

# El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado



Víctor ENRÍQUEZ SUMERINDE\*

*El autor explica que el delito de negociación incompatible es un tipo penal especial propio, que se configura cuando el agente público infringe su deber de lealtad y probidad al interesarse, en provecho personal o de un tercero, por cualquier contrato u operación en los que interviene por razón de su cargo, pudiendo actuar en cualquiera de las fases del proceso de contratación pública (planificación y actos preparatorios, selección y ejecución contractual).*

Tema relevante

## MARCO NORMATIVO

- Código Penal: arts. 399 y 425.
- Ley N° 30225: arts. 22-27 y 32.
- Código Civil: art. 1351.

## I. Introducción

En el presente artículo se efectuará un análisis crítico del delito de negociación incompatible. Se realizará un estudio detallado a nivel de tipicidad objetiva y subjetiva, tocándose a fondo cada uno de sus elementos conformantes, para seguidamente fundamentar nuestra postura respecto a ellos.

Es nuestra preocupación la correcta interpretación y aplicación de este tipo penal en la praxis, donde se han visto casos en los que no se ha podido condenar, pese a la evidencia encontrada, por causales de atipicidad, y

ello debido a un mal enfoque de la acusación, producto a su vez de una errónea interpretación de la norma por parte del Ministerio Público, quien en ocasiones suele confundir el delito de negociación incompatible con los de colusión ilegal o cohecho, cuando constituyen delitos totalmente distintos.

Si bien es cierto el delito de negociación incompatible y el de colusión ilegal comparten un mismo escenario de proceder conductivo, esto es, la contratación administrativa, en el delito de colusión se exige la acreditación del fraude o de la concertación del funcionario público con los particulares, lo que no sucede en el delito de negociación incompatible. Por otro lado, en el delito de cohecho se exige la existencia de un beneficio patrimonial para el agente público, lo cual es irrelevante para el delito en análisis.

En otras ocasiones, se han absuelto a los acusados por considerar que su conducta no

\* Juez Titular del Segundo Juzgado Unipersonal Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos. Estudios concluidos de Maestría en Derecho Penal y Doctorado en Derecho, ambos en la Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa.

encaja dentro de los límites que se establece para la autoría y la complicidad, cuando en realidad se ha incurrido en un error producto de una deficiente interpretación de lo que significa actuar en razón del cargo.

En tal sentido, de acuerdo a la finalidad del artículo, comenzaremos describiendo la evolución del tipo penal, para luego analizar sus elementos, empezando por el verbo rector con sus respectivas modalidades y el objeto material del delito (contratos u operaciones), resaltando la importancia de conocer el proceso de contratación pública para una adecuada imputación del tipo penal. Seguidamente, se tratará sobre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, para concluir con la fundamentación de la existencia o inexistencia de la figura de tentativa en el presente delito.

## II. El tipo penal y sus modificaciones

El tipo penal de negociación incompatible en nuestro Código Penal de 1991 ha sufrido varios cambios a lo largo de los años. Como es de saberse, un código no puede ser estático, sino que debe estar en constante cambio, pues como contenedor de las normas que regulan una sociedad que va evolucionando con el tiempo y la tecnología, es de esperarse que tenga que cambiar para adecuarse a las nuevas circunstancias y problemas en la sociedad.

Es así que en su primera redacción, el tipo penal figuraba en el artículo 397 del Código Penal, con el título de "aprovechamiento indebido de cargo", y se describía de la siguiente manera:

"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o

indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años".

Luego, el Código Penal fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004, la cual trasladó el tipo penal del delito de negociación incompatible al artículo 399, asignándole el título de "negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo" con el siguiente texto:

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

El aporte que se puede apreciar en esta nueva redacción es la mención al beneficiario, que no es necesario que sea el mismo funcionario o servidor público, sino que también puede ser un tercero. Además, se observa un incremento cuantitativo en la penalidad de este delito, agregándose a la vez la pena de inhabilitación. Se concluye, entonces, que la Ley N° 28355 no efectuó reformas de fondo con relación a la estructura de redacción típica anterior, limitándose únicamente a agregar la frase "en provecho propio o de terceros" y modificando el régimen de penas, con el consiguiente aumento de la privación de libertad y la expresa anotación de la pena de inhabilitación<sup>1</sup>.

