

2.6. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado, único titular del bien jurídico protegido.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Todos los supuestos punibles tipificados en el artículo 398 son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa o negligencia.

La clase de dolo que se exige es el dolo directo. De la construcción de la fórmula legislativa se evidencia que no es posible la comisión por un simple dolo eventual. El agente al ofrecer, entregar o prometer de modo voluntario una dádiva o beneficio al sujeto público especial, sabe desde el inicio que está corrompiendo o sobornando con un fin determinado.

4. PENALIDAD

Si el acusado es imputado por cualquiera de los supuestos tipificados en el primer párrafo del artículo 398 del Código Penal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4, artículo 36 del Código Penal, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

En el caso que el hecho punible sea el previsto y sancionado en el segundo párrafo, el agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4, artículo 36 del Código Penal, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente del hecho punible tiene la condición de abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco años ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8, del Código Penal, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

§ 28

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

La fuente directa del hecho punible denominado “negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo” lo constituye el artículo 345 del Código Penal derogado de 1924 y el artículo 201 del Código Penal de 1863. Estos textos punitivos tienen idéntica redacción y solo se diferencian en la extensión de la pena.

Se trata de una figura de incompatibilidad de cierta generalidad al no especificarse la naturaleza del contrato u operación económica en la que interviene el agente público en razón del cargo que desempeña dentro de la administración. Como se apreciará del análisis, tiene similitudes con el delito de colusión regulado en el artículo 384 del Código Penal, con la diferencia de que en la negociación incompatible no se requiere la concertación con un tercero interesado ni la existencia de perjuicio o posible perjuicio patrimonial para configurarse el delito⁽⁹³²⁾.

Asimismo, en doctrina este hecho punible es conocido como gestión desleal, infidelidad de funcionario, aprovechamiento indebido del cargo o interés particular en acto de oficio⁽⁹³³⁾.

⁽⁹³²⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, 3.ª ed., Grijley, Lima, 2002, p. 584.

⁽⁹³³⁾ CASTILLO ALVA, citando a LUZÓN PEÑA, Manuel y MANZINI, Vicerio, “El delito de negociación incompatible”, en *Cuestiones actuales del sistema penal - Crisis y desafíos*, Ara Editores, Lima, 2008, p. 565.

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en el texto original del Código Penal se encontraba regulado en el artículo 397; sin embargo, con la Ley N.º 28355 del 6 de octubre de 2004, que modificó el texto punitivo, se le reubicó en el artículo 399, incrementando la penalidad para esta conducta de corrupción.

1. TIPO PENAL

Luego de la modificación introducida por la Ley N.º 30111, del 26 de noviembre de 2013, la fórmula legislativa⁽⁹³⁴⁾ del tipo penal 399^o tiene el siguiente contenido:

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por actos simulados 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de negociación incompatible se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa o se inclina de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. Se entiende que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos jurídicos es por razón del cargo que desempeña dentro de la Administración pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para terceros⁽⁹³⁵⁾.

⁽⁹³⁴⁾ En el incomprensible e inexplicable proyecto de Código Penal de 2015, se repite la misma fórmula legislativa en el artículo 585.

⁽⁹³⁵⁾ Véase también SALINAS SICCHA, Ramiro, "El delito de negociación incompatible en nuestro sistema jurídico", rev. *Actualidad penal*, editorial Pacífico, Vol. 17 noviembre, 2015. Lima, pp. 240-257.

Así la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la ejecutoria de fecha 19 de octubre de 2010⁽⁹³⁶⁾, precisó que en este tipo de delito el funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado; sin embargo, dicho sujeto especial orienta su interés en función personal, tornándose así incompatible dicha ingerencia con su rol funcional. Actúa en contra de los intereses del Estado para quien trabaja y a quien representa en las operaciones contractuales.

La sentencia casatoria del 30 de enero de 2018⁽⁹³⁷⁾ da cuenta de un caso judicial en el cual se dieron por acreditados los hechos tipificados como negociación incompatible, así como la responsabilidad penal del procesado, y por tanto, fue condenado por el citado delito. En efecto, allí se precisa que el imputado Carian Lopez en su condición de gerente de Operaciones de Aeropuertos de CORPAC se interesó indebidamente, de manera directa y en provecho de tercero, en la ejecución del contrato número NGL cero noventa y cinco punto dos mil diez punto P punto S, del trece de enero de dos mil once, sede Tacna, celebrado por CORPAC y el consorcio Word Security Services y otros, representado por Emilio Huamán Yepes; y, en consecuencia, emitió un conjunto de directivos que favorecieron indebidamente al consorcio contratista y, de ese modo, no se aplicó a dicho consorcio la penalidad respectiva ante el incumplimiento de las condiciones establecidas en los términos de la referencia del aludido contrato. Pese que el sentenciado interpuso casación, la Suprema Corte declaró infundado dicho recurso extraordinario.

