

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Informe Jurídico sobre el Recurso de Casación 67-
2017/Lima**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Julio Alejandro Jara García

ASESOR:

Daniel Simón Quispe Meza

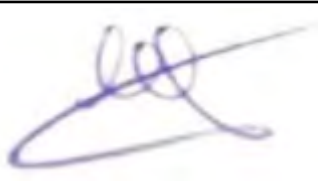
Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, DANIEL SIMON QUISPE MEZA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre el Recurso de Casación 67-2017/Lima", del autor(a) JULIO ALEJANDRO JARA GARCIA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2024

DANIEL SIMON QUISPE MEZA	
DNI: 70437387	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5979-4744	
	Firma:

RESUMEN

El presente informe jurídico se centra en el análisis tanto del objeto penal como civil del Recurso de Casación 67-2017; todo centrado en el delito relativo a la negociación incompatible. Por parte del objeto penal se evalúan los elementos típicos de “interesarse indebidamente” y “en función de su cargo”, principalmente. También se adentra tangencialmente en temáticas como el tan mentado funcionario de facto.

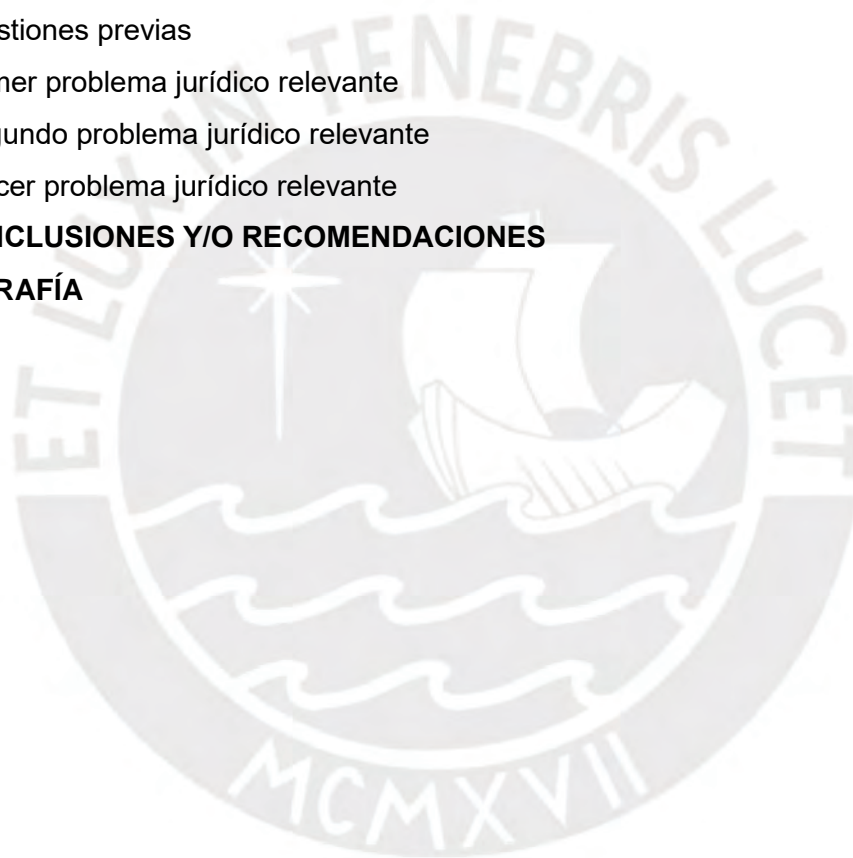
En cuanto al segundo objeto en mención se centra en la responsabilidad civil de los terceros civilmente responsables y se tocan temas como la responsabilidad civil *ex delicto* directa, vicaria, extracontractual y contractual de la persona jurídica.

Palabras clave

Negociación incompatible, responsabilidad civil ex delicto, comisión por omisión, funcionario de facto

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	3
I. INTRODUCCIÓN	5
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	6
2.1 Antecedentes y hechos relevantes	6
2.2 <i>Iter</i> Procesal	8
2.3 Fundamentos de hecho y de derecho de la resolución <i>sub examine</i>	10
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	14
IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	15
4.1. Cuestiones previas	15
4.2. Primer problema jurídico relevante	25
4.3. Segundo problema jurídico relevante	28
4.4. Tercer problema jurídico relevante	37
V. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	47
BIBLIOGRAFÍA	50



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° DE LA RESOLUCIÓN	Recurso de Casación N°67-2017
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Penal (Corrupción de Funcionarios)
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	<ul style="list-style-type: none">• Sentencia de veintitrés de junio de 2016 emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima (sentencia de primera instancia).• Resolución de quince de noviembre de 2016 otorgada por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima (sentencia de segunda instancia).
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	-
DEMANDADO/DENUNCIADO	En el recurso de casación se analiza la responsabilidad penal de Jorge Luis Vergel Polo (recurrente) y Jorge Luis Núñez Smith, como autores de los delitos contra la Administración Pública-negociación incompatible. Así también, se evalúa la responsabilidad civil del Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L. como terceros civilmente responsables.

INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Corte Suprema de Justicia de la República
TERCEROS	-



I. INTRODUCCIÓN

La corrupción ha venido manteniéndose persistentemente entre los males sociales que más agobian a nuestra sociedad, que mayor desbalance patrimonial genera, y que mayor percepción como principal problemática del país de parte de los ciudadanos peruanos ostenta. Uno de los fines del Derecho Penal, en general, es el de la Paz Social, y uno de los fines de la pena, en específico, es el de la prevención tanto general como especial (en sus facetas tanto positivas y negativas). La negociación incompatible, al ser un tipo subsidiario, es de los tipos delictuales más cometidos, investigados, juzgados, y que mayor número de sentencias condenatorias; por lo que, en suma, es un tipo penal con marcada presencia en la cotidianidad de nuestro devenir jurídico.

Con lo que, al dejar de punirse también la modalidad omisiva de dicho delito, esto redundaría en un incremento en la sensación de impunidad generalizada en cuanto a la investigación y sanción de la corrupción (teniendo en cuenta que se trata de un Recurso de Casación que se encuentra colgado en la web, y que el mismo resuelve en última instancia un caso con cierta notoriedad); una mayor desconfianza en las instituciones de parte del ciudadano de a pie; un posible incentivo en los sujetos pasivos potenciales de este delito al ver una alternativa y modalidad no sancionable por el Derecho Penal; una mayor facilidad para que se generen sentencias absolutorias en cuanto a este delito; entre otras muchas cuestiones de igual relevancia.

Esta problemática, referida a si es que es el tipo penal de negociación incompatible permite la modalidad omisiva es una temática relevante en cuanto al debate, pero no la única. Así también, a manera de ejemplo, se encuentra el problema jurídico referido a si es que es acorde a Derecho que, sin la responsabilidad penal de los representantes legales de los terceros civilmente responsables, se les pueda atribuir a dichos terceros una responsabilidad civil.

Por lo que, en suma, se tiene que se optó por elegir el Recurso de Casación 67-2017 por ser una Resolución próxima en cuanto al ámbito temporal, que puso fin a dicha problemática en sede judicial penal, y porque se trata de la resolución de un caso con cierta notoriedad. Así como, por la concurrencia de temas complejos

en la misma, con posturas encontradas y divididas (pero ninguna tan mayoritaria o con una marcada superioridad entre adoptantes respecto de la otra).

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes y hechos relevantes

En lo concerniente a los hechos relevantes del caso se tiene, en primer término, el Decreto de Urgencia N° 004-2009 mismo que fue emitido en nueve de enero de dos mil nueve. Con este se creó el “Programa Nacional de Recuperación de las Instituciones Públicas Educativas Emblemáticas y Centenarias” y se incluyó la obra “Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura Educativa y Equipamiento de la I.E. diez setenta-Melitón Carbajal”.

Después, en veintitrés de abril de dos mil nueve, se aprobó el expediente técnico de esta obra mediando Resolución Jefatural N° 629-2009-ED. El mismo que, después de la recomendación de un grupo de profesionales revisores, contó con la conformidad de la Jefatura de Estudios y Proyectos de la Oficina Nacional de Infraestructura Educativa. El costo a suma alzada por el que se lo aprobó fue ascendente a S/. 18'976,471.40.

A resultas de dicha aprobación y en virtud de dicho Decreto de Urgencia el Ministerio de Educación emitió dos exoneraciones de procesos: la N° 40-2009-ED/U.E 108 y la N° 44-2009-ED/U.E 108. A raíz de la primera exoneración dicha Entidad del Estado suscribió el contrato de obra N° 78-2009-ME7SG-OGA-UA-APP, de veinticinco de mayo de dos mil nueve, de manera directa, con el Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C (representado por Ricardo Mont Ling). El mismo tenía un plazo de ejecución referido a 270 días calendarios y se dio bajo la modalidad de contratación “a suma alzada”.

Como consecuencia de la segunda exoneración de proceso dicho Ministerio suscribió de manera directa el contrato N° 124-2009-ME/SG-OGA-UA-APP, de fecha siete de agosto de dos mil nueve, con la empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L. (representada por Miguel Alcides Saldaña Rojas en dicho momento); esto, con la finalidad de que supervise la obra reconocida en el anterior contrato señalado. Este nuevo contrato fue suscrito por el valor de S/. 367,567.20 y con un plazo de ejecución de 300 días calendarios.

Luego, después de todo ello, se dio conformidad a la solicitud de presupuesto adicional de obra N° 8 en la que se incluían el cambio de material en la cobertura del gimnasio (de policarbonato translúcido celular de 8 mm a polipropileno). Así también, en dicho adicional se incluía el cambio de material del piso del gimnasio (de parqué a piso laminado).

Razón por la cual se sostuvo que 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), en su condición de funcionarios públicos, orientaron sus actos de gestión a intereses distintos a los de la entidad pública de la que eran representantes, y transgredieron la normatividad vigente en ese momento y los términos y condiciones contractuales. Ya que, eludieron sus obligaciones al emitir pronunciamientos en los que omitieron hechos relevantes referidos a la ejecución de dicho cambio de material del techo y piso del gimnasio que debía ser efectuado por parte del Consorcio DHMONT. Así mismo, se señala que incluso para ello los mismos hicieron caso omiso a la asesoría jurídica, continuaron con el trámite y dieron conformidad a la solicitud del presupuesto adicional de obra mencionado.

Con lo que, todo ello originó la aprobación irregular del presupuesto adicional de la obra. Lo que, a su vez, causó perjuicio al Estado porque se liberó al consorcio DHMONT de la obligación de instalar dichos materiales ascendente a S./269,725.00 y se generó un importe indebido a pagar equivalente a S./261,632.20 por la construcción e instalación a dicha empresa.

Por lo que, en consecuencia, se imputó a dichos funcionarios que a través de dicho accionar se interesaron de manera directa en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra N° 8 a causa del cambio de material. Así mismo, se sostiene que para efectos de la participación de dichos ilícitos se contó con la participación dolosa de los representantes legales de las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L.; ya que, se requirió de la misma para que se aprobara de manera indebida dicho adicional de obra N° 8 en mención.

Cabe decir que este caso forma parte, a su vez, de lo conocido mediáticamente como el caso de los “Colegios Emblemáticos”. El mismo que causó alto revuelo, por allá en el año 2012, por presuntas irregularidades suscitadas en la

remodelación de colegios rotulados como emblemáticos a lo largo del territorio nacional, y que generó una investigación de larga data en una Megacomisión del Congreso de la República¹.

Hasta aquí se efectuó el desarrollo y síntesis de los hechos relevantes del caso. Culminado ello, se procederá, ahora, a explicar cuál fue el iter procesal de la casación bajo comento. Veamos, pues.

2.2 Iter Procesal

En primera instancia, el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia condenatoria, de veintitrés de junio de 2016, contra Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo como autores y a Carlos Alberto Foronda Claussi como cómplice primario del delito de negociación incompatible de negociación incompatible. Ello después de determinar que las imputaciones realizadas a Jorge Luis Núñez Smith y a Jorge Luis Vergel Polo referidas a la comisión de los delitos de omisión de actos funcionales y de omisión de consignar declaraciones en documentos se subsumían ya en dicho delito en mención.

Así mismo, se absolvió a Miguel Alcides Saldaña Rojas de las imputaciones efectuadas en su contra como cómplice primario del delito de negociación incompatible y como autor del delito referido al uso de documento privado falso en agravio del Estado.

Así también, se declaró fundada en parte la pretensión del actor civil y se fijó en S/. 200.000.00 el monto que por concepto de reparación civil los sentenciados y terceros civilmente responsables en forma solidaria debían abonar. Misma que, en función de la realización de los hechos dañosos, se debía dividir de la siguiente forma: 7% a cargo de Jorge Luis Núñez Smith, otro 7% a cuenta Jorge Luis Vergel Polo, 6% le correspondía a Carlos Alberto Foronda Claussi, 60% corría por cuenta de la empresa DHMONT & CG & M S.A.C., y el 20% restante le correspondía a HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Contra esta resolución, todos estos sujetos procesales interpusieron recurso de apelación. Dichos recursos fueron concedidos. Lo que dio rienda a que haya

¹ Ver, por ejemplo, para mayor abundamiento, la página 26 y ss.:

[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/36beb2a9eaff480505257a330073987b/\\$FILE/OF-0264-2012-CIMGAGPRCR-.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/36beb2a9eaff480505257a330073987b/$FILE/OF-0264-2012-CIMGAGPRCR-.pdf)

pronunciamiento de vista. Es así que la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la resolución de quince de noviembre de 2016, confirmó la sentencia recurrida en el extremo condenatorio para con Jorge Luis Vergel Polo y a Jorge Luis Núñez Smith. Así también revocó la sentencia el extremo que declaró a Carlos Foronda Claussi como cómplice primario y, reformándola, lo absolvieron de tal imputación. Del mismo modo, revocó dicha resolución en el extremo que declaraba como fundada en parte la pretensión del actor civil y, reformándola, dictaminó que el monto a pagar por concepto de reparación civil que debían de abonar los sentenciados y los terceros civilmente responsables en favor del agraviado era ascendente a S/. 188,000.00. Dicho monto fue distribuido de la siguiente manera: un 8% cada uno de los sentenciados, el 62% corría a cargo de la empresa DHMONT, y, el 22% restante, se encontraba reservado para la empresa HIDROINGENIERÍA.