Finalmente, este tipo penal, manteniéndose en el artículo 399 del Código Penal y con

<sup>1</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 817.

el mismo título, es nuevamente modificado por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

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

En este último texto, vigente actualmente, no se han hecho modificaciones más que en lo referente a la pena de días-multa.

### III. Tipicidad objetiva

#### 1. El verbo rector: interesar

El delito de negociación incompatible se dará solamente cuando la actuación del funcionario público se desdobra al representar tanto al Estado como a sus intereses privados, es decir, cuando se interesa indebidamente en el contrato u operación a su cargo.

Por lo tanto, el verbo rector del tipo penal es el término “interesar” que significa atañer; concernir, incumbir; comprometer o importar algo y, por ello, el agente destina su voluntad a conseguirlo u obtenerlo<sup>2</sup>. Ahora bien, el referido interés no debe ser un interés simple, sino más bien un interés indebido,

ilegal, no permitido, lo cual deberá ser verificado y calificado por el juez penal en cada caso concreto, según criterios legalistas.

Al analizar la conducta del funcionario o servidor público para este tipo delictivo, tenemos que este agente, de manera particular, se interesa indebidamente en un contrato u operación a su cargo, que realiza el Estado con terceros, con la finalidad de obtener algún tipo de beneficio en su favor o a favor de terceros.

Ahora bien, el proceso de contratación pública debe pasar por diversas fases, por lo tanto, es necesario precisar que en el delito de negociación incompatible el “interés”, como tal, puede tomar lugar en la fase preparatoria del contrato público, en el decurso del proceso de selección, en su fase de ejecución y en su fase de liquidación, pues en cualquiera de dichas etapas puede aparecer un interés del funcionario público, idóneo para generar un provecho para sí o para un tercero<sup>3</sup>.

Por lo tanto, se concluye que el verbo rector “interesarse” puede tomar lugar en cualquier etapa del proceso de contratación desde que se preparan las bases, el presupuesto, el cronograma de adjudicación, hasta que sean cumplidas total o parcialmente las cláusulas del contrato u operación. No es pues correcta la posición tomada por algunos autores, en el sentido de que este delito solo puede darse en la fase de celebración de contrato (parte final de la contratación pública). La conducta se puede dar en las tratativas y a través de otros actos, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la Administración Pública. En tal sentido, resulta criticable la siguiente ejecutoria suprema:

<sup>2</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2014, p. 566.

<sup>3</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo V, Grijley, Lima, 2010, p. 650.

**Comentario relevante  
del autor**

El interés particular del funcionario puede manifestarse de diversas formas, es decir, el beneficio o provecho que persigue no necesariamente debe ser patrimonial, también podría ser, v. gr., conseguirle trabajo a un tercero, ser incluido en un proyecto político, formar parte de una sociedad comercial, etc.

“Si bien el encausado, médico, especialista del hospital, era propietario del Centro Quirúrgico Oftalmológico y en calidad de servidor público se interesó por la celebración de los convenios suscritos por el hospital nacional y su centro oftalmológico, también lo es que en la celebración de ambos convenios el procesado no intervino por razón de su cargo, tal como lo exige el tipo penal, debido a que la decisión de aceptar la propuesta presentada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido”<sup>4</sup>.

Se considera errónea la ejecutoria que abuelve una conducta que bien podría encajar dentro del tipo penal, pues no es necesario que la decisión de aceptar la propuesta dependa del agente, basta que este haya mostrado un interés indebido en alguna etapa del proceso de contratación pública (previa, selección o ejecución).

El concepto de interés no se reduce al aspecto económico-patrimonial (aunque esta es la postura mayoritaria en la doctrina argentina)<sup>5</sup>; el interés particular o personal que pueda tener el funcionario o servidor público puede manifestarse de diversas formas, es decir, el beneficio o provecho que persigue no necesariamente tiene que ser patrimonial, este podría también ser, por ejemplo, la consecución de un puesto laboral para un tercero, o ser incluido en un proyecto político, o entrar a formar parte de una sociedad comercial, etc.

El hecho de interesarse es un acto propio, donde el protagonista es el funcionario público como sujeto activo, sin que sea necesaria la participación de otra persona, sea funcionario público o particular, para la realización del delito, pues cuando el funcionario o servidor público se interesa (dolosamente) en un contrato público u otro tipo de operación, se trata de una acción netamente unilateral de su parte; la tipicidad de la conducta no requiere que la otra parte contractual acepte o reciba la contraprestación estipulada; en otras palabras, no hay un convenio bilateral en la negociación incompatible, como sí sucede en el delito de colusión<sup>6</sup>.