En la estructura del tipo penal intervienen diversos elementos de la tipicidad objetiva que es necesario explicar por separado para su real comprensión.

⁽⁹³⁶⁾ R. N. N.º 4096-2009- Junín

⁽⁹³⁷⁾ Casación N.º 799-2017/Callao. Sala Penal Permanente.

2.1. Interesar

El verbo rector del tipo penal es el término *interesar* que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa, se inclina sospechosamente o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros⁽⁹³⁸⁾. Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación, y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas⁽⁹³⁹⁾.

En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que “el delito materia de análisis tiene como verbo rector del tipo penal el término ‘interesar’, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros”⁽⁹⁴⁰⁾.

El argentino Creus⁽⁹⁴¹⁾ enseña al respecto que interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que el negocio asuma una determinada configuración

⁽⁹³⁸⁾ Este aspecto no es tomado en cuenta por ABANTO VÁSQUEZ, toda vez que la segunda edición de su libro es del año 2003, tiempo en el cual aún no se había producido la modificación del contenido del hecho punible de negociación incompatible que se realizó en octubre de 2004.

⁽⁹³⁹⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 587. En parecido sentido, CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 41.

⁽⁹⁴⁰⁾ Véase R. N. N.° 253-2012-Piura, del 13 de febrero de 2013.

⁽⁹⁴¹⁾ CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1990, T. 2, p. 309.

en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros.

El interesarse no siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la Administración pública. Si en los hechos, el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que resultaron favorables económicamente a la Administración pública, igual la conducta será típica y punible⁽⁹⁴²⁾. Aquí no es punible la conducta, porque se afecte o deje de afectar el patrimonio del Estado, sino por lesionar el bien jurídico normal y el recto funcionamiento de la Administración pública. Si el sujeto público se interesa indebidamente en contratos en los que actúa en representación de la administración, para sacar provecho económico para sí o terceros, la conducta es típica siendo irrelevante si con tales actos la administración se vio favorecida.

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 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 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; por lo tanto es dentro de estos márgenes que debe ser entendido el interés indebido”⁽⁹⁴³⁾.

⁽⁹⁴²⁾ En el mismo sentido, CASTILLO ALVA, ob. cit., 2015, p. 49. Posición contraria expone ABANTO VÁSQUEZ, cuando sostiene que el interesarse siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la Administración pública. Si en los hechos, el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que resultaron favorables económicamente a la Administración pública, habrá coincidencia de intereses, pero no tipicidad de la conducta. Vide ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, 2.ª ed., Palestra Editores, Lima, 2003, p. 513.

⁽⁹⁴³⁾ Ejecutoria suprema del 4 de julio de 2007 en el R. N. N.° 373-2007-Lima.

Que en este tipo de delitos el funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima, en función de las prerrogativas de su cargo o empleo en la Administración pública; que el acto de intervenir inicial es legítimo, luego el interés particular puesto de manifiesto es ilícito y se inscribe en el contexto del régimen de incompatibilidades del agente activo; que en buena cuenta se puede afirmar que el funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado; sin embargo, dicho sujeto especial orienta su interés en función personal, tornándose así incompatible dicha ingerencia con su rol funcional⁽⁹⁴⁴⁾.

Los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el interés del agente no solo se configura resolviendo, individual o colectivamente la contratación, sino elaborando dictámenes, asesorando, preparando el expediente técnico, aprobando o ratificando una propuesta. También se evidencia con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación o anulación, etc. No es necesario que el agente público firme personalmente algún documento. La forma como puede aparecer y revelarse el interés es a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto, recepción de una dieta, incluso en una orden del día⁽⁹⁴⁵⁾.

El interés particular que expresa el agente del delito puede materializarse en la realidad, hasta de tres formas.

2.2. Interesarse de manera directa

Este elemento de la tipicidad objetiva significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación, y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca, esto es, el beneficio indebido en su favor o de terceros que lógicamente tienen vínculos amicales, familiares

⁽⁹⁴⁴⁾ Cfr. La ejecutoria suprema del 19 de octubre de 2010 en el R. N. N.º 4096-2009-Junin- Sala Penal Permanente.

⁽⁹⁴⁵⁾ CASTILLO ALVA, citando a Luzón Peña, ob. cit., 2015, p. 47.

o económicos con aquel. En otros términos, significa que 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 u operación⁽⁹⁴⁶⁾.

El interesarse implica que el agente público es al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato u operación, y el funcionario que interviene en él por razón de su cargo. El agente en este delito es lo que se conoce comúnmente como "juez y parte". Al actuar de ese modo, el sujeto público obvia los principios de imparcialidad y transparencia. El sujeto se parcializa en su propio beneficio, y en ese sentido, ya no es transparente en su actuación, sino su actuación se vuelve oscura con la finalidad de no ponerse en evidencia.

Tal como aparece redactada la fórmula legislativa no es posible la comisión por omisión, o simplemente por un dejar de hacer o dejar pasar pese a que el funcionario tiene una posición de garante o la obligación de intervenir en el proceso de contratación⁽⁹⁴⁷⁾. Si se verifica algún acto de omisión parecido a los indicados, los hechos se subsumirán en otro tipo penal como por ejemplo, omisión de actos funcionales.

2.3. Interesarse de manera indirecta

En esta modalidad, el agente (siempre funcionario o servidor público) no actúa directamente sobre los funcionarios responsables de la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos para lograr su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o a favor de terceros. El sujeto activo sugiere o influye en otro funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones por medio de otra persona que bien puede ser un particular u otro funcionario.

⁽⁹⁴⁶⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 589; CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, ob. cit., p. 592.

⁽⁹⁴⁷⁾ Cfr. CASTILLO ALVA, ob. cit. 2015, p. 47.

Los intermediarios no pueden ser autores, pues siempre actúan como cooperadores o cómplices y, según el caso, pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato⁽⁹⁴⁸⁾.

En parecidos términos, Castillo Alva⁽⁹⁴⁹⁾ enseña que esta modalidad se produce cuando se utiliza a otras personas para la promoción o favorecimiento de los intereses particulares. No interesa si son funcionarios públicos o particulares. 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. A ello se agrega que interesarse indirectamente también comprende el hecho de que se posea un interés de obtener un beneficio indirecto.

El disvalor de la conducta es evidente debido a que el sujeto público se interesa de manera directa como cuando actúa por intermedio de otra persona. Incluso, dada la modalidad comisiva y la valoración objetiva de la conducta es posible afirmar que esta última forma de acción es más reprochable penalmente, en la medida en que interviene una pluralidad de agentes, se demuestra una actuación coordinada y la actuación a través de una tercera persona obedece, en la generalidad de casos, al deseo de no comprometerse y de esa forma obtener la impunidad⁽⁹⁵⁰⁾.

2.4. Interesarse mediante actos simulados

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo ante los funcionarios responsables de la celebración de contratos u operaciones muestra un interés especial aparentando defender los intereses del Estado, cuando lo cierto es que defiende sus propios

⁹⁴⁸ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, p. 589. En igual sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 509.

⁹⁴⁹ CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, ob. cit., p. 593.

⁹⁵⁰ CASTILLO ALVA, ob. cit., 2015, p. 66.

intereses. Aparentemente actúa defendiendo los intereses de la Administración pública cuando en realidad defiende sus propios intereses particulares o personales. Por esta modalidad, el agente se interesa en la negociación de los contratos con empresas que simulan tener titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes⁽⁹⁵¹⁾.

En realidad, el acto simulado alude también a una forma indirecta de interesarse⁽⁹⁵²⁾, pues aquí se quiere hacer aparentar que es otro el interesado cuando en realidad el interesado es el funcionario encargado de celebrar el contrato u operación; por ejemplo, la inclusión en la negociación de una empresa inexistente.

De esa forma es meridianamente claro que la ley no castiga en esta modalidad típica la simulación *in personam*, sino más bien la simulación *in actum*. No se castiga a quien actúa mediante persona interpuesta o disimulada⁽⁹⁵³⁾.

Hay simulación cuando el funcionario, para favorecer a una empresa en la cual se entiende tiene interés particular directo, en una licitación crea una tercera empresa de fachada para dar la imagen de una supuesta, pero inexistente competencia y así cumplir con las bases establecidas⁽⁹⁵⁴⁾.

El derecho vivo y actuando de la Corte Suprema sostiene por interés simulado el hecho de que los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente público o están vinculadas a este; es decir, se aparente un accionar en concordancia

⁽⁹⁵¹⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 589.

⁽⁹⁵²⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 513.

⁽⁹⁵³⁾ CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, ob. cit., p. 594, citando a los argentinos Ricardo Núñez y Laje Anaya.

⁽⁹⁵⁴⁾ CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, ob. cit., p. 595.

con los intereses de la Administración pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares⁽⁹⁵⁵⁾. En parecido sentido, otra ejecutoria suprema⁽⁹⁵⁶⁾ sostiene que se considera como acto simulado el que se realiza aparentando que se trata de intereses de la Administración pública cuando en realidad son intereses particulares o personales.

La diferencia con la colusión es el acuerdo. En la negociación incompatible, el agente no se pone de acuerdo con nadie, actúa solo. En cambio, aparece la colusión, cuando el funcionario responsable de los contratos y otras operaciones económicas se colude, es decir, se pone de acuerdo con otro para defraudar al Estado.

2.5. Provecho propio o de tercero

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente debe tener como objetivo la obtención de un provecho o mejor, sacar ventaja patrimonial del contrato u operación en la cual interviene en razón del cargo que desempeña dentro 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.

No le falta razón a Castillo Alva⁽⁹⁵⁷⁾, cuando sostiene que el móvil, la motivación o el impulso que guía el actuar del sujeto público al interesarse en un acto público en el cual participa en razón de su

⁽⁹⁵⁵⁾ R. N. N.° 2641-2011-Lambayeque, del 11 de agosto de 2012.

⁽⁹⁵⁶⁾ Véase el contenido del R. N. N.° 2770-2011- Piura, del 12 de setiembre de 2012.

⁽⁹⁵⁷⁾ Ob. cit., 2015, p. 49.

cargo, puede ser variado. Es posible que se trate de una motivación afectiva (ayudar al hijo, a la esposa, a la amante, al sobrino), amical, ambición personal de compadrazgo, etc.

2.6. Cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operaciones. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica.

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho privado y en el público. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco es relevante la materia o el carácter del mismo⁽⁹⁵⁸⁾. En esa línea se entiende por contratos a todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia de dos partes: el Estado y las personas naturales o jurídicas particulares en las cuales el sujeto público "agente" tiene algún interés económico.

Los contratos en los que es parte el Estado son variados y se refieren a negociaciones lícitas de contenido múltiple: de suministro de servicios, culturales, económicos, de obras, etc.

En cambio, las "operaciones" son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos: licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc. El objetivo del legislador de utilizar este término genérico con carácter subsidiario

⁽⁹⁵⁸⁾ *Ibidem*, p. 589.

es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses no funcionales⁽⁹⁵⁹⁾.

En suma cualquier contrato u operación "comprende aquellas situaciones en las que la Administración pública, representada por sus funcionarios, participa y o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero, sea este una persona natural o jurídica, mientras que la operación, debe entenderse como aquellos actos unilaterales que se producen entre la Administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido económico; que, dentro de ese contexto, se advierte que no estamos ante cualquier acto administrativo, sino ante aquellos de naturaleza bilateral o unilateral, en los que existe la posibilidad de poner en peligro el patrimonio de la administración"⁽⁹⁶⁰⁾.

2.7. Relación funcional

El objeto del delito de negociación incompatible debe estar confiado al sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado dentro de la Administración pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito no se configura así incluso haya evidente perjuicio patrimonial del Estado con el actuar del agente.

En el delito de negociación incompatible es *conditio sine qua non* que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña en la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos

⁽⁹⁵⁹⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 590; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 515. Asimismo, CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, ob. cit., p. 590.

⁽⁹⁶⁰⁾ Ejecutoria suprema del 4 de julio de 2007 en el R. N. N.° 373-2007-Lima.

o directivas de la institución pública⁽⁹⁶¹⁾. La relación con el objeto del delito puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar encargado de modo directo de celebrar los contratos o realizar las operaciones, o solo puede tener esa facultad por disposición jurídica o disposición funcional. En este último caso, se entiende que otro funcionario o servidor dependiente de aquel, participa de modo directo en el contrato u operación.

Es obvio que la incompetencia o falta de relación funcional del sujeto público con los contratos u operaciones de modo alguno puede llevar a la conclusión de impunidad de su conducta, toda vez que es factible sea sancionado como cómplice de la conducta realizada por aquel agente que cuente con relación o vinculación funcional⁽⁹⁶²⁾.

Este elemento objetivo del delito de negociación incompatible permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por los funcionarios o servidores públicos en virtud del cargo que desempeña en la Administración pública. Entendido así, se concluye que el bien jurídico solo se verá afectado cuando el agente lesione o coloque en peligro el patrimonio del Estado infringiendo o lesionando deberes específicos que tiene para con la celebración de contratos u operaciones en representación del Estado que le han sido encomendados. Se descarta de ese modo una lesión a deberes generales del cargo.

En concreto, como señala Rojas Vargas⁽⁹⁶³⁾, no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público si no solo aquel que posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo. Esta restricción prevista por el tipo penal excluye a los funcionarios o servidores públi-

⁽⁹⁶¹⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 590.

⁽⁹⁶²⁾ En el mismo sentido CASTILLO ALVA, ob. cit., 2015, p. 85.

⁽⁹⁶³⁾ *Ibidem*, p. 586. En sentido parecido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 508.

cos que solo cumplen encargos o delegaciones sin estar referenciados en los deberes del cargo.

Esta es la interpretación que hace la jurisprudencia nacional en la ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2001, argumentando que “en cuanto al delito de negociación incompatible, se tiene que el encausado era regidor de la Municipalidad Metropolitana y no de los municipios distritales, ni funcionario de la Empresa Nacional de Administración de Peajes –Emape– que suscribirían los convenios sobre publicidad exterior con las empresas vinculadas a su persona, por lo que no puede ser sujeto activo del mismo”⁽⁹⁶⁴⁾.

En la misma línea de hermenéutica jurídica, la ejecutoria suprema del 25 de octubre de 2002 en forma pedagógica argumenta: “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 prestada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido”⁽⁹⁶⁵⁾.

En ejecutoria más reciente el Alto Tribunal⁽⁹⁶⁶⁾ de Justicia ha sostenido que “no es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que

⁽⁹⁶⁴⁾ R. N. N.° 1054-2001-Lima.

⁽⁹⁶⁵⁾ R. N. N.° 4832-2001- Arequipa.

⁽⁹⁶⁶⁾ R. N. N.° 253-2012- Piura, 13 de febrero de 2013. En la misma línea R. N. N.° 2099-2010, 22 de julio de 2012. También el R. N. N.° 2770-2011- Piura.

determina la condición de autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo”.

2.8. Bien jurídico protegido

Es común en la doctrina mayoritaria considerar que el bien jurídico protegido general es el recto y normal desarrollo o desenvolvimiento de la Administración pública⁽⁹⁶⁷⁾. La conducta prohibida tiene por finalidad sancionar penalmente a aquel sujeto público que se interesa en un contrato u operación de carácter económico en el cual intervenga en razón de su cargo. Lo que se busca es que el sujeto público no realice actos que revelen una especial preocupación de favorecer intereses de terceros o favorecer sus intereses particulares en perjuicio de los intereses del Estado. El delito se evidencia cuando el agente público en lugar de preocuparse por los intereses económicos de la Administración pública a la que representa, se interesa por beneficiar a terceros o beneficiarse personalmente. En consecuencia, el normal y recto funcionamiento se ve seriamente lesionado o puesto en peligro. De modo que este es el bien jurídico general protegido que se pretende cautelar. Corresponde enseguida determinar cuál es el bien jurídico específico que lo diferencia de los demás delitos contra la Administración pública.

Consideramos que el bien jurídico específico del delito de negociación incompatible es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular, encomendada en razón del cargo que desempeñan, como

⁽⁹⁶⁷⁾ No obstante, aún hay quienes como CASTILLO ALVA, no entienden esta posición desde una perspectiva teleológica, habida cuenta de que es posible que el interés particular del funcionario sea en ocasiones el más compatible con el desarrollo y normal funcionamiento de la Administración pública. Por otro lado, siguen afirmando, el funcionamiento de la Administración pública, más que una fórmula referido normal funcionamiento de la Administración pública, más que una fórmula que sirva para orientar y delimitar el contenido de las acciones típicas del tipo penal constituye un planteamiento de escasa ayuda en la interpretación del injusto. Véase CASTILLO ALVA, ob. cit., 2015, p. 17.

es el de celebrar contratos u operaciones –desde su preparación, inicio, celebración y ejecución– a favor de la Administración pública. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando o preocupándose por los intereses del Estado al que representa. De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente público lesione o ponga en peligro el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad en la celebración de contratos u otras operaciones que le han sido encomendados o confiados en razón del cargo que desempeña dentro de la Administración pública. Y estos deberes sin duda se sustentan en los principios de transparencia e imparcialidad de los sujetos públicos en la toma de decisiones propias de su cargo.

El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en las que interviene por razón de su cargo, cuando en lugar de procurar siempre el beneficio del Estado, procura un beneficio particular, sea propio o para tercero⁽⁹⁶⁸⁾. Cuando el sujeto público se parcializa actúa con una orientación torcida y al margen del interés de la administración a la cual debe ser leal.

De esa forma, se busca evitar que los sujetos públicos, utilizando su posición y cargo, interfieran deslealmente, manipulen o dirijan arbitrariamente los contratos u operaciones económicas de carácter estatal, imponiendo su voluntad, deseo o capricho a favor de terceros o el suyo propio por encima de los intereses del Estado⁽⁹⁶⁹⁾. Se trata de que el sujeto público no afecte su imparcialidad con tales conductas. Se entiende la imparcialidad como la actitud leal y proba del sujeto público en su participación en los contratos y operaciones económicas del Estado, en los cuales debe dejar de lado intereses pecuniarios ajenos a los del Estado. Si abusando del cargo público que ostenta persigue intereses propios y particulares, se parcializa a favor de terceros o a favor de sus propios intereses. Esa parcialización pone

⁽⁹⁶⁸⁾ Así se sostiene en la sentencia casatoria del 5 de mayo de 2016; Casación N.º 628-2015-Lima-Sala Penal Transitoria.

