

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



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

**Aspectos problemáticos de la complicidad del
extraneus en el delito de Negociación Incompatible**

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

Autor:

Diana Celinda Fustamante Sánchez

Asesor:

Carlos Abel Villarroel Quinde

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CARLOS ABEL VILLARROEL QUINDE, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado "Aspectos problemáticos de la complicidad del extraneus en el delito de Negociación Incompatible", del autor(a) DIANA CELINDA FUSTAMANTE SANCHEZ, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/12/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 06 de febrero del 2024

VILLARROEL QUINDE, CARLOS ABEL	
DNI: 42529192	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0009-0006-2882-5655	

A mi madre, por inspirarme fortaleza; por ser ejemplo de resiliencia y convertirse en ley suprema de mi familia.

A mi padre, por inyectarme sueños en demasía e inspirarme confianza para navegar en la carrera de la abogacía.



RESUMEN

La complicidad en el delito de Negociación Incompatible ha traído un sinnúmero de debates en nuestra legislación, pues aún no hay una postura definida para abordar la intervención de un *extraneus* en el mencionado delito, ya que el tipo penal, al ser de carácter especial, solo responsabiliza penalmente aquel funcionario que se interesa indebidamente en un negocio jurídico determinado (contrato u operación). A raíz del Acuerdo Plenario 3-2016-CJ-116, se estableció que la participación sí es posible en delitos de infracción de deber, sin la ruptura del Título de imputación. Sin embargo, no hay criterios jurisprudenciales que definan cómo atribuir responsabilidad a este *extraneus*, sin llegar a confundirlo con el interesado que participa en el delito de colusión. Por ello, en el presente artículo, se desarrollará y analizará el bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible, su naturaleza jurídica, la diferenciación del injusto con el delito de colusión y los criterios jurisprudenciales al momento de fundamentar un caso sobre complicidad del *extraneus*.

Palabras clave

Negociación incompatible – *extraneus* – complicidad – interés indebido – funcionario público.

ABSTRACT

Complicity in the crime of Incompatible Negotiation has brought about endless debates in our legislation, since there is still no defined position to address the intervention of an extraneous in the aforementioned crime, since the criminal type, being of a special nature, only criminally liable is that official who takes an undue interest in an economic legal transaction (contract or operation). As a result of Plenary Agreement 3-2016-CJ-116, it was established that participation is possible in crimes of violation of duty, without breaking the Title of imputation. However, there are no jurisprudential criteria that define how to attribute responsibility to this extraneous, without confusing it with the interested party who participates in the crime of collusion. Therefore, in this article, the legal good protected from the crime of incompatible negotiation, its legal nature, the differentiation of the unjust with the crime of collusion and the jurisprudential criteria when substantiating a case on extraneous complicity will be developed and analyzed.

Keywords

Incompatible negotiation – *extraneus* – complicity – undue interest – public official

ÍNDICE

I.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN	7
I.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	8
1.2.1. Bien jurídico protegido según autores internacionales	8
1.2.2. Bien jurídico protegido según autores nacionales	9
I.3. NATURALEZA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	14
1.3.1. Delito de lesión	15
1.3.2. Delito de peligro abstracto	16
1.3.2. Delito de peligro concreto	17
I.4. LA CONDUCTA TÍPICA: “interesarse indebidamente”	18
II.1. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER	19
2.1.1. Los delitos de infracción de deber en la legislación peruana	20
II.2. COMPLICIDAD DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	22
2.2.1. Análisis del Acuerdo Plenario 3-2016-CJ-116	23
III.1. RELACIÓN ENTRE EL INJUSTO TÍPICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y EL DE COLUSIÓN	26
3.2.1. Relación con el <i>extraneus</i> en el delito de colusión: ¿concurso de delitos?	27
3.2.2. La aplicación de responsabilidad penal del <i>extraneus</i> en el delito de Negociación Incompatible a nivel judicial	29
IV. CONCLUSIONES	32
V. BIBLIOGRAFÍA	34

INTRODUCCIÓN

Por varios años, se ha discutido la posibilidad de imputar responsabilidad penal al *extraneus* en los delitos de infracción de deber; específicamente, ha surgido el debate doctrinario de imputar responsabilidad penal al *extraneus*¹, en calidad de cómplice en el delito de Negociación incompatible, el cual está tipificado en el artículo 399 del Código Penal peruano.

Además, fue un tema muy discutido jurisprudencialmente, porque el tipo penal no ha previsto expresamente una conducta típica que pueda infringir el *extraneus* para cometer el ilícito, a diferencia de la colusión que, en su estructura típica del delito, sí prevé la participación del “interesado” como necesaria para la configuración del delito que comete el funcionario o servidor público.

En tal sentido, se ha podido encontrar hasta tres posturas alrededor de este tema. Por un lado, la postura que no acepta la participación en los delitos de infracción de deber, lo cual incluye criticar la posibilidad de responsabilizar penalmente al *extraneus* en el delito de Negociación incompatible. Por otro lado, la postura que acepta la admisión de la complicidad del *extraneus* en el delito en mención y, finalmente, la postura que acepta, en parte, la complicidad en aquellos actos en donde el funcionario público de forma indirecta (un tercero) se interesa indebidamente en cualquier contrato u operación pública por razón de su cargo, siendo el *extraneus* aquel que no participa en el proceso de contratación pública o es un funcionario público no competente.

Si bien el presente artículo no pretende abarcar ampliamente la problemática entre la autoría y participación, pues la tendencia, en los últimos años², es aceptar la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deber, sí analizará la existencia o inexistencia de criterios jurisprudenciales al establecer responsabilidad al tercero en el delito de Negociación Incompatible. La importancia de determinar lineamientos en nuestra legislación, a través de los jueces que conocen el Derecho y lo

¹ Autores como García Cavero señalan que no es posible sancionar a los partícipes en los delitos de infracción de un deber, pues carecen de una competencia institucional, siendo este último es fundamento de estos delitos (2014, pág.634). Por el contrario, el autor Caro John indica que las personas que contribuyeron en la comisión de un delito funcional, deberán responder como partícipes, pues si bien no ha infringido un deber de carácter institucional, sí ha quebrantado el deber general de toda persona de no lesionar (2010, pp.82).

² En el año 2017, a través del Artículo 2 del Decreto Legislativo N°1351, el Código Penal peruano introdujo una modificatoria al artículo 25 que prevé la complicidad primaria y secundaria. De esta manera, nuestra legislación optó por la postura de responsabilizar penalmente la participación en los delitos de infracción de deber.

aplican al momento de resolver, será pieza fundamental para poder seguir analizando este delito cuya incorporación, en nuestra legislación, no tiene más de dos décadas.

Finalmente, debemos señalar que la doctrina debe ser un apoyo para resolver problemas en la realidad, por lo que veremos si la inclinación de la postura mayoritaria en los últimos años de imputar responsabilidad al *extraneus*, está siendo correctamente aplicada en un contexto en el que la contratación estatal es considerada un mecanismo generalizado en favor de la criminalidad.

En tal sentido, se ha creído conveniente centrarnos en dos aspectos problemáticos de la complicidad en la negociación incompatible: El concurso de delitos con el delito de colusión y la aplicación a nivel judicial de la responsabilidad penal de la complicidad del *extraneus*. Esto nos ayudará a aclarar el panorama de cómo nuestros operadores jurídicos vienen entendiendo esta aplicación en la práctica o si resulta problemático aún su aceptación.



I.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En líneas generales, es menester indicar que el delito de Negociación Incompatible tuvo su origen en Italia, siendo que, en este país, se esbozaron los primeros elementos del tipo, los cuales fueron acogidos, posteriormente, en el país de Argentina. Luego se incorporó en Perú, copiando, en su mayoría, el tipo penal del Código argentino y, varios años después, se incorpora en Colombia como un delito contra la administración pública. Por ello, la estructura de redacción del tipo penal guarda similitud con los artículos del Código penal español, chileno, argentino y colombiano (Díaz, 2016, pág.124).

En nuestro país, el tipo penal de Negociación incompatible ha ido sufriendo modificaciones, en tanto que el legislador, y su preocupación por sancionar actos corruptos, ha ido proponiendo leyes y reformas legislativas en los últimos años. Al respecto, traemos en mención que su primera aparición fue en el Código Penal de 1863 y, posteriormente, en el Código Penal de 1924. Ahora bien, recién en el Código Penal de 1991, se ubicó en la Sección IV “Corrupción de funcionarios”, a través del artículo 397°. Sin embargo, el tipo penal era impreciso, pues no especificaba qué tipo de interés el funcionario o servidor público debía ostentar para realizar la conducta prohibida. Luego de detectar dichas falencias, el legislador modificó el tipo penal, mediante el Artículo Único de la Ley N.º27074 en el año 1999. (Rosales, 2021, págs. 28-30).

En esa línea, ya para el año 2004, con la Ley N.º28355, se empezó una reforma legal de lucha contra la corrupción y decidió incorporar los denominados “Delitos contra la Administración Pública” en el Título XVIII del Código Penal y, en su Capítulo II, específicamente, los Delitos cometidos por funcionarios públicos, dentro de los cuales se encuentra el delito de Negociación Incompatible con la incorporación del elemento típico de “interés indebido”, previsto, actualmente, en el artículo 399, con la redacción siguiente:

“Art.399.- 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 (...)”³.

³ Última modificación por el Artículo Único de la Ley N°30111, publicada el 26 de noviembre de 2023.