## 2. Interesarse de manera directa

El interés indebido se muestra de forma directa cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc., del contrato público u operación en que interviene por razón de

4 Ejecutoria Suprema del 25 de octubre de 2002, R.N. Nº 4832- 2001 -Arequipa.

5 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Jurista Editores, Lima, 2014, p. 503.

6 *Ibidem*, p. 508.

su cargo<sup>7</sup>, ya sea en provecho propio o de un tercero. El funcionario o servidor público en este caso manifiesta su interés proponiendo, induciendo o tomando la decisión de aceptar, es decir, mostrando claramente su interés en obtener ciertos resultados ilícitos.

### 3. Interesarse de manera indirecta

El interés indebido se muestra de forma indirecta cuando el sujeto activo no manifiesta personalmente su predisposición por una de las propuestas presentadas, pero induce a otras personas a la realización de actos administrativos enfocados al favorecimiento de sus intereses particulares (sea en provecho propio o de terceros), esto es, cuando el sujeto se interesa en el contrato u operación a través de otras personas, utilizándolas para el logro de sus fines (el caso típico es el uso de testaferros), pudiendo ser estas sujetos particulares u otros funcionarios o servidores públicos<sup>8</sup>. No es necesario que los terceros reciban una determinada utilidad o ventaja. Dichos intermediarios, en especial los particulares, poseen la condición de cómplices y no de autores por más importancia y peso que tenga su aporte<sup>9</sup>.

### 4. Interesarse mediante actos simulados

Esta modalidad de expresión del interés indebido nos muestra que no siempre el interés se manifiesta con actos concretos y unívocos, pues en algunos casos el *intrañeus* pretende encubrir su verdadero propósito, revistiendo el acto con ciertas apariencias o cubriendo

su ilícita intención con el velo de un acto "simulado"<sup>10</sup>; es así que el sujeto activo actúa en la celebración de contratos u operaciones, aparentando que defiende los intereses de la Administración Pública cuando en realidad favorece intereses particulares o personales<sup>11</sup>.

Se puede decir que esta modalidad, a través de acto simulado<sup>12</sup>, es también un tipo de intervención indirecta del agente activo, pues aquí se quiere dar a entender que el interesado es otro cuando en realidad es el funcionario o servidor público. En la praxis se han dado casos en que se celebran contratos con empresas inexistentes o que simulan tener una titularidad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público.

### 5. Beneficio propio o de un tercero

El agente activo del delito opera con el objetivo de obtener un beneficio o provecho como resultado de la operación o el contrato celebrado con la Administración Pública. Sin embargo, el beneficiado final puede ser el funcionario o servidor público que infringió su deber especial, como sería lógico que suceda, pero también puede ser un tercero, sin que sea necesario que este haya colaborado con los actos delictivos.

Cuando el tipo penal se refiere a terceros, no debe entenderse como que estos puedan ser cualquier persona distinta del sujeto activo, sino que necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo

7 SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 569.

8 ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 823.

9 SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 569.

10 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Ob. cit., p. 654.

11 SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 570.

12 Un acto jurídico simulado se constituye cuando las partes de común acuerdo, con el fin de engañar a terceros, realizan un acto jurídico aparente (que no expresa la verdadera voluntad interna de los sujetos), el cual puede ser total o parcialmente ficticio, siendo eficaz para los terceros, pero ineficaz para los simuladores, y que puede ser anulado al demostrarse que causa perjuicio a terceros.

particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él<sup>13</sup>.

#### 6. Objeto material: los contratos u operaciones

El tipo menciona como objetos materiales del delito de negociación incompatible, a los contratos u operaciones. Si el agente público se interesa por cualquier otro acto administrativo no vinculado con los contratos u operaciones a su cargo, la conducta sería atípica.

Ahora bien, los términos “contratos” u “operaciones” citados por el Código Penal, no significan lo mismo, aun cuando ambos constituyen actos lícitos con fines no solo económicos, sino también culturales, de servicios o de obras públicas, entre otros. Pues mientras los “contratos” son actos bilaterales, al ser necesaria la participación de dos partes, las “operaciones” son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos (v. gr. incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc.)<sup>14</sup>.

El profesor Rojas Vargas considera como operaciones, además, a las licitaciones y convocatorias diversas, lo cual no se sujeta a nuestra posición, toda vez que aquellas son partes conformantes del proceso de contratación pública; además, existen contratos de adhesión<sup>15</sup>, en los cuales la voluntad del particular está plasmada en la aceptación o no del contrato contenido y redactado por una de las partes (el Estado), conforme a las bases de una contratación pública.

Durante la ejecución de estos actos se puede poner en peligro el bien jurídico correcta Administración Pública, es por eso que ambos términos son citados por el legislador en el tipo penal, aun cuando las “operaciones” son citadas subsidiariamente, por su carácter genérico, con el fin de ampliar el número de supuestos de hecho que encierra el tipo, es decir, el número de situaciones en las que un interés indebido del agente público puede perjudicar patrimonial o extrapatrimonialmente al Estado.

Los contratos, en sentido general, según el artículo 1351 del Código Civil, vienen a ser todo acuerdo entre dos o más partes destinado a crear regular, modificar o extinguir una relación jurídico-patrimonial. Así, los contratos públicos son un tipo de contrato, en el que una de las partes intervinientes es el Estado, representado por sus funcionarios públicos; y la otra, es un particular cualquiera, persona jurídica o natural, que cumple con los requisitos exigidos a todos los participantes del proceso de selección.

La característica principal de los contratos con el Estado (públicos) es que para su realización debe pasarse por todo un proceso conformado por tres fases, comenzando por la fase de planificación y de actos preparatorios, seguida por la fase de selección, para finalizar con la fase de ejecución contractual.

Así, el contrato público es el producto final de un proceso de selección (según el primer párrafo del artículo 32 de la Ley N° 30225,

13 SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 571.

14 ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 824.

15 El Código Civil en su artículo 1390 establece lo que debe entenderse por un contrato por adhesión: “El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

**Comentario relevante  
del autor**

La característica principal de los contratos con el Estado (públicos) es que para su realización debe pasarse por todo un proceso conformado por tres fases, comenzando por la fase de planificación y de actos preparatorios, seguida por la fase de selección, para finalizar con la fase de ejecución contractual.

Ley de Contrataciones del Estado)<sup>16</sup>, el cual deberá celebrarse por escrito y se ajustará a la proforma incluida en las bases con las modificaciones aprobadas por la entidad durante el proceso de selección; además, deberán incorporarse las cláusulas referidas en el segundo párrafo del artículo 32 de la Ley de Contrataciones del Estado<sup>17</sup>, salvo los casos, señalados por el Reglamento, en que el contrato pueda formalizarse con una orden de compra o de servicio.

El proceso de contratación se realiza de manera ordenada y controlada en cada una de sus etapas, la entidad pública debe llevar un expediente de contratación donde se registren todas las actuaciones dentro del

proceso, incluyendo las ofertas no ganadoras. Así, cada una de las etapas está regulada, exigiéndose ciertos requisitos para convocar a un procedimiento de selección, en el cual las características del objeto a contratar, el contenido de la convocatoria, los plazos que se establezcan y hasta los requisitos exigidos a los participantes del proceso deben guardar conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como reflejados en el Plan Anual de Contrataciones<sup>18</sup>.

En cuanto a los procedimientos de selección, encontramos siete métodos de contratación determinados y un procedimiento de selección de alcance general, que debe ser determinado en el Reglamento, conforme a lo regulado por el Capítulo III de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual contiene las características, los requisitos, los procedimientos, la metodologías, los plazos, las excepciones, las modalidades y los sistemas aplicables a cada proceso de selección, pues estos varían según las circunstancias, los montos y el tipo de objeto que se persigue por medio del contrato.

**a) Licitación pública**

La licitación pública es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el cual un ente público, en el ejercicio de la función administrativa, invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas entre las

16. La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, fue publicada el 11 de julio de 2014 y entró en vigencia a los 30 días calendario siguientes a la publicación de su Reglamento, el que fuera aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015, publicado el 10 de diciembre de 2015, en consecuencia, esta nueva ley y su reglamento deben aplicarse a partir del 9 de enero de 2016.
17. Los contratos regulados por Ley de Contrataciones del Estado incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: garantías, solución de controversias y resolución de contrato por incumplimiento.
18. Según el artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado, cada entidad elaborará su plan anual de contrataciones, el cual deberá prever todas las contrataciones de bienes, servicios y obras que se requerirán durante el año fiscal, con independencia del régimen que las regule o su fuente de financiamiento, así como de los montos estimados (comprendidos en el presupuesto institucional) y los tipos de proceso de selección previstos. El plan anual de contrataciones será aprobado por el titular de la entidad y deberá ser publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace). El Reglamento determinará los requisitos, contenido y procedimientos para la formulación y modificación del plan anual de contrataciones.

cuales seleccionará y aceptará la más conveniente<sup>19</sup>, todo ello realizado a través de una serie de actos sucesivos: autorización, publicación del pliego de condiciones y convocatoria, presentación de propuestas, garantías, apertura de propuestas, otorgamiento de la buena pro, adjudicación y aprobación<sup>20</sup>.

Según el artículo 22 de la Ley de Contrataciones del Estado, la licitación pública es el proceso de selección en el que se convoca a terceros para la contratación de bienes y obras, dentro de los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público de cada año.

#### **b) Concurso público**

El proceso de selección por concurso público está regulado en el artículo 58 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se utiliza este medio para contratar servicios en general, consultorías en general y consultoría de obras; todo ello dentro de los márgenes de la Ley de Presupuesto del Sector Público de cada año.

#### **c) Adjudicación simplificada**

La adjudicación simplificada está regulada en el artículo 23 de la Ley de Contrataciones del Estado; es el procedimiento de selección en el que se convoca para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes establecidos por las normas de la Ley de Presupuesto del Sector Público de cada año.

#### **d) Selección de consultores individuales**

La selección de consultores individuales está ubicada en el artículo 24 de la Ley de

Contrataciones del Estado, este procedimiento de selección se utiliza para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional. La experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales, conforme a lo que establece el Reglamento, siempre que su valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes establecidos por las normas de la Ley de Presupuesto del Sector Público de cada año.

#### **e) Comparación de precios**

La comparación de precios está regulada en el artículo 25 de la Ley de Contrataciones del Estado; este procedimiento de selección se utiliza para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado, conforme a lo que establece el Reglamento. El valor estimado de las referidas contrataciones debe ser inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por las normas de la Ley de Presupuesto del Sector Público para la licitación pública y concurso público.

#### **f) Subasta inversa electrónica**

La subasta inversa electrónica está regulada en el artículo 26 de la Ley de Contrataciones del Estado; este proceso de selección se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el listado de bienes y servicios comunes.

19 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Ob. cit., p. 313.

20 ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 418.

**g) Contrataciones directas**

En forma excepcional, la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 27, faculta a realizar la contratación directa a un determinado proveedor en los siguientes supuestos: cuando se contrate con otra entidad; ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos; ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada; cuando las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y organismos conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia requieran efectuar contrataciones con carácter de secreto, secreto militar, o por razones de orden interno, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República; cuando los bienes y servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor; para servicios personalísimos prestados por personas naturales; para los servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación; para los servicios de consultoría distintos a las consultorías de obra; para los bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico; para el arrendamiento de bienes inmuebles y la adquisición de bienes muebles existentes; para los servicios especializados de asesoría legal para la defensa de funcionarios, servidores o miembros de las Fuerzas Armadas; cuando exista necesidad urgente de continuar con la ejecución de prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo; y para la contratación de servicios educativos de capacitación que cuenten con un procedimiento admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas.

**7. Bien jurídico protegido**

El bien jurídico es aquello que, de acuerdo al principio de lesividad, se pone en peligro o

es lesionado mediante la conducta del sujeto activo. Se considera de suma importancia verificar la afectación del bien jurídico al momento de analizar un delito, pues ello sirve para orientar y delimitar el contenido del tipo penal. Así, se analiza el bien jurídico desde una perspectiva general y desde una perspectiva especial.

El objeto genérico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible es garantizar el normal funcionamiento de la Administración Pública; mientras que el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la Administración Pública del interés privado de sus agentes, que anteponen sus intereses personales a los de aquella<sup>21</sup>, en otras palabras, el bien jurídico especial es el deber de lealtad y probidad del funcionario o servidor público durante el ejercicio de las funciones que desempeña en razón del cargo, ello con el fin de mantener incólume la imagen de la Administración ante la ciudadanía. Es pues inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento de sus funciones en razón del cargo, es decir, que sus intereses no solo estén enfocados al bienestar del Estado, sino que sobrepasen este límite y busquen además un beneficio para sí mismos o para un tercero.