En razón de ello, tanto los sentenciados como los terceros civilmente responsables interpusieron sendos recursos de casación contra dicha sentencia de vista. Luego, con resolución de dieciocho de enero de dos mil dieciocho, el Ad Quem admitió dichos recursos casatorios a excepción del recurso interpuesto por Jorge Luis Núñez Smith. Esto último por no haberse precisado qué desarrollo de doctrina jurisprudencial se pretendía; por lo que, en consecuencia, se lo declaró inadmisibile.

Cumplido el plazo procesal, se efectuó la Ejecutoría 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. Se efectuó la audiencia de casación, se deliberó la causa en secreto y se realizó la votación. Luego, se emitió dicha sentencia casatoria de once de julio de dos mil diecisiete, misma que fue leída en audiencia pública en la misma fecha y a las 10:50 horas. Con esta se resolvió en sede definitiva dicha causa y se resolvió declarar fundado el recurso de casación interpuesto por Jorge Luis Vergel Polo. En consecuencia, se casó la sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, actuando en sede de instancia se revocó la sentencia de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, y reformándola, se absolvió a Jorge Luis Vergel Polo de la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible.

Así también, se declararon fundados los recursos de casación interpuestos por el CONSORCIO DHMONT & M S.A.C. e HIDROENGENIERÍA S.R.L. Por lo que, casaron dicha sentencia de vista, actuando en sede de instancia revocaron la sentencia de primera instancia y reformándola declararon improcedente la pretensión civil formulada por el actor civil en lo concerniente a dichos terceros civilmente responsables.

Por último, extendieron la fundabilidad de tal decisión a Jorge Luis Núñez Smith en todos sus extremos. Con lo que, se casó la sentencia de vista, actuando como instancia revocaron la sentencia de primera instancia, y reformándola absolvió a dicha persona de la acusación fiscal en su contra.

Culminado ya el acápite referido al iter procesal, ahora resta entrar de lleno y enfocarnos en los fundamentos, tanto de hecho como de derecho, que sirvieron de base para fundamentar este recurso de casación en específico.

2.3. Fundamentos de hecho y de derecho de la resolución *sub examine*

Estos recursos de casación interpuestos por Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables fueron fundamentados y admitidos por las causales referidas a la vulneración de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales y para el desarrollo de doctrina jurisprudencial a causa de la mala interpretación del artículo 399 del Código Penal.

A partir de ello, como ya se adelantó en el subapartado precedente, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema realizó un pronunciamiento de fondo respecto de los terceros civilmente responsables, y su responsabilidad civil, y también sobre la responsabilidad penal de Jorge Luis Vergel Polo (apelantes). No obstante, también lo hizo respecto de Jorge Luis Núñez Smith por aplicación extensiva. En este apartado, a diferencia del anterior, se recopilarán, de manera ordenada y sistémica, las razones o fundamentos de dicha parte resolutive.

Así, con relación al objeto civil, se tiene que esta suprema sala, libera, en instancia definitiva, de la responsabilidad civil a los terceros civilmente responsables, pues, como también se mencionó con anterioridad, resolviendo sobre el fondo y actuando como instancia revocaron la sentencia de primera instancia y reformándola se declaró improcedente la pretensión del actor civil respecto de dichos terceros. Esto porque dicha suprema sala observó la

conurrencia de lo que conceptuó como una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del *Ad Quem*.

Se alega tal deficiencia motivacional en virtud de que, pese a que se estableció la obligación del pago de la reparación civil a las empresas recurrentes, el Juez no precisó los fundamentos de dicha imposición. Pues, para realizar un análisis jurídico sobre la declaración del tercero civilmente responsable era necesario dilucidar, en primer lugar, a criterio de la Corte Suprema, sobre qué hechos lesivos se hace esta declaración de responsabilidad. Pero que dichos hechos no se determinaron en el caso en concreto debido a que no existió el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y el agente que lo ocasionó en cuanto a ninguno de los terceros civilmente responsables.

Así, en el caso de DHMONT & CG & M S.A.C., la Corte Suprema señala que a dicha persona jurídica se le atribuyó responsabilidad civil al incluirlo como tercero civilmente responsable porque la imputación fiscal incorporó a Ricardo Mont Ling (representante legal) como cómplice primario del delito de negociación incompatible.

Del mismo modo, menciona que el actor civil en su fundamentación del pedido de incorporación de dicha empresa como tercero civilmente responsable arguyó que esta empresa generó daños y perjuicios al Estado por haber participado en la comisión de los hechos; por lo que, la responsabilidad civil le era inherente. El Juzgado de primera instancia fundamentó su decisión a este respecto en el artículo 1981 del Código Civil. El *Ad Quem* señaló que la determinación de dicha responsabilidad civil no se encuentra basada únicamente en un mandato legal, sino que se deriva del hecho de que con sus acciones el imputado vulneró el bien jurídico.

Pero que, si bien se observa que en autos Ricardo Mont Ling (representante de dicha empresa) figura como cómplice primario tanto en la Acusación como en el Auto de Enjuiciamiento; este fue excluido del proceso de manera previa a la realización del inicio del juicio oral (esto a causa, según alega dicho impugnante, de una resolución que declaraba fundado el recurso de Amparo interpuesto y que declaró nula la resolución de nueve de octubre de dos mil trece por la transgresión al derecho a la debida motivación). Por lo que, a causa de ello, se tiene que Ricardo Mont Ling (representante de dicha empresa) no fue juzgado ni

condenado, ni tampoco tuvo la condición de procesado hasta el término de la causa materia de casación.

Así mismo, se sostiene que en la sentencia materia de casación no se determinó el daño resarcible económicamente que habría causado Ricardo Mont Ling, mismo por el cual debía responder también su empleadora; por lo que, no existió la relación de causalidad (requisito para la Reparación Civil).

Por tanto, por estas razones es que la Corte Suprema determina, respecto de DHMONT & CG & M S.A.C. y su representante legal, que no se determinó que se haya efectuado el daño, y que, en consecuencia, no se pudo determinar si es que existió un causante del mismo.

En cuanto a la empresa HIDROINGENIERIA S. R. L., se señala que se la incluyó también como tercero civilmente responsable del delito de negociación incompatible, por la imputación en contra de Carlos Alberto Foronda Claussi (supervisor de obra). En cuanto a este último, se sostiene que el *A Quo* lo condenó como cómplice primario, pero la Sala de Apelaciones revocó dicha condena y lo absolvió. Pero que pese a ello, el *Ad Quem* no explicó por qué, luego de dicha absolución, se impuso un monto de reparación civil a esta empresa empleadora si es que no se determinó el hecho causante del daño y el factor de atribución es inexistente (elementos que sustentan la responsabilidad civil *ex delicto*). Por lo que, asevera la Corte Suprema que en este caso también existió una afectación a la debida motivación.

Por último respecto de dicho objeto civil, esta suprema sala señala en lo concerniente a ambos terceros civilmente responsables, que al existir en ambos casos una afectación a la debida motivación esto debió acarrear consigo la nulidad del proceso; no obstante, se arguyó que en el presente proceso no existían los elementos indispensables para la atribución de responsabilidad civil a los terceros civilmente responsables. Razón por la cual, entró a emitir un pronunciamiento sobre el fondo a fin de evitar dilaciones indebidas y perjuicio a las partes procesales.

También se advierte de manera adicional, para el caso de los dos terceros civilmente responsables, que con la sentencia de vista se vulneró el principio dispositivo que manda que en la misma no podrá sobrepasar el monto pedido por el Fiscal o por la parte civil. Ello, toda vez que con esta resolución se incrementó el monto de la reparación civil impuesto en la primera instancia a la

empresa recurrente HIDROINGENIERÍA S.R.L. pese a que el actor civil no recurrió la misma.

Por otro lado, respecto a la evaluación de la responsabilidad penal de Jorge Luis Vergel Polo, entrando ya de lleno al objeto penal, la Corte decidió revocar la sentencia en el extremo que encuentra responsabilidad penal en la conducta del mismo. Esto en virtud de que el representante del Ministerio Público imputó a dicho recurrente el haberse interesado directamente en el contrato de ejecución de obra y haber intervenido en provecho de las empresas CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L. Pero que dicha conducta, referida al interesarse directamente, se había realizado a través de la omisión de señalar en el informe correspondiente los cambios de materiales del piso y del techo del gimnasio de dicha institución educativa.

No obstante, dicho elemento referido al “interesarse directamente”, acorde a dicha corte, no admite una conducta omisiva, configurándose estemsolo mediante la modalidad comisiva. Dicha modalidad omisiva solo podría darse, dependiendo del caso, en el elemento referido a interesarse de “manera simulada”; no obstante, dicho imputado no fue denunciado por dicha modalidad. De otro lado, también se indica que el imputado Vergel Polo no puede instituirse en sujeto activo de dicho delito; esto porque el sujeto activo de negociación incompatible será solo quien tenga a su cargo el contrato específico investigado u operación para la Administración Pública. Que en el caso en concreto el imputado se desempeñaba como Jefe del Área de Obras de la Oficina de Infraestructura-OINFE y en el requerimiento de servicios materia de su contrato se señalaba que sus actividades a desempeñar eran el supervisar, coordinar, evaluar y controlar las actividades técnicas y/o administrativas que desarrolla la OINFE en relación a las obras a ejecutarse o en ejecución. Por lo que su labor era fiscalizadora y no de dirección, no tenía poder de decisión para firmar dichos contratos de obra ni para modificar sus términos para que estos resultaran beneficiosos para los terceros.

Luego, dicha Corte señala que ambas instancias no entraron a evaluar el elemento subjetivo del imputado, pues no se cuenta con fundamento alguno que analice el dolo directo del imputado en la acción de favorecer a las empresas contratistas. Tampoco se mencionaron, sostiene, los motivos que tuvo dicho

imputado para favorecer a las mencionadas empresas; más si es que actuaba en representación del Ministerio de Educación en dicha obra.

Así también, se alega que el *Ad Quem* señaló que el interés directo se realizó mediante la omisión en la consignación de datos relevantes en su informe, incumpliendo de esta manera lo consignado en las normas administrativas que regulaban sus funciones. No obstante, un simple incumplimiento de dichas normas por sí solo no se instituye en la comisión de dicho ilícito penal; hace falta, además, que concurren todos los elementos típicos de dicho delito.

Por último en cuanto a Vergel Polo, la sala señala que la no ejecución de la obra por parte de los contratistas que hubiera causado perjuicios económicos al Estado y el hecho de que no se cumplieron los términos del contrato (pues se cambiaron los materiales del techo y del suelo) no solo debe resolverse a través del Derecho Penal. Por dichas cuestiones, se puede responder civilmente en la vía extrapenal correspondiente.

Respecto a Jorge Luis Núñez Smith, a quien se le declaró inadmisibile su recurso de casación, se tiene que se le hizo extensiva dicha absolució. Ello porque también se le imputó a este que se interesó directamente y que dicha conducta se trataba de una con cualidad omisiva; pero que en esta modalidad no es concebible una conducta de tal índole, sino que solo puede concretizarse de manera comisiva.

Hasta aquí la recopilación y sistematización de los fundamentos de hecho y de derecho que llevaron a la Corte Suprema a emitir la decisión figurante en la resolución *sub examine* en el presente texto académico; tanto respecto del objeto penal como del objeto civil. Corresponde ahora, siguiendo con el normal desarrollo del presente trabajo, identificar los principales problemas jurídicos encontrados.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Acorde a lo fundamentado en los párrafos precedentes, se tiene que se ha logrado la identificación de tres problemas jurídicos relevantes. El primero de ellos está relacionado a si el delito de negociación incompatible puede realizarse de manera omisiva. Esto porque la Corte Suprema señala, como se desarrolló con anterioridad en el apartado precedente, que el imputado no puede

interesarse directamente de manera omisiva, pues este elemento típico, y en consecuencia el delito, solo puede cometerse de manera comisiva. Este argumento no solo es utilizado para fundamentar la absolución de Jorge Luis Vergel Polo (recurrente), sino también para la de Jorge Luis Núñez Smith (a quien se le varía su condición jurídica por extensión). Este problema jurídico goza de nuclear relevancia; puesto que, fue el *quid* del objeto penal tanto en la resolución bajo estudio, como también de la petición del recurrente y motivo por el cual se solicitó el “desarrollo de doctrina jurisprudencial”.

En segundo lugar, se encontró un problema jurídico referido a determinar si es que solo puede ser sujeto activo aquel funcionario con facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones en las que interviene. Este fundamento es utilizado de manera secundaria por la Corte para determinar la absolución de Vergel Polo, pero su análisis es relevante porque tal alegación es replicada o citada por doctrina y demás jurisprudencia.

Por último, identificamos respecto al objeto civil, distintas cuestiones a analizar. Tales como si corresponde la responsabilidad vicarial o, si por el contrario, se trata de una responsabilidad directa. Si es que es posible una responsabilidad civil contractual *ex delicto* como lo sostienen ambas instancias. O si es que como sostiene la Corte Suprema, sin la responsabilidad de los representantes legales de los terceros civilmente responsables no se le pueda atribuir a dichos terceros una responsabilidad civil.

Luego de la identificación y expuesta la relevancia de los de los problemas jurídicos encontrados en la resolución definitiva bajo análisis, resta ahora enfocarnos enteramente en el desarrollo y análisis escrupuloso de los mismos.

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1. Cuestiones previas

Ahora bien, a efectos de desarrollar de manera óptima dichas problemáticas previamente identificadas y de brindarles un abordaje integral, se optará metodológicamente, por, en primer lugar y de manera previa, efectuar una aproximación lacónica al bien jurídico protegido de dicho delito en cuestión y a los elementos típicos del delito de negociación incompatible.

En cuanto a la determinación del bien jurídico protegido es propicio denotar que es harto conocida la nuclear relevancia de este; sobre todo, tal y como señala Álvarez (2021), con miras a lo referido a la labor interpretativa que, en este apartado, es al menos lo que nos aboca. Y en este caso en concreto, la determinación de dicho bien jurídico protegido, tiene incidencia directa respecto de la interpretación de los elementos típicos advertidos.

Así, de una revisión general, a manera de paneo general, se tiene que existen posiciones doctrinarias asentadas y plenamente identificadas; pero que se resumen en buena cuenta a dos posturas específicas. La una, referida a que dicho bien es el patrimonio del Estado —tal y como da cuenta Montoya (2015), Álvarez (2021) y Salinas (2023)— y la otra referida a la imparcialidad del funcionario público como bien jurídico protegido específico (derivado del normal y correcto funcionamiento de la Administración como bien jurídico general extensivo a los delitos contra la Administración Pública) —en ese sentido se encuentran autores como Rojas (2017), Montoya (2015), Corredor (2003), Castillo (2015), entre otros (como bien cumple con citarse en Urquiza, 2024, pp. 796-797)—.

En este punto estamos de acuerdo con la resolución bajo análisis en cuanto al referido bien jurídico tutelado por este delito específico; puesto que, en la misma se sostiene, aunque sin mayor desarrollo al respecto, que el bien jurídico protegido es el referente a dicha imparcialidad. En ese mismo sentido, la demás jurisprudencia suprema relevante parece tener un nivel de unanimidad tajante y avasalladora; verbigracia de ello son los Recursos de Nulidad N° 3518-2013/Arequipa (fundamento jurídico cuarto), 1318-2012/Lima (fundamento jurídico décimo primero), y 2464-2014/Lima (fundamento jurídico tercero); y los Recursos de Casación N° 231-2017/Puno (fundamento jurídico décimo segundo) y 396-2019/Ayacucho (fundamento jurídico sexto).

Existe otra postura minoritaria como la de Rojas (2002) que considera que el bien jurídico específico es el referido a la necesidad de velar de manera normativa a la Administración Pública del interés privado antepuestos a los de ella, y, además mantener la incolumidad de la imagen de dicha administración ante la población ciudadana (como se cita y rebate de manera impecable en Salinas, 2023, pp. 730-731). No obstante, como se mencionó, no se entrará a ahondar en dicha cuestión por limitantes propios como el tiempo y el espacio con el que se cuenta;

y por pertinencia: basta y sobra con las dos posturas primigenias antemencionadas.

Luego, respecto de los elementos típicos, se tiene que dicho delito se encuentra comprendido en el artículo 399° del Código Penal vigente al momento del cometimiento de los supuestos hechos ilícitos; mismo que gozó prácticamente de invariabilidad desde la entrada en vigencia en 07 octubre 2004 de la modificación introducida por el artículo 1 de la Ley N° 28355 (publicada en 06 de octubre de 2004), y cuyo texto literal es el siguiente:

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. (Congreso de la República, 2004).

Cabe decir que se usa dicha norma jurídica porque era la que se encontraba vigente en el momento del cometimiento de los supuestos hechos ilícitos y porque si bien existió una modificación posterior esta no era una norma favorable al imputado (prevista en el artículo único de la Ley N° 30111 de 26 de noviembre de 2013); y por tanto no es de aplicación la tan mentada retroactividad benigna. Ello porque si bien los elementos típicos se mantuvieron incólumes, se incorporó como pena accesoria la referida a los días-multa (de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa). Esto, naturalmente, agravaría la situación de los entonces imputados.

Pues bien, hecha tal salvedad, de dicha construcción semántica citada salta de inmediato que los elementos típicos objetivos necesarios para la configuración de dicho delito son i) la existencia de un interés indebido (la conducta sería interesarse) ii) que este sea directa, indirecta o por acto simulado, iii) en cualquier contrato u operación, iv) por razón del cargo. Todo ello, naturalmente, al ser un delito especial propio, como lo menciona Álvarez (2021) solo puede ser cometido por un funcionario o servidor público en los términos del artículo 425 del Código

Penal; concepto mucho más amplio que el prodigado por el derecho administrativo y constitucional —Torres (2016), el Recurso de Casación 634-2015 y Álvarez (2021, p. 69)—. Pero, además, existe sector, al parecer, de la doctrina y de la jurisprudencia que lo rotula como un delito especialísimo, tal y como lo sostiene por ejemplo Salinas (2023), a causa del elemento típico de intervención “por razón de su cargo” como se desarrollará más adelante; con lo que, como también se desarrollará más adelante, no estamos del todo de acuerdo.

Luego, continuando con el desarrollo de los elementos típicos del delito de negociación incompatible y toda vez que nos dimos a la tarea de un análisis jurídico de un recurso de casación (resolución jurisdiccional) que, naturalmente, versa sobre otras resoluciones judiciales, es ineludible el tener en cuenta el Recurso de Casación N° 841-2015/Ayacucho, emitida por la misma Suprema Corte; puesto que, la misma se instituye en doctrina jurisprudencial. Dicha doctrina, si bien no es en puridad una norma jurídica y, en consecuencia, no es posible de ser “aplicada” en el sentido normativo de la palabra (y no puede hablarse de aplicación de norma en el tiempo, por ejemplo) , no quita que tenga fuerza vinculante para los órganos jurisdiccionales; pues, son criterios jurisdiccionales vinculantes de interpretación normativa.

Su fuerza vinculante, consideramos, deviene de los artículos 429°, inciso 5 del Nuevo Código Procesal Penal (que hace posible que toda Resolución Judicial sea posible de ser elevada en Casación para evaluarse dicho apartamiento y la existencia de una argumentación adecuada y explícita exigida) y 433° inciso 3 de dicho cuerpo adjetivo. Así como, del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pues bien, dicha Doctrina manda la existencia y, en consecuencia, probanza de dos elementos típicos nucleares, en sus fundamentos vinculantes trigésimo cuarto al trigésimo séptimo, a saber: i) interés indebido sobre un contrato u operación que se encuentra a cargo del funcionario público (tipicidad objetiva), y ii) interés de obtención de provecho propio o para un tercero (tipicidad subjetiva: elemento subjetivo de trascendencia interna).

Respecto al primer elemento, se menciona que el elemento central es el interés (nosotros consideramos que este es el elemento central de todo el delito, no solo de este elemento típico siempre y cuando sea indebido; pues se trata del verbo

rector) y que el mismo puede ser de corte debido o indebido. Respecto al primero se nos dice que es cuando “el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública [se entiende que dicho beneficio, como se verá más adelante, dicha Corte solo lo ve en sentido patrimonial]” (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 22). Sobre el segundo, único interés que es parte de la conducta prohibida, se señala lo siguiente:

Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero). (Corte Suprema de Justicia, 2016, pp. 22-23).

Dicha Suprema Corte termina apuntalando que dicho interés puede manifestarse por una vía directa, indirecta o por un acto simulado (como lo indica expresamente el dispositivo legal). Y que, el objeto sobre el cual recae dicho interés indebido es sobre el contrato u operación en la que interviene el sujeto en función de su cargo (como también lo explicita dicha norma).

Dentro de dicha fundamentación existen cuestiones con las que discrepamos respetuosamente con la Corte Suprema. En primer término, de una lectura de dichas citas sale de inmediato a relucir que para esta Corte, en ese momento, y aún cuando no lo señala explícitamente, el bien jurídico protegido es el patrimonio. Esto se ve reflejado en distintos pasajes de dicha resolución; como el citado en donde se señala que el deber infringido es el de la adecuada gestión del patrimonio estatal. No consideramos ello correcto no solo por las razones mencionadas con anterioridad, en los párrafos precedentes referentes al bien jurídico protegido, sino porque el quebrantamiento de un deber de una adecuada

gestión del patrimonio estatal necesariamente requiere de una disposición efectiva indebida de este patrimonio.

Recordemos, como esta misma Corte lo señaló hasta al hartazgo, este es un delito de peligro (luego, el conflicto está si es de peligro abstracto o concreto, tema que excede el presente texto), pero no requiere de un desmedro efectivo en dicho patrimonio (y ni si quiera que haya peligro en cuanto al mismo). Incluso en este sentido también se encuentra la Resolución bajo análisis en el presente informe jurídico. En todo caso el deber infringido sería el relativo a la imparcialidad (lo que es más acorde al bien jurídico protegido).

Del mismo modo, se tiene que incluso dicho deber y bien jurídico protegido general no es el exigido ni si quiera para todos los delitos de corrupción como señala dicha Corte; sino que este es el consistente en el normal y recto funcionamiento de la Administración Pública. En ese sentido se encuentra Álvarez (2021, p. 31) y la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00017-2011-PI/TC en su fundamento jurídico décimo cuarto; y también, consideramos, ello se desliga de los artículos 39 y 44 de nuestra Constitución Política.

Así mismo, se tiene que para delitos como la concusión o la colusión, el bien jurídico protegido no es el patrimonio, sino el recto y regular funcionamiento de la Administración Pública. Para el caso de la concusión revisar, por ejemplo, el Recurso de Nulidad N° 3183-2015/Ancash fundamento segundo, el Recurso de Nulidad N° 196-2010/Loreto fundamento cuarto y a García (2010, pp. 409-413). Para el caso de la colusión solo basta la sentencia recaída en el Expediente 00017-2011-PI/TC; esto porque, por los efectos normativos del artículo VII del Nuevo Código Procesal Constitucional, los jueces están obligados a interpretar toda norma con rango de ley (como los artículos del Código Penal) y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Y los bienes jurídicos protegidos tienen origen constitucional y derivación directa de derechos humanos fundamentales, y por ende es de materia constitucional, como bien lo reconoce dicho Tribunal en la sentencia en cuestión y como también lo reconoce Roxín (1997, p. 55-56; y 2007, p. 448).

Así también, discrepamos con dicha doctrina vinculante porque consideramos que el querer favorecer en todo momento a la Administración Pública no es

sinónimo de interés debido. En este aspecto concordamos con Salinas (2023, pp. 718-719) porque, como mencionamos reiteradas veces, el bien jurídico protegido no es el patrimonio estatal y no se requiere necesariamente que haya una afectación o peligro para el mismo; sino que dicho bien jurídico protegido específico es la imparcialidad en la contratación pública. Con lo que, si se dan en los hechos que el funcionario o servidor público interesó por razones particulares o de terceros, y que de dicho accionar se tiene que finalmente se favoreció económicamente (o de cualquier otra forma) a la Administración Pública, dicha conducta sería igual de típica y punible a nuestro entender. En igual sentido se encuentra Castillo (2015), conforme se cita también en Salinas (2023, p. 718). Lo relevante siempre será, bajo nuestra consideración, la forma en que dicho beneficioso fue obtenido: de manera parcializada.

Por otro lado, en cuanto al segundo elemento referido a la búsqueda de un provecho propio o de un tercero a raíz del quebrantamiento del deber institucional, se nos dice que este es un elemento subjetivo adicional al dolo. Y que este consiste en la motivación para el interés en el contrato u operación; que el funcionario o servidor despliegue su accionar con la finalidad de obtener dicho beneficio, obtenerlo para alguien más (tercero), o para ambos. Dicho provecho es el que recibirá el funcionario, el tercero o ambos, en razón de la celebración del contrato u operación a cargo del funcionario. Respecto a este elemento, no se tiene mayor crítica relevante y pertinente respecto las problemáticas que nos abocan. Solo denotar que si bien la doctrina mayoritaria señala la existencia de dicho elemento subjetivo adicional, autores como Abanto (2003) tienen una postura en contra, tal y como lo señala Álvarez (2021, p. 144). No obstante, para nosotros no hay mayor debate, al menos fructífero para la consecución del objetivo del presente trabajo académico, el texto expreso de la Ley señala tal elemento y además esta alta Corte lo fija como doctrina jurisprudencial vinculante.

Luego, es pertinente llevar dicha doctrina jurisprudencial vinculante al caso en concreto. Así, se tiene que pese a que el propio Nuevo Código Procesal Penal menciona que esta doctrina solo es vinculante para los órganos jurisdiccionales penales diferentes de la propia Corte Suprema; la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 22°, señala que la Corte Suprema también se vincula. Este impase (que seguramente deberá ser dirimido en el caso en concreto con

los criterios de resolución de antinomias como los principios de especialidad y de norma posterior) es superado rápidamente para efectos de nuestro caso en específico porque la propia Corte Suprema adopta dicho criterio y parece exigirle, aunque sin explicitarlo, a las dos instancias precedentes lo dispuesto en dicha doctrina jurisprudencial vinculante. En ese sentido se encuentra el fundamento quincuagésimo quinto que señala que ninguno de los dos órganos de mérito analizó el elemento subjetivo consistente en el dolo directo de favorecer a las empresas contratistas ni se especificaron los motivos que tuvo dicho procesado para favorecer a dichas empresas.

