



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**¿Es posible la configuración del dolo eventual como
elemento subjetivo en el delito especial de negociación
incompatible?**

Tesis para optar el Título de
Abogado

**Grecia Noellia Amaya Arrieta
Marifé del Carmen Gallo Rivera**

**Asesor(es):
Dr. Percy Raphael García Caveró**

Piura, junio de 2025

Aprobación

La tesis titulada “¿Es posible la configuración del dolo eventual como elemento subjetivo en el delito especial de negociación incompatible?”, presentada por las bachilleres Grecia Noellia Amaya Arrieta y Marifé del Carmen Gallo Rivera en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobado por el director de tesis Dr. Percy Raphael García Caveró.



Director de tesis



Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Grecia Noellia Amaya Arrieta, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 72271313, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

“¿Es posible la configuración del dolo eventual como elemento subjetivo en el delito especial de negociación incompatible?”

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Marifé del Carmen Gallo Rivera, identificado con DNI: 73958149
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dr. Percy Raphael García Caveró, identificado con DNI: 02810165
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 29/04/2025.



.....
Firma del autor



.....
Firma del asesor

Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Marifé del Carmen Gallo Rivera, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 73958149, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

“¿Es posible la configuración del dolo eventual como elemento subjetivo en el delito especial de negociación incompatible?”

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Grecia Noellia Amaya Arrieta, identificado con DNI: 72271313
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dr. Percy Raphael García Cavero, identificado con DNI: 02810165
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 30/04/2025.



Firma del autor



Firma del asesor

Dedicatoria

A mis padres por ser mi mayor ejemplo de esfuerzo y amor incondicional, por su apoyo inquebrantable en cada paso de este largo camino.

A mis hermanas, por ser mi refugio en los momentos difíciles, por escucharme, alentarme y recordarme siempre que soy capaz de lograr mis sueños.

A mis abuelos, por siempre estar pendientes de mí y por su inmenso cariño.

Grecia Noellia Amaya Arrieta

A mi mamá, por ser mi fuerza, mi guía y el motivo por el que siempre quiero seguir adelante.

A mi papá, por enseñarme a valorar la vida y creer en mí siempre.

A mi abuelito, por engreírme y mostrarme con su ejemplo el valor del trabajo y la justicia.

A mi abuelita, por su ternura, su amor incondicional y su compañía constante.

A mis hermanas, por entenderme, acompañarme y hacerme reír siempre.

Y a mi perrita, por estar conmigo en cada amanecida, con su amor fiel y silencioso.

Gracias por ser mi hogar y mi inspiración.

Marifé del Carmen Gallo Rivera

Agradecimientos

Agradecerle a Dios, cuya guía y fortaleza nos ha acompañado a lo largo de este camino, dándonos perseverancia y compromiso para concluir esta investigación.

A nuestras familias, por su apoyo y comprensión, su confianza en nosotras ha sido el motor que nos impulsó a seguir adelante incluso en los momentos más desafiantes.

Asimismo, extendemos nuestro sincero agradecimiento al Dr. Percy Raphael García Cavero, nuestro asesor de tesis, por su paciencia, dedicación y valiosos consejos. Su orientación ha sido fundamental para el desarrollo de este trabajo.

A todas las personas que, de una u otra forma, contribuyeron a la culminación de esta tesis, les reiteramos nuestra gratitud.



Resumen

En el Perú la corrupción es un fenómeno que afecta el buen funcionamiento del estado, manifestándose en diversos delitos como es el caso del delito de Negociación Incompatible, tema central de esta investigación. Ante dicha problemática, el estado por medio del derecho penal, busca hacerle frente estableciendo normas que sancionen conductas contrarias al buen funcionamiento administrativo de las instituciones públicas, por ello el código penal regula supuestos de hecho que resulten contrarias a las expectativas normativas protegidas. Sin embargo, el derecho penal por medio de su normativa aplicable, no logra regular de manera eficiente determinados aspectos u elementos de las conductas antijurídicas, entre ellos el elemento subjetivo de los tipos penales, como lo son el dolo y sus variantes.

En el presente trabajo de investigación buscamos esclarecer la naturaleza del dolo aplicable en el delito de negociación incompatible, si es que este puede configurarse por medio del dolo eventual o si solo es posible bajo el dolo directo. Para ello resulta fundamental analizar la evolución normativa de este delito en el Perú, así como su tratamiento desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial.

El desarrollo de esta investigación parte de un marco teórico, donde exploramos la historia del delito de Negociación Incompatible, las modificaciones que sufrió y la influencia extranjera, que dieron pie a su regulación actual en el código penal peruano en el artículo 399 del mismo, así como analizamos sus elementos tanto objetivos como subjetivos. De igual forma, se estudia la teoría del dolo en el derecho penal, distinguiendo el dolo directo en primer grado, el dolo en segundo grado o dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual, examinando las diversas teorías entorno a este último tipo de dolo y su tratamiento en el código penal peruano, para posteriormente comparar las variadas posiciones doctrinarias en torno a si el dolo eventual pueda ser considerado o no como elemento subjetivo del delito de Negociación incompatible o si, por el contrario, el dolo directo es el único tipo de dolo plenamente aplicable al ilícito penal aludido. Finalmente, la investigación propone una serie de recomendaciones para una mejor aplicación e interpretación del dolo exigido en el delito objeto de esta investigación por parte de los operadores de justicia.

Tabla de contenido

Introducción	10
Capítulo 1 Negociación incompatible	12
1.1. Evolución histórica acerca del delito de negociación incompatible	12
1.2. Criminalización del delito.....	15
1.3. Bien jurídico protegido.....	18
1.3.1. <i>Generalidades</i>	18
1.3.2. <i>El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible</i>	20
1.4. Elementos típicos de la negociación incompatible	23
1.4.1. <i>Tipicidad objetiva</i>	24
1.4.2. <i>Tipicidad subjetiva</i>	28
1.4.3. <i>Sujetos: Activo, pasivo y su implicancia en el delito</i>	30
1.5. Análisis jurisprudencial sobre la interpretación del delito de negociación incompatible por parte del ordenamiento jurídico peruano	33
1.5.1. <i>Acuerdo Plenario 04-2019-CSJPE</i>	34
1.5.2. <i>Exp. 00031-2017-7-5201-JR-PE-02</i>	34
Capítulo 2 El dolo como elemento subjetivo penal.....	36
2.1. Concepto de dolo.....	36
2.2. Elementos del dolo	39
2.3. Tipos de dolo.....	42
2.4. Posición de la doctrina peruana respecto al dolo eventual	45
2.5. Reconocimiento del dolo en el código penal: el art.12	49
Capítulo 3 ¿Es posible por la estructura del delito de negociación incompatible la configuración del dolo eventual?	52
3.1. Análisis Doctrinal.....	52
3.2. Análisis Jurisprudencial.....	60
3.2.1. <i>CAS N° 628-2015-LIMA</i>	60
3.2.2. <i>CAS N° 231-2017-PUNO</i>	61
3.2.3. <i>RECURSO DE NULIDAD N°2068-2012/LIMA</i>	63
3.2.4. <i>EXP. N°00031-2017-7-5201-JR-PE-02</i>	64

Conclusiones66
Postura sobre el tema desarrollado66
Recomendaciones:70
Referencias.....73



Introducción

En la actualidad el Estado y sus poderes se han visto perjudicados por la mala praxis y falta de transparencia por parte de sus funcionarios públicos al momento del ejercicio de sus funciones, ocasionando que el buen manejo de los sistemas político-jurídicos se vea afectado. Este es el caso del sistema de la administración pública, en el cual se ha generado un gran nivel de desconfianza debido a las diversas actuaciones ilícitas que se han venido suscitando en los últimos tiempos.

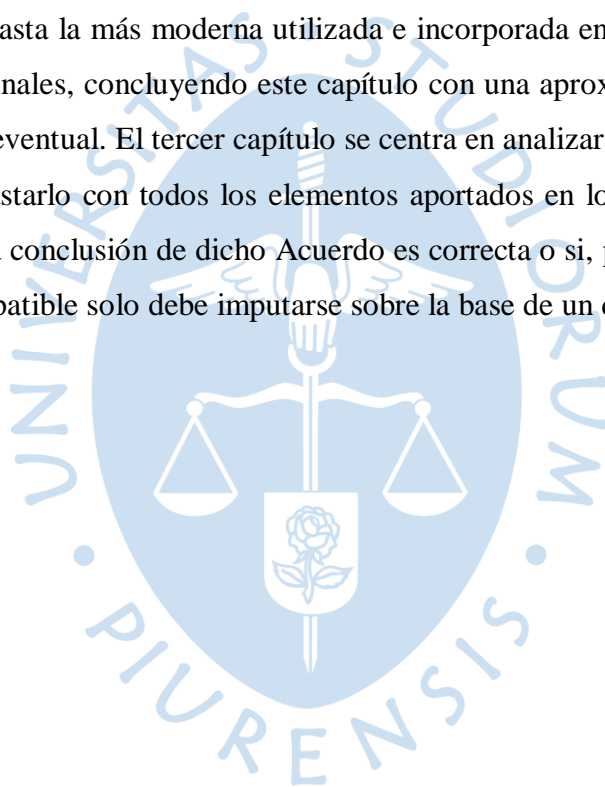
Las actuaciones ilícitas, muchas de ellas de carácter delictivo, se han incrementado en los últimos años, siendo esta una de las problemáticas más alarmantes que preocupan a los peruanos, ya que basándonos en los índices porcentuales brindados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) el 54,1% de los ciudadanos considera a la corrupción como uno de los principales problemas que afronta nuestra sociedad, incluso más importante que la delincuencia violenta. En efecto, desde el periodo de octubre de 2022 hasta marzo de 2023 hay un incremento de 2.4% de puntos porcentuales a diferencia del periodo de octubre 2021 a marzo de 2022. Este se corresponde con un aumento en la comisión de delitos contra la administración pública, ya que, como muestra el INEI, en el año 2020 el número de personas condenadas por el delito de corrupción fue de 178, en el año 2021 se condenaron a 1,212 funcionarios y por último en el año 2022 este número siguió en aumento llegando a un máximo de 1,540, conforme a los casos reportados por las Fiscalías Especializadas en Corrupción de funcionarios¹.

En el contexto descrito, consideramos relevante el poder ahondar en la lucha penal contra esta problemática y, para ello, aportar conocimientos que permitan identificar de manera clara la comisión de los ilícitos penales. En el presente trabajo, nos centraremos específicamente en uno de los delitos de corrupción de funcionarios, como es el delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, en donde el funcionario público, en forma directa o indirecta o por acto simulado, se interesa indebidamente, en provecho propio o de un tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene debido a su cargo, más específicamente si es viable jurídicamente su configuración subjetiva bajo la forma del DOLO EVENTUAL, ya que en la práctica este ilícito penal se configura básicamente a partir del dolo directo

¹ ComexPerú, *Percepción De Gobernabilidad En El Perú Es Afectada Por La Corrupción De Funcionarios Públicos Semanario 1169-Hechos de Importancia*, 16 de junio de 2023, <https://www.comexperu.org.pe/articulo/percepcion-de-gobernabilidad-en-el-peru-es-afectada-por-la-corrupcion-de-funcionarios-p%C3%BAblicos>.

Por ello, el presente trabajo de investigación tiene como finalidad poner a prueba la hipótesis sobre la configuración del delito de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE a título de DOLO EVENTUAL, cuestión que ha sido determinada por el Acuerdo Plenario 04-2019-CSJPE, al adoptar la postura de admitir el dolo eventual como elemento subjetivo pasible de configurar el ilícito de aprovechamiento indebido del cargo.

En consecuencia, el trabajo se ha estructurado en tres capítulos, el primero abarca el delito de negociación incompatible, comenzando con su evolución histórica y tomando como punto de partida la legislación comparada (Argentina), para después abordar los cambios legislativos propios sobre el ilícito penal y terminar con la estructura típica del delito. En el segundo capítulo se plantea la figura de dolo eventual, analizando las teorías subjetivas del dolo, desde la más clásica hasta la más moderna utilizada e incorporada en los fallos más recientes de los tribunales nacionales, concluyendo este capítulo con una aproximación completa sobre el fenómeno del dolo eventual. El tercer capítulo se centra en analizar el Acuerdo Plenario 04-2019-CSJPE, y contrastarlo con todos los elementos aportados en los capítulos precedentes, para poder arribar si la conclusión de dicho Acuerdo es correcta o si, por el contrario, el delito de negociación incompatible solo debe imputarse sobre la base de un dolo eventual.



Capítulo 1

Negociación incompatible

1.1. Evolución histórica acerca del delito de negociación incompatible

La tipificación del delito de negociación incompatible nace por la necesidad de regular el abuso de poder por parte de los funcionarios públicos, teniendo como influencia principal a la doctrina y jurisprudencia argentinas, tal y como lo menciona Abanto Vásquez²: La fuente es indudablemente argentina (art. 265 C.P., primer párrafo, de 1922), aunque en la normativa argentina esta figura es tratada en un capítulo independiente dedicado a las negociaciones incompatibles. Sin embargo, la legislación argentina no tiene un tipo penal de PATROCINIO ILEGAL como el que existe en el artículo 385 del Código Penal peruano, ni tampoco cuenta con un tipo penal específico de FRAUDE AL ESTADO (colusión ilegal) como existe en el artículo 384 de nuestro código nacional. Evidentemente, estas realidades legales no fueron tomadas en cuenta por nuestro legislador, quien irreflexiva y sistemáticamente introdujo tipos penales guiándose por fuentes extranjeras.

El hecho de que, para llegar a la actual regulación en el Perú, hayan existido múltiples modificaciones del delito de negociación incompatible, hace necesario que hagamos referencia a las legislaciones extranjeras que sirvieron como precedente primigenio para su configuración en el país: El artículo 175° del Código Francés de 1810, el artículo 324° del Código Italiano de 1830 y artículo 324° del Código Español de 1850.

La primera gran aparición de esta figura en el terreno nacional se dio con el Código Penal de 1863, ya derogado, en su artículo 201. Dicho precepto rezaba de la siguiente manera: “El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación, en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con inhabilitación especial en segundo grado, y multa de diez a cincuenta por ciento sobre el valor de la parte que hubiere tomado en el negocio”.

Ello es así, en razón de que antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1863, no se encontraron antecedentes del tipo penal sub examine, ya que el Derecho Penal vigente tras la independencia en el Perú era integrado por la Recopilación de las Leyes Indias de 1680, y supletoriamente se aplicaría todo el Derecho de Castilla, pero, en la práctica, se aplicó

² Manuel Abanto Vásquez, *Los Delitos Contra La Administración Pública En El Código Penal Peruano*, 2ª ed. (Palestra, 2003),504.

fundamentalmente el Derecho Penal contenido en la Nueva y Novísima Recopilación y, sobre todo, en la Séptima Partida.³

Un segundo momento histórico se muestra al tomar en cuenta el artículo 345° del Código Penal Peruano de 1924, en el cual se dieron determinadas modificaciones como el uso del término funcionario público en lugar de empleado público o autoridad, el cual que se mantiene en la actual tipificación. Del mismo modo, se puede apreciar una ligera formalización con respecto al supuesto de hecho en general que se presenta junto al sujeto del ilícito. En ese sentido, el antiguo artículo 345° textualmente establecía que “El funcionario público que, a pretexto de sus funciones o con abuso de su cargo, obliga o induce a otro a dar, hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad, incurrirá en reclusión de tres a cinco años”.

Este recorrido continúa y los legisladores tardaron más de 50 años en reformar el artículo anteriormente citado. Esa reforma de lo que en ese momento era *lex lata* nos lleva a la tipificación propia del delito bajo análisis con el *nomen iuris* de aprovechamiento indebido del cargo, esta novedad nos fue otorgada a través del Código Penal de 1991, en el cual se describe el ilícito de la siguiente manera:

Artículo 397: “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”.

No fue hasta la Ley N°28355 que el nombre cambió, al igual que el artículo en el que se tipifica. La modificación trajo consigo que se trasladara al artículo 399 el delito de negociación incompatible con el nombre de “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, el cual contiene 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”.

Con respecto a esta modificación podemos observar que se añade el supuesto en el que la actuación del funcionario o servidor público puede ser en provecho propio o de un tercero. Esta especificación conlleva a concretar el delito, pues con la anterior argumentación se

³ Alamiro Ávila Martel, *Esquema Del Derecho Penal Indiano* (Santiago de Chile, 1941),20-21.

entendía que el beneficiario era el mismo funcionario o servidor público, quien actuaba en propio beneficio.

Sin embargo, como podemos observar ahora, también puede concretarse cuando hay un interés por beneficiar a un tercero. Al mismo tiempo, con respecto a la consecuencia jurídica, se incluyó una nueva clase de sanción que es la inhabilitación, junto con un incremento de la pena con respecto a la anterior tipificación. Es decir, en las palabras de Víctor Enríquez Sumerinde:

“No se efectuó reformas de fondo con relación a la estructura de redacción típica anterior, limitándose únicamente a agregar la frase “en provecho propio o de terceros” y modificando el régimen de penas, con el consiguiente aumento de la privación de libertad y la expresa anotación de la pena de inhabilitación”.⁴

Finalmente, el camino evolutivo termina con la Ley N°30111, publicada el 26 de noviembre de 2013, la cual brinda las últimas y actuales modificaciones. Esta ley trae consigo la siguiente estructura del delito de “negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo”:

“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”.

Es esta tipificación la que se consagra como *lex lata* y por virtud de la cual se agrega una pena pecuniaria de días-multa, cuando en un hecho concurren los elementos configuradores del tipo. En otras palabras, ello hace que la consecuencia jurídica se agrave, ya que el funcionario o servidor público se ve obligado a pagar al Estado una cantidad de dinero con una fórmula establecida por el denominado sistema de días-multa actual, esto como consecuencia de haber cometido un delito contra de la administración pública. Sin embargo, pese a que la tipificación es más clara, aún siguen existiendo voces como las de Ramiro Salinas Siccha:

“Una figura de incompatibilidad de cierta generalidad al no especificarse la naturaleza del contrato u operación que, como se apreciará del análisis, tiene similitudes con el

⁴ Víctor Enríquez Sumerinde, *El Delito De Negociación Incompatible En El Marco De La Nueva Ley De Contrataciones Del Estado*, Gaceta Penal, no. 79 (2016) [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/22419BE8014AE10F052580B9006CE03A/\\$FILE/AGACPENAL79PAG77.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/22419BE8014AE10F052580B9006CE03A/$FILE/AGACPENAL79PAG77.PDF).

delito de colusión contenido en el artículo 384 del Código Penal, con la diferencia de que en la negociación incompatible no se requiere la concertación ni la existencia de perjuicio”.⁵

Denotando problemas interpretativos, debido a la muy poca delimitación normativa efectuada hacia el delito de negociación incompatible y la paupérrima técnica legislativa utilizada para su construcción.

En conclusión, hay aún algunos temas delicados sobre este delito, y no solamente en referencia al tipo de contrato u operación, contexto en el que se desarrolla la actividad delictiva, sino también, y lo que es motivo de esta investigación, con respecto a la clase de dolo con el cual se configura el ilícito penal analizado.

1.2. Criminalización del delito

Los delitos contra la administración pública son delitos que han sido previstos por el legislador en el código penal con intención de proteger el buen funcionamiento de la administración pública. No obstante, no se trata de proteger a la administración *per se*, ni a su prestigio o su dignidad, sino propiamente a su actividad pública, en pocas palabras los servicios que los poderes del Estado prestan a los ciudadanos en el marco de un estado social y democrático de derecho.⁶

Es bien sabido que no todos los actos realizados por funcionarios públicos son calificados como delitos, es decir que no todas las inconductas funcionales son de relevancia jurídico-penal, en tanto que el derecho penal se guía sobre todo bajo el principio de MÍNIMA INTERVENCIÓN. En tal sentido, su actuación se encuentra limitada a casos donde la gravedad del hecho sea indudable, caso contrario el Derecho Penal contra los funcionarios públicos sería calificado como administrativista sancionador con penas privativas de libertad.

Por lo tanto, en el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos, resulta de gran importancia determinar el ámbito de intervención del derecho penal. Es por ello que la doctrina distingue dos ámbitos en la relación entre los funcionarios y la Administración Pública⁷: el primero de ellos es el ÁMBITO INTERNO, organización misma de la administración, es decir sus deberes del cargo mismo⁸ y segundo un ÁMBITO EXTERNO que se manifiesta cuando el funcionario entra en relación con los ciudadanos, realizando actividades

⁵ James Reátegui Sánchez, *Delitos Contra La Administración Pública En El Código Penal*, 3a ed. (Gaceta Jurídica, 2023).

⁶ Manuel Manuel A. Abanto Vásquez, *Los Delitos Contra La Administración Pública En El Código Penal Peruano*, 2a ed. (Palestra Editores, 2003),505.

⁷ Abanto Vásquez, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*,506.

⁸ Abanto Vásquez, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*,506.

referidas a los fines institucionales que la Constitución atribuye a la Administración Pública.⁹ Sin embargo, el ámbito que concierne o tiene relevancia penal y, por lo tanto, faculta la intervención del *ius puniendi* sería el último, mientras que el primero tiene una importancia o relevancia administrativa, facultando por sí solo el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Pues bien, el legislador peruano ha previsto regular o criminalizar las conductas que van más allá de los parámetros establecidos por la ley para el pleno ejercicio y desarrollo de las facultades propias de los funcionarios públicos. Para ello, ha decidido emplear el amplio término de CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, agrupando en el mismo diferentes conductas contrarias a la ley, como es el delito de cohecho, así como otras figuras como la NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.¹⁰

En el caso específico de la negociación incompatible, resulta necesario preguntarnos ¿por qué el legislador ha decidido criminalizar este delito? Para poder responder a esta pregunta debemos recurrir a uno de los penalistas más relevantes en la dogmática penal del siglo XX, Günther Jakobs, quien considera que el Derecho Penal tiene por misión garantizar la identidad normativa de la sociedad. Por ello el hecho punible es una aportación comunicativa, mediante la cual el delincuente se aferra a la afirmación de que su comportamiento es válido y actúa sin defraudar expectativas normativas. Ante ello, la pena se declara en contra de esta afirmación comunicando que el comportamiento defraudador no pertenece a aquella configuración social.¹¹ Ello traducido en el ámbito de la corrupción de funcionarios significa que las expectativas normativas de la sociedad deben consolidarse con los deberes positivos del funcionario público, ya que la no contribución a esa consolidación por medio del cumplimiento del deber positivo defrauda la norma y justifica la imposición de la pena.

Teniendo en cuenta las palabras de Jakobs, podemos decir que la criminalización del delito de Negociación Incompatible por parte del legislador, se hizo con la finalidad de prevenir y sancionar las conductas que involucran un conflicto de intereses entre un funcionario público y su actividad privada, considerando que este delito hace referencia a situaciones en las que funcionarios públicos utilizan su posición o influencia en el gobierno para obtener beneficios personales o para favorecer a terceros con los que mantienen una relación económica o financiera, así como sentimental o familiar.

⁹ Abanto Vásquez, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, 507.

¹⁰ Abanto Vásquez, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, 507.

¹¹ Jakobs, Günther Jakobs, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 1. ed., Monografías (Thomson / Ed. Civitas, 2004).

Para mayor entendimiento, mencionaremos cuatro razones que impulsaron a la criminalización del ilícito. La primera razón es la protección de la integridad del gobierno, para preservar la probidad de las instituciones gubernamentales, al evitar que los funcionarios públicos utilicen su poder para obtener ventajas personales o para favorecer a amigos, familiares o asociados comerciales. La segunda razón es para prevenir la corrupción en el gobierno haciendo que los funcionarios públicos sean responsables de sus acciones y evitar cualquier conflicto de intereses que pueda comprometer su imparcialidad en la toma de decisiones. La tercera razón es el mantenimiento de la confianza pública, pues la confianza de la ciudadanía en el gobierno es fundamental para el funcionamiento efectivo de una democracia, es decir, la criminalización de la negociación incompatible ayuda a mantener esa confianza al demostrar que se toman medidas enérgicas contra el abuso de poder. Y, por último, la cuarta razón es la promoción de la transparencia y la ética, ya que, al penalizar la negociación incompatible, se fomenta una cultura de transparencia y ética en el servicio público, lo que a su vez contribuye a un gobierno más justo y confiable.

La criminalización de conductas ilícitas cometidas por funcionarios públicos es un tema de discusión doctrinaria de gran envergadura. Uno de los argumentos más empleados en esta discusión es que la criminalización de dichas conductas invadirá el ámbito de actuación del derecho administrativo sancionador. Sobre todo, en la negociación incompatible, ya que la doctrina considera que la tipificación penal de dicha conducta conlleva a la criminalización de un deber propiamente administrativo, lo que afectaría el principio de *ultima ratio* que se mencionó inicialmente; ello en razón de que se sancionan conductas que sólo merecerían un tratamiento sancionador administrativo, mas no penal.¹²

No obstante, la crítica no resulta suficiente para evitar la criminalización de estas actuaciones de los funcionarios, puesto que se trata de un deber que responde a la necesidad de evitar que los intereses privados de los funcionarios intervengan en el correcto y normal funcionamiento de la administración, es decir, que lo que se busca es evitar futuros daños a intereses que necesitan protección penal.¹³

El adelanto de la criminalización de los delitos cometidos por funcionarios públicos se basa en que los actos de la administración tienen implicancias para el conjunto de los

¹² Bruno Rusca, *Consideraciones De Política Criminal Sobre El Delito De Negociaciones Incompatibles Con La Función Pública: Una Reconstrucción De Su Ilicitud Como Puesta En Peligro Contra La Voluntad Estatal*, *Derecho PUCP*, no. 90 (2023), <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.013>, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/26893>.

¹³ Rusca, *Consideraciones de política criminal sobre el delito de negociaciones incompatibles con la función pública: una reconstrucción de su ilicitud como puesta en peligro contra la voluntad estatal*.

ciudadanos y, si el contenido de tales decisiones es contrario a derecho, esto puede llegar a afectar otros bienes como la salud, la seguridad o incluso la educación pública.¹⁴

En resumen, la criminalización del delito de negociación incompatible recae sobre el funcionario público, el cual tiene el privilegio de contar con una potestad delegada por el Estado que le brinda la facultad de ser decisivo en el procedimiento de contratación estatal, por lo que ante ello el Estado debe garantizar que el funcionario no romperá sus competencias institucionales en favor propio o de terceros allegados, para lo cual recurre al *ius puniendi* en su expresión de una prevención positiva general.

1.3. Bien jurídico protegido

1.3.1. Generalidades

El bien jurídico penal desempeña una función crítica, al permitir identificar cuáles son las expectativas normativas que la sociedad considera dignas de protección. Cuando estas expectativas se ven incumplidas, se recurre a la pena como un mecanismo para restaurar el equilibrio, demás, esta función también permite evaluar si la incriminación establecida por el legislador es adecuada o no.¹⁵ Podemos decir entonces, que el concepto de bien jurídico protegido es indispensable para el derecho penal, ya que se requiere de su lesión o exposición al peligro para legitimar la intervención del derecho¹⁶ penal. Esto además está plasmado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, conforme al cual el bien jurídico sólo será merecedor de protección en tanto sea un bien penalmente relevante.¹⁷

Pero ¿qué hace que un bien jurídico sea penalmente relevante? Para resolver esta interrogante, debemos volver a la ya conocida discusión entre Binding y Von Liszt, el primero planteaba que el bien jurídico abarcaba todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta¹⁸, es decir era penalmente relevante aquel bien que para el derecho positivo era digno de una protección estatal a través del Derecho Penal; mientras que el autor del Proyecto de Marburgo expresaba que no es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el

¹⁴ Rusca, *Consideraciones de política criminal sobre el delito de negociaciones incompatibles con la función pública: una reconstrucción de su ilicitud como puesta en peligro contra la voluntad estatal*.

¹⁵ Percy Percy García Caveró and Ronald Vilchez Chinchayán, *Delitos contra la Administración Pública* (IDEAS, 2020),103.

¹⁶ Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1 vol. (LEGALES, 2022), 84.

¹⁷ Percy Percy García Caveró, *Derecho Penal Económico Parte General*, 4th ed., 1 vol. (Instituto Pacífico, 2022),118.

¹⁸ Karl Karl Binding, *Die Normen Und Ihre Übertretung, Eine Untersuchung Über Die Rechtmässige Handlung Und Die Arten Des Delikts [Las Normas Y Su Violación, Una Investigación Sobre El Hecho Lícito Y Los Tipos De Delito]*, 1 vol. (Nabu Press, 2012).

interés vital a la condición de bien jurídico¹⁹, es decir el contexto social o interés social es lo que determina la relevancia penal del tipo penal.

Esta visión carecía de límites concretos en su formulación inicial; sin embargo, tras el auge del nacionalismo alemán, que partía de una realidad social más que del derecho positivo, y el impacto de las atrocidades cometidas bajo el régimen de fñhrer, la necesidad de establecer esos límites se hizo evidente. Por ello, varios dogmáticos se esforzaron en delimitarlos más allá del derecho positivo.

Por ello, y fruto de una ardua labor, se construyeron las siguientes teorías: una tesis constitucionalista, una tesis contractualista y una tesis institucional. La primera de ellas planteaba que los bienes jurídicos penalmente relevantes eran aquellos que se encuentran su asidero en la constitución vigente, mientras que la tesis contractual se fundamenta en el contrato social, y se acogía a la máxima general de no hacer daño a otros. Empero estas dos visiones eran insuficientes para dotar al bien jurídico de una concepción fundada en valores extrajurídicos inamovibles. Por ello, la dogmática penal moderna ha optado por defender la tesis institucional²⁰ adoptada por Jakobs para el cual:

“El derecho penal no cumple la función de mantener incólumes los derechos o intereses protegidos. De los que se trata, más bien, es de devolver la vigencia social a la norma cuestionada por la conducta del autor, de manera tal que la defraudación de dicha norma no afecte las instituciones socialmente vigentes”.²¹

Ante ello, se tiene que la postura asumida por el jurista alemán, es la mas cercana a cumplir con una función crítica que pueda ameritar y legitimar al derecho penal para que pueda encontrar y sancionar a las personas que lesionan dichos bienes jurídicos. Por ello se tiene que decir que lo que verdaderamente debe imponerse en la construcción de un bien jurídico es la determinación de las condiciones esenciales para la realización de la persona en sociedad, pero la protección penal no recaería sobre esas condiciones, sino sobre la confianza social en la vigencia de dichas condiciones.²²

¹⁹ Franz Franz von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, 2nd ed., 3 vols. (Editorial Reus, 2004). <https://doi.org/10.30462/9788429013450>.

²⁰ “En nuestra opinión, la tesis institucional acierta al centrar la función del Derecho penal en el mantenimiento de la vigencia de la norma defraudada. La protección penal no apunta a preservar, cual piezas de museo los objetos individuales o colectivos valorados positivamente, sino a devolver la confianza en la norma cuestionada por comportamientos que manifiestan socialmente un desprecio a los aspectos esenciales de la organización social”. García Caveró, *Derecho Penal Económico Parte General*. 129

²¹ Günther Jakobs, *Estudios de derecho penal*, with the assistance of Manuel Cancio Meliá, 1. ed. (UA Ediciones; Editorial Civitas, 1997), Traducción al castellano y Estudio Preliminar.

²² García Caveró, *Derecho Penal Económico Parte General*, 129.

1.3.2. *El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible*

Como bien lo hemos señalado, el bien jurídico protegido debe cumplir una visión crítica, en la medida que debe permitir delimitar de manera concisa qué expectativas normativas son dignas de protección y, por lo tanto, frente a su lesión se considere imprescindible la aplicación de una pena. Ante ello se tiene que el bien jurídico en el presente caso, no es de fácil delimitación, debido a que hace referencia a la defraudación normativa de una condición abstracta.

Se dice de manera general que el bien jurídico sería el buen funcionamiento de la administración pública, eso de manera genérica, pero dicho bien jurídico protegido no cumpliría la función crítica señalada líneas anteriores, ello porque hablar del buen funcionamiento de la administración pública, trae consigo dos grandes problemas.

El primero de ellos se refiere al juicio de cognición sobre la administración pública, problema resuelto por Rojas Vargas²³ quien postula tres acepciones acogiendo una:

- Una lectura orgánica o subjetiva nos dirá que la administración pública es una institución global, conformada por diversos órganos públicos, entidades o reparticiones que poseen jurisdicciones territoriales determinadas, competencias, jerarquías, cargos y oficios.
- Una lectura objetiva o funcional determinará que se trata de un conjunto de actividades desarrolladas por los funcionarios y servidores públicos realizando así los fines del Estado y las entidades públicas en general. Este conjunto de actividades son las funciones y los servicios públicos.
- Una lectura teórica o gnoseológica señalará que la administración pública, en tanto ciencia, toma como objeto de estudio la planeación y dirección a todo lo relacionado con el sector público.

La postura acogida por el mencionado autor es la segunda, debido a que la concepción objetiva o funcional se relaciona con la noción de bien jurídico protegido. La administración, como bien jurídico protegido, implica los siguientes elementos: a) Conjunto de actividades funcionales o de servicio público que le dan sentido a dicha administración y que vinculan al Estado o al orden público en general con la sociedad; b) Cumplimiento de deberes funcionales por parte de los sujetos públicos, de conformidad a los ámbitos de atribuciones y competencias establecidas en la ley y en los reglamentos, que confirman la confianza pública depositada por

²³ Fidel Rojas Vargas, *Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*, 2nd ed. (NOMOS & THESIS, 2017),86

la ciudadanía y debida a la nación; c) Conjunto de principios que vinculan positivamente a la administración pública con la actividad oficial de los sujetos públicos y que permiten especificar los ejes de protección penal en cada delito en concreto: imparcialidad, patrimonio público, etc.²⁴

Dicha concepción, en nuestra opinión, es la más acertada, ya que la administración pública entendida desde esta perspectiva, es mucho más personalista y mucho más susceptible a ser lesionada en cuanto se genera la expectativa normativa en la sociedad de que los funcionarios que actúan en nombre de la administración pública lo hacen con base en potestades regladas o discrecionales. En el caso de las potestades regladas, se espera que el funcionario actúe con apego al principio de legalidad, y en el caso de las potestades discrecionales, se espera que el funcionario actúe de manera justa y equitativa, sobre la base de la ética y la moral, pero sobre todo y es lo que importa al derecho penal, que actúe con base al interés público, es decir, en defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales de los ciudadanos que se satisfacen a través de una administración pública en particular.

El segundo problema está referido a la densa abstracción del bien jurídico protegido, es decir, tener un bien jurídico aplicable a todo un título del Código Penal traería consigo un problema al momento de aplicar la teoría del delito y la teoría de la pena. Por ello, la doctrina ha desarrollado lo que se conoce en este tipo de delitos como bien jurídico específico. Para algunos autores el bien jurídico específico es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeña, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración.²⁵ Para otros, el bien jurídico específico afectado por el comportamiento del sujeto público vinculado es la imparcialidad y objetividad (profesionalismo) que exige el desempeño funcional.²⁶ A pesar de que dichas definiciones son aceptadas por la doctrina mayoritaria, se tiene que la especificidad del bien jurídico tiene que ser aún mayor.

Sobre la definición del bien jurídico del delito de Negociación Incompatible han surgido diversas posiciones doctrinarias, las mismas que han sido expuestas por distintos juristas, uno de ellos es Francisco Álvarez Dávila, quien explica que hay dos posiciones doctrinarias diferentes sobre el bien jurídico a proteger. Un primer sector de la doctrina señala que el bien

²⁴ Rojas Vargas, *Manual Operativo De Los Delitos Contra La Administracion Publica Cometidos Por Funcionarios Publicos*,87.

²⁵ Ramiro Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, 3. ed. (Editorial Iustitia, 2014),574.

²⁶ Rojas Vargas, *Manual Operativo De Los Delitos Contra La Administración Pública Cometidos Por funcionarios Públicos*,349.

jurídico es el “correcto funcionamiento de la administración pública, en base a la imparcialidad y objetividad con la que los servidores y funcionarios públicos deben actuar”. Por el contrario, hay otro sector de la doctrina, el cual manifiesta que el bien jurídico del delito de Negociación Incompatible es “la lealtad de los funcionarios públicos en tanto que ellos deben preservar los intereses de la administración pública”, sin embargo, cada posición tiene ciertos problemas en su sustentación.²⁷

En el caso de la primera posición, Álvarez Dávila expone que el problema es la forma en cómo se percibe al funcionario público, entendiéndosele como un tercero neutral, el cual se encargará de equilibrar los intereses en el contrato u operación estatal en el que intervienen el Estado y un particular. Sin embargo, el jurista considera que el funcionario público debe actuar en defensa exclusiva del interés de la Administración Pública, propiciando el interés general ya que de alguna u otra forma también afecta la imparcialidad.²⁸

Por otro lado, la segunda posición doctrinaria presenta dos problemas. El primero de ellos recae sobre el vínculo existente entre la lealtad del funcionario con la imparcialidad, siendo esta una relación genero–especie, mientras que el segundo problema versa sobre la afirmación de que, en realidad, lo que se pretende sancionar bajo el concepto de lealtad es el conflicto de compatibilidad o incompatibilidad de intereses entre los funcionarios.²⁹

De todo ello se entiende que los funcionarios públicos que forman parte de la Administración Pública deben enfocar sus acciones en el interés general, lo cual se alcanza mediante el correcto ejercicio de sus funciones; en pocas palabras sus acciones deben estar dirigidas al bien común de la sociedad, siendo ese uno de los fines del Estado, de tal manera que el delito de negociación incompatible se fundamenta en los deberes especiales que la institución del estado atribuye al funcionario público.³⁰

Un segundo jurista que sigue la misma línea que Álvarez Dávila, es José Luis Castillo Alva, para quien el bien jurídico protegido en el delito de Negociación Incompatible es “la transparencia en los procesos de contratación estatal en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos”, lo que implica que un funcionario o servidor público debe actuar en nombre o representación del Estado con total integridad, al llevar a cabo los actos correspondientes a su cargo, especialmente cuando participa en contratos estatales.³¹

²⁷ García Caveró and Vílchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 103.

²⁸ García Caveró and Vílchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 103.

²⁹ García Caveró and Vílchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 104.

³⁰ García Caveró and Vílchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 105.

³¹ José Luis Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 1ª ed. (Instituto Pacífico, 2015), 15.

Para Castillo Alva el bien jurídico viene dado por la preservación de la transparencia de los contratos y las operaciones estatales, a fin de cautelar que el proceso de contratación estatal se rija por los principios de la libre competencia administrativa, equidad y la igualdad de oportunidades de los procesos de contratación, mismos principios que se aplican tanto para particulares como para estatales. De todo lo expuesto por Castillo Alva, se puede entender que la norma tiene como objetivo evitar que los funcionarios, aprovechándose de su posición o cargo, interfieran, manipulen y dirijan arbitrariamente los contratos estatales imponiendo su voluntad, deseo o capricho por encima de los intereses públicos.³²

De lo expuesto, concluimos que el bien jurídico debería ser el siguiente: la condición estatal de que la actuación del funcionario público, por razón de su cargo, en un contrato u operación, se haga en resguardo del interés de la Administración pública, evitando cualquier situación de interferencia en la toma o ejecución de sus decisiones.³³

Por ello, y como conclusión del presente acápite, se tiene que el bien jurídico es el deber funcional de un funcionario público en un marco de contratación pública. Dicho deber funcional está encaminado a garantizar una actuación neutral en un contexto de contratación administrativa, donde el funcionario debe ceñirse a las potestades regladas emanadas de la norma correspondiente, y con respecto a las potestades discrecionales el parámetro de control debe ser únicamente el interés público, sin que deba mediar el interés del privado en el actuar del funcionario.

1.4. Elementos típicos de la negociación incompatible

Para referirnos a los elementos típicos de un ilícito penal, irremediablemente debemos recurrir a la ya conocida teoría del delito. Esta teoría no es otra cosa que hacer un análisis sobre si la acción emprendida por el agente es típica, antijurídica y culpable. Por ello, el presente apartado ha sido estructurado como si analizáramos un caso a la luz de la teoría del delito, centrándose exclusivamente en el estudio de la tipicidad, tanto objetiva como subjetiva, para luego de analizar los elementos normativos, pasar a hacer una mención sobre los sujetos que participan en el delito y su implicancia en el *iter criminis* como tal, por último, se terminará con una breve descripción del objeto del delito.

³² Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 15-16.

³³ Francisco Álvarez Dávila et al., *Delitos Contra La Administración Pública – Debates Fundamentales*, 1st ed. (Gaceta Jurídica, 2022), 106.

1.4.1. *Tipicidad objetiva*

Los delitos contra la administración pública son delitos especiales que cuentan con características específicas que permiten diferenciarlos y determinarlos en cada caso concreto. El delito de negociación incompatible, objeto de esta investigación, tiene varias peculiaridades, una de ellas que no exige un pacto o acuerdo entre el funcionario público y un tercero, no siendo por ello un delito de participación necesaria, pero lo que sí se torna determinante es que el funcionario tenga un interés indebido en un contrato o una operación estatal.³⁴ Para la doctrina, interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate, una pretensión de parte no administrativa; querer que el negocio asuma una determinada configuración en beneficio del interés particular del sujeto o hacer mediar en él intereses particulares o de terceros.³⁵

Ahora, dicho interés debe canalizarse o expresarse de una manera específica. Debido a ello el legislador en su esfuerzo por no dejar nada sin *lex certa*, ha previsto que este interés indebido se puede presentar de las siguientes maneras:

- **Interés Directo:** El interesarse indebidamente de manera directa denota en el autor del delito una conducta abierta hacia la comisión del ilícito penal, es decir, el autor del delito deja de lado todos los miramientos hacia el interés general, para evocarse de manera personal a su interés particular, tal como lo expresa la jurisprudencia.³⁶ 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 un 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.

³⁴ García Cavero and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 106.

³⁵ “En el mismo sentido el R.N 253-2012 - Piura: Que interesar, 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 que u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en favor suyo o en favor de otros”. Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3rd ed., 1 vol. (Buenos Aires-Argentina Astrea, 1990).

³⁶ Recurso de Nulidad N° 373-2007 (1° Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema July 04, 2007), <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/77dae0004a55104b8a97fe9026c349a4/Sentencia.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=77dae0004a55104b8a97fe9026c349a4>.

- Interés Indirecto: Esta modalidad está referida a que no hay un interés particular manifiestamente abierto, sino que la doctrina³⁷ coincide en este punto que el funcionario se interesa indebidamente cuando utiliza a otro funcionario, o un particular o *extraneus* a través del *iter criminis*. Empero dicha modalidad no está libre de problemáticas. En el caso en que intervengan dos funcionarios y que los dos estén a cargo de la buena pro de un contrato estatal, si uno de ellos necesita de la aprobación del otro y pone en marcha un plan para que el otro acepte la buena pro, es algo que pone un poco en entredicho el dominio funcional del hecho. Pero más preocupante es para la dogmática el caso de que el interés indirecto se manifieste a través de un particular que nada tiene que ver con la esfera institucional de las operaciones y contratos estatales. Esta discusión ha existido siempre respecto a la autoría y participación del *extraneus*, discusión no cerrada y que por ser de mucha amplitud y complejidad preferimos no detallar. Además, otros autores argumentan que el modo “indirecto” se refiere al provecho que va a recibir el funcionario puede ser de la misma naturaleza que el acto inicial.³⁸
- Por acto simulado: Esto implica que el sujeto activo aparenta actuar defendiendo los intereses de la administración pública, cuando en realidad prioriza sus intereses particulares o personales. Bajo esta modalidad, el agente negocia los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, sin embargo, estas son, en realidad, de propiedad del funcionario o servidor público, incluso con empresas inexistentes, por lo cual podríamos decir que el acto simulado puede referirse también a una forma indirecta de interesarse, haciendo parecer que el interesado sería otro sujeto, cuando en realidad es el funcionario encargado de celebrar el contrato u operación.

Sobre esta modalidad de interés por parte del funcionario público en el presente tipo penal, se han generado diversas opiniones en relación con el objeto de imputación. Mientras un sector de la doctrina considera que la simulación no es de la persona, sino de un acto, es decir una entidad legal inexistente que participa en un concurso público; otro sector doctrinario expone que se trata de aparentar intereses de la Administración Pública, cuando en realidad son intereses personales por los que interviene el funcionario público. Sin embargo, en consideración de Francisco Álvarez Dávila, el interesarse por acto simulado es una forma de

³⁷ Rojas Vargas, *Manual Operativo De Los Delitos Contra La Administración Pública Cometidos Por Funcionarios Públicos*,352.

³⁸ Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*,574.

cometer defraudación de los intereses de la administración, sea por la participación de una persona jurídica inexistente o cuando se utiliza a un testaferro y se simula la titularidad de la empresa cuando en realidad el propietario es el funcionario público.³⁹

Analizados los distintos modos de interesarse por parte del funcionario público, hay que preguntarse ¿cuál es la naturaleza de este interés? La doctrina se divide en dos posturas. La primera considera que el interés puede ser de cualquier tipo, económico, político, familiar, siendo suficiente que sea un interés incompatible con el de la Administración Pública. Esta posición encuentra fundamento en el Código Penal, donde se establece que el funcionario público debe tener el ánimo de obtener un provecho para sí o para un tercero, no llegando a distinguir la naturaleza del mismo.

Un segundo sector expone que el único interés prohibido es el de naturaleza económica, ya que la normativa penal determina que el objeto del interés es de relevancia económica: “los contratos u operaciones estatales”. La doctrina nacional manifiesta que un derecho penal de *ultima ratio* solo debe castigar conductas graves como los intereses de naturaleza económica. Teniendo en cuenta ambas posiciones doctrinarias, la más acertada sería la segunda, ya que se ajusta a la delimitación del tipo penal, mientras que el primer sector centra el interés en la finalidad que tiene el funcionario. Por lo tanto, los vínculos políticos, familiares o afectivos, serían meros indicios que servirían para demostrar la razón por la que el funcionario representa un interés privado ilícito.⁴⁰

Después de analizar el verbo rector del delito, surge la siguiente interrogante: ¿el delito de negociación incompatible es un delito de peligro o de lesión? Y esta misma pregunta nos lleva a otra: ¿es necesario que ese interés, sea directo, indirecto o por acto simulado, lleve a un resultado o solo se castiga el simple interés?

Con respecto a la primera interrogante, debemos entender que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, ya que basta con que los intereses sean incompatibles. La Corte Suprema, en la Ejecutoria Suprema del R.N N° 2068-2012, sostuvo que el aludido delito es de peligro, ya que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial particular a la Administración Pública.⁴¹ En adición a ello, en la Ejecutoria Suprema del R.N N° 3281-2011 se señaló que el delito en cuestión es uno de peligro, cuya consumación se presenta cuando se verifica que hubo un interés particular por parte del funcionario público en

³⁹ García Caveró and Vélchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 118.

⁴⁰ García Caveró and Vélchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 119.

⁴¹ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 31.

contratos u operaciones estatales. En conclusión, se trataría de un delito de mera actividad y peligro, pues no se requiere que la intervención del sujeto activo, su interés indebido, sea totalmente ilícito, es decir, incompatible con la Administración Pública.⁴² En añadidura a ello, Peña Cabrera Freyre, expone que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro, debido a que, mientras la lesión requiere la imparcialidad y legalidad del ejercicio funcional, el peligro va referido a los intereses patrimoniales de la Administración Pública.⁴³

Lo expuesto por Peña Cabrera Freyre se fundamenta en que, en los delitos que afectan bienes jurídicos institucionalizados, el legislador opta por formular tipos penales de peligro. En estos casos, el adelantamiento de las barreras de intervención del *ius puniendi* estatal se basa en consideraciones político-criminales que se sustentan en los principios fundamentales del derecho; por ende, no resulta necesario, para su consumación, la producción de un resultado, ya sea la obtención de un beneficio ilícito o el perjuicio económico que sufra el Estado como consecuencia del interés indebido en el negocio u operación estatal.⁴⁴

Debemos tener en claro que el fundamento de la sanción en este tipo penal se basa en el uso indebido del cargo por parte del funcionario, quien tiene competencia específica para su intervención y así beneficiar intereses privados, anteponiéndolos sobre el interés general y distorsionando el enfoque de toda actuación pública en un Estado constitucional de derecho.⁴⁵

Teniendo como base la respuesta a la primera pregunta y sabiendo entonces que el delito de Negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, podemos pasar a resolver la segunda interrogante: ¿el tipo penal exige la consumación del interés o solo basta con que el funcionario público se interese indebidamente?

Podemos abordar la cuestión planteada de dos formas: por un lado, con una interpretación literal, considerando que el interés indebido está próximo a concretarse, lo que llevaría a calificarlo como un delito de resultado; por otro lado, podemos interpretarlo de manera sistemática, en la que la ejecución y consumación del delito ocurren en el momento en que el autor participa en cualquier fase de la contratación pública.⁴⁶

Es fundamental tener presente que no se trata de un delito de afectación patrimonial de la Administración Pública, sino que estamos frente a un delito de peligro abstracto, como ya

⁴² Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 31.

⁴³ Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl and Alonso Salas Beteta, *Aspectos Sustantivos Y La Prueba En Los Delitos Contra La Administración Pública*, 1 vol. (Instituto Pacífico, 2023), 354.

⁴⁴ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl and Salas Beteta, *Aspectos Sustantivos y la Prueba en los Delitos contra la Administración Pública*, 354.

⁴⁵ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl and Salas Beteta, *Aspectos Sustantivos y la Prueba en los Delitos contra la Administración Pública*, 356.

⁴⁶ García Cavero and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 119.

hemos venido explicando con anterioridad, de manera que se entienda que no forma parte de la tipicidad el ilícito, el hecho de que el agente logre un beneficio económico como resultado del uso extralimitado de sus funciones en un determinado contrato u operación pública.⁴⁷

Como se expuso previamente, el interesarse indebidamente debe entenderse como “la injerencia del funcionario, quien, aprovechándose de su cargo, busca obtener un beneficio para si o para un tercero, de un contrato u operación pública”. Sea que este interés se manifieste en la fase de negociación, otorgando información privilegiada; en la fase de suscripción del contrato u operación, agilizando los trámites para la suscripción de este; en la fase de ejecución del contrato u operación, ampliando plazos; o incluso en la fase de liquidación autorizando un pago adicional.⁴⁸

1.4.2. Tipicidad subjetiva

Así como el elemento objetivo debe ser probado y fundamentado, el elemento subjetivo también, ya que en caso la sentencia no fundamente correctamente dicho elemento devendría en nula por incumplimiento del principio de culpabilidad en su expresión de necesidad de una imputación subjetiva.⁴⁹ Por ello, en este acápite de la presente investigación nos dedicaremos a analizar el elemento subjetivo del delito de negociación incompatible.

Primero debemos precisar que el hecho punible en la negociación incompatible es propiamente doloso, es decir que no cabe la configuración del delito con base en una actuación culposa. La configuración subjetiva del ilícito penal exige que el funcionario o servidor público actúen con pleno conocimiento de que el deber de lealtad y probidad está ligado a sus funciones al momento de celebrar contratos o realizar alguna operación en representación y beneficio del Estado. Sin embargo, si, aun así, actúa con notable interés particular o en beneficio de un tercero con el cual tiene alguna vinculación o relación, su conducta será sancionada por el delito de negociación incompatible.⁵⁰

El tipo penal es eminentemente doloso, ya que no basta con la imprudencia o negligencia por parte del funcionario. El dolo es un elemento necesario para la constitución del ilícito penal, de tal manera que debe fundamentarse tanto al momento de acusar al funcionario como al momento de la sentencia condenatoria. Cabe resaltar que las exigencias de justicia material

⁴⁷ García Cavero and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 119.

⁴⁸ García Cavero and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 127.

⁴⁹ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 101.

⁵⁰ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 104.

demandan que una correcta política de derecho en lo judicial imponga una rigurosa acreditación de la acusación.⁵¹

En el delito de negociación incompatible el dolo como elemento subjetivo lleva a calificar como determinante el conocimiento de que se está interviniendo en un contrato u operación estatal sea de forma directa o indirecta, en provecho propio o de tercero, por medio del ejercicio de la función pública.⁵²

La conducta del autor se vuelve prohibida cuando el funcionario obra impulsado por un interés que no es de carácter administrativo o estatal, sino que actúa desviando el poder que le fue conferido por el Estado. Sin embargo, como ya hemos expuesto en acápites anteriores, no resulta necesario que el dolo abarque la conciencia de la afectación del patrimonio de la administración, ni mucho menos se requiere que la intención dirigida a la obtención de una ventaja o beneficio sea con ánimo de lucro.⁵³

Por el contrario, es fundamental que el funcionario participe activamente y tenga conocimiento e influencia en el proceso de contratación relacionado con el interés prohibido del autor. En otras palabras, la clave no es solo que el funcionario sea consciente de una irregularidad, sino que además sea consciente de que debe actuar de tal manera que evite cualquier conducta que pueda ser considerada inapropiada o en beneficio de intereses personales o de terceros, lo cual es esencial para prevenir el delito de negociación incompatible.⁵⁴

Es común que en la doctrina nacional se considere que el delito de negociación incompatible se configure a partir del dolo directo en primer grado, ya que en el presente delito el factor determinante del dolo sería el factor cognitivo, lo cual se debe a que lo central en este delito es el conocimiento que tiene funcionario de que su actuar va en contra de lo legalmente le es permitido. A pesar de ello, Castillo Alva afirma que la formulación amplia de la ley no impide que el delito se configure a partir del dolo eventual, ya que nuestra legislación no hace especial mención a la intencionalidad del sujeto activo.⁵⁵

Según lo establecido por la norma es posible exigir un conocimiento adecuado al funcionario de la acción y el riesgo no permitido que él mismo crea, teniendo en cuenta que los parámetros de actuación del funcionario ya vienen determinados por ley; por ende la

⁵¹ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 102.

⁵² Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 104.

⁵³ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 105.

⁵⁴ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 105.

⁵⁵ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 109.

determinación del delito no puede basarse en subjetividades propias del fuero interno del sujeto, siendo que el órgano jurisdiccional, probatoriamente hablando, no puede ahondar en lo que el autor del delito quería o en la intención que tenía al realizar su conducta, pues asumir automáticamente la existencia de dolo en su actuación sin pruebas suficientes se vulneraría el principio de presunción de inocencia.⁵⁶ Con todo ello es necesario que se presenten pruebas contundentes que permitan determinar que dicho delito ha sido causado a título de dolo, basándonos en criterios objetivos, en tanto y por cuanto el delito presupone la existencia de un interés y prevalimiento del cargo.⁵⁷

1.4.3 Sujetos: Activo, pasivo y su implicancia en el delito

1.4.3.1. Sujeto Activo

El delito de Negociación incompatible es un delito especial, en tanto que el sujeto activo es un funcionario o servidor público, quien en razón de su condición le son conferidas ciertas funciones como la celebración y gestión de contratos u operaciones en representación de la administración pública. No obstante, como se explicó anteriormente, para la configuración del delito es necesaria la existencia de la vinculación funcional con los contratos y operaciones que llega a celebrar el Estado.

1.4.3.2. Sujeto Pasivo

La posición de sujeto pasivo es ocupada por el Estado, quien se encuentra defraudado por el agente público, el que, en razón de su cargo, celebra contratos u operaciones en su nombre, basándose en la relación que mantiene con la Administración Pública. Ello debido a que el Estado delega potestades públicas al funcionario y este defrauda las expectativas normativas actuando en contra del interés público o interés estatal.

1.4.3.3. Implicación de los sujetos

Respecto a este epígrafe, examinaremos el contexto social en el que se relacionan el sujeto pasivo y el sujeto activo, teniendo en cuenta la competencia funcional. Por ello, analizaremos no solo el contexto social, que es la contratación estatal, sino también el vínculo funcional que presenta el autor del delito con el Estado.

El ilícito penal de negociación incompatible es un delito de infracción del deber, cuyos parámetros se desarrollan en un entorno de contratación estatal, en el cual el funcionario o servidor público prevaliéndose de su cargo decide abusar de sus funciones por medio de un

⁵⁶ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 112.

⁵⁷ García Cavero and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 131.

interés incompatible con el de la Administración pública, para obtener un beneficio, sea propio o para un tercero.

La vinculación funcional en este delito debe percibirse como la competencia que tiene el funcionario público para intervenir por razón de su cargo en un contrato u operación pública, siendo determinante que haya intervenido, teniendo como fundamento un título habilitante de naturaleza civil o laboral. Empero dicha intervención no debe ser de cualquier tipo o en cualquier orden, sino todo lo contrario, pues el funcionario debe tener capacidad de decisión sobre ciertos aspectos negociables de la operación estatal y que puedan vincular a la administración pública, siendo esto un requisito *sine qua non* para la configuración del delito de negociación incompatible.⁵⁸

La relevancia penal del comportamiento propio del autor viene de la existencia de un vicio de desviación de poder, pues la misma administración pública tiene la expectativa que el funcionario actúe en custodia del interés general. Sin embargo, el funcionario actúa abusando de su posición, siendo esta situación de prevalimiento un común divisor con otros delitos.⁵⁹

A pesar de lo expuesto anteriormente, es necesario dejar en claro que no solo debe entenderse a la relación funcional en casos donde el funcionario aún tiene la condición de tal, sino que es necesario que este sujeto cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones, en otras palabras, que el funcionario este legitimado para intervenir debido a su cargo en el contrato u operación estatal.⁶⁰ Ante ello surge la pregunta ¿qué pasaría entonces cuando el funcionario delega funciones y quien comete el delito no es él sino el delegado?

Frente a esta interrogante, surgen dos situaciones diferentes: la primera es en caso de que se trate de funciones delegables y la segunda es que se trate de funciones indelegables. En el primer caso, si el sujeto a quien el funcionario delegó funciones, siendo estas delegables, comete el delito de negociación incompatible, quien será responsable penalmente será el delegado, pues ostenta la posición especial exigida por el delito. En el caso de que lo que se delegó fueran funciones indelegables, si el delegado se interesa de forma indebida, no podrá ser responsable penalmente, ya que no cuenta con la posición especial exigida por el tipo penal.⁶¹

Sobre esta vinculación funcional, la doctrina ha expresado tener tres posiciones distintas. Hay una posición formal, según la cual esta vinculación viene determinada por la ley.

⁵⁸ García Caveró and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 111.

⁵⁹ García Caveró and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 112.

⁶⁰ García Caveró and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 113-114.

⁶¹ García Caveró and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 115.

Otro sector presenta una posición material, en el que se establece que no sería relevante que el funcionario se encuentre directamente vinculado con el contrato u operación estatal, ya que sería suficiente con que tenga poder y se encuentre en el mismo ámbito en el que se desarrolla el contrato para poder influenciar en el mismo, teniendo cierta independencia de las reglas internas de competencia de la administración pública. Por último, está la posición mixta, en la que basta con que el funcionario pertenezca a la administración pública en la que se desarrolla o desenvuelve el contrato para que pueda influenciar en él, lo que resulta muy genérico.⁶²

En el caso del criterio material se basa en la imputabilidad externa, es decir, que la actuación del funcionario sea suficiente para que la administración pública quede obligada frente a terceros, aun cuando no es el competente en el ámbito interno de la misma. Sin embargo, esto no funciona por dos razones.

En la primera de ellas, el propio legislador ha delimitado el ámbito de intervención delictiva en el tipo penal únicamente para el funcionario que actúa debido a su cargo dentro de un contrato u operación estatal, excluyendo así a funcionarios incompetentes que se interesan indebidamente en el contrato buscando un beneficio para si o para otros. Pero también hay una segunda razón, la cual parece ser un poco más convincente, y es que nos encontramos frente a un delito de infracción del deber, por lo que sería imposible generar una vinculación funcional basándose en una organización fáctica y defectuosa. En otras palabras, no se podría vincular funcionalmente cuando un funcionario público se posiciona en una situación jurídica que le corresponde al funcionario competente, pretendiendo así vincular a la administración por medio de un interés indebido en un contrato u operación estatal. Lo que llevaría entonces a permitir que se considere responsable penalmente a un particular o funcionario público, basándose en el defectuoso ejercicio de la libertad organizativa, lo cual es totalmente incongruente con la naturaleza del delito de negociación incompatible, siendo este un delito de infracción del deber.⁶³

Respecto a la posición mixta, se parte de que las funciones asignadas por ley y el reglamento constituyen un criterio para determinar la posibilidad de intervención en el proceso de contratación. A su vez, es igualmente relevante establecer si hubo un prevalimiento del cargo para beneficio propio o de un tercero en relación con dicho proceso. El límite de este criterio es

⁶² García Cavero and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 106-107.

⁶³ García Cavero and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 108-109.

que el funcionario público debe pertenecer a la administración pública donde se desarrolla el contrato.⁶⁴

Teniendo en cuenta lo expuesto por Francisco Álvarez Dávila, coincidimos con su posición ya que debemos percibir la vinculación funcional como la competencia del funcionario para intervenir en contratos u operaciones estatales, pero teniendo como base un título habilitante sea de naturaleza administrativa, civil o incluso laboral, ya que no se trata de una intervención de cualquier tipo o de cualquier orden, ya que el ámbito delimitado por ley habla de una situación de prevalimiento del cargo por parte del funcionario, quien abusando de su posición busca obtener un provecho para si o para otro.⁶⁵

1.4.3.4. Cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible

En este apartado debemos detenernos en precisar qué es lo que se entiende por contrato u operación, el primero se puede definir como todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Aunado a ello, el contrato es una figura de característica bilateral, por lo que necesita de la concurrencia de dos partes para su concreción. En el presente caso, sería el Estado y las personas naturales o jurídicas con las que se relacione.

Por el contrario, las operaciones son actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características suficientes para ser calificados como contratos. Lo que el legislador busca al añadir este elemento, es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses particulares.

En conclusión, el legislador, cuando ha tipificado el delito de negociación incompatible, incluye a los contratos, en donde la administración pública es representada por sus funcionarios o servidores públicos, quienes intervienen como parte del contrato frente a un tercero. Y en el caso de las operaciones, la administración y sus administrados se relacionan dotando a éstas de un contenido económico. Por ello, debemos tener en cuenta que no estamos ante cualquier acto administrativo, sino ante aquellos donde hay bilateralidad o unilateralidad, teniendo como riesgo que la administración pueda sufrir algún perjuicio patrimonial.

1.5. Análisis jurisprudencial sobre la interpretación del delito de negociación incompatible por parte del ordenamiento jurídico peruano

Respecto del delito de negociación incompatible se han desarrollado múltiples pronunciamientos respecto a los diferentes vacíos que la deficiente labor del legislador dejó por

⁶⁴ García Cavero and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 110.

⁶⁵ García Cavero and Vilchez Chinchayán, *Delitos Contra La Administración Pública*, 111.

resolver. Empero, dentro de dichos pronunciamientos, hemos optado por considerar relevantes y pertinentes aquellas que se pronuncian sobre la estructura del delito en lo referente a la tipicidad subjetiva, y si esta se puede configurar a partir del dolo eventual. En ese orden de ideas, acotamos las siguientes jurisprudencias:

1.5.1. Acuerdo Plenario 04-2019-CSJPE

El Acuerdo Plenario citado se ocupa de la cuestión sobre si puede o no el dolo eventual formar parte del aspecto subjetivo del delito de negociación incompatible. Es así como se plantean dos posturas importantes en el ámbito del sistema peruano, ya que son estas sobre las cuales se busca llegar a una respuesta en concreto que nos permita resolver la problemática acerca del dolo eventual dentro de la negociación incompatible.

La primera postura busca definir como única variable al dolo directo, esto basándose en la estructura que tiene el artículo que contiene este delito, el cual vendría a ser el artículo 399 del Código Penal Peruano. Es dentro de esta postura que también vemos la interpretación de la palabra “se interesa”, que se encuentra dentro del artículo 399, siendo esta palabra la que definiría el tipo de dolo, ya que una persona que se interesa no puede hacerlo entendiendo un modo probable de la comisión del delito, sino que va a tener claro qué es lo que se va a conseguir haciéndolo, y una vez claro eso va a realizar la acción, obteniendo un resultado que ha previsto, es decir, hay dolo directo por el interés privado manifiesto en la acción.

Dentro de la segunda postura, se manifiesta que puede haber dolo eventual dependiendo del caso en concreto. Esto tomando en cuenta lo especificado en el Acuerdo Plenario sobre que de “presentarse una situación en la que el funcionario público en un contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo, se proyecta la producción de disfuncionalidades propias de su competencia, pese a ser advertidas por aquel para su corrección, las asume y prosigue en vulneración de sus deberes funcionales”.

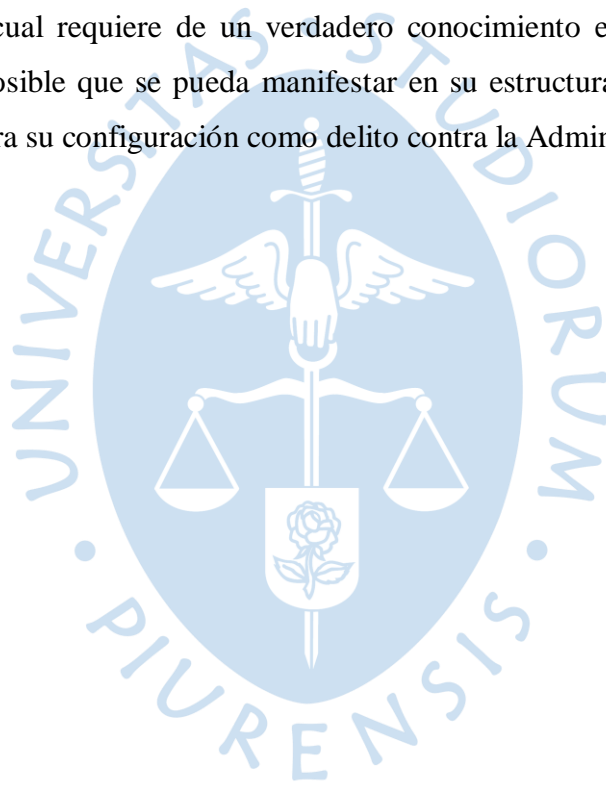
Son todos estos aspectos los que deben tomar en cuenta las autoridades judiciales al momento de determinar el dolo, buscando siempre la mejor opción en tanto al caso en el que se presente el delito.

1.5.2. Exp. 00031-2017-7-5201-JR-PE-02

El expediente en análisis desarrolla el caso del señor Domingo Arzubialde Elorrieta, al cual se le declara inhabilitado de su cargo como titular de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada, por haberse determinado en primera instancia la existencia de un interés indebido por su parte, para favorecer a la empresa Lamsac en el contrato de concesión línea amarilla. Todo ello se vio reflejado en el doble incremento de la tarifa del peaje en menos de

doce meses, así mismo respecto de la incorrecta aplicación de la fórmula de reajuste de la tarifa de peaje. La pena inicial fue de 4 años de prisión preventiva, además de un pago de cien mil soles en reparación civil a favor del Estado.

En el presente expediente en su fundamento vigésimo sexto, se deja en claro que este delito de Negociación Incompatible es netamente doloso, específicamente un dolo directo, pero lo que resulta cuestionable es que al ser el dolo eventual un tipo de dolo, es un poco complicado el poder determinar su configuración en un delito como el que se investiga en el presente trabajo, ya que su propio concepto nos dice que el sujeto está consciente de que sus acciones causan cierto perjuicio, aunque no lo quiera, para que finalmente se configuren las mismas, muy a pesar de su falta de intención. Por ello en lo que sigue averiguaremos, su por la estructura propia del delito, el cual requiere de un verdadero conocimiento e interés de perseguir el resultado lesivo, es posible que se pueda manifestar en su estructura el dolo eventual como elemento subjetivo para su configuración como delito contra la Administración Pública.



Capítulo 2

El dolo como elemento subjetivo penal

La estructura del delito contiene básicamente dos clases de elementos: unos objetivos y otros subjetivos. Mientras que los primeros son aquellos que se observan y verifican teniendo en cuenta lo exteriorizado por el sujeto, como su conducta y el resultado, los elementos subjetivos son aquellos que ahondan en las intenciones o el estado mental del sujeto, como son la culpa y el dolo, los cuales orientan la conducta del sujeto para conseguir un resultado distinto a derecho.

En el presente acápite nos centraremos en estudiar el elemento subjetivo del dolo, su concepto, su historia, cómo es que empezó a ser regulado en nuestra legislación penal peruana, cuáles son sus clases y cómo estos se pueden configurar en los distintos tipos penales, en especial en el delito de Negociación Incompatible, centro de esta investigación, así como las distintas discusiones doctrinales entorno a este elemento subjetivo. A fin de guardar y garantizar coherencia en la argumentación, se adoptará una concepción normativa del dolo, entendiendo que este no se reduce a un mero estado psicológico del sujeto, sino que se trata de una imputación basada en criterios normativos y sociales. Esta postura permitirá sustentar con mayor claridad por qué el dolo eventual no tiene cabida en el delito en estudio.

2.1. Concepto de dolo

El dolo, como figura, es un concepto importante en el derecho penal, pues forma parte de la conducta del agente que comete el delito, es decir, el dolo configura el elemento de tipicidad subjetiva de un delito. Esto siguiendo el principio de culpabilidad, el cual nos indica que “una pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto puede atribuirse el hecho al autor como suyo”.⁶⁶ Pero la cuestión a todo esto es acerca de la concepción del dolo, a la cual arribaremos una vez expuesta su evolución en referencia a la regulación que ha tenido a lo largo del tiempo en Perú. Al mismo tiempo, es importante exponer diversas posiciones sobre el concepto de dolo, pues si bien es cierto que se tiene un concepto base, hay un enfoque teórico diferente que trae ciertos debates.

La evolución del concepto dolo es muy importante para el Derecho penal, pues va a permitir determinar la imputación que recaerá sobre la persona que realiza un delito. Una primera manifestación se puede apreciar en el Derecho Romano, en donde se toma al dolo como

⁶⁶ Percy García Cavero, *La Imputación Subjetiva Y El Proceso Penal* (XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Colombia, August 24, 2005-August 26, 2005), <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5312302.pdf>.

una actuación intencionada de realizar un acto ilícito. Esto nos da una base sólida, pues se tiene una idea bastante determinada acerca del concepto que a lo largo de los años se iría desarrollando. Un segundo momento se presenta en la Edad Media, en donde el concepto de dolo acopla la idea de culpabilidad, es decir que para que una persona pueda ser indicada como culpable de un ilícito debía haber realizado una acción con dolo, es decir una acción intencionada. Con la evolución de la sociedad y las ideas se presenta el movimiento de la ilustración, en donde se dio un desarrollo importante como la codificación, con la cual se comenzó a establecer a modo general la idea concebida del dolo, en otras palabras, se ve un planteamiento acerca del conocimiento y voluntad que se debe tener para considerar una acción como dolosa.

Por otro lado, en la legislación peruana, debemos advertir que al igual que en el resto del mundo el concepto de dolo no tiene una inmersión específica, ya que es una construcción legal que se ha ido desarrollando, y que a la vez viene anexada como concepto intrínseco al Derecho penal. Sin embargo, la regulación de este elemento en los primeros códigos peruanos es bastante simple y generalizada, pero ya con el Código Penal peruano de 1924, en el artículo 81, se brinda una definición de lo que es dolo, entendiéndolo como aquella “infracción que es intencional cuando se comete por acción o por omisión consciente y voluntaria”.⁶⁷

No obstante, es a partir del código penal de 1991 que dicha definición va cambiando, pues no se formula una definición o concepto claro, como se muestra en lo señalado por el artículo 12 del aludido cuerpo normativo actual, en donde se menciona que el autor que cometas hechos dolosos será sancionado con las penas previstas para cada tipo penal especial, llegando incluso a lograr diferenciar la culpa del dolo sin brindar un concepto de cada uno.⁶⁸ A pesar de ello se entiende a partir de esta regulación que el sujeto, autor del delito, será penalmente responsable por un hecho doloso, cuando haya actuado con conocimiento de su conducta y voluntad dirigida a ocasionar el daño.

Para hablar de un concepto de dolo primero debemos mencionar que previamente a ello debe haberse probado la concurrencia del tipo objetivo del delito, para que, posterior a ello, el tribunal pueda determinar si la conducta del sujeto se encuentra subsumida desde el punto de vista subjetivo en el tipo penal.⁶⁹ Al momento en que el enfoque cambia de objetivo a subjetivo

⁶⁷ Marco A. Bustinza Siu, *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia* (Tesis de fin de master, Escuela de Graduados, Pontificia Universidad Católica del Perú, 11.04.2014), <https://tesis.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/4f20fa11-eff2-4a09-ae7-43bd99d3eddf/content>.

⁶⁸ Bustinza Siu, *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*.

⁶⁹ Esteban Righi, *Derecho penal*, 1st ed. (Abeledo Perrot, 2010),208.

sobre el análisis de la conducta del sujeto, pasamos de un examen externo (conducta y resultado de la conducta) a un examen interno (intención y conocimiento).⁷⁰

Es por ello que se puede afirmar que el delito doloso no depende solo de la conducta, sino también de la intención y conocimiento del sujeto autor del delito. Es a partir de ahí, que se entiende como conducta dolosa aquella que requiere que el sujeto sepa conscientemente los elementos del tipo objetivo, pero que, adicional a ello, haya dirigido su voluntad hacia la consecución del resultado dañoso, debe entenderse que la imputación del dolo no depende de un estado psicológico del sujeto, sino de una valoración normativa sobre si, en relación a las circunstancias objetivas del caso, el autor debía conocer la ilicitud de su conducta. Cabe aclarar que en caso de que el sujeto no conozca alguno de los elementos del tipo objetivo, en ese caso no podrá confirmarse que ha obrado dolosamente, aunque ello no lo exima necesariamente de responsabilidad penal.⁷¹

El concepto de dolo se ve aplicado por un juicio de tipicidad, el cual se concibe como el proceso valorativo de subsunción o adecuación de una determinada conducta humana a la hipótesis contenida en un tipo penal.⁷² Sin embargo, este proceso no es suficiente para poder imputar determinado hecho a un sujeto, pues se necesita que haya tenido conocimiento del hecho que estaba realizando, es decir, por medio del principio de culpabilidad debe exigirse el sujeto haya cometido conscientemente el ilícito, lo cual se logra cuando se constituye el conocimiento, mismo que no puede presentarse bajo cualquier forma o manifestación, sino solo bajo aquello que el Derecho Penal reconozca válidamente como una expresión del fuero interno de la persona.⁷³

Como se aclaró líneas arriba, frente a esta subjetividad primero se debe analizar la objetividad del delito. Con ello nos referimos a que, haciendo uso del juicio de tipicidad, se debe verificar si el acto realizado supera lo jurídico - socialmente aceptado, esto debido a que el poder punitivo del Estado podrá ser ejercido en aquellos casos donde la conducta de un sujeto exceda lo jurídico y socialmente permitido por las reglas de convivencia en sociedad.

Por tanto, en caso de que la conducta del sujeto no se encuentre regulada bajo ningún tipo penal o si, de por sí, el resultado de la conducta no se encuentra prohibido por ley, en ese caso no tendría sentido para el Derecho penal ahondar en el análisis subjetivo de la conducta,

⁷⁰ Righi, *Derecho penal*. 1º ed. (Abeledo Perrot, 2010), 207.

⁷¹ Righi, *Derecho penal*, 207.

⁷² Felipe Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*, 1st ed. (GRIJLEY, 2006).

⁷³ José A. Caro John, *La Normativización Del Tipo Subjetivo En El Ejemplo Del Dolo*, *Derecho & Sociedad*, no. 39 (2012), <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13057>.

es decir, si se trata de una conducta dolosa o culposa.⁷⁴ Esto es necesario e importante, pues nos ayudará a definir de mejor manera el dolo en un supuesto concreto. En efecto, hay que determinar si la actuación perturba el orden público - social, lo que quiere decir que estamos frente a un delito que debe ser evaluado para poder ser condenado, sin olvidar que una vez realizado y superado el juicio de objetividad, se debe evaluar el conocimiento y voluntad del actor del delito bajo criterios normativos establecidos por la ley para así determinar el dolo, que es, en última instancia, la imputación de una forma del conocimiento que es penalmente relevante debido a que por la evaluación objetiva iba contra lo jurídico - socialmente permitido.⁷⁵

El dolo es un concepto que, como ya hemos expresado con anterioridad, no ha sido tratado de manera correcta, históricamente hablando, a pesar de ello se buscaba la forma de poder identificar sus elementos y poder así reconocerlo en la praxis jurídica, por lo que con el pasar de los años su regulación evolucionó hasta dar con lo que actualmente se encuentra tipificado en el artículo 12 del Código Penal peruano. La regulación del dolo es esencial para la aplicación del Derecho penal, ya que este elemento subjetivo es importante en la determinación de las penas, dependiendo del caso concreto, dado que es muy distinta la cuantificación de la pena en aquellos delitos donde el sujeto no quiso ocasionar el resultado lesivo, pero que la imprudencia y la negligencia llevaron a un resultado distinto, de aquellas situaciones donde el sujeto era plenamente consciente y se dirige a la plena obtención del resultado ilícito.

El dolo desde una perspectiva normativa va más allá de lo que internamente el autor haya querido, en otras palabras, va más allá del conocimiento psicológico pleno que el autor pueda tener sobre la ilicitud de su conducta. Lo determinante y decisivo es si, de acuerdo al contexto, a las circunstancias del caso en concreto, dicho conocimiento puede ser atribuido normativamente, partiendo de criterios jurídico sociales.

2.2. Elementos del dolo

Como un importante componente de la teoría del delito, el dolo también se estructura con base en elementos. Tradicionalmente se establecen dos en concreto: el elemento cognitivo y el elemento volitivo. Estos elementos hacen del dolo una de las formas más graves de infligir lesión en un bien jurídico protegido penalmente.⁷⁶ Por ello consideramos importante su análisis,

⁷⁴ Caro John, *La Normativización Del Tipo Subjetivo En El Ejemplo Del Dolo*.

⁷⁵ Percy García Cavero, *Derecho Penal Parte General*, 3rd ed. (IDEAS, 2024),509.

⁷⁶ García Cavero, *Derecho penal parte general*,516-517.

a fin de poder tener más claro su concepto y cómo es que puede llegar a identificarse en los diferentes delitos regulados en la normativa penal peruana, pues, como es sabido, nuestro derecho penal tiene como fin evitar las infracciones normativas, es decir que no protege bienes que ya han sido lesionados, sino que busca, en principio, evitar que se generen esos riesgos.⁷⁷ Ahora, ¿cómo este pensamiento influirá en el dolo y sus elementos?

2.2.1. Elemento cognitivo

El elemento cognitivo comprende el conocimiento de los hechos, esto es, el conocimiento del comportamiento que se está realizando y el conocimiento de la antijuricidad del hecho.⁷⁸ Lo que nos lleva a definir el dolo como una imputación normativa basada en hechos objetivos atribuibles al autor valorados en función de criterios normativos y sociales asumidos por el derecho penal. Esta imputación es importante y debe ser exteriorizada por el actor, debido a que el juez no podrá realizar su labor si es que ésta permanece en un fuero interno, considerando que solo cabe examinar conductas exteriorizadas que llevan a un ilícito penal tipificado, entiéndase que la labor del juez no es verificar un estado mental interno, por el contrario, debe determinar si el sujeto debía o no conocer la relevancia de su conducta en el marco del ordenamiento jurídico.

Este conocimiento que se requiere para la plena configuración del dolo, no depende de una comprobación directa de su existencia en la mente del autor, sino de su imputabilidad con base en parámetros jurídico sociales establecidos por ley, por ende, para determinar que el autor sabía al momento que realiza su conducta que ésta configura el tipo objetivo y que por tanto se producirán consecuencias que cuestionen la vigencia de expectativas sociales elementales⁷⁹, es necesario basarse en lo que la norma le exigía que conozca, teniendo en cuenta el contexto en que se desenvuelve, el rol que desempeña y las funciones a su cargo.

Es cierto que cuando el sujeto tiene conocimiento de la antijuridicidad de su conducta estamos hablando de una conducta dolosa, pero ¿cómo determinamos el conocimiento del sujeto? Tradicionalmente la doctrina ha determinado el conocimiento, basándose en elementos normativos y elementos descriptivos. En los primeros elementos se emplean lo establecido en las normas para que el sujeto del delito pueda realizar un juicio de valoración sobre su conducta,

⁷⁷ García Cavero, *Derecho penal parte general*, 123.

⁷⁸ Beatriz Gurucelain Lezano, *Capítulo 18: Seguros Y Responsabilidad Del Monitor De Tiempo Libre* (Escuela Saioa, 2011).

⁷⁹ Righi, *Derecho penal*, 210.

mientras que en los elementos descriptivos el juez constataría la conducta por medio de datos objetivos que dan a relucir el conocimiento sensorial de los aspectos relevantes del hecho.⁸⁰

Pero la doctrina no es del todo correcta, pues el conocimiento para el dolo solo es imputable al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho penal. Este pensamiento es conocido como el normativismo jurídico-penal, entendiendo que el conocimiento se vuelve imputable al autor, teniendo como base criterios que ya se encuentran normados desde un punto de vista penal. Entonces, solo podrá imputarse el conocimiento al autor con base en estos criterios normativos, por lo tanto, la imputación no se basaría en lo que el sujeto conozca psicológicamente (dato psicológico), sino en lo que el sujeto conoce al momento del hecho (imputación normativa).⁸¹

Por ejemplo, si el sujeto cumple un determinado rol que le ha sido otorgado por la norma, sabiendo cuáles son sus funciones y sus limitaciones, se cometerá el delito cuando éste no cumpla con el rol que le ha sido asignado, de tal manera que, si ya tenía conocimiento de su rol, al incumplirlo lo hace a sabiendas de que está yendo en contra de lo que la norma dicta, en pocas palabras estaría actuando con dolo.⁸² Por ejemplo: una persona que asume el rol de un juez tiene normativamente atribuido el conocimiento del derecho, por lo que si prevarica no podrá alegar que desconocía el derecho, a no ser que haya una circunstancia particular que le hayan hecho imposible conocer el derecho (por ejemplo: una entidad oficial le informó erróneamente que determinada norma había sido ya derogada).

