

REVISTA CIENTÍFICA
YACHAQ

Configuración del delito de Negociación Incompatible en las Sentencias de la Corte Suprema del Perú en los años 2015-2022

Configuration of the crime of Incompatible Negotiation in the Sentences of the Supreme Court of Peru in the years 2015-2022

Mg. Godofredo André García León



Recibido: 02/11/2023

Aceptado: 09/01/2024

DOI: <https://doi.org/10.46363/yachaq.v7i1.8>

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objeto analizar los criterios que esbozó la Corte Suprema del Perú en los años 2015 a 2022 para determinar cuándo se configura el delito de Negociación Incompatible en específico, su elemento normativo interés indebido. Para resolver este problema, se consultó las bases teóricas de especialistas del derecho nacional y comparado, además a través de un enfoque cuantitativo, se trabajó con una muestra de 20 sentencias que representaron el total de ejecutorias y casaciones emitidas sobre la materia en específico, las mismas que fueron analizadas al tamiz de la técnica de análisis documental y ficha de contenido, información que fue examinada con la

aplicación de los métodos inductivo, sintético y de análisis, concluyéndose, que los principales criterios que se advirtió de los dictados de las Salas Penales de la Corte Suprema para definir cuando existe interés indebido típico del delito de negociación incompatible son principalmente: las irregularidades administrativas graves en el proceso de contratación, los vínculos externos que tuvo el funcionario competente que decantaron su interés en el contrato u operación, el principio de confianza como límite de actuación de funcionarios en las contrataciones públicas, y que el actuar del funcionario haya conducido a una puesta en riesgo del patrimonio a la administración Estatal.

Palabras clave: Interés, negociación, función pública, indebido, sentencia.

¹ Docente de Tesis I y Derecho Penal IV en la Universidad Católica de Trujillo, código orcid: <https://orcid.org/0009-0005-1072-3020>, correo Institucional: a.garcia@uct.edu.pe

ABSTRACT

The purpose of this research was to analyze the criteria outlined by the Supreme Court of Peru in the years 2015 to 2022 to determine when the crime of Incompatible Negotiation is configured, specifically, its normative element undue interest. To solve this problem, the theoretical bases of specialists of national and comparative law were consulted, also through a quantitative approach, we worked with a sample of 20 judgments that represented the total of executions and cassations issued on the specific matter, the same that were analyzed to the sieve of the technique of documentary analysis and content tab, information that was examined with the application of the

inductive, synthetic and analysis methods, concluding that the main criteria that were noticed from the rulings of the Criminal Chambers of the Supreme Court to define when there is undue interest typical of the crime of incompatible negotiation are mainly: the serious administrative irregularities in the contracting process, the external links that the competent official had that led to his interest in the contract or operation, the principle of trust as a limit to the actions of officials in public contracting, and that the actions of the official have led to a risk to the assets of the State administration.

Keywords: Interest, bargaining, public function, improper, judgment

INTRODUCCIÓN

El tipo de negociación incompatible es uno de los delitos con mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial en los últimos años, se encuentra previsto en el artículo 399° del Código Penal y sanciona con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis al funcionario o servidor estatal que se interesa indebidamente de forma directa, indirecta o por acto simulado en provecho propio o de tercero en una contratación u operación estatal en la que interviene funcionalmente.

El problema surge en la interpretación que se le asigna a la expresión “indebidamente se interesa,” sobre ello, los juristas argentinos fueron los que más se han esforzado en concretar esta terminología, se tiene así que Donna (2000) lo entendía como el desdoblamiento del funcionario en aras de un interés particular, por su parte Creus (1999), como la pretensión de parte no administrativa en la configuración determinada de un negocio, o en Sancinetti (1986), como la injerencia que al ser orientada al beneficio condiciona la actuación del funcionario a un interés particular.

Fontan (1969) entendía este interés como el de aquel funcionario que al mismo

tiempo participa en razón de su cargo y a la vez se encuentra interesado en el contrato, o como lo dice Aboso (2013), actuar interesado en miras de obtener un beneficio, pues lo que se busca aquí es que el funcionario actúe de forma transparente, irreprochable y fuera de toda sospecha de intereses o sus intereses particulares (Villada, 1999), pese a estas formulaciones, estas posturas no dan cuenta del contenido material de esta figura.

Esta situación no es distinta en nuestro país, pues desde los estudios de (Portocarrero, 1997), el punto de vista de Abanto (2003), como la conducta de hacer tomar parte en la contratación pública a un interés propio y particular, pero actuando en ésta como funcionario y particular interesado, o la posición de Rojas (2007) como la injerencia funcional excediéndose de sus atribuciones administrativas dirigidas a actos no funcionales, la postura de Castillo (2015) según la cual, aquí se castigan los casos en que el agente presenta un exclusivo interés particular, en contra de un exclusivo interés público, la tesis de Reátegui (2016) como la conducta que contraviene los parámetros de legalidad y el

ordenamiento jurídico y la Peña (2016), como el apartamiento de preceptos de imparcialidad y objetividad torciendo el interés general; se siguió intentando pero no se llegó a una concreción material de este elemento típico.

