

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la
Corrupción

Aspectos problemáticos en torno a la participación en el delito
de negociación incompatible

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

Autor:
Yhasira Elisa Fabián Terreros

Asesor:
Daniel Simon Quispe Meza

Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, Daniel Simón Quispe Meza, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “Aspectos problemáticos en torno a la participación en el delito de negociación incompatible” de la autora Yhasira Elisa Fabián Terreros, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 06/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 19 de febrero de 2023

<u>Daniel Simón Quispe Meza</u>	
DNI: 70437387	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0002-5979-4744	

RESUMEN

En el presente artículo, se aborda la discusión relacionada a la admisión de la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible y se sostiene que esta sí es posible en determinados supuestos. Para ello, se realiza previamente una breve revisión sobre los elementos del delito en cuestión, advirtiéndose que el medio comisivo indirecto del mismo constituye un primer acercamiento al tema de atañe a este artículo. Ello, en tanto pone sobre la mesa el escenario en el que el funcionario público competente realiza la conducta delictiva a través de otros sujetos. Posteriormente, se procede a analizar los pronunciamientos de la Corte Suprema y trabajos de la doctrina nacional que estudian el delito de negociación incompatible, encontrándose así lo siguiente: un primer grupo posturas que no descarta expresamente la participación del extraneus en el referido delito, un segundo grupo que no la admite y un tercer grupo, que, admitiéndola, lo hace con determinadas particularidades. Habiendo revisado lo anterior, se formulan respuestas y observaciones a cada una de las objeciones y argumentos contrarios o a favor de la postura del artículo. Finalmente, se presenta una propuesta personal sobre los supuestos en los que es posible admitir tranquilamente la participación en el delito de negociación incompatible: aquellos escenarios en los que el extraneus no es el sujeto con el que el Estado negocia en el marco de un proceso de contratación estatal.

Palabras clave

Negociación incompatible, Delitos contra la Administración Pública, Funcionario Público, Corrupción.

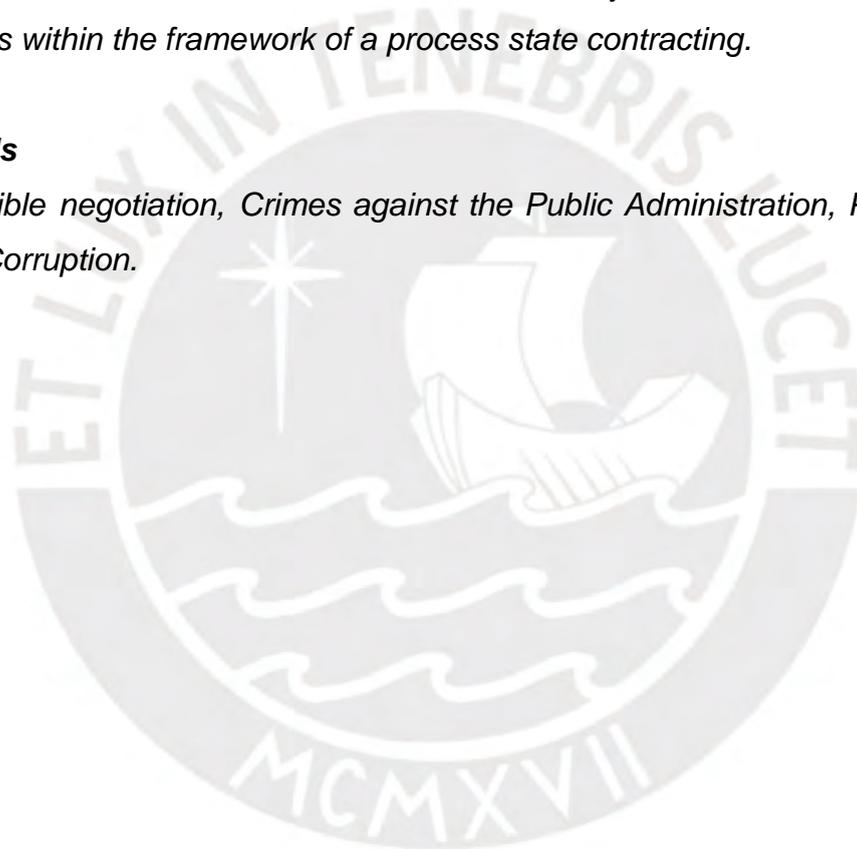
ABSTRACT

In this article, the discussion related to the admission of the participation of the extraneus in the crime of incompatible negotiation is addressed and it is argued that this is possible in certain cases. To do this, a brief review of the elements of the crime in question is previously carried out, noting that its indirect commission constitutes a first approach to the subject of concern to this article. This, because it puts on the table the scenario in which the competent public official carries out the criminal conduct through other agents. Subsequently, the

pronouncements of the Supreme Court and works of the national doctrine that study the crime of incompatible negotiation are analyzed, thus finding the following: a first group of positions that does not expressly rule out the participation of the extraneus in the aforementioned crime, a second group that does not admit it and a third group, that admitting it, does so with certain particularities. Having reviewed the above, responses and observations are made to each of the objections and arguments against or in favor of the position of the article. Finally, a personal proposal is presented on the cases in which it is possible to calmly admit participation in the crime of incompatible negotiation: scenarios in which the extraneus is not the subject with whom the State negotiates within the framework of a process state contracting.

Keywords

Incompatible negotiation, Crimes against the Public Administration, Public Official, Corruption.



