

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la
Corrupción**

**Alcances del delito de Negociación incompatible y su aplicación a la
Casación N° 231-2017 Puno**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Prevención y Control de la Corrupción**

AUTORA

Judith Gabriela Vera Aguilar

ASESORA

Yvana Lucía Novoa Curich

CÓDIGO DE LA ALUMNA:

20132998

2020

Resumen

En el presente estudio describir los alcances del delito de negociación incompatible para luego ser aplicados en el análisis de la Casación N° 231-2017 Puno. Esto resulta relevante, dado que el análisis e interpretación de este tipo penal genera controversias tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial; por lo que existen decisiones judiciales contradictorias, lo que implica que en ocasiones se puede declarar la responsabilidad penal o la absolución de los investigados, pese a encontrarnos en circunstancias similares, generando mayores casos de impunidad. A partir de lo investigado, se evidencia que el delito de negociación incompatible tiene como bien jurídico genérico al correcto y normal funcionamiento de la administración pública y, como bien jurídico específico, a la imparcialidad de los funcionarios o servidores públicos en la toma de decisiones en el marco de las contrataciones públicas; y el elemento provecho propio o de tercero del tipo penal puede considerar tanto un provecho de índole patrimonial o extra-patrimonial. Asimismo, el tipo penal de negociación incompatible se puede considerar como un delito de peligro abstracto, en tanto se establezca que las conductas imputadas son suficientemente idóneas para colocar en peligro al bien jurídico protegido del tipo penal, siendo acorde al principio de lucha contra la corrupción y contribuyendo en el combate de esta problemática. En tal sentido, se evidencia que en la Casación N° 231-2017 PUNO la Sala de la Corte Suprema identifica erróneamente cuál es el bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible; además de establecer que dicho tipo penal requiera la puesta en peligro real e inminente del bien jurídico tutelado (peligro concreto).

Índice

Resumen	2
Índice	3
Introducción	4
Capítulo I: Delito de negociación incompatible	5
1.1. Elementos del tipo penal de negociación incompatible	5
1.1.1. Bien jurídico protegido	5
1.1.2. Sujeto activo	8
1.1.3. Sobre el verbo rector: Interesar	9
1.1.4. Sobre la modalidad: De forma directa, indirecta o simulada	9
1.1.5. Sobre el provecho propio o de tercero	10
1.2. Diferencias y similitudes entre negociación incompatible y colusión	12
1.3. Delito de negociación incompatible como delito de peligro abstracto	13
1.3.1. Aspectos generales de los delitos de peligro abstracto	13
1.3.2. Sobre las controversias en relación a los delitos de peligro abstracto	15
1.3.3. Importancia del tipo penal como delito de abstracto	18
Capítulo II: Sobre la Casación N° 231-2017 PUNO	21
2.1. Síntesis del caso	21
2.2. Fundamentos de la decisión de la Sala de la Corte Suprema	23
2.3. Análisis y comentarios de la Casación N° 231-2017 PUNO	24
Conclusiones	29
Bibliografía	30

Introducción

En el presente trabajo de investigación se propone analizar el tipo penal de negociación incompatible y contrastar con los argumentos jurídicos desarrollados en la Casación N° 231-2017 Puno. En dicha sentencia, el Tribunal de la Corte Suprema interpretó el tipo penal como delito de peligro concreto, además de evaluar los hechos del caso considerando que el bien jurídico protegido del tipo penal es el patrimonio del estado; a partir de dichas consideraciones decide absolver los investigados.

El presente estudio resulta relevante, ya que advierte que el análisis e interpretación del delito de negociación incompatible no es uniforme tanto a nivel doctrinal, ni jurisprudencial. Existe decisiones judiciales contradictorias, dado que en ocasiones la barrera de protección penal del bien jurídico se interpreta como delito de peligro concreto y en otras ocasiones como delito de peligro abstracto, lo que implica que en ocasiones se puede declarar la responsabilidad penal o la absolución de los investigados, pese a encontrarnos en circunstancias similares, generando mayores casos de impunidad.

Por ello, a en el presente trabajo se procederá al análisis de los elementos del tipo penal de negociación incompatible, así como la pertenencia de este tipo penal a los delitos de peligro abstracto, siendo estos acordes a los principios constitucionales y del derecho penal y que contribuyan en la lucha contra la corrupción.

En el primer capítulo se desarrollarán los alcances de los elementos del delito de negociación incompatible, entre los cuales se expone su pertinencia y justificación como delito de peligro abstracto. En el segundo capítulo, a partir de lo abordado en el acápite anterior, se procederá a realizar el análisis de la Casación N° 231-2017 Puno.

Capítulo I: Delito de negociación incompatible

El delito de negociación incompatible se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 399 del Código Penal, que a letra dice lo siguiente:

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

1.1. Elementos del tipo penal de negociación incompatible

1.1.1. Bien jurídico protegido

El Tribunal Constitucional ha señalado que la persecución penal de los delitos contra la Administración Pública se ha justificado en la protección al “correcto funcionamiento de la administración pública”, por lo que este sería el bien jurídico protegido. Por otra parte, desde una perspectiva constitucional, la penalización de estos delitos se vincula a reprimir las acciones de los funcionarios públicos que atentan contra determinados principios constitucionales (2011: 3).

Asimismo, el máximo intérprete de la constitución reconoce que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia y contra el desarrollo integral de los pueblos. Por ello, se puede afirmar que cuando un funcionario público actúa atentando contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado (2011: 4). Indica, también, que el buen funcionamiento de la Administración Pública, así como lucha contra la corrupción, que se

desprende de los artículos 39¹, 41² y 43³ de la Constitución Política, constituyen bienes de índole constitucional, por lo cual ambos gozan de dicha protección que justificaría la intervención del derecho penal (2011: 4).

En lo referente a la contratación pública, el Tribunal Constitucional ha indicado que esta atañe principios implícitos relacionados a la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores (2011: 4), la misma que subyace del artículo 76 de la Constitución⁴. En esa línea, atendiendo a que el delito de negociación incompatible busca penalizar el interés indebido en las contrataciones u operaciones estatales, es que se evidencia que el bien jurídico específico que se tutela en este tipo penal es la imparcialidad con la que debe actuar el funcionario público en dichas contrataciones u operaciones.

A nivel doctrinal, se considera que la punibilidad de los delitos de corrupción se sustenta en que su comisión implica la afectación a valores que vertebran el Estado de Derecho de una sociedad democrática. En esa línea, el funcionario público pese a que debe responder a un

¹ **Artículo 39.-** Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

² **Artículo 41.-** Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.

³ **Artículo 43.-** La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

⁴ **Artículo 76.-** Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

interés superior; se desvía del mismo y abandona su rol de servidor público (Leyva y otros 2018: 140).