⁽⁹⁶⁹⁾ Cfr. CASTILLO ALVA, ob. cit., 2015, p. 16.

en peligro y puede en ocasiones llegar a perjudicar en forma real el patrimonio del Estado.

En la ejecutoria suprema del 4 de julio de 2007 se argumenta que “el bien jurídico específico que es protegido en el delito de negociación incompatible, no puede ser cualquier conducta de interés indebido en un contrato u operación, sino solo aquella que implique el peligro de un perjuicio patrimonial para la Administración pública, debido a una supuesta actuación imparcial del funcionario o servidor público”⁽⁹⁷⁰⁾. En parecido sentido se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la ejecutoria suprema del 10 de marzo de 2010 cuando sostiene que con el tipo penal de negociación incompatible “no se tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo –principio de taxatividad– que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado, sino en el irregular desempeño funcional”⁽⁹⁷¹⁾.

Por su parte, Rojas Vargas⁽⁹⁷²⁾ considera que el bien jurídico específico se orienta a otros aspectos. Así pretende enseñar que el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la Administración pública del interés privado de sus agentes que anteponen sus intereses a los de ella. Se busca también mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, siendo 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

⁽⁹⁷⁰⁾ R. N. N.º 373-2007-Lima- Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

⁽⁹⁷¹⁾ R. N. N.º 661-2009-Lima.

⁽⁹⁷²⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 585. En contra de estos planteamientos, CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, ob. cit., p. 566.

expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos: servir al Estado y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales obtenidas.

En tanto, Castillo Alva⁽⁹⁷³⁾, siguiendo a Sancinetti, argumenta que el bien jurídico protegido en el delito en hermenéutica jurídica es la transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y en la exclusiva promoción de los intereses públicos con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo cada vez que intervienen en los contratos en nombre o representación del Estado. No es de recibo este planteamiento debido a que todos los actos delictivos de corrupción de funcionarios son actos no transparentes para con la Administración pública. Tal aspecto más tiene que ver con el bien jurídico general que con el bien jurídico específico.

Aquí es necesario dejar precisado que tal como sucede con todos los delitos contra la Administración pública, el bien jurídico protegido no es el patrimonio del Estado, sino los deberes y principios que sustentan la organización de la Administración pública así como los principios que le dan funcionalidad. De modo que el patrimonio del Estado se constituye solo en objeto de los delitos. De ahí que se sostenga con propiedad que en el delito de negociación incompatible no se protege directamente el patrimonio estatal, pues el delito se perfecciona al margen de si se acredita una afectación o un perjuicio real o potencial contra el patrimonio del Estado⁽⁹⁷⁴⁾.

2.9. Sujeto activo-autoría

De la lectura del artículo 399 del Código Penal se concluye que estamos ante un delito especialísimo. El sujeto activo puede ser funcionario o servidor público y, en tal condición, debe tener dentro de

⁽⁹⁷³⁾ CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 15.

⁽⁹⁷⁴⁾ En parecido sentido CASTILLO ALVA, *ob. cit.*, 2015, p. 21.

sus atribuciones o funciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación de la Administración pública. En consecuencia, como ya se ha expresado, además de exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una vinculación funcional ineludible con los contratos u operaciones que celebra el Estado objeto del delito. Si no se verifica que el funcionario o servidor público tenía dentro de sus funciones o atribuciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación y favor del Estado, el hecho punible en hermenéutica jurídica no se perfecciona.

En esa línea, no es suficiente para la configuración del delito de negociación incompatible, que el sujeto activo del delito tenga la sola condición especial de funcionario o servidor público. Es necesario que el sujeto público cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación. De tal manera, que lo que determina la condición de autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor, sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo que desempeña dentro de la Administración pública⁽⁹⁷⁵⁾.

Por otro lado, no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de aprovechamiento indebido de cargo, sino también de acuerdo con el artículo 425, inciso 3, del Código Penal, pueden ser los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de contratar o realizar cualquier otra operación en representación y en favor del Estado.

Asimismo, los funcionarios o servidores públicos que no tienen la relación funcional exigible por el tipo penal y los extraños a la administración que colaboren o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible, responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices. Pero solo son cómplices o instigadores.

⁽⁹⁷⁵⁾ Cfr. *Ibidem*, p. 575.

Es obvio que para saber quién es autor o quién es cómplice en un delito funcional, no se sigue la teoría de dominio del hecho sino la teoría de infracción del deber, en la cual la complicidad es única como ya lo tenemos expuesto en la primera parte de esta obra. No puede hacerse distinciones entre complicidad primaria o secundaria como todavía lo hace el profesor Castillo Alva⁽⁹⁷⁶⁾. En estos tiempos que nos ha tocado vivir, somos testigos de excepción del avance de la dogmática penal, en la cual ha quedado establecido que la diferencia entre complicidad primaria o secundaria así como la categoría de la coautoría son hijas de la teoría del dominio del hecho. Aquellas categorías son incompatibles con la teoría de la infracción del deber que debe ser utilizada para identificar en forma razonable quién es autor y quién es cómplice en los delitos especiales como lo son la mayoría de delitos contra la Administración pública donde se encuentra el de negociación incompatible.

2.10. Sujeto pasivo

Solo el Estado que constituye el representante o titular de la Administración pública en sus diversas manifestaciones.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El hecho punible de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo es netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. La configuración subjetiva de la conducta ilícita requiere o 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 a favor del Estado; no obstante, voluntariamente actúa evidenciando interés particular con el firme objetivo de obtener un provecho indebido para sí o para un tercero con el cual lógicamente tiene alguna vinculación.

⁽⁹⁷⁶⁾ Cfr. ob. cit., 2015, p. 119.

Es lugar común en la doctrina nacional considerar que la conducta punible es posible solo por dolo directo. Los actos de “interés privado” y, sobre todo, bajo la modalidad de “acto simulado”, no son posibles sin quererlos. Es en estos casos donde es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el “interés particular” en su aspecto subjetivo⁽⁹⁷⁷⁾. En tanto que Rojas Vargas⁽⁹⁷⁸⁾, enseña que el delito en análisis requiere 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.

Incluso la Sala Permanente de la Corte Suprema, en ejecutoria del 12 de setiembre de 2012⁽⁹⁷⁹⁾, ha dejado establecido que es una exigencia del tipo penal que el agente actúa con dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en la hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o de engaño a la Administración pública.

Posición distinta y sin mayor explicación sostiene Castillo Alva⁽⁹⁸⁰⁾, al afirmar que la formulación amplia de la ley no impide que la infracción pueda cometerse, por ejemplo, con dolo eventual, pues nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede en el Derecho italiano, no alude especial y expresamente a la intencionalidad del funcionario público, forma subjetiva que excluye el dolo eventual. Aparte de esta consideración general y definir lo que significa dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual⁽⁹⁸¹⁾, el citado profesor no explica razonablemente cómo podría darse en la realidad concreta un caso de negociación incompati-

⁽⁹⁷⁷⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 516.

⁽⁹⁷⁸⁾ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 591.

⁽⁹⁷⁹⁾ Véase el R. N. N.° 2770-2001- Piura.

⁽⁹⁸⁰⁾ CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, ob. cit., p. 597.

⁽⁹⁸¹⁾ CASTILLO ALVA, ob. cit., 2015, p. 108.

tible por dolo indirecto o dolo eventual. Incluso, no se aventura a dar un ejemplo práctico como si lo hace en otros supuestos.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

De la fórmula legislativa contenida en el artículo 399 del Código Penal se concluye que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo público es un delito de mera actividad o de peligro concreto⁽⁹⁸²⁾; y, por lo tanto, se consuma con la sola verificación del interés particular del sujeto público en la celebración del contrato o realización de operaciones en representación del Estado. El interés debe estar dirigido a obtener un provecho indebido a favor del agente o a favor de terceros que tienen vinculación con aquel. Este aspecto convierte en punible la conducta en análisis⁽⁹⁸³⁾.

Para la consumación del delito, en hermenéutica jurídica, no se requiere que el contrato o la operación en la cual se interesa el agente se llegue a concretar, es decir, se llegue a celebrar o realizar. De ese modo, es común en la doctrina precisar que para la consumación no se requiere verificar que la conducta del agente logró causar real perjuicio patrimonial a la Administración pública. Asimismo no es necesario verificar si el agente obtuvo la ventaja indebida perseguida, toda vez que en muchos supuestos puede existir ventaja patrimonial para el Estado⁽⁹⁸⁴⁾.

⁽⁹⁸²⁾ Así se deja establecido en la sentencia casatoria del 5 de mayo de 2016; Casación N.º 628-2015-Lima-Sala Penal Transitoria. En efecto, aquí la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, siguiendo a Edgardo Donna, precisa que el delito de negociación incompatible es "un delito de peligro concreto, no de daño o de resultado para la Administración pública".

⁽⁹⁸³⁾ ROJAS VARGAS enseña: "Se trata de un delito de simple actividad y peligro donde se castiga el interés tendencioso e ilícito del funcionario o servidor"; *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 591.

⁽⁹⁸⁴⁾ Loc. cit. En parecido sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 517. Igual CASTILLO ALVA, quien

Los supuestos en los cuales la administración estatal ha obtenido mayor ventaja patrimonial con la conducta interesada del agente (en su provecho o de tercero), no tienen relevancia penal, pues igual el delito aparece. Aquí, el aspecto de lograr realmente la ventaja para el agente o causar perjuicio patrimonial contra el Estado con el actuar de aquel es un aspecto secundario, lo principal es verificar la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido cual es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado, como es el de celebrar contratos u operaciones en razón del cargo que desempeñan.