ÍNDICE

Introducción.....	1
Capítulo I: Apuntes preliminares sobre el delito de negociación incompatible.....	2
1. Bien jurídico protegido.....	2
2. El sujeto activo que interviene por razón de su cargo.....	3
3. Conducta típica y medios comisivos.....	4
Capítulo II: Aproximación a la problemática en torno a la participación del extraneus.....	6
1. Postura de la dogmática sobre la participación delictiva en el delito de negociación incompatible.....	6
2. Línea jurisprudencial de la Corte Suprema en torno a la participación delictiva en el delito de negociación incompatible.....	8
Capítulo III: Propuesta sobre la participación en el delito de negociación incompatible.....	11
1. Aproximación crítica a posturas que expresamente no descartan la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible.....	11
2. Cuestionamiento a posturas que no admiten la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible.....	13
3. Aproximación crítica a las posturas que admiten la posibilidad de admitir la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible. 15	
4. Propuesta.....	16
Conclusiones.....	17
Bibliografía.....	19

INTRODUCCIÓN

En “Perú: Percepción Ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones”, estudio que abarca el periodo de octubre del 2021 a marzo del 2022, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) advirtió que más del 50% de la población peruana considera que la corrupción es la principal fuente de preocupación del país (p. 3). Lo anterior, no resulta extraño, teniendo en cuenta que en los últimos años no ha sido poco familiar ver noticias sobre altos funcionarios públicos envueltos en casos de corrupción, muchos de los cuales incluyen en particular a delitos como la colusión y la negociación incompatible.

Por tal motivo, en este trabajo, se abordará en particular el delito de negociación incompatible y, de manera específica, la discusión relacionada a la admisión de la participación del tercero extraneus en el mismo: problemática que surge esencialmente porque, para diferenciar al delito de negociación incompatible del delito de colusión, usualmente se ha caracterizado al primero ser unilateral y al segundo por ser bilateral.

Con este argumento y otros que posteriormente se revisarán, la Corte Suprema ha absuelto a sujetos condenados inicialmente como partícipes del delito de negociación incompatible. Como se puede advertir, dar una respuesta a esta discusión tiene una importancia práctica importante, toda vez que de esta manera será posible no solo evitar generar espacios de impunidad para actos de corrupción, sino también delimitar las zonas de encuentro con el delito de colusión.

En ese sentido, luego de un análisis minucioso sobre el tema, se buscará plantear una solución a esa problemática. Para ello, se propondrán una serie de supuestos en los que es posible hablar tranquilamente de casos de participación en el delito de negociación incompatible.

Para lograr este objetivo, en el primer capítulo, se desarrollarán brevemente los elementos del tipo penal del mencionado delito. En este punto, una sección importante será la enfocada en la conducta típica y el medio comisivo indirecto, en el que pueden encontrarse comprendidos distintos supuestos de participación. Posteriormente, en el segundo capítulo, se revisarán y analizarán

las posturas de la doctrina peruana y la Corte Suprema en torno al tema bajo análisis. Finalmente, en el tercer capítulo, se realizará un análisis crítico sobre las posturas a favor y en contra de admitir la participación en el delito de negociación incompatible, y se desarrollará la propuesta personal sobre el tema en cuestión.

CAPÍTULO I: APUNTES PRELIMINARES SOBRE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

En este primer capítulo, se comenzará desarrollando brevemente los elementos del tipo penal del delito de negociación incompatible. Ello, a fin de facilitar la comprensión del artículo y la problemática bajo análisis: la posibilidad de admitir la participación del extraneus en el mencionado delito.

1. Bien jurídico protegido

Como en el resto de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se entiende mayoritariamente que el bien jurídico general protegido por el delito de negociación incompatible es el correcto y adecuado funcionamiento de la administración pública (Montoya, 2015, p. 35; Díaz, 2016, p. 157-166; Salinas, 2019, p. 5-7; Rojas 2007, p. 14).

En cuanto al bien jurídico específico protegido por este delito, la discusión no ha quedado zanjada, por lo que es posible encontrar diversas posturas en la doctrina y en la jurisprudencia. Esto es problemático, toda vez que, para una correcta interpretación y aplicación del tipo penal, es necesario conocer previamente cuál es el bien jurídico específico que protege el delito.

Por un lado, la Corte Suprema generalmente se ha inclinado por considerar que el bien jurídico específico que protege el delito de negociación incompatible es el patrimonio. En ese sentido, en la Casación N°841-2015/Ayacucho, la Corte Suprema sostuvo que el deber quebrantado con este delito era la adecuada gestión del patrimonio estatal (fundamento jurídico 35). En esa

misma línea, en la Casación N°396-2019/Ayacucho, se sostuvo que el provecho que el funcionario público busca obtener para sí mismo o para otros era de naturaleza económica (fundamento jurídico 2).

Sin embargo, cabe mencionar que, en los Recursos de Nulidad N°677-2016/Lima y N°1318-2012/Lima, la Corte Suprema adoptó una postura contraria. En la primera resolución, sostuvo que de ningún modo el patrimonio era el bien jurídico protegido por este delito, señalando así que por tal motivo el elemento provecho podía ser extrapatrimonial (fundamento jurídico 6.7). En la segunda resolución, sostuvo que, para proteger el correcto desarrollo de la actividad pública en estos casos, el funcionario público debía actuar imparcialmente y que precisamente la infracción de ese deber era lo que los hacía merecedores de reproche penal (fundamento jurídico 12).

Por otro lado, la doctrina también ha aportado al debate con diferentes posturas. Así, Rojas sostiene que el bien jurídico específico vendría a ser “la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (...) que anteponen sus intereses a los de ella” (2007, p. 818). Por su lado, Salinas opta por “el deber de lealtad y probidad de los funcionarios (...) públicos en el cumplimiento de su función particular” (2019, p. 687), mientras Guimaray opta por “la objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado” (2014, p. 12).

En este trabajo, se adoptará la postura que plantea como bien jurídico específico protegido a la imparcialidad en la actividad contractual del Estado. Ello, en tanto no se está hablando solo de la imparcialidad de plano, sino de aquella que garantiza que, al momento de realizar la actividad contractual del Estado, se elija al proveedor más adecuado de conformidad con el interés público y el bien común (Montoya, 2016, p. 131).

2. El sujeto activo que interviene por razón de su cargo

Un asunto de vital importancia para comprender con mayor precisión este artículo consiste en determinar quién es el sujeto activo del delito y cómo este se puede relacionar con otros intervinientes en el mismo.

En ese sentido, aquí es preciso recordar que el tipo penal prevé que el sujeto activo de este delito será el funcionario público que interviene en una contratación estatal por razón de su cargo. En este punto, resulta pertinente hacerse la siguiente pregunta: ¿qué significa “por razón de su cargo”?

El elemento “por razón de su cargo” debe ser entendido como la exigencia de una vinculación funcional entre el funcionario público, y los contratos u operaciones que celebre el Estado (Chanjan et al., 2020, p. 47). Cabe aclarar que esto no limita la esfera de autores a solo aquellos funcionarios públicos que guarden una especial y directa relación con la contratación estatal en cuestión (Guimaray, 2015, p. 104).

En ese sentido, por ejemplo, no sería correcto afirmar, como sucedió en el citado Recurso de Nulidad N° 661-2009/Lima en relación al delito de colusión, el cual también comprende al elemento “por razón de su cargo”. En esta sentencia, se sostuvo que este delito solo podía ser cometido por los funcionarios que intervienen hasta la entrega de la buena pro (fundamento jurídico 3).

Como se señaló, este tipo de posturas son erróneas, toda vez que llevan a excluir a una etapa del procedimiento de contratación estatal: la etapa de ejecución. Por lo tanto, tomando en cuenta lo desarrollado en relación al delito de colusión, el término “por razón de su cargo” debe ser interpretado de manera que comprenda a todos los funcionarios que puedan incidir en la contratación, ya sea mediante opiniones, informes, entre otros (Montoya, 2016, p. 138).

3. Conducta típica y medios comisivos

De acuerdo con el tipo penal, la conducta típica del delito de negociación incompatible es “interesarse indebidamente”. Como se puede observar, este es un término bastante amplio, de ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan intentado limitarlo.

Por un lado, la doctrina sostiene que esta conducta debe ser entendida como la pretensión (contraria al interés general o de parte no administrativa) que el funcionario público vuelca sobre una contratación estatal (Montoya, 2016, p. 133; Rojas, 2007, p. 820-822; Abanto, 2003, p. 510-511). Por otro lado, en el Recurso de Nulidad N° 253-2012/Piura, la Corte Suprema sostuvo que el verbo rector del delito significaba atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar (Caro, 2020, p. 1310).

Sin embargo, como lo advierte Díaz (2016), estas definiciones no aportan mayor claridad sobre cómo acreditar esta conducta y de ahí que sea pertinente recurrir a la sentencia C-128/03 de la Corte Constitucional de Colombia (p. 304-305).

En el referido documento, este tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad del delito de interés ilícito en la celebración de contratos (figura delictiva similar a la negociación incompatible en el Perú) y zanjó la problemática sobre la conducta típica del mismo. Concretamente, en el fundamento 3.4.2., la Corte Constitucional de Colombia señaló que el tipo penal cuestionado no sancionada los pensamientos no exteriorizados del funcionario, sino el interés que este manifestada externamente a través de actos concretos orientados a la obtención de un provecho para sí o para terceros.

En cuanto a la naturaleza del interés indebido, en el Recurso de Nulidad N°373-2007/Lima, la Corte Suprema sostuvo que este era de naturaleza económica, toda vez que con tal conducta el funcionario público pretendía obtener un provecho personal o a favor de tercero (Caro, 2020, p. 1310). No obstante, como aclara Quispe (2019, p. 124), este interés indebido puede ser de cualquier índole. Ello, especialmente debido a dos motivos:

- Como se mencionó en la primera sección, este delito no protege el patrimonio del Estado, sino la imparcialidad en su actividad contractual.

- La Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción señala que no es necesario que los delitos de corrupción de funcionarios le produzcan perjuicio patrimonial al Estado (artículo 3.2).

En cuanto a los medios comisivos, el tipo penal comprende a los medios directo, indirecto y simulado. En los Recursos de Nulidad N°2641-2011 (fundamento jurídico 3) y N°2770-2011/Piura (fundamento jurídico 3.1), la Corte Suprema brinda una definición de cada uno:

- Directo: el sujeto activo de manera personal manifiesta sus pretensiones particulares.
- Indirecta: el sujeto activo realiza los actos que denotan su interés indebido a través de otras personas.
- Simulado: el sujeto activo actúa aparentando hacerlo a favor de los intereses de la administración pública, pero en realidad lo hace a favor de intereses que son particulares o personales.

Adelantando el tema de discusión principal de este artículo, sí es posible admitir la participación de un extraneus en este delito, postura que se ve respaldada por la existencia del medio comisivo “indirecto”, el cual presume la intervención de un tercero distinto al sujeto activo del delito.

En ese sentido, es inevitable plantear una serie de preguntas a las que posteriormente en el Capítulo III se buscará responder: a) ¿Quiénes son esos terceros? b) ¿Responden por el delito de negociación incompatible? c) De responder por el mencionado delito, ¿a título de qué lo harían? y d) ¿Su intervención no es un indicio necesario de la comisión del delito de colusión?

Ahora bien, antes de desarrollar una postura al respecto, en el siguiente capítulo, se demostrará que el abordaje de este problema en la jurisprudencia y doctrina nacional no ha sido pacífico.

CAPÍTULO II: APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS

Como se mencionó con anterioridad, en este segundo capítulo, se realizará un recuento de las posturas de la doctrina peruana y la Corte Suprema en torno a la participación del extraneus en el delito bajo análisis.

1. Posturas de la doctrina sobre la participación delictiva en el delito de negociación incompatible

En la doctrina peruana, es posible encontrar una variedad de posturas sobre la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible.

En primer lugar, cabe mencionar al grupo de autores que, si bien no se pronuncia expresamente sobre el tema, caracteriza al delito de negociación incompatible por su unilateralidad y al delito de colusión por su bilateralidad (Montoya, 2016, p. 135; Guimaray, 2015, p. 105; Chanjan et al., 2020, p. 50). Asimismo, en este grupo, se suele señalar que el delito de negociación incompatible tiene un carácter subsidiario frente al delito de colusión. Finalmente, en escenarios de concurso aparente entre ambos delitos, se sostiene que, por el principio de especialidad, se deberá aplicar al delito de colusión por ser mucho más específico (Guimaray, 2015, p. 104; Montoya, 2016, p.135).

En segundo lugar, se encuentra el grupo de autores que considera que es posible hablar de participación delictiva en el delito bajo análisis (Salinas, 2019, p. 691-692; Ugaz et al., 2017, p. 119-120; Rojas, 2007, p. 887-888; Abanto, 2003, p. 780; Rosales, 2021, p. 172-173).

En general, este grupo propone que será autor quien infrinja un deber o cuente con una cualidad especial, además de contar con la relación funcional exigida por el tipo penal. Siguiendo la misma lógica, en consecuencia, estos autores sostienen que será partícipe aquel que intervenga en la comisión del delito sin infringir algún deber o contar con una cualidad especial. Por último, con sus propias particularidades, todos consideran que tanto los particulares como los funcionarios públicos no cualificados pueden responder como partícipes.

En tercer lugar, se encuentra el grupo de autores que plantea una serie de cuestionamientos a la admisión de la participación en el delito de negociación incompatible.

Por un lado, Álvarez (2021), si bien está a favor de admitir la participación en el delito bajo análisis, sostiene solo podrán ser partícipes los funcionarios públicos no competente (es decir, aquellos que no pueden incidir en la contratación). Esto, ya que la intervención de un particular daría ya lugar a la comisión del delito de colusión (p. 159). Por otro lado, Quispe (2019) sostiene que el delito de negociación incompatible no admite participación, toda vez que es un delito de peligro abstracto y cuyos supuestos tranquilamente podrían constituir una tentativa del delito de colusión simple (propuesta personal del autor) (p. 127, 132-133).

2. Línea jurisprudencial de la Corte Suprema en torno a la participación delictiva en el delito de negociación incompatible

En esta sección, se revisarán un grupo de pronunciamientos contradictorios de la Corte Suprema en torno a la participación delictiva en el delito de negociación incompatible.

2.1. Pronunciamientos que no admiten la participación delictiva en el delito de negociación incompatible

Aquí, se encuentra el Recurso de Casación N°841-2015/Ayacucho. En esta sentencia, la Corte Suprema se pronunció sobre la condena de dos funcionarios del gobierno regional de Ayacucho como autores del delito bajo análisis. Ello, debido a lo siguiente:

- Entre diciembre de 2011 y enero de 2012, los dos procesados llevaron a cabo la compra directa de tractores agrícolas y sus accesorios en el marco de una situación de emergencia generada por la plaga del kikuyo.

- En la misma fecha de la celebración del contrato con dos empresas invitadas, ambos funcionarios modificaron los plazos de entrega de los bienes sin mayor justificación.

En la última sección de la sentencia, la Corte Suprema explica que durante el proceso penal contra los funcionarios involucrados se había tratado de incorporar a funcionarios de las dos empresas a las que se habría buscado beneficiar al proceso.

En ese sentido, para pronunciarse sobre ese extremo recurrido por la defensa de los procesados, la Corte Suprema señala que el delito de negociación incompatible solo puede presentarse en los casos en los que el interés indebido del funcionario se materializa sin la intervención de otro sujeto. Para complementar esta idea, añade que lo anterior se debe a que, en los delitos de infracción de deber, la participación del extraneus depende estrictamente de su inclusión en el tipo penal.

Por lo tanto, siguiendo ese razonamiento, la Corte Suprema concluye que la participación solo es posible en los delitos de participación necesaria, delitos que para su configuración requieren la intervención de otros individuos. Asimismo, agrega que, en caso intervenga un tercero distinto al funcionario que comete el delito, ya se estaría ante otros delitos, como, por ejemplo, el cohecho o la colusión.

Finalmente, con estos fundamentos, la Corte Suprema concluye que la incorporación de los funcionarios de las mencionadas empresas no era posible.

En esta sentencia, la Corte Suprema sostiene que, para admitir la participación del tercero en un delito de infracción del deber, se tiene que revisar en primer lugar la estructura típica del delito. Es decir, revisar si el tipo penal prevé o no la intervención de un tercero, como en el caso del delito de colusión.

2.2. Pronunciamientos que admiten la participación delictiva en el delito de negociación incompatible

2.2.1. Recurso de Nulidad N° 666-2016/Áncash

Aquí, en primer lugar, se encuentra el Recurso de Nulidad N° 666-2016/Áncash, la Corte Suprema conoció un caso que sucedió en la Municipalidad Provincial de Pomabamba. De acuerdo a la referida resolución, en el 2008, tres funcionarios integraron el Comité Especial Permanente de la Municipalidad Provincial de Pomabamba en el año 2008. Debido a ello, estuvieron a cargo del proceso de selección de una contratación para la construcción de dos aulas de la Institución Educativa N°84029 de Pajash.

Durante ese proceso, calificaron positivamente a la empresa G&H Contratistas Generales y le otorgaron la buena pro a la empresa. Ello, a pesar de lo siguiente:

- En la ficha de inscripción de la empresa, el entonces alcalde de la Municipalidad figuraba como socio (situación contraria a lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), junto al gerente general de la misma.
- Conforme a la modificación parcial del estatuto de la empresa, tres días después de obtener la buena pro, el alcalde transfirió todas sus acciones al mencionado gerente general.
- La empresa no se encontraba inscrita en el Registro Nacional de Proveedores del Estado, conforme lo comunicó la OSCE.

Tomando en consideración estos hechos, la Corte Suprema confirmó la condena de los tres funcionarios a cargo de la contratación como autores del delito de negociación incompatible y la del alcalde como cómplice del mismo.

Lo anterior, toda vez que: 1) los miembros del comité de selección decidieron otorgar la buena pro a una empresa que evidentemente estaba impedida de contratar con el Estado y no cumplía con los requisitos de la contratación; y 2) el alcalde se prestó para ello transfiriendo sus acciones días después de haber obtenido la buena pro.

2.2.2. Recurso de Casación N°1985-2019/Selva Central

En segundo lugar, se encuentra el Recurso de Casación N°1985-2019/Selva Central. En esta sentencia, la Corte Suprema se pronunció sobre un caso que sucedió en la Selva Central. En el marco del proceso de selección de una

contratación requerida por la Municipalidad Provincial de Oxapampa, el representante de una empresa tuvo acceso a las bases y presentó documentación que no cumplía los requisitos técnicos mínimos establecidos en la convocatoria. Ello, teniendo aparente conocimiento de que los miembros del comité de selección le otorgarían la buena pro.

Por tales hechos, los miembros del comité de selección fueron condenados como autores del delito de negociación incompatible y el representante de la mencionada empresa, como partícipe del mismo. Luego de que esta sentencia fuese confirmada en segunda instancia, el representante interpuso recurso de casación por errónea interpretación o aplicación del artículo 399, a fin de determinar si este delito admitía o no la participación del tercero extraneus.

Así, la Corte Suprema sostuvo que, a pesar de no ser un delito de encuentro, el delito de negociación incompatible sí admitía participación. Ello, toda vez que: 1) el extraneus responde por un tipo penal ampliado por las reglas generales de participación del Código Penal y 2) la contribución del extraneus a un delito de infracción de deber no es jurídicamente neutro, en tanto también está vinculado a este de manera mediata.

Asimismo, aclara que no toda participación será punible, sino solo aquella mediante la cual el extraneus realice un aporte significativo en la ejecución del delito, con conocimiento del interés indebido del funcionario y de la finalidad que se persigue con él.

Tomando todo esto en cuenta, la Corte Suprema confirmó la condena del cómplice, ya que consideró que la conducta del representante de la empresa (presentar documentación que no cumplía con los requisitos) reflejaba su conexión con los funcionarios condenados como autores.

Ahora bien, habiendo revisado tanto las posturas de la jurisprudencia y la doctrina peruanas, en el Capítulo III, se procederá a realizar un análisis pormenorizado de cada una de las posturas encontradas y se planteará una propuesta de solución a la problemática bajo análisis.

CAPÍTULO III: PROPUESTA SOBRE LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

En este tercer capítulo, se realizará un análisis crítico de las posturas revisadas en el capítulo anterior y, finalmente, se presentará la postura propuesta en el artículo en relación a la posibilidad de admitir la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible.

1. Aproximación crítica a posturas que expresamente no descartan la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible

En esta primera sección, se analizarán las posturas que expresamente no descartan la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible. Como se mencionó en el segundo capítulo, estas posturas consideran que este delito se caracteriza por su unilateralidad y que tiene un rol subsidiario frente al delito de colusión, caracterizado a su vez por su bilateralidad.

En cuanto a la caracterización de estos delitos como unilaterales o bilaterales, cabe precisar que este artículo no descarta de plano lo postulado por el grupo de autores que comparte esta idea, pero estima necesario hacer algunas precisiones al respecto.

En primer lugar, por un lado, es cierto que el delito de negociación incompatible está caracterizado por ser unilateral, toda vez que no requiere de la intervención necesaria de otro sujeto para su configuración. Por otro lado, también es cierto que el delito de colusión está caracterizado por ser bilateral, ya que requiere de la intervención necesaria de un “interesado” con el que el funcionario debe coludirse para su configuración. Sin embargo, es necesario aclarar que estas características de “bilateral” y “unilateral” constituyen solo criterios que coadyuvan a determinar cuando uno se encuentra ante un caso de negociación incompatible o colusión.

Ahora bien, lo anterior no tiene por qué a su vez descartar la posibilidad de que otro sujeto (un “extraneus”) intervenga en el delito inicialmente caracterizado como unilateral. Ello, toda vez que, como ya se mencionó, esta característica

es solo un criterio que permite diferenciar un delito de otro de manera preliminar.

De la misma manera, la bilateralidad que caracteriza al delito de colusión tampoco puede ser impedimento para admitir, en específico, la participación de un “extraneus” en el delito de negociación incompatible. En este punto, es necesario aclarar que esta bilateralidad que es esencial para el delito de colusión no puede ser cualquiera. De hecho, solo la bilateralidad que se exprese en la forma de un acuerdo parcializado con un “interesado” para defraudar al Estado será aquella que realmente configure, en específico, al delito de colusión simple. Esto, porque precisamente así lo exige el tipo penal de este delito.

De lo anterior, es posible inferir que no todo supuesto de intervención de un extraneus o, en otras palabras, “bilateralidad” debe traducirse necesariamente en la configuración del delito de colusión. Dicho en otras palabras, si bien es cierto que la negociación incompatible no requiere la presencia de esta bilateralidad que se expresa en un acuerdo entre el funcionario público cualificado y el interesado, ello no significa que no puedan darse supuestos de participación punible de otros sujetos.

En segundo lugar, también es necesario pronunciarse en relación a la caracterización del delito de negociación incompatible como un delito subsidiario del delito de colusión simple. Para ello, resulta pertinente revisar previamente qué se debe entender por delito subsidiario. Al respecto, al abordar el principio de subsidiariedad, Mir (2016) sostiene que el precepto penal que rija solo en los casos en los que otro precepto penal no lo haga, será subsidiario respecto a este último (p. 684).

Habiendo aclarado este punto, cabe mencionar que este artículo también comparte la postura de que el delito de negociación incompatible tiene esa naturaleza subsidiaria respecto del delito colusión. No obstante, ello tampoco debe traducirse en la exclusión de la participación punible del extraneus en el delito de negociación incompatible. Por el contrario, siguiendo la línea de lo desarrollado hasta aquí, es importante aclarar que esta naturaleza subsidiaria solo debe llevar a excluir al delito de negociación incompatible en aquellos

casos en los que se esté ante un acuerdo parcializado entre funcionario público competente y el “interesado”.

Asimismo, este análisis también es coherente con el hecho de que el tipo penal del delito de negociación incompatible prevé un medio comisivo indirecto, el cual, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia antes estudiada, comprende escenarios en los que el funcionario público actúa a través de otros sujetos: un funcionario público no cualificado o un particular extraño a la administración. Descartar la posibilidad de admitir la participación punible de estos “extraneus” conllevaría a generar espacios de impunidad y corrupción.

2. Cuestionamiento a posturas que no admiten la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible

En esta segunda sección, se analizarán las posturas que no admiten la participación en el delito de negociación incompatible. Como se mencionó en el segundo capítulo, estas posturas principalmente argumentan que el mencionado delito no admite la participación punible de un extraneus, toda vez que no es un delito de participación necesaria.

Antes de ingresar al análisis en concreto, previamente es pertinente desarrollar qué debe entenderse por delitos de participación necesaria, también son conocidos como delitos de intervención necesaria o plurisubjetivos (Montoya, 2016, p. 62). Siguiendo la postura de Abanto (2003), en este artículo, se adoptará el término “delitos de intervención necesaria”, ya que permite aludir a la concurrencia de varias personas sin adelantar una valoración jurídica-penal de los aportes realizados por las mismas (p. 66).

Habiendo aclarado lo anterior, resulta pertinente señalar que estos delitos requieren la intervención de varios sujetos y, en el estudio de los supuestos en los que se pueden presentar, se suele identificar dos grandes grupos: delitos de convergencia y delitos de encuentro (Abanto, 2003, p. 65).

Por un lado, los delitos de convergencia requieren que varios sujetos realicen actos similares y orientados en la misma dirección para afectar al bien jurídico, mientras que los delitos de encuentro requieren que varios sujetos realicen

actos provenientes de distintas direcciones, que finalmente acabarán por encontrarse para afecta al bien jurídico (García Cavero, 2019, p. 398).

De acuerdo a lo desarrollado hasta este punto, es posible advertir dos premisas. Por un lado, el delito de colusión es un delito de intervención necesaria, ya que para su configuración requiere la intervención de un “interesado” que se colude con el funcionario público cualificado. Por otro lado, el delito de negociación incompatible no es un delito de intervención necesaria, ya que para su configuración basta con que el funcionario público cualificado haya realizado actos objetivos que expresen un interés indebido en la contratación estatal.

Sin embargo, que un delito sea o no un “delito de intervención necesaria” solo responde a una clasificación realizada en torno a las formas en las que los intervinientes realizan el injusto penal para así afectar a los bienes jurídicos protegidos por los distintos tipos penales. En ese sentido, ello tampoco puede ser impedimento para admitir la participación punible del extraneus en el delito de negociación incompatible.

Dentro de este grupo de posturas, también se ha argumentado que el delito antes mencionado no admite la participación de los extraneus, toda vez que es un delito de peligro.

De la misma manera, antes de ingresar al análisis en concreto sobre este punto, previamente es pertinente desarrollar qué debe entenderse por delitos de peligro. De acuerdo con Luzón (2016), estos delitos se consuman con la puesta en peligro del bien jurídico sin necesidad de lesionarlo y, por lo tanto, constituyen un adelantamiento de las barreras del derecho penal (p. 161).

Una vez aclarado lo anterior, resulta posible advertir que esta clasificación no responde a la posibilidad de admitir o no la participación en determinado delito, sino al nivel de afectación del bien jurídico protegido por los tipos penales previstos en el ordenamiento jurídico.

En este punto, también es pertinente señalar que restringir los supuestos de participación punible a los casos de delitos de intervención necesaria y delitos de lesión conllevaría a generar espacios de impunidad y corrupción en un área

especialmente expuesta a riesgos de corrupción como lo es la contratación estatal.

3. Aproximación crítica a las posturas que admiten la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible

En esta tercera sección, se analizarán las posturas que admiten la participación en el delito bajo análisis. Como se mencionó en el segundo capítulo, estas posturas consideran lo siguiente: 1) autor es aquel que infringe un deber o tiene una cualidad especial, además de contar con la relación funcional exigida por el tipo penal; y 2) partícipe es aquel que interviene en la comisión del delito sin infringir algún deber o contar con una cualidad especial.

Por un lado, dentro de este grupo de autores se encuentra la postura que, de manera individual, sostiene que solo los funcionarios públicos no competentes pueden ser partícipes del delito bajo análisis. Ello, toda vez que toda intervención de un particular ajeno a la administración conllevaría a la configuración del delito de colusión. Sin embargo, esta postura no ofrece mayor justificación para esta diferenciación, por lo que tampoco resulta ser convincente. En ese sentido, nada impide que un funcionario público competente reciba el apoyo de algún particular ajeno a la administración pública para realizar los actos objetivos que denotan su interés indebido.

Por otro lado, en este grupo, también se encuentra el Recurso de Nulidad N° 666-2016/Áncash. En esa sentencia, la Corte Suprema condenó al alcalde de la Municipalidad Provincial de Pomabamba como partícipe del delito de negociación incompatible y los integrantes de un Comité Especial Permanente conformado el 2008 como autores del mismo delito.

Sobre este caso, es preciso recordar que la empresa de la cual era socio el referido alcalde participó en el proceso de selección de una contratación para la construcción de dos aulas de la Institución Educativa N°84029 de Pajash y resultó ganadora. Tomando esto en cuenta y los hechos antes revisados en el capítulo II, este podría ser un caso no solo de participación, sino de autoría.

Posiblemente, la decisión de la Corte Suprema haya estado guiada por la errónea idea de que solo los integrantes de un Comité de Selección pueden cometer el delito de negociación incompatible. Sin embargo, como ya se señaló con anterioridad, este delito puede ser cometido por todos aquellos funcionarios que por razón de su cargo puedan influir en la contratación estatal, supuesto en el que perfectamente calza un alcalde.

4. Propuesta

En esta última sección, habiendo realizado este análisis en el que de manera progresiva se ha ido formulando la postura de este artículo, se procederá a condensar estas ideas y proponer una serie de supuestos específicos en los que pueden darse casos de participación en el delito de negociación incompatible.

Como ya se argumentó con anterioridad, no son impedimentos para admitir la participación en el delito de negociación incompatible 1) que este no se caracterice por ser bilateral o que no sea de un delito de intervención necesaria y 2) que sea un delito de peligro.

Ahora bien, habiendo establecido que cabe la participación en el delito bajo análisis, queda aún pendiente establecer de manera clara quiénes pueden ser partícipes del mismo. Para ello, es preciso recordar que, como se señaló en una sección anterior de este capítulo, el delito de negociación incompatible es un delito subsidiario respecto del delito de colusión. En ese sentido, es necesario entender cómo se configura, en específico, el delito de colusión simple por ser el más cercano al delito de negociación incompatible.

Al respecto, cabe recordar que, en palabras bastante breves, el delito de colusión simple se configura cuando el funcionario público se colude con un interesado en una contratación en la que el primero interviene a razón de su cargo para defraudar al Estado. Aquí, es preciso concentrarse en el sujeto con el que el funcionario público competente se colude, pues es quien da forma al principal elemento que diferencia a los delitos ahora estudiados: el acuerdo colusorio.

Siguiente lo desarrollado por Salinas (2021), este interesado vendría a ser aquella persona con la que negocia el Estado (p. 59), persona que puede ser tanto un particular o un funcionario público no competente (Caso CORPAC¹). En ese sentido, tomando en cuenta el carácter subsidiario del delito de negociación incompatible, en este artículo, se considera que pueden ser partícipes del mismo todos aquellos sujetos (tanto particulares como funcionarios públicos no competentes) que no sean el proveedor con el que el Estado contrata.

CONCLUSIONES

- Sobre la posibilidad de admitir la participación en el delito de negociación incompatible (la problemática que aborda este artículo), tanto en la doctrina como la jurisprudencia, se pueden encontrar tres grupos de posturas: 1) un primer grupo que no la descarta expresamente, ya que consideran que este delito se caracteriza por ser unilateral y tener un rol subsidiario frente al delito de colusión (caracterizado a su vez por ser bilateral); 2) un segundo grupo que no la admite, toda vez que este es un delito de peligro y no es un delito de participación necesaria; y 3) un tercer grupo que la admite, aunque en algunos casos con determinadas particularidades.
- Sobre la postura del primer grupo, en este trabajo, se considera que la bilateralidad o unilateralidad como elementos que caracterizan a determinados delitos son solo criterios que permiten diferenciarlos de manera preliminar. En esa línea, no pueden ser utilizados para descartar todo supuesto de participación en aquellos delitos que inicialmente son caracterizados como unilaterales. Por otro lado, si bien se considera que el delito de negociación es subsidiario frente al de colusión, se considera que esta subsidiariedad se debe limitar a aquellos supuestos en los que se puede identificar un acuerdo colusorio entre un funcionario público y un interesado.