2.2.2. Elemento volitivo

La voluntad deliberada o también llamada voluntad de concreción se encuentra presente en el dolo como el elemento volitivo. La voluntad del sujeto busca la realización de la conducta a sabiendas de su antijuridicidad, entendiéndose que no podrá afirmarse que exista dolo si el autor no lleva a cabo su conducta conociendo su ilicitud.⁸³

Hasta este punto es necesario diferenciar voluntad del deseo, dado que la voluntad busca que el sujeto obtenga el resultado delictivo producto de su actuar contrario a ley, mientras que el deseo de la acción ejecutada no influye en el resultado delictivo. En resumen, el deseo lleva a un querer tener, pero no a un querer concretar, pues en ocasiones suele suceder que el sujeto no busca obtener la totalidad de un resultado, de manera que aquella parte del proceso que no

⁸⁰ García Caveró, *Derecho penal parte general*, 471.

⁸¹ Righi, *Derecho penal*, 211.

⁸² García Caveró, *Derecho penal parte general*, 516.

⁸³ Daniel M. Boldova Marzo, *Delimitación Del Dolo: Carácter Autónomo Del Elemento Volitivo* (Trabajo de Fin de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, junio de 2021), <https://zaguan.unizar.es/record/110522/files/TAZ-TFG-2021-1100.pdf>.

es querida por el autor solo son circunstancias acompañantes necesarias sujetas a la voluntad deliberada, debido a que el sujeto siempre empleara los medios necesarios para lograr concretar su conducta.⁸⁴

En nuestra doctrina el elemento volitivo ha perdido centralidad en el Derecho penal moderno, pues su objetivo no es proteger bienes que ya han sido lesionados, sino, todo lo contrario, el Derecho penal pretende que no se vulneren las normas socialmente establecidas, evitando la generación de riesgos innecesarios. Por lo tanto, desde una perspectiva normativa, la configuración del dolo no depende del elemento volitivo (voluntad interna del sujeto). Sin embargo, no deja de ser un elemento en su configuración, al igual que el conocimiento, y es que toda persona siempre piensa antes de actuar.⁸⁵

Por ejemplo, si un juez emite una resolución arbitraria a sabiendas que esta misma contradice lo establecido por la norma, no tendrá relevancia si su intención era beneficiar a alguien o si lo hizo por alguna presión externa, lo importante e imperativo es que actuó con conocimiento de la ilegalidad de su conducta y a pesar de ello la ejecuto. De esto podemos entender que el elemento volitivo del dolo, no es un tema psicológico, sino una imputación normativa que proviene de la acción prohibida y del conocimiento del deber jurídico que el sujeto debe respetar.

2.3. Tipos de dolo

El dolo es uno de los elementos subjetivos fundamentales empleados por el legislador para la imputación de responsabilidad penal. Siendo definido como la conducta antijurídica y punible de acción u omisión con conocimiento y voluntad de realizarla u omitirla, aunque sepamos que al realizar dicha conducta infringimos la ley penal.⁸⁶

Este elemento subjetivo es la configuración más grave de culpabilidad, pues tiene como bases de su estructura el conocimiento normativo y la voluntad. En dicho sentido, el sujeto tiene la intención de que el daño sea realizable; es, por ello, que la ley castiga con severidad las conductas que se revistan de dolo, considerando dichas conductas como reprochables al autor del hecho punible.⁸⁷

No obstante, el dolo, a lo largo de la historia, se ha clasificado en diversas categorías, como el dolo directo, el mismo que se divide en dolo directo de primer grado y dolo directo de

⁸⁴ Boldova Marzo, *Delimitación Del Dolo: Carácter Autónomo Del Elemento Volitivo*.

⁸⁵ Boldova Marzo, *Delimitación Del Dolo: Carácter Autónomo Del Elemento Volitivo*.

⁸⁶ Arturo González Pascual, *Dolo: ¿qué Es Y Qué Clases De Dolo Existen?*, *Dexia Abogados*, October 5, 2022, <https://www.dexiaabogados.com/blog/dolo/>.

⁸⁷ González Pascual, *Dolo: ¿qué es y qué clases de dolo existen?*.

segundo grado o también llamado dolo de consecuencias necesarias, y por último el dolo eventual, figura que ha generado múltiples discusiones por su compleja estructura, que lo lleva a rozar el límite que separa al dolo de la culpa.

La doctrina fundamentalmente distingue tres tipos de dolo, ello en relación con la intensidad en que se realiza el tipo objetivo. Las clases de dolo deben concurrir en el momento en el que se pone en práctica la conducta, siendo rechazado por la doctrina el dolo antecedente (previo a la realización de la conducta) o el dolo subsiguiente (posterior a la realización de la conducta).⁸⁸

Como primera clasificación tenemos al DOLO DIRECTO DE PRIMER GRADO o también llamado dolo de intención o dolo de propósito. Este tipo de dolo presenta como característica predominante que el autor busca el resultado de su acción, que se realice el objetivo, en pocas palabras lo que aquí cobra relevancia es el fin que pretende conseguir el autor con su actuar.⁸⁹

Para ello, el autor ajusta su comportamiento al fin propuesto y actúa basándose en su interés de conseguir un resultado, generando así una relación directa entre el autor y las consecuencias principales.⁹⁰ En este primer tipo de dolo, la intención está dirigida a lograr la concreción del tipo penal, adecuando su conducta conforme a su intención delictiva.⁹¹ Por ejemplo, se vería manifestado el dolo directo cuando un sujeto le dispara a otra persona con la intención de causarle la muerte, su conducta está orientada a la consecución del resultado.

Un segundo tipo de dolo es el DOLO DIRECTO DE SEGUNDO GRADO, también reconocido como dolo de consecuencias necesarias. A diferencia del dolo de primer grado, este tipo de dolo se caracteriza porque la conducta del autor no persigue la realización del resultado típico, pero aun así realiza la conducta. Conoce los elementos que producirían el tipo penal⁹², sin embargo, a pesar de advertir como seguro o casi seguro que su actuación producirá el delito que sería la consecuencia inevitable de su accionar, realiza su conducta.

En palabras simples, el resultado típico no coincide con el fin perseguido por el autor, aun así, ambos se encuentran vinculados, de manera que es inevitable decirse que el ligamen

⁸⁸ Romy Chang Kcomt, *Dolo Eventual E Imprudencia Consciente: Reflexiones En Torno a Su Delimitación*, Derecho & Sociedad, no. 36 (2011), <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13232>.

⁸⁹ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 106.

⁹⁰ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 106.

⁹¹ Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría Del Delito*, 1st ed., Serie G--Estudios doctrinales núm. 192 (Universidad Nacional Autónoma de México, 1998).

⁹² Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 107.

que une a ambos es de tal naturaleza que por querer producir el uno, necesariamente se producirá el otro.⁹³

El dolo directo de segundo grado se traduce en el conocimiento por parte del autor de lo que va a realizar en relación al ilícito y la previsibilidad de la producción de un resultado típico, siendo el conocimiento el aspecto central (se ve la predominancia del elemento cognitivo), el legislador designa el dolo directo con el termino de “conociendo” o “a sabiendas”, entendiendo que quien actúa dolosamente lo hace conociendo los elementos del ilícito o acepta el hecho regulado por ley.⁹⁴

Por último, está el DOLO EVENTUAL o denominado como dolo condicionado, dolo que ha traído múltiples discusiones y debates acerca de su diferenciación con la culpa consciente, sin embargo, nos centraremos en su estructura y configuración en los delitos regulados por nuestro legislador. Este elemento subjetivo actúa casi de la misma manera que el dolo directo⁹⁵, pero aun así el dolo eventual tiene sus propias características. La principal de ellas es que el autor se representa el delito como resultado probable, eventual, de modo que, aunque no desea el resultado tiene conocimiento de que es probable, denotando cierto reproche al bien jurídico protegido. El dolo eventual se encuentra integrado por la voluntad de realización de la acción típica, por la seria consideración del peligro de que el resultado acaezca, además de la conformidad del autor con la realización del resultado típico como ingrediente de la culpabilidad.⁹⁶

La doctrina ha entendido al dolo eventual como el supuesto en que el autor prevé como probable el resultado típico y se conforma con él. Es en este tipo específico de dolo en que el sujeto activo dirige su comportamiento hacia un fin indiferente para el Derecho penal, pero del cual se puede derivar un resultado típico el cual ya se ha previsto.⁹⁷ Por ejemplo, un conductor que maneja a alta velocidad en una zona escolar consciente de que podría atropellar a un menor, sigue conduciendo sin importarle el riesgo de su conducta.

Este tipo de dolo, a diferencia de los otros dos, se encuentra rozando la línea de separación con la culpa, principalmente con la culpa consciente, pero aun así hay ciertas diferencias que permiten mantener esta línea divisoria presente. Una de ellas es presentada por la teoría de la voluntad donde si el sujeto obra bajo la creencia de que el resultado no se

⁹³ Chang Kcomt, *Dolo Eventual E Imprudencia Consciente: Reflexiones En Torno a Su Delimitación*.

⁹⁴ Plascencia Villanueva, *Teoría del delito*.

⁹⁵ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 108.

⁹⁶ Chang Kcomt, *Dolo Eventual E Imprudencia Consciente: Reflexiones En Torno a Su Delimitación*.

⁹⁷ Chang Kcomt, *Dolo Eventual E Imprudencia Consciente: Reflexiones En Torno a Su Delimitación*.

producirá se tratara de culpa consciente, sin embargo, si el sujeto fue indiferente ante la eventualidad del resultado se trataría de dolo eventual. No obstante, por el lado de la teoría de la representación, se entiende que al momento de la realización del hecho el autor es consciente de que el resultado es probable, pero aun así no quiere dichas consecuencias.⁹⁸

2.4. Posición de la doctrina peruana respecto al dolo eventual

La figura del dolo eventual ha sido objeto de múltiples debates dentro de la doctrina peruana, a raíz de las diversas posturas asumidas por los autores en torno a su alcance. Estas diferencias, las cuales persisten hasta el día de hoy, han generado dificultades interpretativas, especialmente al momento de delimitar la aplicación del dolo eventual frente al dolo directo, como elemento subjetivo en determinados tipos penales, como el que nos acontece en esta investigación, que no precisan de forma expresa el tipo de dolo exigido para la configuración del delito y, en consecuencia, para la imposición de la sanción penal.

En esa línea, resulta necesario que esta investigación se detenga, en el análisis del dolo eventual y de los elementos que lo conforman. Ya que solo a partir de una comprensión clara de su estructura será posible contrastarlo con las exigencias de la negociación incompatible, y así, con mayor fundamento, sostener por qué su aplicación como tipo de dolo en este delito resulta contradictorio.

Según Romy Chang Kcomt⁹⁹, el dolo eventual se caracteriza porque el autor se representa el delito como resultado posible (eventual), de forma que, aunque no desea el resultado, conoce la posibilidad de que se produzca; lo que evidencia un menosprecio reprochable del bien jurídico protegido. Por su parte, Percy García Caveró¹⁰⁰ sostiene que el dolo eventual tiene lugar cuando el agente realiza el delito sin voluntad de producirlo, aunque siéndole conocido que muy probablemente sucederá.

En ambas definiciones podemos advertir que, en el dolo eventual, confluye en cierta medida la previsión de un resultado ilícito, es decir, hay un grado de conocimiento menor en lo que respecta al resultado.¹⁰¹ No obstante, llegados a este punto es en donde surgen las teorías, debido a cómo los autores delimitan la figura del dolo eventual. En ese contexto, la doctrina peruana ha desarrollado dos posturas teóricas: la teoría de la voluntad y la teoría del conocimiento, estableciendo en ambas diferentes interpretaciones de los elementos subjetivos.

⁹⁸ Righi, *Derecho penal*, 215-216.

⁹⁹ Chang Kcomt, *Dolo Eventual E Imprudencia Consciente: Reflexiones En Torno a Su Delimitación*, 258.

¹⁰⁰ García Caveró, *Derecho Penal – Parte General*, 499.

¹⁰¹ García Caveró, *Derecho Penal – Parte General*, 499.

La denominada teoría de la voluntad establece como elemento subjetivo principal el factor volitivo del sujeto. Según lo establecido en esta teoría, el dolo eventual exige para su configuración, además de la revisión o representación del resultado (conocimiento) que el sujeto apruebe interiormente el mismo, es decir, que esté de acuerdo con el o lo acepte.¹⁰² En ese sentido, se entiende que el sujeto, si bien no busca directamente causar el resultado, este si tiene conocimiento y aceptación de lo que va a suceder.

Sin embargo, esta exigencia por parte de la teoría de la voluntad resulta contradictoria, debido a que el dolo eventual no implica que con el actuar negativo busques activamente causar un resultado lesivo, sino que el resultado de la acción del sujeto viene como consecuencia necesaria o posible de la conducta del este. Por ejemplo, si una persona maneja a excesiva velocidad en una zona escolar mientras transcurre el turno de salida de niños, esta es consciente de lo que puede acarrear con su forma de manejar, más no quiere o no acepta internamente el atropellar a alguien. Es decir, hay conocimiento, más no voluntad en sentido jurídico, porque no busca causar el resultado que derivaría en la configuración de un ilícito penal. Por ende, resulta problemático exigir un elemento volitivo, ya que en estos casos sencillamente el resultado no es deseado.

Esta definición del dolo eventual no solo desencadena un cuestionamiento sobre cómo se interpreta la voluntad por parte los autores que se adhieren a esta teoría, sino que además nos muestra un contexto en donde la denominada voluntad se aleja de su carácter jurídico pasando a ser un mero elemento de carácter emocional¹⁰³, pues se busca una aprobación proveniente de la esfera interna del sujeto.

Adicional a ello, nos enfrentamos a la generación de un problema en el aspecto probatorio, pues surgen las siguientes interrogantes: ¿Cómo puede acreditarse un estado interno del sujeto que no es exteriorizado en su conducta? Y más aún, ¿Resulta jurídicamente valido sostener la existencia de dolo en base a un elemento inaccesible como el fuero interno del sujeto? Como resultado de estas interrogantes consideramos jurídicamente imposible acreditar las decisiones tomadas en el dominio interno del sujeto debido a su falta de exteriorización.

A consecuencia de ello, estas inquietudes también se reflejan en las dos variantes principales que integran la teoría de la voluntad. En la teoría del consentimiento, el dolo eventual se configura cuando el sujeto, exige además del elemento cognitivo (previsión del resultado) que el sujeto consienta la realización del hecho, es decir este conforme con la

¹⁰² Chang Kcomt, *Dolo Eventual E Imprudencia Consciente: Reflexiones En Torno a Su Delimitación*,255.

¹⁰³ García Caverro, *Derecho Penal – Parte General*,501.

consecución del resultado.¹⁰⁴ Por otro lado, la teoría del sentimiento o de la indiferencia, establece al dolo eventual cuando el sujeto recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles¹⁰⁵, es decir, cuando le resulta irrelevante si el resultado se produce o no.

En ambas interpretaciones, podemos identificar la persistencia de las debilidades estructurales de la teoría de la voluntad. Por un lado, la primera variante exige el consentimiento del sujeto, lo que implica manifestación de la voluntad del mismo. Mientras que, en la segunda variante, se pide despreocupación del resultado, lo cual implica entrar en lo que se conoce como voluntad en el sentido de carácter emocional. Como resultado de lo expuesto, nuevamente precisamos la incompatibilidad entre las interpretaciones que trae consigo la teoría de la voluntad y el alcance que tiene el dolo eventual. Con ello, respaldamos nuestra postura en lo referido a que estas teorías no son una base sólida para poder delimitar el dolo eventual y lo que este engloba.

Ante estas debilidades de la teoría de la voluntad, surge la teoría del conocimiento o teoría cognitiva, como alternativa sólida para una mejor definición del tipo de dolo en estudio. Esta deja de lado la delimitación del dolo eventual basándose en el grado de voluntad o carácter emocional, centrando su análisis en el conocimiento. Según esta teoría, el dolo eventual se configura cuando el sujeto tiene conocimiento de la posibilidad o probabilidad de que se dé el resultado que configure el fin ilícito.¹⁰⁶

Dentro de esta teoría surgen dos variantes, la primera teoría es la teoría de la posibilidad, la cual sostiene que se configura el dolo eventual con la mera representación o conocimiento de la posibilidad de lesionar o poner en peligro un bien jurídico.¹⁰⁷ Sin embargo, esta definición amplía demasiado el concepto de dolo, al incorporar dentro de su alcance el concepto de un supuesto de culpa (consciente) lo cual puede generar la sanción de conductas que no deben ser condenadas a título de dolo.¹⁰⁸

Es en ese contexto que surge la segunda variante o también conocida como la teoría de la probabilidad, en la cual para configurar el dolo eventual es necesaria la conciencia o conocimiento y la representación de la probabilidad. Siendo esta última la determinación de un grado de posibilidades respecto de la producción del hecho típico o de la creación de un cierto

¹⁰⁴ Chang Kcomt, *Dolo Eventual E Imprudencia Consciente: Reflexiones En Torno a Su Delimitación*,256.

¹⁰⁵ Chang Kcomt, *Dolo Eventual E Imprudencia Consciente: Reflexiones En Torno a Su Delimitación*,257.

¹⁰⁶ García Caveró, *Derecho Penal – Parte General*,502.

¹⁰⁷ Chang Kcomt, *Dolo Eventual E Imprudencia Consciente: Reflexiones En Torno a Su Delimitación*,260.

¹⁰⁸ García Caveró, *Derecho Penal – Parte General*,502.

grado de riesgo o peligro para el mismo.¹⁰⁹ No obstante, por nuestra parte observamos que cualquiera de los dos enfoques no consigue delimitar el alcance del dolo eventual con el de culpa, pues en ambos casos hay un elemento cognitivo pero en un sentido cuantitativo diferente¹¹⁰, el cual no delimita en estricto la problemática que trae consigo la teoría del conocimiento.

Entonces ¿cómo se delimita doctrinalmente el dolo eventual, si basándose en la posibilidad o probabilidad sigue sin existir una diferenciación clara? La posición de Percy García Cavero, la cual asumimos en esta investigación propone una visión normativa, dejando de lado el enfoque subjetivo psicológico. Es decir, resulta necesario mirar el dolo y preguntarse ¿el sujeto debió haber evitado el resultado y en tal caso porque no lo hizo? a partir de ello, evaluaremos si resulta inevitable o no el resultado lesivo, teniendo en cuenta el contexto del caso y el deber de cuidado.¹¹¹

A partir de este enfoque, se considera dolo eventual, cuando el sujeto teniendo conocimiento de la probabilidad de producción de un resultado ilícito típico actúa o mantiene esa actuación sin adoptar medidas para evitar el resultado, esto desde la perspectiva exigible de la conducta que debe tener un sujeto sobre un contexto preciso. Este modelo de imputación, basado en la evitabilidad normativa del resultado, ofrece un criterio más objetivo, verificable y adecuado para delimitar el dolo eventual. Este enfoque normativo, aplicado en el caso de Negociación Incompatible, permite que la imputación del dolo no dependa de una voluntad subjetiva del funcionario, sino de la valoración objetiva sobre si tenía o no el deber de evitar el resultado y no lo hizo.

Finalmente, en cuanto a la posición de la doctrina peruana, si bien existen críticas tanto de la teoría de la voluntad como la del conocimiento en sentido estricto, debido a que su delimitación gira en torno en una visión psicológica del sujeto¹¹², la cual es difícil de probar, una mayoría se ha decantado por la teoría del conocimiento. Basándose en el enfoque que tiene esta sobre el conocimiento del sujeto sobre el resultado, lo cual resulta más sencillo de entender y delimitar jurídicamente. No obstante, desde nuestro punto de vista, es necesario limitar el alcance del dolo eventual dentro de esta teoría, razón por la cual adoptamos el enfoque normativo antes expuesto, pues permite precisar la imputación subjetiva en delitos como el de

¹⁰⁹ Chang Kcomt, *Dolo Eventual E Imprudencia Consciente: Reflexiones En Torno a Su Delimitación*,260.

¹¹⁰ García Cavero, *Derecho Penal – Parte General*,502.

¹¹¹ García Cavero, *Derecho Penal – Parte General*,503 - 505.

¹¹² García Cavero, *Derecho Penal – Parte General*,503.

la Negociación Incompatible, en donde claramente se ve un vacío referido a que tipo de dolo es aplicable.

2.5. Reconocimiento del dolo en el código penal: el art.12

En la parte general del código penal se establecen las bases generales para la interpretación y aplicación de las normas penales. Uno de los aspectos clave para la aplicación de las normas son los elementos del delito, como la acción u omisión, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Todos estos elementos se encuentran regulados a partir del artículo 12 hasta el 24 del Código penal peruano, sin embargo, en esta investigación analizaremos lo regulado por el artículo 12, el cual define la tipicidad subjetiva necesaria para la sanción de una conducta antijurídica. El presente artículo establece lo siguiente:

“Artículo 12.- Delito doloso y delito culposo: las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por ley”.

Para analizar el contenido de esta disposición lo dividiremos en dos partes. La primera de ellas se enfoca en la culpa, que, conforme a lo dispuesto en este artículo, el delito culposo implica la producción de un resultado ilícito debido a un actuar negligente o imprudente, sin la intención directa de causarlo. Dentro de la culpa se diferencian distintas formas de realización: Se actúa culposamente por IMPREVISIÓN, debido a la falta de previsión adecuada de las consecuencias de la acción, NEGLIGENCIA, por falta de cuidado, INOBSERVANCIA DE REGLAMENTOS, al no cumplir con las normas específicas que regulan ciertas actividades, y por IMPRUDENCIA al actuar sin cautela necesaria en situaciones que así lo ameritan.

La segunda parte del artículo, regula el dolo estableciendo como precepto que un sujeto actuara dolosamente cuando tenga conocimiento de que el acto que va a realizar se adecua al tipo penal previsto en la ley, pero además debe tener la voluntad de hacerlo, es decir, que persiga el resultado típico del delito, no obstante, en ciertos delitos no resultara siendo necesaria la consecución del resultado ilícito, pues bastara únicamente saber que dichas consecuencias se producirán como inevitables resultados de su conducta antijurídica y que muy a pesar de saberlo el sujeto continua con su acción.

Todo injusto doloso se caracteriza por la decisión del autor de realizar una acción, a pesar de conocer, intelectualmente, todas las circunstancias fácticas que convertirían ese hecho en uno típico. En pocas palabras “todo ciudadano que tiene la realización del hecho típico ante

sus ojos tiene el deber de evitar que se produzca ese hecho”.¹¹³ Se entiende, entonces, que conocer el riesgo implica entender el resultado. Para atribuir la comisión de un delito a título de dolo, no es necesario tener un conocimiento perfecto de la situación, sino simplemente saber que la realización del acto delictivo depende del azar, y que se ha hecho o se hará lo necesario para causar daño a otro.¹¹⁴

El delito doloso tiene como fundamento la infracción de una expectativa normativa socialmente aceptada, dicha infracción es tan palmaria en el dolo que no hace falta detenerse sobre el aspecto normativo del tipo doloso. El autor de este tipo de delitos tiene el deber de evitar un hecho típico, no obstante, el comportamiento no es enjuiciado desde el prisma de la voluntad individual, sino sobre el prisma normativo.¹¹⁵

Se entiende entonces que el dolo es conocimiento y voluntad de perseguir la realización del delito, ahora bien, el dolo además de elementos tiene tres tipos, el dolo directo de primer grado, en el cual con la sola conducta el sujeto busca directamente el resultado ilícito, el dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias, donde el resultado ilícito no es el fin principal, y por último, el dolo eventual, que es un poco más complicada su configuración, pues el agente no desea el resultado ilícito pero aun así actúa aceptando la posible realización del mismo.

Desde nuestra perspectiva, después de analizar el artículo 12, consideramos que este lleva un tratamiento genérico, aun así, permite reconocer la principal diferencia entre dolo y culpa, al especificar que serán calificados como culposos aquellos delitos que así lo indiquen, permitiendo que el resto de los delitos y penas establecidos por ley serán de aplicación dolosa según su estructura normativa. Sin embargo, en los casos de delitos de corrupción, como el delito de negociación incompatible, centro de esta investigación, la poca precisión en el cuerpo normativo lleva a diversas discusiones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, sobre qué tipo de dolo permite la configuración del delito.

Nuestra posición respecto a esta discusión, es que el dolo eventual no debería ni podría ser considerado como suficiente para la configuración del delito de negociación incompatible, ya que exige un conocimiento claro y una intención dirigida a la obtención de un provecho indebido o favorecer a un tercero. Si el funcionario se desentiende o dice no saber del riesgo de

¹¹³ Bernardo Feijóo Sánchez, *El dolo eventual*, 1º ed., Colección de estudios 26 (Universidad Externado de Colombia Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2002).

¹¹⁴ Feijóo Sánchez, *El dolo eventual*.

¹¹⁵ Feijóo Sánchez, *El dolo eventual*.

una posible incompatibilidad en la contratación y que no busca dicho beneficio, ya no estaríamos hablando de responsabilidad penal sino más bien de una infracción administrativa.

Sin embargo, a pesar de la falta de precisión en el artículo 12 del Código Penal, los métodos de interpretación resultan fundamentales para determinar los elementos y límites de cada tipo penal. Si bien el dolo se clasifica en tres categorías, la redacción de los tipos penales en el ordenamiento peruano permite identificar cuál es el dolo exigido en cada caso. Por ejemplo, expresiones como “a sabiendas” o “conociendo que” indican la presencia del dolo directo. En ese sentido, aunque el artículo 12 no sea completamente preciso, esta falta de especificidad se ve compensada por la formulación concreta de cada tipo penal y la interpretación que de ellos se haga, lo que permite delimitar sus elementos subjetivos y objetivos.



Capítulo 3

¿Es posible por la estructura del delito de negociación incompatible la configuración del dolo eventual?

3.1. Análisis Doctrinal

Se reconoce que el delito de Negociación Incompatible es un delito plenamente doloso, sin embargo, la doctrina peruana ha entrado en debate acerca de qué tipo de dolo permite su configuración: si es únicamente por dolo directo o si se puede llegar a configurar por medio del dolo eventual. En la doctrina peruana, hay posiciones divididas en torno a este tópico. Una parte mayoritaria de la doctrina considera que no es posible que el delito aludido se configure partiendo del dolo eventual, no obstante, otra parte de la doctrina considera que sí es viable la constitución del delito por este tipo de dolo. En el presente acápite ahondaremos en torno a este debate y los fundamentos de ambas posturas, analizando no solo los elementos subjetivos, sino también los objetivos y cómo ambos convergen para la configuración del delito de Negociación Incompatible.

Para poder analizar ambas posiciones de la doctrina peruana, debemos ponernos en contexto y para ello, es necesario definir lo que se entiende por corrupción. La corrupción puede ser conceptualizada como el mal uso del poder público o privado a cambio de la obtención de un beneficio indebido; es la conducta o comportamiento por parte de un funcionario o servidor público que se desvía de los deberes formales que la función pública le ha conferido, a fin de obtener ciertas ventajas, ya sea para sí o para terceros.¹¹⁶ La corrupción es un conjunto de fenómenos políticos y sociales que afectan al Estado y su funcionalidad, debido a que el autor del delito deja de velar por el interés público, derivando sus funciones a satisfacer intereses particulares.

La corrupción como fenómeno trae consigo distintas modalidades de delitos, los cuales se encuentran tipificadas en el código penal, divididos en dos tipos. Los primeros son los delitos de corrupción privada, donde sujetos como gerentes, accionistas o directivos, dentro de una entidad privada, encaminan su comportamiento a obtener beneficios particulares, perjudicando las relaciones comerciales entre privados. Además de este tipo de corrupción también está la corrupción perpetrada en entidades del Estado o entidades públicas, delitos que pueden ser cometidos por particulares que participan en procesos públicos, como por funcionarios públicos

¹¹⁶ Alberto Pérez Mundaca, *Corrupción En Las Contrataciones Públicas: Investigaciones Recientes Y Tendencias De Investigación*, Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar 6, no. 4 (2022), https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i4.2686, <https://ciencialatina.org/index.php/cienciala/article/view/2686>.

en el ejercicio de sus funciones, sea por acción u omisión, dentro de los cuales se encuentra el delito de negociación incompatible.

El entorno en el que se cometen los delitos de corrupción es un espacio donde se exigen ciertos requisitos y se otorgan determinadas competencias para el correcto funcionamiento del sistema público. Por ello, aquellas situaciones en donde un funcionario o servidor público desvía su conducta resultan siendo altamente gravosas para la sociedad y su desarrollo.

En el caso del delito de Negociación Incompatible, como delito de corrupción, se ejecuta en un determinado entorno, donde se le exige al funcionario público ciertos requisitos para el ejercicio funcional de sus competencias en relación con el cargo que desempeña, requiriendo cierto grado de diligencia al momento en que desenvuelve sus funciones, todo ello en razón de su posición y vinculación especial. Por lo tanto, para la configuración del delito, el sujeto no solo debe conocer los elementos objetivos del ilícito, sino también los subjetivos.

Sin embargo, lo anterior no es tan sencillo como se presenta, pues debido a la generalidad con la que ha sido regulado el delito de Negociación Incompatible en la normativa penal, se ha producido un debate en torno a los elementos subjetivos del delito, preguntándose la doctrina si es posible la configuración del delito en mención a causa del dolo eventual.

Es sabido que el delito de Negociación Incompatible es plenamente doloso, la mayoría doctrinaria lo admite como tal. Sin embargo, el dolo tiene sus variantes y/o tipos, como son el dolo directo en primer grado, dolo directo en segundo grado o dolo de consecuencias necesarias y el más discutido, el dolo eventual. Como ya se ha desarrollado en capítulos anteriores, el dolo directo y el dolo eventual tienen los mismos elementos, sin embargo, uno resulta siendo menos gravoso que el otro, como es el caso del dolo eventual, en el cual no resulta imprescindible que el sujeto se represente la posibilidad de un resultado, que sea consciente de que su conducta podría generar algún daño, pero ¿es suficiente con la representación de un posible resultado lesivo?

Los delitos de corrupción son delitos especiales, en función a que el sujeto que comete dichos delitos tiene la condición especial de funcionario público, quienes para ser considerados como tal deben cumplir con determinados requisitos, los mismos que se encuentran regulados por ley o reglamentos propios de cada institución estatal. Pese a ello, cada delito tiene sus propios elementos y requerimientos. En el caso del delito en estudio, el autor no solo debe ser funcionario público, adicionalmente a ello debe haber una vinculación funcional que le permita

intervenir debido a su cargo en los contratos u operaciones estatales.¹¹⁷ Empero, no se trata de cualquier tipo de intervención o vinculación, pues siendo este un delito especial propio, es necesario que el funcionario o servidor público tenga capacidad de decisión, que conozca sus funciones y que en base a ello pueda intervenir y decidir en los aspectos negociables de los contratos del estado.¹¹⁸

Una parte de la doctrina no coincide con este pensamiento acerca de la vinculación funcional, considerando que sería suficiente, para la configuración del delito, que se trate de un funcionario público que forme parte de la administración pública, no siendo necesario reconocer que este sujeto actúa en un ámbito específico de la administración. En pocas palabras, este sector minoritario de la doctrina considera que bastaría con la condición de funcionario público para la plena configuración del delito, haciendo referencia a lo que se conoce como imputabilidad externa.

Pese a ello, dicha posición no es acertada, en razón a que, si bien es cierto la mayoría de delitos de corrupción tienen como común denominador que el sujeto tenga la calidad especial de funcionario o servidor público, cada delito tiene su ámbito de aplicación, es decir que cada uno se aplica de acuerdo a circunstancias específicas teniendo en cuenta las exigencias que el mismo plantea.

El escenario que el delito de Negociación Incompatible presenta y que se encuentra regulado en el artículo 399 de nuestro Código Penal, gira en torno a las contrataciones u operaciones públicas, ámbito que se encuentra regulado por la Ley de Contrataciones del Estado N°30225, donde a lo largo de su cuerpo normativo se establecen los requisitos y competencias que debe poseer el funcionario público para ejercer sus funciones y así tener capacidad de decisión, requiriéndole más que la sola condición de funcionario público. En efecto, el funcionario público debe estar vinculado funcionalmente al cargo, estableciendo la referida normativa ciertos límites para evitar que el correcto funcionamiento del Estado se vea afectado por la extralimitación de funciones a cargo de la autoridad competente.

Ejemplos claros podemos verlos en el capítulo II de la aludida ley, en el cual se erigen los parámetros de la actuación del funcionario, como el artículo 8 en donde se determina quiénes son los funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones. Por tanto, interpretando sistemáticamente dicho artículo con lo regulado por el Código Penal, podemos

¹¹⁷ Francisco Álvarez Dávila, *El Delito De Negociación Incompatible: Estudio De Los Aspectos Problemáticos Del Tipo Penal*, 1a. edición (IDEAS Solución Editorial, 2021),44.

¹¹⁸ Álvarez Dávila, *El delito de negociación incompatible*,46.

ver que en este artículo se mencionan las características, cualidades, competencias que debe ejercer o cumplir el sujeto encargado de los procesos de contratación del Estado.

Lo mismo se puede interpretar de otros artículos como el artículo 9 del mismo capítulo, en el que se establecen las responsabilidades esenciales con que debe actuar el funcionario a cargo, es decir, se delimita el campo de responsabilidad, pero todo ello conforme a las capacidades que se le vienen exigiendo al sujeto especial, como su capacidad de decisión. No obstante, la Ley de Contrataciones del Estado, si bien es cierto es la ley macro que rige este campo de actuación de los funcionarios públicos, no es la única, ya que habrá leyes que se apliquen con mayor precisión al caso concreto.

Por tanto, hablamos de una función específica, en la cual crece una relación entre un sujeto competente para su ejercicio y los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función. En pocas palabras, es un requisito *sine qua non* que los contratos u operaciones objeto del delito se encuentren confiados al agente en virtud de los deberes que le fueron encomendados en razón del cargo que le fue conferido, establecidos por una ley o norma jurídica inferior.¹¹⁹

De esto nos damos cuenta que sí nos encontramos ante un ámbito particular que requiere conocimientos específicos y justamente exigibles al funcionario, por lo que resulta consecuente que el delito se sancione partiendo de una vinculación funcional basada en estos elementos objetivos imprescindibles para la configuración del mismo, caso contrario, la incompetencia o la falta de esta vinculación especial del sujeto público, de algún modo nos llevaría a la impunidad. Sin embargo, lo anterior no desmerita la posibilidad de que se pueda sancionar al sujeto en calidad de cómplice de aquel que sí era competente o la posibilidad de acudir al delito de usurpación de funciones.

Teniendo ya el contexto en el que se desarrolla el sujeto activo en este delito, podemos ahondar en el debate doctrinario sobre el aspecto subjetivo del delito, pues debido a la estructura del artículo que regula este ilícito penal, han surgido varias posturas sobre su configuración subjetiva.

La doctrina y jurisprudencia coinciden con que el delito de Negociación Incompatible es plenamente doloso, sin embargo, la discusión surge en torno a con qué tipo de dolo es posible configurar esta transgresión a la Administración Pública. La doctrina mayoritaria manifiesta que este delito no puede ser configurado por otro que no sea el dolo directo, mientras que un

¹¹⁹ Ramiro Salinas Siccha, *Delitos Contra La Administración Pública*, 6° (Iustitia, 2023),561.

sector minoritario de la doctrina considera que, al no especificarse en el enunciado normativo qué tipo de dolo permite su configuración, no se le puede negar la posibilidad al dolo eventual de ser considerado como parte del elemento subjetivo del delito. Desde nuestro punto de vista y con base a lo desarrollado en la presente tesis, esta posición minoritaria no es del todo correcta.

Para justificar nuestra posición debemos recordar un poco de lo que se entiende por dolo directo y dolo eventual. En el primero de ellos, el autor dirige su conducta a lograr un resultado que considera consecuencia necesaria de su acción teniendo pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta. Mientras que, en la situación del dolo eventual, los elementos no varían del todo, lo único que lo diferencia sería que ya no resulta siendo necesaria la producción de un resultado, en otras palabras, el autor realiza la conducta ilícita considerando el resultado como una consecuencia posible de su acción.¹²⁰

Hay varios juristas que se encuentran defendiendo la posición mayoritaria como es el caso de José Luis Castillo Alva, quien reconoce que el dolo, en el caso de negociación incompatible, implica un necesario conocimiento de que el funcionario público en su calidad de tal, interviene en un contrato u operación estatal, pero que, además de ello, sea consciente de que al desviar el poder que le fue conferido está perjudicando al interés general, afectando consecuentemente el correcto funcionamiento de la administración pública.¹²¹

A esta posición se le suma el jurista Manuel Abanto Vásquez, quien a su consideración solo sería posible el dolo directo como elemento subjetivo del delito, en tanto que los actos de interés privado y sobre todo bajo la modalidad de “acto simulado” no son posibles sin quererlos. En pocas palabras, el jurista entiende que aun si el sujeto se interesaba de manera particular, este ya poseía conocimiento de lo que hacía y sus consecuencias, por lo que no se podría aludir a la imprudencia o a un desconocimiento, cuando el mismo ejercicio de las funciones que le fueron otorgadas en específico al funcionario público para mediar en contrataciones estatales así lo exige.¹²²

Otro gran exponente de esta posición mayoritaria es Fidel Rojas Vargas quien alude que el delito solo requiere del dolo directo, pues es de conocimiento que el sujeto activo interviene en un contrato u operación estatal en función al cargo que ostenta, siendo consciente de que está desviando su interés para obtener una ventaja, sea esta para si o para un tercero a costa de un aprovechamiento de las funciones que le fueron conferidas por el estado, figurando entonces

¹²⁰ Righi, *Derecho penal*, 215.

¹²¹ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 105.

¹²² Abanto Vásquez, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, 516.

un desdoblamiento indebido de intereses particulares que son incompatibles con los intereses públicos.¹²³

Y es que resulta necesario entender que no hablamos de cualquier sujeto, sino de un funcionario que, además de tener la condición de tal, se le exige, y lo recalca Rojas Vargas, que tenga capacidad de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones para poder ejercer sus competencias de manera funcional, para lo cual se requiere que el sujeto tenga conocimientos acerca del ámbito en el que se encuentra ejerciendo sus labores.

Continuando con el mismo fundamento se encuentra a los juristas Ramiro Salinas Siccha y Francisco Álvarez Dávila, quienes mantienen la misma línea doctrinal en cuanto al dolo directo como único elemento subjetivo para la configuración del delito de negociación incompatible. Álvarez Dávila afirma concretamente que el delito de Negociación Incompatible se sanciona a título de dolo directo, siendo necesario imputar el conocimiento de que el funcionario abusó de su posición para interesarse de manera particular en el contrato u operación pública que estaba a su cargo.¹²⁴

Por su parte, Salinas Siccha, quien sigue el mismo lineamiento, entiende que también juega un rol importante en el conocimiento del funcionario el deber de lealtad y probidad con el que debe actuar el funcionario público en los contratos donde interviene en representación del Estado, pero que aun sabiendo ello decide actuar voluntariamente con un notable interés particular, desplegando actos de astucia o engaño contra la Administración Pública.¹²⁵

En suma, los fundamentos expuestos por esta doctrina mayoritaria se basan en los conocimientos exigidos al funcionario al momento en que ejerce su cargo para intervenir y tomar decisiones entorno a los contratos u operaciones estatales en las que participa, no solo tomando en cuenta los elementos que el tipo penal ya establece, sino también las que se requieren y están establecidas por leyes que son aplicables al ámbito en concreto, como es la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que realizando una interpretación sistemática y no literal del cuerpo normativo respectivo se entiende que el dolo directo es el único tipo de dolo por el cual se puede configurar y sancionar el delito de Negociación Incompatible.

Frente a esta posición doctrinaria, se encuentra una posición minoritaria según la cual el dolo eventual también podría ser considerado como elemento subjetivo para la configuración del delito en análisis. Uno de los juristas que analiza críticamente esta posición, sin adherirse a

¹²³ Fidel Rojas Vargas, *Delitos Contra La Administración Pública*, 5th ed. (Gaceta Jurídica, 2021),320.

¹²⁴ Álvarez Dávila, *El delito de negociación incompatible*,144-145.

¹²⁵ Salinas Siccha, *Delitos contra la Administración Pública*,651-652.

ella es Castillo Alva quien reconoce que, si bien el dolo directo es el que configura sustancialmente el delito en cuestión, se ha planteado la posibilidad de que el dolo eventual también sea considerado como elemento subjetivo, en atención a la existencia de un marco de incertidumbre respecto al conocimiento del riesgo no permitido que se crea.¹²⁶ No obstante, Castillo Alva no adopta esta postura como propia, todo lo contrario, alude a ella para destacar que incluso ante la duda, podría sostenerse un conocimiento adecuado, aunque no exigible, del riesgo, abriendo así una puerta al dolo eventual. Dicha posibilidad, sin embargo, podría llevar a una interpretación en la que se relativice el conocimiento del funcionario sobre sus funciones o sobre los riesgos que estos conllevan.

Por otro lado, el jurista Álvarez Dávila, también examina la posibilidad expuesta por Castillo Alva, aunque desde una perspectiva mucho más teórica, aludiendo que la estructura del enunciado normativo es abierta, llevando a algunos autores a considerar que no se excluye expresamente ningún tipo de dolo, sosteniendo, por ende, que el dolo eventual si podría permitir la configuración del delito de Negociación Incompatible basándose en un tratamiento genérico acerca de los elementos subjetivos estructurales del ilícito, sin embargo, esto solo es una interpretación literal del artículo 399 del código penal, dejando fuera de análisis la normativa conexa al mismo, lo cual conduciría a una comprensión incompleta de los elementos subjetivos del ilícito.¹²⁷

Finalmente, Castillo Alva menciona que, debido a la formulación amplia de la ley, se podría sostener que el dolo eventual no está excluido del todo, pues nuestra legislación a diferencia de legislaciones extranjeras, no alude especialmente a la intencionalidad del funcionario público. Pese a ello el autor no explica a detalle cómo podría materializarse en la práctica, la configuración del delito de Negociación Incompatible con el dolo eventual como elemento subjetivo, ni mucho menos se aventura a dar un ejemplo práctico sobre su argumento¹²⁸, reforzando la idea de que su análisis tiene un carácter meramente expositivo y no refleja una adhesión doctrinal a la tesis del dolo eventual en este delito.

En suma, de lo expuesto a lo largo de este punto, se entiende que la doctrina minoritaria no brinda fundamentos fuertes y convincentes en torno a si el dolo eventual puede o no ser considerado como parte del elemento subjetivo del delito de Negociación Incompatible, refiriéndose solo a la interpretación literal del artículo que regula el delito. Aunado a ello

¹²⁶ Castillo Alva, *El delito de negociación incompatible*, 109.

¹²⁷ Álvarez Dávila, *El delito de negociación incompatible*, 145.

¹²⁸ Salinas Siccha, *Delitos contra la Administración Pública*, 653.

argumentan que solo es suficiente con la calidad especial de funcionario público, sin necesidad de una vinculación especial, considerando que el sujeto activo solo se encuentre en el mismo nivel administrativo en el que se desarrolla el contrato u operación estatal objeto del delito, sin necesidad de que el sujeto se encuentre vinculado a la ejecución del contrato.

Lo anterior es totalmente erróneo, pues, como ya se ha venido desarrollando a lo largo de esta investigación, no se trata de cualquier sujeto y no basta con que sea funcionario o servidor público. Por el contrario, es necesario que se encuentre vinculado especialmente, exigiéndosele al sujeto autor del delito conocimientos concretos y funcionales para el ejercicio de sus competencias. En pocas palabras, este delito no solo es especial por la calidad de funcionario del sujeto, sino también por el entorno en que desempeña sus labores, por las competencias que este ejerce, así como la normativa que se le aplica.

Presentadas ambas posturas y sus fundamentos, desde nuestro punto de vista, la posición mayoritaria sería la correcta y es que es innegable la relación que debe existir entre el conocimiento y el dolo para que haya responsabilidad penal imputable al funcionario público en calidad de autor, considerando además que el delito de Negociación Incompatible es un delito de gestión, donde hay conocimientos que el funcionario público debe conocer, como son sus deberes y responsabilidades en relación al cargo que desempeña, sus obligaciones legales y éticas. Asimismo, el funcionario público debe ser consciente de lo que constituye un conflicto de intereses, debiéndosele exigir plenamente estos conocimientos.

Por ende, si el funcionario público desvía el poder que le fue conferido por ley en beneficio de intereses particulares, conociendo plenamente la incompatibilidad entre el interés particular y el interés público, como de la trascendencia de sus acciones, tanto en la confianza de los ciudadanos, como sobre el funcionamiento de la administración pública y de las sanciones penales y administrativas que trae consigo sus acciones ilegales, debe ser penalmente responsable.

Podemos afirmar, entonces, que hay una relación entre el conocimiento y el dolo en el presente delito, lo que no se logra demostrar en el caso del dolo eventual donde el único conocimiento que posee el sujeto activo es probable o posible, dando como resultado una relación inestable entre el dolo y el conocimiento. Por tanto, en caso el funcionario alegue haber previsto la posibilidad del resultado y a pesar de ello no modifica su conducta, aceptando el riesgo, el delito no encontraría su configuración en tal escenario, considerando que no se cumple con el elemento subjetivo del conocimiento exigible por razón de su cargo.

Por ello, debido a que el dolo eventual resulta siendo un criterio político – criminal que sirve para determinar una pena gravosa en supuestos donde la culpa consciente va acompañada

de algo más, los elementos normativos de la imprudencia pasan a un segundo plano, predominando el dolo para dar mayor gravedad desde un punto de vista político criminal.¹²⁹

Por último, resulta importante resaltar que el delito de Negociación Incompatible no sanciona la omisión de deberes o la falta de diligencia, sino el actuar plenamente consciente de bifurcar el interés público en favor propio o de un tercero, pues en los delitos de corrupción, especialmente en este delito, la conducta del agente no es resultado de la simple aceptación de un riesgo, sino de una decisión activa de favorecer intereses particulares.

3.2. Análisis Jurisprudencial

La negociación incompatible es un delito previsto en el derecho penal peruano, el cual, como hemos podido ver a lo largo de esta investigación, no se ha delimitado correctamente debido a la genérica redacción que tiene en nuestro Código Penal. Sin embargo, como parte de la investigación, hemos realizado el siguiente análisis a modo de definir lo que consideramos es el correcto elemento subjetivo dentro de este delito que atenta contra la Administración Pública:

3.2.1. CAS N° 628-2015-LIMA

Del análisis de los hechos presentados en la casación se llevó a cabo un proceso penal contra un exfuncionario público a quien se le acusó por el delito de Negociación Incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal Peruano. Se imputó al acusado haberse interesado indebidamente sobre un contrato vinculado a la adquisición de bienes, por lo que aprovechando su cargo de funcionario público pretendió favorecer a un proveedor en específico, lo que habría generado un perjuicio al correcto funcionamiento de la Administración Pública. El caso contenido en la presente casación se basó en irregularidades administrativas (introducción de un nuevo requisito al suscribir un contrato preparatorio para vincular una futura venta del terreno objeto del proyecto) que fueron descubiertas durante el proceso de contratación, como la falta de transparencia y objetividad en la evaluación de las propuestas (desde el momento en que se inició el proceso de contratación con la presentación de proyectos) y el aparente direccionamiento del proceso para beneficiar a un solo proveedor.

En la presente casación la Corte Suprema en diversos argumentos se ha encargado de reafirmar lo esencial que es el dolo directo como elemento subjetivo del delito Negociación Incompatible, pues, como bien se menciona en el fundamento segundo, “el delito de negociación Incompatible es un delito especial cuyo primer requisito típico es que el agente

¹²⁹ Fossi, *El dolo eventual*, 179.

ostente el estatus formal de funcionario o servidor público y como segundo requisito se exige que la actuación de dicho funcionario sea en razón al ejercicio de su cargo (relación funcional). Por tanto, importa que el agente procure el beneficio del estado o ente público, antes que un beneficio particular, sea propio o de un tercero, por lo que no bastaría la parcialización, sino que su actuación produzca un provecho en favor de un tercero o del propio funcionario”. La Corte Suprema señala que no basta con el incumplimiento de las normas administrativas o con un interés abstracto o genérico, sino que, por el contrario, debe probarse la intención concreta y dirigida del funcionario a desviar el interés de la administración pública.

En lo que respecta a nuestra opinión, coincidimos con la Corte Suprema en tanto consideramos pertinente hacer hincapié en la necesidad de considerar al dolo directo como elemento subjetivo dentro del delito de negociación incompatible, pues, como se expone líneas arriba, hay una actuación específica del agente, el mismo al que el Estado le ha otorgado un cargo concreto a desempeñar que lo vincula con labores específicas y deberes importantes para con la Administración Pública.

Por ello, el excusarse en una mera suerte de dolo eventual vendría a transgredir y minimizar la acción que se está realizando con pleno conocimiento y búsqueda del resultado, mismo que no resulta compatible con la esencia del delito. Siendo el agente, más que ningún otro, el capacitado de saber cómo debe proceder con sus acciones y procedimientos, como las consecuencias que acarrea el no ejecutar las mismas y llevarlo a un ámbito ilícito, resulta determinante reconocer que el conocimiento como aparte del dolo es imprescindible al momento de llevar un pensamiento a la acción.

La representación de nuestras acciones en nuestra mente nos lleva a analizar un panorama completo no solo de como realizamos la acción, sino también de las consecuencias que esta podría acarrear al momento de ejercerla. Por consecuente, el funcionario, al ser un hombre de conocimientos ciertos y plenamente exigibles en función de su cargo, dichas representaciones mentales sobre las consecuencias de su actuar desviado no pueden obviarse o ignorárseles, pues de materializarse llevarán a un daño efectivo a la Administración Pública.

3.2.2. CAS N° 231-2017-PUNO

Según los hechos expuestos en la referida casación, el caso versa sobre las acusaciones realizadas contra tres exfuncionarios de la Municipalidad de Melgar, mismos que fueron procesados por el delito de Negociación Incompatible, al aparentemente haber favorecido a la empresa Alabama S.A., exonerándolos durante un proceso de adquisición de semillas e insumos agrícolas. Los acusados habrían actuado indebidamente al no haber justificado correctamente dicha exoneración en la licitación, presentando como argumento un desabastecimiento

inminente que claramente no existía. En adición a ello se expuso que impusieron requisitos técnicos adicionales sin que el área usuaria así lo haya estipulado, lo que denotó un direccionamiento del proceso hacia la empresa objeto de la investigación, a pesar de que dicha empresa ya tenía un historial de incumplimiento en otros contratos.

La defensa alegó que no se acreditó la existencia de un interés indebido en beneficio de terceros o de los propios funcionarios acusados, siendo estos elementos los necesarios para la configuración del delito. Instancias anteriores consideraron que el haber incumplido las normas administrativas y la poca imparcialidad eran suficientes para probar el delito. No obstante, en casación se discutió si estos actos, por sí solos, eran suficientes para probar la existencia de un interés indebido y un riesgo para el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

En el fundamento décimo tercero de la aludida casación se expone que “debe precisarse que el delito de Negociación Incompatible es un delito de peligro concreto, lo que significa que la acción contenida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico” esto reforzando la exclusión del dolo eventual. En la misma línea el fundamento décimo cuarto alega que “el mencionado delito no debe sancionar cualquier tipo de acciones que impliquen el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, del cual se deduzca la orientación de un interés indebido, sino solo aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública”. Por ello en el fundamento décimo quinto expone que “el delito de Negociación Incompatible deba ser interpretado de conformidad con los principios de lesividad, ultima ratio y la proporcionalidad de la represión penal”.

Una vez advertido lo señalado por la Corte Suprema, consideramos relevante destacar lo expuesto respecto al delito de Negociación Incompatible, el cual se configura como un delito de peligro concreto. En este sentido, la relación entre este delito y el tipo subjetivo de dolo directo adquiere especial importancia, ya que, en estos casos, el autor prevé el riesgo real y efectivo que su conducta genera para el bien jurídico protegido, que en este caso es el correcto funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, a pesar de ello, el autor acepta dicho riesgo y actúa de manera consciente y con pleno conocimiento de las consecuencias ilícitas de su conducta.

Por lo tanto, consideramos fundamental vincular el dolo directo con este tipo de delitos, ya que existe un claro conocimiento por parte del autor sobre las consecuencias perjudiciales que su conducta tendrá en la administración pública. Por lo cual consideramos que al momento de analizar correctamente la actuación del agente, no basta con identificar que la acción y sus consecuencias sean conscientes y voluntarias; también es necesario observar cómo dicha

conducta transgrede principios esenciales, como el de lesividad, que exige sancionar únicamente aquellas conductas que generan un daño real a la sociedad.

En este sentido, el delito de negociación incompatible afecta directamente el correcto funcionamiento de la administración pública, al comprometer su imparcialidad y transparencia. Además, dicha conducta conlleva a beneficios indebidos para los funcionarios o terceros, generando un impacto negativo que justifica la intervención penal bajo los parámetros de lesividad y los bienes jurídicos protegidos.

3.2.3. RECURSO DE NULIDAD N°2068-2012/LIMA

El Recurso de Nulidad bajo comentario tuvo como origen la condena a un funcionario público a razón del delito de Negociación Incompatible, al haber sido acusado de interesarse indebidamente en la adjudicación de un contrato de adquisición de bienes para una entidad estatal. Según lo expuesto por el Ministerio Público, el acusado habría manipulado el proceso de contratación, añadiendo requisitos técnicos a los ya establecidos, así como modificando condiciones para beneficiar a un proveedor específico durante dicho proceso. Tales acciones expuestas en la acusación demostraban un interés indebido por parte del acusado en el contrato estatal, con la finalidad de favorecer al proveedor adjudicado en perjuicio de la transparencia e imparcialidad de la Administración Pública.

En el recurso de nulidad se discutió si los hechos acreditados cumplían con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, resaltando la necesidad de demostrar la presencia del dolo directo y el riesgo real sobre el correcto funcionamiento de la Administración Pública para la determinación de una condena efectiva. Por ello la Corte Suprema manifiesta que el dolo debe ser probado por actos concretos que demuestren de manera efectiva el interés indebido proveniente del funcionario público como autor propio del delito aludido, en tanto que se verifique la existencia de un vínculo entre el interés del agente y el beneficio indebido.

La configuración del dolo directo en este caso resulta evidente debido a los fundamentos expuestos en el recurso de nulidad. Se observa una alteración intencionada del proceso de contratación, en la que se añadieron requisitos técnicos y se modificaron condiciones con el propósito de beneficiar a un tercero.

El funcionario público participó activamente en dichas acciones, demostrando pleno conocimiento de las irregularidades cometidas. Es claro que el sujeto sabía que sus actos no eran lícitos y, aun así, actuó con la expectativa de que estas modificaciones pudieran pasar desapercibidas. Este comportamiento evidencia tanto el conocimiento certero del acto indebido como la intención deliberada de realizarlo, con el fin de obtener beneficios ilícitos, lo que confirma la existencia de dolo directo excluyendo totalmente el dolo eventual.

3.2.4. EXP. N°00031-2017-7-5201-JR-PE-02

Según los hechos presentados en el presente expediente judicial, se acusa al señor Domingo Arzubialde Elorrieta haber cometido el delito de Negociación Incompatible en contra de la administración Pública, al no haber desarrollado su labor como Gerente de Promoción de la Inversión privada de la Municipalidad de Lima, no velando por el correcto cumplimiento de las cláusulas contractuales contenidas en el contrato de concesión del proyecto Línea Amarilla desarrollado por la empresa LAMSAC y habiendo aprobado de manera directa y unilateral el reajuste de las tarifas de peaje en un periodo menor al pactado.

La Primera Sala de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios expone en sus fundamentos jurídicos lo siguiente:

Vigésimo sexto:

Que, en este caso, debemos dejar establecido también que el delito de negociación incompatible es netamente doloso, por tanto, 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 propio indebido para sí o para un tercero con el cual lógicamente tiene alguna vinculación.

Por ello, es posible afirmar conforme lo explica el profesor Manuel Abanto Vásquez, que con relación a la tipicidad subjetiva en este delito "solo es posible el dolo directo, pues los actos de interés privado y, sobre todo, bajo la modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos. Es más, en estos casos, precisamente es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el interés particular en su aspecto subjetivo". Bajo esta orientación, no es de considerar la comisión del injusto materia de juzgamiento a título de dolo eventual como se precisa en la sentencia recurrida.

Vigésimo séptimo:

De este modo, el sentenciado vulneró los principios y deberes de probidad, neutralidad, imparcialidad, establecidos en los artículos 8, 7 y 5 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, los que se sustentan en los principios que derivan de los artículos 38 y 39 de la Constitución. Por tanto, consideramos que en su accionar tuvo conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal de negociación incompatible, y su accionar fue a título de dolo directo.

Además, en su comportamiento antijurídico no concurre alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 20 del Código Penal. En efecto, se encontraba en plena

capacidad de poder determinar y establecer los cauces administrativos pertinentes y posibles a efectos de denegar o suspender el inicio de la explotación de la concesión al transgredir las cláusulas del contrato de concesión en específico la signada con el número 9.9, vulneración que a la luz de la valoración de la prueba actuada, se consumó no obstante la experticia en el cargo y en las funciones encargadas al procesado Arzubialde Elorrieta, evidenciándose con ello el interés directo en favorecer al tercero como es LAMSAC con su proceder doloso que lo hace merecedor a la sanción penal respectiva.

Es claro entonces que el dolo directo como tal es el único elemento que puede llevar a la plena configuración del delito de Negociación Incompatible. El sujeto actúa con conocimiento de que sus deberes de probidad y lealtad a la Administración Pública serán plenamente lesionados, y es que es inevitable que los intereses privados ocurran de manera voluntaria, no pueden ser producto de un descuido o negligencia por parte del agente. Es necesario que tanto el conocimiento como la voluntad se encuentren en el momento en que el sujeto ejerza la acción ilícita. Aunado a ello bajo la modalidad de acto simulado el dolo directo resulta siendo aún más determinante, pues el agente por medio de su astucia y conocimientos trata de simular legalidad en sus actos irregulares, tomando la mayor de las precauciones posibles, por lo que su actuar resulta siendo incompatible con cualquier otro tipo de dolo, caso contrario si la intención del funcionario no fuera clara y directa se trataría de una mera irregularidad administrativa.

Por tanto, nos encontramos completamente de acuerdo con la posición presentada en el presente caso, el dolo directo es el único tipo de dolo relevante para la plena configuración del delito de Negociación Incompatible.

Conclusiones

Postura sobre el tema desarrollado

Después de haber analizado el delito de negociación incompatible en sus elementos tanto objetivos como subjetivos, el dolo y sus diversos tipos, profundizando sobre el dolo eventual, así como también haber expuesto las diversas posturas, tanto a favor como en contra, de la posibilidad de que el delito de negociación incompatible pueda ser configurado por el dolo eventual, en este punto desarrollaremos nuestra posición, tratando de responder a esta interrogante que ha generado debate en la doctrina peruana.

Primera. Como ya se presentó a lo largo de la presente investigación, el delito de Negociación Incompatible busca sancionar aquel funcionario público que desvía el poder del Estado, mismo que le fue encomendado, para obtener un beneficio propio o en favor de terceros, ya sea de forma directa, indirecta o por acto simulado, teniendo como objeto de interés un contrato u operación estatal, los mismos que le son confiados al funcionario público debido a la vinculación funcional en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

Segunda. En relación con los elementos subjetivos del tipo penal, el elemento subjetivo del mismo es eminentemente doloso. Sin embargo, este punto viene siendo objeto de debate por parte de la doctrina y jurisprudencia nacionales, pues, como es sabido existen tres diferentes tipos de dolo, como el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado o también llamado dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual. Es precisamente sobre esta última clase de dolo que se suscita el debate, pues la falta de precisión del ilícito penal sobre qué tipo de dolo puede ser considerado como elemento subjetivo del mismo ha llevado a un intenso debate estos últimos años. La redacción del enunciado normativo del delito de negociación incompatible no es lo suficientemente específico en torno a qué tipo de dolo sería el aplicable.

Tercera. La mayoría doctrinaria se decanta por el dolo directo, teniendo como fundamentos de su posición el conocimiento pleno y exigible al funcionario público en razón del cargo que ejerce al interior de la Administración Pública. De manera particular, se considera que, al ser este un delito de gestión, al funcionario se le exigen conocimientos ciertos y requisitos específicos que le permitan tener capacidad de decisión sobre el contrato u operación pública con el que se encuentra vinculado funcionalmente. Por lo anterior, esta parte de la doctrina no considera posible la configuración del ilícito penal por parte del dolo eventual, sino únicamente por dolo directo.

Cuarta. Por otra parte, hay un sector minoritario que considera viable al dolo eventual como elemento subjetivo del ilícito, basándose únicamente en que la estructura normativa del

artículo 399 del Código Penal peruano que regula el delito de Negociación Incompatible no especifica el tipo de dolo, lo que permite entender que no se excluye al dolo eventual del tipo.

Quinta. En adición a ello, algunos doctrinarios consideran que los conocimientos exigibles al funcionario no son conocimientos estrictos o concernientes a sus funciones, sino simplemente conocimientos mínimos o generales, e incluso algunos consideran que la vinculación funcional no resulta relevante para la determinación del dolo, debido a que solo se requiere que el sujeto activo tenga la condición especial de funcionario Público. Sin embargo, los autores de esta minoría no dan mayores razones que permitan sostener su postura.

Sexta. Considerando ambas posturas y sus fundamentos, la postura que resulta siendo la más adecuada desde nuestro punto de vista es la expuesta por la doctrina mayoritaria, misma que considera al dolo directo como único elemento subjetivo configurador del delito de Negociación Incompatible. Estimamos como fundamento importante y determinante el conocimiento estricto plenamente exigible al Funcionario Público, entiéndase conocimiento como la aglomeración de información a causa del proceso de aprendizaje o de la experiencia¹³⁰, por tanto, dado que el ámbito de las contrataciones del Estado es un espacio especial en donde no cualquiera puede ejercer funciones, el mismo contexto exige que el funcionario tenga capacidades especiales que le permitan tomar decisiones correctas en beneficio del correcto funcionamiento del aparato estatal. Por ende, este debe conocer sus obligaciones tanto morales como legales, así como sus funciones y competencias en razón del cargo público que le fue otorgado por el estado, permitiéndole ser capaz de resolver conflictos que se le puedan presentar en el ejercicio de sus funciones. Es, entonces, a partir de este conocimiento que podemos decir con certeza que el funcionario público no puede desentenderse de las consecuencias de su mala actuación, diciendo que no tenía intención de causarlas, pese a conocerlas, como lo plantea el dolo eventual; en ese caso, el delito de negociación incompatible no hallaría su configuración.

Séptima. Mientras que el dolo directo plantea un conocimiento pleno y exigible, el dolo eventual muestra un conocimiento mínimo, en donde se postula que el funcionario con conocimientos generales y poco precisos sobre sus funciones y obligaciones, pueda decidir en torno a contratos u operaciones estatales. Este planteamiento resulta inaceptable, pues no cualquiera puede tomar decisiones sin tener conocimiento de causa, sobre todo en un ámbito tan importante como son las contrataciones estatales. Por esto mismo, es que al momento en

¹³⁰ Fossi, *El dolo eventual*, 61.

que se postula a un concurso público para ser funcionario se pasa por una serie de filtros y pruebas para saber si el sujeto está capacitado para desarrollar la labor que el estado le otorgara.

Octava. En adición a ello, la vinculación funcional resulta siendo un requisito *sine qua non* para la configuración del delito, pues vincula al funcionario público con el objeto del delito, los contratos u operaciones estatales, teniendo como base los deberes y obligaciones provenientes del cargo que desempeña el funcionario en el órgano u organismo gubernamental. Esto demuestra una vez más que no solo es necesario que el sujeto tenga la condición especial de funcionario público, sino que se requiere capacidades más allá de las mínimas que le permitan tomar decisiones. El autor del delito no puede aducir que el desvío de su comportamiento se debe a la falta de conocimiento sobre sus obligaciones o el límite de sus actuaciones. Por ello Rojas Vargas dice: “no podrá ser autor del delito cualquier funcionario o servidor público sino sólo aquel que posee facultades de decisión o de manejo en las negociaciones u operaciones por razón de su cargo”¹³¹, pues nadie puede decidir sobre lo que no conoce. Estos deberes y obligaciones propios del cargo son establecidos por normas como la Ley de Contrataciones del Estado, en donde también se recogen las actuaciones y funciones correspondientes al funcionario público encargado de los contratos u operaciones del Estado, mismas que manifiestamente requieren de sujetos concedores del ámbito en el que se desarrolla esta actividad, personas capacitadas para tomar decisiones y hacer frente a dificultades o problemas que se le puedan presentar en el ejercicio de las mismas, por tanto, toda mala praxis o desviamiento de poder, será con conocimiento de causa, entendiéndose que las consecuencias de dichas malas acciones también serán de pleno conocimiento del funcionario público.

Novena. El dolo eventual es una figura en la que el sujeto activo conoce de las consecuencias negativas, se las plantea como probables y aun así decide continuar con su actuación, asumiendo el riesgo de su conducta, por lo que de cierto modo hay conocimiento, pero no el suficiente, así como también hay intención, pero no la necesaria para hablar de dolo. Desde nuestra posición el dolo eventual es un concepto que se basa en un hecho culposo, pero con mayor gravedad, y es que esta probabilidad que presenta este tipo de dolo, no es identificable con el conocimiento y la intención propias del dolo, pues se presenta como imprudencia o falta de diligencia al momento de actuar.¹³² El dolo directo como su contraparte, tiene sus elementos notoriamente presentes, un conocimiento pleno de los elementos objetivos

¹³¹ Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, 286.

¹³² Fossi, *El dolo eventual*, 175.

del delito y una intención de causar daño, dirigido a obtener un resultado producto de su mala actuación. Si bien el delito de Negociación Incompatible no es un delito de resultados sino de medios, se buscan beneficios sean propios o para terceros, lo mismo que el dolo directo presenta, sin embargo, al presentarse el derecho penal como una barrera de prevención previa a la realización del delito, evita que el resultado se realice, pese a ello, es claro que el conocimiento y la intención son manifiestamente elementos presentes en el delito aludido.

Decima. La minoría doctrinaria alega que de una interpretación literal del artículo 399 del Código Penal peruano no se excluye el dolo eventual, debido a la falta de determinación del artículo. Sin embargo, este tipo de interpretación trae consigo ciertos problemas, pues desnaturaliza el sentido original de la ley e incluso al enfocarse en los tecnicismos resaltando los detalles formales que los materiales, lleva a soluciones injustas fomentando un sistema legal excesivamente burocrático.

Undécima. La interpretación en el derecho penal es un instrumento importante pues permite una correcta aplicación del derecho en cada caso concreto respetando los derechos y libertades de los sujetos involucrados. En el presente caso, debemos recurrir a una interpretación sistemática, apoyándonos no sólo en el Código Penal, sino también en otras normas que permitan darle coherencia y armonía con el resto del ordenamiento jurídico, como podría ser la Ley de contrataciones del estado N°30225 y su reglamento el Decreto Supremo N°350-2015-EF, la Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto N°28411, así como también la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República N°27785. La interpretación integral de estas normas esclarece un poco más las dudas sobre si el dolo directo es el único tipo de dolo que lleve a la configuración del delito de Negociación Incompatible, pues de ellas se logra vislumbrar determinados conocimientos plenamente exigibles al funcionario público debido a lo específico de sus funciones, las obligaciones y responsabilidades que este debe resguardar. Por tanto, interpretadas de manera sistemática estas leyes con el Código Penal, se obtiene una mayor coherencia y mejor aplicación del derecho, delimitando correctamente la responsabilidad penal al autor del delito considerando el ámbito en el que se desenvuelve. Las leyes y normas no son ajenas unas de las otras, al ser un sistema unificado, es necesario entenderlas en su conjunto.

Duodécima. En definitiva, el delito de Negociación Incompatible sólo es posible por medio del Dolo Directo como elemento subjetivo del mismo, pues el funcionario o servidor público que se interese de manera directa, indirecta o por acto simulado, en un contrato u operación pública, para beneficio propio o de tercero, lo hace conociendo plenamente las consecuencias de sus acciones, por ende el funcionario o servidor no podrá alegar

desconocimiento de las mismas o que no hubo intencionalidad, ya que debido al cargo que ejerce y las funciones que de este derivan, no es posible alegar un desconocimiento. Es por ello que el sujeto debe actuar con diligencia y eficiencia, priorizando siempre el interés general.

Recomendaciones:

En función de los principales problemas identificados en esta investigación sobre el delito negociación incompatible y el tipo de dolo aplicable, hemos advertido las siguientes recomendaciones:

En primer lugar, dado que el núcleo del delito radica en su redacción dentro del Código Penal Peruano, consideramos adecuada la modificación del artículo, de tal forma que se exponga con mayor precisión la presencia indubitable del dolo eventual en el delito de Negociación Incompatible, teniendo como ejemplo aquellos delitos en donde a través de palabras como “a sabiendas” o “con conocimiento de”, con las cuales se identifica al tipo de dolo en ciertos delitos como el parricidio regulado en el art. 107 del Código Penal. Esta recomendación encuentra su fundamento en la exposición detallada a lo largo de esta investigación sobre por qué el dolo directo resulta más adecuado que el dolo eventual en casos de negociación incompatible.

El definir con precisión el dolo directo como elemento subjetivo del delito va a permitir a los aplicadores del derecho, no caigan en ambigüedades o incertidumbre jurídica al momento de emitir un juicio justo, inclusive, al mejorar la redacción del articulado, habría mayor coherencia con el cuerpo normativo penal pues ya no habría contradicciones ni discusiones en torno a ello, como si las hay actualmente debido a la escasa precisión del Código Penal Peruano que genera dificultades en la aplicación de la justicia. Por ello consideramos importante una mejor redacción del tipo con el fin de facilitar el ejercicio de la acción penal.

Como segunda recomendación en relación a la primera, nos adentramos a un aspecto fundamental dentro del Derecho como lo es la interpretación. Si bien es sabido que hay diversos tipos de interpretación, la interpretación sistemática viene siendo la más óptima en cuanto a una correcta y coherente aplicación del derecho. Pues esta no solo permite analizar una sola norma en específico, sino también relacionarla con otros textos normativos del sistema legislativo peruano, permitiendo que el legislador pueda aplicar el derecho con mayor coherencia y cohesión en cada caso concreto.

Como hemos podido observar a lo largo de este trabajo de investigación, la primacía de la incógnita sobre el elemento subjetivo del delito es un aspecto importante. Por ello, para abordar esta cuestión, no solo es necesario mejorar la redacción de este texto, sino también buscar relacionarlo e interpretarlo con otras normativas que puedan aclarar los vacíos

existentes, especialmente en lo que respecta a qué tipo de dolo es aplicable a este delito. Si nos limitamos únicamente a la redacción actual sin profundizar en su interpretación, no seremos capaces de identificar con claridad el dolo adecuado, lo que llevaría una peligrosa incertidumbre al momento de aplicar la pena a los sujetos que cometen el delito de Negociación Incompatible.

Como tercera recomendación, consideramos importante proponer una capacitación continua de los operadores de justicia del Perú en la aplicación específica del dolo eventual en los delitos de corrupción. Esta recomendación complementa a la segunda, ya que la formación está orientada a la interpretación sistemática de la norma, con el objetivo de mejorar la eficacia del sistema judicial peruano. Consideramos, por ende, que es fundamental desarrollar esta propuesta, ya que asegurará decisiones judiciales mejor fundamentadas, así como una aplicación coherente y efectiva de la ley, mejorando la calidad de la administración de justicia en los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos. De esta manera, al recibir una formación adecuada, los operadores de justicia podrán aplicar el derecho correspondiente al caso concreto y establecer las penas adecuadamente, evitando sentencias erróneas vulnerando los derechos fundamentales de las partes o la impunidad de los responsables por la incorrecta aplicación de la ley.

Como cuarta recomendación, consideramos necesaria la revisión de la doctrina internacional como la nacional, como es el caso de la doctrina española y la argentina de quienes hemos tomado inspiración para la regulación del delito de negociación incompatible en la legislación nacional, quienes además han presentado el mismo problema en torno a si el dolo eventual es elementos suficientes para la configuración del delito en mención.

En la doctrina española, el debate en torno al dolo eventual y al dolo directo como elementos del delito de Negociación Incompatible se ha intensificado con el paso del tiempo, pues si bien es cierto el dolo directo es esencial en el presente delito, no descartan el dolo eventual. Por otro lado, en la doctrina argentina tampoco se muestra una posición homogénea en torno al mismo debate, las decisiones de los juristas se han visto divididas, no obstante, hay una notable mayoría que apoya al dolo directo como elemento subjetivo del delito de Negociación Incompatible. Las diferentes posiciones en torno al mismo debate darán paso a una visión más amplia del mismo, dando la posibilidad de una mejor solución al problema.

Por último, una quinta recomendación siguiendo la misma línea del análisis doctrinario, es el análisis de jurisprudencia extranjera, las decisiones o soluciones que han brindado otros países con respecto a la problemática del tipo de dolo aplicable al delito que nos acontece. En el caso de Argentina, tal como en el Perú tienen una distinción determinada entre el dolo eventual y el dolo directo; sin embargo en casos referidos a delitos de función pública se

considera que el sujeto actúa con una clara intención y siendo totalmente consciente de las consecuencias que acarrea su ilícito actuar, ya sea en beneficio propio o de un tercero, un claro ejemplo es la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25.188, donde claramente se manifiesta que el dolo directo se aplica a los casos de corrupción, en adición a ello el artículo primero de la mencionada ley argentina presenta como requisito de permanencia al cargo que el funcionario o servidor público mantengan una actitud ética pública en el ejercicio de sus funciones. Esta situación se repite en el caso de Colombia, en donde en múltiples ocasiones los jueces han resuelto casos de Negociación Incompatible considerando el dolo directo debido una vez más a la clara intención que se observa.

Esto es importante de reconocer y entender pues supone en nuestro sistema judicial una base de mejora y desarrollo en múltiples aspectos. Siendo el que consideramos más importante, el fortalecimiento de la lucha contra la corrupción, ya que genera el claro entendimiento de una clara consciencia en el actuar por parte de los funcionarios públicos. Al mismo tiempo el tener un respaldo en lo referido a soluciones brinda a los operadores de justicia en el Perú una mayor certeza jurídica y un claro desincentivo a la corrupción a los funcionarios públicos.

Esto también nos permite la facilitación en la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción, pues supondría un intercambio de jurisprudencia importante. Incluso esta cooperación generaría propuestas de reforma legislativa dando paso a que se tome no solo en unos países se tome al dolo directo como elemento subjetivo de la Negociación Incompatible, sino que se elevaría a estándares internacionales.

Expuesto y analizado lo anteriormente mencionado, exhortamos a los especialistas y operadores de justicia a buscar garantizar las buenas prácticas de la función pública. Esto de cara a realizar un análisis eficiente del delito de Negociación Incompatible. Este análisis es importante mencionarlo, debido a la redacción ante la cual estamos, pues no nos precisa el elemento subjetivo del delito, el cual es de suma importancia al momento realizar la adecuación de la conducta a la descripción del delito. Generando así dudas e imprecisiones a la hora de valorar si se está cometiendo o no el ilícito. Estas recomendaciones las realizamos a modo de reducir la inseguridad jurídica que produce esta falta de especificación y también a manera de buscar siempre mejorar la calidad del sistema jurídico que tiene el Perú.

Referencias

- Abanto Vásquez, Manuel. *Los Delitos Contra La Administración Pública En El Código Penal Peruano*. 2nd ed. Palestra, 2003.
- Abanto Vásquez, Manuel A. *Los Delitos Contra La Administración Pública En El Código Penal Peruano*. 2nd ed. Palestra Editores, 2003.
- Álvarez Dávila, Francisco. *El Delito De Negociación Incompatible: Estudio De Los Aspectos Problemáticos Del Tipo Penal*. 1a. edición. IDEAS Solución Editorial, 2021.
- Álvarez Dávila, Francisco, Raúl Martínez Huamán, Percy García Cavero et al. *Delitos Contra La Administración Pública – Debates Fundamentales*. 1st ed. Gaceta Jurídica, 2022.
- Ávila Martel, Alamiro. *Esquema Del Derecho Penal Indiano*. Santiago de Chile, 1941.
- Binding, Karl. *Die Normen Und Ihre Übertretung, Eine Untersuchung Über Die Rechtmässige Handlung Und Die Arten Des Delikts [Las Normas Y Su Violación, Una Investigación Sobre El Hecho Lícito Y Los Tipos De Delito]*. 1 vol. Nabu Press, 2012.
- Boldova Marzo, Daniel Miguel. “DELIMITACIÓN DEL DOLO: CARÁCTER AUTÓNOMO DEL ELEMENTO VOLITIVO.” Trabajo de Fin de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, junio de 2021. <https://zagan.unizar.es/record/110522/files/TAZ-TFG-2021-1100.pdf>.
- Bustanza Siu, Marco Antonio. “Delimitación Entre El Dolo Eventual E Imprudencia.” Tesis de fin de master, Escuela de Graduados, Pontificia Universidad Católica del Perú, April 11, 2014. <https://tesis.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/4f20fa11-eff2-4a09-ae7f-43bd99d3eddf/content>.
- Bustos Ramírez, Juan. *Homicidio Con Dolo Eventual O Imprudente*. 10th ed. PODER JUDICIAL. 2º EPOCA NUMERO 10. Consejo General del Poder Judicial, 1988.
- Caro John, José Antonio. “La Normativización Del Tipo Subjetivo En El Ejemplo Del Dolo.” *Derecho & Sociedad*, no. 39 (2012): 22–34. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13057>.
- Castillo Alva, José Luis. *El delito de negociación incompatible*. 1st ed. Instituto Pacífico, 2015.
- Chang Kcomt, Romy. “Dolo Eventual E Imprudencia Consciente: Reflexiones En Torno a Su Delimitación.” *Derecho & Sociedad*, no. 36 (2011): 255–66. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13232>.
- ComexPerú. “Percepción De Gobernabilidad En El Perú Es Afectada Por La Corrupción De Funcionarios Públicos.” *Semanario 1169-Hechos de Importancia*, 16 de junio de 2023.

- <https://www.comexperu.org.pe/articulo/percepcion-de-gobernabilidad-en-el-peru-es-afectada-por-la-corrupcion-de-funcionarios-publicos>.
- Creus, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3rd ed. 1 vol. Buenos Aires-Argentina Astrea, 1990.
- Enríquez Sumerinde, Víctor. “El Delito De Negociación Incompatible En El Marco De La Nueva Ley De Contrataciones Del Estado.” *GACETA PENAL*, no. 79 (2016): 77–78. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/22419BE8014AE10F052580B9006CE03A/\\$FILE/AGACPENAL79PA_G77.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/22419BE8014AE10F052580B9006CE03A/$FILE/AGACPENAL79PA_G77.PDF).
- Feijóo Sánchez, Bernardo. *El dolo eventual*. 1º ed. Colección de estudios 26. Universidad Externado de Colombia Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2002.
- Fossi, Josué. *El dolo eventual: Ensayo sobre un modelo límite de imputación subjetiva*. 1st ed. Madrid: J.M. BOSCH EDITOR, 2022.
- García Caveró, Percy. “La Imputación Subjetiva Y El Proceso Penal.” XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Colombia, August 24, 2005–August 26, 2005. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5312302.pdf>.
- García Caveró, Percy. *Derecho Penal Económico Parte General*. 4th ed. 1 vol. Instituto Pacífico, 2022.
- García Caveró, Percy. *Derecho Penal Parte General*. 3rd ed. IDEAS, 2024.
- García Caveró, Percy, and Ronald Vilchez Chinchayán. *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*. IDEAS, 2020.
- González Pascual, Arturo. “Dolo: ¿qué Es Y Qué Clases De Dolo Existen?” *Dexia Abogados*, October 5, 2022. <https://www.dexiaabogados.com/blog/dolo/>.
- Gurucelain Lezano, Beatriz. *CAPITULO 18: SEGUROS Y RESPONSABILIDAD DEL MONITOR DE TIEMPO LIBRE*. Escuela Saioa, 2011.
- Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*. With the assistance of Manuel Cancio Meliá. 1. ed. UA Ediciones; Editorial Civitas, 1997. Traducción al castellano y Estudio Preliminar.
- Jakobs, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. 1. ed. Monografías. Thomson / Ed. Civitas, 2004.
- Liszt, Franz von. *Tratado de Derecho penal*. 2nd ed. 3 vols. Editorial Reus, 2004. <https://doi.org/10.30462/9788429013450>.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. *MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General*. 1 vol. LEGALES, 2022.

- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, and Alonso Salas Beteta. *Aspectos Sustantivos Y La Prueba En Los Delitos Contra La Administración Pública*. 1 vol. Instituto Pacífico, 2023.
- Pérez Mundaca, Alberto. “Corrupción En Las Contrataciones Públicas: Investigaciones Recientes Y Tendencias De Investigación.” *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar* 6, no. 4 (2022): 1652–70. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i4.2686. <https://ciencialatina.org/index.php/cienciala/article/view/2686>.
- Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría Del Delito*. 1st ed. Serie G--Estudios doctrinales núm. 192. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- Reátegui Sánchez, James. *Delitos Contra La Administración Pública En El Código Penal*. 3rd ed. Gaceta Jurídica, 2023.
- Recurso de Nulidad N° 373-2007. 1° Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, July 4, 2007. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/77dae0004a55104b8a97fe9026c349a4/Sentencia.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=77dae0004a55104b8a97fe9026c349a4>.
- Righi, Esteban. *Derecho penal*. 1st ed. Abeledo Perrot, 2010.
- Rojas Vargas, Fidel. *MANUAL OPERATIVO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS*. 2nd ed. NOMOS & THESIS, 2017.
- Rojas Vargas, Fidel. *Delitos Contra La Administración Pública*. 5th ed. Gaceta Jurídica, 2021.
- Rusca, Bruno. “Consideraciones De Política Criminal Sobre El Delito De Negociaciones Incompatibles Con La Función Pública: Una Reconstrucción De Su Ilícitud Como Puesta En Peligro Contra La Voluntad Estatal.” *Derecho PUCP*, no. 90 (2023): 463–95. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.013>. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/26893>.
- Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3. ed. Editorial Iustitia, 2014.
- Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos Contra La Administración Pública*. 6°. Iustitia, 2023.
- Silva Sánchez, Jesús María. *APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO*. 1st ed. JOSÉ MARÍA BOSCH, 1992.
- Villavicencio Terreros, Felipe. *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. 1st ed. GRIJLEY, 2006.
- Zugaldía Espinar, José Miguel. “La Demarcación Entre El Dolo Y La Culpa: El Problema Del Dolo Eventual.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 39, no. 2 (1986): 395–422. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/143>.