Recientemente encontramos los trabajos de Rosales (2021) quien indicó que en esta figura no se castiga el mero acto de incompatibilidad sino el desvío interesado de la voluntad de la contrato, Arismendiz (2018) precisó que aquí el comportamiento injerente es contrario a la normatividad en la persecución de intereses propios o de terceros, Vílchez (2021) la interpretó como la preocupación ajena a las funciones encomendadas del agente público, Hugo y Huarcaya (2018) como la búsqueda que en el contrato se configure un interés particular, Salinas (2011) y (2023) como el situar un interés particular que regularmente no se dispone, García (2022) como la actuación interesada que con esto busca mejorar su situación, Vargas (2022) como la antepuesta de los intereses particulares a los públicos, o el aporte de Álvarez (2021) quien circunscribió este actuar al prevalimiento o abuso de cargo, siguiendo la línea de autores españoles como Mir (2016), Delgado (2009) y Olaizola (2009)

Hasta aquí, los esfuerzos de especialistas e importantes juristas por delimitar el contenido del interés indebido para este delito, no tuvo eco en la solución de caso en los Tribunales de justicia, siendo que los propios órganos de justicia a partir del litigio ventilado en sus sedes exponga criterios para identificar cuando se configuraría este delito.

Se tiene así que para la Casación 841-2015, Ayacucho el interés indebido importó la existencia de un interés particular del agente estatal que se manifiesta a través de la vulneración de normas administrativas en las contrataciones públicas, sin embargo, solo en el caso de contrataciones por situaciones de emergencia la existencia de defectos administrativos subsanables por sí solo no constituirían la expresión de un interés indebido típico, excepcionalmente en estos casos este interés debería buscarse en elementos adicionales o externos a los defectos o irregularidades administrativas en el contrato u operación pública.

Sin embargo, la Corte Suprema en otros pronunciamientos, por procesos distintos a los de emergencia como lo fue en la Casación 67-2017, Lima y la Casación 231-2017, Puno, volvió con el mismo argumento, de que los meros

incumplimientos u omisiones administrativos en las contrataciones públicas, por si solos no constituyen este delito, agregando a su vez otro criterio para definir el interés indebido típico en este delito, que fue la puesta en riesgo del patrimonio estatal.

En otro pronunciamiento recaído en la Casación 23-2016, Ica, la Corte Suprema esbozó un nuevo criterio, que fue la delimitación del ámbito de las competencias del funcionario de dirección de la entidad que debe confiar en las labores y opiniones técnicas de los órganos bajo su dirección para determinar si el uso de estos documentos para las razones propias de su función constituye delito de negociación incompatible.

A su turno la Casación 1833-2019, Lima, manifestó todo lo contrario, pues consideró que un funcionario que es la máxima autoridad de un ente estatal, tiene una posición de garante que le permite controlar la labor de los órganos de línea bajo su dirección por lo que le compete advertir el incumplimiento funcional de éstos y por tanto su actuar con este conocimiento hace que su comportamiento sea también irregular.

Curiosamente otro pronunciamiento, como lo fue la Casación 67-2017, Lima, señaló otra situación, indicó que si bien

los órganos técnicos o especializados pueden emitir informes con ciertas omisiones o incumplimientos administrativos, la negligencia o meras omisiones administrativas no tendrían la relevancia penal para constituir delito, siendo que en el caso concreto estos órganos no tomaban finalmente la decisión, sino más bien a quien le correspondía esta labor, era al responsable de la entidad y sería quien definía con su decisión, aprobar los adicionales de obra cuya aprobación se ponía en tela de juicio.

Por otro lado, otras sentencias centraron su análisis en que se puede verificar una conducta de propiamente interés indebido, cuando se manifiesta una ilegalidad o irregularidad grave en el actuar administrativo, funcional, este es el caso de la Casación 1566-2019, Moquegua, donde se consideró que los funcionarios actuaron al margen de la ley, pues simulaban estudios de mercado y el Tribunal Supremo consideró que en estos hechos, se configuró el delito de negociación incompatible.

En este sentido se encontró a la Casación 307-2019, Ancash donde la decisión del funcionario titular del pliego de nombrar como asesor externo al hermano del asesor interno de la misma entidad, el

conocimiento por el titular del pliego de esta incompatibilidad, daría cuenta que la ilegalidad del nombramiento es una genuina manifestación concreta de interés indebido propio del delito de negociación incompatible.

De este parecer fue la Casación 49-2019, Ayacucho en la que el hecho de que los funcionarios no le asignaron el puntaje que les correspondía objetivamente a unos profesionales, y con ello incumpliendo las bases del procedimiento de selección este evento fue comprendido como una falta de imparcialidad del funcionario que importó la materialidad del interés indebido típico de negociación incompatible.

Así también tenemos que en la Casación 1059-2018, Huánuco, donde las conductas que expresaron el interés indebido del funcionario tendrían lugar si este no se desempeña de modo diligente o imparcial y antepone los intereses de terceros o los suyos al Estado, que habrían ocurrido en este caso, con los funcionarios que promovieron la nulidad del procedimiento para impedir la participación de otros postores.

En este sentido también se pronuncia el Recurso de Nulidad 666-2016, Ancash, donde se dio cuenta de que los

funcionarios infringieron su función de miembros del Comité, pues al tratarse de requisitos esenciales previos y obligatorios a la selección del postor, no los observaron, dado que el teniente alcalde de la entidad fue socio de la empresa ganadora, la misma que no contaba con Registro Nacional de Proveedores y la declaración jurada de impedimento de la empresa para contratar con el Estado era de fecha posterior a la Buena Pro.

En esta línea se tuvo a la Casación 18-2017, Junín donde si bien de forma temeraria la Sala Penal Suprema habla de la manifestación objetiva de un interés delictivo a partir de una conducta negligente o imparcial que importa una intervención irregular en el contrato u operación estatal, en los hechos se verifica que la decisión de contratar con un familiar de un trabajador con vínculos de amistad de los funcionarios contratantes y sin siquiera tener informes u opiniones técnicas de las áreas especializadas correspondiente condujo a la comprensión de la existencia de un interés indebido típico de este ilícito penal.

Tenemos otra decisión como la contenida en la Casación 243-2020, Lambayeque,

donde la Corte Suprema indicó que el error en la calificación de un postor *per se* no implica interés indebido, en razón de que el solo error entendido como delito afectaría flagrantemente el principio de proscripción de responsabilidad objetiva en derecho penal, en esta sentencia de forma tácita se reconoce que el criterio postulado es la de indicios o aspectos adicionales como vínculos externos del agente estatal y terceros para dar por sentado la material típica del interés indebido.

En sentido similar se pronunció la Casación 1946-2019, Junín que si bien anuló la sentencia de primera y segunda instancia que entendieron que la inexistencia de daño patrimonial y de vinculación entre los funcionarios con los profesionales contratados en modalidades fraccionadas y el pago de sus labores con observaciones, no era suficiente para acreditar negociación incompatible, la Sala Suprema se pronunció y señaló que los vínculos externos entre funcionarios y privados si bien no forman parte de la estructura típica de este delito, pero son necesarios para acreditar este interés indebido pero de forma subsidiaria.

En este sentido aunque no se mencione la necesidad de vínculos externos o

adicionales a los defectos u omisiones administrativas para dotar de entendimiento de interés ilícito en este tipo de negociación incompatible tenemos a la Casación 346-2019, Moquegua, en la que las presuntas irregularidades de aparente contenido delictivo no lo fueron según el Tribunal Supremo, porque existía base legal técnica y especializada de contrataciones del Estado que daba cuenta que la reducción del plazo contractual y la realización de adicionales en un contrato a suma alzada no estaba prohibida por la ley de la materia.

La Casación 180-2020, La Libertad, también partió de la necesidad de analizar la manifestación concreta del interesarse indebidamente, pero a partir de la delimitación de ámbitos de competencia que muy bien podrían significar en algunos casos de funcionarios sin cargos jefaturales y de corte meramente administrativo subalterno conductas neutrales y otros casos en las decisiones en organizaciones complejas o jerarquizadas la posibilidad de invocar el principio de confianza.

En la Casación 1765-2019, los jueces supremos hicieron sopesar la necesidad de interés desmedido para ser entendido

como indebido, así como también en la posibilidad de perjuicio patrimonial al Estado, en tanto y en cuanto en los hechos una pericia contable arrojó que el monto del servicio era igual al monto pagado e incluso se avanzó en términos mayores a los pactados, siendo que las especificaciones técnicas eran imprecisas por lo que la firma en algunos documentos y no en otros de parte de los funcionarios no podría entenderse como configurador del delito de Negociación Incompatible.

En sentido se encontró también al Recurso de Nulidad 351-2015, Santa, donde los magistrados supremos entendieron que a partir de la naturaleza patrimonial del interés en el delito de negociación incompatible en esta misma tónica implicaría requerir para la comisión de este injusto una probable afectación al patrimonio estatal.

El desarrollo de este trabajo se justificó desde el vértice teórico a partir de la aportación de nuevo conocimiento para enriquecer la discusión acerca de lo que se ha entendido por interés indebido y los rasgos característicos y normativos del delito de negociación incompatible, además esta investigación ordenó y clasificó las posturas de la doctrina y

jurisprudencia para una mejor comprensión del fenómeno.

Ahora bien, desde el aspecto práctico este trabajo buscó ser útil no solo para los operadores de justicia sino también para la comunidad jurídica y científica en general para dotarles de una síntesis de los criterios más importantes para definir e identificar cuando estamos ante la figura típica de negociación incompatible en el Perú.

Desde el rubro metodológico esta investigación constituyó un primer paso para próximas investigaciones que puedan identificar, detectar u organizar criterios de la Corte Suprema en este delito, en otras de categorías típicas como en la complicidad, actos consumativos, y modalidades típicas de interés.

Cuatro fueron los objetivos de esta investigación, el principal fue la de analizar cuáles fueron los criterios que se pudieron advertir en las sentencias de la Corte Suprema que se pronunciaron sobre la configuración del delito de negociación incompatible en el Perú, en los años 2015 a 2022, teniendo como objetivos específicos el describir si en estas sentencias se consideró elementos adicionales a las irregularidades administrativas para inferir la existencia

de interés indebido, también otro objetivo particular fue el de identificar si en estas sentencias se consideró como elemento identificador de interés indebido del delito de negociación incompatible la puesta en peligro de un bien protegido y finalmente otro objetivo fue el de precisar si en las sentencias recabadas se tuvo como parámetro de la manifestación de un interés indebido típico de este delito, la delimitación de competencias entre funcionarios técnicos y de dirección.

La hipótesis planteada en esta investigación suscribió que

METODOLOGÍA

En su diseño el presente trabajo fue de tipo básico por su finalidad de aportar nuevo conocimiento que vino a ser la identificación de criterios insertos en las casaciones y ejecutorias supremas en lo penal para determinar cuándo se configura el delito de negociación incompatible y el contenido típico del término interés indebido en esta figura delictiva.

La investigación fue de corte descriptiva en cuanto a su profundidad toda vez que permitió recopilar información que en este caso fueron las sentencias casatorias y ejecutorias penales supremas de la que se pudo inferir datos y hallazgos para ser

principalmente son cuatro los criterios que determinaron que un interés indebido es típico de la figura penal de negociación incompatible, la puesta en peligro con el interés, del patrimonio del Estado, elementos adicionales y externos que den cuenta de la conducta interesada del funcionario, la ilegalidad o irregularidad grave e injustificada como expresión de interés ilícito del agente estatal y la delimitación de competencias en los órganos intervinientes por razón de su cargo en la contratación y el principio de confianza.

analizados y discutidos respecto a que criterios ha venido postulando la Corte Suprema para entender que nos encontramos ante un delito de negociación incompatible en el Perú.

El enfoque fue cuantitativo, en razón de que se va a recopilar información contenida en documentos como sentencias, las mismas que nos permitieron cuantificar porcentajes y criterios para colegir patrones de decisiones jurisdiccionales en cuanto a la configuración típica de la negociación incompatible.

El material que compuso este artículo tuvo una población total de 20 sentencias

emitidas por las salas supremas tanto de la salas permanentes y transitorias en lo penal de la Corte Suprema que se pronunciaron sobre cuando se configura el delito de negociación incompatible en su interpretación típica de su elemento normativo interés indebido, desde el año 2015 hasta el año 2022, por lo que la muestra la constituyen estas 20 sentencias.

La técnica de recojo de información fue la de análisis documental, y el instrumento la ficha de contenido, siendo que los documentos para este estudio estuvieron representados por sentencias en lo penal de la Corte Suprema. Ahora bien, en la ficha de contenido se consignó los datos más importantes de estas jurisprudencias, información que fue analizada en la discusión de los hallazgos de este trabajo.

RESULTADOS

Cuadro 1

Criterios configuradores del delito de negociación incompatible en las sentencias de la Corte Suprema del Perú, años 2015-2022

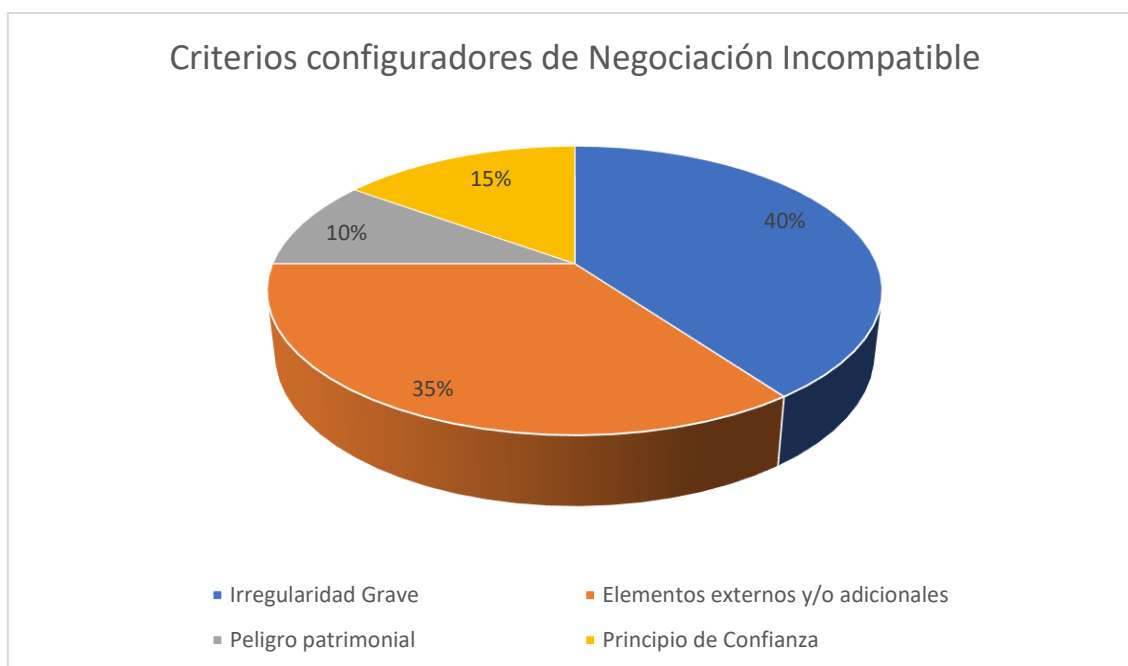


Tabla 1

Elementos adicionales y externos como manifestación de interés indebido en Sentencias de la Corte Suprema del Perú, años 2015-2022.

Nomenclatura	Emisión	Procedencia	Ponente
Cas.841-2015, Ayacucho	04/05/2016	Sala Permanente	Pariona Pastrana
Cas.628-2015, Lima	05/05/2016	Sala Transitoria	San Martín Castro
Cas.67-2017, Lima	11/07/2017	2°Sala Transitoria	Ventura Cueva
Cas.346-2019, Moquegua	06/11/2019	Sala Permanente	Chávez Mella
Cas.1946-2019, Junín	24/06/2021	Sala Permanente	Coágula Chávez
Cas.1765-2019, Lima	29/03/2022	Sala Permanente	Sequeiros Vargas
Cas. 243-2020, Lambayeque	26/04/2022	Sala Permanente	Carbajal Chávez

Tabla 2

Irregularidad grave como concreción de interés indebido típico de Negociación Incompatible en Sentencias de la Corte Suprema del Perú, años 2015-2022.

Nomenclatura	Emisión	Procedencia	Ponente
RN N°666-2016, Ancash	29/05/2017	1°Sala Transitoria	San Martín Castro
Cas.18-2017, Junín	24/07/2019	Sala Transitoria	Prado Saldarriaga
Cas.49-2019, Ayacucho	02/02/2022	Sala Permanente	Sequeiros Vargas
Cas.396-2019, Ayacucho	09/11/2020	Sala Permanente	San Martín Castro
Cas.1895-2019, Selva Central	27/04/2021	Sala Permanente	Coágula Chávez
Cas.1059-2018, Huánuco	23/06/2021	Sala Transitoria	Castañeda Otsu
Cas.307-2019, Ancash	07/02/2022	Sala Permanente	San Martín Castro

Tabla 3

Peligro patrimonial del Estado como expresión de interés indebido en Sentencias de la Corte Suprema del Perú, años 2015-2022.

