la modalidad de comisión de este delito; la doctrina mayoritaria, se ha decantado por afirmar que dicha intervención solo puede materializarse a través de una acción positiva¹⁸, pero también existe un sector minoritario de la doctrina que acoge la posibilidad que el interés indebido pueda configurarse con una omisión, en la modalidad de simulación, que puede significar admitir comportamientos omisivos con carga intencional comisiva¹⁹.

Cuadragésimo tercero. Al respecto, este Supremo Tribunal, considera, en función de lo señalado anteriormente, que el delito de negociación incompatible, debe interpretarse desde un enfoque restrictivo, en aras de proteger la presunción de inocencia del imputado; que solo se desvirtuará cuando existan medios probatorios que acrediten de forma indubitable la comisión del tipo penal; por ello, se acoge la postura mayoritaria, que afirma que es posible la configuración del delito de negociación incompatible, respecto a “interesarse directamente e indirectamente”; solo mediante actos positivos. En tanto que el juzgador, deberá analizar si en determinado caso, una conducta omisiva, podría adecuarse al elemento normativo “**interesarse** por acto **simulado**”; por cuanto la configuración del tipo penal de negociación incompatible, no obedece a meros incumplimientos administrativos, que solo podría constituirse como

¹⁸ *Ibidem*. CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 506.

¹⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Loc. Cit.



un defecto en la administración interna, no siendo merecedora de una sanción penal.

Cuadragésimo cuarto. Ello es así, toda vez que, en determinados casos puede darse, incluso, la posibilidad que el agente realice una conducta negligente, que aunque infrinja la normativa administrativa, no tendrá relevancia suficiente, para merecer una sanción de carácter penal, o, en todo caso, las conductas omisivas podrían ser reprimidas, por ejemplo, con otros tipos penales, como el delito de omisión de actos funcionales, siempre, dependiendo de la valoración del juzgador, en el caso concreto; por supuesto, luego de acudir a una vía menos gravosa.

Cuadragésimo quinto. En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad número dos mil setecientos setenta-dos mil once, de doce de septiembre de dos mil doce, señaló: *"Cabe indicar que el omitir en un inicio el Informe Favorable del Supervisor de la Obra, no constituye, por sí solo, un indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible"*.

Naturaleza de la relación funcional

Cuadragésimo sexto. El tipo penal, sanciona al funcionario público que interviene por razón de su cargo; esto significa que no puede ser autor, cualquier funcionario, sino solo aquel que posee facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones en las que interviene. En este sentido, el sujeto activo de este delito, será solo quien tenga legítimamente a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública, ello permitirá que su conducta califique en el tipo penal.

Cuadragésimo séptimo. El fundamento de ello, es que al ser un delito especial propio, tutela la imparcialidad de los funcionarios y servidores



públicos, en la toma de decisiones propias; por lo tanto, exige este estatus y que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo. Por ello, ante la comisión del delito de negociación incompatible, la doctrina se ha referido a una especie de **“desdoblamiento de la conducta”**²⁰, por cuanto, el sujeto activo actúa como funcionario representante de la Administración Pública, pero también representando a **sus intereses personales. Es decir, “interesarse” debe implicar que el agente público, sea al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario, que interviene en él por razón de su cargo.**

Momento de la comisión del delito

Cuadragésimo octavo. Respecto al momento en el cual se puede producir el interés del sujeto activo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han coincidido en señalar que la configuración del injusto penal, puede tomar lugar en diversas etapas del contrato u obra, esto es, en la fase preparatoria del contrato administrativo, en el decurso del proceso de selección, en su fase de ejecución y liquidación²¹.

Cuadragésimo noveno. De ahí que, únicamente el delito de negociación incompatible no podría cometerse cuando el contrato estatal se hubiera extinguido o cumplido completamente²², siendo válido, por el contrario, que en las siguientes etapas, como la negociación, suscripción, ejecución y liquidación pueda presentarse el interés indebido.

Sobre el caso concreto materia del presente recurso de casación

Quincuagésimo. Revisadas las piezas procesales del presente proceso, la imputación concreta que se le hace al procesado Jorge Luis Vergel Polo,

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, recurso de casación número seiscientos veintiocho-dos mil quince, Lima, de cinco de mayo de dos mil dieciséis.

²¹ En ese sentido, DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal*. Parte especial, Tomo III. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 319. ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 411.

²² REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit. p. 506.



es *“la de haber omitido tanto en su informe número mil trece-dos mil diez-ME/VMGI-OINFE-OBRAS, de dieciséis de julio de dos mil once, y en el informe número mil ciento ochenta y ocho-dos mil diez-ME/VMGI-OINFE-OBRAS, de diecinueve de agosto de dos mil diez, el hecho que el contratista CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C., ya había ejecutado la instalación de la cobertura (techo) de calaminón, en lugar de la cobertura de policarbonato y piso laminado en lugar de piso de parquet, en el ambiente del gimnasio de la institución educativa Melitón Carbajal”*.

Mediante este accionar, se interesó de manera directa, en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material. Ello ocasionó perjuicio al Estado, porque liberaron al contratista Consorcio DHMONTH de la obligación de instalar dichos materiales, por la suma de doscientos sesenta y nueve mil setecientos veinticinco soles (S/269,725.00) y generaron un importe indebido por pagar de doscientos sesenta y un mil, seiscientos treinta y dos soles con veinte céntimos (S/261,632.20), por la construcción e instalación, por parte de la empresa DHMONT, representado por el imputado Mont Ling.

Quincuagésimo primero. De lo expuesto, debe precisarse lo siguiente; la Fiscalía imputa concretamente –principio acusatorio– que el procesado Jorge Luis Vergel Polo, se interesó directamente en el contrato de ejecución de obra, interviniendo en provecho de las empresas CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L. Es decir, calificó la conducta como negociación incompatible dentro del elemento normativo del tipo **“interesarse directamente”**.

Quincuagésimo segundo. No obstante, como lo especifica la imputación, la conducta del procesado recurrente, de interesarse directamente, se habría realizado a través de la omisión de señalar en el informe



correspondiente, los cambios de materiales del piso y del techo del **gimnasio de la institución educativa "Melitón Carbajal"**. Es por ello, que inicialmente dicho procesado fue denunciado por los delitos de negociación incompatible, omisión de funciones y omisión de consignar datos en los documentos; pero la sentencia de primera instancia, en aplicación de un presunto concurso aparente de leyes, subsumió su conducta únicamente en el primer ilícito (negociación incompatible), sobre esta nueva configuración del tipo, se lo condenó en segunda instancia.

Quincuagésimo tercero. Al respecto, el delito de negociación incompatible abarca tres modalidades: el interesarse directa, indirectamente o mediante acto simulado. Al procesado Jorge Luis Vergel Polo se le imputó la primera modalidad; esto es, interesarse directamente y en provecho de terceros; supuesto que se configura mediante un acto comisivo, no pudiendo configurarse dicho delito a través de una conducta omisiva; la que sería posible solo en los casos de interés simulado, dependiendo del caso concreto, sin embargo, el procesado Vergel Polo no fue denunciado por esta modalidad.

Quincuagésimo cuarto. De otro lado, el sujeto activo de negociación incompatible, será solo quien tenga a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública; es decir, ello permitirá afirmar que por dicho motivo, intervino en estos, dirigiendo su accionar siempre en provecho propio o de terceros. El acusado Vergel Polo, venía desempeñándose como Jefe del Área de Obras de la Oficina de Infraestructura-OINFE, perteneciente al Ministerio de Educación, en mérito al Contrato Administrativo de Servicios número tres-dos mil diez-MED-UE. ciento ocho, suscrito con el Ministerio de Educación-Programa Nacional de Infraestructura Educativa, en cuyo requerimiento de servicios materia de



este contrato, se señalaban sus actividades a desempeñar, entre las que se encontraban: coordinar, supervisar, evaluar y controlar las actividades técnicas y/o administrativas que desarrolla la OINFE, en relación a las obras a ejecutarse o en ejecución.

Quincuagésimo quinto. De ello, se desprende que su labor era fiscalizadora y no de dirección, no teniendo poder de decisión de firmar contratos de obra ni de modificar los términos de éstos, de tal forma que resultara beneficioso para los terceros. Además, los órganos de mérito no analizaron el elemento subjetivo del delito de negociación incompatible, por cuanto, en las respectivas sentencias, no se aprecia fundamento alguno sobre la conducta subjetiva del procesado Vergel Polo, de haber realizado con dolo directo la acción de favorecer a las empresas contratistas; y, tampoco especificó los motivos que habría tenido dicho procesado para favorecer a las mencionadas empresas, sobre todo, si se tiene en cuenta que actuó en representación del Ministerio de Educación y, se vinculó con la obra, como empleado contratado por el Ministerio de Educación bajo el régimen CAS.

Quincuagésimo sexto. Al respecto, la Sala de Apelaciones señaló que su interés directo se realizó mediante la omisión en la consignación de datos relevantes en su informe; incumpliendo de esta forma lo estipulado en las normas administrativas que regulaban sus funciones (Decreto Legislativo número mil diecisiete, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro-dos mil ocho-EF y su Contrato Administrativo de Servicios número setenta y ocho-dos mil nueve-M/SG-OGA-UA-APP). Este mero incumplimiento de normas administrativas, *per se*, no constituye delito de negociación incompatible; se requiere para ello, que en la conducta del agente concurren todos los



elementos descriptivos y normativos del tipo penal previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal.

Quincuagésimo séptimo. Finalmente, la no ejecución de la obra por parte de los contratistas del Estado, de acuerdo con las cláusulas del respectivo contrato, que habría causado perjuicios económicos al Estado; no siempre se debe resolver a través del Derecho Penal, por cuanto, los contratantes pueden responder civilmente, cuando incumplen sus obligaciones contractuales. En este sentido, si el contratista DHMONT & M S.A.C., no cumplió con los términos de su contrato, al cambiar los materiales del piso y techo del gimnasio de la Institución Educativa "Melitón Carbajal", y que este hecho no fue advertido por el procesado Vergel Polo; en tal caso, cualquier responsabilidad civil, puede reclamarse en la vía correspondiente.

Quincuagésimo octavo. En consecuencia, no habiéndose acreditado la comisión del delito de negociación incompatible, ni la responsabilidad del procesado Jorge Luis Vergel Polo, debió aplicarse el principio constitucional de presunción de inocencia; por lo que debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta omisiva.

Quincuagésimo noveno. De otro lado, el inciso uno del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal, establece que cuando en un proceso hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorece a los demás, siempre que los motivos en que se funde, no sean exclusivamente personales. En el caso de autos, el procesado Jorge Luis Núñez Smith -a quien la Primera Sala Penal de Apelaciones declaró inadmisibles sus recursos de casación mediante resolución de dieciocho de enero de dos mil diecisiete- se encuentra en la misma situación jurídica del



procesado Jorge Luis Vergel Polo, por cuanto, como indicó la acusación fiscal, ambos actuaron conjuntamente en la ejecución del contrato de obra, como Coordinador y Jefe en el Área de Obras de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, respectivamente, imputándoseles la autoría del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado; dado que presentaron pronunciamientos en los que omitieron hechos relevantes en cuanto a la ejecución del cambio de material de techo y piso del gimnasio del Colegio **“Melitón Carbajal”**, por parte del CONSORCIO DHMONT & M S.A.C.; la acusación señaló que mediante este accionar se interesaron de manera directa en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material.

Septuagésimo. Al respecto, como se ha establecido en los considerandos cuadragésimo tercero y cuadragésimo cuarto, el delito de negociación incompatible abarca tres modalidades; en el caso concreto, se le imputó **al procesado Jorge Luis Núñez Smith la primera modalidad, “interesarse directamente”** y en provecho de terceros, supuesto que solo se configura mediante un acto comisivo, no siendo posible tipificar dicho delito mediante de una conducta omisiva; en consecuencia, debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta omisiva; por lo que corresponde extender los efectos de la decisión de este recurso de casación al citado procesado Núñez Smith.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: A. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Luis Vergel Polo, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la Ley Penal, respecto al artículo



trescientos noventa y nueve del Código Penal-delito de negociación incompatible; en consecuencia CASARON la sentencia del quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta .

I. Actuando en sede de instancia: REVOCARON la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, y reformándola: absolvieron a Jorge Luis Vergel Polo, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado.

II. DISPUSIERON la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales que se hubieren generado en contra del precitado encausado, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso; con lo demás que al respecto contiene.

B. FUNDADO los recursos de casación interpuestos por el CONSORCIO DHMONT & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., por las causales previstas en los incisos uno y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, Vulneración de la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales; en consecuencia CASARON la misma sentencia, en el extremo que revocó la de primera instancia en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y



Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y reformándola, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA.

I. Actuando en sede de instancia: REVOCARON la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis; y reformándola declararon IMPROCEDENTE la pretensión civil formulada por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República, respecto a los terceros civilmente responsables DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L.

II. EXTENDIERON la fundabilidad de la presente decisión en todos sus extremos, respecto al procesado Jorge Luis Núñez Smith, de conformidad con el artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal; en consecuencia, CASARON la sentencia del quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que lo condenó, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta. Actuando en sede de instancia:



REVOCARON la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, y reformándola: absolvieron a Jorge Luis Núñez Smith, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

VENTURA CUEVA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA