



PGE | Procuraduría General
del Estado

Centro de
Formación y
Capacitación



Gobierno del Peru



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024

El delito de negociación incompatible

Daniel Quispe Meza

Abogado PUCP.

Magíster en Derecho Penal
(Univ. Salamanca, España).

Docente universitario PUCP.



Negociación incompatible

- **Artículo 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 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.

El interés indebido como conducta típica

- “Perseguir un interés distinto al de la administración y, en consecuencia, un interés contrario al fiel y debido desempeño de las funciones públicas que el sujeto cumple, de manera que su actuación no solo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre cubierto de toda sospecha de parcialidad” (Hegglin, 2000, p. 212)
- “Desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en la que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero a la vez, representa intereses particulares, con el cual pretende sacar un provecho personal o a favor de un tercero (...)” (Sancinetti 1986)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C.128/03. El interés que se muestra con actuaciones en provecho propio o de un tercero, **dejando de lado el interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos corresponda asegurar específicamente a la administración en el proceso contractual en el que el servidor público interviene.**

Similitudes y diferencias entre el delito de negociación incompatible y colusión simple

Similitudes	Diferencias
<ol style="list-style-type: none">1. Ambos delitos hacen referencia a la sanción por cualquier operación económica en la que el Estado participa como parte.2. Se sanciona al funcionario que interviene por razón de su cargo.3. Se sanciona al funcionario que directa o indirectamente interviene o se interesa por cualquier operación económica en la que el Estado participe como parte.4. No se requiere un perjuicio de carácter patrimonial al Estado	<ol style="list-style-type: none">1. La conducta típica en la negociación incompatible es “interesarse”, mientras que la conducta típica en el delito de colusión simple es “concertar”.2. En la negociación incompatible el “interesarse” se da manera unilateral, mientras que el “concertar” es un delito de encuentro; es decir, requiere de bilateralidad.

Similitudes y diferencias entre el delito de negociación incompatible y colusión simple

Similitudes	Diferencias
<ul style="list-style-type: none">5. Son delitos de infracción del deber.6. Son delitos de peligro abstracto.7. Son delitos que sancionan el conflicto entre intereses privados y estatales.	

Recurso de Casación N°
1059-2018/Huánuco
(fundamento octavo)

El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de **preservar normativamente los deberes funcionales (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.)** en la actuación funcional de los agentes públicos procurando un interés público frente a los intereses privados de los administrados en general y a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales. Al respecto, se debe tener en cuenta que la actividad contractual del Estado es de singular relevancia para la sociedad, ya que los contratos públicos constituyen los instrumentos a través de los cuales el Estado busca satisfacer los problemas sociales, por ello, la necesidad de que siempre se elija al mejor postor, que tiene como contrapartida que los funcionarios públicos actúen de manera imparcial. **De allí que el bien jurídico no protege el patrimonio y, en ese sentido, constituye un delito de peligro abstracto, que no requiere que se ocasione un perjuicio patrimonial para el Estado.** Por tanto, el delito se perfecciona aun cuando el contrato u operación pueda redundar en un beneficio económico para el Estado, pues la prohibición normativa se fundamenta en la prevención de daños como consecuencia de la conducta imparcial del funcionario o servidor público. Asimismo, no es requisito necesario para su configuración que estos de modo efectivo logren obtener una ventaja.

TIPICIDAD OBJETIVA

Recurso de Nulidad N°
2770-2011/Piura
(fundamento tercero)

El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (vigente al momento de los hechos), es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación **y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; debiendo para ello cumplir con las exigencias del tipo penal**, los cuales pasamos a detallar:

- a) intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone que:
 - i) es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación;
 - ii) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo;



TIPICIDAD OBJETIVA

Recurso de Nulidad N°
2770-2011/Piura
(fundamento tercero)

b) indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero, **el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa**: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o **por acto simulado** (es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales);

c) el **objeto** del interés del funcionario o servidor público: **el contrato u operación**, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y,

d) **requiere el dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada**, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.