Algunos autores sostienen que lo que se protege como bien jurídico en el delito de negociación incompatible es la imparcialidad del funcionario público; sin embargo, ello es criticable, pues la posición del funcionario público al momento de contratar o realizar una operación a su cargo no es la de un árbitro o un tercero neutral, sino la de una de las partes contratantes dispuesta a defender

21 ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 818.

un interés, que es el interés de la Administración Pública. Por tanto, está permitido que el funcionario o servidor público tome una posición parcial al momento del contratar, siempre y cuando lo que esté defendiendo sean los intereses del Estado, y no sus intereses personales o de terceros.

Finalmente, es necesario precisar que el bien jurídico de este tipo penal es de naturaleza inmaterial. El objeto a proteger en el delito de negociación incompatible no está fijado en el interés económico-patrimonial afectado en las arcas del Estado peruano (de eso se ocuparán los delitos de peculado o de colusión), sino en un interés inmaterial concretizado en el proceso de negociación que realice el funcionario o servidor público en los contratos o en las operaciones que intervenga por razón del cargo<sup>22</sup>. Por tanto, no es relevante para este delito que se compruebe una afectación o un perjuicio real del patrimonio de la Administración Pública.

#### 8. Sujeto activo

Por estarse analizando un delito especial propio, se deduce que el agente debe cumplir con ciertos requisitos para mantener su calidad de sujeto activo. El agente autor del delito debe ser un funcionario o servidor público poseedor del deber especial de actuar con lealtad y probidad durante el ejercicio de las funciones que desempeña, de acuerdo a la teoría de infracción de deber. Según el artículo 425 de nuestro Código Penal, es funcionario o servidor público: a) todo aquel que está comprendido en la carrera administrativa, b) Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, c) Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se

encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que, en virtud de ello, ejerza funciones en las entidades u organismos (pueden ser los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de contratar o realizar cualquier otra operación en representación o en favor del Estado<sup>23</sup>), d) Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, e) Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y f) Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Algunos autores sostienen que el sujeto activo, además de ser agente público, debe tener capacidad de decisión y manejo de las operaciones dentro de las negociaciones a nombre del Estado. Sin embargo, es de mucha importancia hacer una diferencia entre lo que es el poder de decisión, que alude a un poder fáctico, y lo que es obrar "en razón del cargo", que se refiere a las competencias y atribuciones que tiene el funcionario o servidor público dentro de la estructura normativa.

La norma exige no un poder real o una influencia fáctica, sino más bien que el funcionario o servidor obre en razón del cargo o según el marco de sus competencias; ello implica basarnos en criterios normativos y no ontológicos o fácticos. Por lo tanto, el sujeto activo puede intervenir en razón del cargo, por ejemplo, ejerciendo una función consultiva, de colaboración, de asesoría, de control, pero también realizando cualquier otra que, pese a no implicar poder de decisión, signifique desempeñar algún cargo durante cualquiera de las etapas del proceso de contratación pública.

22 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 498.

23 SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 576.

Se sostiene, entonces, que para delitos de infracción de deber, como es el delito de negociación incompatible, autor será solo quien posea e infrinja el deber especial, de modo que todos aquellos que intervengan en el evento delictivo sin poseer este deber especial serán solo cómplices<sup>24</sup>. Así, de emplear el autor terceras personas que ejecutan el acto de interesarse (modalidad de comisión indirecta del delito), estas serán sus cómplices de comportarse dolosamente, dada la imposibilidad que compartan roles de coautoría con el sujeto especial, pese a lo decisivo que pueda representar su aporte material<sup>25</sup>.

Por lo tanto, todos aquellos que participen, presentando una colaboración al autor, en el curso del *iter criminis*, sean particulares o funcionarios públicos (sin competencia legal), responden a título de participación delictiva (complicidad); máxime, cuando en la redacción normativa se dice que el interés indebido puede darse no solo de forma directa, sino también indirecta<sup>26</sup>.

Ahora bien, la autoría puede ser simple o colegiada, es decir, "puede haber dos funcionarios o servidores públicos, que compartan tareas funcionales en una operación de la Administración con los particulares, los cuales se interesan directamente, a través de una serie de actos encaminados a favorecer a un privado, debiendo responder a título de coautoría"<sup>27</sup>.