En efecto, el tipo contiene cinco elementos típicos, los cuales mencionamos a continuación: i) que el funcionario o servidor público se interese indebidamente, ii) de forma directa, indirecta o por acto simulado, iii) en provecho propio o de un tercero, iv) en un contrato u operación pública, v) por razón de su cargo. En otras palabras, la conducta decisiva (conducta típica) en este delito es que el sujeto activo demuestre, a través de actos objetivos, haberse interesado indebidamente directa o indirectamente o por acto simulado en un contrato u operación que estuvo a su cargo. (Reátegui, 2016, pág.13-14)

I.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Antes de inmiscuirnos a analizar la problemática principal, es importante delimitar correctamente el bien jurídico protegido en el delito de Negociación incompatible. La razón es que dicha delimitación nos va a permitir encontrar una correcta interpretación del objeto de interés tutelado por el Derecho Penal.

Puede parecer poco útil centrarnos en este apartado del primer subtítulo, pues es lo que más encontramos en la doctrina al momento de estudiar un delito, pero consideramos necesario sustentar por qué acogemos un bien jurídico protegido y por qué nos deslindamos de otros en el marco de los Delitos cometidos por funcionarios públicos.

1.2.1. Bien jurídico protegido según autores internacionales

En la doctrina internacional como la francesa, argentina y española, se plantearon diferentes bienes jurídicos protegidos porque resultaba problemático qué entender por “interés indebido”.

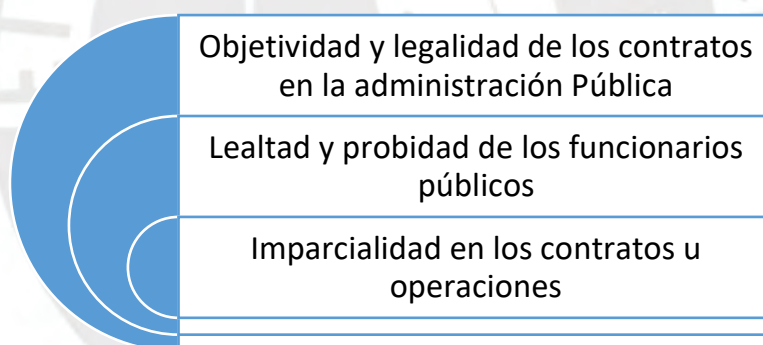
Por un lado, autores como Segonds M. plantean como bien jurídico protegido la objetividad y la probidad en la gestión de negocios públicos, entendidos como principios o valores que deben guiar las actuaciones públicas. Por otro lado, autores como Aboso, proponen como bien jurídicos, principalmente, la moralidad, imparcialidad y decoro, entendidos como principios relacionados a la Administración Pública. Por su parte, Mir Puig considera que lo que se intenta proteger es la preservación de la integridad y rectitud del funcionario, al momento de resolver en los contratos en general. Nuevamente, este planteamiento tiene que ver con reglas generales de todo funcionario o servidor estatal. (Rojas, F., 2021, pág. 292-295).

Como observamos, no hay un consenso a nivel internacional que exprese un solo bien jurídico protegido, pero eso no quiere decir que pueda considerarse a la Negociación Incompatible como uno de índole pluriofensivo (protección de varios bienes jurídicos), ya que su naturaleza es unilateral.

1.2.2. Bien jurídico protegido según autores nacionales

Tenemos bien a mencionar que un sector doctrinario mayoritario como Salinas Siccha y Abanto Vásquez ha identificado que el bien jurídico general en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos es el correcto y transparente desenvolvimiento de la Administración Pública (Díaz, 2016, pág. 161).

Ahora bien, en cuanto al bien jurídico que protege el delito de negociación incompatible, no hay el mismo consenso mayoritario, pues resulta ampliamente discutido, a nivel doctrinario y jurisprudencial, hasta la actualidad en nuestra legislación, por lo que encontraremos varias posturas asumidas al respecto. A continuación, se muestra un recuadro con los bienes jurídicos más recurrentes del delito en mención⁴:



Objetividad y legalidad de los contratos en la administración Pública
Lealtad y probidad de los funcionarios públicos
Imparcialidad en los contratos u operaciones

Fuente: Elaboración propia

1.2.2.1. Objetividad y legalidad de los contratos en la administración Pública

En la identificación específica del bien jurídico del delito de negociación incompatible, autores como Sotomayor A, señala que lo que se protege es la objetividad y legalidad

⁴ Cabe resaltar que el orden en el que se muestran no es por prelación, sino solo meramente informativo para un mejor entender.

de la contratación pública, siendo que no solo está el Derecho Penal para tutelar el dicho bien, sino que existen mecanismos extrapenales como el Derecho Administrativo que también identifica una infracción cuando un funcionario no actúa conforme a sus funciones asignadas en la institución pública (Citado en Reátegui, 2016, pág. 16).

Ahora bien, somos de la opinión que la objetividad y legalidad de los contratos, más que un bien jurídico específico de la negociación incompatible, es un principio general en los procesos de contratación pública. Pongamos un ejemplo para un mejor entender. Si un funcionario público favorece o se interesa en un contrato específico (cuyo proveedor o postor ofrece la mejor calidad y/o precios, y es el más capacitado para realizar dicha obra, servicio u operación pública), entonces no necesariamente incurre en un procedimiento ilegal. En términos objetivos, con dichas conductas antes, durante y después del procedimiento, no se habría vulnerado dicho principio de objetividad y legalidad.

Por todo ello, consideramos que el análisis debe estar más enfocado en el direccionamiento parcializado sobre un contrato y/ proyecto estatal, en el que el postor específico no cumpla con las expectativas (de ahí el elemento de “indebido”), y sobre proteja los intereses personales o de terceros por sobre los estatales.

1.2.2.2. Lealtad y probidad de los funcionarios públicos

Autores como Salinas Siccha han señalado que lo que se protege es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios y servidores públicos. Fundamentan su postura en que aquellos están llamados a respetar y cumplir con la función encomendada por razón de su cargo, en materia de contrataciones u operaciones públicas. Asimismo, esta lealtad es relacionada en relación a la imparcialidad en el actuar del funcionario público; por ende, una actitud desleal pondría en peligro y/o hasta llegaría a lesionar el patrimonio perteneciente al Estado (Rojas, V., 2021, pág. 297).

Asimismo, Guimaray E., Fontán C. también consideran que lo que se protege es la lealtad de los funcionarios públicos, en tanto deben actuar en pro de proteger los intereses de la Administración y de los administrados. En otras palabras, que las funciones se realicen en pro de la legalidad, transparencia en los contratos, conforme a la ética, etc., en relación a la gestión de intereses que con la que cuentan dichos funcionarios. (Guimaray, 2012, pág. 12)

Ahora bien, a esta postura se le puede criticar principalmente dos problemas prácticos. En primer lugar, si la lealtad y probidad está enfocada a un aspecto objetivo, podríamos decir que se refiere a un conflicto de intereses, pero si el enfoque es más subjetivo, entonces, podríamos catalogar como desleal cualquier conducta del funcionario público que no necesariamente sea contraria a ley ni configure el injusto penal del delito de negociación incompatible. En ambos casos, resulta infeliz la inclinación por defender este bien jurídico.

En segundo lugar, la relación lealtad- imparcialidad, vendría a ser considerado como la analogía género – especie. (Álvarez, F., 2020, pág.104), con lo cual se amplificaría el bien jurídico específico, estableciéndose una mayor generalidad al tipificar una conducta. Al respecto, jurisprudencialmente, en el RN. 661-2009, se indicó que “[se] busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública” (Citado en Castillo J., 2009, págs. 17-18). En esa línea, la descripción de la lealtad tiende más a ser subjetiva, en tanto se genera una expectativa adicional en cuanto al desenvolvimiento de cada funcionario o servidor público. Por ello, somos de la opinión de que, para la configuración del delito en mención, no se debe considerar este bien jurídico como objeto de protección.

1.2.2.3. Imparcialidad en los contratos u operaciones públicos

Un sector de la doctrina mayoritario, como Rojas V., Abanto M., Chanjan R., considera que el delito de negociación incompatible protege la imparcialidad del funcionario público en el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Esta imparcialidad debe ser entendida en relación a la honestidad de los funcionarios públicos en el marco de una contratación u operación pública (Díaz I., 2016, pág. 176).

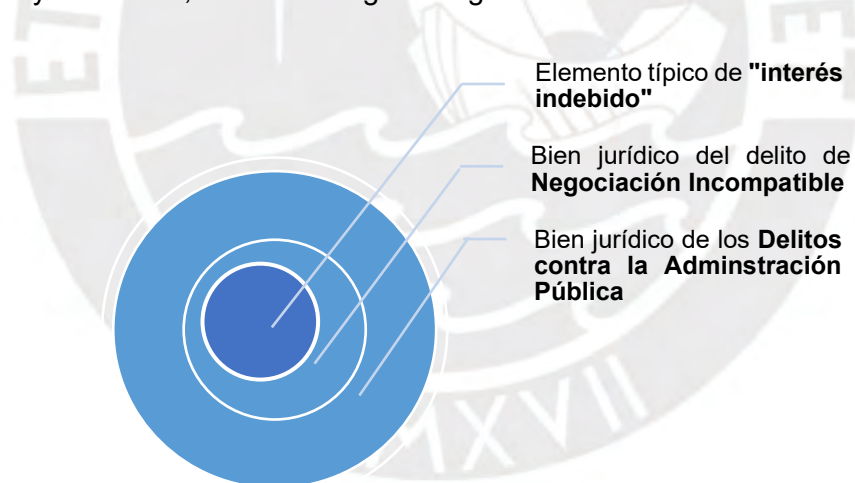
Respecto a esta postura, el autor Álvarez critica que resulta inexacta esa afirmación de que el bien jurídico es la imparcialidad, en tanto que este es un objetivo genérico que guía toda actuación funcional en el ámbito público. Por ello, al momento de tomar decisiones, se debe asumir que todo funcionario o servidor público tomará en cuenta, necesariamente, la imparcialidad para tomar cualquier decisión en donde prevalezca los intereses públicos por sobre los privados. En otras palabras, el autor fundamenta la generalidad de bien jurídico de imparcialidad, en tanto que podría aplicarse para otros delitos como el cohecho, colusión, tráfico de influencias, etc. y no necesariamente al de negociación incompatible (2020, pág. 104).

En la misma línea, Castillo A. (2008) descarta este bien jurídico protegido por similares razones que el anterior autor. Indica que no se puede exigir al funcionario que actúe de forma imparcial porque deberá tomar partido en todo momento por el resguardo exclusivo de los intereses estatales, siendo que no podría ser un tercero neutral o árbitro en el marco de un contrato u operación pública (En Schünemann B., 2008, pág.567).

Sin embargo, consideramos que la interpretación de la parcialidad “necesaria” del funcionario o servidor público no es del todo cierta si se ampara en una mera justificación de protección de intereses del Estado. Por nuestra parte, oportunamente, realizamos la siguiente aclaración.

La doctrina bien ha hecho en señalar distintos bienes jurídicos que protegería el delito de Negociación incompatible, en el intento de poder asignarle una justificación jurídica que sustente su punibilidad y logre sancionar a los autores responsables del ilícito. Sin embargo, varias de estas propuestas no deslindan entre existencia de un bien jurídico protegido general, propio de los *Delitos contra la Administración Pública*, y la existencia de un bien jurídico específico, propio de cada uno de estos delitos como el de *negociación incompatible*.

Para una mayor claridad, veamos el siguiente gráfico:



Fuente: Elaboración propia

Como podemos observar, se ha representado, a través de tres figuras circulares, la proporción de afectación que produce la conducta típica de “interés indebido” al bien jurídico tutelado. Así, el círculo pequeño de color azul representa una afectación de menor proporción, con respecto a la circunferencia que representa al bien jurídico de los Delitos de contra la Administración Pública, mientras que el mismo círculo azul representa una afectación (casi en su totalidad) al bien jurídico del delito de Negociación Incompatible, representado por el círculo celeste ubicado al medio.

En cuanto al bien jurídico protegido general, correspondiente al de los Delitos contra la Administración Pública, consideramos que será el correcto funcionamiento de la Administración Pública (Vargas, F., 2021, pág.325), en tanto que todas las actividades que se lleven a cabo deben ser acorde a los intereses generales del Estado, representado por cada uno de las entidades que lo conforma. Cabe resaltar que por “correcto” debemos entender que sus actividades de los funcionarios o servidores públicos deben estar guiados por los principios de probidad, lealtad, transparencia, etc.

Así, en lo que respecta al bien jurídico específico, consideramos que el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible será la imparcialidad de las actuaciones del funcionario o servidor público en el marco de una operación económica estatal. Dicho ello, se ha creído conveniente establecer dos fases a dicho bien jurídico, al momento de analizar si existe la conducta de “interesarse indebidamente”: i) en el proceso de selección en una contratación u operación pública y ii) en el tratamiento igualitario con los postores y proveedores.

El primer ámbito corresponde al actuar propio de cada funcionario o servidor público en relación a sus funciones generales tales como las decisiones, actuaciones, etc., todas ellas orientadas a la consecución de un correcto otorgamiento de la buena pro (Rosales, 2021, pág. 123). Esto significa que el funcionario tendrá que actuar motivado por la obligación de resguardar los intereses del Estado en todo proceso de contratación. Esto podría ser visto como una “parcialidad”, en favor del Estado como ya se ha indicado.

Sin embargo, la elección de un contrato u operación pública conlleva a analizar otras circunstancias o condiciones para justificar un accionar desinteresado como, por ejemplo, el fin social que persigue una contratación pública, siendo que, detrás de una construcción o servicios públicos hay un objetivo mayor: Brindar un beneficio para toda la ciudadanía en general.

El segundo ámbito corresponde al análisis propio del trato igualitario a los postores, proveedores en relación al principio de la libre concurrencia y competencia. Es decir, sus actuaciones en sí deben no deben estar motivadas por un interés personal, sino en resguardo de los intereses de la Administración Pública, respetando la igualdad de armas de todos aquellos postores que compiten para conseguir contratar con el Estado, siempre que la autoridad pública resulte competente en dicha operación (Castilla A., citado en García C. y Vílchez. C, 2020, pág. 108).

Por lo tanto, no es correcto afirmar que un funcionario o servidor público actúa parcializado, pues también tendría que resguardar el fin social y/o analizar otras condiciones, además de actuar vinculado a la Constitución y leyes. Asimismo, no se

puede concebir un tratamiento igualitario de los postores o proveedores sin resguardar el bien jurídico de la imparcialidad en las actuaciones funcionariales, pues el funcionario deberá evaluar netamente la calificación, experiencia, capacitación de quienes presentan sus ofertas; es decir, realizará un análisis (objetivo) que contenga la opinión de expertos y esté basado en expedientes técnicos.

1.2.2.4. Patrimonio Estatal

Hemos mencionado en los apartados anteriores, los bienes jurídicos más recurrentes a nivel doctrinario, pero no podemos dejar de mencionar que, a nivel jurisprudencial, hubo una tendencia inicial a establecer que el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado.

En cuanto a nuestra opinión, tampoco consideramos que este bien jurídico sea el protegido en el delito de Negociación Incompatible, pues hay casos en los que directamente no se afectará o disminuirá el patrimonio estatal, pero sí habrá un funcionario interesado indebidamente en un contrato u operación pública. Por otro lado, existiría una gran dificultad para probar que se cometió el hecho ilícito, en tanto los hechos periféricos deberían corresponder a esa afectación de índole económica o patrimonial. Por tal motivo, esta postura tiene que ser descartada.

En esa misma línea, en el Recurso de Nulidad N.º661-2009, se determinó que lo tutelable en el delito en cuestión son los como el de lealtad institucional y probidad funcional, mas no el patrimonio público que está en resguardo de aquel funcionario público encargado de un proceso de contratación (Fundamento noveno). Consecuentemente, resulta inidóneo la ubicación del tipo en el Código Penal peruano, debido a que el bien jurídico protegido no es de naturaleza patrimonial, en referencia a aquel que está en resguardo del funcionario o servidor público.

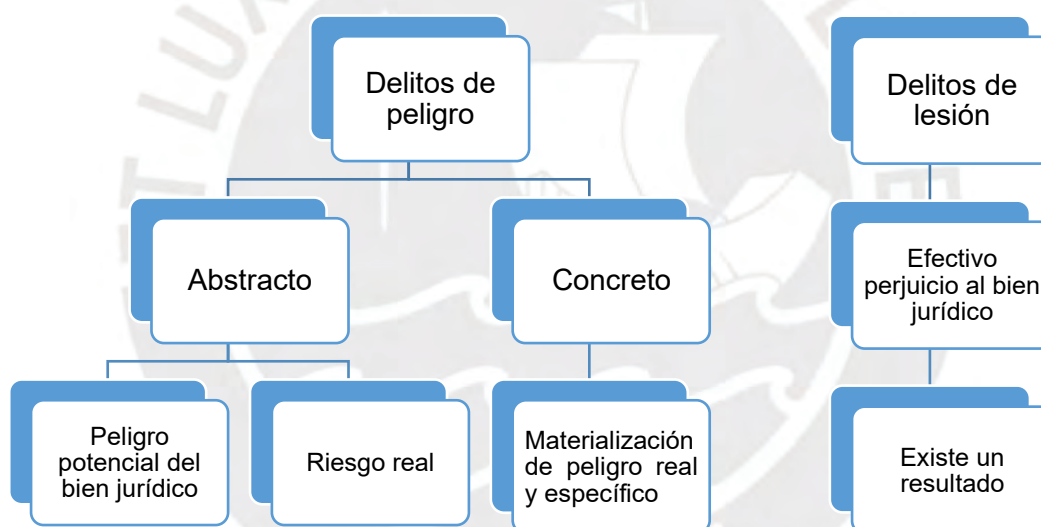
En otras palabras, la determinación del perjuicio estatal de índole económico o patrimonial no es de idónea aceptación dogmática en la actualidad, pues este tipo penal tiene una naturaleza distinta con los cinco elementos típicos que confirman la estructura típica. Eso debe quedar claro, ya que en antiguas resoluciones como la de la Casación N.º1059-2018 de Huánuco la defensa del acusado de complicidad como *extraneus*, alegó una lesión o de resultado producto de sus conductas.

Por lo tanto, debe quedar claro que la configuración del tipo no siempre va traer como consecuencia el quebrantamiento, desventaja o perjuicio económico al Estado. En el

delito de negociación incompatible, bastará que la conducta del funcionario público denote un interés particular o indebido en cualquiera de las etapas de la contratación pública para que se configure el delito (Álvarez, 2021, pág. 112).

I.3. NATURALEZA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Dogmáticamente, también es materia de debate cuál es la naturaleza del delito de Negociación incompatible, en relación al tipo de delito: delito de lesión o delito de peligro. Entonces, establecer la naturaleza podrá acercarnos más a las consecuencias en el ámbito práctico y/o probatorio que este delito presenta en la jurisprudencia nacional. Así, a nivel nacional e internacional, hay un consenso de que este delito recae en una conducta típica fundamental: el interés indebido. Dicha conducta la puede realizar de tres formas: directa, indirecta, por acto simulado. Ahora bien, ¿cómo determinamos si es un delito de lesión o de peligro? Veamos un gráfico que ejemplifica la clasificación:



Fuente: Elaboración propia

Como podemos observar, hay dos clasificaciones de la naturaleza del delito: i) Delitos de peligro y ii) Delitos de lesión. A su vez, los primeros comprenden dos subtipos: i) Abstracto y ii) Concreto. Ambos son excluyentes; es decir, si una acción es considerada como un peligro potencial del bien jurídico protegido, ya no podrá ser considerado como un delito de peligro concreto y viceversa. Su diferenciación radica en el nivel de proximidad y afectación al objeto tutelado en el delito específico. Ahora pasaremos a explicarlo con un mayor detenimiento para un mejor entender.

1.3.1. Delito de lesión

Un sector de la doctrina, como Fernández M. y Jareño A., ha sostenido que el delito de Negociación Incompatible es un delito de lesión. La razón no es porque al bien jurídico protegido al que defienden sea el perjuicio al patrimonio estatal, sino que, al considerarlo autónomo, y no un delito residual al de colusión, entonces, al momento de la actuación indebida del funcionario o servidor público a favor de un tercero, puede terminar lesionándose el objeto protegido con ese actuar. (2018, pág. 2022).

Por su parte, Castillo A. (2008) ha señalado que habrá delito, así se haya logrado debidamente una de las metas del servicio brindado u obra construida, pues lo importante es la existencia de los intereses incompatibles entre sí para la configuración del ilícito penal, sin que sea necesario que haya un conflicto real o aparente (En Schünemann B, 2008, pág.574).

En otras palabras, será un delito de lesión no porque implique un menoscabo patrimonial, sino porque es un delito autónomo; por ende, los actos del funcionario público que concreten el interés indebido habrán lesionado el bien jurídico protegido. Sin embargo, no consideramos que esta afirmación sea la correcta, pues dificultaría el tema probatorio al momento de asignar responsabilidad al autor del delito, pues se deberá demostrar que se lesionó la imparcialidad en la correcta administración pública, lo cual haya devenido en un probable perjuicio patrimonial.

1.3.2. Delito de peligro abstracto

Anteriormente, hemos señalado que el bien jurídico protegido es la imparcialidad de las actuaciones del funcionario o servidor público en el marco de una operación económica estatal. En esa línea, se ha descartado que la negociación incompatible exprese un comportamiento de lesión a un interés jurídico. (Álvarez, F., 2021, pág.14-15). Ahora bien, en cuanto a la clasificación de peligro abstracto, cabe precisar que su expansión en el derecho penal ha ido incrementando últimamente con la finalidad de resguardar bienes jurídicos colectivos, siendo más recurrente esta clasificación en los bienes jurídicos individuales o los clásicos como el derecho a la vida, a la salud, etc. (Mandujano J.L., 2003, pag.66).

Dogmáticamente, esta clasificación hace referencia a ciertas conductas que llevan consigo una peligrosidad de un bien jurídico protegido. Para el autor Cerezo Mir (2002), la razón de estos tipos de delitos, en función a la creación legislativa, es meramente el peligro (pág.47). Lo que debe quedar claro es que la peligrosidad no forma parte de los elementos del tipo previsto en el artículo 399 del Código Penal. Por ende, no se requiere que se produzca un peligro del bien jurídico tutelado en el delito para decir que el tipo se ha consumado, pues lo fundamental es la proximidad del riesgo de peligro.

En ese sentido, si consideramos que delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, solamente bastaría que un funcionario público, con título habilitante y/o facultades que lo posicionan como competente en un proceso de contratación pública, se interese indebidamente en un contrato específico por sobre los otros, no siendo necesario llegar a concretarse un beneficio propio o para un tercero como consecuencia de ese interés. Esta afirmación es correcta, pues el legislador ha pensado en sancionar una conducta ex ante a un perjuicio estatal.

Por ello, consideramos que optar por esta naturaleza del tipo penal, terminaría extendiendo y ampliando la punibilidad al momento de asignar responsabilidad penal, pues estaríamos contraviniendo en el principio de lesividad y última ratio del Derecho Penal. Al respecto, en la Sentencia Casatoria N°396-2019/Sala Penal Permanente, se ha determinado que, el concluir que es un delito de peligro abstracto, no deviene en razonable ni proporcional, pues significará adelantar la barrera de punición, pues se afectaría el bien jurídico de imparcialidad en la mera intención. Evidentemente, no

estamos de acuerdo con ello por la complejidad de probar los delitos de tendencia trascendente interna o delitos de intención⁵.

1.3.2. Delito de peligro concreto

En los párrafos anteriores, se ha justificado el motivo de por qué el delito de Negociación Incompatible no tiene naturaleza de peligro de lesión ni de peligro abstracto. Las razones principales son porque sus elementos típicos, específicamente el del “*interesarse indebidamente*”, no encuentran su razón de ser ni en la tentativa ni en la proximidad del peligro potencial al bien jurídico. Por ello, en estas líneas, explicaremos nuestra postura, respecto a la consideración del delito como uno de peligro concreto.

Según Roxin, cuando un delito es de peligro concreto, significa que el objeto que se protege con la realización del tipo (elementos y conductas) ha estado realmente en peligro, a tal punto de si no se produjo el resultado fue por una mera casualidad (Citado en Díaz I., 2016, pág. 218). Por su parte, Jakobs señala que, además de requerirse los delitos concretos que se realice la acción en circunstancias subjetivas, es necesario que se genere un peligro determinado, lo cual difiere con el mero ser de una conducta peligrosa. Por ende, esta última será sancionada como tentativa si no se tiene un resultado. (Mandujano J.L, 2023, pág. 68).

En la Casación 231-2017/Puno, la Corte Suprema sostuvo que el delito de negociación incompatible es de peligro concreto, pues no solamente se debe identificar las infracciones administrativas que haya cometido el agente público competente en un proceso de contratación u operación pública, sino que debe materializarse una afectación a la transparencia en el marco de estas operaciones (Mandujano J.L, 2023, pág. 58).

En tal sentido, somos de la opinión de que, si determinamos que un funcionario o servidor público se ha interesado indebidamente en un contrato u operación por razón de su cargo, esto tendrá que probarse en los hechos. En otras palabras, no basta con señalar que el bien jurídico de imparcialidad se quebrantó, sino que debe ello corroborarse con los hechos periféricos. De lo contrario, ampliaríamos la punibilidad aun cuando en el Derecho Administrativo, ya prevé conductas sancionables al interés indebido de un funcionario o servidor público, exigiendo un perjuicio patrimonial.

⁵ Esta clasificación de delitos está dentro de los diferentes elementos subjetivos del dolo y deben ser tratados con un análisis distinto (Reaño J., pág.5).

Pongamos un ejemplo. El funcionario “X” se interesó en un contrato u operación pública, pero no afectó el objeto tutelado en la fase de postores y/o proveedores, en relación a la libertad de competencia. Es decir, en la etapa de admisión en adelante, se respetaron las garantías de todo procedimiento y obtuvo la buena pro al más calificado para ejecutar el contrato u operación. Cabe resaltar que la primera actuación indebida del funcionario, posiblemente sea plausible de sanción administrativa, pero, refiriéndonos netamente a la responsabilidad penal, reiteramos que iría contra el principio de lesividad y última ratio.

I.4. LA CONDUCTA TÍPICA: “interesarse indebidamente”

Ahora bien, en este apartado explicaremos el significado de “*interesarse indebidamente*”, pues aún no existen en nuestra legislación nacional criterios para identificar cuándo se realiza esta conducta del tipo penal.

Según la RAE, el término “interés” significa buscar u obtener una utilidad o ganancia en actividades comerciales para uno mismo. Además, conlleva a apropiarse de los negocios como si fueran propios. Ahora bien, doctrinariamente, se ha reconocido en el Derecho que es un tipo subjetivo, pues hay una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional. Esto no quiere decir que el funcionario efectivamente sea parte del contrato o haya una intromisión real al mismo, sino que basta que se considere como si fuera parte. Así, lo que sanciona el ordenamiento es ese interés ajeno que tiene un fin social, a aquel que la ley ha encomendado y por el cual debe velar. (Castillo A. en Schünemann, B., 2008, pág. 580).

A nivel doctrinario, surgen dos posturas. La primera de ellas señala que es necesario que el funcionario público concrete con la firma del contrato ese interés indebido. La segunda postura admite la ejecución y consumación en cualquier momento de la contratación pública, en tanto se manifieste este interés.

La primera postura no resulta correcta, pues se estaría admitiendo una consumación en relación a un beneficio económico que conlleva a ese interés indebido del funcionario. Así, pese a que se deslinde dicho interés con la lesión al patrimonio, En cambio, la segunda de ellas concreta una mejor interpretación pues estamos ante un delito de peligro concreto. Adicionalmente, autores como Montoya (IDEHPUCP, 2015) sostiene que el interés puede manifestarse, a través del propio agente público; es decir, en relación a sus funciones y/o deberes encomendados, o por acciones que transgreden

sus funciones. Esta interpretación resulta válida, pues el legislador peruano no ha puntualizado una forma específica de manifestación de dicho interés indebido.

Al respecto, la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad 351-2015/Santa, ha indicado que el interesarse indebidamente supone un desdoblamiento del agente de la siguiente manera: i) actúa representando los intereses de la Administración Pública y ii) actúa representando intereses particulares, con los que obtiene un beneficio para sí mismo o para un tercero. (Salas J.L, 2016, f.j.3.2)

II.1. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Los delitos de infracción de deber son una categoría creada y desarrollada por el maestro Roxin en la obra denominada *Autoría y dominio del hecho (Täterschaft und Tatherrschaft)* de 1963. Esta clasificación supone relacionar el injusto con ciertos requisitos o condiciones que le pertenecen propiamente a un sujeto calificado como autor del delito. En efecto, el autor estableció la existencia de deberes extrapenales que no necesariamente pueden infringir todas las personas, sino solo aquellas a quienes se les ha designado, específicamente, funciones y/o deberes, y son parte del ámbito público. Esta diferenciación es importante porque esta teoría se contrapuso a la teoría con mayor acepción, en ese entonces, para diferenciar a los autores de partícipes al momento de su identificación: La Teoría del dominio del hecho (Schünemann, 2018, págs. 95-96)

De esta manera, se estableció, doctrinariamente, el concepto de los delitos de infracción de deber, siendo incorporada de forma progresiva en distintos países a nivel mundial en el ámbito del Derecho Penal, a través de su normativa interna. Esto trajo consigo la consideración de una nueva forma de intervención al momento de analizar quién es el responsable de la comisión de un hecho ilícito. En líneas generales, será autor de un delito de infracción de deber aquel sujeto que haya quebrantado deberes extrapenales, cuya característica especial es la asignación de deberes públicos.

2.1.1. Los delitos de infracción de deber en la legislación peruana

En nuestro país, la incorporación de esta teoría ha sido fundamental y de gran soporte legislativo para el Código penal peruano. Así, desde el año 2000⁶, en la Administración Pública, se han iniciado procesos penales, y/o de otra índole, contra varios trabajadores del sector público, por la presunta comisión de corrupción de funcionarios, siendo las investigaciones de gran magnitud que, hasta el día de hoy, se formulan en un proceso.

En esa línea, es posible afirmar que el Código Penal contenga un concepto o definición de autoría y participación en la parte general de su normativa. Lo que sí es cierto es que establece una diferenciación entre los tipos penales realizados por autores y/o partícipes (Bacigalupo, 2007, pág.11). Por ello, veremos tipos de delitos que mencionan “el que (...) o aquel”, haciendo referencia a que el hecho lo realiza determinado sujeto que será considerado el autor; sin embargo, el Código no es claro al momento de determinar si estamos ante alguna forma de participación del *extraneus*.

Específicamente, en el artículo 28 del Código Penal, se ha establecido que es autor aquel que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible; por su parte, el artículo 24 y 25 del Código distingue entre la figura de instigación, complicidad primaria y secundaria, pero no se distingue expresamente la participación en los delitos de infracción de deber, pues la normativa solo prevé agravantes y atenuantes con carácter individual o general (Bacigalupo, 2007, pág. 11-12).

Tomando en cuenta dicha deficiencia conceptual en nuestra legislación, en la práctica, se ha podido observar que, en la mayoría de delitos cometidos por funcionarios públicos, se involucran más de dos personas, a quienes se le procesarán y/o acusará por haber defraudado a la Administración Pública, tal es el caso de servidores públicos, funcionarios o terceros ajenos al sector público. Estos últimos términos ameritan una aclaración. Por un lado, están los funcionarios que no son servidores públicos y, por otro lado, están los terceros, quienes son servidores públicos, mas no funcionario público. que no es funcionario público, pero que sí es servidor público.

A simple vista, puede parecer evidente esa diferenciación, pero en el Derecho Penal no siempre se tiene en cuenta las divergencias entre ambos términos (funcionario y servidor público). Según Rojas F. (2021), suelen utilizarse como sinónimo o analogías que parten de premisas incorrectas. Entonces, será funcionario público aquel que tiene, en su poder, el ejercicio estatal y lo transforma para determinadas laborales dentro de las propias entidades u organismos del Estado, además de realizar funciones meramente ejecutivas. Por su parte, será un servidor público aquel que realiza acciones

⁶ No es novedad que haya iniciado con el destape del mega caso de corrupción en Brasil, sobre la empresa Odebrecht.

concretas para atender las necesidades básicas de la población. Por ende, ambos conceptos se relacionan y no hay por qué buscar un protagonismo mayor de alguno de ellos.

En tal sentido, no es meramente una relación género – especie, pues ser un empleado en el ámbito público no determina que una persona sea servidora pública. Hay funcionarios que son empleados públicos, pero no ejercen labores de un servidor o viceversa o están aquellos funcionarios que también pueden terminar realizando servicios públicos dentro de sus actividades (págs. 70-71). Ahora bien, distinto es cuando estamos en un contexto de emergencia y se necesite un servicio de necesidad pública, siendo que el Estado, por razones justificadas, no puede asumir la prestación del servicio. Solo en esos casos un tercero podrá asumir la prestación. Por citar un ejemplo, están los médicos que ejercen su profesión en sectores particulares, pero trabajan por un tiempo determinado en el Ministerio de Salud.

Cabe resaltar que, si estos profesionales, que trabajan de manera independiente, pero brindan, a la vez, servicios al Estado, infringen o quebrantan una norma prevista en el Código, podrán ser pasibles de sanciones penales. Por ello, no es correcta la afirmación de una menor responsabilidad cuando se trata de una persona ajena al ámbito público, ya que se le exige a una persona particular que sea igual de diligente al realizar los contratos o negocios estatales. (Rojas, 2021, pág. 71)

Retomando la idea principal de los párrafos precedentes, en un caso donde intervengan más de dos personas para cometer un delito, podrá imputarse autoría y participación del delito. La diferencia en la responsabilidad penal lo marcará el juez, al momento de imponer la pena a cada uno de los sujetos implicados (Salinas Siccha, 2021, pág. 13). Al respecto, el autor Salinas (2021) ha precisado que, en las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, hay un esfuerzo de trabajo mayor cuando están frente a casos de delitos funcionaries vinculados a infracciones de deber. La razón es que no hay una línea doctrinal definida en cuanto a las teorías aplicables para asignar la autoría y participación en estos tipos de delito, lo cual deviene en problemático (pág. 13).

El autor Abanto (2003) ha definido de la siguiente manera ambos conceptos. Por un lado, autor es aquel agente que ejecuta el delito y mantiene el dominio del hecho de forma funcional, intelectual, etc. Por otro lado, el partícipe es un agente que tuvo alguna incidencia o intervención en la comisión del delito, de tal forma que su aporte sume a la concreción de la afectación del bien jurídico, sin llegar a tener el dominio. En palabras simples, brinda un apoyo para el autor. (pág. 45)

Cabe resaltar que esta conceptualización de autoría y participación se da en los delitos comunes. Sin embargo, ¿qué pasa cuando interviene un tercero en la comisión de delitos cometidos por un funcionario o servidor público (*intraneus*)? ¿Debería considerársele también un autor o podría considerársele partícipe? ¿Nuestro Código Penal cuenta con una normativa al respecto? A continuación, desarrollaremos ambas interrogantes, en relación a nuestra normativa, doctrina y jurisprudencia.

II.2. COMPLICIDAD DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

En primer lugar, el Código Penal peruano de 1991 está conformado por una parte general y otra parte especial. Así, en la primera de ellas, se ha consignado, en el Capítulo IV, dos únicas disposiciones específicas sobre la participación. Por un lado, está el artículo 25, el cual hace referencia a la complicidad primaria y secundaria. Por otro lado, está el artículo 26, el cual versa sobre la no comunicación en las circunstancias de participación.

En segundo lugar, resultaba problemático aplicar la complicidad, prevista para delitos comunes, en los Delitos contra la Administración Pública, pues estos últimos, al ser delitos especiales, en su redacción tienen como destinatario únicamente al autor para que se configure el delito, tal es el caso del delito de Negociación Incompatible. Más aún, cuando tenemos el artículo 26 del Código Penal, el cual, en su primer párrafo, prevé la imposibilidad de afectar a un autor o partícipe, desde la referencia a sus circunstancias y cualidades, trayendo como consecuencia una afectación de la responsabilidad de cada uno de ellos y que debería ser propia. Finalmente, Shünemann (2018) indica que la importancia de respetar las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos autores o partícipes está en la prohibición de que aquellas modifiquen las de los otros autores o partícipes del mismo delito, pues se rigen por un principio de comunicabilidad. (pág. 107).

2.2.1. Análisis del Acuerdo Plenario 3-2016-CJ-116

A efectos de entender correctamente la problemática, se analizará el Acuerdo Plenario 3-2016-CJ-116, cuya importancia radica en el análisis doctrinario que realiza la jurisprudencia sobre la existencia de dos teorías que han surgido a raíz de la

interpretación del citado artículo: la teoría de la Ruptura del Título de la Imputación y la teoría de Unificación del Título de la Imputación. A continuación, se mostrará el siguiente recuadro con las ideas principales de cada una.

TEORÍAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS		
Teorías	Diferenciadora	Unificadora
Denominación	Ruptura del Título de la Imputación	Unificación del Título de la Imputación
Postura	No es posible sancionar penalmente al partícipe <i>extraneus</i> en los delitos de infracción de deber.	Sí es posible sancionar al partícipe <i>extraneus</i> por un delito de infracción de deber.
Argumento 1	La configuración de algunos tipos penales solo se produce cuando se infringe un deber especial que solo le corresponde al <i>intraneus</i> (Fundamento octavo).	La participación del <i>extraneus</i> no forma una categoría independiente al hecho punible en relación a la co-ejecución, sino que es dependiente del hecho principal (Fundamento décimo).
Argumento 2	El autor de estos delitos no es cualquier agente, sino aquel agente que mantenga un <u>estatus especial</u> , consiguiendo con ello una <u>relación exclusiva con el injusto que abandera el deber</u> (Fundamento octavo).	El <i>extraneus</i> no podrá ser autor del delito especial de deber; sin embargo, <u>sí puede ser partícipe si ha colaborado en su realización conforme a las reglas de accesoriadad</u> (Fundamento décimo).

Argumento 3	“Dicha disposición legal [artículo 26 del CP] consagraría la exigencia de <u>impedir que la imputación del extraneus se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducírsele hacia un delito común</u> ”. (Fundamento noveno)	“El artículo 26° y sus antecedentes históricos <u>nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; (...)</u> <u>Las circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial</u> ” (Fundamento onceavo).
--------------------	---	--

Fuente: Voto Singular del Juez Supremo Pariona Pastrana (Acuerdo Plenario , 2016)

Como podemos observar, ambas teorías tienen posturas extremas, fundamentando sus razones en tres argumentos principales, los cuales hemos ordenado en referencia al citado Acuerdo Plenario.

El primer argumento de la Teoría de la Ruptura del título de imputación hace referencia al carácter intrínseco de los delitos de infracción de deber; es decir, son delitos cometidos únicamente por funcionarios o servidores públicos, quienes son el *intraneus* del tipo penal. En contraposición, la Teoría de la Unificación del título de imputación ha precisado que la interpretación que excluye la participación del *extraneus* es incorrecta, pues dicha intervención no significa una actuación en grado de coautoría por ser independiente, sino que hay una dependencia entre el hecho principal y la contribución del agente.

El segundo argumento está relacionado a la vinculación existente entre el delito de infracción de deber con el injusto del tipo penal. En esa línea, los delitos solo tienen como destinatario a los funcionarios o servidores públicos; por ende, ellos son los únicos que podrían realizar la acción típica y antijurídica. No cabría otra interpretación distinta en los delitos con esa categoría que otorga un estatus especial al sujeto activo. En contraposición, la otra teoría critica el desmerecimiento del *extraneus* para que responda como partícipe, pues no se debe condicionar la punición de su contribución al delito, en tanto no es *intraneus*.

El tercer argumento abarca la interpretación histórica del artículo 26 del Código Penal. Por un lado, la primera teoría realiza una interpretación literal, al señalar que no es posible realizar un traslado de las circunstancias o cualidades, esto es, el título de partícipe al autor y viceversa. Por su parte, la otra teoría realiza una interpretación teleológica e indica que, históricamente, la norma no fue creada para atribuir una autoría común o especial, pues las circunstancias no conforman de ninguna manera elementos típicos de la norma penal. Solamente, son circunstancias que corresponden al sujeto o agente, en calidad de autor o partícipe, teniendo como consecuencia la asignación de una eficacia agravante o atenuante.

En conclusión, la emisión del Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116 significó un paso más para finiquitar lo que se venía ampliamente discutiendo en los últimos años: La participación en los delitos de infracción de deber. Por nuestra parte, también asumimos dicha postura, pues, frente a una lucha contra la corrupción, se requieren acciones que no favorezcan impunidades en el aparato estatal y se sancione penalmente a todos los responsables.

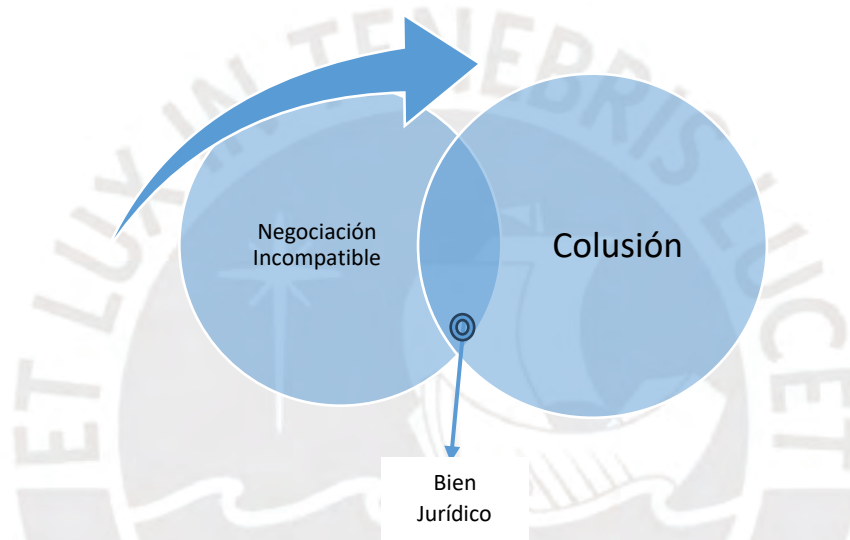
III.1. RELACIÓN ENTRE EL INJUSTO TÍPICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y EL DE COLUSIÓN

Según los reportes de la Procuraduría Anticorrupción, el delito de negociación incompatible es uno de los más recurrentes en las denuncias penales, junto con el delito de colusión, en lo que respecta a los Delitos contra la Administración Pública. Esto se explica por las constantes contrataciones estatales que se inician para construir obras públicas, contratar servicios de personal, conseguir bienes, entre otros; por ende, devienen en actividades comunes y recurrentes en todo gobierno central, regional o local (Díaz I., 2016, pág.142).

Pese a ello, aún no hay criterios jurisprudenciales definidos para imputar responsabilidad penal al autor que se interesó indebidamente en un contrato u operación pública y mucho menos al partícipe; más aún, cuando se ha señalado que es un delito residual en relación al delito de colusión, pues, cuando no se pueda probar esa concertación entre el agente público y el tercero, accesoriamente se imputará el delito de negociación incompatible. Por ello, se ha creído conveniente establecer la relación entre el injusto típico de ambos delitos, para poder encontrar diferencias sustanciales al momento de subsumir un hecho contrario al ordenamiento jurídico.

Un sector de la doctrina, como el autor Álvarez, ha señalado que, para entender correctamente la relación entre los injustos de ambos delitos, se debe empezar subrayando que la negociación incompatible es un delito de preparación, por lo que el injusto será aquella conducta que realiza el funcionario o servidor público, de forma indebida, para favorecer a un tercero o a sí mismo (2022, págs. 94-95). Es decir, se asume una postura de delito de tendencia interna transcendente.

En consecuencia, para dichos autores, la explicación se correspondería como se verá en el siguiente esquema:



Fuente: Elaboración propia

Así, observamos que ambos delitos compartirían el bien jurídico protegido. No obstante, el delito de negociación incompatible, en cuanto a la probanza de su ilicitud, requerirá menor rigurosidad, en comparación con el delito de colusión, pues este último exige una concertación entre dos personas, mientras aquel basta con un acto de preparación en el que aquel agente público denote un interés indebido en un contrato u operación pública.

III.2. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA COMPLICIDAD DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

En el capítulo anterior, se abarcó la responsabilidad penal del *extraneus* en el delito de negociación incompatible. Entonces, si aceptamos que un tercero puede colaborar en la configuración del delito, ¿cómo podríamos diferenciarlo, a nivel teórico y probatorio,

del delito de colusión? Por ello, en el siguiente sub tema, se abordará las similitudes y diferencias entre ambos delitos.

3.2.1. Relación con el *extraneus* en el delito de colusión: ¿concurso de delitos?

Uno de los problemas que salta a la vista, al momento que los jueces aplican derecho, es la diferenciación del delito de negociación incompatible con el delito de colusión, pues ambos comparten espacios comunes en su tipicidad penal. Por citar algún ejemplo, son delitos de infracción de deber; ambos contienen conductas que interfieren y desvían la protección de la administración pública por interés propio o de un tercero, además de que ser delitos que no requieren un resultado lesivo (excluyendo el segundo párrafo de la colusión) (Reátegui J., 2014, pág.515).

Sobre el delito de colusión, el autor Creus (2018) ha indicado que se necesitan dos partes. Una de ellas es la conducta del funcionario y la otra es la del interesado. Esto es lo que llama un desdoblamiento de agente. Este acuerdo colusorio se da para quebrantar el rumbo del contrato u operación que tiene por finalidad un interés público, para sobre poner los intereses propios o de terceras personas. Ahí es donde se daría la validez del desdoblamiento para poder desligar responsabilidades penales al momento de calificar los agentes involucrados (Fundamento decimoprimer). En palabras simples, el funcionario y el tercero interesado comparten sus voluntades, mediante un acuerdo, para defraudar la Administración Pública en el marco de una celebración o ejecución de un contrato.

Cabe resaltar una importante diferenciación de los “acuerdos” de las “solicitudes”. Estos últimas son meros actos individuales que no requieren participación de otra persona, pues basta que una sola lo requiera para que cumpla con la finalidad del mensaje. Por el contrario, el acuerdo colusorio, como su propio nombre lo indica, es un encuentro de pedidos que se acuerdan recíprocamente; por ello, se considera al delito de colusión como uno de índole pluripersonal y plurisubjetivo (Bendezú, 2011, pág. 10)

En ese sentido, Pariona ha mencionado que el elemento “*por razón de su cargo*” está en concordancia con aquellas atribuciones (deberes y potestades) en el ámbito de competencia de una contratación estatal, en el que esté involucrado el funcionario o servidor público por su competencia. Para el autor no habría concurso de delitos pues son tipos penales independientes (2017, pág.136).

