

REVISTA DERECHO PENAL CENTRAL



La dogmática de los delitos de peligro y su aplicación en el delito de negociación incompatible. Un análisis desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

The dogmatics of crimes of danger and its application in the crime of incompatible negotiation. An analysis from the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru

DANIEL QUISPE MEZA

 Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

RESUMEN

Este breve artículo tiene como fin determinar cuándo se realiza el delito de negociación incompatible —regulado dentro del título XVIII, en el artículo 399 del Código Penal— desde un estudio de la dogmática de los delitos de peligro. Posteriormente, se analizará si es que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú se viene interpretando de manera correcta el momento de la consumación de este delito que busca sancionar a «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».

PALABRAS CLAVE: RIESGO, NEGOCIACIÓN, PELIGRO ABSTRACTO, DELITO, DERECHO PENAL.



Recibido: 05/07/2023
Aceptado: 03/09/2023

ABSTRACT

This article aims to determine when the crime of incompatible negotiation —regulated within Title XVIII, in article 399 of the Penal Code— is consummated from a study of the dogmatics of dangerous crimes. Subsequently, it will be analyzed whether the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of Peru is correctly interpreting the moment of consummation of this crime that seeks to punish «the official or public servant who, improperly, directly or indirectly or through a simulated act, he is interested, for his own benefit or that of a third party, in any contract or operation in which he intervenes by reason of his position».

KEY WORDS: RISK, NEGOTIATION, ABSTRACT DANGER, CRIME, CRIMINAL LAW.

1. Introducción

Este breve artículo tiene como fin determinar cuándo se realiza el delito de negociación incompatible —regulado dentro del título xviii, en el artículo 399 del Código Penal— desde un estudio de la dogmática de los delitos de peligro. Posteriormente,

se analizará si es que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú se viene interpretando de manera correcta el momento de la consumación de este delito que busca sancionar a «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».

Con lo expuesto, para un correcto análisis del momento de consumación de este delito se empezará por esbozar un concepto de bien jurídico que pueda ser de utilidad para determinar qué es lo que se pretende proteger en el título xviii del Código Penal y, en específico, en el delito de negociación incompatible. Ello servirá para conocer, atendiendo a la literalidad del tipo, cuál es la exigencia que ha establecido el legislador para que pueda verse consumado este delito.

Posteriormente, se hará un breve desarrollo de la construcción dogmática de los delitos de peligro, a fin de determinar si el delito de negociación incompatible, según su relación con el tipo de afectación que se produce al bien jurídico, es uno de peligro concreto o abstracto.

Finalmente, se analizarán algunas sentencias de la Corte Suprema, a fin de conocer si la interpretación de este supremo tribunal coincide con el desarrollo actual de la dogmática de los delitos de peligro y, como cierre, se propondrán criterios para constatar la creación de peligro en el delito de negociación incompatible, lo cual será útil para su aplicación por parte de los operadores de justicia.

2. El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible. Un delito contra la Administración pública

2.1. El punto de partida: la delimitación del concepto de bien jurídico

Como se advirtió, resulta importante iniciar este trabajo esbozando una definición de «bien jurídico», puesto que los delitos de peligro pueden ser delimitados según su relación con el tipo de afectación que se produce al bien jurídico. Entonces, la delimitación del concepto de bien jurídico será útil para verificar cuál es el grado de afectación que se requiere para la consumación de un delito (Méndez Rodríguez, 1993, p. xix).

Como punto de partida, debe indicarse que una de las funciones de la norma jurídico-penal es la de proteger bienes jurídicos de especial relevancia, con lo cual se estaría tratando de salvaguardar aquellas condiciones que resulten indispensables para la convivencia social frente a graves ataques (Luzón Peña, 2016, p. 13).

Por ese motivo, el derecho penal tiene como función proteger aquellos intereses fundamentales, tanto individuales como colectivos de los ciudadanos, a fin de prevenir eventuales lesiones a estos intereses, de conformidad con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que constituye un límite al *ius puniendi* estatal (Mir Puig, 2011, p. 111).

Dicho esto, es preciso señalar que no existe en la actualidad consenso con relación a lo que puede ser considerado o no un bien jurídico. Alrededor de este concepto se han elaborado diversas teorías que pretenden dotarla de contenido. Lo que se buscará en las siguientes líneas, sin ánimo de extender el debate, será asumir una determinada postura en torno al concepto de bien jurídico y desarrollarla brevemente.

De este modo, siguiendo a Roxin, se pudo definir al bien jurídico como aquellas «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema» (Roxin, 1997, p. 56). Con esta definición no solo se abarca estados previamente hallados por el derecho, sino también a aquellos deberes de cumplimiento de normas que son creados por el propio derecho (Roxin, 1997, p. 56).

En esa misma línea, para poder delimitar cuáles son estas circunstancias o finalidades útiles para el individuo y su libre desarrollo, el legislador penal debe considerar, como límite a la potestad punitiva, el marco que brinda la Constitución, puesto que esta emana de un Estado de derecho que se basa en la libertad de las personas (Roxin, 1997, pp. 55-56).