Cabe decir al respecto que no se ahondará mucho en ello porque este argumento fue uno de orden mucho más secundario de parte de la Corte, que no tuvo mayor desarrollo, que se puso en los fundamentos finales, y no tuvo mayor incidencia en la decisión final. De ahí que no haya sido postulado esto como un problema específico propiamente dicho.

Solo bástese con decir, en primer lugar, que entendemos que la norma general es que todos los tipos penales requieran ser cometidos a título de dolo, salvo que el tipo penal contemple explícitamente la posibilidad de su comisión mediando culpa; por lo que, este delito, solo puede ser cometido a través del dolo. No obstante, consideramos que el dolo debe de versar sobre el verbo rector “interesarse indebidamente” en el contrato u operación en el que interviene en función de su cargo y no en el favorecimiento concreto a dichas empresas específicamente; esto porque, el provecho puede o no darse, al tratarse de un delito de peligro, no es necesario que se concrete dicho provecho. Además que para la intención de dicho provecho se encuentra el elemento subjetivo trascendente, distinto del dolo.

Luego, no se especifica por qué es que se exige la probanza de un dolo directo específicamente si no es un requerimiento de la norma y si existe disenso doctrinario al respecto. Así, Salinas (2023, p. 733-734), Abanto (2003) y Rojas (2002) —conforme se cita en Salinas (2023, p. 733)—, y el Recurso de Nulidad 2770-2011, son de los que se encuentra a favor de la posibilidad de que dicho delito solo se cometa a través del dolo directo. Por otro lado, a favor de la comisión mediante dolo eventual se encuentran autores como Álvarez (2021, p. 143-144), Castillo (2008) —conforme se cita en Salinas (2023, p. 734)—, y Sgro (2017), Castillo (2015) y Reategui (2015) —tal y como se cita en Álvarez (2021),

p. 144—. No obstante, esta discusión doctrinaria, como se hizo notar, excede la delimitación de nuestro Informe Jurídico.

Después, parece haber una malinterpretación de dicha doctrina jurisprudencial vinculante. Puesto que, se exigen la explicitud de los motivos (y se entiende la probanza de los mismos) para favorecer a dichas empresas. Creo que esa cuestión es una exigencia muy elevada, pues ello solo sería posible a través de una confesión sincera o de un adentramiento a la psique de los imputados, y que no se deriva del cuerpo y espíritu de la norma. Lo que estipula dicha doctrina jurisprudencial vinculante, como se vio, es la exigencia de probanza de que la motivación de interesarse en dicho contrato haya sido el de favorecer sus intereses particulares o los de terceros (o para ambos); que dicho interés haya sido desplegado en la búsqueda de la obtención de un provecho propio o de tercero. Lo que, naturalmente, es una cuestión diametralmente distinta y cuya dificultad en la probanza también lo es.

Así también, al margen de lo antedesarrollado, cabe mencionar que no se tiene acceso a dichas resoluciones de mérito, pero la Corte Suprema señala que no se cumplieron a cabalidad con la motivación respecto a estos elementos subjetivo en ninguna de las dos instancias. A nuestro entender la Corte hace mal en exigir a la primera instancia la probanza específica de dicho elemento subjetivo de trascendencia, al menos en los términos del Recurso de Casación vinculante (esto, porque se mencionó existe cierto debate doctrinal al respecto, y, al no tener un criterio vinculante o estar obligado por alguna norma jurídica, primaba la interpretación motivada e independiente, con criterio de conciencia, que pueda haber tenido del Juzgador).

Esto porque dicha doctrina vinculante fue publicada, en el Diario El Peruano por ser un requisito instaurado por la norma, de manera posterior (28 de junio de 2016) a la emisión de la sentencia por parte del *A Quo* (23 de junio de 2016). Solo bastaba con la prueba del elemento típico en provecho propio o de tercero. No obstante, al ser una interpretación errónea (puesto que, luego, se determinó que la única interpretación acertada fue la recogida en dicha doctrina jurisprudencial vinculante de manera posterior) por parte del *A Quo* (quien emitió sentencia en 15 de noviembre de 2023) sí le era exigible al *Ad Quem* el advertir esos supuestos errores en que habría incurrido la primera instancia (y no porque

haya una aplicación retroactiva, que como se fundamentó con anterioridad no es propia de esta doctrina jurisprudencial vinculante).

Con lo que, con todo lo antedesarrollado se tiene que ya se cuenta, de manera general y a nuestro particular entender, el correcto desarrollo de los elementos típicos con dicha doctrina jurisdiccional vinculante. No obstante, dicha resolución vinculante solo se enfoca en el interés indebido y en el elemento interno trascendente y no en el desarrollo y alcance de los demás elementos (o “subelementos”) relevantes como lo son las modalidades en que se puede manifestar dicho interés o el contenido del elemento referido a “en razón de su cargo”; ni se responden preguntas referidas a si se puede cometer dicho accionar (interesarse indebidamente por la modalidad directa) de manera omisiva. Cuestiones, todas que son necesarias para la resolución de los problemas jurídicos objeto del presente Informe Jurídico y que procederemos a desarrollar en el siguiente subapartado.

Cabe decir que, en parte, dichas ausencias pueden deberse a que en el caso y en el recurso en que se dio pie a dicho recurso solo se cuestionaba la ausencia de la acreditación de dicho elemento subjetivo de trascendencia interna y tenía cabida el principio de congruencia recursal *tantum appellatum, tantum devolutum*. No obstante, se debe de tener en cuenta que los recursos de casación no tienen la misma naturaleza y finalidad que una impugnación ordinaria; una de las funciones del recurso de casación será la pedagogía, conforme lo señala Monroy (1993, p. 27); que es lo que, trasciende a la función unificadora de la Casación expuesta en el fundamento décimo noveno del Recurso de Casación N° 73-2011/Puno. Lo que cobra mayor relevancia si es que con esta se lleva a cabo un desarrollo de doctrina jurisprudencial vinculante referida a los elementos típicos de dicho delito; si se atiende a la relativa escisión que existe en la interpretación de dichos elementos típicos dentro de la doctrina; y que fue emitida muchos años después de existir un Recurso con mayor desarrollo en cuanto a los elementos típicos, pero que no goza de vinculatoriedad (nos referimos al Recurso de Nulidad 2770-2011/Piura). Prueba de esto, es que pese a que no fue consignado como agravio, en dicho recurso de casación se desarrolló el elemento referido al interés y se hizo una disquisición conceptual entre el de naturaleza debida e indebida (como se indicó con anterioridad).

Con lo que, fundamentado todo esto, abordados, *grosso modo*, los elementos típicos de dicho delito en específico y consignada la literalidad de la Ley vigente, se da inicio, sin más a la resolución en específico de cada problema jurídico en específico.

4.2. Primer problema jurídico relevante

Como se adelantó, este primer problema se encuentra referido a la comisión de la conducta típica de interesarse directamente mediante la omisión. En primer lugar, es pertinente señalar que consideramos que no se está alegando, en el caso en concreto, una comisión por omisión propiamente dicha como parece entenderlo la Corte Suprema y el recurrente. Esto porque tanto en la acusación, como en la síntesis que hace dicho recurso de casación de las dos sedes de mérito no existe elemento alguno que pueda dar cuenta de ello. Se hablan de omisiones dentro de un informe, pero no de una comisión por omisión como modalidad comitiva. Así mismo, no se ve que se hayan fundamentado, ni en la acusación ni en las sentencias, los elementos necesarios para que se presente dicha modalidad omisiva. No hay rastros de que se puna al imputado por omitir impedir la realización del hecho punible, no se sustenta si es que se tenía el deber jurídico de impedirlo (posición de garante) o si es que creó un peligro inminente que fuera propio para producirlo, y si la omisión correspondía a la realización del tipo penal mediante un hacer; tal y como lo manda el artículo 13 del Código Penal. Tampoco hay motivación alguna acerca de si se le atenuó la pena a causa de ello o no (efecto jurídico previsto en dicho artículo 13).

Lo que sí se alega en la acusación y en dichas instancias es que el recurrente elaboró y presentó un informe en el cual se omitía consignar información relevante referida a la ejecución del cambio de material de techo y piso del gimnasio por parte del contratista, haciendo caso omiso a la asesoría jurídica. Ello, bajo nuestro criterio, es propiamente un acto comisivo el cual puede ser pasible de ser un medio mediante el cual se concretiza un interés indebido con la finalidad de favorecer a terceros (en este caso a las empresas postuladas como terceros civilmente responsables); pues, se trata de un acto objetivo mediante el cual se puede manifestar el interés del agente. No se omite como tal

la realización de una conducta exigida (emisión de un informe), solo se omite información dentro de un informe.

A manera ilustrativa se nos ocurre hacer el parangón del caso típico de corrupción en el que se da una emisión de bases que no cumplen con los requerimientos técnicos mínimos requeridos; en este caso tampoco se omite la acción, se omite el contenido. En igual sentido se encuentra Álvarez que citando las ideas que García Caverro planteó para el delito de colusión, pero extrapolándolas al caso del delito bajo análisis, señala:

En el primer caso se presenta cuando el funcionario que resolverá la procedencia de un aumento del pago de obra se interesa por medios de actos concluyentes cuando, por ejemplo, no dice nada respecto al informe técnico que sustenta el avance de la obra, a pesar de que es de su conocimiento el retraso de la misma. En estos casos, como sostiene el referido autor, más que una omisión propia hay una conducta comisiva. Diferente será la situación cuando el funcionario público omite elevar una consulta a un órgano técnico para calificar si procede la exoneración de un procedimiento de contratación pública. En este último caso, la respuesta parece ser negativa y el funcionario público omitente debería responder como autor de un delito de omisión de funciones, salvo prueba en contraria. (2019, p. 167).

En el mismo sentido de lo anteseñalado, se tiene que existe plena libertad en cuanto al soporte mediante el cual se puede manifestar dicho interés, no necesariamente este puede o debe de ser al resolver la contratación; en este caso se trata de un informe en el cual se omitió información de relevancia. Así, Salinas señala:

Los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el interés del agente no solo se configuran resolviendo, individual o colectivamente la contratación, sino elaborando dictámenes, asesorando, preparando el expediente técnico, aprobando o ratificando una propuesta. También se evidencia con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación o anulación, etc. No es necesario que el agente público firme personalmente algún documento. La forma como puede aparecer y revelarse el interés es a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto,

receptación de una dieta, incluso en una orden del día (CASTILLO ALVA, citando a Luzón Peña, 2015, p. 47). (2023, p. 720).

No obstante, pese a considerar que en este caso en concreto no se debe (o debería) de discutir la omisión impropia o la comisión por omisión, la Corte Suprema es tajante al indicar que, para la generalidad de casos, no es admisible la modalidad omisiva (salvo, en algunos casos, en los actos simulados); cuestión que, además, utiliza como argumento principal en dicha resolución. No nos encontramos de acuerdo con tal alegación.

Ello porque la Corte alega que la doctrina es unánime (pese a que solo se cita a un autor al respecto) que ante esta modalidad (interesarse directamente) no se admite la comisión por omisión. No obstante, esto languidece de plano ante la fuerza normativa de la Ley. El artículo 13 del Código Penal brinda los elementos constitutivos para que una conducta omisiva sea punida como comisiva. Dicho artículo es el filtro esclarecedor, dentro de nuestra legislación penal, para saber si es que puede darse dicha modalidad de comisión en el caso en concreto, en atención a los hechos y no por el delito del que se trate (a menos que sean tipos penales de omisión propia, naturalmente).

En el mismo sentido, llevándolo al delito concreto, concordamos con lo planteado por García (2022, p. 1676) que señala que esta omisión impropia es posible cuando, por ejemplo, el funcionario indebidamente interesado se abstiene de hacer un acto de función con la intención de conseguir ventajas en el proceso de contratación u operación. Esto porque, con ello puede conseguir el funcionario o servidor interesado una posición más favorable (o conseguirle una posición más favorable a un tercero) al perjudicar la posición de otros aspirantes. La posición de garante en este caso en específico sería el deber de abstención de realizar el ejercicio de sus intereses en el acto de función específico y de no llevar a cabo una omisión funcional de una actuación necesaria para la continuación del proceso del contrato u operación, tal y como señala el autor antecitado.

La única problemática que salta respecto a la aplicación de dicha modalidad de comisión omisiva sería el concurso aparente de leyes con el delito relativo a la omisión de funciones, como bien cumple con hacer notar el propio García (2022, p. 1676). No obstante, ello se resuelve sencillamente, como menciona también el autor, por el principio de especialidad; por el cual, la conducta típica específica

en la que se subsumirían los hechos seguiría siendo, más propiamente, el delito referido a la negociación incompatible.

4.3. Segundo problema jurídico relevante

Este segundo problema, como se mencionó también con anterioridad, surge a raíz del señalamiento por parte de la Corte de que el sujeto activo del delito solo puede ser un funcionario o servidor público que además cuente con facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones específicas en las que interviene; es decir que, para dicha Corte, el sujeto activo de este delito, solo podrá ser quien tenga legítimamente a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública. En este sentido también discrepamos respetuosamente con dicha Corte. Nos encontramos de acuerdo en que el sujeto activo debe de ser un funcionario público que además interviene en el contrato u operación en razón de su cargo (como lo menciona la Ley), pero no con que sea solo aquel que tenga facultades de manejo o decisión.

La norma no especifica dicha cualificación adicional, la Corte agrega un elemento no existente en el tipo penal. Ello contraría no solo el principio de legalidad, en general, sino el principio de taxatividad en específico.

Esto porque el Tribunal Constitucional cumple con señalar, en diversas sentencias, que el principio de legalidad consiste, basamentalmente, en la *lex praevia* (prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal), *lex scripta* (prohibición de la aplicación de otro derecho que no se encuentra escrito), *lex stricta* (prohibición de la analogía) y *lex certa* (prohibición de cláusulas legales indeterminadas); lo que se encuentra recogido, por ejemplo, en el fundamento 2 de la sentencia recaída en el expediente 2758-2004-HC/TC y fundamentos 44 y ss. de la sentencia figurante en el expediente 0010-2002-AI/TC.

En adición a lo previo, también se nos menciona que si bien dicho principio, se encuentra dirigido al legislador, también funge como derecho subjetivo constitucional, y los juzgadores también están obligados a respetarlo. Así, el Tribunal Constitucional reconoce como parte del núcleo duro o contenido constitucionalmente protegido del principio/derecho a la legalidad penal el respetar la literalidad de los elementos típicos. Esto toda vez que instaura en el fundamento octavo de la sentencia recaída en el expediente 2758-2004-HC/TC

que, en concreto, dentro de la excepcionalidad que involucra ello, solo cabe efectuar un control constitucional a una resolución judicial por afectación a dicho principio en los casos en que, al aplicar un tipo penal, el juzgador se aparta del tenor literal del precepto o, cuando, la aplicación de un precepto responda a pautas interpretativas notoriamente extravagantes o irrazonables (y, por ende, estas sean de corte inconstitucionales). Y recordemos que solo son recurribles en dicha vía las afectaciones los contenidos constitucionalmente protegidos, bajo sanción de improcedencia (artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional y artículo 5 del Cuerpo Adjetivo constitucional precedente).

En el caso en concreto, como se mencionó, la Corte se aparta de la literalidad de la norma que contempla que el sujeto pasivo puede ser cualquier funcionario o servidor público siempre y cuando se interese indebidamente, en provecho propio o de tercero, en algún contrato u operación en que interviene en razón de su cargo. La norma no especifica que dicho funcionario deba de contar, además, con poder de decisión o manejo.

Luego, se tiene que incluso, se tiene que esta misma alta Corte, pero esta vez desde su Sala Permanente, mediando el fundamento jurídico 3.1. del Recurso de Casación 2770-2011/Piura, señala que el elemento típico “en razón de su cargo” hace referencia tanto al funcionario o servidor público que posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública. Lo que no solo se da porque dicho funcionario o servidor sea el llamado a intervenir por norma con rango de Ley, reglamento o cualquier otro mandato legítimo; sino porque le es inherente al ámbito de su competencia ser parte del contrato u operación (sin importar en que calidad). Nunca se explicita que sea requisito, además, que tenga facultad de manejo o decisión.

Por otro lado, como señala Álvarez (2021, p. 63), las legislaciones española (de la que, además de la argentina, proviene nuestro tipo penal; tal y como lo señala la propia casación bajo análisis), en el artículo 440 de su Código Penal, y argentina (que proviene de la española), en el artículo 265 del su Código Penal, incluyen una clausula extensiva de punibilidad de dicho delito, el de negociación incompatible, a sujetos como contadores públicos, árbitros, peritos, entre otros. Esto no sucede en nuestra legislación con respecto al delito de negociación incompatible a diferencia de los tipos penales referidos a la colusión (tanto simple

como “agravada”) y al patrocinio ilegal; en cuyo caso, por eficacia del artículo 386 de nuestro Código Penal, se contempla dicha situación explícitamente. Estos tipos penales justamente se encuentran muy ligados al de negociación incompatible, pues cuentan con el mismo bien jurídico protegido e incluso vasta doctrina y jurisprudencia, consideran que el uno (negociación incompatible), es un delito preparatorio para el otro (colusión) y que lo único que los diferencia es la concertación; o que, en nuestra legislación es simplemente un tipo residual o de naturaleza subsidiaria respecto de otros delitos contra la Administración Pública —ver, por ejemplo, Rosales (2021, pp. 35 y ss.) y el fundamento jurídico tercero del Recurso de Nulidad 832-2010/Piura—. Por lo que, al igual que Álvarez (2021) consideramos que existen fundados elementos para que dicha cláusula, legislativamente, sea extendida a los casos de negociación incompatible; no obstante, hasta que ello sea así, y si bien este argumento puede ser un indicio coayuvante para demostrar nuestra postura, sigue rigiendo el principio de legalidad y dicha cláusula extensiva no puede ser aplicada para el caso de la negociación incompatible.

En el mismo sentido se encuentra Rosales (2021, p. 123) que apunta que en la doctrina penal extranjera se encuentran interpretaciones que extienden los límites de las fuentes de las cuales puede obtener competencia el agente del estado. Así, dicho autor señala el caso español donde, por ejemplo, Olaizola analizando el artículo 439 de dicho Código, da cuenta de que la mayoría de los autores doctrinarios de dicho país considera que el deber viene impuesto por el ordenamiento jurídico, pero que ello no implica, de manera necesaria, que la misma se deba de encontrar prescrita en una disposición legal o reglamentaria de naturaleza estrictamente escrita. Sino que, al tratarse del ordenamiento en general, debe de tomarse en cuenta, además, otras manifestaciones del Derecho tales como los principios jurídicos, el derecho consuetudinario en la práctica administrativa, el acuerdo de órganos colectivos, las circulares, las órdenes legítimas de un superior jerárquico, entre otros.

Con lo que, de todo lo antecedido en los tres párrafos precedentes, se da cuenta que dicho tipo, desde su origen y fuente(s), está pensado para su extensión o aplicación amplia. Lo que toma vital importancia si se toma en cuenta que es un argumento recurrente de la Corte y de la Doctrina recurrir a la fuente directa de dicho delito para interpretar a los elementos típicos e incluir, aún

cuando no se encuentre contemplado expresamente, alguno en nuestro texto legislado (o aumentar alguna cualidad a este). Es el caso del Recurso de Nulidad 832-2010/Piura, que en su fundamento jurídico tercero sostiene que el interés indebido siempre debe de ser de índole económico, lo que viene desde su fuente en el artículo 265 del Código Penal argentino, aún cuando el tipo penal en nuestro Código no lo establece así.

Incluso, se tiene, la resolución *sub examine* hace uso de la doctrina argentina para definir el núcleo rector “interés” en su fundamento trigésimo noveno y partir sobre ello comenzar con la resolución del caso. Pero no lo hace en los demás elementos típicos. Por lo que surge la duda, ¿por qué tomarse, discrecionalmente, partes de dicha Doctrina para algunos elementos y no para otros?, ¿por qué no se basa en la doctrina argentina también para desarrollar el elemento típico de “en razón de su cargo”? De haber sido así, no se incluiría como elemento adicional que el funcionario accede al contrato u operación en razón de su cargo, además, deba de gozar con facultades de decisiones o manejo.

Por otro lado, Montoya citando a Guimaray (2015, p. 133), sostiene que en vista de que el tipo penal contempla de manera muy amplia la forma en que el interés puede ser manifestado en cualquier etapa y de cualquier muestra de interés razonable; no solo es admisible la comisión de dicho delito a través de “un acto propio de las funciones del servidor público”, sino que también puede tratarse de “acciones transgresoras de sus funciones”. En consecuencia, el interés indebido puede darse en cualquier etapa y mediante cualquier muestra razonable.

La conducta mediante la cual se lleva a cabo dicho interés puede darse, nos continua comentando dicho autor, de dos formas. La primera manera es la efectuada mediante el abuso del cargo (desconocimiento de las funciones de sus subordinados, asunción de competencias impropias, imposición de criterio en alguna respecto de alguna decisión con incidencia en el proceso de contratación u operación, etcétera), el mismo que no tiene que ser necesariamente de forma directa en cuanto a la contratación u operación.

No obstante, acorde a dicho autor, el legislador además comprende escenarios (segundo supuesto) en donde el funcionario no cuente con una competencia directa sobre dicha contratación u operación; pues también previó la comisión mediante actos simulados o indirectos. En ese sentido, nada obstaría

para que el elemento “en razón de su cargo”, sea comprehesor también de los supuestos en donde un funcionario que no cuente con competencia actual en dicha operación o contrato, realice actividades que ulteriormente harán posibles contrataciones u operaciones de su interés (o el de un tercero). En cuyo caso, como bien cumple con señalar el autor, también debe de probarse dicho interés futuro.

Por tanto, con la anteseñalado también se demuestra que no es necesario que el funcionario o servidor tenga poder de decisión o de manejo actual respecto del contrato u operación. Ni si quiera es necesario, en el caso de las modalidades referidas a los actos simulados o indirectos, que cuente con cualquier tipo de competencia vigente.

Pese a todo lo fundamentado hasta el momento en el análisis de esta segunda problemática, se tiene que en el caso de la presente resolución bajo análisis, esta Suprema Corte solo se limita a sostener que la labor del recurrente era una mas bien fiscalizadora y no de dirección (con lo que, como quedó claramente establecido, discrepamos). No obstante y tal y como señala esa misma corte en dicha resolución (fundamento cuarto), el recurrente Vergel Polo era Jefe del Área de Obras de la Oficina de Infraestructura-OINFE y en su contrato administrativo de servicios (CAS) N° 3-2010-MED-UE de 29/03/2010, se explicitaban competencias para la aprobación, revisión, y evaluación de los expedientes relacionados a la liquidación de obras, a las valorizaciones y a los presupuestos adicionales.

Así mismo, en el fundamento quincuagésimo cuarto se nos señala que en el requerimiento de servicios materia de dicho contrato en mención, se consignaban diversas actividades a desempeñar, entre las que estaban la coordinación, supervisión, evaluación y el control de las actividades técnicas y/o administrativas que desarrollaba la OINFE en las obras en ejecución o a ejecutarse.

Con lo que, a ojos vista, dicha persona, con el cargo de Jefe del área de obras y tenía poder de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones específicas en las que intervino en cuanto a la ejecución del cambio de material de techo y piso del gimnasio, y también en cuando a la dación de conformidad a la solicitud del presupuesto adicional de obra. Sus funciones no solo se limitaban

a la supervisión (como después señala la Corte), sino que también se tenían roles referidos a aprobación, revisión, evaluación, y coordinación. En el mismo sentido se encuentra Núñez Smith, quien era Coordinador en el Área de Obras-Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento de la OINFE.

Por lo que, aún tomando dicho elemento típico referido “en función de su cargo” para solo aquellos casos en donde el funcionario o servidor tenga poder de decisión o manejo dentro de dichas contrataciones u operaciones, estos sujetos en específico sí contaban con dicho poder demandado por la Corte. Con lo que, dicho recurrente no debió de ser absuelto por dicho argumento.

La Corte no siguió su propio planteamiento y se incurre con ello en un vicio de motivación interna del razonamiento (en los términos de la sentencia recaída en el Expediente 0896-2009-PHC/TC); toda vez que, no existe una inferencia válida a partir de las premisas que la misma Sala establece de manera previa.

Por último, también puede presentarse la eventualidad de la existencia de funcionario de facto en el caso del delito de negociación incompatible, bajo ciertos parámetros, como sostiene Álvarez (2021). Como es harto conocido, para delitos de corrupción se acepta la figura del funcionario de facto o de hecho a efectos de no generar lagunas en la interpretación típica y, en consecuencia, la impunidad. Esto, creemos, en parte a causa del concepto de funcionario público amplio que para efectos del Derecho Penal brinda el artículo 425 del Código Penal.

Así, pues, acorde a Álvarez (2021), respecto al funcionario de hecho, existen dos posturas dogmáticas que la recogen de distinto modo. La una, de corte amplio, que equipara a aquel sujeto que tiene un título habilitante defectuoso con aquel que no tiene ninguno; la otra, restringida, consistente en que solo podrían ser funcionarios de hecho aquellos sujetos que tengan un título habilitante al que sobrevenga un vicio.

Respecto de la postura amplia, sostiene el autor, que esta se sustenta por la existencia de algunos fallos jurisdiccionales en dicho sentido, pero que no se explica el porqué de la equiparación entre los sujetos con nombramiento nulo lo mismo que con nombramiento inexistente. Tampoco se explica, bajo dicha postura, qué casos se dejaría para el delito de usurpación de funciones. Ni se explica cuál sería la consecuencia de bipartir a los delitos en comunes y especiales por infracción de deber.

En el caso del funcionario con el nombramiento defectuoso sostiene la doctrina que el mismo puede vincularse a la Administración Pública a raíz de la “situación de confianza especial” deviniente del procedimiento administrativo para ocupar el cargo público; con lo que, la apariencia de legitimidad de dicha designación y la procura de la confianza colectiva son el fundamento para que este sujeto sea considerado funcionario de hecho. Lo que dista de aquel que se atribuye, de manera unilateral, funciones en donde, naturalmente no existe dicha apariencia de legitimidad.