¹ Diario El Comercio. (2021). Félix Moreno: confirman en segunda instancia 9 años de cárcel por caso Corpac. <https://elcomercio.pe/politica/justicia/felix-moreno-poder-judicial-confirmando-condena-de-9-anos-de-carcel-en-su-contraparte-por-caso-corpac-callao-nndc-noticia/>

- Sobre la postura del segundo grupo, se aclara que las clasificaciones de “delito de participación/intervención necesaria” y “delito de peligro” no apuntan a descartar tienen la participación delictiva en determinados delitos, sino a explicar 1) las formas en las que los intervinientes realizan el injusto penal para así afectar a los bienes jurídicos protegidos por los distintos tipos penales; y 2) el nivel de afectación que una conducta tiene frente al bien jurídico protegido por los tipos penales previstos en el ordenamiento jurídico.
- Por último, el tercer grupo considera que será autor aquel que infrinja un deber o tenga una cualidad especial (además de contar con la relación funcional exigida por el tipo penal), y participe aquel que intervenga en la comisión del delito sin infringir algún deber o contar con una cualidad especial. Sin embargo, se advierte que, dentro de este, existe un subgrupo que considera que, en el delito bajo análisis, solo pueden ser partícipes solo funcionarios públicos no competentes. Sin embargo, como ya se mencionó, esta postura no ofrece argumentos para sostener tal afirmación.
- Habiendo analizado las posturas de los tres grupos, el artículo defiende la postura de que es posible admitir la participación en el delito bajo análisis, pero reconoce que es necesario delimitar los supuestos en los que esta puede darse a fin de evitar confusiones con el delito de colusión. Para ello, previamente se recuerda que este último delito se configura cuando el funcionario se colude con un interesado, quien viene a ser la persona con la que el Estado negocia en el marco de una contratación estatal (es decir, el posible proveedor). En ese sentido, se propone que los supuestos de participación del delito de negociación incompatible excluirán a todos los casos en los que el extraneus sea un proveedor con el Estado eventualmente contrata o busca contratar.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. (2ª ed.). Palestra Editores.
- Álvarez, F (2021). *El delito de negociación incompatible. Estudio de los aspectos problemáticos del tipo penal*. Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. Repositorio institucional de la Universidad de Salamanca <http://hdl.handle.net/10366/131865>
- Caro, J. A. (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho Penal*, 1, 49-69.
- Caro, J. A. (2020). *Summa Penal*. Nomos & Thesis.
- Chanjan, R., Torres, D., y Gonzales, M. M. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. IDEHPUCP. <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/01/31192858/claves-corrupcion-sin-isbn.pdf>
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. (3ª ed.). Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Guimaray, E. (2014). Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible. *Boletín Informativo Mensual*, 39, 11-12. <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/APUNTES-DE-TIPICIDAD.pdf>
- Guimaray, E. (2015). Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionarios. *Aproximación multidisciplinar para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú*. USAID, e IDEHPUCP, 57-114. http://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/aproximacion-multidisciplinaria-para-el-procesamiento-de-casos-de-corrupcion-en-el-peru/
- Luzón, D. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. (3ª ed.). TIRANT LO BLANCH.
- Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Teoría Jurídica del Delito*. Fondo Editorial PUCP.
- Mir, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. (10ª ed.). Editorial Reppertor.

- Montoya, Y. (Coord.) (2016). *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. IDEHPUCP. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110641>
- Quispe, D. (2019). El delito de negociación incompatible: un análisis crítico a través del delito de colusión en su modalidad simple. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 119, 121-135.
- Reátegui, J. (2014). *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Jurista Editores.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. (4ª ed.). Grijley.
- Rosales, D. (2021). *El delito de negociación incompatible en el ejercicio de la función pública*. Editores del Centro.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la administración pública*. (5ª ed.). Iustitia.
- Salinas, R. (2021). *Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios*. Palestra Editores.
- Ugaz, J. y Ugaz, F. (2017). *Delitos económicos, contra la Administración Pública y criminalidad organizada*. Fondo Editorial PUCP.

Jurisprudencia:

- C-128/03 (2003, 18 de febrero). Corte Constitucional de Colombia.
- Recurso de Nulidad N° 677-2016/Lima (2017, 17 de mayo). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Figueroa, A).
- Recurso de Nulidad N° 1318-2012/Lima (2012, 29 de agosto 08). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Lecaros, J).
- Recurso de Nulidad N° 661-2009/Lima (2010, 10 de marzo). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Santa María, J).
- Recurso de Nulidad N° 2641-2011/Lambayeque (2012, 10 de agosto). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Barrios, E).
- Recurso de Nulidad N° 2770-2011/Piura (2012, 12 de septiembre). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Villa Stein, J).
- Recurso de Nulidad N° 666-2016/Áncash (2017, 29 de mayo). Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (San Martín, C).

- Recurso de Casación 841-2015/Ayacucho (2016, 24 de mayo). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Pariona, J).
- Recurso de Casación 1985-2019/Selva Central (2012, 27 de abril). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Coaguila, E).

Otras fuentes:

- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022). Perú: Percepción Ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones. Octubre 2021 - Marzo 2022. https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_gobernabilidad_2.pdf
- Diario El Comercio. (2021). Félix Moreno: confirman en segunda instancia 9 años de cárcel por caso Corpac. <https://elcomercio.pe/politica/justicia/felix-moreno-poder-judicial-confirmando-condena-de-9-anos-de-carcel-en-su-contra-por-caso-corpac-callao-nndc-noticia/>