A partir de allí, se desprende que el bien jurídico que se protege en los delitos contra la administración pública es de carácter colectivo, ya que se refieren a acciones punibles, que se dan dentro de las instituciones básicas del Estado, en las que la administración pública brinda servicios a los ciudadanos para satisfacer necesidades colectivas. La protección de los bienes jurídicos de naturaleza colectiva es necesaria, ya que el sistema penal que solo protege al sujeto individual no podría brindar una respuesta satisfactoria a determinados delitos que suceden en el seno de instituciones que satisfacen necesidades colectivas del ciudadano (Fernández 2017: 79-81).

Asimismo, atendiendo que la función pública es el instrumento mediante el cual el Estado gestiona que los servicios públicos lleguen a los ciudadanos y contribuya al ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales (educación, salud, seguridad, etc.), se justifica la tutela desde el derecho penal. En esa línea, el correcto funcionamiento de la administración pública es el bien jurídico genérico que se tutela en los delitos vinculados a la corrupción en el ámbito público, el cual se concreta mediante la protección a un bien jurídico específico, que constituirá el auténtico objeto de protección de cada figura delictiva (Chanjan 2017: 122, 147).

Fidel Rojas señala que el objeto genérico de la negociación incompatible es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública. Por otro lado, el objeto específico de dicho delito radicaría en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a los de ella (2007: 818).

De forma similar, Martha Fernández considera que se tiene por consenso que el bien jurídico protegido en el delito de negociaciones prohibidas⁵ es el principio de imparcialidad en la

⁵ El delito de negociaciones prohibidas, que se regula en el Código Penal español, es el tipo penal de naturaleza similar al de negociación incompatible del ordenamiento jurídico peruano.

actuación de la Administración Pública. Es así que la norma trata de evitar que los funcionarios públicos se desvíen hacia la consecución de intereses particulares, cuando lo idóneo es que orienten su conducta hacia la consecución de fines de interés general (2014: 76).

En base a lo expuesto se considera que el delito de negociación incompatible busca garantizar el normal y correcto funcionamiento de la administración pública (bien jurídico general) y, en específico, la imparcialidad y objetividad de los funcionarios y/o servidores públicos (bien jurídico específico) que por razón de su cargo intervienen en cualquier contrato u operación estatal.

1.1.2. Sujeto activo

Con respecto al sujeto activo del delito del injusto penal de negociación incompatible se advierte que este debe ser un funcionario o servidor público. Asimismo, la Casación N° 396-2019/Ayacucho precisa que dicho funcionario o servidor público debe haber actuado en el proceso de contratación pública, en cualquier etapa de ella, con base a un título habilitante y con capacidad de decisión (facultades y competencias para intervenir en ese proceso).

Por otro lado, Enriquez señala que la norma exige no un poder real o una influencia fáctica, sino más bien que el funcionario o servidor público obre en razón del cargo o según el marco de sus competencias. Lo anterior implica que también es factible considerar como sujeto activo a aquella persona que participe de las contrataciones públicas mediante función consultiva, de colaboración, de asesoría, de control, entre otros. Se advierte que no es necesario que dicha persona tenga poder de decisión sobre la contratación pública; sin embargo, puede desempeñar algún cargo durante las etapas del proceso de contratación pública que lo vincule el (2016: 86). A lo anterior se debe acotar que dicha participación en razón del cargo que desempeñan tenga alguna influencia para el desenvolvimiento de la operación o contratación pública.

1.1.3. Sobre el verbo rector: Interesar

Víctor Enriquez, siguiendo a Salinas, advierte que interesar significa atañer, concernir, incumbir, por lo cual, el agente destina su voluntad para conseguirlo, debiendo ser ese interés indebido, esto es, no permitido. Asimismo, señala que la acción de interesarse es un acto propio que no requiere la participación de otra persona para que el delito se configure, lo que implica que es una acción netamente unilateral (2016: 79-80).

Asimismo, cabe indicar que el tipo penal se da por configurado con la demostración de actos que denoten el interés indebido por parte del funcionario o servidor público, no requiriéndose que el provecho propio o favor de tercero se consiga. Sobre esto se profundizará más adelante.

1.1.4. Sobre la modalidad: De forma directa, indirecta o simulada

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema ha sido consistente (R.N. 2641-2011 Lambayeque; Casación N° 231-2017 Puno; otros) en diferenciar las modalidades de las siguientes formas:

- a) Directamente, cuando el sujeto activo es quien personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares en cualquier etapa del proceso de contratación pública, al participar como funcionario.
- b) Indirectamente, cuando el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos. Enriquez añade que se induce a otras personas a la realización de actos administrativos enfocados al favorecimiento de los intereses particulares del sujeto activo, sin que sea necesario que estos terceros reciban alguna utilidad o ventaja por ello (2016: 80).
- c) Por acto simulado, se da cuando el sujeto activo aparenta que su accionar es imparcial y en pro de la Administración Pública, cuando no es así realmente. En esa

línea, se plantea como supuesto que los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan titularidad y representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o se encuentran vinculadas a este.

Sobre lo expuesto, Guimaray señala que el legislador no solo previó el único escenario en el que un determinado funcionario tenga competencia directa sobre algún proceso de contratación u operación estatal, sino que incluso prevé actos indirectos y simulados. En este sentido, la frase “en razón de su cargo” también podría explicar el actuar del funcionario interesado que sin tener competencia actual en algún contrato u operación lleve a cabo gestiones que a la postre viabilizarán contrataciones públicas de su interés. En este supuesto, claro está, habrá que probar además el interés futuro del funcionario (2012).

1.1.5. Sobre el provecho propio o de tercero

El provecho propio o de tercero se introduce al tipo penal de negociación incompatible mediante con el cambio legislativo realizado por la Ley N° 28355⁶. Sobre dicho aspecto, el Juez Víctor Enríquez indica que la modificación legislativa señalada no implicó una reforma de fondo con relación a la estructura típica anterior, sino que se limitó únicamente a hacer mención a los beneficiarios del interés indebido (2016: 78). Esto pues, cuando el tipo penal no precisaba que el interés podía realizarse en provecho propio o de tercero se generaba un debate en torno a ello, porque se solía precisar que dicho interés debía beneficiar únicamente al sujeto activo. Así, desde una mirada restrictiva, erróneamente se consideraba atípico el interés indebido que trajera beneficios a terceros.

En esa línea, Manuel Abanto advierte que esta confusión se discutía en la doctrina argentina en el que se señalaba que la actuación interesada del funcionario público solamente podría buscar un beneficio privado para sí mismo, ante lo cual acertadamente indica que una interpretación de esta forma conllevaba a hacer inaplicable el tipo penal (2003: 510-511). A

⁶ Ley N° 28355, Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley Penal contra el Lavado de Activos, publicado en El Peruano en fecha 06 de octubre de 2004.

fin de brindar solución a este tipo controversia, es nuestro ordenamiento jurídico explicita que el provecho que se persiga pueda darse en beneficio propio o de un tercero.

Asimismo, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante el Recurso de nulidad N° 666-2016-Áncash, ha señalado que el fundamento de incriminación del delito de negociación incompatible es evitar la parcialidad del agente sin atender a la causa que lo impulsa (2016: 5) [subrayado nuestro]. Esto es, que en esa ocasión la Sala no pretendió incluir que el beneficio que se busca deba tener necesariamente un carácter patrimonial.

Además, es posible que el provecho que se pretenda conseguir con el interés indebido sea de contenido no patrimonial. Así, en el caso de una contratación pública en la que se tenga como interés indebido eliminar a la empresa de un enemigo político, el provecho en beneficio propio no atañe consideraciones económicas. Esta situación denota que la imparcialidad de la administración pública queda tan afectada como si se tratara de un interés económico (Sancinetti 1986: 882).

En esa misma línea, Víctor Enríquez señala que el concepto de interés no se reduce al aspecto económico – patrimonial, por lo que el beneficio o provecho que se persigue no necesariamente debe ser patrimonial, pues este podría ser la consecución un puesto laboral para un tercero, para ser incluido en un proyecto político o formar parte de una sociedad comercial (2016: 80).

En sumo, el interés indebido no es necesariamente económico, pues lo que se sanciona es la actuación desviada del servidor público que no busca la satisfacción de los intereses generales, sino sus intereses particulares o la de terceros” (Córdoba 2013: 47), lo cual es acorde a lo expresado por la Corte Constitucional de Colombia⁷, que indicó que el elemento en provecho propio o de tercero del tipo penal no implica que sea necesariamente económico.

⁷ La Corte Constitucional de Colombia se pronunció de dicha forma en la Sentencia C-128/03, de fecha 18 de febrero de 2003, sobre Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 409 de la Ley 599 de 2000 y 145 del Decreto 100 de 1980.

En base a lo manifestado, se evidencia que el provecho propio o de tercero que se describe en el delito de negociación incompatible no implica necesariamente aspectos patrimoniales. Por el contrario, este elemento del tipo penal en cuestión va referido a quién puede ser el beneficiario del provecho, siendo que este provecho pueda implicar beneficios patrimoniales o extra-patrimoniales.

1.2. Diferencias y similitudes entre negociación incompatible y colusión

Con respecto a la principal diferencia que existe entre ambos tipos penales se encuentra el relacionado al verbo rector. Para el delito de negociación incompatible la acción punible es “interesarse”, mientras que para el delito de colusión el verbo rector se refiere a “concertar”. Al respecto, la diferencia entre dichos verbos tiene implicancias en la configuración o no de determinado tipo penal. Sobre ello, Víctor Enriquez advierte que el tipo penal de negociación incompatible no requiere de la participación de otra persona para que el delito se configure, lo que implica que es una acción netamente unilateral; a diferencia del delito de colusión que en el cual existe un convenio bilateral donde se es necesario que exista otra parte contractual que acepte o reciba la contraprestación estipulada (2016: 79-80).

Entre las principales similitudes que tienen ambos tipos penales, la Casación N° 396-2019/Ayacucho señala que el delito de negociación incompatible puede calificarse incluso como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión, esto es, el delito de negociación puede ser considerado como un injusto parcial con respecto al delito de colusión.

Asimismo, se advierte que ambos tipos penales tienen como marco ejecución las contrataciones públicas. Así, se sanciona a aquel funcionario o servidor público, que en el marco de una contratación pública, que se interesa indebidamente en esta o concierta con un particular para defraudar al estado.

1.3. Delito de negociación incompatible como delito de peligro abstracto

A fin de entender la pertinencia del tipo penal de negociación incompatible como delito de peligro abstracto, se procederá primero a desarrollar los alcances del concepto de peligro abstracto, así como las controversias que giran en torno a ello, para luego explicar la justificación del tipo penal como delito de peligro abstracto.

1.3.1. Aspectos generales de los delitos de peligro abstracto

Con respecto al concepto de peligro, la mayor parte de la doctrina lo entiende como la probabilidad –no en sentido matemático, sino en el de relevante posibilidad– de que se produzca la lesión de un bien jurídico (Barbero 1973: 492). Es la puesta en peligro de ese bien jurídico la que fundamenta el tipo de injusto, suponiendo un adelanto de la barrera de intervención del ius puniendi, en términos preventivos, ya que el legislador no esperaría para intervenir que se menoscabe un bien jurídico, sino que sanciona las conductas que considera peligrosas (Bustos 2017: 297).

Cabe indicar que en estos delitos no sólo se debe comprobar la realización de una acción que supere los límites del peligro permitido, sino que se requiere, además, que la acción haya representado un peligro para un determinado bien jurídico (Bacigalupo 1999: 312). Los delitos de peligro se dividen en delitos de peligro concreto y abstracto (Roxin 1997: 336). A grandes rasgos, se puede indicar que el primero sería aquel en el cual el tipo exige la real puesta en peligro del bien jurídico tutelado; en cambio, el segundo sería aquel en que la ocurrencia del peligro no es exigido como elemento del tipo (Cabezas 2010: 233).

Con respecto a los delitos de peligro abstracto, su conceptualización y aceptación no resulta tan pacífica. Cancio señala que en los delitos de peligro abstracto, el ordenamiento penal pasa de una orientación retrospectiva, de sanción del daño social ya producido, a una orientación prospectiva, de evitación del daño futuro, de tal forma que anticipa la protección de los bienes jurídicos cuando aún no se ha producido la lesión, sino cuando solo existe un riesgo al bien jurídico (2019: 79).

Asimismo, Bustos, siguiendo a Mendoza Buergo señala que se puede encontrar dos grandes grupos de teorías fundamentadoras en los delitos de peligro abstracto (Bustos 2017: 298):

- i) La teoría del peligro abstracto o de la relevancia lesiva abstracta (presunción de peligro). La sanción de los delitos de peligro abstracto se sustentaría en la concurrencia en el supuesto de las condiciones que hacen que una conducta sea considerada peligrosa para el bien jurídico, de tal manera que en caso se compruebe la concurrencia de tales condiciones, se puede considerar la existencia de peligro. Esta teoría, por tanto, no acepta que en un caso particular pueda estar ausente la peligrosidad de la conducta o el peligro que ello supone para el bien jurídico que se trate, pues precisamente el tipo está describiendo las condiciones necesarias para que nazca tal peligro, sin exigir, en el caso concreto, la puesta en peligro efectiva de un determinado bien jurídico (Bustos 2017: 299). Se trataría, de una presunción *iuris et de iure*, toda vez que no es posible hacer prueba en contrario de tal presunción cuando el legislador ha configurado así el tipo penal (Bustos 2017: 298).
- ii) La teoría del peligro general o de la relevancia lesiva general (peligrosidad como «motivo del legislador»). Esta posición es la señalada por Roxin⁸ y Barbero⁹, quienes indican que la peligrosidad típica de una acción es motivo por el cual el legislador ha decidido penalizarla. La razón de ser de estos delitos estriba en que el legislador quiere prohibir aquellos tipos de comportamientos que, de un modo genérico, conducen a un menoscabo de un determinado bien jurídico, por lo que son desvalorados de manera general. Esto implica reconocer a cierta clase de conductas como peligrosas, para lo cual formula preceptos que solo van a describir el comportamiento desvalorado, sin incluir en ellos el carácter del «peligro» como resultado. El comportamiento típico está prohibido por pertenecer a una clase de comportamientos que generalmente (con una frecuencia relevante) tienen como consecuencia determinadas lesiones de bienes

⁸ Para Roxin, en estos delitos la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro (1997: 336).

⁹ Barbero señala que el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta, dado que una determinada situación es probablemente peligrosa (1973: 489).

jurídicos, esto es que la acción no se castiga por ser peligrosa, sino porque regularmente muestra propiedades típicas que la caracterizan como peligrosa in genere (Bustos 2017: 302).

Sin perjuicio de las distinciones de las teorías mencionadas, la conclusión a la que ambas arriban es similar, pues se apoya en una consideración general y no particular del hecho que se imputa al autor, por lo que es habitual encontrar fundamentaciones mixtas, que intercalan ingredientes de una y otra teoría (Bustos 2017: 298). En esa línea, Schöder refiere que los delitos de peligro abstracto se subdividen entre: (i) aquellas figuras en que la concordancia formal entre acción y descripción legislativa conduce sin más a la afirmación de la tipicidad y, (ii) los delitos que debe verificarse judicialmente la idoneidad de la acción para la producción de un peligro del bien jurídico protegido, a los que denomina como delitos de peligro abstracto-concreto (Torío 1981: 832-833).

Conforme a lo señalado por Schöder y atendiendo que nuestro ordenamiento jurídico penaliza conductas que sean lesivas o pongan en peligro bienes jurídicos tutelados¹⁰, se considerará que los delitos de peligro abstracto al concepto relacionado al delito de peligro abstracto-concreto.

1.3.2. Sobre las controversias en relación a los delitos de peligro abstracto

En la doctrina, existe mucha discrepancia con respecto a los delitos de peligro abstracto, los cuales se sustentan en advertir la afectación a los principios penales y constitucionales que limitan el poder punitivo del estado, así como su poca claridad para poder diferenciarse con otras categorías del derecho penal.

Conforme a lo anterior, se plantea que los delitos de peligro abstracto serían contrarios al principio de presunción de inocencia y al principio de culpabilidad, ya que si se presume la peligrosidad de la conducta tipificada, sin admitir prueba en contrario (Aguilar 2016: 17), lo

¹⁰ Título Preliminar

Artículo IV.- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

que ocurriría es que habría una presunción de culpabilidad. En esa línea, Schröder señala que aun considerando los delitos de peligro como *iuris tantum*, siguen siendo contrarios al principio de presunción de inocencia, ya que se plantea probar la falta de peligrosidad de la acción formalmente coincidente con el tenor del tipo, por lo que en el caso de no acreditar la inexistencia de peligro la presunción operaría en perjuicio del autor (Torío 1981: 827). Por otro lado, Mendez Rodriguez señala que los delitos de peligro abstracto también constituirían un potencial atentado al principio de culpabilidad, cuando se sanciona una conducta no tanto por el acto individual, sino por el peligro ante su ocurrencia indiscriminada. Esto implica que el sujeto se represente dicha posibilidad que escapa por completo de su control, pues éste no puede hacerse cargo de lo que otros individuos harán (Cabezas 2010: 237).

Con respecto al principio de ofensividad o lesividad, Mendoza Buergo señala que los delitos de peligro abstracto no necesariamente tendrían un bien jurídico detrás o no requerirían una puesta en peligro, sino sólo una probabilidad o posibilidad que ocurriese –cerrando el problema a través de una presunción *iuris et de iure*– entonces cabe pensar que pueden darse casos en que la conducta no constituía un auténtico peligro para el bien jurídico y, pese a ello, deba sancionarse de todos modos (Cabezas 2010: 239). Por otro lado, existen autores que señalan que este tipo de delitos serían contrarios al principio de subsidiariedad o *ultima ratio*, ya que lo que se estaría sancionando serían meras desobediencias de índole administrativa, las mismas que debieran ser atendidas por el derecho administrativo sancionador y no por el derecho penal, haciéndose uso del derecho penal en forma simbólica (Cabezas 2010: 237, 239).

Por otro lado, se advierte que la distinción de los delitos de actividad y los de peligro abstracto es difícil. Dado que para los delitos de peligro abstracto sería suficiente la comprobación de la acción, estos no se diferenciarían de los delitos de pura actividad. Por ello, Schmidhäuser, Strafrecht y Allgemeiner señalan que al derecho penal habría de interesarle únicamente los delitos de peligro concreto; asimismo, al no ser necesario verificar la existencia de un resultado, tampoco cabe plantear la cuestión de la imputación objetiva (Bacigalupo 1999: 314).

Sin embargo, las presuntas afectaciones a principios constitucionales y penales, pueden ser superadas y justificar la existencia de los delitos de peligro abstracto en el derecho penal. En esa línea, Ingrid Díaz señala que el Derecho Penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos; por lo cual no podrá asumirse que con la realización de ciertos elementos típicos del delito, se habrá satisfecho la necesaria antijuridicidad material que fundamenta la sanción de ilícitos penales, ya que de ser así se convertiría al injusto penal en un injusto formal (2016: 270).

Conforme a ello, Díaz indica que la tipificación de conductas como delitos de peligro abstracto, no necesariamente es contraria a los principios de lesividad y subsidiariedad, ya que es posible establecer la relación de lesividad entre la conducta que será considerada como peligrosa y el bien jurídico protegido en los tipos penales, a través de la antijuridicidad material (2016: 227, 230). En tal sentido, para la configuración de un delito de peligro abstracto no bastará con la verificación de los elementos típicos de la conducta; sino que, además, es necesario verificar en el caso concreto que la conducta afecta, aunque de manera lejana, al bien jurídico tutelado (Díaz 2016: 247).

De forma similar, Mendoza Buergo señala que la peligrosidad de la conducta se entiende como un elemento imprescindible del injusto, que además de coincidir con la descrita en el tipo debe constituir una acción antinormativa por ser potencialmente lesiva o peligrosa para el bien jurídico protegido. Esto implica que el desvalor objetivo material de la acción peligrosa constituye el elemento central de la constitución del tipo de injusto. (Bustos 2017: 299-300).

En esa medida, se establece como límite de garantía, que en los delitos de peligro abstracto se exija que al menos la lesión del bien jurídico sea probable, con lo cual se reduce el riesgo de castigo de conductas meramente formales o de simple desobediencia a la norma (Aguilar 2016: 14). Asimismo, a nivel político criminal, se debe considerar la particularidad de los tipos penales que integran los delitos de peligro abstracto (Torío 1981: 826), ya que estos suelen proteger bienes jurídicos colectivos, como en el caso del delito de negociación incompatible.

Asimismo, los delitos de peligro abstracto demostrarán una mejor adhesión y respeto por el principio de lesividad en sede penal si se comprueba que en el supuesto de hecho realmente se ha producido una afectación al bien jurídico que protege la norma, sin que tal afectación deba presumirse *iuris et de iure* (Bustos 2017: 300); sino que deba analizarse la idoneidad de la conducta para en cada caso concreto. En consecuencia, solo cabe adelantar la tutela penal de forma legítima al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar al bien jurídico; teniendo además en cuenta las exigencias propias de la atribución de responsabilidad penal, la cual no puede determinarse en abstracto por la pertenencia a una clase de acciones, sino que exige que sea evidente tal peligrosidad objetiva, al menos en el momento de realizar la conducta (Bustos 2017: 299-300). A partir de ello, tampoco se pretendería una presunción *iuris tantum*, ya que corresponde al ministerio público demostrar la tipicidad de determinados hechos al tipo penal.

Cabe indicar que los delitos de peligro abstracto pueden ser de mera actividad o de resultado. Los primeros se consuman por el simple movimiento corporal del agente. Los segundos exigen la producción de un resultado externo, es decir, una modificación del mundo exterior, que, por describirse en el tipo, esta jurídicamente delimitada (Barbero 1973: 490). En ese sentido, se evidencia que la clasificación de delitos de actividad o resultado se vincula a la conducta del sujeto activo y no al grado de lesividad del bien jurídico.

1.3.3. Importancia del tipo penal como delito de abstracto

En la doctrina, Ingrid Díaz señala que el tipo penal de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, por lo que se requiere que el interés indebido tenga la capacidad de colocar en peligro una actividad que permite, ulteriormente, la satisfacción de necesidades de la comunidad (2016: 270). Esto debe ser entendido, tomando en consideración que las contrataciones públicas u operaciones del estado se dan en el marco de la satisfacción de un interés público, debiendo orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de las entidades de la Administración Pública. Por ello, las contrataciones públicas y las

operaciones del estado deben realizarse garantizando que se brinde el mejor uso de los recursos públicos para su satisfacción¹¹.

En esa línea, se señala que el injusto específico del delito de negociación incompatible consiste en un menoscabo al correcto ejercicio de la función pública, por lo cual se considera como delito de peligro abstracto (Mañalich 2015: 97). Asimismo, Norberto de la Mata señala que el delito de negociaciones prohibidas no requiere que el interés personal que persigue el funcionario público se consiga, así el injusto parece residir en el peligro abstracto que para el correcto funcionamiento de la Administración puedan implicar comportamientos que denoten incompatibilidad entre la función pública que se desempeña en el marco de las contrataciones públicas y los intereses personales (2010: 43).

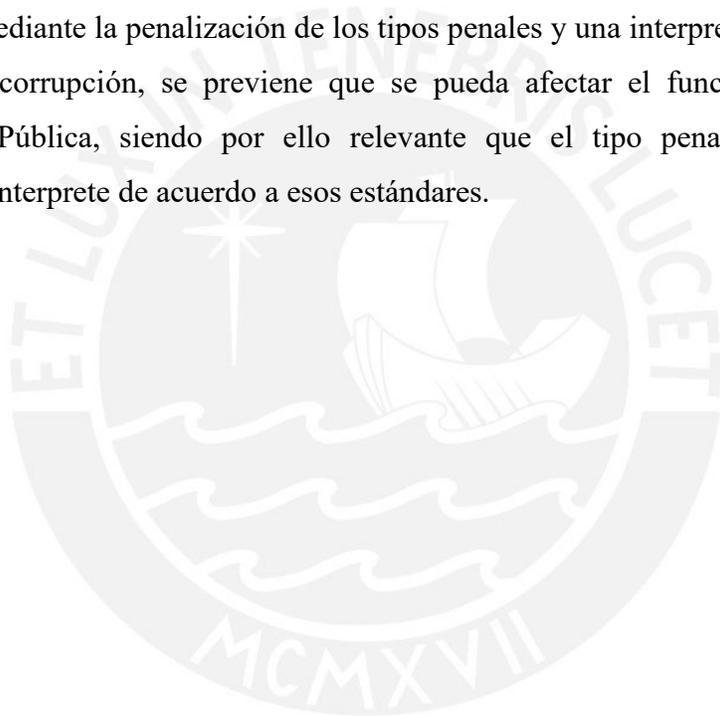
A nivel jurisprudencial, la Sala Suprema Penal Permanente, mediante la Ejecutoria Suprema del R.N. N° 3281-2011, ha determinado que el tipo penal de negociación incompatible es un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular por parte del funcionario o servidor público, no requiere que se produzca un provecho económico ni un perjuicio para el Estado. Es por ello, que este tipo penal se trata de un delito de simple actividad y peligro, donde no se requiere que en la intervención del sujeto activo del interés de este sea totalmente ilícito, es decir, contrario a la administración pública. De igual modo, en la Casación N° 396-2019/Ayacucho, se advierte que como el tipo penal de negociación incompatible solamente requiere que el agente actúe interesadamente, por lo que este correspondería a un delito de peligro abstracto; ya que el tipo penal describe una conducta que se presume crea una situación de peligro para el bien jurídico.

Entender al tipo penal de negociación incompatible como un delito de peligro abstracto contribuye en la lucha contra la corrupción que rige como principio en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre ello, el Tribunal Constitucional, mediante el expediente N° 006-2006-PCC/TC, indicó que la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución, siendo relevante una actitud judicial

¹¹ Principio de Eficiencia y Eficacia, previsto en el inciso f, del artículo 2 de la Ley de Contrataciones con el Estado.

decidida en la lucha contra la corrupción, que implica que el órgano jurisdiccional no se limite a ser un mero ‘aplicador’ de las leyes, sino que, a través de la interpretación y argumentación jurídicas, tutele los derechos fundamentales, así como otros valores y principios constitucionales.

En esa línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) advierte que la falta de sanción efectiva a los delitos contra la Administración Pública genera un ambiente de impunidad que fomenta mayor corrupción; por lo cual, los estados tienen entre sus obligaciones garantizar que los actos de corrupción no vuelvan a repetirse a futuro (2019: 202). Por ello, mediante la penalización de los tipos penales y una interpretación acorde a la lucha contra la corrupción, se previene que se pueda afectar el funcionamiento de la Administración Pública, siendo por ello relevante que el tipo penal de negociación incompatible se interprete de acuerdo a esos estándares.



Capítulo II: Sobre la Casación N° 231-2017 PUNO

2.1. Síntesis del caso

La Casación N° 231-2017 PUNO aborda el caso de los señores Bernardo Natividad Meza Álvarez, José Haytara Carreón, José Domingo Choquehuanca Soto y Helard Huamán Mamani, a quienes se les condena, en primera y segunda instancia, como autores de la comisión del delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por funcionarios públicos – Negociación incompatible; en agravio de la Municipalidad Provincial de Melgar.

La imputación se sustentaba en que los acusados cuando fueron funcionarios públicos de la Municipalidad Provincial de Melgar (año 2010) se interesaron indebidamente en el proceso de exoneración N° 001-2010-MPM-A¹², en la que intervinieron por razón de sus cargos, con la finalidad de favorecer a la empresa Alabama S.A, causando un perjuicio económico contra la Municipalidad por el importe de S/ 214,246.20. Asimismo, el interés indebido de los funcionarios públicos en mención se habría exteriorizado en los siguientes hechos:

- El comité especial¹³ incluyó especificaciones técnicas¹⁴ no requeridas por el área usuaria, infringiendo lo previsto en la Ley de Contrataciones con el Estado¹⁵.
- La modificación de las especificaciones técnicas provocó que deban realizarse hasta cinco procesos de selección, lo cual evidenciaba un retraso premeditado del

¹² Proyecto de Inversión Pública para el “Fortalecimiento de la asistencia técnica a productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar”, la que tenía por objeto adquirir semillas de alfalfa, dactylis e inoculantes.

¹³ El comité especial estuvo conformado por Helard Huamán Mamani (presidente), José Haytara Carreón (primer miembro titular) y José Domingo Choquehuanca Soto (segundo miembro titular).

¹⁴ Este requisito adicional consistía en variar los porcentajes de germinación y pureza de las semillas.

¹⁵ El artículo 31 del Reglamento (aprobado por el D.S. N° 184-2008-EF) de la Ley de Contrataciones con el Estado (D.L. N° 1017), señalaba lo siguiente:

Artículo 31.- Competencias

*El Comité Especial conducirá el proceso encargándose de su organización, conducción y ejecución, desde la preparación de las Bases hasta la culminación del proceso. (...) **Cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria** y/o del órgano encargado de las contrataciones, según corresponda. La modificación requerirá una nueva aprobación del Expediente de Contratación.*

(...)

El Comité Especial no podrá de oficio modificar las Bases aprobadas.

proceso de selección, el mismo que habría tenido por finalidad conducirlo a un proceso exonerado.

- No existía una situación acorde a la causal de desabastecimiento¹⁶ que justificara la realización de un proceso exonerado.
- El proceso exonerado no cumplía con los requisitos previstos por ley¹⁷.
- La aprobación del proceso exonerado se gestionó en tiempo récord.
- La orden de compra fue gestionada antes del consentimiento de la buena pro por parte de la empresa Alabama S.A. y sin haberse firmado el contrato.

Sin embargo, en la Casación N° 231-2017 PUNO, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República discrepó con lo señalado por las instancias inferiores, por lo que resolvió declarar fundado el recurso de casación. Con dicha decisión, se procede a revocar la sentencia condenatoria de primera instancia y reformándola declara absueltos a los sentenciados.

¹⁶ El artículo 22 del D.L. N° 1017, Ley de contrataciones con el Estado, indicaba lo siguiente:

Artículo 22.- Situación de desabastecimiento

*Se considera desabastecimiento a aquella **situación inminente, extraordinaria e imprevisible** en la que la **ausencia del bien, servicio u obra compromete en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo**. Dicha situación faculta a la Entidad a la contratación de los bienes, servicios u obras sólo por el tiempo o cantidad, según sea el caso, necesario para resolver la situación y llevar a cabo el proceso de selección que corresponda.*

La aprobación de la exoneración en virtud de la causal de situación de desabastecimiento no constituye dispensa, exención o liberación de las responsabilidades de los funcionarios o servidores de la Entidad cuya conducta hubiese originado la presencia o configuración de dicha causal. Constituye agravante de responsabilidad si la situación fue generada por dolo o culpa inexcusable del funcionario o servidor de la Entidad. En estos casos, la autoridad competente para autorizar la exoneración deberá ordenar, en el acto aprobatorio de la misma, el inicio de las acciones que correspondan, de acuerdo al artículo 46 del presente Decreto Legislativo.

Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en los informes técnico y legal previos que sustentan la Resolución o el Acuerdo que autoriza la exoneración, se deberán fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva materia de la exoneración. Esta disposición también es de aplicación, de ser el caso, para la situación de emergencia.

¹⁷ El Decreto de Urgencia 78-2009 contemplaba la adquisición de bienes con un valor referencial de hasta por el monto de S/550,000.00; sin embargo, el valor referencial para la adquisición de semillas prevista en el proceso de selección ascendía a S/ 1,517,592.00.

2.2. Fundamentos de la decisión de la Sala de la Corte Suprema

En la Casación N° 231-2017 PUNO, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República fundamenta su decisión de revocar la sentencia de primera instancia y declarar absueltos a los señores Bernardo Natividad Meza Álvarez, José Haytara Carreón, José Domingo Choquehuanca Soto y Helard Huamán Mamani, en los siguientes argumentos:

a) No afectación al bien jurídico del delito de negociación incompatible

Para la Sala de la Corte Suprema, las actuaciones de los ex funcionarios implicados no han puesto en peligro al patrimonio del Estado, además de que no obra en autos alguna pericia que así lo establezca¹⁸. Por el contrario, la actuación de los agentes no atentó contra el bien jurídico protegido, ya que la empresa Alabama S.A. cumplió con la entrega de las semillas de alfalfa, dáctilys e inoculante¹⁹, conforme lo establecido en las bases del proceso exonerado de adquisición N° 001-2010-MPM-A. En tal sentido, al parecer de la Sala, la no afectación del patrimonio estatal implica que no se atentó con el bien jurídico tutelado del tipo penal del delito de negociación incompatible.

b) No se acreditó el elemento “en provecho propio o de tercero”

La Corte Suprema advierte que el elemento “en provecho propio o de tercero” en el delito de negociación incompatible tiene una connotación económica; por lo que solamente se sancionará aquel interés indebido que persiga un provecho de naturaleza económica. Conforme a ello, la Sala señala que no se ha acreditado de forma indubitable que los imputados hayan actuado en aras de obtener un provecho patrimonial en favor propio o de la empresa Alabama S.A., ya que el gasto realizado por la Municipalidad fue sustentado con la adquisición de los insumos ofrecidos por la compañía.

¹⁸ Fundamento Vigésimo Octavo de la Casación N° 231-2017-PUNO.

¹⁹ Fundamento Trigésimo Tercero de la Casación N° 231-2017-PUNO.

c) Las conductas de los implicados no son suficientes para producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico tutelado

La Corte Suprema señala que, de conformidad con los principios de lesividad, última ratio y proporcionalidad de la represión penal, la interpretación del tipo penal de negociación incompatible debe ser restrictiva; por lo cual, resultaría necesario que el interés indebido del funcionario público produzca una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico, la misma que debe ser probada²⁰. Conforme a lo anterior, la Sala indica que no ha sido posible acreditar que la conducta de los imputados sea idónea para poner en peligro inminente y real a la Municipalidad Provincial de Melgar²¹, y que si bien se reconoce que la base jurídica que da origen al proceso de exoneración N° 001-2010-MPM-A fue errónea, ello solo implicaría una infracción administrativa, más no un delito²².

2.3. Análisis y comentarios de la Casación N° 231-2017 PUNO

En el presente acápite se desarrollarán comentarios al análisis que brinda la Sala de la Corte Suprema en la Casación 231-2017 PUNO, de conformidad con los conceptos desarrollados en el capítulo anterior sobre los elementos del tipo penal del delito de negociación incompatible.

a) Sobre los elementos del tipo penal no controvertidos en el caso

Con respecto a la calidad de agentes del delito de negociación incompatible se advierte que los señores José Haytara Carreón, José Domingo Choquehuanca Soto y Helard Huamán Mamani fueron servidores públicos de la Municipalidad Provincial de Melgar en el año 2010; asimismo, se relacionaron con el proceso de exoneración N° 001-2010-MPM-A, debido a que se le encargó dirigir dicho proceso de selección siendo integrantes del comité a cargo de ello. Por otro lado, el señor Bernardo Natividad Meza Álvarez ostentaba el cargo de Alcalde de la Municipalidad de Provincial de Melgar en el año 2010; además, fue el encargado de

²⁰ Fundamentos Décimo Tercero y Décimo Cuarto de la Casación N° 231-2017-PUNO.

²¹ Fundamento Trigésimo Segundo de la Casación N° 231-2017-PUNO.

²² Fundamento Vigésimo Noveno de la Casación N° 231-2017-PUNO.

nombrar al comité y realizar las gestiones para viabilizar el proceso de exoneración. Sobre la calidad de los implicados como sujetos activos del tipo penal no hubo mayor controversia ni por parte de las instancias inferiores ni de la Corte Suprema. Por otro lado, se identifica como sujeto pasivo del tipo penal al Estado, en específico la Municipalidad Provincial de Melgar del departamento de Puno, no habiendo controversia con respecto a ello.

Ahora, con respecto a la modalidad de las conductas que se sindicaron como interés indebido, se advierte que tampoco existe mayor controversia, en tanto, se han señalado actuaciones propias (forma directa) de cada uno de los implicados (José Haytara Carreón, José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán y Bernardo Natividad Meza Álvarez) sobre el proceso de exoneración N° 001-2010-MPM-A, que corresponde a una contratación del estado.

b) Sobre los elementos del tipo penal controvertidos en el caso

Con respecto al verbo rector interesarse indebidamente, cabe señalar que sí existen hechos que evidencian la exteriorización del interés indebido por parte de los implicados. Así en primer lugar se sabe que efectivamente, el comité de selección añadió un requisito a las especificaciones técnicas de los procesos de selección que se llevaron de forma previa. Asimismo, este requisito fue el que no permitía que ninguno de los postores cumpliera con los requerimientos previstos, lo que implicó declarar desierto o nulo los procesos de selección previos. A ello se aúna que, el comité de selección elabora el informe técnico que declara desierto y cancelado los procesos de selección anteriores, así como el informe por el cual se sustentaba que existía una causal de desabastecimiento que justificara la realización de un proceso exonerado. Además, el comité de selección optó por invitar a la empresa Alabama S.A., pese a que habían otras empresas cotizaron precios más bajos por las semillas de alfalfa e inoculante. Finalmente, gestionaron la orden de compra de forma previa a que la empresa invitada diera su consentimiento y firmase el contrato. Todo lo anterior evidencia que los miembros del comité desarrollaron acciones que exteriorizaban su interés sobre el proceso exonerado N° 001-2010-MPM-A.

Por otro lado, el señor Herlad Huamán (alcalde), gestionó la aprobación del expediente de contratación, en el marco del Decreto de Urgencia N° 78-2009, pese a no encontrarse previsto el supuesto de la norma. Además, se encargó de la aprobación y designación del comité de selección de dicho proceso; y que permitió que el proceso de selección continuase, pese a existir el oficio N° 241-2010, emitido por el Órgano de Control Institucional, el mismo que advertía que el proceso de contratación contravenía las normas de contrataciones del estado, dado que el monto a contratar superaba los límites previstos para la exoneración.

Los hechos anteriores son reconocidos por la Sala de la Corte Suprema; sin embargo, no son valorados en toda su dimensión; en tanto, se considera que dichas acciones no han sido suficientes para colocar en una situación de peligro real e inminente al bien jurídico del delito de negociación incompatible. Ahora, sobre el bien jurídico tutelado, cabe advertir que la Corte Suprema señala reconoce que el bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, el que a su vez tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones²³. Sin embargo, luego procede a señalar que el tipo importa un adelantamiento de las barreras de protección del derecho penal, con el objetivo de prevenir que el funcionario o servidor público **atente contra el patrimonio estatal**, aprovechándose de la función pública²⁴ (énfasis nuestro).

Al respecto, se advierte que no existe claridad sobre cuál sería el bien jurídico protegido, siendo dicho elemento importante a tener en cuenta, a fin de establecer si las conductas efectuadas por los sujetos activos no solo cumplen con ajustarse formalmente al tipo penal, sino que afectan o colocan en una situación de peligro al bien jurídico protegido. Conforme se señaló en el acápite anterior, para este artículo se considera que el bien jurídico protegido del tipo penal es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública (bien jurídico genérico) y la imparcialidad del funcionario o servidor público en el marco de las contrataciones estatales (bien jurídico específico).

²³ Fundamento Décimo Segundo de la Casación N° 231-2017-PUNO.

²⁴ Fundamento Décimo Tercero de la Casación N° 231-2017-PUNO.

En tal sentido, se advierte que la Sala se equivoca al tratar de verificar si las conductas de los implicados pusieron en peligro o no al patrimonio de la Municipalidad Provincial de Melgar. Lo que corresponde es verificar si las conductas de los ex funcionarios públicos pusieron en riesgo al normal y correcto funcionamiento de la administración pública y a la imparcialidad con la que debían actuar en el marco de las contrataciones públicas. Sobre el particular, se evidencia que la finalidad del Proyecto de Inversión Pública para el “Fortalecimiento de la asistencia técnica a productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar”, se vio afectado por la dilatación en la adquisición de las semillas de alfalfa, dactilys e inoculantes que se requerían para llevarla a cabo.

Ahora, con respecto a la lesividad que precisa el tipo penal, la Sala señala que este delito no exige un perjuicio efectivo a la administración pública, por lo que este constituiría un delito de peligro concreto; porque, además, se requeriría que la acción de interesarse indebidamente produzca una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico tutelado²⁵. Sin embargo, conforme lo expuesto en el acápite anterior, se considera que este tipo penal es un delito de peligro abstracto, que no requiere que la conducta a imputar coloque en un riesgo real e inminente al bien jurídico protegido. Sino que en el delito de negociación incompatible se debe verificar que la conducta que se imputa al sujeto activo sea lo suficientemente idónea para colocar en una situación de riesgo potencial al bien jurídico protegido del tipo penal.