#### 9. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito de negociación incompatible viene a ser quien resulta perjudicado por los actos u omisiones del sujeto activo, por tanto, las diversas reparticiones públicas o estrictamente estatales pueden constituirse en sujetos pasivos específicos directamente afectados en grado de peligro por el comportamiento ilícito del funcionario o servidor público, siendo a quienes beneficiará la reparación civil<sup>28</sup>.

#### IV. Tipicidad subjetiva

La configuración subjetiva de la conducta ilícita exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de celebrar contratos o realizar operaciones en representación y favor del Estado<sup>29</sup>. Se deduce, entonces, que el delito de negociación incompatible es una infracción dolosa, admitiéndose el dolo directo y el dolo eventual, pero no la comisión imprudente o culposa<sup>30</sup>, de acuerdo al artículo 12 del Código Penal<sup>31</sup>.

#### V. Consumación y tentativa

La consumación del delito de negociación incompatible se da al verificarse el interés indebido del funcionario o servidor público en los contratos u operaciones a su cargo, es decir, cuando se evidencia que su conducta

24 PARJONA ARANA, Raúl. "La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencia". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 19, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2011, p. 81.

25 ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 819.

26 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Ob. cit., p. 650.

27 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo V, Idemsa, Lima, 2010, p. 570.

28 ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 820.

29 SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 577.

30 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 511.

31 "Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley".

**Comentario relevante  
del autor**

Para la consumación del delito no se requiere que el contrato o la operación en los que se interesa el agente se lleguen a concretar, es decir, se celebren o realicen. Tampoco será necesario que se haya causado algún tipo de perjuicio al Estado (sea patrimonial o no).

está destinada a la búsqueda de obtener un beneficio patrimonial o extrapatrimonial con los resultados de aquellos, ya sea en provecho propio o de tercero.

Para la consumación del delito no se requiere que el contrato o la operación en los cuales se interesa el agente se lleguen a concretar, es decir, se celebren o realicen<sup>32</sup>, pues basta el mero hecho de haberse evidenciado un interés indebido de por medio. Tampoco será necesario para la consumación que se haya causado algún tipo de perjuicio al Estado (sea patrimonial o no) con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y de peligro, donde se castiga el interés tendencioso e ilícito del funcionario o servidor<sup>33</sup>.

En cuanto a la tentativa en este tipo penal, se entiende que, como no se exige para verificarse el delito que el sujeto activo o un tercero efectivamente se hayan beneficiado con

la operación contractual, ya que basta con probar el interés del funcionario o servidor público, las formas imperfectas de ejecución delictiva, como la tentativa, serán casi imposibles<sup>34</sup>. Así, aunque el sujeto activo no haya podido obtener ningún beneficio final, el delito ya se habría consumado y su conducta será reprimida por la norma.

**VI. Conclusiones**

El delito de negociación incompatible tiene lugar cuando un funcionario o servidor público muestra un interés indebido en cualquiera de las etapas del proceso de contratación pública, sin que sea necesaria que la decisión final de aceptar la propuesta dependa del agente, pues el "obrar en razón del cargo" hace referencia a competencias y atribuciones del agente público y no a un poder real o una influencia fáctica.

El agente público actúa faltando a su deber especial de lealtad y probidad durante el ejercicio de su cargo, desde el momento en que dirige sus acciones a obtener un beneficio patrimonial o extrapatrimonial para sí o para un tercero vinculado con él. Con ello se determina que el bien jurídico de este tipo penal es de naturaleza inmaterial. Es el deber especial de lealtad y probidad lo que se afecta y no la imparcialidad, pues es lógico que el agente público asuma una posición al momento de contratar con los particulares, siempre y cuando sea la de defender los intereses del Estado y no sus intereses personales.

En cuanto a la consumación del delito, no se exige la concreción del contrato ni la evidencia de un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo que es el Estado, incluso este podría

32 SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 578.

33 ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 820.

34 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 514.

salir beneficiado con las acciones del agente activo. Lo único relevante para el delito es probar la existencia de un interés indebido por parte del agente público, deduciéndose de lo antes referido que configurar una tentativa delictiva resulta imposible.



#### Referencias bibliográficas

- PARIONA ARANA, Raúl. "La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencia". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 19, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2011.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo V, Idemsa, Lima, 2010.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Jurista Editores, Lima, 2014, p. 503.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición, Grijley, Lima, 2007.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2014.