Si se reconoce que cualquier particular o funcionario, de propia iniciativa y sin nombramiento alguno, puede ser sancionado por dicho delito; entonces lógica similar debería de trascender a los delitos de parricidio y el de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo. Pues acorde a dicha postura lo relevante es la capacidad de desplegar un comportamiento que dañe el bien jurídico protegido. Respecto a lo anteseñalado, solo cabe mencionar si bien nos encontramos de acuerdo con el resto de cuestiones señaladas por el autor para el caso del funcionario de hecho en el caso del delito de negociación incompatible, estamos en contra de la manera en que dicho autor organiza las teorías o del factor predominante que sirve de criterio de selección para discernir entre unas y otras. El autor toma como criterio de selección si el sujeto cuenta con título o no, tomando a este último supuesto (en que no cuenta con título) e identificándolo como uno en el que el sujeto siempre se “autonombra”. Nosotros somos más de la idea de que el criterio rector debe de estar enfocado en si es que la incorporación o nombramiento fue heterónimo o no, si es que existió un título habilitante aunque fuera material (en cuyo caso se trataría, en puridad, de un nombramiento inexistente, pues no cumple con ninguna de las formalidades exigidas para ello).

Razón por la cual, a este respecto, comulgamos más con el planteamiento propuesto por Montoya (2015, p. 42-44) —aún y cuando dicho autor desarrolla dicha figura en general, para todos los delitos de corrupción— que señala que se está ante un funcionario de facto cuando un particular es incorporado como funcionario público a través de alguna forma de selección, designación o nombramiento que podrá resultar nulo, anulable y/o inexistente (al mencionar el autor la “designación”, “forma de selección”, “designación” o “nombramiento” somos de la idea que hace alusión directa a una incorporación heterónoma; pues

todas estas acciones no serían pasibles de ser dables por iniciativa propia). Esto siempre y cuando el sujeto ya haya sido incorporado a la función pública (aún con un título habilitante material) y se tenga el poder necesario para vincular al Estado con sus actos. A esto, para el delito en concreto que analizamos, le agregaríamos que en aquel cargo que ejerce de facto, por exigencia del tipo, se debe de contar con atribuciones que vinculen a la Administración Pública en cuanto a un contrato u operación.

Incluso este criterio parece ser el que trasciende al propio Recurso de Casación N° 442-2017 que el mismo autor reseña para hacer dicho distingo (Álvarez 2021, p. 75). Así, el autor destacó dos cuestiones nucleares de dicho recurso: en primer término que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han asumido una postura restringida en lo concerniente a este concepto (solo para casos en donde exista un nombramiento defectuoso o un conferimiento irregular de la función); y en segundo, la relevancia de una habilitación como requisito indispensable. Para todos los casos que excedan dichos supuestos entraría a operar el delito de usurpación de funciones (en el caso de la falta completa de investidura en un caso o de cualquier ciudadano sin vinculación con la Administración Pública).

En ese mismo sentido, dicho Recurso de Casación N° 442-2017 señala, en su fundamento vigésimo tercero, que si alguien que ingresa a la Administración Pública, lo hace sin respetar o cumplir todos los requisitos (nombramiento inexistente) establecidos para ello en el Derecho Objetivo (o alguno o algunos de ellos); entonces se estará ante el supuesto de un funcionario de hecho. Así también, acota en sus fundamentos 25 y 41, de acuerdo a lo instaurado en el Acuerdo Plenario N.º 1- 2010/CJ-116, que esta designación, nombramiento, conferimiento, o atribución de dicha posición y facultad de dicha función puede tener por fuente una orden administrativa; con lo que, incluso verbalmente se puede transferir o delegar de manera parcial o tal el ejercicio de funciones específicas que por su nivel y facultades específicas no poseía de manera inicial. Solo es imprescindible que siempre se de este requisito (designación), aunque sea del todo irregular. En dicho recurso casatorio solo se da preponderancia al factor de la designación o incorporación heterónoma y no así si es que se cuenta con un título que deviene en inexistente.

Respecto de dicho Recurso de Casación 442-2017; solo nos resta señalar que no estamos del todo de acuerdo con los requisitos señalados en su fundamento

trigésimo tercero, en específico en el tercero que consigna que la posesión del cargo debe ser pacífica, pública, continuada y de buena fe. En cuyo caso se deja de lado a justamente los supuestos donde, por cuestiones atribuibles a la corrupción, y saltándose las normas objetivas que regulan dicha entrada al cargo, se posiciona en dicho cargo efectivo a un sujeto. Solo dejando de tomar en cuenta tal requisito podría comprenderse el caso paradigmático en cuanto a funcionario de facto existente en nuestra jurisprudencia nacional como lo es el caso Montesinos; donde tal funcionario formalmente fungía como asesor dos, pero fácticamente era jefe del SIN. Lo que resulta, cuando menos, paradójico, pues, justamente, dicho recurso de casación sirve con citar para fundamentar la existencia de un funcionario de hecho al recurso de nulidad de donde dicho que conoce en última instancia judicial dicho caso (Recurso de Nulidad 1813-2003). Cabe mencionar, por último, que la figura del funcionario de facto no es anticonstitucional ni mucho menos transgrede el principio de legalidad. Esto tal y como lo reconoció expresamente la sentencia recaída en el Expediente 02758-2004-HC/Lima (específicamente fundamentos jurídicos 9 y ss.).

Por lo que, con todo lo antes sostenido y con todas las salvedades antedesarrolladas, consideramos que sería completamente aplicable la figura del funcionario de hecho al caso específico de la negociación incompatible. Esto da muestra, también, que dicho delito es de interpretación amplia, que el elemento típico referido a “en función de su cargo” puede entenderse de manera fáctica (y no solo completamente formal), y que no es necesario que el funcionario cuente con facultades estrictamente formales. En consecuencia, aún y en el supuesto de considerar, de manera errada a nuestro parecer, que dicho funcionario además debía de contar con dichas facultades de decisión o de manejo, estas debieron de ser evaluadas también en el plano fáctico; pues, de los hechos del caso, se tiene que la aprobación de dicho presupuesto adicional estuvo a cargo de los mismos, ya que, según se imputa, fue ocasionada por ellos. La Corte, como se mencionó con anterioridad, solo se remite a los contratos de los funcionarios para observar (de manera errada, bajo nuestro concepto) si se contaba con tal cualidad de decisión o de manejo.

4.4. Tercer problema jurídico relevante

Luego, entrando ya, de lleno, al análisis del objeto civil, se tienen varias cuestiones que contraargumentar. En primer lugar, somos de la idea que esta alta Corte debió de ceñir su evaluación en la responsabilidad directa de los terceros civilmente responsables y no en la vicarial. Ello por las razones que se procederá a fundamentar.

En el fundamento vigésimo octavo la Corte Suprema menciona que un sector de la doctrina señala que la norma referida a la responsabilidad civil vicarial solo ha sido imaginada para los casos en que el accionar ilícito haya sido efectuado por una persona que se encuentra bajo las órdenes de otra y ejecutando únicamente los designios de esta última. Para alegar tal cuestión la Corte procede a citar textualmente a Osterling Parodi y Castillo Freyre citados, a su vez, en García Caveró (2008, p. 120).

No obstante, en dicha página de la obra citada, del mismo autor, en esa misma edición y año y de la misma editorial; no existe tal cita textual. Como sí existe lo consignado por dicha Corte en las oraciones precedentes². Esta cita textual recién hace su aparición, más adelante, en la página 122 de la obra de García Caveró.⁰

Sin embargo, y al margen de ello, consideramos que este no es el caso. No nos encontramos ante un escenario de responsabilidad civil vicarial sito en el artículo 1981 del Código Civil; sino que se imputa a Ricardo Mont Ling y a Carlos Alberto Foronda Claussi por acciones realizadas como representantes de sendas personas jurídicas (el primero en representación de DHMONT & CG & M S.A.C. y el segundo en representación de HIDROINGENIERÍA S.R.L.); tal y como se hace notar en el considerando tercero del recurso bajo análisis. Por lo que, se trataría de una responsabilidad civil del representado por los hechos de sus representantes, misma que tiene raigambre en el artículo 1969 o 1970 del Código Civil (dependiendo de si la persona jurídica desenvuelve o no una actividad riesgosa).

Esto ha sido ya determinado con claridad en la doctrina nacional. En este mismo sentido se encuentra García Caveró (2008, pp. 121 y 122), De Trazegnies,

² No obstante, se inserta el pie de página y la referencia al final de dicha cita textual mencionada en el párrafo precedente y no existe otra referencia hasta dos páginas después que es una cita a la misma obra. Por lo que, es razonable pensar que dicha cita textual se corresponde con la referencia inserta.

Osterling Parodi y Castillo Freyre (citados por García Cavero, 2008, p. 122). Dichos autores señalan, *grosso modo*, que entenderlo de esta forma (que la responsabilidad vicarial aprehende también los casos de responsabilidad de la representada por los actos de los representantes) conllevaría el convertir el concepto de la representación en uno genérico y sin significación jurídica precisa y autónoma; pues esta consiste en una situación formal en virtud de la cual una persona tiene la prerrogativa o facultad de asumir compromisos en nombre de la otra (distinto al supuesto de la dependencia o de lo laboral, en cuyo caso el dependiente trabaja bajo la dirección de esta, pero no existe tales asunciones de compromisos).

Así también, tal desnaturalización, comentan, operaría respecto de la propia figura de la responsabilidad vicarial, en virtud de la cual no todo accionar de los administradores de dicho ente moral deben de corresponderse automáticamente con la misma; porque a entender de dichos autores (Osterling Parodi y Castillo Freyre) tal responsabilidad solo está prevista para los casos en que ese actuar contrario al ordenamiento jurídico se dio en el marco en que una persona actuó bajo las órdenes de otra y ejecutando únicamente las decisiones de esta última en mención.

En el caso en concreto sería un contrasentido que se considere que, por ejemplo, Ricardo Mont haya actuado como subordinado de la empresa. Ya que, este era gerente general y representante de dicha empresa, misma que llevaba su nombre y que era de su propiedad (en ese sentido, se encuentra el considerando sexto, numeral viii).

Resulta cuando menos curioso que la Corte consigne una parte de esa cita que justamente es utilizada por el propio autor del contenido de la misma para sustentar que los actos cometidos por los representantes de la empresa constituyen un título de imputación totalmente distinto de responsabilidad civil, con presupuestos distintos y raigambre diferente, al de la responsabilidad vicarial. Esto se desliga claramente de la literalidad de la primera parte de dicha cita, y del contexto en que fue citado por García Cavero (antes y después de la misma se sostiene con ahínco dicha idea). No obstante, es consignada por dicha Corte para coadyuvar a determinar que no existía únicamente responsabilidad vicarial, pero no para señalar nada al respecto de una responsabilidad directa.

En el mismo sentido, se encuentra el hecho de que no se menciona en ninguna parte de dicha resolución bajo análisis que la pretensión planteada por la Parte Civil tenga como fundamento la responsabilidad vicarial. Solo se menciona que la misma, a fin de fundamentar el pedido de incorporación del consorcio DHMONT & CG & M S.A.C. sostuvo que dicho consorcio participó en la comisión de los hechos y que ello generó daños y perjuicios al Estado y, en consecuencia, también le era atribuible la responsabilidad civil (fundamento vigésimo quinto). Lo que, a todas luces, trasluce la atribución de una conducta y responsabilidad directa. Por lo que, en virtud de dicho principio dispositivo y de congruencia que la propia Corte señala en su fundamento décimo sexto rige en la responsabilidad civil *ex delicto*, debió de evaluarse dicha responsabilidad directa.

No obstante, en el escenario en que dicha pretensión de la parte del Actor Civil no haya hecho explícito dicho fundamento jurídico residido en el artículo 1969 del Código Civil (no se cuenta con acceso a toda la pretensión) o aún cuando el mismo se haya basado explícitamente en el artículo 1981 del Código Civil; de igual manera consideramos que la Corte se encontraba habilitada, por regencia del principio *iura novit curia*, para aplicar otro fundamento jurídico a la causa de pedir del interesado y aplicar el artículo 1969 del Código Civil por ser el que mejor se adecuaba a los hechos del caso. Esto porque se habrían respetado los hechos constitutivos de la pretensión, solo se habrían invocado otros artículos del Código Civil.

Este principio referido al *iura novit curia* (artículo VII del Título Preliminar del Código Civil) hubiera sido de aplicación en el caso concreto por permisión directa del artículo 101 del Código Penal que señala que en cuanto a la Responsabilidad Civil son de utilización las disposiciones contenidas por el Código Civil, y por el mismo artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que prevé la aplicación supletoria de dicho cuerpo normativo. Así mismo, el artículo 432.3. del Nuevo Código Procesal Penal autoriza expresamente a la Corte a que corrija los errores jurídicos de la resolución impugnada siempre y cuando dicho error no impacte en la parte dispositiva de dicha resolución.

En ese mismo sentido, casos en donde se operativiza dicho principio pueden ser encontrados en distinta jurisprudencia. Un caso específico que es idéntico al escenario que planteamos es el residido en el Recurso de Casación 951-2018/Nacional donde la Corte Suprema, mediando su Sala Penal Permanente,

haciendo uso e invocación de dicho principio, cambia el fundamento jurídico del alegado artículo 1981 al 1969 del Código Civil para fundamentar la existencia de una responsabilidad civil. Misma resolución que con dicha modificación no generó ningún tipo de indefensión o transgresión de Derechos Fundamentales, tal y como lo reconoce el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 02834-2021-PA/TC/Lima.