Nomenclatura	Emisión	Procedencia	Ponente
RN N°351-2015, Santa	11/01/2016	Sala Transitoria	Salas Arenas
Cas.231-2017, Puno	14/09/2017	Sala Transitoria	Cevallos Vargas

Tabla 4

Delimitación de competencias y principio de confianza como identificador de interés indebido típico en Sentencias de la Corte Suprema del Perú, años 2015-2022.

Nomenclatura	Emisión	Procedencia	Ponente
Cas.23-2016, Ica	16/05/2016	Sala Permanente	Pariona Pastrana
Cas.180-2020, Libertad	La 07/12/2020	Sala Permanente	San Martín Castro
Cas.1833-2019, Lima	16/08/2021	Sala Permanente	San Martín Castro

DISCUSIÓN

Para responder al objeto de estudio principal que fue analizar cuáles fueron los criterios que es posible encontrar en la resolución de casos por negociación incompatible en las salas penales de la Corte Suprema se tuvo como población y muestra el número total de sentencias emitidas tanto por sus salas transitorias y salas permanentes desde el año 2015 hasta el año 2022, en ella se encontró la emisión de 18 casaciones y 2 ejecutorias supremas haciendo un total de 20 decisiones supremas consultadas.

Se pudo apreciar cuatro ideas que se pudo sintetizar a modo de criterio: la irregularidad administrativa grave, el principio de confianza, elementos adicionales y/o externos y el peligro al patrimonio del Estado.

El criterio mayoritario es el de la irregularidad grave, representado por 40% de decisiones de la Corte Suprema,

en un total de 8 pronunciamientos, que son los recaídos en RN N°666-2016, Ancash, Cas.18-2017, Junín, Cas.49-2019, Ayacucho, Cas.396-2019, Ayacucho, Cas.1895-2019, Selva Central, Cas.1059-2018, Huánuco y Cas.307-2019, Ancash.

Por otro lado, el segundo criterio con mayor aceptabilidad fue el de los vínculos externos o elementos adicionales a las omisiones o defectos administrativos que se puedan presentar en la contratación para ser entendida la conducta como típica de negociación incompatible, propuesta que estuvo representada en 7 casaciones, siendo las siguientes: Cas.841-2015, Ayacucho, Cas.628-2015, Lima, Cas.67-2017, Lima, Cas.346-2019, Moquegua, Cas.1946-2019, Junín, Cas.1765-2019, Lima y Cas. 243-2020, Lambayeque, que representan un 35% de las resoluciones estudiadas.

A su turno, un porcentaje menor fue registrado en la Cas.23-2016, Ica, Cas.180-2020, La Libertad y la Cas.1833-2019, Lima, en donde el interés indebido en el delito de negociación es analizado ya no tanto desde la versión de un actuar personal sino en relación a la actuación de otros agentes técnicos, o de dirección o línea, donde le fue preciso delimitar un ámbito de competencias a efectos de determinar si en cada caso se aplicaría el principio de confianza o no, estas decisiones constituyeron el 15% del material recabado.

Finalmente el porcentaje menor, de 10%, fue representado por el RN N°351-2015, Santa y la Cas.231-2017, Puno, en dichos documentos la Corte Suprema refirió que las irregularidades u omisiones de carácter administrativos no son suficientes para la asignación de un interés espurio en la contrataciones estatales sino que también esta actuación del funcionario o agente estatal interesado debe colocar en riesgo al patrimonio pública para que ostente la idoneidad típica del ilícito penal de negociación incompatible.

Ahora bien, hallazgo presentado en la tabla 1, tiene que ver con la precisión de las sentencias que adoptaron la posición

de la necesidad de vínculos externos o elementos adicionales a las omisiones de carácter administrativo en la contratación u operación pública para concretizar la manifestación de un interés indebido.

Es así que en la Cas.841-2015, Ayacucho, el mismo que se tradujo en una contratación vía exoneración por una situación de emergencia en la que existieron omisiones o defectos de corte administrativo que sin embargo no fueron apreciados por los jueces supremos como constitutivo de un interés indebido, pues la sala suprema entendió que solo en este tipo de procedimiento se debe prevalecer la atención urgente de la necesidad por la formalidad administrativa, siendo que el delito de negociación incompatible aparecería con la existencia de más elementos externos a la contratación.

Comentando esta sentencia Reátegui (2023 a) indica que lo que quiso decir la Corte Suprema, fue que de comprobarse la idoneidad de la situación exonerada pese a la presencia de defectos administrativos no estaríamos ante este delito.

A su turno en la Cas.628-2015, Lima, la sala transitoria fue clara en indicar que en algunos sectores de la administración como en ese caso fue el banco de

materiales el lenguaje y labor ejecutiva de la contrataciones tiene componentes disímiles a los procedimientos naturales de selección, siendo que la actuación de los funcionarios debe entenderse como delictiva si se acompañan otras situaciones como vínculos externos con los contratantes o el antecede de contratación, documentación falsa, falta de aprobación de los proyectos entre otros.