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.º 4741-2006-Cusco, sostuvo que pareciera existir similitudes con la colusión desleal cuando un sujeto

activo interviene o interrumpe, con acciones ilícitas, cualquier contrato u operación. No obstante, la principal diferencia está en que el delito de negociación incompatible no necesita que se concierten dos o más personas o que se configure un perjuicio. En ese mismo sentido, la Corte Superior de Justicia de Lima ha resaltado la bilateralidad como diferencia sustancial del delito de colusión con el otro delito en mención (2010, f.j.50).

En esa misma línea, somos de la opinión que la negociación no es un acto preparatorio del delito de colusión, sino que es un injusto diferente por proteger un bien jurídico distinto al de la colusión. Consecuentemente, no habría un concurso ideal de delitos, puesto que podría configurarse el delito de negociación incompatible, sin necesidad de haberse producido una concertación que acredite el delito de colusión. Ahora bien, se daría un concurso real de delitos y no un simple concurso aparente, si es que el funcionario o servidor público se interesa indebidamente, y de forma simultánea o en un periodo de tiempo similar, en distintos contratos u operaciones públicas (Castillo A, 2008, pág.599)

Por otro lado, la aplicación de determinado injusto de delito estará supeditado a circunstancias fácticas o hechos periféricos que podrán ser probador por el Ministerio Público, a través del fiscal a cargo. Por tal motivo, es recurrente que, en la práctica, en las investigaciones de este tipo de delitos, el fiscal decida imputar los dos delitos al funcionario público; posteriormente, cuando se formalice una acusación, alternativamente se señala la comisión de delito de negociación incompatible, en caso no se pueda probar la existencia de una concertación entre el funcionario o servidor público que amerite responsabilidad penal por colusión (Álvarez F., 2021, pág.194)

Por lo tanto, consideramos que el delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal, es un delito autónomo, pues no se puede negar que la estructura del tipo contiene diferencias sustanciales con el de colusión, entre ellas, principalmente, que no se necesita un tercero para su configuración y, por ende, no se requiere probar una concertación. Si bien podrían tener en común el injusto al sancionarse al agente público que, de una manera u otro, hace un uso indebido de su capacidad para gestionar intereses patrimoniales, no lo convierte en un delito residual o, por último, un delito preparatorio del de colusión.

3.2.2. La aplicación de responsabilidad penal del *extraneus* en el delito de Negociación Incompatible a nivel judicial

En este apartado, revisaremos algunas resoluciones o sentencias de relevancia de nuestra jurisprudencia nacional, en la que se ha tenido que analizar cómo los jueces otorgan responsabilidad penal al *extraneus*, en calidad de cómplice, en el delito de negociación incompatible. Para tal fin, a continuación, se muestra un cuadro con cinco resoluciones judiciales.

N.º Resolución	Fundamentos de aplicación de la responsabilidad al <i>extraneus</i>
<p>Recurso de Nulidad 666-2016-Áncash</p>	<p>En este caso, la Corte Suprema de Justicia de la República sanciona al funcionario público no competente, Alcántara Tarazona, como cómplice primario del delito de negociación incompatible, pues en su calidad de funcionario de la Municipalidad Provincial de Pomabamba (teniente alcalde), permitió que la empresa G&H Contratistas Generales SRL se presentara como participante en una contratación pública, siendo él gerente general de dicha empresa hasta tres días después de que se otorgara la buena pro, pues luego transfirió sus acciones.</p> <p>Para la Corte, el teniente alcalde intervino legalmente en una operación que está prohibida (imposibilidad de la empresa G&H para contratar con el Estado). Que la transferencia de las acciones de forma inmediata al momento de la firma del contrato son datos incriminatorios que demuestran conocimiento y aporte en el interés indebido de los Miembros del Comité (Fundamento octavo).</p>
<p>Recurso de Nulidad 1166-2012-Loreto</p>	<p>En este caso, la Corte Suprema sanciona a un tercero particular como cómplice primario del delito de negociación incompatible, siendo aquel el contratista que se benefició con el otorgamiento de la buena pro al momento de participar en una licitación pública (Fundamento séptimo).</p>
<p>Recurso de Casación N.º 1985-2019-Selva Central</p>	<p>En este caso, a Corte Suprema acepta la participación del <i>extraneus</i> en el delito de infracción de deber, además de precisar que no es necesario establecer la participación de un <i>extraneus</i> en el tipo penal para admitir complicidad en este tipo de delitos. Para ello,</p>

	establece el cumplimiento de dos presupuestos: i) el <i>extraneus</i> realice un aporte significativo y ii) el aporte lo realice de forma dolosa; es decir, conociendo que el funcionario público se ha interesado indebidamente en un contrato u operación pública (Fundamento cuarto y quinto)
Recurso de Nulidad 1909-2011-Ucayali	En este caso, se analizó al tercero que puede ser sancionado penalmente, en calidad de cómplice del delito de negociación incompatible. Así, la Sala Penal Transitoria estableció que todo aquel que coopere con una contratación parcializada, cometerá conductas u actos de apoyo para la comisión del delito, pudiendo ser los intermediarios de la empresa beneficiada o del propio funcionario público. Cabe resaltar que tiene que servir al interés indebido (Fundamento cuarto).
Recurso de Nulidad 300-2014-Cusco	En este caso, la Sala Penal Permanente condenó a Jorge Isaac Acurio como cómplice primario del delito de negociación incompatible. En tal sentido, reformaron la decisión de segunda instancia, al haberlo declarado como autor del delito. Sin embargo, luego de la valoración de pruebas, concluyeron que su actuación se delimitó a cooperar y prestar ayuda a la comisión del delito en mención (Fundamento décimo).

Como podemos observar, las resoluciones judiciales que han aceptado responsabilizar al *extraneus*, en calidad de cómplice primario, en el delito de negociación incompatible, no tienen una estructura de análisis definido para imputar responsabilidad. Solo la Resolución de Casación N.º 1985-2019/ Selva Central ha hecho un intento de establecer presupuestos para ello: complicidad primaria y la existencia de dolo.

Sin embargo, dicha interpretación tampoco resulta del todo correcta, pues si se acepta que debe ser una complicidad primaria (aporte necesario para la comisión del hecho), indirectamente se afecta la naturaleza unilateral del delito. De todas formas, esta resolución constituye un gran avance para formar una línea jurisprudencial definida en torno a la complicidad del *extraneus*.

Por nuestra parte, consideramos que también puede aceptarse la complicidad secundaria, ya que el tercero no siempre va a ser un funcionario no competente, sino

que puede ser un tercero ajeno a la contratación pública y su aporte será menos significativo, pero constituye un acto ilícito para la configuración del delito.

Asimismo, se puede observar que jurisprudencialmente, se ha aceptado que el *extraneus* puede ser un funcionario público no competente o un tercero ajeno al contrato. Sin embargo, tampoco hay un consenso en este punto.

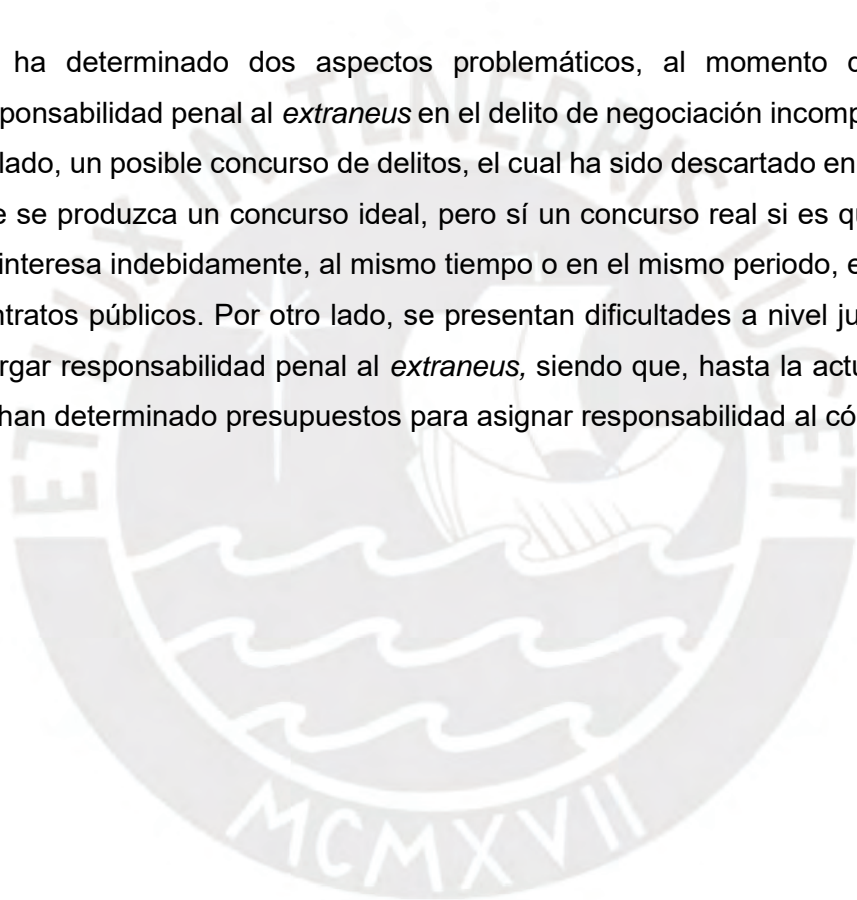
Por todo lo expuesto, se concluye que aún hay un camino largo por recorrer con la complicidad en el delito de negociación incompatible, pues su normativa penal aún tiene defectos en la aplicación a nivel jurisprudencial. Por ello, es fundamental la labor investigativa y doctrinaria para sentar bases en un mejor tratamiento del delito. Solo así podremos lograr con la finalidad del Derecho Penal, al criminalizar este tipo de conductas ilícitas, en el marco de corrupción de funcionarios.