La única limitación que hubiera encontrado dicho principio en el caso en concreto, consideramos, era la de que la situación de los apelantes no se vea agravada por los efectos jurídicos de la *non reformatio in peius* (principio que tiene raigambre constitucional, que es una garantía del debido proceso y que tiene presencia implícita en el artículo 139 de dicha Ley Fundamental; tal y como lo reitera el Tribunal Constitucional en el fundamento octavo de la Sentencia recaída en el Expediente 01866-2018-PHC/TC/La Libertad). Esto por solo haber interpuesto dicho recurso los sentenciados y terceros civilmente responsables.

Por lo que, hasta aquí, se tiene que primero debía de determinarse cuál era el tipo de responsabilidad civil a evaluar en base al material fáctico previo; esta como mencionamos se trataría de una responsabilidad directa. Luego, recién, correspondía entrar al análisis mismo. Dentro de este, como bien menciona García Caveró (2008, p. 124), debe de tenerse en cuenta que si bien puede sostenerse que la responsabilidad civil de dicho representado en lo relativo a los actos generadores de daños de los representantes es de orden objetiva; esto no implica de manera necesaria que la misma surja a causa de todos los actos efectuados por sus representantes. En la dimensión objetiva, el factor de atribución de la responsabilidad civil impele a que se determine que aquellos autores materiales del hecho lesivo actuaron, de manera efectiva en el caso en concreto, como representantes del representado; pues solo en aquellos casos son en los que se generan una responsabilidad civil.

A fin de terminar si es que dicho órgano de representación actuó como tal se tienen, en pugna, a las llamadas teorías de los intereses y de la función como criterios jurídicos para tales fines (a mayor ahondamiento revisar García Caveró 2008, p. 124 y ss.). No obstante, este no es el lugar para profundizar en dichas disquisiciones teóricas.

Luego, conforme lo que sostiene la propia Corte Suprema en su fundamento vigésimo quinto, la sentencia de primera instancia juzga dicha responsabilidad

como vicarial; pese a que los fundamentos resumidos por dicha Corte traslucen una participación directa de la propia empresa (considerando cuarto). En cuanto a la segunda instancia solo se nos menciona que en esta se alega que quedaron establecidos los hechos de responsabilidad civil en cuanto a los terceros civilmente responsables y que no se encontró responsabilidad en Carlos Alberto Foronda Claussi que genere consecuencias “jurídico-civiles” (considerando quinto). En ambas sentencias, acorde a la Corte, se les impone una responsabilidad civil contractual.

Por lo que, en ese caso en concreto, además, no solo debió de entrar a evaluar la responsabilidad directa, sino que específicamente, dentro de esta, la responsabilidad contractual. La Corte debió de entrar a evaluar la motivación al respecto de dicha resolución materia de casación y argumentar, de ser el caso, por qué estaba de desacuerdo con dicha exteriorización fundamentada en la existencia de una responsabilidad civil contractual (se asume tal desacuerdo porque solo se centra en una responsabilidad civil de orden extracontractual).

El Recurso de Casación como cualquier recurso se debe de enfocar en, y tener como objeto de análisis, lo resuelto en la resolución judicial recurrida. En ese sentido, el artículo 432 del Nuevo Código Procesal Penal da cuenta de que la competencia de la Corte Suprema solo se da para el conocimiento del proceso únicamente en lo concerniente a las causales evocadas de manera expresa por el recurrente (salvo las cuestiones de oficio autorizadas); que esta solo reside sobre los errores jurídicos de la resolución recurrida; y que la Corte se encuentra absolutamente sujeta al material fáctico establecido y comprobado de manera legal en dicha resolución.

Cabe decir en el presente apartado que si bien en nuestra usanza jurisprudencial de la Corte Suprema no se encontró casos relativos a la evaluación de una responsabilidad civil *ex delicto* contractual, sí es una práctica reconocida y desarrollada a nivel comparado. Por ejemplo, es el caso de lo extensamente desarrollado por el fundamento de derecho séptimo STS 646/2005, de 19 de mayo de 2005, emitido por el Tribunal Supremo Español (Navarro, 2018, p. 11). No obstante, remitiéndonos expresamente nuestro ordenamiento jurídico y jurisprudencia (que es elevadamente cuantiosa en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto*), en reconocimiento a todas las particularidades con las que cuenta, podemos arribar a esta misma conclusión. Esto, toda vez

que, la responsabilidad civil con el Nuevo Código Procesal Penal es completamente independiente de la responsabilidad penal y es estrictamente civil, simplemente se genera un proceso civil acumulado en un proceso penal (acumulación heterogénea de acciones civil y penal); y que lo que vincula al objeto penal como al civil son los mismos hechos cometidos por una misma persona respecto de los cuales se les atribuye las consecuencias jurídicas que cada ordenamiento, civil o penal según corresponda, prevén. En ese sentido, el fundamento vigésimo sexto del Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116 y fundamento octavo del Acuerdo Plenario N.º 5-2011/CJ-116.

De ahí también que el artículo 12.1. del Nuevo Código Procesal Penal estatuye que el ejercicio de la acción civil por parte del perjudicado por el delito puede ser ejercida en la jurisdicción civil lo mismo que en la penal (aunque solo en una de ellas; por lo que, no sería de recibo lo señalado por la Corte en el fundamento 57º que señala que puede recurrirse ahora a la vía civil); y en el artículo 12.2. del mismo ordenamiento procesal se señala que en caso la persecución penal no pueda proseguir dicha acción civil puede ser ejercitada en la vía civil. En el artículo 12.3. se señala, también, que la resolución absolutoria o el auto de sobreseimiento, no impide que dicho órgano jurisdiccional penal se pronuncie, de haberse elegido dicha vía naturalmente, sobre el objeto civil *ex delicto* cuando corresponda.

Del mismo modo, se tiene que los únicos argumentos para su acumulación en el proceso penal es la economía y la celeridad procesal, el evitar la peregrinación del agraviado en distintos procesos para satisfacer su derecho a una reparación integral (fundamento octavo del Acuerdo Plenario N.º 5-2011/CJ-116), y de no generar decisiones contradictorias al respecto (fundamento vigésimo del Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116).

Así también, se tiene que lo relevante en la responsabilidad civil es el daño civil y no el delito, en ese sentido el fundamento séptimo del Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116 y el fundamento vigésimo quinto del Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116. Por último, se encuentra el hecho de que el artículo 101 del Código Penal remite expresamente al Código Civil para lo concerniente a la reparación civil.

En consecuencia, bajo nuestro concepto y por los fundamentos anteconsignados, nada obstaría para que en un proceso penal se pueda determinar una responsabilidad civil de orden contractual, en virtud de las

disposiciones pertinentes del Código Civil, siempre y cuando esta se encuentre ligada a la comisión del delito *sub examine*, y se garantice el derecho de defensa y la garantía desligada a la contradicción del supuesto deudor. Esto porque se entiende que el Juez sabe de Derecho (aún y cuando se vaya en detrimento del principio de especialización judicial por ponderar tantos otros).

Prueba de ello es que, acorde al “Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pp. 32-36) la responsabilidad civil incurrida por el funcionario o servidor en el ejercicio de sus funciones, por los efectos de la novena disposición final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley N° 27785), sería en realidad de orden contractual respecto del Estado. Con lo que la dirigida contra dicho funcionario o servidor sería una pretensión autónoma distinta que la referida al *extraneus*; pero que, pese a ello, por efecto del artículo 95 del Código Penal el pago de la Reparación Civil, debe de darse de manera solidaria en el proceso penal.

Con lo que, por las razones antes sustentadas, estamos parcialmente en desacuerdo con lo estatuido por el Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ en su fundamento vinculante vigésimo sexto en el sentido que la responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad civil extracontractual son la misma institución (una de las disposiciones vinculantes de cara a la responsabilidad civil *ex delicto*, de ahí su relevancia). Esto porque, en realidad, la responsabilidad civil *ex delicto* es solo responsabilidad civil (sea contractual o extracontractual) solo que, como menciona la propia Corte, al tratarse de un proceso penal, se da la posibilidad de un concurso de normas penales y civiles. La Corte no da mayor fundamento para afirmar dicha correspondencia exclusiva y excluyente entre responsabilidad civil *ex delicto* y responsabilidad civil extracontractual, solo referencia a una obra de una autora española (Amaya Arnaiz Serrano), sobre el ordenamiento jurídico español, de 2006.

No obstante, pese a todo lo anteseñalado respecto a la posibilidad de determinarse una responsabilidad civil *ex delicto* de orden contractual, consideramos que en el presente caso en concreto, para los presentes terceros civilmente responsables, ello no sería posible; esto, por dos razones principales. En primer término, porque dicha responsabilidad debe de ser de origen

extracontractual. Toda vez que, la responsabilidad de un sujeto cualquiera (*extraneus*) en un delito de corrupción será extracontractual (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 36).

Luego, en segundo orden, ello es así porque se puede desligar del artículo 1321 del Código Civil que, un condicionante para que exista responsabilidad civil contractual, naturalmente, es que se pruebe el acaecimiento de un incumplimiento contractual o de un cumplimiento defectuoso. En este caso nos encontramos en la particularidad de que se trata de un delito de corrupción de funcionarios que tuvo lugar en el marco de la contratación pública de obras (negociación incompatible). Por tanto, dicho tipo de contratación se encuentra regido y determinado por un cuerpo normativo relativo a dicha materia específica, y solo tiene cabida de manera excepcional, o mas bien supletoria, el Código Civil (como lo autoriza dicho cuerpo normativo). Con lo que aún y cuando la noción de incumplimiento sea, *grosso modo*, la misma, el ente o sujeto encargado de resolver los conflictos que deriven de dicho incumplimiento no son los mismos.

El artículo 40.b del Decreto Legislativo 1017 (Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Contrataciones del Estado publicada en 4 de junio de 2008) vigente en ese momento señalaba que toda controversia surgida durante la etapa de ejecución contractual debía de ser resuelta mediante conciliación o arbitraje aun cuando las bases o el contrato no lo contemplen explícitamente.

En el mismo sentido, el artículo 170 del Decreto Supremo 184-2008-EF (Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado publicado en 1 de enero de 2009) vigente en ese momento señala que cualquier controversia relacionada a la resolución del contrato por incumplimiento contractual solo podía ser sometida a conciliación o arbitraje. Por lo que, dicha fijación de competencia exclusiva y excluyente no solo se daba en virtud del propio contrato, sino que estaba respaldada por Ley y su Reglamento.

En consecuencia, la determinación de si existió o no incumplimiento de los contratistas, de cara a una responsabilidad civil contractual a causa del incumplimiento, debía de determinarse en vía arbitral o conciliatoria. Esto último, la conciliación, es perfectamente compatible con la naturaleza de la institución de la reparación civil; pues el propio Código Civil, en su artículo 1306, y Nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 14, incluso permiten transigir al respecto

aun cuando sea ex delicto. Por lo tanto, con mayor razón se podrá conciliar al respecto (teniendo en cuenta que la conciliación, aunque también sea parte de los mecanismos de autocomposición, tiene mayor mayores formalidades, interviene un tercero propositivo, y tiene una regulación específica a cumplir): a *maiori ad minus*.

Pese a ello, una vez más se recalca que la Corte debió, cuando menos, entrar a dilucidar por qué, de considerarse así, es que no era correcto que la sentencia sub examine fije una Responsabilidad Civil Contractual. Ya que, amén de que ese haya sido el argumento y supuesto error en que incurrió la resolución materia de casación; era lo que correspondía por el principio de congruencia (*tantum apellatum quantum devolutum*). Toda vez que tras los agravios iii), v) y vi) alegados por el entonces tercero civilmente responsable consorcio DHMONT & CG & M S. A. C. y el agravio iii) invocado por el otro tercero, empresa Hidroingeniería S.R.L., trasciende la alegación de que la Sala Superior incurrió en error en entablar una responsabilidad civil de orden contractual (considerando quinto).

Así por ejemplo, en el agravio v) del tercero civilmente responsable consorcio DHMONT & CG & M S. A. C., este defiende que no incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, que sí las cumplió, y que, por el contrario, el Estado sí fue quien las incumplió. Con lo que, debió de dársele, a raíz de lo nuclear en dichos recursos de Casación, una respuesta razonada que justifique, mínimamente, por qué esta emisión de la Sala Superior era, en efecto, incorrecta.

Tanto más, si como se mencionó con anterioridad, los recursos de casación no tienen la misma naturaleza y finalidad que una impugnación ordinaria. Esto, pues, una de las funciones del recurso de casación será siempre la pedagogía, que es una que se encuentra ya aprehendida, bajo nuestro concepto, en la función unificadora de la casación penal expuesta en el fundamento décimo noveno del Recurso de Casación N° 73-2011/Puno.

Por último, aún y cuando se acepte el razonamiento, errado en nuestro concepto, de que se esté ante un supuesto de responsabilidad vicarial (artículo 1981 del Código Penal), no es de recibo que por la sola absolución de responsabilidad de los subordinados (tanto penal como civil); entonces el supuesto empleador (tercero civilmente responsable) deba de ser absuelto de manera automática.

Puede mantenerse dicha condición de tercero civilmente responsable y, en consecuencia, atribuirse una responsabilidad civil si es que subsiste un daño pasible de ser resarcido. En ese sentido se encuentra el fundamento cuarto del Recurso de Casación 2466-2021/San Martín, resolución que justamente aborda un caso de responsabilidad civil vicaria.

Puede darse la eventualidad, se nos ocurre a manera de ejemplo, que el subordinado genere un daño de mutuo propio, directamente atribuible al mismo, pero sin presencia de dolo o culpa (factor de atribución que sería necesario por tratarse en su caso de una responsabilidad civil subjetiva con raigambre en el artículo 1969 del Código Civil). No obstante, el empleador, al responder mediante una responsabilidad de orden objetiva (artículo 1970 del Código Civil) igualmente sería responsable.