En la Cas.67-2017, Lima, los jueces supremos indicaron que la emisión de informes técnicos u opiniones con la omisión de información por si mismos no constituyen una conducta interesada o prohibida del funcionario, porque el delito de negociación incompatible no es posible de ser perseguida por comportamientos omisivos, siendo que la mera omisión en un informe de por si tampoco constituye un acto definitivo o decisión que muy bien lo tuvo en ese caso el titular de la entidad que aprobó el adicional en la construcción del piso y el baño de un colegio emblemático limeño.

Lo encontrado en la Cas.346-2019, Moquegua, fue mucho más plausible, pues los magistrados supremos encontraron que si la posibilidad de aprobar adicionales, reducir el plazo de

ejecución de una obra y por consecuente aumentar el monto de una valorización en una contratación a suma alzada, si ese actuar no está vedado por las mismas opiniones técnicas del OSCE, que rigen la normativa de las contrataciones, mucho menos estos actos administrativos pueden constituir negociación incompatible.

En la Cas.1946-2019, Junín, si bien los jueces de las salas supremas entienden que los vínculos externos, amicales, familiares del funcionario y los particulares no podrían formar parte de la tipicidad de negociación incompatible, pero si de otros delitos como el de colusión, no descartan que los vínculos sean necesarios, aunque subsidiarios para dar cuenta del interés ilícito del funcionario en este delito.

Un importante aporte se verificó en la Cas.1765-2019, Lima, donde la Corte Suprema le asigna la impronta de desmedido al interés para comprenderse como indebido, máxime si entiende que esta manifestación objetiva de interés debe provenir de los agentes con poder de decisión, por lo que las posibles irregularidades de origen administrativos no son suficiente para dar cuenta de la caracterología de este injusto.

En la doctrina comparada Mañalich (2015), entiende que esto no es correcto, pues si sería admisible en la comisión de este delito otros intervinientes.

Finalmente encontramos la Cas. 243-2020, Lambayeque, en donde las salas penales supremas entienden que no cualquier o no todo error en la calificación del puntaje del postor debería ser necesariamente entendido como interés indebido típico de este delito, pues este entendimiento vulneraría el principio de responsabilidad objetiva en el derecho penal.

Este criterio es de verificarse en recientes trabajos como el de Peña y Salas (2023), en cuanto indican que el interés indebido debe manifestarse en actos concreto descartando las que están desprovistas de sustantividad material.

En la tabla 2, por el contrario, encontramos la otra cara de la moneda, pues un porcentaje mayor de decisiones de las salas penales de la Corte Suprema se decantaron por considerar que las irregularidades en requisitos esenciales, previos u obligatorios que no fueron observados en la contratación por los funcionarios es suficiente para considerar que manifiesta una concreta y objetiva

conducta ilícita pasible de persecución por el delito de negociación incompatible.

Se tiene así que en la RN N°666-2016, Ancash, la Corte Suprema entendió como insalvable (grave) la irregularidad en que incurrieron los funcionarios al darle la buena pro en un proceso donde la empresa ganadora tuvo como socio al regidor de la misma entidad, proveedor que no tenía Registro Nacional de Proveedores al tiempo de los hechos y su declaración jurada de no incompatibilidad del ofertante era de fecha posterior a su presentación al concurso público.

En la Cas.18-2017, Junín, los jueces supremos entendieron que el contratar al familiar de un trabajador de la entidad que ostentaba vínculo laboral con los funcionarios que condujeron el proceso de contratación era suficiente para ser considerado como conducta ilícita de negociación incompatible.

Luego en la Cas.49-2019, Ayacucho, los jueces penales, encontraron que el hecho de otorgarle un puntaje mayor al que le correspondía a dos profesionales que ofertaron una experiencia menor del tope requerido era una irregularidad que solo se podría traducir en un interés indebido de funcionario.

Los magistrados supremos en la Cas.396-2019, Ayacucho, encontraron que el no respetar requisitos obligatorios tales como declaración jurada de no haber resuelto contratos anteriores, la no presentación de declaraciones juradas de oferta de maquinarias o no presentar toda la experiencia en documentos requerida para el ingeniero residente y aun así otorgarle la buena pro, son irregularidades que solo pueden ser interpretadas como ilícitas, interesadas.

A su turno en la Cas.1895-2019, Selva Central, la propuesta técnica que se pasó por alto para otorgarle la buena pro, fue comprendida como un proceder delictuoso, asociando esta conducta interesada en el abuso del cargo o prevalimiento del funcionario o agente estatal interesado.

En la Cas.1059-2018, Huánuco, la producción de la nulidad de una operación para evitar que otro participante pueda ingresar a competir fue sindicado por la Corte Suprema como un actuar interesado del servidor o servidores estatales, por lo que se recurre nuevamente aquí a la tesis de la irregularidad grave o grosera para el entendimiento típico del delito de negociación incompatible.

Por último, y no por ello importante, en la Cas.307-2019, Ancash, los magistrados especialistas en lo penal detectaron una irregularidad fuera de lo común y que genuinamente conduce al tipo de negociación incompatible, pues el titular de una entidad aprobó la contratación como asesor legal externo a nada menos que al hermano del asesor legal interno de la propia entidad.

Esta postura complementa la irregularidad grave con el prevalimiento o el abuso de cargo del agente estatal, idea que ha venido postulando Álvarez (2022), en el sentido de que el funcionario con ello vulnera las expectativas normativas que la sociedad espera en su función.

En la tabla 3 que se relacionó con el tercer objetivo de la investigación que estuvo abocado a identificar si se consideró en la propuesta o motivaciones de la Corte Suprema para entender como típico el interés, del delito de negociación incompatible, a la puesta en peligro abstracta o concreta de un bien jurídico, encontramos a la RN N°351-2015, Santa, donde se señaló que al vincular la naturaleza del interés indebido como económico con el bien jurídico de este delito, entonces, la comisión de este delito al menos debería poner en peligro

el patrimonio estatal para tener la idoneidad ilícita para ser digna de sanción.

Sin embargo, la Cas.231-2017, Puno fue la que con mayor propiedad desarrolló esta idea, en el caso que resolvió aun cuando en el proceso de contratación exonerada por desabastecimiento habría sido presuntamente provocada por los funcionarios conductores de la contratación, por haber declarados en más de cuatro oportunidades desierta el proceso de selección y contratando finalmente con el postor con mayor oferta económica con antecedentes de no haber honrado sus compromisos contractuales.

Pese a ello, el contratista si cumplió con la labor contratada, lo que significó un beneficio para la población y en ese entendimiento aquí la Corte Suprema indicó, que no se podría castigar penalmente por negociación incompatible si no se puso en peligro la administración estatal.

Esta decisión abrió un importante debate en los autores nacionales, pues se polemizó si este tipo, es de peligro concreto o uno de peligro abstracto, para quienes como Calcina (2021) consideran de que se trata de un delito de peligro concreto, para su configuración será

necesario la creación de un riesgo de lesión inminente al correcto funcionamiento de la administración, por otro lado para quienes como Quispe (2021) no consideran que se requiera un peligro de afectación patrimonial en este delito para el Estado, cuestión que ha sido referido ya en convenios internacionales.

Particularmente se tendría primero que definir el objeto de protección en esta figura delictiva, pues si consideramos como Abanto (2013) o recientemente como Gonzales (2017) quien señala que el objeto de tutela es la gestión del patrimonio del Estado, esto es, lesiones de materialidad económica, sería necesario que esta figura sea de contenido también concreta.

Así en Chile, Rusca (2023) ha llegado a señalar que si se puede configurar una puesta en peligro abstracta si se tomo como bien tutelada a la objetividad en la administración estatal.

Ahora bien, el último objetivo de la investigación que se vinculó con el hallazgo de la tabla 4 que dio cuenta del principio de confianza como un criterio a echar mano para delimitar el ámbito de competencias de los funcionarios que en una estructura jerárquica compleja y en la que se constate división de roles y

funciones y pluralidad de intervinientes, pueda considerarse la confianza que puede tener un funcionario en el actuar de otro para no surtir un efecto delictivo en su actuación funcionarial.

Se tuvo así la Cas.23-2016, Ica, donde en el procedimiento administrativo dirigido por el titular de una entidad para la declaración de emergencia y por ende la consecución de una contratación directa, la que fue observada por el Órgano Supervisor de Contrataciones y el Ministerio de Economía y Finanzas, sin embargo, la entidad hizo valer su autonomía y contra todo prosiguió con la conducción de la contratación exonerada, lo que motivó el pronunciamiento de la Corte Suprema, donde los jueces penales aplicaron el principio de confianza en el entendido de que el titular de la entidad confió en los informes y opiniones técnicas de sus órganos especializados siendo que a pesar que tiene dirección sobre ellos no puede ser responsable por no revisar de forma milimétrica su función, máxime si no cuenta con los conocimientos técnicos para lograrlo.

La idea de la intromisión en las funciones de los órganos técnicos, disipando la

posición de garantía ha sido criticada en el campo de especialistas principalmente por Herrera, (2017) quien considera que los funcionarios de alta dirección como sucedió en el caso tiene mayores deberes y por tanto ostentan un deber de garantía con la administración.

En la Cas.180-2020, La Libertad, la Corte Suprema, comprendió que las instancias anteriores no se produjo un análisis pormenorizado y necesario de la incidencia del actuar funcionarial de cada uno de los servidores o agentes estatales en el procedimiento de toma de decisión, por lo que considera que se realice un nuevo enjuiciamiento de la causa.

Sin embargo, es en la Cas.1833-2019, Lima, donde los jueces supremos curiosamente realizaron un análisis totalmente opuesto al advertido en la Cas.23-2016, Ica, en este tajantemente refirió la Corte Suprema que la máxima autoridad de la entidad tiene la posición de garante y el deber de controlar a los órganos de línea de su institución, cuestión que le permitió advertir los documentos que refrendo.

CONCLUSIONES

Los criterios que se encontramos en las sentencias de la Corte Suprema del Perú en los años 2015 a 2022 para determinar cuándo se configura el delito de Negociación Incompatible en su elemento normativo interés indebido, fueron la irregularidad grave, en requisitos, precedentes, obligatorios y esenciales de la contratación en un número mayor de decisiones, un segundo criterio fue la de la búsqueda de vínculos externos o adicionales a las omisiones administrativas que ocupó un segundo lugar en la proporción de decisiones, un tercer criterio fue la puesta en peligro del patrimonio estatal con el actuar del funcionario interesado en la contratación estatal y finalmente la aplicación del principio de confianza para delimitar el ámbito de competencias.

El criterio de los elementos adicionales o vínculos externos se funda en que la sola existencia de omisiones o defectos de corte administrativo en los procesos de selección no son suficientes para contener la idoneidad típica lesiva de una conducta interesa ilícita del funcionario que interviene en una contratación u operación estatal en el Perú.

El criterio de la irregularidad grave o el actuar al margen de la legalidad del

funcionario se sustenta en que la conducta del funcionario tiene la lesividad típica del interés que requiere la conducta de la negociación incompatible cuando el agente estatal que participa en esta contratación u operación estatal no observa el cumplimiento de requisitos esenciales, obligatorios y anteriores al proceso de contratación, inobservancia o desconocimiento que generaría la comisión de este delito.