Como se aprecia, se adopta una teoría constitucional del bien jurídico en la que las Constituciones democráticas, que emanan de un consenso social, se construyen en función de sus ciudadanos y de sus intereses básicos, por lo que es la Constitución la que muestra al derecho penal qué bienes jurídicos, sean individuales o colectivos, debe proteger el Estado (Mir Puig, 2011, pp. 112-113).

En otras palabras, la Constitución es el parámetro para poder delimitar qué elementos pueden resultar esenciales para la vida en sociedad conforme a aquellos valores preponderantes en una determinada sociedad y que, consecuentemente, deben protegerse. Este sería el procedimiento para poder afirmar que existe un bien jurídico que puede ser protegido penalmente (Corcoy Bidasolo, 2012, pp. 54).

Por ese motivo, la teoría constitucional del bien jurídico resulta útil, puesto que se busca, a través de la Constitución, una manera de limitar y vincular al legislador en el proceso de selección de bienes jurídicos. Como se ha señalado, el instrumento en el que se pueden encontrar aquellos principios y valores que son socialmente compartidos por la sociedad es la Constitución, por lo que el derecho penal debe adecuarse a sus postulados (González Rus, 1983, p. 35).

Como se aprecia, se está ante una vía legítima para limitar la potestad del legislador al momento de incorporar un delito al Código Penal. De este modo, con esta breve delimitación del concepto de «bien jurídico» se podrá, en las siguientes líneas, dotar de contenido al bien jurídico que se pretende proteger en los delitos contra la Administración pública y, en concreto, al delito de negociación incompatible.

2.2. El bien jurídico «genérico» protegido en los delitos contra la administración pública

Como se señaló, este tipo penal se encuentra ubicado en el título xviii, Delitos Contra la Administración Pública, del Código Penal, por lo que, desde la función sistemática

que se le atribuye al bien jurídico (aunque no resulta ser un criterio determinante), puede afirmarse de manera preliminar que se está ante un delito que se encuentra orientado a proteger a la administración pública.

Al respecto, debe indicarse que resulta una labor complicada encontrar un bien jurídico común a todos los delitos incorporados en el título xviii, motivo por el cual, además de identificar un bien jurídico genérico será necesario, posteriormente, identificar en cada tipo penal cuál es el aspecto de la administración que se pretende proteger (Muñoz Conde, 2015, p. 808).

Dicho esto, con relación al bien jurídico que se pretende proteger de manera genérica en los delitos contra la administración pública, se han elaborado, principalmente, dos teorías: (i) el deber de lealtad y probidad del funcionario; y (ii) el correcto funcionamiento de la administración pública.

2.2.1. *El deber de lealtad y probidad del funcionario*

Con relación a la primera teoría, se ha señalado que lo que se busca proteger en los delitos contra la administración pública es que el funcionario no cometa actos que sean inmorales, deshonestos, contrarios a la pérdida de valores morales, cuando no religiosos, a la falta de principios, entre otros (Asúa Batarrita, 1997, p. 19).

A esta teoría, actualmente superada, se le critica la subjetividad en la que incurre, puesto que el derecho penal no se orienta a valorar o proteger la «bondad» o «maldad» respecto de una decisión adoptada por un funcionario (Asúa Batarrita, 1997, p. 20). Siendo esto así, se trataría de una postura que busca sancionar la mera infracción de un deber, por lo que se está ante una concepción formal que no explica cuál es su contenido y que, por tanto, carece de capacidad limitadora (Demetrio Crespo, 2000, p. 69).

Además de ello, se ha sostenido que la integridad del funcionario únicamente interesa si es que se logra afectar el correcto funcionamiento de la función que se encuentra dentro de su ámbito de competencias. De este modo, no se podrían tutelar aquellas conductas en las que no se exige una realización material efectiva por parte del funcionario, pese a que en muchas ocasiones la protección de la administración debe realizarse a través del adelantamiento de barreras de protección (De la Mata Barranco, 2009, p. 246).

Por ese motivo, se ha señalado que resulta necesario objetivar el deber que se le pretende otorgar al funcionario, a fin de evitar que para que se le sancione se requiera de la efectiva lesión de su deber. Siendo esto así, el desvalor debe centrarse en el correcto funcionamiento de la Administración enfocada desde la perspectiva de los ciudadanos, ya que es de esta manera que el deber de los funcionarios, y de la propia administración, tendría una verdadera relevancia penal (De la Mata Barranco, 2009, p. 246).

Siendo esto así, el «deber de lealtad» de un funcionario debe encontrarse orientado a verificar si efectivamente se han trasgredido las expectativas legítimas de la sociedad con relación al correcto funcionamiento de las instituciones públicas, conforme a los parámetros estipulados por la ley, puesto que es la ley y el derecho los que sirven de guía para que los funcionarios cumplan correctamente sus funciones,

toda vez que es la única «moralidad pública» que debe importar al control democrático (Asúa Batarrita, 1997, p. 20).

2.2.2. *El correcto funcionamiento de la Administración pública*

La crítica a la primera posición introduce la segunda postura que plantea que lo que debe protegerse es el correcto funcionamiento de la Administración pública. De este modo, se sostiene que la actuación del funcionario que es contraria a los deberes del cargo que ostenta será relevante únicamente si «logra afectar las expectativas de los ciudadanos en relación con la administración pública, siempre que impida u obstaculice el ejercicio de un derecho concreto o porque pone en serio peligro las posibilidades de acceso y participación en el disfrute de servicios o desarrollo de actividades que las instituciones deben garantizar o, en su caso, promover» (Asúa Batarrita, 1997, p. 20).

Por ello, conforme a esta postura, no se busca sancionar la infracción de deberes encomendados a un funcionario en una determinada administración. En realidad, lo que se busca tutelar es la función pública que encuentra su justificación en parámetros constitucionales que son los que delimitan cómo debe darse su correcto funcionamiento (De la Mata Barranco, 2009, p. 248).

Por ese motivo, se aprecia que el ámbito de protección se circunscribe a la función pública, y con ello se da un criterio de legitimación material, lo cual, conforme a la teoría constitucional de bien jurídico estudiada, constituye un límite eficaz al *ius puniendi* estatal. Además, al ser la función pública el eje central de protección, se podrá delimitar aquellas conductas que son meras infracciones administrativas (incumplimiento de deberes) y cuáles trascienden ese ámbito (De la Mata Barranco, 2009, p. 248).

De este modo, los delitos incorporados en el título xviii se encuentran dirigidos a sancionar al funcionario que abusa del poder que le encomienda la administración y, como consecuencia de dicho abuso, logra poner en peligro al correcto funcionamiento de la Administración pública, lo cual genera una afectación a los propios fines de la administración y la consecuente trasgresión de los principios a los que se encuentran vinculados por ley (Asúa Batarrita, 1997, pp. 21-22).

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional del Perú, en el expediente n.º 017-2011-PI/TC, fundamento jurídico catorce, reconoció que en los delitos contra la Administración pública se busca proteger el «correcto funcionamiento de la administración pública» y, desde un enfoque constitucional, se busca salvaguardar de manera oportuna los principios constitucionales que se derivan del capítulo iv, del título i, de la Constitución denominado «de la función pública».

Asimismo, el tribunal considera que se debe garantizar el principio de «buena administración», conforme a lo establecido en los artículos 39 y 44 de la Constitución. Con relación al primero, se señala que los funcionarios y trabajadores públicos se encuentran al servicio de la nación y, con relación al segundo, se establece que es un deber del Estado y también de los funcionarios públicos promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación (fundamento jurídico quince).

Siendo esto así, el Tribunal Constitucional, llega a la conclusión de que ambos preceptos buscan proteger constitucionalmente la lucha contra la corrupción y el orden democrático que emana del artículo 43 de la carta magna (fundamento jurídico dieciséis). Con lo expuesto, se aprecia que el injusto penal no se centra en el funcionario público, sino en la función pública y su función de prestación de servicios a los ciudadanos (Demetrio Crespo, 2000, p. 70).

Finalmente, debe indicarse que el bien jurídico definido con este carácter general debe ser precisado e individualizado conforme a cada tipo penal (Demetrio Crespo, 2000, p. 70), ya que resulta imposible que una conducta del funcionario logre atentar contra todos los principios que forman parte del correcto funcionamiento de la administración pública (Castro Cuenca, 2009, p. 139).

Siendo esto así, en las siguientes líneas se buscará determinar cuál es el principio específico de la administración pública que se pretende proteger en el delito de negociación incompatible, a fin de garantizar su correcto funcionamiento.

2.3. El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible

Atendiendo a la estructura típica del delito de negociación incompatible, se advierte que se busca sancionar al funcionario que se interesa de manera indebida en cualquier contrato u operación en el que intervenga por razón de su cargo. Como se aprecia, el tipo penal se encuentra dirigido a prohibir que un funcionario, en el ámbito de la contratación estatal, actúe de manera parcializada, conforme a sus intereses personales, y no conforme a los intereses generales de la administración.

En buena cuenta, lo que se busca proteger como bien jurídico es la objetividad que debe revestir toda actuación que se realice en los procesos de contratación estatal. El proceder con objetividad implica que el funcionario actúe sin consideraciones personales y conforme a la voluntad de la norma (Castro Cuenca, 2009, p. 142) y, además, exige una actuación imparcial que forma parte del contenido de la objetividad en la que se señala que el funcionario debe prescindir de intereses propios y actuar conforme a lo establecido en la ley (Castro Cuenca, 2009, p. 143).

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el bien jurídico protegido¹ son los principios que rigen la contratación estatal (transparencia en las operaciones, imparcialidad, libre competencia y el trato justo e igualitario a los proveedores) que se derivan de lo establecido en el artículo 76 de la Constitución.

Con lo expuesto, en las siguientes líneas, considerando el bien jurídico que se pretende proteger, se analizará cuándo es que se consuma el delito de negociación incompatible. Para este efecto, previamente, como se advirtió, será necesario conocer cuál es la discusión actual sobre la dogmática de los delitos de peligro.

¹ El Tribunal Constitucional hizo alusión a los principios que rigen la actividad contractual respecto al bien jurídico que se protege en el delito de colusión regulado en el artículo 384 del Código Penal que busca sancionar, en su modalidad simple, al funcionario público que se concierta con un particular con la finalidad de defraudar los intereses estatales en el ámbito de la contratación pública o de cualquier operación a cargo del Estado. Por ese motivo, los argumentos del Tribunal Constitucional respecto al bien jurídico protegido en el delito de colusión son de recibo para el delito de negociación incompatible.

3. La consumación del delito de negociación incompatible: ¿delito de peligro abstracto o delito de peligro concreto? Un análisis desde las sentencias de la Corte Suprema de la República del Perú.

3.1. La dogmática de los delitos de peligro

De manera previa, debe indicarse que un tipo penal, según su relación con el tipo de afectación que se produce al bien jurídico, puede ser de lesión o de peligro. Asimismo, dentro de los delitos de peligro, se hace la distinción entre «delitos de peligro concreto» y «delitos de peligro abstracto».

Con relación a la definición de los delitos de lesión, no existe problema alguno en afirmar que estos se perfeccionan con la destrucción o menoscabo del bien jurídico. De este modo, «por ser esta destrucción o menoscabo un elemento de la figura delictiva se requiere que una u otra se produzca para que la acción se adecúe al tipo» (Barbero Santos, 1973, p. 488).

Asimismo, tampoco existe mayor controversia con relación al concepto de peligro concreto, puesto que el peligro es considerado un elemento del tipo y, por tanto, para su consumación se requiere de la demostración de una efectiva producción de una situación de peligro (Barbero Santos, 1973, p. 489). En buena cuenta, los delitos de peligro concreto son, en realidad, delitos de resultado (Cerezo Mir, 2002, p. 48).

Los problemas radican, en realidad, en el concepto que se le atribuye al delito de peligro abstracto. Por ejemplo, Cerezo Mir señala que el peligro únicamente es lo que motivó al legislador a crear la figura delictiva, por lo que el peligro no constituye un elemento del tipo y, consecuentemente, el delito quedará consumado aunque, en el caso específico, no se hubiese producido un peligro para el bien jurídico protegido (2002, p. 47).

En esa misma línea, Barbero Santos también señala que en los delitos de peligro abstracto, el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón que motivó al legislador a incriminar la conducta; en otras palabras, el punto de partida del legislador es el análisis *ex ante* de una determinada situación que es comúnmente peligrosa a la cual conmina con pena su realización (1974, p. 489).

De este modo, esta corriente doctrinal afirma que «en los delitos de peligro abstracto la norma penal hace abstracción de la situación de riesgo concreta para otros ámbitos de organización individual o supraindividuales y describe como típicas conductas que estadísticamente o de forma general se muestran como peligrosas» (Feijoo Sánchez, 2005, p. 311). Como se aprecia, se trata de una presunción *iure et de iure* que el juzgador debe respetar.

Sin embargo, a esta posición que plantea que los delitos de peligro abstracto son delitos de «peligro estadístico», se le ha criticado que debido a su abstracción máxima puede conllevar a que se sancionen conductas que materialmente no constituyan la realización del injusto penal en un caso concreto (Feijoo Sánchez, 2005, p. 320).

Al respecto, puede citarse el clásico ejemplo en el que dos personas manejan en estado de ebriedad. El primero de ellos lo hace en una concurrida avenida, mientras

que el segundo lo hace en una carretera sin personas ni autos que se encuentren alrededor de los 100 kilómetros.

Se aprecia que el primero de ellos sí estaría poniendo en peligro el bien jurídico «seguridad pública», puesto que se ha realizado la conducta en una vía concurrida. En el segundo supuesto, en realidad, parecería ser que materialmente no se podría poner en peligro este bien jurídico, debido a que no existen personas alrededor, por lo que el sujeto no podría generar un peligro potencial para la seguridad pública.

De este modo, Bernardo Feijoo, citando a Terradillos, señala que «el pronóstico del legislador no averado por el juzgador no pasa de ser una valoración estadística, que no puede fundamentar la afirmación de responsabilidad criminal individual» (2005, p. 320). Por ese motivo, Mendoza Buergo considera que en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad no solo es un motivo para que el legislador incrimine la conducta, sino que también constituye el dato que se requiere para fundamentar la afirmación de la adecuación típica y del carácter injusto del hecho (2002, p. 41).

Ello se debe a que no puede entenderse que la tipicidad y el injusto objetivo del hecho en un caso concreto se vean constatados con la sola realización de la conducta descrita en el tipo, toda vez que, de no ser así, ello conduciría a que conductas materialmente y formalmente contrarias a la norma sean reputadas igualmente típicas (Mendoza Buergo, 2002, p. 41), tal como se explicó con el ejemplo anteriormente citado.

Por lo expuesto, debe indicarse que el peligro estadístico constituye un fundamento suficiente para la creación de tipos penales que se orienten a desvalorar este tipo de conductas; sin embargo, no son suficientes para fundamentar la intervención del derecho penal frente a un ciudadano en concreto (Feijoo Sánchez, 2005, p. 320).

De este modo, atendiendo a las críticas relativas a los delitos de peligro como meras estadísticas que sanciona el legislador, es necesario replantear su contenido y, para ello, se partirá de la propuesta planteada por Mendoza Buergo, quien señala que deben aplicarse los criterios de imputación objetiva a fin de determinar la creación de un riesgo prohibido en los delitos de peligro abstracto.

Mendoza Buergo señala que en los delitos de peligro abstracto no se puede ingresar a verificar la imputación objetiva de resultado, pero ello no implica que no resulte necesario considerar la comprobación individual del primer nivel de imputación: la imputación del hecho al tipo objetivo, lo cual implica constatar la creación de un peligro *ex ante* no permitido que abarque el fin de protección del tipo penal (2002, p. 73).

Siendo esto así, Mendoza Buergo, de manera acertada, señala que los criterios de imputación objetiva no solo deben ser aplicados a delitos de resultado, toda vez que la constatación de si el autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y cuál es el alcance del tipo no corresponde a la imputación del resultado, sino que «circunscriben ya la propia relevancia típica y la antinormatividad de la conducta» (2002, p. 74).

Por ello, tal como sucede en el análisis de los delitos de lesión, en los delitos de peligro deben aplicarse los criterios de imputación objetiva a fin de seleccionar y eliminar determinados casos que «no presentan suficientes elementos de peligro, o porque no se ha creado un peligro relevante penalmente de forma desaprobada» (Mendoza Buergo, 2002, p. 75). Piénsese nuevamente, por ejemplo, en el caso del

conductor que maneja en estado de ebriedad en una carretera sin personas ni autos que se encuentren alrededor de los 100 kilómetros.

En consecuencia, en los delitos de peligro abstracto será necesario constatar la creación de un riesgo jurídicamente relevante desde una perspectiva *ex ante*, por lo que resultará determinante verificar si «un observador objetivo con los conocimientos del autor hubiera considerado arriesgado el comportamiento correspondiente» (Mendoza Buergo, 2002, pp. 76-77).

En otras palabras, en los delitos de peligro abstracto debe verificarse si se ha creado un peligro para el bien jurídico que no se encuentre cubierto por el riesgo permitido que pueda tolerar el tipo penal. De ahí que sea importante la verificación de los conocidos criterios para excluir la imputación por cuestiones dirigidas a disminuir el riesgo, la falta de creación de peligro o el ámbito del riesgo permitido (Roxin, 1997, pp. 365 y ss.).

Ahora bien, considerando lo anteriormente estudiado, se procederá a analizar las resoluciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a fin de conocer cuál ha sido la interpretación que se le ha dado a este tipo penal. Con ello, finalmente, se podrá esbozar una propuesta de interpretación de este tipo penal respecto al momento de su consumación a fin de que sea considerado como un criterio de interpretación por parte de los operadores de justicia.

3.2. El delito de negociación incompatible en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Análisis y propuesta de interpretación

Para determinar si se está ante un delito de peligro abstracto o concreto, el juzgador, al aplicar un tipo penal, se encuentra vinculado a interpretar el tipo conforme a lo descrito de manera literal en la ley y, desde ese punto, debe verificar si se está ante un delito de peligro abstracto o ante un delito de peligro concreto (Feijoo Sánchez, 2005, p. 315).

Desde esta perspectiva, la literalidad de la norma tendrá como finalidad evitar interpretaciones en contra de la ley, muy a pesar de que pueda ir a favor del reo, toda vez que es el propio tipo penal el que establece diferencias en los niveles de peligro y, por tanto, no pueden ser interpretados y aplicados por el juez obviando dichas diferencias (Feijoo Sánchez, 2005, p. 316).

Como se señaló, el tipo penal busca sancionar al funcionario 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. En buena cuenta, se sanciona que el funcionario se interese indebidamente en cualquier contrato u operación en la que participe el Estado.

Siendo esto así, se puede apreciar que, desde la redacción típica del delito de negociación incompatible, no se exige la creación de un peligro concreto para su consumación a diferencia de, por ejemplo, el delito de peligro por medio de incendio o explosión (artículo 273 del Código Penal peruano) en el que se sanciona a quien «*crea un peligro común* para las personas o los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier clase de energía». (Énfasis nuestro).

Pese a la claridad del tipo penal, en la Casación n.º 231-2017-Puno, del 14 de septiembre de 2017, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, se ha señalado que, al no exigirse en el delito de negociación incompatible un perjuicio efectivo para la administración pública, este constituye un delito de peligro concreto, lo cual implica que «la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgos para el bien jurídico, el correcto funcionamiento de la Administración pública» (fundamento jurídico décimo tercero).

Inclusive, para justificar que se está ante un delito de peligro concreto se señala en la citada ejecutoria que debe respetarse el principio de lesividad, por lo que «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» (fundamento jurídico décimo cuarto). Debido a ello, sostiene el supremo tribunal que el «interés indebido» debe ser de una magnitud que suponga un menoscabo para la administración.

A mayor abundamiento, se sostiene que en el delito de negociación incompatible no se debe sancionar la mera desobediencia de las normas de contrataciones con el Estado, por lo que, en aras de interpretar el tipo de conformidad con los principios de lesividad, subsidiariedad y fragmentariedad, debe exigirse un peligro concreto para bien jurídico protegido (fundamento jurídico décimo quinto).

Como se aprecia, parecería ser que se está ante una errónea interpretación del tipo penal. Por ejemplo, como se explicó, para verificar cuándo se está ante la consumación de un tipo penal debe encontrarse delimitado previamente el bien jurídico que se pretende proteger. Sin embargo, en la ejecutoria suprema se señala, de manera genérica, que se está ante la protección del bien jurídico «correcto funcionamiento de la administración pública», por lo que no se precisa qué aspecto de la administración se pretende proteger.

En esa misma línea, en la ejecutoria suprema, al parecer, de manera errónea, equipara la construcción dogmática de los delitos de peligro abstracto con la de los delitos denominados de «mera desobediencia», toda vez que se señala que en el delito de negociación incompatible debe evitarse sancionar «meras desobediencias» a fin de garantizar el respeto por los principios de lesividad, subsidiariedad y fragmentariedad.

Al respecto, debe indicarse que los delitos de mera desobediencia son aquellos en los que no es posible identificar de manera precisa cuál es el ámbito que pretende proteger la norma, motivo por el cual «no solo estaremos ante un delito sin resultado, sino también ante una conducta punible sin referencia alguna a un desvalor de resultado» (Laurenzo Copello, 1992, p. 181).

Por ese motivo, los delitos de mera desobediencia han sido cuestionados, debido a que desbordarían los límites en los que el derecho penal se encuentra legitimado a actuar, por lo que su incorporación en los códigos penales carecería de toda justificación al no orientarse la sanción de estos tipos penales a la protección de bienes jurídicos (Laurenzo Copello, 1992, p. 181).

Siendo esto así, el argumento de la Corte Suprema orientado a justificar que el delito de negociación incompatible debe ser de peligro concreto, a fin de evitar que se sancionen las meras desobediencias, no resulta adecuado, toda vez que, como se

explicó, lo que se pretende proteger en este tipo penal es la objetividad en la actividad contractual en el que se requiere, para su consumación, la creación de un riesgo prohibido. Es decir, es posible identificar el ámbito que se pretende proteger con lo descrito en el tipo penal.

En la línea de la jurisprudencia suprema, anteriormente citada, la Sala de Apelaciones de la Corte de Justicia de Lima, en el expediente 183-2011-4-1826-JR-PE-02, del 08 de febrero de 2013, ha señalado que se está ante un «delito de peligro concreto en el que para su consumación no se requiere de la producción de un resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente, ya que no ha de inferirse que dicho momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación pública» (fundamento jurídico 8.4).

Al respecto, es necesario indicar que en la citada resolución no se explica por qué se está ante un delito de peligro concreto, ni cuál sería el peligro concreto requerido para que se vea consumado el delito. Se puede resaltar que, a diferencia de la ejecutoria suprema, anteriormente citada, en esta ejecutoria sí se delimita el bien jurídico protegido que vendría a ser la imparcialidad, rectitud, objetividad en la actuación funcional frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales (fundamento jurídico 8.1).

Por otro lado, en la Casación 628-2015-Lima, del 05 de mayo de 2016, emitida por la Sala Penal Transitoria, se interpreta que para la consumación del tipo penal se requiere que el interés indebido en un contrato u operación produzca un provecho a favor del propio funcionario o a favor de terceros (fundamento jurídico 2). Es decir, se interpreta que el quebrantamiento del deber de objetividad necesariamente debe llevar a un resultado lo cual, inclusive, va más allá de las exigencias planteadas por la dogmática de los delitos de peligro concreto.

Esta falta de uniformidad respecto a cuándo se consume el tipo penal de negociación incompatible es constante, toda vez que en la Casación 67-2017-Lima, del 11 de julio de 2017, se señala que se está ante un delito de peligro abstracto.

Al respecto, se ha señalado en el fundamento jurídico 37 lo siguiente:

Debido a su naturaleza de peligro, su realización **no se encuentra supeditada a la lesión efectiva de un bien, sino que la relación entre el peligro y la realización del mal futuro se encontrará en un nexo de posibilidad**. Al constituir un adelantamiento al poder del Estado, debe ser debidamente interpretado y aplicado en el caso concreto, de tal forma **que no se castigue el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa estatal**, que contravendría los principios de última ratio (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal, **sino que se verifique el interés particular del sujeto activo**, por ello, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva. (Énfasis agregado)

Aunado a ello, se señala que, a fin de evitar sancionar meras desobediencias, es necesario que el juzgador valore los hechos del caso concreto y, como consecuencia de ello, es importante analizar el interés indebido, primero, a nivel administrativo y únicamente si trasciende el ámbito que se pretende proteger administrativamente, deberá intervenir el derecho penal (fundamento jurídico 38).

Ciertamente, esta ejecutoria suprema se acerca a lo que se ha tratado de plantear con relación a la reinterpretación de los delitos de peligro abstracto, toda vez que se señala que para la configuración del delito se requiere verificar un interés indebido por parte del funcionario público.

No obstante, pese a ese acierto, en la ejecutoria suprema de manera contradictoria se indica que se está frente a un delito que sanciona un «nexo de posibilidad»; es decir, una mera probabilidad que, como se estudió, no requeriría en el caso concreto de la comprobación de la creación de un riesgo prohibido.

Asimismo, la labor de constatar la creación del riesgo prohibido debe corresponderle al juez penal y no debe ser remitida, como lo sugiere esta resolución, al ámbito del derecho administrativo sancionador.

Finalmente, con mayor precisión, el Recurso de Nulidad 677-2016-Lima, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se orienta a describir lo que se ha buscado proponer en este trabajo sobre la dogmática de los delitos de peligro abstracto. En esta ejecutoria, en el fundamento jurídico 6.7, se señala lo siguiente:

En términos de imputación objetiva, **el riesgo prohibido con el actuar del agente se verifica con la realización de actos irregulares que deja trasuntar un interés en usar el cargo en provecho propio o de tercero**, no se aprecia que la conducta del agente esté encaminada a afectar el patrimonio estatal, de ahí que no se exige, para su configuración, que exista perjuicio o en su defecto, un provecho económico para el funcionario o servidor público, solo basta con exteriorizar ese interés para consumar el delito materia de análisis, tanto más si resulta ser un delito de peligro, **el cual se configura solo con aquél interés particular del funcionario** o servidor público respecto al contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. (Énfasis nuestro)

Como se aprecia, en esta ejecutoria suprema, pese a que se señala que el delito se consuma únicamente con el interés indebido del funcionario, es importante resaltar que exige igualmente la creación de un riesgo prohibido que se puede constatar con la realización de actos irregulares.

De este modo, se puede llegar a la conclusión de que la consumación en el delito de negociación incompatible va más allá de la realización de la conducta típica: el «interés indebido» por parte del funcionario. De no ser así, se podría cuestionar, tal como se hizo en la demanda de inconstitucionalidad que revisó la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C. 128/03, que el «interesarse indebidamente» pueda constituir un derecho penal de autor, pues se estaría penalizando el ánimo interior del funcionario y no la materialización externa del pensamiento; es decir, se estaría sancionando las ideas del funcionario.

Por ese motivo, para constatar el «interés indebido» debe acreditarse la creación de un riesgo prohibido que debe ser exteriorizado a través de la conducta del funcionario público que, claro está, debe ser analizada en cada caso concreto. Por ejemplo, un indicio que puede ser de utilidad para constatar la creación de un riesgo prohibido para el bien jurídico protegido, tal como lo señala el Recurso de Nulidad n.º 677-2016-Lima, es la constatación de actos irregulares en la actividad contractual del Estado.

Siendo esto así, para excluir de responsabilidad penal a un funcionario público, se requeriría, a modo de ejemplo, y no de manera taxativa, lo siguiente:

- Que el funcionario público disminuya el riesgo (Castro Cuenca, 2009, pp. 162-163). Por ejemplo, ante un fenómeno natural se podría justificar una contratación directa a fin de disminuir el riesgo para el bien jurídico protegido. No obstante, es necesario acotar que deberá verificarse que la contratación directa, en realidad, se encuentre justificada, por ejemplo, constatando a través de los organismos competentes que, en efecto, se trata de un fenómeno natural de gran intensidad que justifica la contratación directa.
- Que exista ausencia de creación de peligro por parte del funcionario: el funcionario no disminuye el riesgo para el bien jurídico y tampoco lo aumenta. Por ejemplo, pequeños regalos realizados al funcionario no podrían poner en peligro su objetividad al momento de adjudicar un contrato estatal (Castro Cuenca, 2009, p. 164). Sin embargo, cabe resaltar que, más allá de la exclusión de la tipicidad por tratarse de conductas socialmente adecuadas, es necesario constatar si, en efecto, el pequeño regalo ha sido suficiente o no para vincular la decisión del funcionario. De ser así, sí se habría generado afectación a la objetividad en el ámbito de la contratación estatal, a pesar del irrisorio regalo otorgado al funcionario.

4. Conclusiones

En este breve artículo se ha tratado de proponer una reinterpretación de la dogmática de los delitos de peligro vinculada al delito de negociación incompatible, regulado en el artículo 399 del Código Penal peruano que forma parte de los delitos contra la administración pública.

Para ello, se inició este artículo esbozando una definición de bien jurídico con la finalidad de poder delimitar lo que se pretende proteger de manera genérica en los delitos contra la administración pública y, en específico, en el delito de negociación incompatible. De este modo, el bien jurídico «objetividad en los procesos de contratación estatal» ha servido como baremo para determinar cuándo la conducta típica de interesarse indebidamente logra ponerla en peligro.

Una vez delimitado el bien jurídico que se pretende proteger, se buscó explicar la discusión actual de la dogmática de los delitos de peligro y se pudo concluir que la construcción dogmática de los delitos de peligro abstracto, a diferencia de los delitos de lesión, no había sido uniforme. Por ese motivo, se propuso seguir la interpretación planteada por Mendoza Buergo en la que señala que todos los tipos penales, sin distinción, requieren de la constatación de la creación de un riesgo prohibido como primer nivel de imputación objetiva.

Dicha interpretación resulta útil, puesto que, de no ser así, dos conductas distintas podrían llevar a una misma solución y ello, claro está, afectaría el principio de responsabilidad subjetiva al no poderse afirmar ni el dolo ni la imprudencia con relación a la peligrosidad del comportamiento realizado (Mendoza Buergo, 2002, pp. 43-44), así como también se estaría atentando contra el principio de igualdad.

Posteriormente, se analizaron las sentencias de la Corte Suprema a fin de verificar si se estaba realizando una correcta interpretación del tipo penal, conforme a los postulados propuestos en el presente trabajo y, lamentablemente, se pudo apreciar que la jurisprudencia no era uniforme: en una ejecutoria se señalaba que se estaba ante un delito de peligro concreto, en otra se exigía un resultado y en otro grupo de ejecutorias se señalaba que se estaba ante un delito de peligro abstracto.

Pese a esta advertida falta de uniformidad de las ejecutorias supremas, se pudo apreciar que en el Recurso de Nulidad 677-2016-Lima se planteó que para la consumación del delito de negociación incompatible se debe constatar la creación de un riesgo prohibido a través del desempeño de actos irregulares cometidos por el funcionario público.

Por ello, en este trabajo se considera que sobre la base de lo postulado en esa ejecutoria suprema debe seguirse una línea jurisprudencial uniforme en la que se advierta la necesidad de constatar el primer eslabón de análisis de la imputación objetiva a fin de verificar si ha existido o no la creación de un riesgo prohibido y, para ello, se deben considerar las pautas precedentemente señaladas en el punto anterior de este artículo. De esa manera, se podrá establecer una dogmática de los delitos de peligro coherente con los principios del derecho penal, tales como el de culpabilidad, igualdad, lesividad, entre otros.

Referencias

- Asúa Batarrita, Adela. (1997). La tutela del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria. En Adela Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración pública* (pp. 13-55). Instituto Vasco de Administración Pública.
- Demetrio Crespo, Eduardo. (2000). Corrupción y delitos contra la Administración pública. En Eduardo Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos* (pp. 67-72). Ratio Legis.
- Barbero Santos, Marino. (1973). Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (26), pp. 487- 498.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo. (2009). *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Ratio Legis.
- Cerezo Mir, José. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), pp. 47-52.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. (2012). Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. *Revista de Derechos Fundamentales*, 8, 45-76.
- De la Mata Barranco, Norberto. (2009) ¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción? *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (23), 245-259.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. (2005). Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro. En *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (pp. 307- 342). Civitas.

- González Rus, Juan José. (1983). *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*. Fundación Juan March.
- Laurenzo Copello, Patricia. (1992). *El resultado en derecho penal*. Tirant lo Blanch.
- Luzón Peña, Diego. (2016). *Lecciones de derecho penal. Parte general* (3.^a ed.). Tirant lo Blanch.
- Méndez Rodríguez, Cristina. (1993). *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Centro de estudios judiciales.
- Mendoza Buergo, Blanca. (2002). La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Revista de derecho penal y criminología*, (9), 39-82.
- Mir Puig, Santiago. (2011). *Bases constitucionales del Derecho Penal* (1.^a ed.). Iustel.
- Mir Puig, Santiago. (2016). *Derecho penal. Parte general* (10.^a ed.). Editorial B de F.
- Muñoz Conde, Francisco. (2015). *Derecho penal. Parte especial* (20.^a ed.). Tirant lo Blanch.
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho penal. Parte general* (tomo 1). Civitas.