Recurso de Nulidad N° 351-
2015/Santa
(fundamento tercero)

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo tiene como verbo rector del tipo penal el término interesar, que significa 'atañer', 'concernir', 'incumbir', 'comprometer' o 'importar algo' y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este importar o interesar es en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros **con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de otros.**

El interesarse indebidamente debe entenderse como un desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en el que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero, a la vez, representa intereses particulares, con los cuales pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, **y es precisamente este último lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la administración pública.**

El delito **puede cometerse en cualquier etapa del contrato o la operación,** por ello el interés que se revela a través de actos objetivos puede darse en la **etapa de la negociación, durante la suscripción, en su ejecución o en la liquidación del contrato u operación.**

INTERES INDEBIDO

Recurso de Casación N° 1059-2018/Huánuco
(fundamentos noveno-décimo cuarto)

Asimismo, este tipo penal contiene como elemento objetivo y normativo el interés indebido, objeto de debate y pronunciamiento, que conlleva a la gestión o actos que no se corresponden con el rol de una obligación especial, el funcionario o servidor muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la Administración. **El momento del interés indebido es irrelevante, toda vez que la gestión se puede dar en cualquiera de las etapas del contrato u operación pública (preparatoria, selección, ejecución contractual y liquidación).**

El interés, conforme con la redacción del tipo penal, puede ser directo, indirecto o por acto simulado.

9.1. Interés directo: significa que el agente público, por razón de su cargo funcional, actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión, teniendo injerencia o absteniéndose a realizar¹⁶ los actos administrativos (objetivos y concretos) necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de tercero.

9.2. Interés indirecto: el agente utiliza un intermediario para realizar la conducta típica. Se acude a la interposición de otra persona como interesada, es decir, que ella aparezca frente a los demás como portadora de un interés personal sobre la realización del negocio u operación, cuando, en realidad, esta actúa motivada por el interés del agente en el desarrollo y conclusión del negocio en el cual interviene por su calidad y función.

9.3. Acto simulado, debe entenderse como la conducta del funcionario público que aparenta la defensa de los intereses públicos; sin embargo, lo que ocurre en la realidad es que antepone los intereses privados y particulares, sobre los públicos. Es negociar los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes.

INTERES INDEBIDO

Recurso de Casación N° 1059-2018/Huánuco
(fundamentos noveno-décimo cuarto)

En la doctrina, Creus sostiene que el interés indebido es situarse ante el contrato u operación administrativa no solo como funcionario sino conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración –por eso se habla de un desdoblamiento del agente–. Interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares del tercero. Por su parte, Sancinetti señala que se configura cuando el funcionario realiza un acto desviado para la prosecución de un interés espurio, es decir, una injerencia orientada al beneficio, de tal modo que condiciona la voluntad negocial de la Administración al interés particular.

Con relación a la naturaleza o carácter del interés indebido, la descripción del tipo penal no lo restringe a un determinado interés. En ese aspecto, **puede ser económico o de cualquier otra índole** (por ejemplo, cuando actúa motivado por una enemistad política contra uno de los postores), consideración que está acorde con el bien jurídico protegido, pues como se anotó no es necesario para la configuración del delito un perjuicio o ventaja económica. Lo

trascendental, entonces, es que ese interés privado sea incompatible con el de la Administración Pública.

De este modo, el interés indebido en el delito de negociación incompatible implica una infracción grave y concluyente del deber especial positivo (actuación contra la normativa extrapenal, omisión o abstención de la exigencia extrapenal, etc.), conducta que afecta el bien jurídico protegido al que nos hemos referido.

Asimismo, la figura penal exige que el sujeto activo se interese “en miras” de un beneficio propio o de un tercero. Ello significa que su acción debe estar ineludiblemente dirigida subjetivamente a la obtención de un provecho por parte del autor mismo o de un tercero. El provecho debe inspirar al autor en la realización de su conducta. **Lo expuesto no implica que el delito exija para su configuración la producción u obtención del beneficio, pues a pesar de no materializarse dicho provecho igual este se configura.** El tipo penal se perfecciona en tales condiciones, aun cuando no se haya logrado la obtención de tal beneficio.

INTERÉS INDEBIDO: ¿CONNOTACIÓN ECONÓMICA?

Recurso de Casación N° 49-
2019/Ayacucho
(fundamento segundo)

En cuanto al elemento típico del interés indebido y si este debe tener además una connotación económica, debemos precisar lo siguiente: **el tipo penal tiene como verbo rector del delito la expresión “se interesa”, significa un especial compromiso, una determinada incumbencia particular en un asunto que por razón de su cargo lo involucra y deriva su voluntad, su comportamiento funcional en lograr determinado beneficio personal o de tercero en un contrato o cualquier operación estatal.** Vale decir que el sujeto activo vuelca, sobre el contrato o la operación estatal de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración, esto es, con el interés general, sino que manifiesta un interés particular que entra en colisión o contradicción con el interés del Estado y determina un comportamiento parcializado, perjudicado que perturba el normal y correcto funcionamiento de la administración pública.

La casación citada en el punto 2.4 de los fundamentos de derecho de la presente ejecutoria precisa que el agente haya mostrado mediante actos irregulares su deseo de influir en el desarrollo de acto concerniente al Estado, contratación, adquisición u otro.

El delito en cuestión se refiere a la intervención directa, indirecta o por acto simulado del funcionario o servidor público, quien debe proceder de manera imparcial en los contratos y las operaciones que tengan que ver con su participación por el cargo que ocupa; sin embargo, **el agente indebidamente busca un beneficio personal o de tercero, provecho que no se circunscribe necesariamente a uno de orden económico o patrimonial, sino de cualquier naturaleza, verbigracia, la obtención de un mejor puesto laboral, acelerar o facilitar un trámite documentario, etcétera, razón por la que circunscribir el beneficio personal o ajeno al mero interés económico restringe el contenido de la norma.** En consecuencia, por interés debe entenderse cualquier comportamiento que favorezca indebidamente un acto que por su naturaleza debe ser imparcial y ceñido a ley.

TERCERO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica.

Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos. (...)

Recurso de Casación N°
841-2015/Ayacucho

Como podemos observar, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, **por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria.**

TERCERO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo. El tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado -de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública.

El delito de negociación incompatible se enmarca dentro del Título XVIII (Delitos contra la administración pública), Capítulo II (Delitos cometidos por funcionarios públicos), Sección IV (Corrupción de funcionarios). Por ende, su interpretación se da en el marco de la corrupción de funcionarios. **Podemos observar que el mismo tiene una naturaleza subsidiaria**, dado que, por su configuración típica, se presenta cuando no se da otra de las conductas previstas en esta sección. Si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como un cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizará una colusión.

El delito de negociación incompatible, entonces, **queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente.**

Recurso de Casación N°
841-2015/Ayacucho

TERCERO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Recurso de Casación N°
1946-2019/Junín
(fundamento quinto)

Respecto al provecho propio o de tercero, se señala que el agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente debe tener como **objetivo obtener un provecho o, mejor, sacar ventaja patrimonial del contrato u operación en la cual interviene en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública**. El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él.

TERCERO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Recurso de Casación N°
1946-2019/Junín
(fundamento quinto)

Así, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues, de darse, se estaría configurando un delito distinto (cohecho o colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo. El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos en que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría delito independiente.

DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: ¿DELITO DE PELIGRO CONCRETO O DE PELIGRO ABSTRACTO?

Recurso de Casación N°
396-2019/Ayacucho
(fundamento segundo)

El delito de negociación incompatible es tanto un delito especial propio cuanto un delito de Infracción de deber: El agente oficial ha de haber actuado en el proceso de contratación pública, en cualquier etapa de ella, con base a un título habilitante y con capacidad de decisión (facultades y competencias para intervenir en ese proceso), por lo que se trata de una situación de prevalimiento. Además, **solo se requiere que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto**; es decir, el comportamiento descrito en el tipo penal describe una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico, se sanciona un comportamiento por una valoración ex ante, **en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico** [conforme: MEINI, IVÁN: Lecciones de Derecho Penal – Parte General, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú Lima, 2014, p. 88]. Luego, **el logro de un beneficio económico, propio o de un tercero, no forma parte del tipo penal; no se exige un resultado de lesión o un resultado de peligro (peligro concreto)**, solo ha de probarse la tendencia final del mismo hacia ese logro -no solo se exige el dolo sino además un elemento subjetivo de tendencia: búsqueda de un provecho propio o de un tercero (sentencia casatoria 23-2017)-.

DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: ¿DELITO DE PELIGRO CONCRETO O DE PELIGRO ABSTRACTO?

Recurso de Casación N°
396-2019/Ayacucho
(fundamento segundo)

El aludido tipo delictivo puede calificarse, incluso, como **un delito preparatorio en relación con el delito de colusión** -ambos tienen su fundamento en deberes especiales atribuidos a los agentes oficiales y están vinculados a contratos u operaciones estatales-, pero protege el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flaqueo -no de las normas principales- en relación al mismo bien jurídico. Es, por tanto, un injusto parcial en relación con el delito de colusión (...)

No hace falta, como ya se anotó, que se ocasione un perjuicio económico o un daño inminente a la administración municipal, pues no se está ante un tipo delictivo de resultado de lesión o de peligro -es un delito de peligro abstracto-.

DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: ¿DELITO DE PELIGRO CONCRETO O DE PELGRO ABSTRACTO?

Recurso de Casación N°
1765-2019/Lima
(fundamento primero)

En cuanto a su naturaleza jurídica, como señala la Casación número 396-2019/Ayacucho, del nueve de noviembre de dos mil veinte, **solo se requiere que el funcionario público actúe interesadamente**, por lo que se trata de un delito de peligro abstracto, esto es, que el proceder de este se presume que crea un peligro para el bien jurídico, no siendo parte del tipo penal el resultado u obtención de un beneficio económico propio o para un tercero, solo es materia de prueba que la conducta del agente tienda a conseguir el propósito. En consecuencia se sancionará al agente público que con su conducta traiciona el deber encomendado, **dejando de lado su accionar imparcial y objetivo**, buscando más bien a que en los contratos u operaciones que por su cargo le corresponda intervenir, con el poder de decisión que tiene busca beneficio indebido propio o de un tercero, que sin descartar el beneficio económico, este no necesariamente es elemento constitutivo del tipo penal, al considerarse que no todos los delitos contra la Administración Pública buscan necesariamente un provecho material.

DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: ¿DELITO DE PELIGRO CONCRETO O DE PELIGRO ABSTRACTO?

Recurso de Casación N°
1765-2019/Lima
(fundamento primero)

De lo anterior queda establecido por esta Sala Suprema que no se comparte la opinión de la Sala de Apelaciones de considerar al delito de negociación incompatible como un delito de peligro concreto, esto es que efectiva y realmente sea cierto el riesgo de lesión al bien protegido, sino que se persiste en el criterio de que se trata de un delito de peligro abstracto donde el riesgo inminente no es necesario, en resumen, no es característica del tipo penal

DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: ¿DELITO DE PELIGRO CONCRETO O DE PELIGRO ABSTRACTO?

Recurso de Casación N°
231-2017/Puno

Debido a que el tipo no exige un perjuicio efectivo para la administración, se constituye en un delito de peligro, que importa un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. Debe precisarse que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico– el correcto funcionamiento de la administración pública-.

Como lo ha señalado un sector de la doctrina, lo que también es acogido por este Supremo Tribunal, al constituirse el delito en uno de peligro concreto, debe respetarse el principio de lesividad, en ese sentido, la represión de la acción debe estar condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. Debido a ello, el delito de negociación incompatible no debe sancionar cualquier tipo de acciones, que puedan significar el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, del cual se deduzca la orientación de un “interés indebido”, sino solo aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública.

DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: ¿DELITO DE PELIGRO CONCRETO O DE PELGRO ABSTRACTO?

Recurso de Casación N°
231-2017/Puno

En consecuencia, este ilícito penal, debe ser interpretado restrictivamente, en tanto que, el solo incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado -como se alega en la mayoría de casos en que se presume la comisión de este delito-, que no produzca siquiera un riesgo, o que este no sea inminente para el correcto funcionamiento de la administración pública, no puede ser reprimido, una interpretación contraria a ello, significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello, conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio, de ahí que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, debe ser interpretado de conformidad con los principios de lesividad, ultima ratio (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal.