El criterio de la puesta en peligro del patrimonio estatal, parte también de la misma idea del criterio de los vínculos externos o la búsqueda de elementos adicionales a los meros incumplimientos de normas administrativas, pero va más allá, pues no le basta aun vínculos o elementos externo, sino que exigen además para la aptitud lesiva del interés, la puesta en riesgo a la administración pública.

El criterio del principio de confianza se basa en que no todos los funcionarios de dirección o subordinados, u órganos técnicos o especializados son responsables penalmente por el delito de negociación incompatible, pues es necesario delimitar el ámbito de competencias en la división de trabajo, pluralidad de intervenciones y en la

verificación o no de la existencia de un deber de vigilancia o garantía del riesgo de las funciones de otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano* (Segunda ed.). Lima: Palestra.
- Aboso, G. E. (2013). Administración Pública y Delitos Especialies Propios. Análisis de los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Argentino desde el punto de vista del estatus de funcionario del autor. (F. y. Heydegger, Ed.) *Delitos contra la Administración Pública*, págs. 171-253.
- Álvarez, F. (2020). El Injusto típico en el delito de Negociación Incompatible: Una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de Corrupción. (C. & García, Ed.) *Delitos contra la Administración Pública*, págs. 99-160.
- Álvarez, F. (2021). *El delito de Negociación Incompatible. Estudio de los aspectos problemáticos del tipo penal*. Lima: Ideas.
- Álvarez, F. (2022). Tres aspectos problemáticos del delito de Negociación Incompatible. (R. y. Martínez, Ed.) *Delitos contra la Administración Pública. Debates fundamentales*, págs. 495-513.
- Arismendiz, E. (2018). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Instituto Pacífico.
- Calcina, A. (2021). El elemento normativo "Interés Indevido" y la

- "Finalidad Indebida" en el delito de Negociación Incompatible. Comentarios a la Cas.N°.231-2017/Puno. (A. y. Calcina, Ed.) *Delitos contra la Administración Pública. Bases dogmáticas y jurisprudencia, II*, págs. 435-466.
- Castillo, J. (2015). *El Delito de Negociación Incompatible*. Lima: Instituto Pacífico.
- Creus, C. (1999). *Derecho Penal Parte Especial* (Sexta ed., Vol. II). Buenos Aires: Astrea.
- Delgado, A. (2009). *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Donna, E. A. (2000). *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Fontan, C. (1969). *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. V). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- García, E. (2022). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos* (Vol. II). Lima: Iustitia.
- Gonzales, A. (mayo de 2017). Delito de negociación incompatible en las contrataciones del Estado. Lo que no se dijo en la Casación N.º 841-2015-Ayacucho. *Revista Actualidad Penal*(35), págs. 161-178.
- Herrera, M. (Setiembre de 2017). Comentarios a la Casación N°23-2016, Ica. *Revista Actualidad Penal*(39), págs. 7-8.
- Hugo, J. y. (2018). *Delitos contra la Administración Pública. Análisis Dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Mañalich, J. (Diciembre de 2015). La Negociación Incompatible como Delito de Corrupción: Estructura Típica y Criterios de Imputación. *Revista de Estudios de la Justicia*, págs. 93-105.

- Mir, C. (2016). *Comentarios a los delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- Olaizola, I. (2009). El principio de ofensividad en la interpretación de las normas sobre peculado y la corrupción. (L. Reyna, Ed.) *Delitos contra la Administración Pública*.
- Peña, A. (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- Peña, A. y. (2023). *Aspectos sustantivos y la Prueba en los Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- Portocarrero, J. (1997). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editora Jurídica Portocarrero.
- Quispe, D. (2021). El delito de Negociación Incompatible. Un análisis crítico a través del delito de colusión en su modalidad simple. (A. y. Calcina, Ed.) *Delitos contra la Administración Pública. Bases dogmáticas y jurisprudencia.*, págs. 419-439.
- Réategui, J. (2016). *El delito de Negociación Incompatible y de patrocínio ilegal de intereses privados*. Lima: Lex & Iuris.
- Réategui, J. (2023). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal* (Tercera ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Réategui, J. (2023). *Delitos en las Contrataciones del Estado. Análisis dogmático y jurisprudencial*. Lima: Instituto Pacífico.
- Rojas, F. (2007). *Los Delitos contra la Administración Pública* (Cuarta ed.). Lima: Grijley.
- Rojas, F. (2021). *Delitos contra la Administración Pública* (Quinta ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Rosales, D. (2021). *El delito de negociación incompatible con el*

- ejercicio de la función pública.*
Lima: Editores del Centro.
- Rusca, B. (Noviembre de 2023). Consideraciones de política criminal sobre el delito de negociaciones incompatibles con la función pública: una reconstrucción de su ilicitud como puesta en peligro contra la voluntad estatal. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*(90), págs. 463-495. doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.013>
- Salinas, R. (2011). *Delitos contra la Administración Pública* (Segunda ed.). Lima: Grijley.
- Salinas, R. (2023). *Delitos contra la Administración Pública* (Sexta ed.). Lima: Grijley.
- Sancinetti, M. (1986). Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, págs. pp.877-889.
- doi:<https://dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=46294>
- Vargas, R. (2022). *Los delitos contra la Administración Pública. Estudios fundamentales desde la doctrina y la jurisprudencia.* Lima: Grijley.
- Vílchez, R. (2021). *Delitos contra la Administración Pública, una revisión de la parte general y parte especial. Una propuesta de reinterpretación.* Lima: Editores del Centro.
- Villada, J. L. (1999). *Delitos contra la Función Pública.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.