Esto en tanto y en cuanto para la responsabilidad civil vicarial solo se exige, acorde a la *lex generalis* recogida en el fundamento sexto del Recurso de Casación 2466-2021/San Martín, que i) el responsable directo esté bajo órdenes del empleador (relación de verticalidad), ii) un daño causado por el hecho del subordinado y iii) que dicho daño tenga cabida por el ejercicio del cargo o servicio del subordinado. Si se cumplen dichos requisitos nada obsta (como que se encuentre responsabilidad civil en el subordinado o que dicho subordinado no haya sido comprendido en el proceso) para que los terceros civilmente responsables no tengan responsabilidad civil.

Por lo que, bajo nuestra consideración no debió de revocarse la sentencia de segunda instancia en este extremo, sino que debió de declararse la nulidad y exigir a dicha instancia un pronunciamiento, absolutorio o de atribución de responsabilidad, debidamente motivado respecto de dichos terceros civilmente responsables. Era posible la determinación de la responsabilidad civil de los terceros civilmente responsables aún y con la absolución (o no incorporación) de los autores o cómplices en ese sentido.

Pese a ello, en el recurso de casación *sub examine* incluso se menciona que no se arguyó nada en la sentencia de segunda instancia sobre factor de atribución referido al dolo en el caso de uno de los terceros civilmente responsables a los que se le atribuía responsabilidad civil vicaria (fundamento vigésimo noveno). Ello pese a que la responsabilidad vicaria es de orden, como ya se desarrolló, objetiva y, en consecuencia, no tiene cabida dicho factor de atribución.

V. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

Se determinó que el bien jurídico protegido específico más propiamente dicho del delito de negociación incompatible es el relativo a la imparcialidad del funcionario público (derivado del normal y correcto funcionamiento de la Administración como bien jurídico general extensivo a los delitos contra la Administración Pública).

Se identificó que existe, respecto a la interpretación de los elementos típicos de dicho delito, una jurisprudencia vinculante para los juzgadores. En esta el desarrollo solo se enfoca en el interés indebido y en el elemento interno trascendente, y no así en el desarrollo y alcance de los demás elementos típicos (o “subelementos”) relevantes para la resolución del caso sub examine. Por lo que resulta insuficiente para saber cuáles son las expresiones en que se puede manifestar el interés indebido; cuál el contenido del elemento referido a “en razón de su cargo”; o si es que se puede cometer dicho accionar (interesarse indebidamente por la modalidad directa) de manera omisiva. Mismas que son nucleares para el desarrollo de nuestro análisis.

Respecto a la primer problemática identificada se tiene que en el caso concreto, ni en la acusación ni en las sentencias, se alega una comisión por omisión propiamente dicha como parece entenderlo la Corte Suprema y el recurrente (nunca se fundamentan ni los requisitos ni las consecuencias de tal modalidad en los términos del artículo 13 del Código Penal). Lo que sí se alega en la acusación y en dichas instancias es que el recurrente elaboró y presentó (acción comisiva) un informe en el cual se omitía consignar información relevante referida a la ejecución del cambio de material de techo y piso del gimnasio por parte del contratista, haciendo caso omiso a la asesoría jurídica. Ello, se trata de un acto objetivo comisivo capaz de manifestar un interés indebido con la finalidad de favorecer a terceros. No se omite como tal la realización de una conducta exigida (emisión de un informe), solo se omite información dentro de un informe. Debe de recordarse que existe plena libertad en cuanto al soporte mediante el cual se puede manifestar dicho interés indebido (en este caso en un informe en donde se omite información).

Pese a ello, la Corte utiliza dicho argumento como principal en cuanto al objeto penal y señala que la modalidad comisiva no es posible para la modalidad directa

en dicho delito porque así lo señala la doctrina mayoritaria (pese a que cita a un solo autor al respecto). Nosotros no nos encontramos de acuerdo con tal aseveración; puesto que, al margen de la existencia de tal señalamiento por parte de la doctrina, debe regir la fuerza imperante de la Ley: es la misma, mediante el artículo 13 del Código Penal, que postula cuáles son los elementos constitutivos para que una conducta omisiva sea punida como comisiva o no, y no así las posturas doctrinarias.

La única cuestión relevante al hacer uso, consideramos, de tal modalidad omisiva sería la presencia de un concurso aparente con el delito de omisión de funciones. No obstante, este impase se soluciona raudamente con el principio de especialidad que haría imperar al delito específico de negociación incompatible.

En cuanto a la segunda problemática analizada, referida a si los funcionarios debían de tener, además, facultades de decisión o de manejo; nosotros consideramos que ello no es así. Ya que, la ley no exige tal elemento; entenderlo de otra forma iría en contra del contenido constitucionalmente protegido del principio/derecho de legalidad.

Así también, se tiene que la Corte hace uso de la doctrina argentina para desarrollar el elemento típico de “interés” pero lo desatiende para desarrollar el elemento típico relativo a “en función de su cargo”. Por lo que, de seguir el argumento recurrente de acudir a la fuente de dicho delito, entonces, se tiene que observar también que la misma (sita en la legislación española y argentina) contempla a dicho delito en general (y a ese elemento típico en específico) de manera extensa y extensible incluso a otros sujetos que no son funcionarios propiamente dichos.

Luego, se tiene que este tipo penal consigna una fórmula amplia para manifestación de interés, por eso previó interés indirecto o simulado. Con lo que, puede darse la eventualidad que funcionario que no tiene competencia actual (ni mucho menos facultad de decisión o manejo), también pueda ser sujeto activo del delito.

Pese a ello, en el fundamento 4° y 5° de la resolución *sub examine* se señala que Vergel Polo era Jefe del Área de Obras de la Oficina de Infraestructura-OINFE y que por contrato tenía funciones de aprobación, revisión, evaluación, y coordinación. Y Núñez Smith era Coordinador en el Área de Obras-Unidad de

Supervisión de Obras y Mantenimiento de la OINFE. Por lo que, se cometió un vicio de motivación interna del razonamiento, por una inferencia inválida a través de las premisas, toda vez que dichos sujetos sí tenían facultades de decisión o manejo.

Por último, en cuanto a dicha problemática, se tiene que la figura del funcionario de facto es completamente compatible con el delito específico de negociación incompatible siempre y cuando medie un título habilitante heterónimo. Con lo que, aún y cuando la Corte señalaba que los funcionarios imputados no contaban por contrato con facultades de decisión o de manejo, debió de evaluarse si contaban con tales atribuciones factualmente (porque de los hechos se desliga que ellos tuvieron el poder de otorgar el presupuesto adicional).

Por último, en cuanto al último problema, se tiene que en el caso concreto se presenta la responsabilidad civil del representado por los hechos de sus representantes (responsabilidad directa) no vicarial.

Así también se tiene que la primera y segunda instancia juzgan por responsabilidad civil contractual; por lo que, por el artículo 434 del Nuevo Código Procesal Penal, debió de partirse de la resolución impugnada. Y, en consecuencia, señalar por qué era aplicable o no la responsabilidad civil contractual (porque formaba parte de las alegaciones nucleares postuladas por los recurrentes).

Por último, no es de recibo, como sostiene la Corte Suprema, que sin la responsabilidad de los representantes legales de los terceros civilmente responsables, no se le pueda atribuir a dichos terceros una responsabilidad civil. Aun y cuando subsista daño a ser resarcido.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente (2015). Sentencia del 23 de abril de 2015. Recurso de Nulidad Nº 3518-2013/Arequipa. Recuperado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/12/R.N.-No-3518-2013-AREQUIPA.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria (2012). Sentencia del 29 de agosto de 2012. Recurso de Nulidad Nº 1318-2012/Lima. Recuperado de: https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/RecursodenuidadN%C2%BA1318-2012_LALEY.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Transitoria (2017). Sentencia de 14 de septiembre de 2017. Recurso de Casación Nº 231-2017/Puno. Recuperado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casaci%C3%B3n-231-2017-Puno-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente (2020). Sentencia de 09 de noviembre de 2020. Recurso de Casación Nº 396-2019/Ayacucho. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/27b898004086e61cabf7bf6976768c74/CAS+396-2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=27b898004086e61cabf7bf6976768c74>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente (2015). Sentencia de 09 de junio de 2015. Recurso de Nulidad Nº 2464-2014/Lima. Recuperado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/05/RN-2464-2014-Lima-LPDerecho.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente (2016). Sentencia del 24 de mayo de 2016. Recurso de Nulidad Nº 841-2015/Ayacucho. Recuperado de: <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/CasacinN841-2015-Ayacucho.pdf>

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

Urquiza, J. (2024). *El Código Penal. Explicado en su doctrina y jurisprudencia* (Vol. III). Gaceta Jurídica.

Torres, D. (2016). El Concepto de Funcionario Público y la Casación Nº 634-2015. *Anticorrupción y Justicia Penal* (7), 14-22. https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/07/01192411/2016_boletin07.pdf

Sentencia recaída en el Expediente Nº 00017-2011-PI/TC Lima (2012, 3 de mayo). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>

Recurso de Casación 46-2018/Nacional (2019, 17 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República-Sala Penal Permanente (Aldo Figueroa Navarro). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Casacion-46-2018-NACIONAL-lpderecho.pdf>

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (Vol. 1). Civitas

Roxin, C. (2007). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?*. Marcial Pons.

Recurso de Nulidad 3183-2015/Ancash (2016, 8 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República-Sala Penal Transitoria (César Eugenio San Martín Castro). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Recurso-de-Nulidad-3183-2015-Ancash-LP.pdf>

Recurso de Nulidad 196-2010/Loreto (2010, 24 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República-Sala Penal Permanente.

Recurso de Nulidad 2770-2011/Piura (2012, 12 de septiembre). Corte Suprema de Justicia de la República-Sala Penal Permanente. <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/2770-2011-Piura-Legis.pe.pdf>

Monroy, J. (1993). Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil. *Ius et Veritas*, 5, 22. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15354/15809>

Recurso de Casación 73-2011/Puno (2012, 19 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República-Sala Penal Permanente (Segundo Baltazar Morales Parraguez). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/09/Casacion-73-2011-Puno-LPDerecho.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente 2758-2004-HC/TC/Lima. (2004, 23 de noviembre). Tribunal Constitucional. <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Habeas-Corpus-02758-2004-HC-Lima-Legis.pe.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente 0896-2009-PHC/TC/Lima. (2010, 24 de mayo). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00896-2009-HC.html>

Sentencia recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC/Lima. (2003, 3 de enero). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Sentencia recaída en el Expediente 2488-2002-HC/TC/Piura. (2004, 18 de marzo). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html#:~:text=A.%5D.,plano%20cultural%2C%20pol%3%ADtico%20y%20econ%3%B3mico>

Recurso de Casación 442-2017/Ica (2019, 11 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de la República-Sala Penal Transitoria (Iris Estela Pacheco Huancas). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casaci%C3%B3n-442-2017-Ica-LP.pdf>

Recurso de Casación 951-2018/Nacional (2019, 28 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República-Sala Penal Permanente (César Eugenio San Martín Castro). <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Cas-951-2018-Nacional.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente 02834-2021-PA/TC. (2021, 26 de noviembre). Tribunal Constitucional. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/01/Exp.-02834-2021-PA-TC-LPDerecho.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente 01866-2018-PHC/TC/La Libertad. (2020, 29 de octubre). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01866-2018-HC.pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018), *Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción. Análisis doctrinario, legislativo y*

jurisprudencial. <https://procuraduriaanticorruccion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/MANUAL-CRITERIO-RC-PPEDC-2018.pdf>

Navarro, L. (2018). *La responsabilidad civil derivada del delito* [Tesis de pregrado, Universidad de Valladolid]. https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/31445/TFG-D_0687.pdf;jsessionid=59E82C9F59037D173C0C0EDB7C9D0C9E?sequence=1

Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 (2006, 13 de octubre). Corte Suprema. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0a39d4804075bacb72ff799ab657107/acuerdo_plenario_06-2006_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0a39d4804075bacb72ff799ab657107

Acuerdo Plenario N° 4-2019/CIJ-116 (2019, 10 de septiembre). Corte Suprema. <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/A.P-4-2019-LA-LEY.pdf>

Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116 (2011, 6 de diciembre). Corte Suprema. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5cac5a004075b5cfb442f499ab657107/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%B0+5-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5cac5a004075b5cfb442f499ab657107>

Álvarez, A. (2021). *El delito de negociación incompatible. Estudio de los aspectos problemáticos del tipo penal*. Ideas solución editorial.

Reátegui, J. (2022). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial* (Vol. 4). Grupo Editorial Jurídica Legales Perú.

García, E. (2022). *Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos* (Vol. 2). Editorial Iustitia.

Salinas, R. (2023). *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Iustitia.

García, P. (2008). *La persona jurídica en el Derecho Penal*. Editora Jurídica Grijley.

Rosales, D. (2021). *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Editores del Centro.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SEGUNDA SALA PENAL
CASACIÓN N.º 67-2017
LIMA**

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(\$/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: a) Una relación de subordinación del tercero. b) Que el subordinado cause daños. c) 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 *Ibídem.*



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 Civil?

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 éste¹⁵. 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 *Ibídem*. 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 (\$/269,725.00) y generaron un importe indebido por pagar de doscientos sesenta y un mil, seiscientos treinta y dos soles con veinte céntimos (\$/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