En tal sentido, conforme se mencionó líneas arriba, los implicados al haberse interesado indebidamente en la contratación de semillas de alfalfa, dactilys e inoculantes colocaron en una situación de peligro al Proyecto de Inversión Pública para el “Fortalecimiento de la asistencia técnica a productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar”, el mismo que de haberse persistido en ser declarado desierto o nulo no hubiera podido realizarse. Asimismo, resulta claro que las conductas de los ex funcionarios públicos eran contrarias a la imparcialidad que les debía regir, en el marco de las contrataciones públicas, siendo evidente que su actuar no se realizaba de manera inocua ni se veía orientado a actuar conforme el bien común. Corresponde señalar que tampoco es admisible reducir a meras infracciones administrativas las irregularidades que se cometieron durante el proceso de

²⁵ Fundamento Décimo Tercero de la Casación N° 231-2017-PUNO.

selección, ya que como se ha podido evidenciar, los hechos del caso al ser evaluados de manera conjunta, han puesto en peligro al bien jurídico protegido del tipo penal, trascendiendo del ámbito administrativo al penal.

Con respecto al elemento provecho propio o de tercero, la Sala se equivoca al entender que dicho elemento implica necesariamente una connotación económica. De conformidad con lo expuesto en el capítulo anterior, se ha podido advertir que este componente posibilita referirse a un provecho no patrimonial. Sin embargo, en el caso que se atiende en la Casación N° 231-2017 PUNO, el provecho a favor de Alabama S.A. (tercero), sí correspondía a un provecho económico, el mismo que si se habría acreditado, a diferencia de lo señalado por la Corte Suprema.

En relación a lo anterior, la Sala considera que no se ha acreditado que los imputados hayan actuado en aras de obtener un beneficio patrimonial, porque el gasto realizado por la Municipalidad se sustentó con la adquisición de los insumos ofrecidos por la compañía. Al respecto, dicha afirmación resulta insuficiente, dado que se tendría que advertir que la Municipalidad pagó S/ 214,246.20 más en comparación con las otras empresas que fueron invitadas a cotizar y que presentaban productos con condiciones similares. En tal sentido, se debería haber valorado que el monto de dinero excedente que pagó el municipio favoreció económicamente a la empresa Alabama S.A., quien además, de obtener las ganancias propias de dicha transacción al precio de mercado, habría obtenido ingresos adicionales.

Conclusiones

- El delito de negociación incompatible tiene como bien jurídico genérico al correcto y normal funcionamiento de la administración pública y, como bien jurídico específico, a la imparcialidad de los funcionarios o servidores públicos en la toma de decisiones en el marco de las contrataciones públicas.
- El elemento “en provecho propio o de tercero” del tipo penal de negociación incompatible se refiere al beneficiario del provecho, pudiendo ser este provecho de índole patrimonial o extra-patrimonial.
- El tipo penal de negociación incompatible se puede considerar como un delito de peligro abstracto, para lo cual es necesario que su análisis aplicado al caso en concreto establezca que las conductas imputadas son suficientemente idóneas para colocar en peligro al bien jurídico protegido del tipo penal.
- La importancia de entender al del delito de negociación incompatible como de peligro abstracto es acorde al principio de lucha contra la corrupción, contribuyendo en el combate de esta problemática.
- Se discrepa de los fundamentos de la Casación N° 231-2017 PUNO, dado que en dicho caso la Sala de la Corte Suprema identifica erróneamente cuál es el bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible; además de establecer que dicho tipo penal requiera la puesta en peligro real e inminente del bien jurídico tutelado (peligro concreto).

Bibliografía

ABANTO, Manuel

2003 “Negociación incompatible con el cargo”. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Segunda edición. Lima: Palestra, pp. 504 – 521.

AGUILAR, Miguel

2016 Delitos de peligro e imputación objetiva. Disponible en:

http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/11/2_delitos-de-peligro.pdf

BACIGALUPO, Enrique

1999 Derecho Penal. Parte General, 2º ed., Hammurabi, Argentina.

BARBERO, Mariano

1973 Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

BUSTOS, Miguel

2017 Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LXX.

CABEZAS, Carlos

2010 Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2010) [pp. 227 - 280]

CANCIO, Manuel

2019 “Principios del Derecho Penal II”. En LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan (coordinador) *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, pp. 69 – 90. Disponible en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2019-110

CHANJAN, Rafael

2017 “El correcto funcionamiento de la administración pública: Fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”. *Revista Derecho Penal y Criminología*. Bogotá, volumen 38, número 104, pp. 121-150.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2019 *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*.

DE LA MATA, Norberto

2010 “El funcionario público ante el derecho penal”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Número 20, pp. 13 – 78.

DIAZ, Ingrid

2016 El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. Tesis de doctorado en Derecho Penal. Salamanca: Universidad de Salamanca.

ENRÍQUEZ, Víctor

2016 “El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de contrataciones del Estado”. *Gaceta Penal*. Lima, número 79, pp. 77 – 89. Disponible en:
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d83195004ccc34f7ac69aeb8adeb3b40/D_Enriquez_Sumerinde_160516.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d83195004ccc34f7ac69aeb8adeb3b40

FERNANDEZ, Marta

2017 “Problemática asociada a la protección de bienes jurídicos colectivos. Especial referencia a los delitos contra la administración pública”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Número 43, pp.69 – 102.

- 2014 “El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español”. *Revista Derecho Penal y Criminología*. Volumen 35, número 98, pp. 73 – 92. Disponible en:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4154>

GUIMARAY, Erick

- 2012 Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible. Dato Anticorrupción. Disponible en:
<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/APUNTES-DE-TIPICIDAD.pdf>

LEYVA, Manuel y otros

- 2018 “Las negociaciones ilícitas como delito funcional: Valoraciones dogmáticas análisis comparado”. *Derecho Penal y Criminología*. Volumen 39, número 107, pp. 133 – 153.

MAÑALICH, Juan

- 2015 “La negociación incompatible como delito de corrupción: Estructura típica y criterios de imputación”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Número 23, pp. 93 – 195.

PODER JUDICIAL

- 2020 *Casación N° 396-2019/Ayacucho*, de fecha 09 de noviembre de 2020.
- 2017 *Recurso de nulidad N° 666-2016-Áncash*, de fecha 29 de mayo de 2017. Disponible en:
https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/R.N.-666-2016-Ancash-Legis.pe_.pdf
- 2016 *Recurso de Nulidad N° 351-2015 Santa*, de fecha 11 de enero de 2016.
- 2012 *Recurso de Nulidad N° 2641-2011*, 10 de agosto de 2012.

ROJAS, Fidel

2007 “Negociación incompatible”. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta edición. Lima: Grijley, pp. 815 – 832.

ROXIN, Claus

1997 Derecho penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas.

SANCINETTI, Marcelo

1986 “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”. En Ministerio de Justicia. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Tomo 39, número 3, pp. 877 – 891. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5198>

TORÍO, Ángel

1981 “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2011 *Expediente N° 00017-2011-PI/TC*. Sentencia: 03 de mayo de 2012. Disponible en:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>

2007 *Expediente N° 006-2006-PCC/TC*. Sentencia: 12 de febrero de 2007. Disponible en:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00006-2006-CC.html>