Negociación incompatible y defectos administrativos en contrataciones directas

- **Casación 841-2015-Ayacucho**
- Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen -por sí solos- de relevancia para el Derecho penal. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Estos defectos administrativos **tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal.** F.J.10.
- En el presente caso, los procesados y Edwin actuaron procurando adquirir la maquinaria necesaria para tomar acciones de prevención contra una amenaza (la plaga de Kikuyo) que había sido declarada como tal. Se aprecia la comisión de una serie de defectos administrativos, los cuales fueron posteriormente regularizados. **Ha de asumirse se dieron en el contexto de la toma de acciones a causa de la situación de emergencia en sí misma,** por lo que no es posible darles un sentido penal a estos defectos administrativos. F.J.15.

Negociación incompatible y defectos administrativos en contrataciones directas

- **Casación 841-2015-Ayacucho ¿Interés indebido?**
- Se señala que existieron una serie de defectos administrativos.
- Se invitó a participar como postores a las empresas cuando no se había aprobado las bases administrativas de la exoneración.
- Se emitió órdenes de compra antes de otorgarse la buena pro.
- Entrega de tractores agrícolas se dieron con un retraso de 8 días.

Negociación incompatible ¿delito de peligro concreto?

- **Casación 231-2017-PUNO**
- El delito de negociación incompatible es un **delito de peligro concreto**, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una **situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico-** el correcto funcionamiento de la administración pública-. F.J. 13.
- **El solo incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado, que no produzca siquiera un riesgo, o que este no sea inminente para el correcto funcionamiento de la administración pública, no puede ser reprimido.** Una interpretación contraria a ello, significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés (...) debe ser interpretado de conformidad con los principios de lesividad, ultima ratio (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal. F.J. 15.

Negociación incompatible ¿delito de peligro concreto? Casación 321-2017/Puno

- No es suficiente que el sujeto activo “encause su conducta más allá de lo debido”, como lo ha citado la Sala, pues no es un delito de peligro abstracto sino uno de peligro concreto, por ende, el actuar de los sujetos activos, debe ser de tal entidad que signifique un riesgo inminente para el Estado, en el caso, para la Municipalidad provincial de Ayaviri. F.J. 26.
- No basta la realización de acciones contrarias a la normativa administrativa que rige el contrato u operación, sino que es necesario que ese interés constituya un peligro concreto para el correcto funcionamiento de la Administración Pública y no como uno de peligro abstracto, que solo implicaría que se configure la conducta con el solo “interés”, sin tomar en cuenta el elemento “en provecho de tercero”. F.J. 27.
- El proceso de exoneración no significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado, tampoco obra pericia que así lo haya establecido. Hubo adquisición de insumos ofrecidos por Alabama S.A., exonerado del proceso de selección, con el fin de satisfacer una necesidad para la comunidad de Ayaviri, en caso de no hacerlo habría ocasionado un perjuicio a los pobladores quienes habrían invertido en la preparación de la tierra para la siembra de las señaladas semillas. F.J. 28.

Negociación incompatible ¿delito de peligro concreto?

- **Peligro por medio de incendio o explosión. Artículo 273.-** El que crea un peligro común para las personas o los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier clase de energía, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años.

Informe N° 168 de la Defensoría del Pueblo

- “Generalmente, es difícil acreditar la concertación entre el funcionario competente y el particular. Como es bien difícil eso, normalmente se investiga por negociación incompatible” (Fiscal de Áncash).
- “En cuanto a la colusión, acostumbro formular acusación alternativamente por negociación incompatible” (Fiscal de Lima).
- “En el delito de colusión también hay mucha exigencia, hay jueces muy garantistas que desean días y horas para probar la corrupción. Entonces algunos fiscales apuntan ya no a colusión sino a negociación incompatible. Me parece que deberían comprender enriquecimiento ilícito también” (Fiscal de Lima).



PGE

Procuraduría General del
Estado

MUCHAS GRACIAS