Al aceptarse que se trata de un delito de mera actividad o de peligro, es imposible que la conducta se quede en grado de tentativa.

Por su parte, Abanto Vásquez⁽⁹⁸⁵⁾ enseña que es difícil aceptar la existencia de la tentativa, pues si se trata de actos ejecutivos tendentes a lograr algún beneficio en el contrato u operación que el funcionario dirige a nombre de la Administración pública, ya se habría manifestado el "interés privado" y se podría hablar de consumación; lo mismo sucede con las expresiones verbales que llevarán (dolosamente) a un desarrollo causal favorable para dicho interés privado por lo que la tentativa es improbable, por no decir imposible.

argumenta: "Se trata de un delito de peligro y no de un delito de resultado o de daño. Incluso, es posible que la administración haya obtenido un determinado beneficio o el servicio brindado haya cumplido holgadamente sus metas, pero aún así subsiste el delito. No es necesario que hayan intereses contrapuestos, reñidos entre sí o que haya un conflicto real o aparente. Basta que los intereses sean incompatibles"; CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, ob. cit., p. 573.

⁽⁹⁸⁵⁾ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 518. En cambio, ROJAS VARGAS, en forma discutible y sin explicar el supuesto, señala: "Es posible la tentativa si el acto de interesarse admite fragmentación y un iter espaciado". Cfr. *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 592.

Posición diferente y contradictoria sostenía Castillo Alva⁽⁹⁸⁶⁾, al enseñar que es posible la tentativa en la medida en que la intervención del funcionario en el acto no puede llegar necesariamente a producirse por razones independientes a la voluntad del agente público. Se considera como un caso de tentativa el supuesto en el que determinada operación requiere cumplir previamente un procedimiento administrativo fijado por la ley, el cual está compuesto por una serie de actos orientados hacia una misma finalidad; no obstante, tal posición ya no es sostenida por el profesor Castillo al argumentar en forma razonable y citando nuestro pequeño libro que "hoy en día estimamos que en el delito de negociación incompatible no es admisible la tentativa"⁽⁹⁸⁷⁾.

5. PENALIDAD

Si el agente es acusado por alguno de los supuestos que tipifica el artículo 399 del Código Penal será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2, artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

⁽⁹⁸⁶⁾ Decimos contradictoria debido a que primero sostiene que se trata de un delito de peligro y "la consumación del delito se perpetra en el mismo momento y lugar en que el funcionario público ha exteriorizado a través de cualquier acto su interés privado en el contrato u operación, ya sea suyo o de un tercero, al margen si se llega a suscribir o no". Para luego afirmar que es posible la tentativa. Lo concreto es que si sostenemos que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro es imposible sostener luego que es posible la tentativa. En los delitos de peligro no es posible la tentativa. Cfr. CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, ob. cit., p. 601.

⁽⁹⁸⁷⁾ Cfr. CASTILLO ALVA, ob. cit., 2015, p. 141.

§ 29

TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. TIPO PENAL

El delito de tráfico de influencias⁽⁹⁸⁸⁾ o también conocido en la doctrina en su acepción romana, como "venta de humo"⁽⁹⁸⁹⁾ no estaba regulado en el texto original del Código Penal de 1924. Es con el Decreto Legislativo N.º 121, del 12 de junio de 1981, que se tipifica por primera vez en nuestra patria. El decreto legislativo incorporó al Código Penal el artículo 353-A que tipificó el delito de tráfico de

⁽⁹⁸⁸⁾ Denominación oficiosa que como bien afirma Hurtado Pozo si bien no concuerda con todas las formas en que puede materializarse el delito previsto en el artículo 400, también es cierto que por tradición legislativa y jurisprudencial su uso no afecta la interpretación del contenido del tipo penal 400^o del Código Penal. Por lo demás, en el Derecho penal, parte especial, es difícil encontrar que alguna denominación o etiqueta de cuenta de todos los supuestos delictivos que determinado artículo del Código Penal tipifica (HURTADO POZO, "Interpretación y aplicación del artículo 400 del Código Penal del Perú. Delito llamado de tráfico de influencias", en *Anuario de Derecho Penal 2005. Interpretación y aplicación de la ley penal*, Lima, 2006, p. 277).

⁽⁹⁸⁹⁾ Esta frase insinúa ya el origen romano de esta figura (*venditio fumii*): un amigo del emperador Alejandro Severo vendía secretamente la influencia que el supuestamente tenía (pero que no era cierta) y, tras ser descubierta, fue condenado a muerte por asfixia con humo. Cfr. AARON VÁSQUEZ, citando al italiano Pietro Semeraro, *Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la Administración pública*, Grijley, Lima, 2014, p. 796.