IV. CONCLUSIONES

1. La doctrina ha postulado y debatido cuál es el bien jurídico protegido del delito de Negociación incompatible, llegando a mencionar desde la lealtad, probidad, transparencia en la Administración Pública hasta la imparcialidad en las funciones públicas. Se ha llegado a la conclusión de que hay que diferenciar el bien jurídico general del bien jurídico específico. Así, lo que se protege en los Delitos contra la Administración Pública es el correcto funcionamiento de la administración estatal y en el delito de Negociación incompatible se protege la imparcialidad en las funciones estatales.
2. La naturaleza del delito de negociación incompatible es de índole unilateral y de peligro concreto. Se ha descartado que se uno delito de peligro abstracto, porque no basta con una peligrosidad en la conducta indebida, sino que deberá materializarse en actos concretos dicha transgresión a la transparencia en las actuaciones funcionariales del agente público. Por ello, el delito en mención debe ser considerado de peligro concreto, teniéndose que corroborar dicha afectación con los indicios y hechos periféricos producto de las acciones del funcionario o servidor público.
3. La conducta típica del delito de Negociación Incompatible es el interés indebido. Por ende, se deberá comprobar, a través de actos objetivos, dicha materialización. En palabras simples, el funcionario comete esta conducta cuando se aprovecha de su cargo y actúa parcializadamente en el marco de un

contrato u operación pública, frente al interés general del Estado. El interés indebido debe estar direccionado a la búsqueda y/o obtención de un beneficio propio o de un tercero.

4. Respecto a la complicidad del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, hemos concluido que sí es posible establecer responsabilidad penal, sin que se realice la ruptura del título de imputación. Esto significa que el *extraneus* deberá contribuir y conocer que hay un funcionario que se ha interesado indebidamente, siendo este último aquel que realice la conducta típica solicitada por el tipo penal.
5. Se ha determinado dos aspectos problemáticos, al momento de asignar responsabilidad penal al *extraneus* en el delito de negociación incompatible. Por un lado, un posible concurso de delitos, el cual ha sido descartado en la práctica que se produzca un concurso ideal, pero sí un concurso real si es que el autor se interesa indebidamente, al mismo tiempo o en el mismo periodo, en distintos contratos públicos. Por otro lado, se presentan dificultades a nivel judicial para otorgar responsabilidad penal al *extraneus*, siendo que, hasta la actualidad, no se han determinado presupuestos para asignar responsabilidad al cómplice.



V. BIBLIOGRAFÍA

Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.

Aboso, G.E. (2018). *Código Penal de la República Argentina, Comentado, concordado con jurisprudencia*, BdeF, Buenos Aires.

Álvarez, F. (2022). La prueba del delito de negociación incompatible. Una propuesta racional sobre la valoración de los elementos de prueba desde la perspectiva de la imputación penal. *Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú*.

Álvarez, F. (2022)- La prueba del delito de negociación incompatible. Una propuesta racional sobre la valoración de los elementos de prueba desde la perspectiva de la imputación penal.
<https://www.dropbox.com/s/4r2czov5ci0wvmq/La%20prueba%20en%20el%20delito%20de%20negociacion%20incompatible.%20Final.pdf?dl=0>

Arismendis, E. (2014). La problemática de la participación del extraño en el delito de parricidio. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.

Bacigalupo, S. (2007). *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*. Marcial Pons. Madrid – España.

Bendezú, R. (2011). Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial. *IUS*, 1-32.

Buompadre, J. (2001). Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires: Mave. Caro, J. (2010). Normativismo e imputación jurídico-penal. Lima: Ara Editores.

Caro, J. (2016). Autoría y participación: los grados de intervención delictiva. En Calcina Huancoco, A. (coord.). Dogmática penal aplicada y cuestiones actuales del Derecho Penal económico y de la empresa. Lima: Grijley.

CASTILLO ALVA, J., "Colusión ilegal", en: GARCÍA CAVERO, P. Y J., CASTILLO ALVA, El delito de colusión, Grijley, Lima, 2008. "Negociación incompatible", en: REYNA ALFARO, L. (coord.), Delitos contra la Administración pública, Jurista, Lima, 2009.

Castillo, J. L. (2015). *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Cerezo Mir, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo. Revista de Derecho Penal y Criminología, Nro.10, Ciudad de México D.F.

Chanjan, R. (19 de julio de 2019). IDEHPUCP. Obtenido de 10 Claves para reconocer el delito de negociación incompatible: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-negociacion-incompatible/#:~:text=La%20negociaci%C3%B3n%20incompatible%20tiene%20un%20car%C3%A1cter%20unilateral.&text=La%20conducta%20t%C3%ADpica%20en%20la,p%C3%ABlico>

Corte Suprema, R.N.N.°2028-2013, Lima: 13 de marzo del 2014.

Delgado, A. (2008). Delitos cometidos por funcionarios públicos. Tirant lo blanch, Valencia.

Díaz, I. (2016). El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. *Tesis para optar el título de doctor en Derecho Penal*. Salamanca, España. Obtenido de https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/131865/DDPG_DiazCastilloI_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf;jsessionid=4FA8EA3787C62CCABFDD015E6554F9BC?sequence=1

Ezaine, A. (1997). El proceso ejecutivo del delito. Autoría y participación. Ediciones Jurídicas Lambayecanas.

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

García, C. y Castillo, A. (2008). El delito de Colusión. Editora Jurídica Grijley Lima E.I.R.L.

Fernández M., (2018). Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas. Tirant lo blanch, Valencia.

Fontán, C. (2002). Derecho Penal. Parte Especial. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Forero, R. (2017). Aspectos penales de la contratación estatal. Grupo Editorial Ibáñez. Editorial Universidad del Rosario. 21 ed.

Garrido, M. (1984). Etapas de ejecución del delito de autoría y participación. Editorial Jurídica de Chile.

Guimaray, E. (2012). Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible. Dato anticorrupción.

<https://www.yumpu.com/es/document/read/26749457/proyecto-anticorrupcion-n-39-julio-de-2014>

Jareño, A. (2015). El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. Arazandi, Navarra.

Mandujano, J. L. (2023). Negociación incompatible: ¿delito de peligro abstracto y concreto? Revista LP Derecho. Nro.5.

<https://cdn-revista.lpderecho.pe/uploads/2023/09/22/Negociacion-incompatible-delito-de-peligro-abstracto-y-concreto.pdf>

Montoya, I. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Idehpucp. Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>

Pariona, R. (2017). El delito de colusión. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Perú, C. d. (8 de Abril de 1991). Código Penal. *Decreto Legislativo N° 635*.

Peña Cabrera, A. (2014). Derecho penal. Parte Especial. 2° ed. Tomo IV. Lima: Idemsa.

Primera Sala Penal Liquidadora, Expediente N.º30-2010, Lima: 7 de noviembre del 2011, f.j.n.º50

Reátegui, J. (2014). *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima-Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

Reátegui, J. (2016). *El delito de negociación incompatible y de Patrocinio Ilegal*. Perú: Lex & Iuris.

Reaño, J. (S/f.). Los delitos de corrupción de funcionarios: Una visión crítica a partir del “Caso Montesinos”. *Ius et veritas*, Nro. 23.

<file:///C:/Users/User/Downloads/16029-Texto%20del%20art%C3%ADculo-63676-1-10-20161212.pdf>

Recurso de Casación (06 de julio de 2015). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N.º782-2015/ Del Santa

Recurso de Casación (28 de junio de 2016). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N.º 841-2015/Ayacucho.

Recurso de Casación (27 de abril de 2021). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N.º 1895-2019/Selva Central

Recurso de Nulidad 351-2015, Santa. Ponente: Jorge Luis Salas Arenas, f.j.3.2.

Recurso de Nulidad (29 de mayo de 2017). Primera Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N.º666-2016, Áncash.

Recurso de Nulidad (06 de noviembre de 2012). Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N.º1166-2012-Loreto.

Recurso de Nulidad (05 de octubre de 2012). Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N.º1909-2011-Ucayali.

Recurso de Nulidad (21 de mayo de 2014). Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N.º300-2014-Cusco.

Rojas, F. (2021). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica.

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

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. T.1*, Civitas, Masdrid.

Salinas, Ramiro (2016). Delitos contra la administración Pública. Lima: Grijley. pág. 644.
29

Salinas Siccha, R. (2017). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. Actualidad Penal, vol.40, p.85

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_04.pdf

Salinas Siccha, R. (2021). *Delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Palestra.

Sanchez, V. & Gómez, J. (2002). Delitos de infracción de deber y participación delictiva. Madrid: Marcial Pons. Sancinetti. (1986). Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXIX, fascículo III, septiembre-diciembre.

Schünemann, B. (2008). Cuestiones actuales del sistema penal: Crisis y desafíos. *Ara Editores, 1ª ed.* Lima.

Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP*, 93-112.

Villegas, E., Cerna, C. (2022). Delitos de corrupción de funcionarios. Su imputación y prueba en el proceso penal. Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú.