

# Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible



Por **ERICK GUIMARAY**  
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

## I. Bien jurídico protegido

Todos los tipos penales del Título XVIII del Código Penal (CP) resguardan el “correcto funcionamiento de la administración pública”, siempre que se entienda con ello a la protección del fin objetivo, legal y prestacional en la gestión de los recursos públicos, llámese bienes o servicios. Este bien jurídico categorial está compuesto, además, por una serie de principios y deberes que se descargan sobre ciertas personas que decidieron ubicarse entre los recursos del Estado y sus destinatarios, es decir, sobre los llamados funcionarios públicos, únicas personas capaces de vincular al Estado con sus actos.

En el delito de negociación incompatible (art. 399 CP) se menciona lo siguiente:

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

De esta redacción se puede colegir que el interés estatal a proteger tiene que ver con el poder político (o de gestión de intereses) con que cuentan los funcionarios públicos y con la prohibición explícita de que obtengan algún beneficio indebido en razón de dicho poder. En términos más específicos, lo incompatible de una negociación radica en que esta tiene como razón de ser el interés particular del funcionario, en detrimento del interés general y de los principios que de ello se desprenden, como por ejemplo, la transparencia en los contratos y operaciones comerciales donde el Estado actúa como parte. Así, parece lógico afirmar que el bien jurídico protegido (protegido del interés privado de los funcionarios públicos) es la objetividad y legalidad de los contratos u operaciones comerciales que la Administración lleva cabo.

## II. Conducta típica

Es un acierto irrefutable del legislador haber utilizado una fórmula genérica para referirse a la forma en la cual el funcionario o servidor público muestra su interés en determinado contrato u operación (directa, indirecta o por acto simulado). Y es que en realidad la Administración como aparato gubernamental de ejecución y gestión funciona de forma coordinada, e incluso muchas veces dependiente entre cada una de sus oficinas, departamentos, direcciones o jefaturas. Con lo cual, es razonable prever que el interés en cierta negociación pueda nacer en la oficina A y tener repercusión en la oficina B, justamente en razón de interdependencia apuntada.

De otro lado, es necesario destacar que la “muestra de interés” puede llevarse a cabo mediante un acto propio de las funciones del servidor público o, incluso, puede tratarse de acciones que trasgredan sus funciones. Y es que el tipo penal nada dice al respecto. El verdadero desvalor penal de la conducta radica en que el agente delictivo lleve a cabo conductas de interés que nacen en <razón de su cargo>, algo que debe ser interpretado, cuanto menos, de dos formas:

- i. *que exista un abuso del cargo*: es decir, que el funcionario desconozca las funciones de sus subordinados, asuma competencias impropias o imponga su criterio u opinión respecto de alguna decisión que incida en el proceso de contratación o cualquier otra operación comercial en la que el Estado actúa como interesado (esta conducta no tiene que ser, necesariamente, directa respecto de la contratación u operación comercial, como bien señala el tipo penal);
- ii. el legislador no solo previó el único escenario en el que un determinado funcionario tenga competencia directa sobre algún proceso de contratación u operación comercial, sino que incluso prevé actos indirectos y simulados. En este sentido, nada impide que la frase “en razón de su cargo” también explique el actuar del funcionario interesado que sin tener competencia actual en algún contrato u operación lleve a cabo gestiones que a la postre viabilizarán contrataciones públicas de su interés. En este supuesto, claro está, habrá que probar además el interés futuro del funcionario.

Si lo que ha de primar es una interpretación sistemática y teleológica, el punto ii) va de la mano con nuestra judicatura, cuando dice: “El mencionado interés puede darse 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”. Dicho de otro modo, un contrato u operación comercial debe ser entendido como un proceso dividido en tantas etapas como sean necesarias para su configuración, y sobre cada una de ellas se protege el mismo bien jurídico, o lo que es lo mismo, el delito de negociación incompatible puede materializarse en cualquier etapa y a través de cualquier muestra de interés razonable.