



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**DETERMINACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO
BENEFICIADO – EXTRANEUS, EN LA ESTRUCTURA TÍPICA
DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

TESIS

PRESENTADA POR:

Bach. JOSÉ VELÁSQUEZ MIRANDA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2022



DEDICATORIA

Para mis papás, por el apoyo incondicional en mi formación, por su paciencia y aprobación en cada una de mis decisiones.

José Velásquez Miranda



AGRADECIMIENTOS

A la “Universidad Nacional del Altiplano”, y los docentes de la “Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas” por la orientación y formación universitaria.

A mi familia y amigos cercanos, quienes me motivaron a iniciar, continuar y concluir mi investigación.

José Velásquez Miranda



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE TABLAS

RESUMEN 8

ABSTRACT..... 10

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

CAPITULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN..... 21

2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL 21

2.1.2. A NIVEL NACIONAL 35

2.1.3. A NIVEL LOCAL 39

2.2. MARCO TEÓRICO 42

2.2.1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA..... 42

2.2.2. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN EL PERÚ 43

2.2.3. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA..... 46

2.2.4. EL DELITO DE “NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE” 47

2.2.5. EL “EXTRANEUS” EN LOS «DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA» 55

2.2.6. IMPUTACIÓN OBJETIVA 56

2.2.7. AUTORÍA..... 57

2.2.8. PARTICIPACIÓN 58



2.2.9. “DOMINIO DEL HECHO”	62
2.2.10. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	63
2.3. MARCO CONCEPTUAL	65
2.3.1. CORRUPCIÓN	65
2.3.2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	66
2.3.3. FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO	66
2.3.4. CONTRATACIONES PÚBLICAS	67
2.3.5. EXTRANEUS	68
2.3.6. INTRANEUS	68
2.3.7. LOS DELITOS ESPECIALES	68
2.3.8. INFRACCIÓN DE DEBER.....	69
CAPÍTULO III	
MATERIALES Y MÉTODOS	
3.1. METODOLOGÍA	72
3.2. TECNICAS E INSTRUMENTOS.....	77
CAPITULO IV	
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	
4.1. PRIMER OBJETIVO	80
4.1.1. Proveedores del Estado	80
4.1.2. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial	82
4.1.3. Participación criminal del tercero beneficiado.....	92
4.2. SEGUNDO OBJETIVO	99
4.2.1. Tipicidad del “delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo”.	99
4.2.2. Análisis Doctrinal	101



4.2.3. Análisis Jurisprudencial	106
4.2.4. “Principio de Legalidad” e Interpretación	121
4.3. TERCER OBJETIVO	125
4.3.1. Impunidad	125
4.3.2. El caso del enriquecimiento ilícito.....	129
4.3.3. La jurisprudencia.....	131
4.3.4. La jurisprudencia peruana.....	134
4.3.5. Objeto de la ley.	140
4.4. CUARTO OBJETIVO	148
4.4.1. Análisis de Encuestas.....	148
4.4.2. Criminalización de las conductas.....	154
4.4.3. Fundamentos de la fórmula Legal.....	156
V. CONCLUSIONES	175
VI. RECOMENDACIONES	178
VII. REFERENCIAS.....	180
ANEXOS.....	189

Área de investigación : Ciencias Sociales
Línea de investigación : Derecho
Sub línea : Derecho Penal
Tema : Delitos contra la administración pública

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 30 de junio de 2022



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	Procesamiento de Encuesta (Hernández Sampieri et al., 2014).....	79
Tabla 2	Sentencias de la “Sala Penal Transitoria”	145
Tabla 3	Sentencias de la “Sala Penal Permanente”	145
Tabla 4	Últimas sentencias de la Sala Penal Permanente	146
Tabla 5	Criterios cronológicos en relación a la Sala Penal Permanente	146
Tabla 6	Magistrados supremos participantes en las casaciones y acuerdos plenarios específicos.....	147
Tabla 7	Magistrados supremos participantes en las últimas casaciones de la Sala Pena Permanente.....	147
Tabla 8	Encuesta Procesada (Hernández Sampieri et al., 2014).....	152



RESUMEN

La investigación se realizó a partir del análisis del delito de “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, previsto en el «artículo 399 del Código Penal peruano»; la falta de desarrollo, de análisis teórico y práctico, en cuanto a la participación criminal del tercero beneficiado en el delito de “Negociación Incompatible”, conlleva al problema de investigación que es la errónea atribución penal de la participación de este sujeto, por parte de los operadores del derecho. Así el juez no sabrá si es posible condenar a un tercero beneficiado o si la redacción del delito no lo permite, lo mismo con el fiscal, quien bajo el principio objetividad no podrá iniciar, continuar y llevar a juicio si no se tiene determinada la calidad con la que se le puede imputar o si no corresponde iniciar la acción penal, y el abogado defensor no podrá realizar una defensa eficiente si no conoce los alcances normativos, doctrinarios y jurisprudenciales del delito que se le pueda imputar a su patrocinado. Ello, parte de la interpretación literal del delito, y es originada a raíz de posiciones jurídicas contrarias de doctrinarios y de magistrados de la “Corte Suprema de la República”, que conllevan a consecuencias versadas en la impunidad, e inaplicación de preceptos legales contenidos en las normas penales y en el objeto del legislador que busca para combatir la criminalidad en «delitos contra la Administración Pública». De esta forma la pregunta de investigación que se responderá a través de la presente investigación es la siguiente: ¿Es posible la intervención del tercero beneficiado “extraneus”, en la estructura típica del delito de “Negociación incompatible”? Bajo esa línea, los objetivos trazados para la presente investigación son: “Analizar si la intervención del tercero beneficiado - extraneus forma parte de la estructura típica en el delito de Negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal”. (Objetivo general), “Determinar si existe participación criminal del tercero favorecido en la contratación pública para ser



imputado en el delito de negociación incompatible.” (primer objetivo específico). “Analizar si en aplicación del principio de legalidad puede ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito de Negociación Incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal.” (segundo objetivo específico) “Determinar si la estructura típica del delito de Negociación Incompatible, y su aplicación conduce a la impunidad del tercero beneficiado – extraneus”. (Tercer objetivo específico) y Proponer una fórmula legal que sancione la conducta del tercero beneficiado. (Cuarto objetivo específico). Realizado el estudio del delito de “Negociación Incompatible”, se propuso una fórmula legal en cuanto a la conducta del tercero beneficiado en procesos de contratación u operaciones, así como un ensayo de sentencia plenaria casatoria penal. Por la metodología de la investigación realizada, el enfoque es de naturaleza cualitativa, con un tipo de investigación teórica al desarrollar instituciones jurídicas y el estudio de la jurisprudencia nacional encaminada a la sustracción del “extraneus” como tercero beneficiado en el delito de “Negociación Incompatible”, el alcance de la investigación es explorativo – analítico mediante el cual se realizará el análisis del tipo penal y su aplicación actual respecto a los participantes y/o sujetos activos, tratando de explicar desde un análisis – síntesis del tipo penal como método teórico y a partir de ello realizar la correcta delimitación de los elementos objetivos de este delito.

Palabras Clave: Negociación Incompatible, Principio de Legalidad, “extraneus”, Corrupción, Participación.



ABSTRACT

The research was carried out based on the analysis of the crime of "Incompatible Negotiation or Undue Advantage of the position", foreseen in article 399 of the Peruvian Criminal Code; the lack of development, of theoretical and practical analysis, regarding the criminal participation of the benefited third party in the crime of "Incompatible Negotiation", leads to the research problem which is the erroneous criminal attribution of the participation of this subject, by the operators of the law. Thus, the judge will not know if it is possible to convict a third party beneficiary or if the wording of the crime does not allow it, the same with the prosecutor, who under the objectivity principle will not be able to initiate, continue and bring to trial if the quality with which he can be charged is not determined or if it does not correspond to initiate the criminal action, and the defense attorney will not be able to make an efficient defense if he does not know the normative, doctrinal and jurisprudential scope of the crime that his client can be charged with. This is based on the literal interpretation of the crime, and is originated as a result of contrary legal positions of doctrinarians and magistrates of the Supreme Court of the Republic, which lead to consequences related to impunity, and non-application of legal precepts contained in the penal norms and in the object of the legislator who seeks to combat criminality in "crimes against the Public Administration". In this way the research question to be answered through the present investigation is the following: Is it possible the intervention of the third party beneficiary "extraneous", in the typical structure of the crime of "Incompatible Negotiation"? Under this line, the objectives of the present investigation are as follows: To "Analyze if the intervention of the third party beneficiary - extraneous is part of the typical structure in the crime of Incompatible Negotiation embodied in article 399 of our Criminal Code in force" (general objective), to "determine if there is criminal



participation of the third party favored in the public contracting to be charged in the crime of incompatible negotiation” (first specific objective). To “analyze if in application of the principle of legality the third party beneficiary can be included in the typical structure of the crime of Incompatible Negotiation provided in article 399 of the Criminal Code” (second specific objective). To “determine if the typical structure of the crime of Incompatible Negotiation, and its application leads to the impunity of the third party beneficiary - extraneus”. (Third specific objective) and To propose a legal formula to punish the conduct of the third party beneficiary (Fourth specific objective). Once the study of the crime of “Incompatible Negotiation” was carried out, a legal formula was proposed regarding the conduct of the third party beneficiary in contracting processes or operations, as well as a trial of a plenary criminal cassation sentence. For the methodology of the research conducted, the approach is qualitative in nature, with a theoretical type of research by developing legal institutions and the study of national jurisprudence aimed at the subtraction of the “extraneus” as a third party beneficiary in the crime of “Incompatible Negotiation”, the scope of the research is exploratory - analytical by means of which the analysis of the criminal type and its current application with respect to the participants and/or active subjects will be carried out, trying to explain from an analysis - synthesis of the criminal type as a theoretical method and from this to carry out the correct delimitation of the objective elements of this crime.

Keywords: Incompatible Negotiation, Principle of Legality, “extraneus”, Corruption, participation.



CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

La Corrupción es un fenómeno muy extenso, que circunscribe actividades públicas y también privadas, este fenómeno se encuentra desde la oferta y la recepción de pagos ilegales, la aplicación errónea de proyectos y políticas, la estafa en los comicios y distintas infracciones de orden administrativo que evidencian la percepción reactiva en nuestra sociedad, ya que no solo se trata del tosco saqueo del erario estatal por parte de ciertos agentes corruptos como se cree. Le valió al Perú, a un nivel estimado anual de entre 30 y 40 % de las expensas de nuestro presupuesto económico, y alrededor de 3 y 4 % del Producto Bruto Interno entre los años de 1820 al 2000, el costo de la «corrupción» para el desarrollo global históricamente para el Perú ha sido estructuralmente enorme. Considerando que para alcanzar un crecimiento autosostenido se requiere de una tasa de crecimiento media anual del PBI de entre 5 y 8 por ciento en el largo plazo, debido a la corrupción sistemática y descontrolada, el Perú perdió o distribuyó mal el equivalente de aproximadamente el 40 a 50 % de sus posibilidades de desarrollo (Quiroz, 2013). De acuerdo al Cálculo de la «Corrupción», en el 2019 el Perú ha sido perjudicado con un aproximado de S/. 23 000 000 000.00 (Shack & Portugal, 2020). Siendo que la corrupción en el Perú surge desde la República hasta llegar a la actualidad; Héctor Vargas Haya concluye que, en la historia política del Perú no hubo momento en el que no se le haya causado daño al Perú por causa de la corrupción en todas sus formas; la corrupción y todas las formas de putrefacción en la política crecieron en relación con el incremento de la población y con la aparición de nuevas prácticas delictivas, que se verifican a lo largo de las conductas investigadas, procesadas y sancionadas (Vargas, 2005).



A nivel internacional, el Índice sobre la Sensación de la «Corrupción» durante el año 2019 evidencia que una gran cantidad de países hicieron poco o nada contra la «corrupción», razón además de que la ciudadanía esté agobiada de este fenómeno de la «corrupción» entre los representantes y entes, como se tiene de los sobornos, en todas las esferas del ente estatal, impidiendo el acceso a servicios públicos básicos; la impotencia alimenta la falta de confianza en el estado, debilita la fiabilidad de los líderes políticos, y los representantes elegidos por voto popular y la propia democracia. De esa forma se afirma que para reducir y luchar en contra de la «corrupción», los estados tienen que fortificar sus métodos de control, limitar el dominio de sectores y grupos en la política y asegurar una participación amplia en las técnicas de toma de disposiciones. Las políticas públicas y el erario del estado no deben estar fijados solo por grupos de poder económico o políticos, sino a través de consultas, distribución de presupuesto y las necesidades latentes en la sociedad. El Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de 2019 muestra que la corrupción es generalizada en los lugares donde las campañas electorales reciben grandes aportaciones económicas y capitales, y donde solo son atendidos a quienes tienen los recursos suficientes y las influencias en los grupos de poder; más de dos tercios de los países tienen una puntuación menor a 50, y el promedio es de sólo 43 puntos, de una escala donde 0 significa corrupción elevada y 100 significa sin corrupción; de esa forma se demuestra que los países no pueden reducir la corrupción efectivamente en el sector público (International, 2020). Dicha escala pone al Perú con un puntaje de 36 y en la posición 101 de los 180 países calificados.

La percepción de la corrupción en el Perú, trae la desconfianza de las instituciones públicas y sus representantes a través de los funcionarios y servidores públicos que la integran, así en el año 2019 la corrupción es percibida como el segundo problema más importante del país (62%) por debajo de la delincuencia y falta de



seguridad (69%), de esa forma se comprende que la corrupción siempre es ejercida por una autoridad o un miembro de la política peruana (PROETICA, 2019).

Uno de los delitos de «corrupción de funcionarios» lo integra, el delito de “Negociación Incompatible” que se encuentra dispuesto en el Código Penal en el título XVIII – “Delitos Contra la Administración Pública” – Cometidos por funcionarios públicos, el legislador, requiere como conducta típica que el agente – siempre “funcionario” o “servidor público” – deba interesarse indebidamente por un contrato u operación en el que va a intervenir por su cargo; así el verbo rector en el tipo penal es el interés indebido del agente; es punible la conducta que lesione el normal y el recto funcionamiento de la «administración pública» con la actuación del sujeto activo. Si el funcionario logra interesarse indebidamente en aquellos contratos donde actúa en nombre de la «administración», para sacar un beneficio económico para el u otra persona, la conducta será típica, siendo irrelevante si con tales actos la «Administración Pública» se vio favorecida. Debiendo tener en cuenta además que el bien jurídico específico del delito de Negociación Incompatible es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular encomendado en razón del cargo que desempeña este sujeto calificado, como es el de celebrar contratos u operaciones – desde su preparación, inicio, celebración y ejecución – siempre a favor de la administración pública a la que representa (Salinas, 2016). Definición condicente al señalar que el bien jurídico tutelado no es el patrimonio del Estado sino la rectitud, probidad, legalidad y el prestigio de los actos de la función pública (Hugo y Huarcaya, 2018).

De otro lado, el Artículo II del Título Preliminar del Código Penal, respecto al principio de legalidad refiere “*Nadie será sancionado por un acto no previsto como*



delito o falta por la ley vigente al momento de comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren previstas en ella”, ello debe entenderse (...) en sus ambas expresiones *lex certa* y *lex stricta*, por el que solo los comportamiento que se hallen expresamente establecidos en la norma legal, son objeto de persecución penal y a su vez, que no es posible romper los contenidos literales que señalan los tipos penales, para realizar interpretaciones caprichosas que salen del ámbito de determinación de la norma penal establecida (Rojas, 2017).

Aquí entra en discusión la determinación de la participación del tercero beneficiado en este delito de “Infracción de Deber” que requiere para su configuración el interés indebido del agente cualificado, siendo que este tercero “extraneus” no presenta dentro de la redacción y literalidad del delito contenido en el «artículo 399 del Código Penal» su complicidad necesaria para la configuración del delito, como se adelantó a partir de dicha apreciación de la norma penal, surgió una indeterminación de participación criminal del tercero beneficiado, por parte de doctrinarios y magistrados que optan por señalar distinto criterio teniendo en cuenta diferentes aspectos, que no pueden ser aplicados por la comunidad jurídica en su totalidad ante la separación de criterios, que puede y actualmente conlleva a la emisión de decisiones diferentes en casos donde sustancialmente se presentan las mismas características de participación criminal en el delito de “Negociación Incompatible”.

De forma concreta se tiene que, esta falta de desarrollo, de análisis teórico y práctico, sobre la participación criminal del “extraneus” beneficiado en el delito de “Negociación Incompatible”, conlleva al problema de investigación que es la errónea atribución criminal de la participación de este sujeto, por parte de los operadores del derecho. Así el juez no sabrá si es posible condenar a un tercero beneficiado o si la



redacción del delito no lo permite, lo mismo con el fiscal, quien bajo el principio objetividad no podrá iniciar, continuar y llevar a juicio si no se tiene determinada la calidad con la que se le puede imputar o si no corresponde iniciar la acción penal, y el abogado defensor no podrá realizar una defensa eficiente si no conoce los alcances normativos, doctrinarios y jurisprudenciales del delito que se le pueda imputar a su patrocinado.

Por lo que se tiene como objetivo, analizar si la intervención del tercero beneficiado - “extraneus” forma parte de la estructura típica en el delito de “Negociación incompatible” previsto en el «artículo 399 del Código Penal».

La presente investigación va a crear un aporte en la investigación y análisis del delito de “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, tipo penal contenido en el «artículo 399 del Código Penal peruano», toda vez que de la descripción de este delito, se desprende la punibilidad de la conducta del agente que indebidamente se interesa en provecho suyo o de otro, en un contrato u operación en el que interviene por en razón del cargo que posee, no incluyéndose a simple vista en su estructura típica la punibilidad de este tercero que es beneficiado del interés indebido y que participa en los contratos y operaciones del Estado, por lo que al ser parte de la ilicitud, y no incluirse directamente en el injusto de Negociación Incompatible, se permite una impunidad. Ya que tanto en la legislación nacional como la extranjera; la Administración y Función Pública puede ser atacada desde dentro por los funcionarios, servidores y autoridades, pero también puede ser atacada desde fuera por los particulares, como se verá posteriormente (Mir Puig, 2016).

La jurisprudencia peruana ha venido desarrollando el delito de “Negociación Incompatible”, la corte suprema se ha pronunciado respecto a distintos elementos de



este tipo penal, así tenemos de la Casación N.º 231-2017 PUNO de fecha 14 de setiembre de 2017 que establece que el delito en mención, es uno de peligro concreto condicionado a la acción que cree un riesgo o daño inminente a la administración pública, acreditado. Así como la Casación N.º 67-2017 LIMA del 11 de julio de 2017 que señala que en la “Negociación Incompatible” no puede incluirse alguna forma de cometido omisivo respecto al elemento normativo “interesarse directamente”.

La participación del tercero beneficiado en el tipo penal de “Negociación Incompatible” en la jurisprudencia, es contradictoria, teniendo posiciones que la aceptan y que no, así tenemos la “Casación N.º 841-2015 AYACUCHO”, del 24 de mayo de 2016 que señala que el «artículo 399» por su redacción típica no incluye al tercero beneficiado, y por otro lado, previamente se tiene el “Recurso de Nulidad N.º 3144-2009-PUNO” del 11 de octubre de 2010 que acepta y condena la participación de este tercero beneficiado en la conducta de la Negociación Incompatible por su aporte necesario.

En todo caso, este documento de investigación va en dirección a establecer un antecedente de investigación que propiamente es utilizado, para combatir la «corrupción» desde un análisis de la redacción del delito de “Negociación Incompatible” y la correcta interpretación de la norma penal que actualmente viene causando un debate jurídico respecto a los sujetos que puedan incluirse en el ilícito, toda vez que ante la actual línea jurisprudencial que se viene adoptando a raíz de la Casación 841-2015 AYACUCHO – que si bien no ha sido establecida como doctrina jurisprudencial vinculante, es jurisprudencia ilustrativa; y teniendo en cuenta que uno de los fines de la misma es la uniformización de criterios, no se puede establecer la punibilidad o no de este tercero beneficiado que participan en los contratos, que



suscribe y realiza la «Administración Pública», a los que se interesan indebidamente por los funcionarios y servidores públicos.

Siendo un tipo penal subsidiario, y específicamente al no poder acreditar los ilícitos de peculado, cohecho y de forma especial el de colusión, queda este ilícito para la configuración de intereses indebidos por parte de los garantes y defensores de la Administración Pública, sin contar con el beneficiado de estos intereses indebidos.

Marcelo Sancinetti señala que es indudable que la actuación parcial de los órganos administrativos que en este caso se trata de las actuaciones de los funcionarios y servidores pública, que define el ámbito de lo injusto de este delito contra la Administración, no se incrementa por el grado de beneficio que el funcionario pueda obtener, ni por el eventual perjuicio en contra del Estado, sino que deviene definitivamente configurada en cuanto el sujeto activo realiza un acto irregular y desviado por la continuación de un interés ilegítimo, es decir que al tomar, este sujeto cualificado en la actuación administrativa, una injerencia orientada al beneficio propio o de tercero, condicionando su voluntad, en las Contratación Pública a un interés particular (Sancinetti, 1986). Por su parte James Reátegui Sánchez precisa que en el delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo, el funcionario o servidor público se interesa en determinadas relaciones contractuales u operacionales, conforme lo describe el tipo, constituyendo, por ende, un acto unilateral del sujeto activo, la diferencia así con el delito de colusión, sobre la forma en que se afecta el interés de la Administración Pública, es que en la Negociación Incompatible se presenta el interés unilateral del sujeto cualificado (Reátegui, 2015). Por lo que la actuación que se desprende de la Negociación Incompatible, como un acto únicamente realizado por el funcionario público, no interviniendo necesariamente el tercero



beneficiado en el presente delito que como se presenta en los delitos contra la «corrupción de funcionarios» es un delito especial o de “infracción de deber”, con la diferencia que de su texto legal no existe participación delictual del tercero beneficiado como “*extraneus*”, sin embargo dicho aspecto aún no se encuentra zanjado, pues el tema no solo es interpretativo, es además probatorio y de participación material de este tercero que es necesario para la conducta.

Así, es necesario establecer luego del análisis del tipo penal de Negociación Incompatible si la imputación de terceros beneficiados podrían ser incluidos en el tipo penal, con la calidad de “*extraneus*” bajo el principio de legalidad, como complicidad primaria, la misma que está sujeta al comportamiento del agente cualificado, al tratarse de un delito que solo requiere la participación de quien tiene el deber de cuidado de los intereses del estado, ya que la incertidumbre de la participación del tercero beneficiado en el delito trae consigo diferentes aplicaciones en los operadores jurídico como así se ha señalado en el “Recurso de Nulidad N° 3144-2009 PUNO”, y por otro lado como se tiene de las resoluciones emitidas que señalan que no es punible la conducta del tercero beneficiado en el delito de “Negociación Incompatible” que vienen tomando como referencia la “Casación N° 841-2015 AYACUCHO”, y sientan una línea jurisprudencial de absolver a este “*extraneus*”.

En consecuencia, urge la determinación si el tercero beneficiado puede ingresar en la estructura del tipo penal, toda vez que conforme se tiene de la redacción del tipo penal y la dirección de la jurisprudencia nacional reciente, estos no podrían ser sancionados penalmente, dejando en impunidad a sujetos que son beneficiados pese al conocimiento de la falta de los requisitos y el indebido apoyo que se le da, actuando en omisión de realizar correctamente su desempeño en cualquier contrato u operación con



la «Administración Pública», y conforme al delito previsto en apartado 25° de nuestro Código Penal modificado, se persiste con la sanción de todos los intervinientes en los delitos de “Infracción de Deber” que no tengan estos deberes de protección, siguiendo la línea de la teoría de la “Unidad del Título de Imputación”.



CAPITULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

En cuanto a las investigaciones, trabajos o monografías respecto al tema en cuestión, o referentes que realicen trabajos de investigación en cuanto al estudio del delito de Negociación Incompatible y la participación del Tercero Beneficiado – “extraneus” en los Delitos de Corrupción de Funcionarios, se ha realizado una búsqueda virtual, y se han encontrado diversas investigaciones que si bien no analizan puntualmente los objetivos de la presente tesis, han servido para corroborar una falta de investigación respecto al problema propuesto, así como el análisis del delito de “Negociación Incompatible”, pese a ser uno de gran incidencia frente a otros ilícitos descritos en el Código Penal, así tenemos antecedentes a nivel internacional, a nivel nacional en los principales repositorios de tesis, y una búsqueda en el repositorio de tesis de esta Universidad Nacional del Altiplano.

2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL

En el derecho penal en Latinoamérica, se tienen los códigos penales de la república de Argentina («artículo 265º»), Chile («artículo 240º»), Bolivia («artículo 150º»), y Colombia («artículo 409º»), de los cuales se desprende a igual que en la tipificación peruana, que la configuración se da por parte del actuar del funcionario, servidor, o empleado público, con el agregado en la mayoría de estos códigos que la participación se extiende a los “árbitros, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, amigables componedores, síndicos, liquidadores comerciales, auditores,



martilleros, rematadores y demás sujetos intervinientes”, siempre como parte de la «administración pública».

2.1.1.1. Francisca Ilabaca Méndez: Delito de “Negociaciones Incompatibles”

Se tiene de la Universidad de Chile - Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales, se tiene publicada la tesis del grado de “**Licenciada**” en ciencias jurídicas y sociales, que analiza el tipo penal de Negociaciones Incompatibles. La autora en dicha investigación cualitativa, tuvo como objeto el análisis del delito de “negociaciones incompatibles” contenido dentro del «artículo 240 del Código Penal chileno», ante el poco estudio realizado sobre los delitos de funcionarios que tampoco fue abordado en su momento por la doctrina y la jurisprudencia, explicando los elementos de la estructura del tipo penal, de esa forma la autora concluye:

“1.- Insuficiencia de las iniciativas reformadoras del tipo penal del delito de negociaciones incompatibles.” “Los delitos funcionarios han sido objeto de varias modificaciones, principalmente realizadas durante la década del 90’, luego de suscribir nuestro país diferentes Convenciones Internacionales sobre la materia. El delito de negociaciones incompatibles ha sufrido dos modificaciones desde su consagración. La primera de ellas, en el año 1999, a través de la Ley 19.645, la que introdujo un nuevo inciso final, que amplió el espectro de personas a quienes el funcionario público, eventualmente, podría beneficiar dándole interés. La segunda reforma se concretó el año 2004, a través de la Ley 20.341, que tenía como objetivo principal aumentar la penalidad del delito. Sin embargo, y luego de intensas discusiones en el parlamento, sólo se aprobó modificar la pena accesoria desde inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio a inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios



públicos en su grado medio a máximo.” “Consideramos que las reformas señaladas, relacionadas con la extensión de sujetos a quién el funcionario público puede dar interés y la modificación de la pena accesoria, no han sido suficientes para terminar de precisar cuál es la verdadera naturaleza de la conducta típica. Críticamente, pensamos que la actual redacción del tipo penal es confusa y que como consecuencia de ello produce interpretaciones que a nuestro parecer resultan erróneas.” (Ilabaca, 2012, pp. 85).

“2.- Errónea ubicación del delito en el código penal. - Como hemos señalado en el cuerpo de este trabajo, el delito de negociaciones incompatibles se encuentra ubicado en el Párrafo VI denominado *Fraudes y Exacciones Ilegales*”. “Sin embargo, este delito nada tiene que ver con una especie de fraude ni engaño, sino que, primordialmente, la comisión de este delito se verifica cuando el sujeto activo se prevale de su cargo o función para tomar interés o dar interés a terceros, afectando, la imparcialidad y transparencia con que debe actuar la Administración Pública. Ha quedado de manifiesto a través de nuestra investigación que la doctrina y jurisprudencia le han atribuido un carácter eminentemente económico a este delito, tanto por su ubicación sistemática dentro del Código Penal, como por la sanción económica de multa porcentual asociada al interés que ilegítimamente se hubiere tomado en el contrato u operación. Sin embargo, como hemos señalado, el delito de negociaciones incompatibles, al ser un delito de mera actividad, no requiere de la verificación de un resultado para su consumación, y por lo tanto, no se exige perjuicio patrimonial para el Estado. Es más, su consumación no obsta a que eventualmente pueda resultar beneficiado el Fisco. Por estas consideraciones, creemos que la tipificación de este delito tiene por objetivo evitar que sujetos



que detentan un determinado cargo o función, como los funcionarios públicos y los demás sujetos activos que la norma señala, actúen desviándose de los fines de su oficio, privilegiando los intereses personales.” “Es decir, la ratio legis es evitar que la objetividad, la imparcialidad, la rectitud e integridad se vea comprometida por quienes ejercen determinada función, y que, por tanto, exista un aprovechamiento de su posición para lograr fines particulares. En razón de lo anterior, consideramos que este delito no debiera estar ubicado en el Párrafo VI sobre Fraudes y Exacciones (que claramente son de índole patrimonial), y por tanto, es necesario reubicarlo en otro párrafo, tal como se realizó en el derecho español a través de la reforma del año 1995, en la que se reubicó el delito de negociaciones incompatibles en un párrafo diferente denominado de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función.” (Ilabaca, 2012, pp. 85-86)

“3.- Naturaleza del ilegítimo interés tomado o dado por el sujeto activo. –
Como hemos señalado a lo largo de este trabajo, los sujetos activos realizan la conducta típica tomando o dando interés en un contrato u operación en que deben intervenir en razón de su cargo. En la primera modalidad, tomar interés, tal como ha señalado la Doctrina, éste debe ser personal, y en la segunda modalidad, dar interés, éste es para terceros.” “Consideramos que lo importante en este punto es que la conducta del sujeto activo tenga por objeto perseguir un interés particular posponiendo la obligación de transparencia y de imparcialidad. Acerca del debate sobre la naturaleza del interés perseguido, como señalamos precedentemente, la Doctrina y Jurisprudencia están contestes en considerar que los intereses privados que persiguen los sujetos activos en este tipo de delito son aquellos generalmente de índole económica, cuestión que



a nuestro parecer, desde el punto de vista de nuestra legalidad, no merece dudas.” “Sin embargo, postulamos de lege ferenda, que este interés no se reduzca exclusiva y necesariamente a uno de naturaleza patrimonial, sino que su definición esté enmarcada básicamente por su contrariedad con el interés público de transparencia y de imparcialidad que emana de la ratio legis del tipo penal. Es decir, la ratio legis nos lleva a concluir que lo importante para que quede determinada la comisión del ilícito no es que el interés sea de índole económica, sino que éste interés sea uno distinto y ajeno a los intereses que persigue la Administración Pública.” (Ilabaca, 2012, pp. 86-87)

“4.- Penalidad asociada a una proporción del interés ilegítimamente tomado o dado. – *La pena de multa asignada al delito de negociaciones incompatibles se determina y asocia directamente al interés que el sujeto activo haya tomado o dado respecto del contrato u operación en el que ha intervenido por razón de su cargo. Esta situación ha determinado que se relacione este delito como uno más de aquellos delitos de índole económica que estipula nuestro Código Penal, sin perjuicio de las dificultades hermenéuticas respecto de cual es en definitiva la base de cálculo para determinar el referido interés. Así las cosas, consideramos pertinente realizar una modificación de la norma en el sentido de sustituir la pena de multa asociada a un porcentaje o proporción del interés, por una sanción económica determinada. Desde luego ello exigirá establecer un amplio rango para la determinación de la multa debiendo el sentenciador individualizarla según la mayor o menor extensión del mal producido con el delito, según lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal. Ello dará certeza sobre la forma de determinación del castigo económico.” (Ilabaca, 2012, pp. 87)*



*“5.- Sobre el objeto material del delito. - Postulamos que también es necesario corregir el objeto material sobre el cual recae este delito, ya que los términos **contrato u operación** necesariamente son interpretados en sentido exclusivamente económico. Para ello será necesario sustituir el objeto material del delito que trascienda los conceptos de contrato u operación de manera tal que esté referido a cualquier asunto en que pueda intervenir el sujeto activo en razón de su cargo en la Administración Pública. En este sentido nos parece mucho más extensivo sumar a los conceptos de **contrato y operación**, los conceptos de **asunto y actividad**, como lo hace la legislación española. Igual alcance cabe hacer respecto de la extensión a los demás sujetos activos que se contemplan en el inciso segundo del texto vigente del artículo 240 del Código Penal.”* (Ilabaca, 2012, pp. 87-88)

*“6.- Separación sistemática del delito de negociaciones incompatibles en consideración a la naturaleza del sujeto activo. – Como hemos señalado, este delito se encuentra ubicado en el artículo 240 del Título V, Libro II de nuestro Código Penal, denominado Crímenes o simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.” “Sin embargo, y como hemos constatado a través de nuestro trabajo, este delito extiende su punibilidad a sujetos que no son funcionarios públicos, pero que en concepto del legislador cumplen también funciones igualmente relevantes al servicio del denominado **sector privado**. Lo anterior no debe confundirnos respecto del bien jurídico protegido en el sentido que en un caso es **público** y que en el otro caso es **privado**, por cuanto en el fondo el bien jurídico protegido será siempre el mismo, es decir, el deber de lealtad del sujeto activo con los valores de transparencia e imparcialidad con que debe administrar asuntos ajenos.”*



“Adicionalmente, esta modificación no es solo sistemáticamente necesaria, sino que además es imprescindible para mantener la congruencia entre el epígrafe del párrafo con el contenido de los artículos respectivos, ya que aquel se denomina textualmente Crímenes y Simple Delitos cometidos por los empleados públicos en razón de sus cargos, mientras que el contenido tipifica conducta de sujetos que no son funcionarios públicos.” (Ilabaca, 2012, pp. 88-89)

2.1.1.2. Ingrid Díaz Castillo: El tipo de injusto de los delitos de colusión y “negociación incompatible” en el ordenamiento jurídico peruano.

En la institución universitaria de Salamanca en España se tiene publicada la **Tesis Doctoral**, que desarrolla y analiza los delitos de “colusión y negociación incompatible” en el Perú, su política criminal, bien jurídico, configuración y elementos típicos. Investigación cualitativa que, tuvo como objeto el estudio de los delitos de “colusión y negociación incompatible” que para el autor, constituyen la respuesta del ordenamiento jurídico ante la «corrupción» en las contrataciones del Estado, viendo los problemas que presentes en su aplicación, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, por lo que busca otorgar, a través del trabajo, las pautas para determinar el delito de “colusión y negociación incompatible.” De esa forma el autor concluye:

“A. La insuficiencia de medios menos lesivos al Derecho Penal para lucha contra la corrupción en la contratación estatal: la necesidad políticocriminal de los delitos de colusión y negociación incompatible. – La contratación estatal constituye la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción, según la OCDE y Transparencia Internacional. Ello se debe a la conjunción de dos factores: las grandes sumas de dinero que se invierte en los contratos del Estado y el espacio de interacción que estos propician entre el sector público y privado.



Los efectos nocivos de la corrupción en este ámbito inciden en lo económico pero también en lo político y social. Los malos manejos del dinero público generan cuantiosas pérdidas económicas para el Estado; pero al mismo tiempo, deslegitiman la labor de las autoridades públicas y recortan los derechos de los ciudadanos, que no podrán acceder a servicios públicos de calidad. Frente a la gravedad del problema, el Estado peruano ha asumido medidas preventivas y de combate en el ámbito administrativo. Entre las primeras se encuentra la implementación de regímenes de contratación estatal; mientras entre las segundas, tenemos al régimen de responsabilidad administrativo-funcional. Los regímenes de contratación estatal pueden ser clasificados en dos: el Régimen General de Contrataciones o Contrataciones Públicas, que comprende la adquisición de bienes, servicios u obras a través del desembolso directo de dinero público; y los Regímenes Especiales de Contratación que responden a las particularidades de la materia contractual, como sucede con la Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos. Cada régimen posee su normativa y su propio procedimiento contractual. Este último tiene por objeto establecer reglas claras para obtener la contratación más ventajosa a los fines públicos y consecuentemente, debería ser garantía de una elección transparente e imparcial. Sin embargo, los actos de corrupción en cualquiera de los regímenes de contratación, abundan. Ello es así porque las ganancias que pueden obtenerse del ciclo de la contratación, propician que funcionarios públicos y particulares intenten eludir las normas preventivas. En algunos casos, la elusión podrá ser evidente pero en muchos otros, los operadores aprovecharán su experticia para encubrir sus acciones.” (Díaz, 2016, pp. 359-361)



“Frente a la realización de estos favorecimientos indebidos, el Estado peruano cuenta con un Régimen de Responsabilidad Administrativo Funcional. Este consiste en la imposición de sanciones administrativas como la suspensión temporal en el ejercicio de las funciones o la inhabilitación para el ejercicio de la función pública hasta por cinco años. A pesar de haberse establecido un catálogo de infracciones administrativas y de haberse delegado su investigación y juzgamiento a la Contraloría General de la República, este régimen presenta problemas al momento de su aplicación, por dos motivos: primero, no se han establecido reglas claras para distinguir las infracciones de los delitos; y, existe por lo menos una infracción (Contra el deber de neutralidad) que sanciona una conducta más gravosa que uno de los delitos materia de investigación, el delito de negociación incompatible. Con ello se trastoca el límite entre Derecho Penal y Derecho Administrativo, ya complicado en un escenario como el peruano, en el que el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia permiten la acumulación de la sanción administrativa y penal en el ámbito funcional, por considerar que responden a la protección de bienes jurídicos de naturaleza diferente. Más allá de que esto pueda corregirse legislativamente o mediante la interpretación de los tribunales, sostenemos que existe una diferencia entre estos campos del derecho en cuanto a la intensidad requerida de la conducta en relación al bien jurídico. En esa medida, por ejemplo, mientras los delitos de colusión y negociación incompatible requieren de elementos subjetivos adicionales, las infracciones administrativas no. Por estas razones, incluso con el buen funcionamiento del sistema administrativo de sanción, el Derecho Penal sigue haciendo falta para afrontar los graves efectos que genera la corrupción en el ciclo de la contratación.” (Díaz, 2016, pp. 361-362)



“B. El fundamento de la prohibición penal: el tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible. – Los delitos de colusión y negociación incompatible han traído múltiples problemas al momento de su aplicación. Existen criterios diversos e incluso contradictorios acerca de la configuración de estos delitos, a nuestra consideración, debido a que no se cuenta con un criterio definido respecto del bien jurídico que protegen. De ello se ha derivado el análisis formal de su configuración. Si se revisa la jurisprudencia nacional, la acreditación de los delitos de colusión y negociación incompatible pasa por determinar la existencia de la concertación entre funcionario público y particular o por la presencia de actos que denoten un interés indebido. Sin embargo, nada se dice de la relación entre la conducta y el bien jurídico, situación que impide dotar de materialidad a la prohibición penal. Por estas razones, en el Capítulo 2 nos avocamos a la identificación y definición del bien jurídico protegido por los delitos de colusión y negociación incompatible, que desde nuestro punto de vista, es la actividad contractual del Estado. Esta comprende toda la actividad que despliega la Administración pública para concretar cualquiera de los contratos estatales reconocidos en las diversas normas que recoge el ordenamiento jurídico peruano. De acuerdo a la clasificación propuesta en este texto, abarca el Régimen General de Contratación estatal o Contratación Pública y todos los Regímenes Especiales de Contratación. En ese marco, quedan incluidas todas las fases previstas por los procedimientos administrativos de cada régimen: desde la formación de la voluntad contractual (etapa preparatoria y de selección) hasta la ejecución de la misma. Ello es así porque la sola firma del contrato no permite que las necesidades de la población se vean satisfechas. Como resulta evidente, esto



depende de toda la actuación del Estado a lo largo del ciclo de la contratación, desde la propia identificación de la necesidad a satisfacer hasta la ejecución de todas las condiciones contractuales.” (Díaz, 2016, pp. 362-363)

“La relevancia de un bien jurídico colectivo de esta naturaleza radica en la importancia de la actividad contractual estatal como mecanismo para la satisfacción de necesidades sociales a las que cada institución del Estado debe responder. Esta relevancia ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional peruano, que interpretando el artículo 76° de la Constitución ha considerado que la contratación estatal debe asegurar que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica. La relevancia social de la contratación estatal se ha visto mellada, sin embargo, por la decidida incursión de la corrupción, cuya pretensión es favorecer intereses particulares por sobre los públicos. En ese contexto, la intervención del Derecho Penal pretende proteger que cada decisión, acuerdo, modificación o negociación consustancial a la contratación estatal esté libre de actos de corrupción. Para ello, el Derecho Penal presta especial atención al respeto de ciertos principios reconocidos por el Tribunal Constitucional, para que el ciclo de la contratación no se desvíe de su objeto primordial. Entre estos principios se encuentran la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. De entre ellos, consideramos que la protección penal puede ser reconducida a través del principio de imparcialidad, encargado de orientar la actuación administrativa a satisfacer los intereses generales de la comunidad, excluyendo cualquier interés distinto en la intervención del funcionario público. Por tanto, si los funcionarios actúan imparcialmente, propiciarán la libre competencia, la transparencia en



las operaciones y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores, con lo cual la actividad contractual del Estado no se desviará en la búsqueda de su fin. En esa medida, la sanción de estos delitos no se sustenta, en la eficacia u obtención del interés público, sino más bien, en que la actividad contractual que por definición debe servir para la satisfacción de necesidades públicas persiga este fin y no sea utilizada para satisfacer intereses privados.” (Díaz, 2016, pp. 363-364)

“La sanción de la concertación para defraudar al Estado y del interés indebido en un contrato u operación, por tanto, toma como base la vulneración del principio de imparcialidad, que anteponiendo intereses privados a los públicos, atenta contra la objetividad de la actividad contractual del Estado, colocándola en peligro abstracto. Ese peligro abstracto, desde nuestro punto de vista, debe ser acreditado en el proceso penal toda vez que la peligrosidad de la conducta se constituye en elemento esencial del tipo de injusto de los delitos de peligro abstracto. En el caso del delito de colusión, no basta señalar que producida la concertación entre el funcionario público y el particular, el delito se habrá consumado, o mejor, que la conducta habrá colocado en peligro abstracto la actividad contractual del Estado. En el caso del delito de negociación incompatible sucede lo mismo, no basta la realización de la conducta interesada para poner en peligro el ciclo de la contratación estatal. En ambos casos resulta necesario que esa concertación o ese interés estén dirigidos a favorecer intereses particulares por sobre los públicos, de tal forma que la parcialidad del funcionario o servidor público afecte la objetividad de la actividad contractual del Estado y con ello, dicha actividad se vea en riesgo. Esto se desprende de la propia redacción de los tipos penales pues, mientras la colusión hace referencia



a la concertación para defraudar al Estado, la negociación incompatible se refiere al interés indebido en provecho propio o de tercero. La configuración de los delitos de colusión y negociación incompatible requiere, por tanto, que esa concertación o ese interés tenga la capacidad de colocar en peligro abstracto una actividad que permite, ulteriormente, la satisfacción de necesidades de la comunidad. En ese contexto, la concertación propia del delito de colusión se refiere al pacto parcializado del funcionario público a favor de intereses propios o del particular. Más que de una concertación ilícita debe hablarse de una concertación parcializada, que no exige ser realizada de manera clandestina ni implica maniobras de engaño. Por su lado, partiendo de nuestra definición de bien jurídico protegido en el tipo base de colusión, debe entenderse por defraudación, a la obtención de un beneficio de cualquier índole en favor del funcionario o el particular. De ese modo, a través de la concertación parcializada los involucrados persiguen obtener un beneficio propio a costa de una actividad llamada a satisfacer necesidades públicas.”

(Díaz, 2016, pp. 364-365)

“La consecución de ese fin, que el tipo no exige, es justamente el que determina la distinta configuración entre el delito de colusión y las infracciones administrativas. Ciertamente, el delito no sanciona meros incumplimientos que vulneran el principio de imparcialidad, sino aquellos acuerdos parcializados que afectan la objetividad de la actividad contractual del Estado. En el caso de la agravante del delito, además de la puesta en peligro a la actividad contractual del Estado, se exige el perjuicio al patrimonio público. Con el delito de negociación incompatible, la situación es similar, se sanciona el acto o actos del funcionario que exteriorizan un interés parcializado con el que busca



favorecerse o favorecer a terceros. Es ese fin que persigue el interés el que coloca en peligro a la actividad contractual del Estado. Por ello, la configuración del delito requiere la acreditación del interés parcializado del funcionario público que persiga un provecho propio o de tercero. En cuanto a los aspectos comunes a estos delitos, el primero de ellos se refiere el ámbito de su aplicación: el ciclo de la contratación. En ese marco, el juzgador deberá analizar las reglas y procedimientos de cada régimen de contratación para poder determinar la responsabilidad penal. Los delitos de colusión y negociación incompatible pueden cometerse en cualquiera de los regímenes de contratación como en todas las etapas que estos comprendan. Los delitos de colusión y negociación incompatible son delitos funcionariales; por ello, cuando se determine al sujeto activo no sólo deberá requerirse que se trate de una persona incorporada a la actividad pública y que realice funciones públicas, sino que sus competencias impliquen una participación en los procedimientos de contratación. Finalmente, los delitos de colusión y negociación incompatible constituyen delitos especiales, es decir, cualquiera no puede ser autor de aquellos sino sólo quienes cumplan con la cualificación establecida en el tipo. Con el fin de poder sancionar a quienes no poseen dicha cualidad, la determinación de la autoría y participación sigue los criterios de la Teoría de la Unidad de la Imputación.” (Díaz, 2016, pp. 365-366)



2.1.2. A NIVEL NACIONAL

Respecto al estudio de los «delitos de corrupción de funcionarios» existen varios artículos en forma general de relevancia teórica y dogmática, que detallan y analizan aspectos determinados de los delitos de corrupción en todo el mundo, conforme al análisis de su origen, consecuencias y la importancia que le dan las distintas codificaciones internacionales, sin embargo no existe antecedentes respecto al objeto de investigación del presente proyecto, conforme se tiene del Repositorio de Tesis de la “Universidad Nacional del Altiplano” (REPOSITORIO INSTITUCIONAL VICERRECTORADO DE INVESTIGACION, s.f.), la “Universidad Nacional Mayor de San Marcos” (CYBERTESIS UNMSM, s.f.) la “Pontífice Universidad Católica del Perú” (Repositorio digital de tesis PUCP, 2018), y de las principales revistas de investigación como: “LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX, s.f.) y SCIELO Scientific Electronic Library Online (SCIELO, s.f.)” De esta búsqueda virtual se advierte que no se ha realizado estudio alguno, ni se han presentado proyectos de ley para la modificación del delito de “Negociación Incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo” tipificado en el «artículo 399 del Código Penal vigente»; lo que denota en una necesaria investigación respecto a la delimitación debida de su configuración penal.

2.1.2.1. Warrent Jesús Oré Ramos: Imputación objetiva y participación en el delito de “negociación incompatible”.

En la la Universidad César Vallejo, de la Facultad y Escuela Profesional de Derecho, se tiene publicada el documento de investigación para el título de **abogado**, que tiene como objeto la “imputación objetiva y participación en el delito de



Negociación Incompatible”, que sería – en palabras del autor – el único delito que no acepta participación criminal, analizando principalmente el tipo de participación existente en el delito de “negociación incompatible”, de esa forma se presenta una investigación cualitativa bajo el estudio de la “teoría fundamentada” y el “estudio de casos”, con muestras no probabilística, para finalmente concluir que la sanción del “extraneus” en este delito de manera literal no admite participación alguna, investigación desarrollada que sirve para la dilucidación del objeto del presente trabajo, de esa forma el autor concluye que:

“Primera.- En este sentido que la imputación objetiva resulta una construcción útil y necesaria, aunque su ubicación sistemática y, por lo tanto, su legitimidad sigan permaneciendo en la oscuridad. Ella lleva a resultados más razonables y, dentro de su inseguridad, a resultados más seguros que los basados en las teorías tradicionales vinculadas exclusivamente a la teoría de la causalidad. En muchos casos se presentan dudas acerca de la razonabilidad y necesidad político-criminal de hacer responsable al partícipe por el hecho delictuoso causado por él.” “Segunda.- La responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible de manera textual no admite participación, inclusive algunos fiscales reconocen que el extraneus debería de ser castigado, y al aplicar el artículo 25 del Código Penal, que no es muy desarrollada por cierto, ya que es de carácter reduccionista, por lo que al aplicarse al delito de negociación incompatible. Respecto a las Casaciones 841-2015 y 23 -2016, la primera hace referencia a los procesos de contratación, que según su propia norma tienen carácter de subsanable al encontrarse en situación de emergencia, y por lo tanto no configuran el delito de negociación incompatible y el segundo es la intervención del tercero, aspecto que más importa a la presente



investigación, la casación menciona que no responden ni como cómplice ni como instigador.” “Tercera.- Se debilitaría la función preventiva excluyendo la conducta del extraneus, inclusive menciona uno de ellos que si puede existir el aporte a terceros no interesados que contribuyan en la idoneidad de la consumación del delito antes que el funcionario muestre su interés y señalan los límites que imponen las casaciones establecidas, y mencionan que es muy reduccionista la opinión de los magistrados en ambas casaciones.” (Oré, 2018, p. 90)

2.1.2.2. Marco Antonio Arbildo Ramirez: El Principio de Legalidad en el delito de “Negociación Incompatible” y la aplicación del “principio de Accesoriedad” y la “Unidad de Título de Imputación” en el “extraneus”.

En la Universidad “Pedro Ruiz Gallo” se tiene publicada el trabajo para el título de **“maestro en derecho”** en Ciencias Penales; esta investigación cualitativa tiene como objeto, si en aplicación del “principio de accesoriedad” y la teoría de “unidad de título de imputación” sobre el “extraneus”, se afecta el “principio de legalidad” en el delito de “negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo”, teniendo en cuenta las resoluciones de la “Corte Suprema de Justicia de la República” durante los años 2011 al 2018. De esta forma concluye el autor que:

“1. El principio de legalidad conocido también como principio de la reserva de ley penal, ni el juez ni autoridad alguna determina qué conducta es delictiva; sino está establecida taxativamente en ley previa al hecho cometido, así se encuentra prescrito en el artículo 2, inciso 24, acápite d, de la Constitución Política del Perú, señala que Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de



manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista por la ley. La garantía del principio de legalidad prohíbe que se pueda aplicar una sanción penal, si esta no está determinada por la ley. 2. El principio de accesoriadad y la teoría de unidad de título de imputación, se utilizan para poder sancionar a los sujetos (extraneus) que no poseen la cualidad especial que exige el tipo penal para ser considerado autor. La accesoriadad y la teoría de unidad de título de imputación, son los presupuestos de la participación (instigación y complicidad), por lo que, de no haber el hecho principal no hay accesoriadad. Nuestro Código Penal, en el artículo 25°, asume la tesis de la accesoriadad, al regular la complicidad primaria y secundaria, estableciendo que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él. 3. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, es un delito de corrupción especial subsidiario, por el que cualquiera no puede ser autor, sino sólo quienes cumplan con la cualificación establecida. Sanciona el acto del funcionario, o servidor público, que exterioriza conductas de interés parcializado buscando favorecerse o favorecer a terceros, en el contrato u operación que interviene por razón del cargo. Se debe acreditar, si el interés fue en provecho propio o de tercero, no cualquier conducta, o el simple quebrantamiento de la norma infra legal, implica estar ya, en la comisión del delito, sino que debe acreditar la conducta corruptora. 4. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia emitidas entre los años 2011 al 2018, por hechos acaecidos antes de la modificatoria del artículo 25° del Código Penal, sobre el extraneus en el delito de negociación incompatible, son contradictorias, no establecen jurisprudencia penal



vinculante, por lo que, ante las deficiencias estructurales en el artículo 399° del C.P., para comprender en el mismo tipo penal al extraneus, vulneran el principio de legalidad penal; sin embargo, en la actualidad, es factible que el “extraneus”, pueda ser sancionado penalmente a título de cómplice, ya que el art. 25 del C. P. acepta que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.” (Arbildo, 2019, pp. 262-263)

2.1.3. A NIVEL LOCAL

2.1.3.1. Cristian Alcides Quispe Japura y Yoysi Mayumi Taype Condori: Análisis Dogmático de la Intervención del “extraneus” en los «delitos contra la Administración Pública» sobre la base de las teorías de “título de imputación, autoría y participación”.

Del Repositorio de la “Universidad Nacional del Altiplano” se tiene la tesis para el grado de **abogado**, investigación que como objeto de investigación general es el de, analizar el desarrollo jurisprudencia del “extraneus”, los aspectos problemáticos teóricos, y aquellas circunstancias que excusan la punibilidad del “extraneus” en los ilícitos especiales; de la propia tesis se señala la participación del “extraneus” en distintos tipos penales como el de Negociación Incompatible, por el que se hace mención que, en la actualidad sobre el delito de “negociación incompatible” para su configuración, no se requiere de alguna participación del “extraneus”; concluyendo los autores que:

“PRIMERA: *Los delitos contra la administración pública tienen una doble variante; unos son delitos especiales propios y otros son delitos especiales*



impropios, y a partir de esta delimitación se establece una regla general, en el sentido que la autoría y participación (en sentido estricto) está reservado únicamente para los funcionarios y servidores públicos, sin embargo, existe excepciones como en el delito de colusión, peculado y tráfico de influencias, donde necesariamente comportan la participación del extraneus para la realización del delito y en este marco es necesario plantear los supuestos en las que el extraneus debe responder penalmente por los delitos especiales.”

“SEGUNDA: El tratamiento del extraneus en la jurisprudencia Peruana ha evolucionado progresivamente, desde la concepción de ruptura de título de imputación hacia la teoría de unidad de título de imputación, es decir, la Corte Suprema sostenía que el extraneus es ajeno a los delitos especiales, y no puede ser punible por un delito especial, bajo el fundamento de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación consagrado en el artículo 26 del Código Penal, sin embargo, en la actualidad a partir de la modificatoria del artículo 25 se defiende la tesis de la unidad de título de imputación, donde el extraneus si es punible y responde por un delito especial, con el fundamento del principio de accesoriedad de la participación. Sin embargo, el fundamento de la accesoriedad de la participación no es suficiente para sostener la punibilidad del extraneus en los delitos especiales, la responsabilidad penal del extraneus debe justificarse desde la política criminal, el enfrentamiento y la prevención eficaz de la corrupción en todos sus niveles, y la penalidad equiparable con los intraneus, estaría justificado con la aplicación del derecho penal del enemigo. No obstante, esta corriente no es legítimo y contraviene las garantías constitucionales.”

“TERCERA: La problemática de la intervención del sujeto particular en los delitos especiales gira en torno a los siguientes escenarios: i)



*El extraño al no poseer un deber especial, no es sujeto cualificado, por ende, ¿Se podrá imputar bajo la teoría de infracción del deber?; ii) El extraneus al no ser un sujeto que pueda consumir el delito especial ni determinar al sujeto cualificado, ¿Existe la posibilidad que pueda ser imputado bajo el título de instigador en el marco de los delitos funcionariales?, iii) El extraneus al no tener una vinculación funcional con los bienes públicos, y al no ser determinante su conducta, merece la pena del autor o su penalidad debe determinarse debajo del mínimo legal; vi) Aquel extraneus que tiene el dominio del hecho, controla el curso del delito especial, ¿puede responder por autoría mediata? v) Bajo que teoría se debe imputar al extraneus, aplicando la teoría de infracción del deber o la teoría del dominio del hecho, teniendo en cuenta que cada teoría trae consecuencias diferentes e incluso contradictorios. **CUARTA:** Los supuestos en la que un extraneus puede ser imputado y sancionado por la comisión de un delito especial, se debe enmarcar en los siguientes escenarios: i) Respeto del principio de legalidad, establecido en el artículo 25 del Código Penal, respetando sus restricciones; ii) La participación del extraño haya sido indispensable para la comisión del delito especial, siempre que su participación se haya dado en la fase preparatoria y excepcionalmente en la fase concomitante del delito, mas no en la fase pos-consumativa; iii) En cuanto a la prescripción, para los extraños regirá las reglas de los delitos comunes, es decir no habrá la duplicidad para la prescripción. Asimismo, para los extraneus no se aplicará la imprescriptibilidad. Ahora bien, respecto a la instigación artículo 24 del Código Penal, la doctrina y la jurisprudencia no es pacífica; sostenemos la tesis que el extraneus no puede responder a título de instigador en los delitos contra la administración pública, tanto en los delitos especiales propios ni en*



los delitos especiales impropios, dado que el instigador no puede determinar ni doblegar a un Funcionario Público investido de poder.” (Quispe y Taype, 2018, pp. 143-145)

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública es entendida como la actividad realizada por los empleados, que ponen a funcionar la maquinaria del Estado, para el aseguramiento de sus objetivos a través del trabajo designado, están establecidos de acuerdo a una graduación, en grados, roles y funciones de todos sus instituciones en cada una de sus entidades, para lo cual se entiende a la administración desde un sentido objetivo y subjetivo; de forma objetiva, son las actividades de los sujetos públicos que componen el desarrollo, movimiento y forma de realización de la labor funcional; y de forma subjetiva como la jerarquía de organismos estatales, que implica esta delimitación jerárquica establecida de acuerdo a sus competencias por la ley. Estos niveles, y funciones de los empleados estatales están delimitados en la ley desde la norma magna hasta su reglamentaciones y directivas internas; por ello es que la «administración pública» en un Estado Derecho está delimitada por el sistema legal del país a través de la sujeción de la Constitución, las leyes, reglamentos y directivas observadas para ser obedecidas por los trabajadores del estado en el ejercicio laboral al interior de la «administración». El sistema jurídico dispone que el quebrantamiento o no acatamiento de la norma que protege determinados principios y deberes para el sustento a la dinámica de la administración, acarrea responsabilidad administrativa, civil o incluso penal por parte del funcionario o servidor público que se encuentra sujeto a ella (Salinas, 2016).



2.2.2. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN EL PERÚ

Dentro del Estado se elaboran mecanismos sobre política criminal para combatir, eliminar, reducir o controlar la delincuencia, con cánones de imperceptible lesión, estos dispositivos de la política criminal nacional se ejecutan también por la normativa penal en general que abarca el derecho procesal penal y el derecho penitenciario, como formas principales pero no exclusivas en la lucha contra la delincuencia, ya que el Estado tiene también el deber de realizar el control de la delincuencia que se encuentra presente en todo tipo de sectores como los económicos, sociales, e incluso los culturales, lo que también se muestra en las relaciones políticas que puedan fomentar la delincuencia en forma directa o indirecta; así las ramas del derecho penal, como el de su proceso y el de su forma ejecutiva como ciencias penales dentro del derecho en general, se coordinan para que el Gobierno estatal cumpla con el objeto de control sobre la criminalidad, brindando protección a la ciudadanía y permitiendo la reivindicación y reinserción del sancionado con una condena en la sociedad, en el marco tuitivo de defensa de la persona y la sociedad, lo que se evidencia además del «artículo I del Título Preliminar del Código Penal peruano», definiendo las particularidades y objetivos del ordenamiento punitivo, de acuerdo a los dispositivos de la Constitución y las introducciones en el ordenamiento internacional sobre el: “Derecho penal, la política criminal o política penal del Estado”, desde el Código de 1991 hasta los tiempos actuales, de esa forma se tiene cinco escenarios definidos que además abarcan estas fórmulas del Estado frente a la criminalidad funcional propia de los “delitos contra la administración pública”, como una de las tantas formas en la que se representa el delito:

“a) Un Primer escenario, se encuentra caracterizado por la vigencia de una relativa y discutible política penal fragmentaria, de *ultima ratio* y mínima



intervención, que se aprecia al momento de la entrada en vigencia del Código Penal de 1991 hasta el año 2004, donde se producen reformas de mejoramiento de redacción en la normativa de los delitos cometidos principalmente por funcionarios contra la administración pública, sin tocar aspectos de criminalización y punición, y que llega a incidir incluso en aspectos de mínima intervención, como se tiene de los filtros de tipicidad, aplicación definitiva y afectación a la función, que fueron incorporados en el delito de malversación de fondos, en el año 1999, con la excepción de la incorporación de agravaciones de pena para el delito de peculado en el artículo 387° y la propia malversación de fondos del artículo 389° por razón del destino de los caudales apropiados o malversados respectivamente.”

“b) Otro escenario que acentúa la injerencia de la política criminalizadora y punitiva, se advierte a partir sobre de la gran reforma producida en el año 2004, al posesionarse las propuestas del Ministerio Público, conforme se tiene de la dación de la Ley N.° 28355 del 04 de octubre de 2004, Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley penal contra el Lavado de Activos que sobre criminalizó el cohecho pasivo y activo, el tráfico de influencias y modificó significativamente las fórmulas legales del enriquecimiento ilícito y del delito de Negociación Incompatible, además como era de esperar el de incrementar penas. Este escenario, supuso extraer y erradicar del Código Penal un tipo penal técnicamente insostenible y desproporcionado, que a través del artículo 398°-A y sus efectos 398°-B, criminalizaba la conducta del abogado que ejecutaba actos de soborno sobre funcionario del sistema de justicia penal y lo inhabilitaba de por vida a través de la cancelación del título tanto en el Distrito judicial donde registró su título, en el colegio de abogados y



en la universidad que le expidió el título de abogado, bajo términos perentorios y céleres.”

“c) El tercer escenario propiciado por la Ley N° 29703 del publicado el 10 de junio de 2011, Ley que modifica el código penal respecto de los delitos contra la administración pública, y la Ley N° 29758 publicado el 21 julio de 2011, bajo la misma denominación. La primera afectó primordialmente los marcos de la sanción privativa de libertad de estos delitos, agravándolos, en los delitos de abuso de autoridad del artículo 376°, colusión del artículo 384° y peculado doloso y culposo del artículo 387°. Así en el delito de peculado de uso del artículo 388°, estableció un término mínimo es de dos años de pena privativa de libertad. Se trabajó acertadamente la agravante en el peculado en por el monto afectado, pues en caso de que la afectación patrimonial del Estado sea mayor a las 10 UIT la pena privativa de libertad será entre ocho y doce años. También agrega un supuesto sobre el soborno internacional no previsto antes en el artículo 393°-A del Código Penal.”

“d) Un cuarto escenario es el que se produce luego de la dación de la Ley N° 30111 publicado el 26 de noviembre del 2013, Ley que incorpora la pena de multa en los delitos cometidos por funcionarios públicos, a través de esta regulación legal, se tiene acogida lo que propuso la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros, agregando la pena de multa en los ilícitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos que revisten mayor gravedad e incidencia.”



“e) Finalmente, el quinto escenario se da en el marco de la Ley N° 30506 publicado el 09 de octubre de 2016, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., bajo ese contexto, mediante Decreto Legislativo N° 1243. Se modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal con el objeto de ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua contenido en el artículo 38 para delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra la Administración Pública, y crea el Registro Único de Condenados Inhabilitados por Delitos contra la Administración Pública” (Rojas, 2017).

2.2.3. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra la administración pública, se encuentran tipificados en el articulado 376 al 401 del Código Penal, en su mayoría “delitos de infracción de deber”, salvo los previstos en el 397 y 400, sobre los delitos de “cohecho activo” y al “tráfico de influencias” cometidos por particulares. En el momento en que el funcionario comete un delito de función como lo es: “El abuso de autoridad, cohecho pasivo, malversación, peculado y negociación incompatible” sometidos a los deberes funcionales asignados se presentan dichos supuestos, que no sucede en los delitos comunes de dominio o de control del agente, que de acuerdo a sus características no perturban la «administración pública» en relación a los deberes positivos legislados que le sean imputables al funcionario o servidor público. De esto se puede concluir que todos los delitos de los funcionarios contra la administración en los que el sujeto activo se halla vinculado con la administración a través de deberes reglados o pautas formales de comportamiento que le



son preexistentes a su cargo constituyen delitos de infracción de deber, al margen de cuál sea su posición, jerarquía o el ámbito de atribuciones conferido, siempre van a estar en la base las normas administrativas que el funcionario tiene que cumplir, fomentar o asegurar (Rojas, 2017).

Las conductas típicas de los «delitos contra la Administración Pública» se oponen a un sector de la función estatal bien acortado, de aquellos que señala que el delito se trata de una desviación, un ejercicio incorrecto, asilando conceptualmente la clase de actividad o de función concreta a la que, alude el tipo, que son por ejemplo los actos propios del cargo, de ahí se tiene que el carácter interpretable de aquélla se traduce en un específico desvalor objetivo de actos de parte de los sujetos, consistente en la “infracción de deberes jurídicos propios” del estado funcional que le fueron encargados y en el ejercicio abusivo de las facultades jurídicas que tienen que realizar estos órganos de la «Administración Pública»; criterio que parte de la propia naturaleza normativa del elemento de la autoría en cuestión, ya que lo se debe tener cuenta es el estatus con el que el legislador define al autor y su calidad de todos los delitos especiales de posición jurídica como los «delitos contra la Administración», que es, precisamente, la titularidad de deberes y de poderes jurídicos (Abanto, 2003).

2.2.4. EL DELITO DE “NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE”

El delito de “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo,” es abordado por diferentes autores que describen y analizan los «delitos de corrupción de funcionarios» en general, en esta oportunidad para la descripción típica del delito nos basaremos en lo establecido por la “Corte Suprema de Justicia de la República” en la “Casación N° 231-2017 Puno”, del 14 de setiembre de 2017 mediante la cual se desarrolla los elementos estructurales de la conducta del «artículo 399 del



Código de la materia», en los fundamentos décimo al vigésimo primero, que señalan que: El delito de “negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo,” se encuentra situado en la sección “IV” del Código Penal peruano – “Delitos de corrupción de funcionarios”, por constituirse así en una forma de «corrupción», ya que el comportamiento del sujeto tiene que ostentar esta alineación delictual, por lo que se desestima primeramente que el ilícito sea realizado a través de una mera irregularidad de carácter administrativo sino en un comportamiento delictual. El «artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal», lo regula literalmente de esta forma: *“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.”*

2.2.4.1. “Bien jurídico protegido” y “naturaleza del tipo penal.”

Lo que resguarda este tipo penal, lo constituye el normal y correcto funcionamiento de la «Administración Pública», de cuya redacción se desprende que no requiere la existencia de un daño evidenciado en el patrimonio estatal, de ese modo protege también el actuar transparente e imparcial del servidor estatal al tomar las decisiones con el objetivo de resguardar la «Administración Estatal» del interés particular de quienes la personifican, asegurando la integridad y el recto ejercicio del sujeto público. Así la ley busca impedir la intrusión extraña al provecho de la propia «Administración Pública» que signifique su peligro o perjuicio. En esa línea, teniendo en cuenta que el delito no requiere el daño efectivizado por la conducta para la «Administración», es un “delito de peligro”, es decir se verifica a través de la



protección a futuro de los límites del Derecho Penal, para de esa forma advertir que el agente en representación del estado pueda lesionar el patrimonio del Estado, tomando ventaja de su puesto.

Por lo que se tiene que la “negociación incompatible” es de peligro concreto, ya que conducta establecida en el tipo penal, tendrá que generar un contexto real y de efectivo peligro para el bien jurídico, que es: “El correcto funcionamiento de la administración pública.” De acuerdo a la doctrina y la “Corte Suprema de Justicia de la República”, al ser un ilícito de peligro concreto, tendrá que observarse el “principio de lesividad”, en ese dicho, la sanción a la conducta tiene que estar sujeta a la generación del peligro como consecuencia, y esta a su vez debe ser acreditada para la consumación delictual, por ello, el delito de “negociación incompatible” no castigará acciones simples de infracción administrativa, pese a que se tenga un sentido de “interés indebido” sino solo los comportamientos, que evidencien un peligro efectivo para la «Administración Pública». Por lo que, este delito descrito tiene que ser aplicado de forma restrictiva, pues como se señaló el desobedecimiento legal de las contrataciones estatales, que no evidencia un peligro determinado, o que este no sea efectivo para el bien jurídico que protege, no puede ser sancionado, lo contrario significaría castigar un comportamiento por la muestra de interesarse; lo que conllevaría a que el operador jurídico incurra en una evaluación subjetiva del *factum*, resultando contrario con la técnica de la sana crítica, por ello que este delito de “negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo”, deberá ser atendido conforme a los principios de la parte general y procesal penal, sobre lesividad, mínima intervención, y de la forma proporcional de la sanción (Casación N° 231-2017 Puno, 2017).



2.2.4.2. El «interesarse indebidamente en provecho propio o de tercero».

“La conducta típica de este ilícito penal está constituida por el interés indebido; el verbo rector interesarse, ha sido considerado por el sector mayoritario de la doctrina, como volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste; y será indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Este actuar, no debe ser entendido como parcializarse por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo. Ello debe ser entendido así, por cuanto, con la modificación del artículo 399 del Código Penal, mediante la Ley N° 28355, de 6 de octubre de 2004, se incluyó adicional al interés, el elemento típico provecho propio o de tercero, es decir, el interés es sancionable siempre que implique un provecho para el funcionario público o tercero. A pesar que ha sido discutida la naturaleza de este provecho, debe aclararse que, en definitiva, posee una connotación económica, ello, en tanto que el contrato u operación en el que interviene el agente también lo tiene; por ello, se señaló que a pesar que el tipo no exige un perjuicio – económico – efectivo, sí requiere un riesgo para el patrimonio estatal, por lo que solo será sancionada la conducta idónea para tal fin.” “El Código Penal, establece tres formas en que se manifiesta el interés indebido: a) Directamente, que significa que el sujeto activo, exteriorice su interés mediante conductas activas, actos externos y objetivos. b) Indirectamente, se produce cuando el sujeto activo, realiza su conducta a través de otras personas o intermediarios. c) Por acto



simulado, en este supuesto el agente, aparenta que su accionar es imparcial y en pro de la Administración Pública, cuando no es así realmente.” (Casación N° 231-2017 Puno, 2017, p. 16-17)

A manera de ejemplo, José David Burgos Alfaro señala en torno al interés indebido que, no toda reunión o encuentro, previa a la presentación formal de la documentación en las contrataciones públicas, podría denominarse de indebida, lo será cuando el funcionario vulnere sus disposiciones internas, no proteja la corrección de la documentación aportada por el promotor, se financien proyectos distintos de los fijados por la institución pública o en su caso se prefiera proyectos defectuosos que sean perjudiciales de otros que sean por su lado, social y financieramente adecuados, también cuando el funcionario o servidor público opte por proyectos de personas vinculadas a él, o cualquier otra conducta que evidencie un interés indebido de carácter delictual (Burgos, 2019).

2.2.4.3. Relación funcional del agente con el “contrato u operación”.

La ley establece como presupuesto para la configuración del delito un eestadp del agente del delito, y este comportamiento debe realizarse conforme a la función que se le otorgó, lo que quiere decir que existe una vinculación con el ámbito de función que le fue asignado de acuerdo a la ley y normativa interna que le atribuyen poderes de ejercicio funcional en las contrataciones del estado, por ello que la “Corte Suprema de Justicia de la República”, se ha pronunciado en el sentido que esta vinculación en razón a su función no solo es por el cargo que tenga el agente sino por las funciones específicas que la ley le otorgo para ser quien decida o pueda interesarse en las contrataciones del estado, ya que solo de ese modo intervendrá en dichas circunstancias requeridas por el delito, también se señala que el agente será quien tenga una relación



directa o este a cargo del proyecto o inversión que la Administración desee, ya que la competencia exigida debe ser específica en las contrataciones con el Estado entre particulares, así se tendrá evidenciado que el sujeto que protege los intereses del Estado, dada la vinculación directa con su cargo en relación a las atribuciones y la dirección de las contrataciones se pueda determinar que tenga un interés indebido, ya que la conducta requiere justamente la capacidad para que el sujeto pueda configurar el delito especial (Casación N° 231-2017 Puno, 2017).

2.2.4.4. Contratos u operaciones.

Sobre la denominación “**contrato**” se entenderá conforme a los estándares del Derecho civil y público. Acá no es de interés las particularidades del contrato, tampoco su forma modal, o el aspecto temporal, y menos sobre los sujetos intervinientes, o si sea importante la naturaleza del contrato; en dicho sentido contrato será aquel acto jurídico, que tenga por objeto la creación, regulación, modificación o extinción de una relación jurídica patrimonial, con la característica de bilateralidad, ya que se realiza necesariamente con dos partes que son por un lado el órgano estatal y el otro un particular que puede ser una personificación jurídica, con evidente interés económico. Sobre las “**operaciones**” será las actuaciones dispuestas unilateralmente por la «Administración» que no tiene la característica de bilateralidad del contrato señalado, como serían todos los tipos de contratación pública. De este lado el objeto del legislador de utilizar este término genérico de carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses funcionales; en suma, cualquier contrato u operación comprende todas las situaciones en las que la administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual, frente a un tercero, que puede ser una persona natural o jurídica, mientras que la operación, se entenderá como los actos unilaterales que se producen entre la



administración pública y sus administrados, condicionados, claro está a que tales actos tengan un contenido económico (Salinas, 2016).

2.2.4.5. Tipicidad Subjetiva.

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo es netamente **doloso**, no existe la comisión por culpa, la configuración subjetiva de la conducta ilícita necesita y exige que el funcionario o servidor público a cargo de la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación y favor del Estado voluntariamente actúe evidenciando un interés indebido particular con el objetivo de obtener un provecho para el propio sujeto o para un tercero con el cual lógicamente tiene alguna vinculación, así la doctrina nacional especializada ha considerado que la conducta punible es posible solo por dolo directo, por lo que aquellos actos de interés privado, y sobre todo, la modalidad de acto simulado no son posibles sin quererlos (Salinas, 2016).

2.2.4.6. Consumación.

Sobre la consumación, se tiene que – conforme se ha mencionado – no es exigible la efectivización de un resultado, ni que el agente consiga su objetivo buscado por su conducta, será suficiente con la evidencia del comportamiento, esto es el interés del agente cualificado, empero esta evidencia además tendrá la particularidad de una acción concreta que busque el favorecimiento o el beneficio propio, aunque también existe de acuerdo al tipo penal el beneficio de tercero, e incluso de otros que son parte de la Administración, por lo que se requiere este comportamiento idóneo para su configuración, se tiene que en caso la misma Administración resulte beneficiada de forma económica, también se configura el delito, puesta acción no es eximente; y teniendo en cuenta sus características, podríamos encontrarnos ante una conducta ilícita



continuada, pues en el supuesto de la acción contractual variada que se mantenga en el tiempo como se presenta en la «Administración», como la modalidad de suministros periódicos para el Estado o en diversas oportunidades de acuerdo a la necesidad que se presente para la contratación, o en el caso en que dada las peculiaridades de la función o cargo del sujeto, este efectúe distintos intereses indebidos en su actuar y bajo las funciones conferidas, legales y específicas a su función; en el mismo sentido que el beneficio de la administración, tampoco es relevante que el contrato donde existió el interés, haya sido anulado incluso por el actuar del propio sujeto activo, ya que – como también se manifestó – la conducta ya fue perfeccionada con el interés evidenciado de forma idónea para lesionar a los intereses del Estado; sin embargo, podría cuestionarse y debatirse si los actos en los que interviene el agente fueran nulos desde el primer momento, ya que el requisito de idoneidad de lesión por el interés indebido no se presentaría y a consecuencia de ello, tampoco la lesión al bien jurídico como parte del comportamiento del agente, en dicho caso correspondería una atención o control administrativo y posterior sanción del mismo carácter, aunque de acuerdo a las manifestaciones que se presenten, también se podría dilucidar si comportamiento configuraría otros delitos penales, pues existe una vinculación sobre las infracciones funcionales de los representante del Estado con otros delitos; y dada la naturaleza del comportamiento consumativo del sujeto activo, es cuestionable el grado de tentativa, pues si se sanciona las actuaciones que buscan un beneficio particular o de otros, este ya se habría manifestado en el interés indebido que sanciona el delito, por lo que de acuerdo a dichas particularidad se podría decir que ya se tendría por consumado (Abanto, 2003).



2.2.5. EL “EXTRANEUS” EN LOS «DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA»

Conforme lo ha desarrollado el “Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116”, del 06 de diciembre de 2011, por la “Corte Suprema de Justicia de la República en el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria”, ha especificado que:

“11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del extraneus, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del extraneus. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible. 12°. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente:”



“Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del extraneus como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.” (Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, 2011)

2.2.6. IMPUTACIÓN OBJETIVA

La imputación objetiva de acuerdo al tema de investigación debe ingresar de acuerdo al análisis del reparto de responsabilidades. Así se tiene que en toda imputación penal se debe relacionar un acontecimiento y un sujeto a quien se le designa la imputación que será el agente, por lo que este sujeto aparecerá como a quien se le atribuye el acontecimiento ilícito; ya que será quien lo originó o permitió que suceda. Por lo que se tiene, tres escenarios que pueden ser a su vez acumulables de acuerdo a la “imputación”: Un «riesgo» que responderá un interviniente o diferentes, que será la causa concluyente o determinante, y las otras conductas presentes no tendrán esa calificación, por lo que serán permitidas. Así tenemos el primer escenario posible será la imputación del curso lesivo al mismo agraviado, el segundo escenario tiene explicación en considerar que lo decisivo es el comportamiento del autor como comúnmente sucede, y finalmente, el curso lesivo también podría imputarse a terceros; se daría el caso de que el autor y este tercero quebrante sus deberes, o que el autor y el agraviado tenga esa competencia, lo que es igual a la confluencia de culpas. Tiene que considerarse que al trasladar al campo de la comisión es necesario describir, determinados límites a los roles, como en las posiciones de garantía sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo, aunque haya sido causado de un modo perfectamente evitable, se dan pues



los supuestos de Riesgo Permitido, Principio de Confianza, Prohibición de Regreso, Competencia de la víctima (Jakobs, 1999). Lo interesante será establecer si estas categorías de la imputación objetiva se podrían presentar en los “delitos de infracción de deber”, como se viene alegando acerca del principio de confianza en actuaciones funcionales en las que intervienen distintos agentes del Estado.

2.2.7. AUTORÍA

Según nuestra legislación, de acuerdo al «artículo 23° del Código Penal», será autor “quien realiza por si mismo el hecho punible”, forma en la que el código se refiere a la autoría y participación, y busca regular la concurrencia de varias personas en el hecho punible acontecido. De esa forma el «artículo 23» hace referencia a las distintas formas de autoría, reconocimiento que ahorra el esfuerzo de una construcción más compleja y de esa forma proporciona una mayor garantía de certeza jurídica (Villavicencio, 2019).

De acuerdo a la jurisprudencia, se tiene establecido que será autor quien tiene la facultad de controlar y modificar el resultado del hecho, su aporte, pese a ser diferente ser considera en uno solo, por lo que la consecuencia a su vez también le será imputable de forma independiente a la capacidad fáctica de su participación (Expediente. N.º 1805-2005-HC/TC, 2005). Agregando a esto, para la diferenciación del autor, la “teoría del dominio del hecho” tiene mayor aceptación, pues como lo señala dicha teoría “será autor quien tenga el dominio del suceso delictivo” (Casación N° 367-2011-Lambayeque, 2013).



2.2.8. PARTICIPACIÓN

La palabra participación tiene varias acepciones; de una parte se entiende en un sentido amplio, de manera tal que se va a incluir toda forma de intervención delictual, como se da en la colaboración de varios sujetos, por otra parte, es interpretada en un sentido restrictivo, por el que se tendrá una forma de colaboración alternativa o subsidiaria en el comportamiento delictual y de esa forma se confronta con la autoría, como se da en la “incomunicabilidad de las circunstancias de participación” en el «artículo 26° del Código Penal»; si bien en estos caso el partícipe también responderá como el autor, a diferencia de este último, siempre tendrá un cargo secundario, sobre la comisión delictual. Teniendo en cuenta esto, resulta lógico que no se pueda admitir una participación sin la existencia de la autoría, del mismo modo que se justifique, por lo menos en ciertos casos, una pena para el partícipe menor de la que se contempla para el autor, de forma lógica; sin embargo, ambas consecuencias derivadas de admitir el carácter secundario de la participación en la conducta presuponen a su vez el hecho de que la participación resulta punible (García, 2019).

2.2.8.1. Instigación.

Conforme al «artículo 24° del Código Penal» se castiga como “instigador” al que de forma dolosa convence a otro sujeto, que cometa el delito. Si se tiene en cuenta la sistemática utilizada por nuestro código, la instigación es equiparada con la complicidad. El hecho cometido por el instigado no es configurado por el instigador, por lo que este último realiza un hecho distinto al acto de instigación; de esa forma tanto la instigación como la complicidad vienen a ser formas de “participación penal”, pero con distintas características.



2.2.8.2. Complicidad.

La “complicidad” son los aportes previos o coetáneos al hecho, los que facilitarían la ejecución del ilícito por parte del autor. La utilidad del aporte puede ser potencial o efectiva de acuerdo a la legislación vigente, en este sentido se señala que, bastará con que se haya incrementado el riesgo para la víctima o la oportunidad de éxito del autor: por ello es que en cuanto a la contribución del cómplice debe darse en un contexto que le determine un sentido al hecho, pues de no ser así, su participación será neutral o permitida para la sociedad. Pero cuando este aporta al hecho delictual, este suceso también es parte de quien aportó en la calidad de cómplice, a quien se le presenta con alguna categoría de dominio del suceso fáctico, que se demuestra en la forma de ocurrencia del delito; de ellos se tiene que lo diferente entre el autor y el cómplice es que uno de ellos tiene mayor dominio que el otro, y no por el contrario que alguno de ellos tenga la competencia del hecho.

Dentro de los cómplices, el Código Penal en su parte general distingue dos clases de “complicidad”. Se tiene primeramente la denominada “complicidad primaria” o conocida también como la “cooperación necesaria”; y en consecuencia también se encuentra la complicidad secundaria o denominada también complicidad simple. En la primera constituye un aporte del cómplice sin el cual el delito no se hubiera podido perpetrar, la segunda en cambio se refiere a cualquier otra forma de auxilio o asistencia a la configuración del hecho del autor. El punto de partida será tener claro que el cómplice primario cuenta, como todo interviniente, con un dominio del hecho, pues lo que caracteriza a los cómplices es que la cantidad de dominio que tienen sobre el hecho común no es suficiente para poder imputarles la configuración de lo que es propio del delito correspondiente (García, 2019).



“a) La teoría de la ruptura del título de imputación. Según ella, los tipos penales de delitos especiales solamente se refieren a los intranei; por lo tanto, los extranei solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurran (cada uno responde por su propio injusto). Los partidarios de esta teoría se apoyan para esta afirmación en un supuesto apoyo legal contenido en la regla de la comunicabilidad de circunstancias personales (art. 26 C.P. peruano, art. 65 C.P. español), la cual exigiría que la cualidad de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) de los partícipes extranei.”

“b) La teoría de la unidad del título de imputación. Para esta tesis, el extranei sí puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado como autor del delito especial impropio, nada impide que lo pueda ser como cómplice o instigador de ese mismo delito. También al extraneus se dirige la norma subyacente al tipo penal, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no solamente es en interés de todos, sino que crea el deber de hacerlo en todos. Refutan la tesis de que la regla de la comunicabilidad de circunstancias personales exigiría la ruptura del título de imputación cuando el delito haya sido cometido por intranei y extranei, argumentando que esta regla se refiere a circunstancias distintas de las que fundamentan la tipicidad de las conductas, y que precisamente quiere decir lo contrario de lo que aquella teoría argumenta: consagra la accesoriedad de la participación respecto de la autoría.” “Luego, el partícipe siempre lo será en relación con un hecho punible cometido por el autor y no con otro distinto que en realidad no se ha cometido. Luego, en los delitos especiales, propios e impropios, solamente el intraneus (el funcionario público, en nuestro caso)



puede ser autor del delito, pero los extranei (particulares u otros funcionarios) podrán ser partícipes del mismo delito (incluso cuando tengan el dominio del hecho). La imputación (única) de la autoría (sobre cuya base se construirá la participación) dependerá de quién haya ejecutado los hechos con dominio del hecho. Si lo hizo el intraneus y el extraneus solamente colaboró; este último será partícipe del primero en el delito especial. Si el dominio del hecho lo tuvo el extraneus y el intraneus no; el delito cometido será el común, y el intraneus será partícipe de este delito común.” (Abanto, 2003, p. 48-51)

2.2.8.3. Accesoriedad.

Una conducta accesoria de parte del agente dependiente de la existencia de un hecho principal; así en esta dependencia, existe dos tipos de participación: Cuando existe un aporte esencial para la realización del hecho punible estamos ante una participación a título de complicidad primaria, participaciones necesarias y, cuando se trata de un simple acto de colaboración corresponde la complicidad secundaria, participaciones criminales (Rojas, 2016). Así se puede delimitar a través de la accesoriadad que, la realización de un supuesto de hecho constituye un hecho principal que perteneciente a la esfera del autor y cuando la conducta del otro interviniente es una actividad accesoria; entonces, la accesoriadad tiene que ver con la participación criminal por inducción o complicidad, en consecuencia, también, de no haber el hecho principal no hay accesoriadad, por lo tanto, no hay participación (Quiroz Salazar, 2002).

Enrique Bacigalupo nos señala, que la participación significa ser una parte del hecho de otro, razón de lo accesitario como particularidad suya. *Accesoriadad de la participación* quiere decir, entonces, *dependencia* del hecho de los partícipes del hecho del autor o los autores; pero esto se debe tener en cuenta dos sentidos, en primer lugar, desde el punto de vista del *grado de realización* que debe haber alcanzado el hecho



principal; y en segundo lugar, desde el punto de vista de los *elementos del hecho punible* que se deben dar en el hecho principal (Bacigalupo, 1996).

2.2.9. “DOMINIO DEL HECHO”

Para diferenciar entre “autoría” y “participación”, se debe tener en cuenta la teoría del “Dominio del Hecho”, el maestro Claux Roxín nos señala que bajo esta teoría, será autor a) Aquel que ejecuta la acción tipificada de forma personal “dominio de la acción”. b) También, aquel que hace realizar este hecho a través de otra persona, de la cual su voluntad no es independiente, o en el caso que el sujeto no sabe del objeto de la acción de su participación, en el mismo sentido cuanto conoce solo parte de este objeto, a diferencia del quien hace ejecutar, o no siendo imprescindible puede ser sustituido por otro “dominio de la voluntad”. c) Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa “dominio del hecho funcional” (Roxin, 2016).

Así como todo hecho punible constituye una unidad consistente en los elementos de carácter objetivo y subjetivo, así también, solo puede delimitarse apropiadamente entre autoría y participación con base en el tipo legal y mediante una síntesis de criterios objetivos y subjetivos, el camino más convincente para acometer esta tarea es el principio orientador del dominio del hecho; lo importante para la “autoría” es en que grado quien interviene de forma individual – en la forma y relevancia de su aporte al suceso fáctico, o teniendo en cuenta la voluntad de su intervención – puede dominar o ser parte del dominio conjunto para la ejecución del delito tipificado, en el mismo sentido se debe tener en cuenta la forma del suceso, ¿Cómo es que ocurre este de tal modo que lo que resulta del hecho se evidencia por la voluntad del interviniente?, por lo que su contribución deberá tener el carácter de necesario o imprescindible; pero sobre la



participación en sí, debe entenderse como la instigación o el aporte, sin el dominio central del suceso (Wessels, Beulke, Satzger, 2018).

Por lo que la teoría del hecho, será apropiada para distinguir las formas de autoría y participación criminal, por cuanto permite identificar cuando una persona tiene el poder de decisión llamado dominio del hecho y la forma de la ejecución del hecho delictual, que es lo que caracteriza propiamente a un autor, de la figura central del suceso, y en esta teoría es entendido como aquel que tiene el denominado dominio del hecho (Torres, 2014).

2.2.10. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

De acuerdo al “Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 010-2002-AI/TC” del 03 de enero de 2003. El “principio de legalidad penal” fue establecido dentro del «artículo 2, inciso 24, literal d) de nuestra Constitución», que señala: *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (. . .)”*. Del mismo modo este derecho ha sido aceptado por tratados y documentos que forman parte del denominado “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” como se tiene en la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, que se señala dentro de su «artículo 11°, inciso 2°»; también se tiene de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, a través de su «artículo 9°»; y en el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, conforme se verifica del «artículo 15°». De ese modo tenemos que el “principio de legalidad” requiere que a través de la normativa interna se señala los delitos, pero también que estas conductas descritas deben tener una delimitación dentro de la ley. Lo que es conocido como el “mandato de determinación”, por el que se ha de prohibir de forma expresa la dación de leyes de contenido penal que tenga un sentido indeterminado o confuso, que es la expresión de la



Constitución al requerir en el «artículo 2, inciso 24, literal d)» que todo tipo penal debe ser señalado de forma “*expresa e inequívoca*” (*Lex certa*). El “principio de determinación” sobre el supuesto delictivo que se encuentra redactado, es una prohibición de que al momento de legislarse se deba mostrar un significado de forma precisa al delito, de esta manera de forma exacta pueda realizar una subsunción del hecho al delito. Pero también se tiene que la exigencia de “*lex certa*” no se presenta cuando el legislador deba mostrar el tipo de forma extremadamente precisa al momento de su promulgación; ya que esto es imposible de acuerdo a la naturaleza del lenguaje que se caracteriza por un grado de falta de determinación exacta en cada caso particular. Enrique Bacigalupo no mencionar que, dentro del derecho penal se encuentran los llamados “principios de jerarquía constitucional”, que son todo el conjunto de principio, que de acuerdo al acontecimiento histórico del mismo derecho, se convirtieron en aquellos requisitos para la determinación de la criminalización, y sus límites para proteger derecho como la libertad; acá es donde se desarrollados los principios de mayor aplicación el “principio de legalidad”, plenamente aplicable en la actualidad, sin embargo, su propia aplicación resulta ser problemática y dificultosa, que se demuestra en el derecho penal, cuando se toma en cuenta los temas sobre la seguridad jurídica que tiene vinculación con el contenido de las leyes promulgadas, que se efectúan antes del suceso ilícito que se pretende sancionar; los requisitos antes señalados se da por este “principio de legalidad”, se puede concluir que gracias ello determinado sujeto, ante la maquinaria del estado judicial estará seguro, ya que solo podrá ser sancionado si su conducta puede subsumirse en una ley que se promulgó previamente y que expresaba la pena (Bacigalupo, 1999).



2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1. CORRUPCIÓN

El término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del latín “*rumpere*”, el cual tiene como significado romper, dividir, o quebrar, violar, anular; lo cual deviene del también latín “*corrumpere*”, que significa los verbos de alterar, desunir, descomponer. Entonces “*Corrumpere*”, significa: “romper con”, “romper en unión de”, sin embargo, su significado será “echar a perder, podrir”. En dicho sentido, ese termino se presenta cuanto existen dos elementos que realizan la acciones descritas, estos son el corruptor y el corrupto, es decir la propia acción realizada de corromper y sobre quien recae dicha acción, que en el caso de los sujetos será quien se hecho a perder.

La «corrupción» se encuentra enraizada desde la participación del mismo ser humano en la tierra, teniendo en cuenta los estudios que lo conforman, con la ciencias sociológicas hasta el ámbito de la política, y la corrupción administrativa que se encuentra dentro de los Estados, y que nos incumbe en la presente investigación, pues se trata de las acciones de corrupción en las contrataciones públicas, este término que se presenta a través del poder se vincula, cuando en su ejercicio no se regula las formas en que deba realizar.

La imputación hacia una persona como “corrupto” va asociado a la idea de que aquel esté en vinculación directa con la administración de los poderes del Estado, y no podría hablarse de corrupción en sentido estricto fuera del ámbito de la función pública (Reátegui, 2015).



2.3.2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sobre la «Administración Pública» este termino presenta distintas configuraciones, así tenemos:

“1. En un sentido restringido extrapenal sería aquel conjunto de dependencias subordinadas al poder Ejecutivo (poder administrador). 2. Consistiría en los actos de gobierno de cualquiera de las esferas de los poderes, es decir, actos administrativos. Aquí no importa el órgano que realiza los hechos típicos, sino la naturaleza del acto. 3. En un sentido amplio, propio para el Derecho penal, se trataría de los actos de toda la Administración Pública, incluyendo a los poderes judicial y legislativo. Lo que sucede es que los delitos contra estos poderes se presentan y tratan de forma separada, sobre todo porque aquí, más que el correcto funcionamiento de la Administración Pública, se atenta contra el funcionamiento de uno de los poderes del Estado: el Poder Judicial. Es en este último que el Derecho Penal entiende actualmente a la Administración Pública. Los actos realizados deben tratarse de actos funcionariales, aunque los realicen sujetos que, en el sentido administrativo, no serían propiamente funcionarios públicos.” (Abanto, 2003, pp. 48-51).

Precisándose que la administración pública como concepto ha de contener una definición de su significado, a diferencia de su origen y sentido desarrollado dentro del marco teórico.

2.3.3. FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO

Según el Código Penal, «artículo 425°», será funcionario o servidor público:

“1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel



que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.”

2.3.4. CONTRATACIONES PÚBLICAS

El proceso de «contratación» se refiere precisamente a la forma en que se puede contratar con el Estado para realizar, compras, arrendamientos, o pagos a cambio de bienes o servicios, claro ejemplo común lo constituyen las obras, este proceso se inicia con la falta de unos de estos bienes o servicios de parte del Estado, creandose una necesidad para dicho objetivo. Las contrataciones públicas además se constituyen en el mecanismo esencia de la «administración» para la realización de sus fines que tiene previamente establecidos, por lo que también se requiere de un proceso y esquema en que se realizara la contratación pública, que pueda conseguir que el presupuesto que maneja la entidad consiga los bienes y servicios que se requieren para la colectividad de forma eficientes. Como ejemplo, se tiene que las adquisiciones públicas solo en el año 2007 sobrepasaron los 15 mil millones de soles, que equivalen al 10% del PBI y también a más del 25% del presupuesto del Gobierno para el mismo año (OSCE, 2009).



2.3.5. EXTRANEUS

La figura del “extraneus” esta referida al particular que no tiene esa condición especial – de funcionario o servidor público con la capacidad de contratar a nombre del Estado – sin embargo, interviene en las citadas tratativas (Recurso de Nulidad 702-2009 Lima, 2010). Pues además se debe tener en cuenta que sin el “extraneus” no se podría dar una contratación en el entendido que este es un acto bilateral.

2.3.6. INTRANEUS

Contrariamente al “extraneus”, el intraneus es el sujeto calificado para ser autor de un delito especial, como los delitos de funcionarios públicos, pues posee dicha facultad de funcionario público, dependiendo de determinada conducta ilícita será intraneus quien cumpla con las características suficientes para poder realizar el quebrantamiento al “bien jurídico tutelado” y tenga facultad para realizar el comportamiento lesivo.

2.3.7. LOS DELITOS ESPECIALES

Según el desarrollo de Santiago Mir Puig; los delitos especiales en relación a los sujetos tienen distintas clasificaciones. Sobre los sujetos propios e impropios, los primeros serán quienes demuestran un comportamiento que solo se le puede atribuir a título de “autor” siempre y cuando es ejecutado por determinados sujetos, así se tiene que si se presenta una participación de otros sujetos si esta particularidad no pueden ser autores del delito, o de aquel otro que requiera esta calificación, y sobre los delitos “especiales impropios” a diferencia de los primeros, tienen que tener una vinculación con el delito común, de que pueda realizar cual sujeto. Sin embargo, en los delitos especiales en general se presenta un problemática sobre la participación del hecho, circunscrito en los temas de “autoría” y “participación”. Esta problemática y



diferenciación se tiene también de las restricciones que existe entre la idoneidad de los delitos llamados de “propia mano” en los que se debe exteriorizar un acto corpóreo o ejecución de forma personal, donde no se puede evidenciar la utilización de otros sujeto para la comisión del delito, como se tiene en la autoría mediata; también se tiene las características sobre la forma en que los sujetos participan en el delito podrá darse la “autoría” y la “participación”; en el primero se necesita la ejecución del hecho delictual previsto en la parte especial de la norma, de forma directa o a través de otra persona que será instrumentalizada, como se dijo de la autoría mediata, y también se presenta cuando se actúa con otros sujetos, como es el caso de la “coautoría”; sin embargo, en relación a la “participación”, esta significa por un lado inducir al autor o cooperar en su acción, claro esta referido al delito tipificado. Y existe, también el caso de los delito de encuentro, donde se relaciona de alguna forma la vinculación entre el sujeto activo y pasivo de la conducta que se requiere. De acuerdo al “Tribunal Supremo de la República Federal Alemana” se presentan dos casos: a) Cuando la acción del sujeto pasivo no excede la participación que necesita el delito, permanecerá impune, pero; b) Si el sujeto pasivo sobrepasa la intervención prevista por el tipo penal, induciendo o cooperando de forma “necesaria”, su conducta tiene que castigarse (Mir Puig, 2008).

2.3.8. INFRACCIÓN DE DEBER

Sobre la “infracción de deber” se tiene que lo importante para establecer a un autor como tal de la conducta, es el deber encomendado al sujeto, bajo atribuciones legales y preestablecidas para cumplir y seguir como lineamiento de acción, y no la condición cualificada del agente como el caso de los funcionarios, de esa forma si dichos deberes se incumplen se puede fundamentar la autoría cuya infracción consciente fundamenta la autoría; pero es importante tener en cuenta que cualquier lesión del deber no lo determinará como autor, sino que también se requiere, que esta lesión tenga



vinculación con las atribuciones del cargo que tiene el agente y la acción. Por lo que se tiene que los autores no necesariamente son aquellos que tienen el título de funcionarios, servidores públicos, o profesiones que tengan estas calidades; sino lo importante es la lesión o “infracción de deber” extrapenal, que si bien – como se explicó – no abarca a cualquier sujeto, es un elemento necesario para el delito; los deberes evidentemente se le confieren previamente y a través de normas que no tienen dicho contenido penal, sino que provienen de otras ramas del derecho; así se presentan los denominados “deberes jurídico – públicos de los funcionarios, los mandatos de secreto profesional y las obligaciones jurídico – civiles de satisfacer alimentos y de deberes de lealtad”. Todos ellos se caracterizan por cuanto este obligado se presenta diferenciado de los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y por cuanto el legislador los ha considerado como la figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación señalada (Roxin, 2016).

Los delitos de infracción de deber, se caracterizan precisamente porque el autor no determina mediante una organización libre la extensión de sus deberes, sino que estos le son adjudicados por una consecuencia del estatus que poseen dentro de la institución de que se trate, el autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en el concepto de deber se encuentran prohibiciones y mandatos en una misma representación; debe señalarse que el Estado tiene el objetivo de proteger la seguridad interior y exterior, y en verdad, no sólo a causa de la organización de un monopolio de coacción, por así decirlo, a modo de sinalagma, sino en virtud de la autodefinición del mismo Gobierno o Estado (Jakobs, 1996).

Existiendo distintas teorías sobre el análisis de la imputación sobre la Infracción de Deber, el autor Ramiro Salinas Siccha, analiza las teorías y desarrollos doctrinales de las concepciones de Roxin y de Jakobs sobre la Infracción de Deber así como los



llamados “delitos especiales de garantes” de Schünemann, concluyendo que en la determinación de a quién se le calificará como “autor” y “cómplice” debe aplicarse la teoría de “infracción de deber” desde la perspectiva del maestro Claus Roxin. Teoría que señala que responderá como cómplice de un delito funcional y por lo tanto de infracción de deber, el que interviene en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno simplemente porque no es portador de él, y bajo el análisis de la unidad del título de imputación, los autores y los cómplices responden por el mismo delito de infracción de deber realizado y en su solo proceso penal; de igual forma de acuerdo a dicha teoría las categorías jurídica de complicidad primaria y secundaria no son aplicables, ya que todo aquel que sin poseer el deber especial de carácter penal participa en la comisión de un delito de infracción de deber propio o impropio, responderá penalmente junto al autor por el citado delito, pero en su calidad de cómplice, siendo la complicidad única, pues la complicidad primaria o secundaria parte de la teoría de dominio del hecho que no es aplicable en los delitos de infracción de deber (Salinas, 2021).



CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. METODOLOGÍA

La presente investigación posee un enfoque o diseño cualitativo, consistente en una guía de investigación que debe conllevarnos a la interpretación de una determinada realidad social con la que se debe convivir para conocerla profundamente (Charaja, 2011). Esto principalmente por cuanto se realiza un análisis de una norma penal establecida, a efectos de analizar su composición y aplicación en determinados supuestos contrastados con el ordenamiento jurídico nacional, la doctrina y la jurisprudencia, de esa forma se efectúa una recopilación de información sin medición, sobre las principales aportes doctrinarios especializados y criterios jurisprudenciales desarrollados por la “Corte Suprema de Justicia de la República”, que permitirá valorar las teorías jurídicas sobre participación que son aplicables al tema de investigación y las permitidas por el ordenamiento jurídico peruano, se entenderá la naturaleza jurídica del delito de “Negociación Incompatible” sobre la participación criminal del “tercero beneficiado”, en concordancia con el objeto de protección de la norma, la lucha contra la «corrupción» y la forma correcta en que se aplica la ley penal.

Pero el diseño específico cualitativo, será el **fenomenológico**, de enfoque **fenomenología hermenéutica**, que a diferencia de la teoría fundamentada de codificaciones general y desarrollos de teorías, tiene como propósito explorar, describir y comprender sobre la interpretación de determinado fenómeno específico, a través de actividades de indagación y principalmente de observación, que son: La definición del problema de investigación, el estudio y reflexión del mismo, el descubrimiento de sus temas esenciales, su descripción e interpretación. (Hernández Sampieri et al., 2014) De



esa forma en la presente investigación, siendo el problema la errónea atribución penal de la participación del tercero beneficiado – “extraneus”, por parte de los operadores del derecho, en el delito de “Negociación Incompatible”, conlleva a un estudio del delito y su tipificación, teniendo como temas esenciales los que se desarrollaran a través de los objetivos, estos son: La participación criminal del tercero favorecido en la contratación pública para ser imputado en el “delito de negociación incompatible”, la aplicación del “principio de legalidad” para ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito, y si dicha estructura típica conduce a la impunidad del tercero beneficiado – “extraneus”, por lo que a partir de ello y la interpretación de sus temas se dará la respuesta a la pregunta de investigación.

En relación a la muestra y la población, como lo señala Roberto Hernández Sampieri (2014), *“En el proceso cualitativo, son el grupo de personas, eventos, sucesos, comunidades, etc., sobre el cual se habrán de recolectar los datos, sin que necesariamente sea estadísticamente representativo del universo o población que se estudia”* (p. 384). Por la que partiendo de lo particular hacia lo general, la población no será definida en este enfoque de investigación.

Y, estando a la naturaleza de la investigación por su enfoque cualitativo y su diseño de fenomenología hermenéutica, las muestras serán dirigidas, en dos clases, **muestra de expertos** y de **casos tipo**. (Hernández Sampieri et al., 2014) Por el que estando al tema específico a tratar se requiere la opinión especializada de doctrinarios, así como la profundidad y calidad de información que se extraiga de la jurisprudencia especializada. De esta forma se podrá interpretar la información obtenida sobre el tema del fenómeno de la participación en el delito de “Negociación Incompatible”.



Así se tiene que, conforme a la recolección de datos, específicamente de los conceptos, desarrollos y casos de especialistas sobre el fenómeno, se tendrá en cuenta las categorías y unidades de análisis, que parten del:

- Tercero Beneficiado – “extraneus” y,
- El “delito de Negociación Incompatible”.

Y conforme a los temas seleccionados en el diseño específico se compondrán las unidades de análisis en:

- La participación criminal del tercero favorecido en la contratación pública para ser imputado en el delito de “negociación incompatible”, y los temas sobre, el Contratista, las Contrataciones del Estado, y la Jurisprudencia aplicada.
- Sobre la aplicación del principio de legalidad para ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito, los temas serán, la Tipicidad, la Participación y Complicidad, y su Jurisprudencia aplicada.
- En cuanto a la estructura típica conducente a la impunidad del tercero beneficiado – “extraneus”, los temas serán la Interpretación Penal, el Objeto de la Ley, y su Jurisprudencia aplicada.

Asimismo, la presente investigación es de tipo dogmático jurídico, que señala que el Derecho es una ciencia y por ello puede ser optada como una variable independiente de la sociedad, autosuficiente metodológica y técnicamente (Witker, 1986). Consecuentemente, visualiza el problema jurídico en razón de las fuentes formales, su horizonte se limitará a las normas legales vigentes y las instituciones en los que se desarrolla el problema de investigación (Ramos, 2018). De esa forma se tiene que se realiza una interpretación de los planteamientos jurídicos establecidos y



debidamente desarrollados por la doctrina, en atención al análisis de “delito de Negociación Incompatible”, siendo que además se tendrá en cuenta de forma objetiva aquellas fuentes formales como la Ley, Jurisprudencia y la Doctrina Jurídica que consideren el análisis del delito que se investiga y la participación del tercero beneficiado, que son la base de la investigación.

En cuanto al método utilizado para la investigación general será el dogmático, mediante un desarrollo de pasos, definido por Zaffaroni como un método constructivo del sistema de interpretación jurídica, para ello se realiza: a) Un análisis gramatical que es la, exégesis del texto de la norma penal, b) una descomposición de dicho texto legal hasta llegar a los elementos primarios, y c) una construcción del sistema con los elementos descompuestos, lo que representa finalmente una utilidad respecto a la solución del problema verificado, que sirve a los operadores del derecho, entre ellos los jueces a resolver los casos en forma coherente y a los docentes para un entrenamiento técnico de estudiantes que posteriormente ejerzan el Derecho y puedan aplicarlo debidamente (Zaffaroni, 2009). A través de este método se inicia evidentemente del análisis textual del «artículo 399° del Código Penal», descomponiendo el mismo y teniendo cuenta sobre los elementos del tipo penal y su aplicación, se tendrá especial atención a la participación criminal en razón a los alcances de la ley, teorías y jurisprudencia sobre el tema, para luego construir el desarrollo y la determinación punible del tercero beneficiado en el delito materia de investigación.

En esa misma línea, en cuanto a su finalidad, este tipo de investigación evalúa las estructuras del derecho y su operacionalización, en conjunción con los métodos o técnicas de interpretación del investigador, sobre las normas jurídicas, destacando lo exegético, lo sistemático, lo histórico, lo sociológico y lo gramatical (Riega, 2010). En concordancia con el tipo de investigación, teniendo en cuenta las fuentes formales del



Derecho y la problemática general del caso, se busca realizar un estudio elaborado y aplicable a casos prácticos, bajo fundamentos establecidos, así como crear un antecedente de investigación que servirá a nuevos trabajos seguir con el desarrollo teórico y operativo sobre la “participación” del tercero beneficiado en el “delito de Negociación Incompatible”.

Sobre el método de recolección de datos, respecto a los tres primeros objetivos que son: “Determinar si existe participación criminal del tercero favorecido en la contratación u operación pública para ser imputado en el delito de negociación incompatible”; “Analizar si en aplicación del principio de legalidad puede ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito de Negociación Incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal”; y “Determinar si la estructura típica del delito de Negociación Incompatible previsto en el artículo 399 del código Penal conduce a la impunidad del tercero beneficiado – extraneus”; se utilizará el método de la observación, que en palabras del autor José Pineda Gonzales, se entiende como un procedimiento enfocado en la percepción atenta, racional, planificada y sistemática del investigador sobre los fenómenos relacionados con el problema objeto de la investigación. Es el registro sensorial de lo que sucede en una situación real, clasificando y consignando los acontecimientos pertinentes de acuerdo con algún esquema previsto y según el problema que se estudia (Pineda, 2008). Así a través de la observación se buscará el análisis de la propia norma, a través de la ley vigente aplicable al tema de investigación, el análisis de las teorías jurídicas desarrolladas, los desarrollos doctrinarios acerca del problema específico a tratar y la aplicación realizada a través de la jurisprudencia especializada dotada por la “Corte Suprema de Justicia de la República”. Sobre el último objetivo se ha utilizado un método comparativo respecto de los tres primeros objetivos para determinar la necesidad de una fórmula legal.



Teniendo en cuenta el desarrollo secuencial de cada uno de los objetivos trazados por el investigador y las conclusiones propias y aportes realizados, finalmente se evaluará la necesidad o no de una fórmula legal sugerente.

3.2. TECNICAS E INSTRUMENTOS

En cuanto al primer objetivo específico: *“Determinar si existe contenido material y subjetivo del aporte del tercero favorecido que participa en la contratación u operación pública para ser configurador del delito de negociación incompatible.”* La técnica utilizada es la exégesis y la observación documental, y el instrumento es la “Ficha de Registro Bibliográfico” y la “Ficha de Recojo de Datos”. (Anexo 3 y 4) La técnica servirá para el análisis textual de la norma penal y administrativa, los aportes doctrinarios escogidos y los casos atendidos y observados en la jurisprudencia de la “Corte Suprema de Justicia de la República”.

En cuanto el segundo objetivo específico: *“Analizar si en aplicación del principio de legalidad puede ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito de Negociación Incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal”.* La técnica utilizada es la exégesis y la observación documental, y el instrumento es la “Ficha de Registro Bibliográfico” y la “Ficha de Recojo de Datos”. (Anexo 3 y 4) De igual forma, la técnica servirá para el análisis textual de la norma penal especial y general, los aportes doctrinarios especializados en el tema, los casos y criterios desarrollados por la “Corte Suprema de Justicia de la República”.

Sobre el tercer objetivo específico: *“Determinar si la estructura típica del delito de Negociación Incompatible previsto en el artículo 399 del código Penal conduce a la impunidad del tercero beneficiado – extraneus”.* La técnica utilizada es la observación documental, y el instrumento es la Ficha de Recojo de Datos. (Anexo 4) En este caso, la



técnica servirá para determinar si a través del análisis jurisprudencial y el sentido de la norma analizada, el problema de investigación lleva a un fenómeno de impunidad advertido.

Para el cuarto objetivo específico: “*Proponer una fórmula legal que sancione la conducta del tercero beneficiado*”. La técnica utilizada es la “entrevista cualitativa” (Pineda, 2008) aplicada a distintos abogados puneños que tienen cargos en diferentes instituciones con la finalidad de aportar un criterio distinto al investigador, las preguntas realizadas son abiertas y estrictamente de opinión; y el instrumento es la encuesta, teniendo en claro que se toma en cuenta el carácter subjetivo y la calidad de las respuestas, por el que posteriormente se realizará una comparación a raíz de los resultados de los primeros objetivos. (Anexo 5) Siendo así, luego del estudio del “delito de Negociación Incompatible” y la “participación del tercero beneficiado” a través de los objetivos trazados, la entrevista cualitativa aportará la realidad, advertidas por operadores del derecho que al igual que el investigador, presentan posiciones diferente no cuantificables.

Para el procesamiento de la entrevista cualitativa mediante la encuesta, se tendrá en cuenta, la técnica de **corte** y **clasificación**, por el que luego de manejar la información, se identificará los aportes de opinión para el desarrollo del planteamiento del problema. (Hernández Sampieri et al., 2014) De esa forma se debe tener en cuenta las siguientes categorías y unidades de análisis que se presentarán de los datos proporcionados a través de esta encuesta:

Tabla 1

Procesamiento de Encuesta (Hernández Sampieri et al., 2014)

CATEGORÍA:	Tercero Beneficiado – “extraneus”		Negociación Incompatible			
¿Presenta?						
UNIDADES DE ANÁLISIS:	Participación Criminal		Principio de Legalidad		Impunidad	
¿Presenta?						
TEMAS:	Contratista:		Tipicidad:		Interpretación Penal:	
	Contrataciones del Estado:		Participación y Complicidad:		Objeto de la Ley:	
	Jurisprudencia aplicada:		Jurisprudencia aplicada:		Jurisprudencia aplicada:	

Nota. La tabla se efectuará por la presencia fraccionada de las categorías, unidades de análisis y temas, sobre el planteamiento del problema. A partir de (Hernández Sampieri et al., 2014)

Finalmente, de acuerdo al enfoque cualitativo de la investigación, no se hace mención al material experimental utilizado en la investigación, recordando que es de tipo dogmático jurídico.



CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En cuanto a los resultados y la discusión del tema de investigación se va a analizar los instrumentos propuestos inicialmente, que entregarán el resultado de la investigación y la discusión en torno al objeto de investigación, que se realizó en su ejecución para llegar a la conclusión de investigación.

4.1. PRIMER OBJETIVO

“Determinar si existe participación criminal del tercero favorecido en la contratación u operación pública para ser imputado en el delito de negociación incompatible”.

De acuerdo al delito, dispuesto en el «artículo 399 del Código Penal», existe un aprovechamiento propio – del “funcionario” o “servidor” interesado indebido – a favor de un tercero, este es uno beneficiado por un contrato u operación, es una persona que puede ser natural o jurídica que contrata con el Estado, pues el delito en mención se configura dentro de las Contrataciones Públicas; este tercero beneficiado o favorecido por el funcionario público es un proveedor del Estado; por lo que se debe tener en cuenta quienes son estos favorecidos en las contrataciones con el Estado.

4.1.1. Proveedores del Estado

Primeramente, debemos enmarcarnos dentro del ámbito de comisión del “delito de Negociación Incompatible”, esto es dentro de las «Contrataciones con el Estado», que son referidos en la “Constitución Política del Perú”, así tenemos que la Libertad de Contratar y la obligatoriedad de contratar en sus artículos 62 y 76 donde señala que “la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las



normas vigentes al tiempo del contrato, y que aquellos términos contractuales no podrán ser modificados por leyes u otras disposiciones; de igual forma la norma magna establece que las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos de los recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contratación y licitación pública; para ello la ley ha establecido un determinado procedimiento”.

Así la Constitución establece, como garantías y procedimientos sobre las «contrataciones», que estas siempre serán “públicas”, por lo que determina a que cualquier persona a que pueda contratar con el Estado. La contratación en general se realizará entre dos partes, en el presente caso tenemos al Estado y sus distintos organismos que lo representen, y por el otro lado al contratista, la Ley de contrataciones del Estado, según el “Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225”, promulgado por el “Decreto Supremo N° 082-2019-EF” los denomina proveedores, y previamente postores y contratistas, esta parte contratante con el Estado es – en el “delito de Negociación Incompatible” – el tercero beneficiado y por quien existe una relación contractual con el funcionario o servidor. En dicho sentido el tercero beneficiado por el interés indebido será este proveedor, contratista o postor.

En cuanto a las operaciones, la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad N° 578-2011 JUNIN”, los ha definido como, los actos personales que se ejecutan entre la «administración pública» y los «administrados», siempre con la característica del un carácter pecuniario, en tal efecto no se encuentra incluido el proveedor o contratista, sin embargo también existirá un tercero beneficiado con la operación a cargo del funcionario o servidor donde se interesen indebidamente.



4.1.2. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial

Realizando un análisis de la doctrina nacional acerca de la “participación criminal” del “tercero beneficiado” en el “delito de Negociación Incompatible”, los principales autores presentan una variedad de posiciones, y pronunciamientos generales respecto al tema, en debate.

El autor Fidel Rojas Vargas, precisando sobre el tema de análisis, refiere que la judicatura de forma asertiva señala la imposibilidad de la complicidad primaria en el delito de interés indebido en contrataciones públicas, por parte de los “extraneus”, y cita una sentencia conocida por él, donde también se debate dicho extremo, así tenemos la, sentencia contenida en la resolución N.º 06 Andahuaylas, del 28 de marzo del año dos mil dieciséis, que señala que, existirá duda, sobre si realmente el acusado que es un “extraneus”, participó en la comisión del delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo con los sentenciados que son los funcionarios interesado, es por ello que para poder considerarlo en el grado de cómplice primario, el delito se tiene que realizar en forma efectiva y dolosa; para que el comité de selección favorezca al acusado a pesar de que no cuente con los años de experiencia requeridos (Rojas, 2016). Caso en el que finalmente fue absuelto.

Así, el autor nos presenta un caso en el cual se absuelve a un tercero beneficiado de la complicidad por el “delito de Negociación Incompatible”, sin embargo la absolución se da por cuanto no se ha establecido la conexión entre este tercero beneficiado y el comité de selección que lo beneficia, así como no se ha determinado cual fue la motivación de este beneficio, por lo que se trata de una falencia de acreditación y no normativa, y se debe tener en cuenta si la sola presentación como postor puede configurar la “participación” en el “delito de Negociación Incompatible”,



cabe resaltar que el presente caso al igual que en la mayoría de procesos de contrataciones públicas existen postores que se presentan a contrataciones pública sin tener los requisitos exigidos, su sola presentación no podrá ser configuradora del delito, puesto que no se evidencia en dicha instancia el interés indebido, solo se dará al momento de los actos positivos del funcionario y consentidos por el postor, la vinculación entre ambos acreditaría el delito de “colusión” mas no el de “Negociación Incompatible”, empero la actitud del tercero beneficiado no es mínima al momento del interés, es necesaria, sin su aporte material no existiría interés indebido; así se cuestiona si el postor, al conocer que no cumplía con los años de experiencia que estipulaban las bases, tenía la entidad suficiente para ser reputado como una actuación propia de la complicidad primaria, de acuerdo al significado jurídico del título de imputación.

En el mismo sentido, Ramiro Salinas Siccha, sostiene que, los funcionarios y servidores públicos que no tienen relación funcional exigible por el tipo penal y los extraños a la administración o “extraneus” que colaboren al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices o instigadores (Salinas, 2016).

Salinas Siccha refiere que los “extraneus” y los funcionarios que no intervengan directamente en las contrataciones o tengan dicha facultad, pueden ser parte de la configuración del delito, claro bajo título de cómplices o instigadores; por lo que el autor acepta la participación del “extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible” bajo el título que le compete. Lo importante en cuanto al aporte material y subjetivo del tercero, explicado por el autor, es la colaboración y apoyo al sujeto público, tenemos acá dos formas de participación, el primero de ellos es que un sujeto que es parte de la Administración Pública pero sin vinculación al cargo que permita interesarse, realiza



acciones de aporte para la consumación del delito, por un lado tenemos a los funcionarios que no forma parte de las contrataciones públicas, pero que aportan al delito, su cargo – aunque sea un funcionario público – no le permitirá ser autor del mismo, por lo que se le imputará la condición de cómplice; por otro lado se tiene a los terceros que no siendo parte de la Administración Pública de igual forma realicen actos para que se configure el ilícito, aquí ingresa perfectamente la contribución del tercero beneficiado, tanto si su participación es necesaria (complicidad primaria) o no lo es (complicidad secundaria).

Ya precisando el grado de participación en el delito, el autor José Luis Castillo Alva, refiere que, en la “Negociación Incompatible” será cómplice primario aquel sujeto que actúe como intermediario mostrando el interés indebido, o teniendo conocimiento del interés de otro, en cualquier “contrato u operación”; la parte que se beneficia por este interés en la contratación, de acuerdo a su contribución o conocimiento de las actuaciones del funcionario, podrá ser calificado de cómplice; citando un caso en la jurisprudencia peruana, se señala la condena como cómplice primario al residente de obra que posibilitó que un vehículo de su propiedad sea contratado por la municipalidad en la que prestaba servicios a través de un tercero. El conocimiento y la conducta dolosa se estimó probada desde el momento que en la firma del contrato de alquiler del vehículo entre el residente de obra y el tercero se omitió intencionalmente consignar los datos de la tarjeta de propiedad del volquete en la que aparecía de manera clara como propietario el mencionado residente de obra. No es necesario que el cómplice sea funcionario público, tampoco de que tenga una relación contractual con la administración pública o que haya sido funcionario, ya que podría tratarse de un particular como el proveedor, asimismo, no se requiere la existencia de un



acuerdo de voluntades entre el contratista y el funcionario, ya que la ley no lo exige (Castillo, 2015).

El autor nos dice que la participación en el “delito de Negociación Incompatible” puede darse por parte de cualquier persona y especifica que el tercero beneficiado puede tener la calidad de cómplice en tanto y en cuanto coordine, se ponga de acuerdo o tenga conocimiento de las actividades del sujeto principal, señalando el caso de los proveedores que contratan con el Estado, y donde un funcionario público puede interesarse indebidamente en la contratación, citando jurisprudencia al respecto, y dotando de las posibilidades materiales de la participación en la Negociación Incompatible, sin embargo, el hecho de coordinar podría entramarse dentro de la conducta del delito de “colusión” que requiere la concertación, de igual forma se tiene que el proveedor puede ser calificado como complicidad del “delito de Negociación Incompatible”, resaltamos de nuevo que el aporte material y subjetivo se da por actos evidenciados como tales, en el caso propuesto el proveedor era parte de la administración y omite consignar datos de utilidad para la Administración Pública y que además permitieron el interés indebido, su actuación no solo se da como proveedor sino mediante, otros actos irregulares que demuestran el dolo en la conducta, y además que se vio perfeccionada su participación con la contratación.

En la jurisprudencia, se presentan distintos criterios de la “Corte Suprema de Justicia de la República”, que son base fundamental para los operadores jurídicos, en la aplicación del derecho analizado en la judicatura, en el caso del “delito de Negociación Incompatible”, adelantamos que no existe jurisprudencia vinculante respecto al tema en cuestión, pero si hay pronunciamientos y desarrollos jurisprudenciales, que sin la



calidad vinculante, pueden ser utilizadas y advertidas en cualquier proceso, por el que tenga que emitir también su criterio.

Se tiene el “**Recurso de Nulidad N° 1166-2012 LORETO**”, del 06 de noviembre de 2012, emitido por la “Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República” que señala concretamente en un proceso por el “delito de Negociación Incompatible” que, conforme a la valoración integral de las pruebas se llega a establecer la responsabilidad atribuida al imputado, quien aportó causalmente, mediante la ayuda, colaboración y apoyo para que se emita un informe favorable para determinar el cambio del producto y de esa forma beneficiarse económicamente para que la entidad agraviada siga cancelando el mismo precio, pese a que se determinó que su producto eran de menor calidad que otra en el mercado; en consecuencia, es suficiente para enervar la “presunción de inocencia” que constitucionalmente lo ampara; y confirmando la condena de un cómplice primario en el “delito de Negociación Incompatible”, en perjuicio de la «Administración Pública».

Dicho recurso de nulidad confirma la posibilidad de la condena en la calidad de complicidad primara en el “delito de Negociación Incompatible”, por lo que permite afirmar que, si la participación del sujeto es requerida necesariamente para la concreción del ilícito penal, aun sin tener las cualidades específicas de Funcionario Público puede ser punible del delito en análisis, la punibilidad radica principalmente en el despliegue necesario, como refiere la ejecutoria de aportar, ayudar, colaborar y apoyar el Interés Indevido por parte del contratista. En consecuencia el sujeto que realice estos actos de aportación y colaboración para la configuración del “delito de Negociación Incompatible” tiende esta calidad de “cómplice” en caso de ser terceros a los cuales no se les beneficia, pues se evaluará si su aporte es necesario o no para



calificarlos como cómplices primarios o secundarios, sin embargo el aporte del tercero beneficiado ciertamente es necesario para cumplir el objeto del interés, por lo que su calidad siempre será la de cómplice primario y consecuentemente tendrá como condena, la misma que se le atribuye al autor.

Por el **“Recurso de Nulidad N° 1909-2011 UCAYALI”**, del 05 de octubre de 2012, resuelto por la “Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República”, analizando la calidad de cómplice primario del imputado señala, que cabe remitirse al «artículo 25° de la normativa penal general», según el cual se atribuye tal condición a quien *“dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible,”* señalan, que aquellas conductas con dolo que evidencien una aportación como la del cómplice, en su faz “objetiva”, se debe entender como un comportamiento que aporte en la probabilidad de la conducta comisiva del autor, o para la realización exitosa del delito, es decir, aquellas actuaciones que muestren un peligro para la efectiva consecución de lesionar el bien jurídico protegido, haciendo que exista una mayor probabilidad es decir dota de facilidades a la ejecución.

El recurso de nulidad en mención señala, sobre el “delito de Negociación Incompatible”, que es permisible que los terceros puedan tener la calidad de cómplices primarios en la configuración del ilícito, conforme al «artículo 25 del Código Penal», es decir con una prestación de un auxilio necesario para la configuración del delito, pero que además aumenten esta posibilidad de realización delictual.

La **“Sentencia Casatoria N° 18-2017 JUNIN, del 24 de julio de 2019”**, emitido por la “Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República”, señala en un proceso de contrataciones que el autor remite un oficio por el cual ordena a su coencausado, que firme un convenio sobre la contratación, quien pese a que no



cumplió con los requerimientos para la contratación; actuando evidentemente con un interés extraño al que tiene la «Administración Pública», por cuanto favoreció de forma irregular a un tercero que tenía una relación directa con un sujeto de la administración, en ese sentido se evidencia el interés que requiere el delito, al momento de firmarse el contrato, pero también cuando este se ejecutaba, el objeto de sujeto entonces, fue de beneficiar a la empresa que tenía esta familiaridad de un amigo del funcionario, también la corte precisa que este tercero beneficiado tiene la calidad de cómplice, de acuerdo a la aplicación del «artículo 25 del Código Penal», ya que se evidenció que actuó dentro de las ejecución del delito realizado por el funcionario que se interesó indebidamente, siendo la otra parte de la contratación y de esa forma permitió su realización delictual, además que este tuvo conocimiento del comportamiento del autor.

La Sala Penal Transitoria en esta sentencia casatoria reciente, refiere que es totalmente factible la participación bajo la calificación de “cómplice” al tercero beneficiado, en el presente caso aplicando el referido artículo sobre participación, se denota su aporte material y subjetivo en su intervención directa como proveedor del Estado, y que permite la realización y conclusión del delito, además de ellos bajo estos aportes propios y voluntarios se tiene claro el conocimiento de la conducta y el conocimiento propio del interés indebido de los funcionarios; se debe agregar además que el aporte subjetivo sobre el conocimiento de la conducta prohibida está acreditado por la vinculación con los funcionarios públicos que hicieron posible la contratación pública, en el caso de autos es un familiar de un trabajador de la institución con quien se contrata y que además era amigo del director de la institución con quien se suscribe el contrato, agregado a esto existen inobservancias a las formalidades de las contrataciones lo que también demuestran el interés indebido; en cuanto a la participación del “extraneus” se ha acreditado su intervención como proveedor que permite la



configuración del “delito de Negociación Incompatible”, y que se evidencio a partir de la firma del contrato.

La “**Sentencia de Casación N° 346-2019 MOQUEGUA**”, del 06 de noviembre de 2019, emitido por la “Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de la República”, por el cual de forma directa se menciona que el “delito de negociación incompatible” es: “Un ilícito especial propio, por lo que solamente el *intraneus* es capaz de lesionar el bien jurídico al infringir su deber mediante un actuar indebido a sí mismo o a un tercero). No existe el *extraneus* y tampoco se admite que el actuar indebido del funcionario o servidor público pueda ser determinado por el primero, el cual, en sentido restringido, puede ser un funcionario o servidor público sin poder de decisión o, en sentido amplio, una persona no vinculada con la administración pública. No se configura la instigación. Precisando también que si la colaboración interesada o la influencia provino de otro funcionario o servidor público participante en los contratos u operaciones, o de un tercero no proveedor, postor o contratista, se instituye una concertación, pues en el ilícito de negociación incompatible no participan los particulares; si el funcionario público que tiene a su cargo una contratación u operación recibe alguna aportación fáctica por parte de un sujeto no cualificado, aquello implica, necesariamente, una colusión o concertación. No es posible que un postor o beneficiario con una buena pro pueda determinar, inducir o cooperar con el interés indebido de los sujetos especiales, sin la existencia de una coordinación. Este último elemento es propio de los tipos penales de participación necesaria. Lo que se punibiliza es el interés indebido del funcionario, en provecho propio o de tercero, se instituye como un delito unilateral, y basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal, procurándose evitar cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajena al interés de la Administración Pública”. La Sala Penal Permanente, reitera que, “con una



composición distinta a la presente, ya ha definido que el delito de negociación incompatible como uno de infracción de deber, porque implica el quebrantamiento de un deber especial normativizado, que solo puede ser infringido por su destinatario: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición”. Asimismo, estableció, por un lado, que: “La estructura típica de este ilícito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues, de darse esto último, se estaría configurando, más bien, un delito distinto como la colusión; y, por otro lado, que no constituye un delito de participación necesaria, como sí lo es, por ejemplo, la colusión. También se determinó que se plasma independientemente de la voluntad del interesado, y si bien dichos criterios no fueron clasificados como doctrina jurisprudencial vinculante esto referido a la Casación 841-2015 Ayacucho, no impedirían que sean observados jurídicamente; por la función nomofiláctica, por la que las decisiones que se emiten en dicha Instancia Suprema constituyen jurisprudencia y detentan fuerza normativa respecto de la interpretación hermenéutica que se realiza, enfatizando que los problemas concursales en estos delitos no han sido superados.”

Dicha casación antes señalada, específicamente que, si la intervención para el interés indebido o la influencia proviene de un tercero que es el sujeto con quien se contrata se instituirá una concertación, pues en el ilícito de “Negociación Incompatible” no participarán los particulares; y si el agente que tiene a su cargo la “contratación” recibiera determinada contribución en el hecho de parte del “extraneus” se verificaría un delito de encuentro como el de “colusión”. De esa forma señala que un contratista que recibió el beneficio como en la etapa de selección, no puede hacer que se efective el verbo rector del funcionario, sin que exista paralelamente la coordinación que es natural de otros delitos denominados de “participación necesaria”; es decir que la Corte Suprema afirmarí que dentro del contenido del delito de Negociación Incompatible no



puede existir – materialmente – la participación del “extraneus”, si se verifica esta participación se trataría de un ilícito de participación necesaria, y no el “delito de Negociación Incompatible”.

Empero el tema de verificación o no sobre la participación de un “extraneus” no podría calificar simple y llanamente la configuración del delito de colusión, pues el tema además de doctrinario o jurisprudencial es probatorio, recordemos que la naturaleza del “delito de Negociación Incompatible” como ilícito subsidiario hace prever, con anterioridad que no solo no se configuran los delitos precedentes como colusión, sino que además no se pudieron probar estos delitos, la diferencia radica en el material probatorio que el Ministerio Público tenga, pues la concertación no es un elemento fácil de probar sobre todo si es un delito clandestino que no se expresa fácilmente, se debe acreditar la existencia de este pacto que perjudique al Estado, para ello es utilizado la técnica de la prueba indiciaria pues no siempre existen pruebas directas que las verifiquen, máxime en delitos clandestinos donde se materializan concertaciones.

Cabe realizar acá un paréntesis procesal y práctico, pues conforme se tiene del «numeral 3, artículo 349° del Código adjetivo», se le permite al representante del Ministerio Público una calificación alternativa o subsidiaria, en caso que durante el debate no se haya demostrado los elementos de la calificación jurídica principal, como cotidianamente se realiza entre el delito de “Colusión” y “Negociación Incompatible”, pues dada la naturaleza criminológica clandestina de su ejecución, también resulta un criterio especial determinar el concierto entre el funcionario y el “extraneus”, de tal grado que se enerve su presunción de inocencia en este grado llamado “más allá de toda duda razonable”, por lo que estando contenidos algunos elementos del delito de colusión en la negociación incompatible, podrá adecuarse a dicho delito, por lo que



además el tema de imputación tiene que ver con aspectos probatorios, más allá de la correcta imputación en relación al delito descrito.

Así, la aceptación de la participación en el “delito de Negociación incompatible” se encuentra señalado en la: “Doctrina” y en la “Jurisprudencia” peruana, también se especifica que no solo el agente cualificado con las facultades de interesarse indebidamente puede configurar el delito, sino que la participación como cómplice se puede realizar por parte de otros sujetos que también son parte de la Administración Pública o como aquellos extraños de la misma; sin embargo la Sala Penal Permanente ha acordado directamente que en el delito en mención no puede participar el “extraneus”, por que necesariamente existiría una concertación y por ende otro delito, así cuanto el tipo penal, solo condena la conducta del sujeto activo especial, con las facultades de configurar el verbo rector del “interés indebido”.

4.1.3. Participación criminal del tercero beneficiado

Entendemos por participación criminal a la descripción de las circunstancias fácticas realizadas por tercero beneficiado en un hecho concreto, antes de la subsunción al tipo penal de “Negociación Incompatible”, las actuaciones o intervenciones fácticas posibles de este “extraneus” beneficiado ajeno a la Administración Pública, la participación concreta de este sujeto como cómplice – al no tener esta categoría de autor por la naturaleza del ilícito – esta cualidad de cómplice y la participación que pueda tener de acuerdo a sus limitaciones permitirán sostener si en efecto existe un contenido material en todos los casos de Negociación Incompatible. Estableciendo que la autoría presupone el dominio del hecho y que consiguientemente, la participación es cooperación sin dominio del hecho; la participación en los delitos de infracción de deber es absolutamente posible (Roxin, 2016). Así tenemos que la diferencia sobre las



categorías de “complicidad primaria y secundaria” es que la primera de ellas es necesaria para el hecho criminal, pero conforme lo señala Roxin no existe dominio del hecho.

Raúl Peña Cabrera, señala que si son varios los que intervienen en la comisión de un delito, solamente se realizaría el tipo en sentido estricto quien domina formalmente la conducta típica; así quien dispara y causa la muerte de otro, pero no podría solicitar lo mismo si la otra persona se limita tan sólo a inmovilizar a la víctima, o quien suministra al autor el arma homicida, o simplemente induce a otro a que le de muerte; realmente si el legislador no hubiera ampliado la punibilidad a estas situaciones periféricas, las conductas serían impunes; la ley también señala que son susceptibles de represión para todas aquellas personas que intervienen sin tener relación alguna o directa con la ejecución del hecho en sí mismo, como los cómplices que son personas que colaboran de alguna forma, ya sea intelectual o materialmente, con el autor (PEÑA, 1997).

Por su parte el ex magistrado Javier Villa Stein, sostiene de forma similar que, el partícipe no tiene dominio del hecho tampoco realiza formalmente el tipo, aunque este haya colaborado con su realización, inducido o instigado, por lo que su intervención es dependiente del acaecimiento delictivo principal y no estando comprendida su conducta en el tipo realizado, podría quedar impune siempre y cuando el legislador no hubiera ampliado la punibilidad a la contribución periférica en la que terceros hacen a la realización típica (VILLA, 2008).

En el caso de los “delitos de infracción deber”, al no concurrir las condiciones especiales del autor, esto es de quien tiene la condición de funcionario y el cargo vinculado a las contrataciones y operaciones del estado, no corresponde al tercero



beneficiado la calidad de autor, en concordancia con la “teoría de la unidad del título de imputación” solo podrá ser considerado partícipe.

Dentro de las Contrataciones Públicas, al ser los “extraneus” los que pactan con el Estado, quienes contribuyen en el interés indebido, que es la conducta principal del “delito de Negociación Incompatible”, pueden ser considerados partícipes y específicamente cómplices, dejando de lado la instigación; en efecto, si no se tendría en cuenta cualquier participación criminal en los “delitos de infracción de deber”, o en cualquier otro delito, que no sea lo señalado en el tipo penal, las conductas que facilitaron, en la realización del delito no serían punibles.

Ahora bien el contenido material del tercero favorecido, se da en distintas formas dentro de las contrataciones públicas, puesto que primeramente el proveedor ingresa a las contrataciones en la creencia de ganar una oferta, lejos esta, pensar que un proveedor en conocimiento de no tener los requisitos exigidos en los concursos pueda ganarlo, existe la posibilidad que un proveedor a sabiendas que no pueda obtener el puntaje perfecto – ya sea por años de experiencia, precio, u otras circunstancias – se presenta en la creencia que sea el único postor o que los otros tengan un puntaje menor, lo cual no rompe con el criterio de la buena fe, sin embargo, no es admisible que alguien sin las exigencias establecidas de forma previa, a través de la Ley o en las bases propuestas y públicas pueda creer que gane un concurso para contratar con el Estado; el objetivo de los miembros del comité especial para determinada contratación es otorgar la buena pro no solo a quien cumpla con los requisitos, sino aquel – generalmente – que tenga la mejor oferta, si bien es parte de sus funciones retirar o expulsar a aquellos que no cumplan con los requisitos – como se realiza en algunos concursos –. Por parte del proveedor que se presenta a la oferta sin tener los requisitos de la convocatoria rompe la



buena fe que le es exigible, lo cual es el primer paso para determinar la “participación” en contra de la «Administración Pública», sin embargo evidentemente la sola presentación de una oferta sin tener los cumplimientos no es punible penal ni administrativamente, aún falta la vinculación con el sujeto cualificado y el interés indebido con el objeto de perjudicar al Estado por parte de este, pues no se debe olvidar que estamos ante un delito de peligro; aquí yace una creencia general de las intenciones de un postor sin el cumplimiento mínimo de los requisitos para contratar con el Estado, si bien la conclusión lógica de que este haya sido beneficiado indebidamente es una contraprestación, la acreditación traería consigo su imputación con el delito de Colusión, pero la sola vinculación sin dicha acreditación si puede vincularlo con el “delito de Negociación Incompatible”.

Tenemos así que el “delito de Negociación Incompatible” no podría configurarse sin la existencia de un postor a quien no le dieron un interés indebido, es decir no habría interés indebido porque no habría el sujeto a quien se interesen, la participación del tercero beneficiado es requisito previo para la comisión del “delito de Negociación Incompatible”, entonces podríamos cuestionar lo siguiente: ¿el hecho de presentarse para una contratación pública sin los requisitos mínimos, lo configurarían como cómplice primario? Al respecto se debe precisar que el cómplice primario es quien aporta necesariamente al delito, sin su actuar no se podría configurar el delito y en el delito en mención solo se puede aceptar como máximo a un cómplice primario y no coautoría por la naturaleza de infracción de deber del delito, entonces la presentación como postor es evidentemente necesaria, su participación no es mínima, empero hasta no otorgarse la buena pro, la conducta principal – del autor – solo tendría una infracción administrativa, pues solo luego de este otorgamiento podría establecerse la naturaleza del peligro concreto del “delito de Negociación Incompatible”, en el caso de la



“participación” del “extraneus”, debería establecerse si su participación también es punible en dicho estadio, sin embargo, su participación solo podría concretarse con un acto positivo que materialice el conocimiento delictual, esto es la firma del contrato.

Se podrá verificar así la participación del tercero beneficiado con actos propios y voluntarios, el primero de ellos mediante su participación en el proceso de contratación, esto es, una participación necesaria sin la cual no se configuraría el interés indebido y por lo que el “delito de Negociación Incompatible”, en cuanto a los actos voluntarios se debe establecer que son las actuaciones de este tercero como postor realizadas libremente y a voluntad dentro del proceso de contratación pública que permiten establecer el conocimiento del interés indebido del funcionario así como de su conducta para la permisión del interés indebido; esto se determinará en cada caso concreto y si se trata de un acto propio y voluntario y no mediante simples trámites administrativos requeridos en los procesos públicos, como ejemplos tenemos distintas formas de participación del tercero beneficiado.

Primeramente, durante la etapa de actos preparatorios del proceso de contratación se puede dar el caso de ser postor en una contratación pública sin los requisitos de ley, como por ejemplo el no encontrarse inscrito en el “Registro Nacional de Proveedores” de conforme al apartado 46° de la “Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado”, o que presente alguna falta de capacidad de contratar descrito en el apartado 11° de la misma ley. También se puede dar el caso, que el proveedor no cumpla con los presupuestos que exijan las bases, como son los años de experiencia requeridos, las condiciones del bien solicitado o el servicio necesitado. Y aún más se puede evidenciar de actos fraudulentos para la participación en los procesos de contratación como son la falsificación de documentos, la introducción de hechos



falsos para cumplir con los requisitos contractuales generales y los solicitados en las bases, en los documentos presentados en ante la Administración Pública que tiene como objeto ganar la contratación pública; pero debe precisarse que estos actos positivos que buscan el interés indebido del funcionario, no son punibles con la sola intención fraudulenta de participación en la contratación, sino a través de un acto formal de sujeción con la Administración Pública, que se da en la etapa contractual y para el funcionario público de acuerdo al manejo de su cargo, con los actos de otorgamiento de la Buena Pro.

Así se tiene que durante la fase de selección y precisamente de contratación el consentir un contrato sin las formalidades de la contratación en sí, una contratación entre familiares, bajo los impedimentos señalados en la Ley y con el incumplimiento de los requerimientos legales, con conocimiento del contratista; este es el caso del imputado Astorga Neira a favor de su cuñado Navarro Canales (Recurso de Nulidad N° 3144-2009 Puno, 2010). Proceso en el cual, además se condenó al tercero beneficiado con el interés indebido.

Dentro de la ejecución del contrato, además existen las solicitudes de adelantos en base a cartas fianzas falsas sin la diligencia del funcionario, adelantos obtenidos sin haberse previsto en la etapa de selección de acuerdo al «artículo 38° de la Ley de Contrataciones del Estado», y que los funcionarios pertinentes tramitan y realizan desembolsos irregulares, que son consentidos por el contratista; así como el caso de entregar los bienes o cumplir con el servicio requerido, pero sin el cumplimiento de las bases y el contrato, que evidentemente demuestran la actitud del contratista para incumplir con la prestación. La participación necesaria se presenta en distintas formas, siempre activas por parte del tercero beneficiado; acá se debe reiterar



que en ninguno de los ejemplos señalados puede existir el interés indebido materialmente sin las actuaciones de los terceros beneficiados; sin embargo, es siempre el funcionario quien tiene bajo su cargo el interés indebido, por su vinculación con el cargo por cuanto es el único que puede finalmente configurar dicho interés indebido, pero la participación propiamente dicha se encuentra presente.

Teniendo presente que la participación, en sentido amplia abarca a todos los que intervienen en el hecho, y en sentido específico son partícipes aquellos que no son autores, por contraposición; partícipes son aquellos cuya actividad se encuentra en dependencia, en relación a la del autor (Villavicencio, 2019).

Creemos que se puede materializar la actuación criminal de un tercero beneficiado como partícipe en las contrataciones públicas donde existan intereses indebidos, en situaciones fácticas especiales, que forman parte material del ilícito; ahora bien conforme a la naturaleza delictual se evidencia en todas las etapas contractuales, es decir, tanto en los actos preparatorios, selección, y ejecución, en la primera y segunda etapa es cumplida, conforme hemos señalado, para conseguir un contrato y que se concretiza y consuma con el mismo, y durante la ejecución se puede dar, como al momento de realizar las adendas, adelantos de la ejecución de la contraprestación, al momento del pago, o por el incumplimiento de penalidades y de las condiciones establecidas por el contratista.

A criterio nuestro, los actos propios y voluntarios del “extraneus” si se evidencian, al presentarse como conductas necesarias para el cumplimiento del interés indebido; podemos precisar directamente que, en las contrataciones públicas, donde se configure una “Negociación Incompatible”, el “extraneus” como tercero beneficiado de la contratación, actúa activamente; y por lo tanto existe una participación criminal.



4.2. SEGUNDO OBJETIVO

“Analizar si en aplicación del principio de legalidad puede ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito de Negociación Incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal”.

4.2.1. Tipicidad del “delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo”.

El “delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo”, se encuentra estipulado actualmente en el «artículo 399º» del Código Penal, dentro de la: “Sección IV sobre Corrupción de Funcionarios, del Capítulo II de Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, dentro del Título XVIII – Delitos Contra la Administración Pública”; inicialmente fue tipificado en el «artículo 397º», por el que se condenaba la sola conducta del interés en un contrato u operación; posteriormente, es reformado por el artículo único de la “Ley N° 27074”, publicada el 26 marzo 1999, agregándole el título de “Aprovechamiento indebido del cargo”, donde se agrega a la conducta la palabra “*indebidamente*”, que actualmente es utilizada; luego el delito es nuevamente reformado por el artículo 1º de la “Ley N° 28355”, de fecha 06 de octubre de 2004, invirtiendo la localización en el «artículo 399º» donde se encontraba el delito de cohecho activo genérico, y agregando en su título la Negociación incompatible; y finalmente, es modificado por el «artículo único de la Ley N° 30111», publicado el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 399. 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.”

En cuanto a la tipificación, debemos señalar primeramente que la denominación de Negociación Incompatible introducida con la Ley N° 28355, no se encuentra desarrollada, tal como se tiene del Diario de Debates del Congreso de la República, de fecha 16 de setiembre de 2004 (Congreso de la Republica de Perú, 2004). Cuando se aprobó sus modificaciones; tampoco se tiene contenido en el dictamen de la “Comisión de Justicia y Derechos Humanos” recaído en los: “Proyectos de Ley Nro. 4851-2002-CR; 3007/2001-CR; 3737/2002-CR; 5407/2002-CR; 5810/2002-CR; 7872/2003-CR; 7878/2003-CR; 8130/2003-CR; 8462/2003-CR; 8695/2003-CR; y 9102/2003-CR” que propusieron modificar distintos delitos del Código Penal y la ley contra el “Lavado de Activos” (Congreso de la República de Perú, 2004). Si bien las modificaciones han sido principalmente con la intención de agravar las penas, la inhabilitación y la adición de días multa, se agregaron elementos típicos como el “*interés indebido*”, y el “*provecho propio y de tercero*”, que componen al día de hoy el delito vigente.

La disgregación de sus elementos objetivos y subjetivos, nos presentan a un sujeto activo especial que es el “funcionario o servidor público”, quien muestra un interés indebido en tres modalidades, “directo”, “indirecto” o “por acto simulado”, dirigido hacia contratos u operaciones en los que participa funcionalmente por su cargo, lo que además convierte al delito en uno de infracción de deber, puesto que el sujeto activo debe poseer cierta cualidad – que quebranta – para poder configurar una “negociación incompatible o un aprovechamiento indebido”; esta es la vinculación en razón de su cargo capaz de lograr un interés indebido, además la configuración se



realiza por el solo interés indebido lo que establece al delito en uno de peligro concreto, no se requiere el perjuicio económico real, y no se tiene de su redacción que se acredite la misma; resumiendo, tenemos a un delito de, “corrupción de funcionarios”, “especial propio” y de “infracción de deber” por la calidad del agente y su cargo a quebrantar, de peligro concreto y doloso.

En cuanto a lo que es la denominación, si bien es cierto el “nomen juris” no siempre se encuentra estrictamente vinculado al contenido del delito, cabe señalar que en cuanto a la Negociación Incompatible, ciertos aspectos; entendiéndose por Negociación a la acción y efecto de negociar, a tratos los cuales están dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto (Real Academia Española, 2021). Esta acepción expresa una relación *Inter partes*, es decir requiere necesariamente a dos partes, una de ellas el Estado y otra el proveedor o beneficiado con la prestación, y en forma viceversa se tiene que también la entidad tiene un beneficio al haberse satisfecho su necesidad por la cual realiza un concurso público; diferente es el caso del “Aprovechamiento Indebido” que tiene mayor concordancia con el contenido directo del delito, que es el interés indebido que solo puede realizarlo el agente específico del “funcionario o servidor” que por su cargo pueda configurar el delito, empero sirve como dirección hacia el problema de investigación que se realiza, pues la negociación requiere necesariamente la relación de dos partes, el Estado y el Proveedor, referido a su participación en la contratación pública.

4.2.2. Análisis Doctrinal

Conforme a lo mencionado, se tomará en cuenta la opinión jurídica de distintos autores, que desarrollan el “delito de Negociación Incompatible”, y si de conforme a



dicho análisis, y en concordancia con el principio de legalidad, puede o no, ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito en mención.

Cabe señalar que el autor Fidel Rojas Vargas, refiere que, al emplearse la expresión, ya sea de forma “directa o indirecta”, admite la plausibilidad de que el agente utilice a otros sujetos, en la que otro demuestre el interés. Por lo que este tercero para intervenir en la comisión del delito se presenta en dicha hipótesis propuesta, en la calidad de “cómplice” o “instigador”, cuando se acredite que aportó dolosamente en la al hecho criminal del funcionario, lo que significa que ha contribuido con el provecho propio del agente o a favor de un tercero. El “extraneus” participa en los delitos de función con esas cualidades y con esos estatus, nunca como autor o coautor (Rojas, 2017). Así afirma que el “*extraneus*” puede formar parte de la configuración del delito, bajo la cualidad de partícipe, de acuerdo a la “teoría de unidad del título de imputación”, dado el cargo como funcionario, la participación del tercero se da en la hipótesis de utilizar a terceros, para que se interesen indebidamente; así como la calidad de cómplice del “extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible”, lo importante será acreditar la contribución en la realización del delito; pues ya se ha visto, con el primer objetivo, que los terceros beneficiados si realizan acciones materiales criminales en las contrataciones públicas donde existan intereses indebidos.

Por otra parte, Manuel Abanto Vásquez indica que; al ser un ilícito con la calidad de “especial propio” donde el agente que tiene a su cargo la contratación pública puede ser autor, y aquel que no tenga estas particularidades sea “inraneus” o no, es posible que intervenga como partícipe, de esta forma se puede aplicar la “teoría de la unidad del título de imputación”; claro está siguiendo los presupuestos de la “teoría de la infracción del deber”, de esta forma se superaría la problemática que se tiene de la



“teoría del dominio del hecho”, ya que su utilización conllevaría a que estos sujetos queden impunes, cuando los actos criminales se ejecuten por un “extraneus” juntamente con la participación alejada del agente cualificado; sin embargo para el tercero beneficiado con el “interés” del agente principal, siguiendo las reglas de la “participación necesaria” evidentemente existe impunidad, según el delito previsto analizado, aunque pueda imputarse otro delito donde se configure su conducta, a menos que la participación sobrepase la “contribución mínima necesaria” ya que el Código Penal peruano tiene previsto un delito que regula estas conductas específicamente como el “patrocinio ilegal de particulares”, de esa forma el “interesarse” del delito solo se da por la ejecución personal del agente. Todo ello por cuanto ya se encuentra previsto un delito como el “fraude en contratos y concursos”, donde este sujeto perjudica al Estado con el verbo rector de concertación junto a los beneficiados, en tal caso el delito no tiene aplicación, y solo debería sancionar la tentativa de estos otros delitos. Por lo tanto, parece ser que el legislador peruano no ha querido sancionar penalmente en este marco solamente la “compraventa de la función pública”, sino que también de manera general una serie de conductas deshonestas de los funcionarios, incluso cuando estos sean unilaterales (Abanto, 2003). Dicho autor realiza precisiones en cuanto a la intervención en el “delito de Negociación Incompatible”, aceptando la posibilidad de que un “extraneus” pueda configurar el delito, sin embargo en la posición específica del “extraneus” como tercero beneficiado no podría ser parte del delito, y si bien señala que tal cargo está condicionado a su contribución mínima necesaria (complicidad) señala que el interés solo se da a título personal del funcionario, siendo un acto unilateral; señalando que esto es un caso de impunidad para este tercero, pues de ser parte contributiva en el ilícito se sancionaría por la conducta delictual de “colusión” que requiere una concertación; acá se debería analizar cuando se rebasa la contribución



mínima necesaria, para la realización del interés indebido la participación del tercero beneficiado es imprescindible, lo indebido de la conducta verificará además la irregularidad de la participación del tercero, pues de no existir, no existiría conducta punible. De igual forma se debe precisar que la conducta del “delito de Negociación Incompatible” es el “interés indebido”, y en el “delito de Colusión” que hace mención el autor al referirse a los fraudes en los contratos y concursos, es el de “concertarse”; sin embargo la concertación exige un nivel de acreditación mucho mayor que el solo interés, pues en el delito de colusión siempre existirá un interés indebido, sin embargo en el de negociación incompatible, no se tiene presente la concertación, este acuerdo entre el funcionario y el beneficiado, aun bajo una prueba indiciaria, requerirá la convicción de que ambos acordaron defraudar al Estado, y el conocimiento y participación simple en las contrataciones públicas con intereses indebidos, configuran perfectamente la calidad de partícipes de los “extraneus”.

Alonso Raul Peña Cabrera Freyre, refiere de forma general que, todos los que participen, ya sea prestando una colaboración al autor, en el curso del iter criminis, siendo estos particulares o funcionarios públicos (sin competencia legal), responden a título de participación delictiva (complicidad), máxime, cuando en la redacción normativa nos dice que el interés indebido puede llegar a darse de forma directa o indirecta (Peña, 2010). El autor señala que la configuración del delito, mediante el interés indebido del funcionario de forma indirecta, acepta la complicidad de otros sujetos para la comisión de la Negociación Incompatible, no descartando la posibilidad de que el tercero beneficiado pueda ser partícipe del delito en mención; ya que como se tiene de la parte inicial de su opinión basta la colaboración al autor para responder como cómplices en el “delito de Negociación Incompatible”, apreciación que compartimos.



Siguiendo esta línea, El autor James Reátegui Sánchez precisa que, en cuanto a la colusión desleal, ya sea el funcionario o servidor público se ha concertado con los terceros – quienes están interesados en defraudar los intereses de la administración pública (tratándose de un delito de participación necesaria en la modalidad de encuentro); por otra parte en el delito de negociación incompatible sea el funcionario o servidor público muestre interés por determinadas relaciones contractuales u operacionales, constituyendo, por tanto, un acto de mutuo propio del funcionario o servidor público, por lo que, la diferencia se encontraría en la forma o los medios de afectación del interés patrimonial del Estado: siendo en uno de ellos a través de la concertación entre dos personas, y el otro por medio del interés unilateral del sujeto especial (Reategui, 2016). Como se evidencia del desarrollo doctrinal, efectúa un análisis literal del “delito de Negociación Incompatible”, y una vinculación directa con la colusión, donde en efecto la concertación es un requisito indispensable para su configuración, quedando el delito en análisis como un acto propio y un interés unilateral del funcionario. Al respecto se debe precisar que lo dicho tampoco desacredita la posibilidad de participación del “extraneus”, puesto que las normas referidas sobre la participación pueden aplicarse, incluso a los delitos donde el sujeto activo tenga cualidades especiales como en la Negociación Incompatible, empero el análisis se refiere a la forma de comisión de acuerdo a la descripción del tipo penal.

Existen publicaciones recientes, por las que se señala que si bien puede existir participación en el delito de Negociación Incompatible, esto no se encuentra referido a los terceros beneficiados, así Francisco Álvarez Dávila, señala que solo sería posible la complicidad de un “extraneus” cuando se trata de otro funcionario público que no sea competente, pues la intervención de un particular daría lugar a la imputación por un delito como lo es el de colusión (Álvarez, 2021). Asimismo, David Rosales Artica,



señala que para la calificación de partícipe en el delito se requiere cualquier tipo de intervención en el hecho punible, sin embargo, no puede serlo el tercero, al no ser un delito de encuentro (Rosales, 2021).

4.2.3. Análisis Jurisprudencial

A continuación, presentaremos diversas jurisprudencias desarrolladas en torno al delito de Negociación Incompatible y delitos conexos con problemáticas similares, puesto que la investigación ha conducido a revelar diferentes criterios jurídicos en casos particulares y generales de delitos cometidos por funcionarios públicos, teniendo en cuenta aquellas con vinculación directa al tema de investigación y con mayor aporte jurídico.

La **“Sentencia de Casación N° 37-2017 LIMA”, del 11 de julio de 2017**, pronunciada por la “Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República”, señala que: “El delito de Negociación Incompatible, debe interpretarse desde un enfoque restrictivo, en aras de proteger la presunción de inocencia del imputado; y por ello, se acoge la postura mayoritaria, que afirma que es posible la configuración del delito de negociación incompatible, respecto a interesarse directamente e indirectamente; solo mediante actos positivos, en determinados casos puede darse, incluso, la posibilidad que el agente realice una conducta negligente, que aunque infrinja la normativa administrativa, no tendrá relevancia suficiente, para merecer una sanción de carácter penal, o, en todo caso, las conductas omisivas podrían ser reprimidas, por ejemplo, con otros tipos penales, como el delito de omisión de actos funcionales, siempre, dependiendo de la valoración del juzgador, en el caso concreto; por supuesto, luego de acudir a una vía menos gravosa.” En el presente caso se precisa la imposibilidad de configurar el “delito de Negociación Incompatible”, por conducta



omisivas, a diferencia de otros tipos penales donde es factible que la falta de acción permita la vulneración del bien jurídico protegido, así los magistrados supremos precisan que la “Negociación Incompatible” no se configura solo con infracciones de carácter administrativo, de lo que se permitió un interés indebido, por lo que ante supuestos casos de conductas negligentes la conducta recaería en otro tipo penal contra la administración pública; estos actos positivos de la misma forma lo puede realizar cualquier partícipe de la conducta criminal como lo son los terceros beneficiarios, que como se ha analizados, realizan conductas necesarias para la comisión del “delito de Negociación Incompatible”.

La “**Sentencia de Casación N° 841-2015 AYACUCHO**”, del 24 de mayo de 2016 emitida por la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República”, señalando que: “El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial -normativizado-, que sólo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición. La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus; la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto, precisan que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria y la negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado, se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece; así el



tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado – de alguna manera – con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública; su interpretación se da en el marco de la corrupción de funcionarios, se observa que tiene una naturaleza subsidiaria, dado que, por su configuración típica, se presenta cuando no se da otra de las conductas previstas en esta sección; el delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente”.

Esta casación deja sentado que el “delito de Negociación Incompatible”, no acepta la participación de un extraño si no se encuentra previamente establecido en la descripción típica, en dicho sentido su configuración solo se realiza con la actividad del funcionario público sobre el “interés indebido en provecho propio o de tercero”, siendo este último con quien no necesariamente se realiza la contratación. Asimismo, precisa características del “delito de Negociación Incompatible” por el que es un “delito de infracción de deber”, y no es un “delito de participación necesaria”, así el extraño a quien se beneficia no siempre será la persona con la que se contrata, pues la interpretación debe enmarcarse dentro de la «corrupción de funcionarios», y por su naturaleza “subsidiaria”; empero es de agregar que, al señalar que la configuración del delito se da sin la intervención de un tercero niega la modalidad de su realización de forma indirecta, pues esta modalidad nunca podría configurarse. Esta casación lo que precisa es que el “tercero beneficiado” con la contratación no será ser parte del “delito de Negociación Incompatible”, el análisis que realiza es normativo pues señala que la introducción de un tercero a la configuración del delito depende que el delito lo mencione expresamente; si la interpretación de la Corte Suprema en última instancia



refiere además que no puede darse ningún tipo de participación en la conducta pues podrían existir aportaciones de sujetos que no necesariamente son los beneficiarios, debe señalarse que conforme al objetivo de investigación, precisamente la “Sala Penal Permanente” refiere que el “tercero beneficiado” no es parte de la redacción típica del “delito de Negociación Incompatible”; sin embargo también puntualizamos que al mencionar que la participación del beneficiado con quien se realiza la contratación no es requerida para la configuración del delito, se olvidan de que para que finalmente se realice el interés en una contratación en razón del cargo del autor, debe existir un postor, proveedor o un tercero beneficiado, su participación en dicho sentido no es inocua, sino que materialmente necesaria para la contratación y consecuentemente para el interés indebido propio del funcionario o servidor público.

La “**Sentencia Casatoria N° 23-2016 ICA**”, del 16 de mayo de 2017, expuesta por la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República”, señala que: “De conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos – en aplicación del principio de legalidad –, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal; si bien la Ley de Contrataciones con el Estado precisa que las responsabilidades de las contrataciones son para los funcionarios y servidores de la entidad así como los contratistas con quienes se celebran el contrato; la responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero *contratado*, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero; esto obedece al cumplimiento cabal del principio de legalidad y, asimismo, a que el tercero -que se



beneficiara- no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiado -de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública”. Señalando en el voto discordante que: “Por la estructura del tipo penal, los terceros – *el extraneus* – no forman parte de la estructura típica, toda vez que es un delito especial propio y no es bilateral”.

La casación hace alusión a normas administrativas relativas a las Contrataciones Públicas, en las que se enmarca el delito de Negociación Incompatible, la precisión realizada si bien vincula al “extraneus” como participante directo en procedimientos no realizados correctamente, a consideración de los magistrados supremos aísla al tercero de una responsabilidad penal y subrogándolo solo ante una responsabilidad administrativa sin ningún tipo de influencia, resaltando que la falta de punibilidad del tercero se realiza en base al cumplimiento del principio de legalidad tal como se tiene de la casación 841-2015 de Ayacucho, por la cual se precisa que es un tema normativo, pues para que se sanciones al “extraneus” beneficiado deberá estar presente en la estructura del delito, y si bien luego de ello expresa que para la participación en dicho delito se requiere el dolo del sujeto no calificado, se refiere a un “extraneus” que no se trate del tercero con quien se contrata.

Este aspecto resaltado del “Principio de Legalidad” puntualiza la posición que la Sala Penal Permanente tiene sobre el sentido de que el tercero beneficiado con quien se realiza la contratación no es parte del delito de Negociación Incompatible; empero es de resaltar una interrogante, ¿Cómo es que el beneficio del interés indebido no se realiza a favor del tercero con quien se contrata? Pues, como se señala, el interés indebido de la contratación pública tiene por objeto un direccionamiento que no solo afecta a la



administración pública, sino que pueda causar un perjuicio económico a la misma, si la conducta es indebida, parcializada y direccionada, el único beneficiario será el proveedor con quien se entabla la relación contractual con el Estado, podría existir un beneficio indirecto a terceras personas, pero siempre tendrá que pasar primero por el beneficio al proveedor, pues de no hacerlo el interés sería debido y no se configuraría el delito analizado; y tampoco existiría interés indebido a un tercero, sin que antes dicha conducta haya tenido contacto con las actuaciones del tercero beneficiado, pues no hay interés en contrataciones públicas si la otra parte con quien se contrata, no tenga presencia criminal, lo contrario solo podría ser en el caso de las operaciones, donde solo son actuaciones de parte de la entidad estatal y no se requiere un contrato con un tercero.

La “**Sentencia de Casación N° 346-2019 MOQUEGUA**”, del **06 de noviembre de 2019**, emitido por la “Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de la República”; de forma reiterativa señala que: “El delito de negociación incompatible es un delito especial propio, entonces solo el *intraneus* puede lesionar el bien jurídico al quebrantar su deber mediante un actuar indebido; de esta forma no existe el *extraneus* y tampoco se admite que el comportamiento indebido del agente se realice por determinación por otro, quien, en sentido restrictivo, puede ser un funcionario o servidor público sin poder de decisión o, en sentido amplio, una persona no vinculada con la administración pública; si la colaboración interesada o la influencia provino de otro funcionario o servidor público participante en los contratos u operaciones, o de un tercero no proveedor, postor o contratista, se instituye una concertación; en el ilícito de negociación incompatible no participan los particulares, si el funcionario público que tiene a su cargo una contratación u operación recibe alguna aportación fáctica por parte de un sujeto no cualificado, aquello implica,



necesariamente, una colusión o concertación; ya que no sería posible que un postor o beneficiario con una buena pro pueda determinar, inducir o cooperar con el interés indebido de los sujetos especiales, sin la existencia de una coordinación”, en ese sentido, el encausado del proceso penal en análisis como contratante, no es partícipe; refiriendo que: “Con la redacción típica del artículo 399 del Código Penal, lo que se punibiliza es el interés indebido del funcionario o servidor público, en provecho propio o de tercero, se instituye como un **delito unilateral**, basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal, procurándose evitar cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajena al interés de la Administración Pública”. La sala penal permanente haciendo referencia a la Casación 841-2015 de Ayacucho refiere que ya definió que solo puede infringirse el deber por su receptor que es el agente que tiene en su cargo la contratación pública, precisando que: “Su estructura típica no permite la intervención del tercero pues, se estaría configurando, más bien, un delito distinto y que no constituye un delito de participación necesaria, como sí lo es, la colusión; materializándose independientemente de la voluntad del interesado”. Finalmente, la Corte Suprema precisa en torno a su jurisprudencia que: “Si bien en la casación de Ayacucho, los criterios no fueron catalogados como **doctrina jurisprudencial vinculante**, ello no impediría que sean observados jurídicamente y en cumplimiento de la función nomofiláctica, todas las decisiones que se emiten en esta Instancia Jurisdiccional Suprema constituyen **jurisprudencia** y detentan fuerza normativa respecto de la interpretación hermenéutica que se realiza”.

Esta sentencia casatoria inicia señalando firmemente que en el “delito de Negociación Incompatible” no existe participación del “extraneus”, además de ello precisa que la conducta del funcionario o servidor de ninguna forma puede ser direccionada por el “extraneus”, la intervención fáctica de este solo significa la



configuración de otro ilícito como la “Colusión”; luego de ello señala que si bien la “Casación 841-2015 Ayacucho”, del 24 de mayo de 2016 no es jurisprudencia vinculante, no impide que sea tenida en cuenta, en razón a la naturaleza propia de la jurisprudencia que emite la instancia suprema; para concluir que la interpretación de los “delitos de Negociación Incompatible, omisión de actos funcionales, colusión y cohecho” no es uniforme tanto, por lo que dicho tribunal se ratifica en los criterios establecidos en sus resoluciones, tal como se vio en la “Sentencia Casatoria N° 23-2016 ICA”, del 16 de mayo de 2017.

Debe señalarse además que la Sala Penal Permanente no solo excluye al tercero beneficiado del “delito de Negociación Incompatible”, sino excluye todo tipo de participación en el mismo, no solo de “extraneus” sino de algún intraneus, siempre y cuando no tengan la vinculación de interesarse indebidamente, es decir la complicidad primaria o secundaria – a interpretación del Colegiado Supremo – no es aplicable en dicho delito, la sola aportación de un tercero que no es el agente cualificado, acreditaría una concertación y por ende el delito de colusión, la inferencia final sería que el «artículo 25°» no es aplicable para el “delito de Negociación Incompatible”, pese a la aceptación de la “teoría de la unidad del título de imputación” en la jurisprudencia penal peruana; pues en dicho delito en aplicación del “Principio de Legalidad” y de la estructura del tipo penal, no existe participación del “extraneus”.

El “Recurso de Nulidad N° 3144-2009 PUNO”, del 11 de octubre de 2010 emitido por la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República”; por el cual se tiene que: “En dicho proceso se cumplió con los elementos objetivos y subjetivos del tipo legal de aprovechamiento indebido del cargo, el imputado contrató a su cuñado – esposo de su hermana – en un cargo público al margen de los procedimientos legalmente previstos, al ser la conducta rectora la de interesarse



en miras de un beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación importó la ocupación de un cargo en una institución y el pago consiguiente de las remuneraciones a quien resultó beneficiado con ella; existió una parcialidad a favor de un vinculado suyo al margen de las prohibiciones legales y de los procedimientos de contratación pública; ya que se criminaliza todo aquél interés distinto al de la Administración Pública, bastando cualquier móvil de interés privado; la ilicitud procede de la especial situación en que se encuentra el agente que le impide actuar en forma privada en la contratación pública, para cuya realización es competente, en este caso el acusado se interesó de manera directa para el beneficio de un vinculado suyo por razones de parentesco; y señala que como el delito de negociación incompatible es especial propio, todo aquél que tome parte de modo alguno en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para el autor es un cómplice, siendo el caso del encausado quien se favoreció con la contratación pública en la que se interesó su coimputado en función a su vínculo de parentesco; siendo que su aportación no ha sido mínima en la realización del tipo legal, que es un delito de encuentro, teniendo una contribución necesaria para que el interés se concrete y el contrato pueda tener lugar, como en efecto fue así. En la ejecutoria se precisa que el delito de Negociación Incompatible es un delito especial propio, por lo que al no tener las cualidades de autor, al beneficiado le corresponde la condición de cómplice, lo cual tiene directa relación con la teoría de la unidad del título de imputación, agregando la descripción de participación necesaria, conforme lo describe el primer párrafo del «artículo 25°» del Código Penal, en relación al cómplice primario, y con mayor énfasis con el tercer párrafo de la norma en mención, pues no concurren en él el elemento especial de funcionario público; incluso señalando que el delito de Negociación Incompatible es un delito de encuentro”.



Esta ejecutoria suprema que en su momento fue desarrollada también por la Sala Penal Permanente, es totalmente contradictoria con la jurisprudencia actual de la Casación 841-2015 Ayacucho por la que se vienen realizando distintos pronunciamientos en torno a la exclusión del tercero beneficiado, en su momento precisó que existió una aportación necesaria para el cumplimiento del delito y un conocimiento del interés, estas características conforman pues el grado de participación de la conducta, razón por la que en dicho momento se reafirmo la condena al tercero beneficiado – “extraneus”.

El **“Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116”, del 12 de junio de 2017**, emitido por la “Corte Suprema de Justicia de la República en el décimo Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria”; por el cual se establece como doctrina legal que:

“La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional, por tanto, debe ser sancionada, según los casos, con los mismos estándares de penalidad conminados en el artículo 401° y en concordancia con lo dispuesto al respecto en los artículos 24° y 25° del Código Penal; así no cabría admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito, En efecto, lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25° del Código Penal, por el artículo



2° del Decreto Legislativo 1351, que expresamente señala: *El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él*".

Importante jurisprudencia sobre el delito de Enriquecimiento Ilícito que analiza directamente la intervención del "extraneus" en la comisión de "delitos de infracción de deber", al igual que el "delito de Negociación Incompatible" donde el agente es el funcionario público que tiene la cualidad de cometer el ilícito, precisa además que la accesoriedad de la participación se da, corroborado con el artículo sobre participación de la norma penal, recientemente modificado «artículo 25° del Código Penal», por lo que dicho delito situado también dentro de los delitos de Corrupción de Funcionarios y con carácter residual al igual que el de "Negociación Incompatible", permite la participación y punibilidad del "extraneus" en su configuración, su desarrollo permitirá además la profundización en la posibilidad de que el "extraneus" pueda participar en el "delito de Negociación Incompatible" y la impunidad que puede ocasionar la prohibición de esta participación.

La "**Ejecutoria Suprema del 08 de enero de 2019**" como auto de calificación de la "Casación N° 806-2018 Callao", emitida por la "Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República", señala sobre la participación de los "extraneus" en el "delito de negociación incompatible", en base al "Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116", tal cuestión, a la fecha, no admite controversia alguna; en dicho acuerdo plenario se aceptó la intervención del "*extraneus*", que no tiene este deber especial, como partícipe tanto en la inducción como en la complicidad de un delito de infracción de deber y se consideró dominante la "teoría de la unidad del título de imputación"; y que de la exposición de motivos del "Decreto Legislativo N.° 1351", que modificó el



artículo 25 del Código Penal, se afirmó en el sentido que debiendo impedir todo tipo de impunidad por determinado criterio de los operadores jurídicos por esta denominada “teoría de la ruptura del título de la imputación”, es necesario expresar directa la aceptación de la “teoría de la unidad del título de imputación” como regla de la parte general del Código Penal, pues esta última no presenta inconvenientes en la admisión de la sanción del “*extraneus*” derivado de la atribución al autor.

Dicha resolución, que califica el recurso de casación interpuesto precisa que no existe controversia en la participación del “*extraneus*” en el “delito de Negociación Incompatible” tomando como base el “Acuerdo Plenario N° 2-2011” que versa sobre los alcances de la prescripción en delitos funcionariales y la reforma de la participación en el código, sobre la responsabilidad del cómplice en referencia al hecho punible del autor pese a no contar con los mismos presupuestos que motivan la sanción del delito, no se hace mención a la “Casación N° 841-2015 AYACUCHO” por parte de la Sala Suprema, aun cuando la defensa al presentar el recurso de casación ha fundamentado expresando dicha jurisprudencia.

Debemos agregar que las jurisprudencias que sientan la interpretación por la cual el “*extraneus*” no forma parte del delito de Negociación Incompatible son posteriores a las que aceptan la introducción del “*extraneus*”, es decir que en el año 2017 la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República” con una diferente conformación decide como la interpretación correcta que ahora el “*extraneus*” no participe en el “delito de Negociación Incompatible”, asimismo la aplicación de las posteriores sentencias y autos, que tienen como referencia directa la “Casación N° 841-2015 AYACUCHO, la Casación N° 23-2016 ICA” y reiterada en la “Casación N° 346-2019 MOQUEGUA” para descartar la intervención del “*extraneus*” en el delito de Negociación Incompatible, podrían utilizar como justificación principal,



la fecha en la cual es emitida, una fecha posterior o actual, pero este no es un criterio jurídico legal; asimismo la “Ejecutoria Suprema 806-2018 CALLAO” de la “Sala Penal Transitoria” se pronuncia en forma contraria a la Jurisprudencia emitida por la “Sala Penal Permanente”, situación que crea un conflicto en la jurisprudencia en contra del propio objetivo de la jurisprudencia en sí, y teniendo en cuenta ambos pronunciamientos puede existir impunidad de sujetos que son considerados partícipes de un delito, esta impunidad en todo caso no es arribada por la estructura del “delito de Negociación Incompatible” sino por los criterios jurisprudenciales.

En esta línea, se tiene que la Sala Penal Permanente con una diferente conformación, mediante la “**Casación N° 1895-2019 Selva Central**” del 27 de abril de 2021, señala respecto del “delito de Negociación Incompatible”, que al tratarse de un “delito especial” y de “infracción de deber”, serán partícipes los sujetos que tengan algún tipo de intervención en el hecho punible, pero que no sean funcionarios ni servidores públicos o que, siéndolo, no tengan competencia en el contrato u operación del que se trate. Para ello se requiere, además, que hayan actuado de manera dolosa; especificando que al ser un ilícito especial propio y de “infracción de deber”, admite, la participación punible del tercero no obligado institucionalmente o “*extraneus*”.

De esa forma, la Sala Penal Permanente en esta oportunidad refiere que se debe tener en cuenta las teorías de la corrupción y causación, siendo esta última la que debe tomarse en cuenta a efectos de valorarse el favorecimiento al delito por parte del partícipe, en el entendido que existe un deber general que vincula a los terceros con los roles institucionales, de esa forma se requiere una intervención significativa y dolosa, lo que en suma también debe acreditarse. Sin embargo, lo único que establece esta casación es que dependerá del criterio asumido por el colegiado, ya que no existe una línea jurisprudencial clara, la conformación de los magistrados y los distintos



pronunciamientos hacen ver que no existirá un solo criterio para el caso de la intervención criminal en el “delito de Negociación Incompatible”.

Finalmente para continuar con la discrepancia entre los criterios jurídicos adoptados por los máximos entes de interpretación y juzgamiento de causas, se tiene una evidente posición contradictoria sobre el pronunciamiento que inicia, para este investigador, el problema de la tesis, es decir la “Sentencia de Casación N° 1765-2019 LIMA”, expuesta por la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República”, del 29 de marzo de 2022, que expresamente nos señala sobre la participación de este tercero que no es parte de la administración, que los magistrados integrante no comparten la aplicación de la “Casación N.° 841-2015/Ayacucho”, tantas veces citada que en mérito del “Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116”, del 06 de diciembre de 2011, en cuanto a la actuación de terceros en delitos contra la «Administración Pública», ha señalado ya en su fundamentos 11° y 12°, la aplicación a título de cómplice, teniendo en cuenta la “teoría de la unidad de título de imputación”, por lo que es válida la responsabilidad de terceros, cuando en un mismo hecho no se puede reputar bajo la figura de dos tipos penales diferentes, en razón de los partícipes, tanto más en la “Negociación Incompatible”, si se reputa la participación del extraño como dependiente del hecho principal, y si bien no se le otorga la infracción de deber al no contar con la categoría del agente cualificado puede ser sancionado como cómplice.

La “Sala Penal Permanente”, señala de forma expresa la no aplicación de la prohibición de participación del tercero o “extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible” que antes fue tomada en la “Casación 841-2015 Ayacucho” como base para la absolución y sobreseimiento de participaciones criminales por parte de los terceros beneficiados en este delito de “Infracción de Deber”, pese a que este criterio ahora dejado de lado fue recientemente refrendado también por la “Sala Penal



Permanente” en la “Sentencia de Casación 346-2019 – MOQUEGUA” suscrita además por los magistrados San Martín Castro y Sequeiros Vargas, lo cual hace prever las diferencias de posturas que no fueron resueltas y la falta de análisis concordante que aún no fue decidido por la jurisprudencia nacional.

Sin embargo la actual posición y conformación de esta “Sala Penal Permanente” no solo ha señalado la no aplicación de la “Casación 841-2015 Ayacucho” como criterio conjunto sino que para corroborar el problema de investigación a menos de un mes, emitió la “Casación 184-2020 Lima Norte”, en el que señala que no se puede aplicar complicidad en el “delito de Negociación Incompatible”, se tiene nuevamente que dicha Casación en directa aplicación a lo analizado por la misma “Sala Penal Permanente” en la “Casación 841-2015 Ayacucho”, continúa con la postura de la imposibilidad de admitir la participación en el “delito de negociación incompatible”, siendo que si existe un interés hacia un tercero mediante una concertación este delito es el de colusión y no el de negociación incompatible, sin embargo, no se ha señalado si existió una concertación o solo un interés indebido, en el último caso se entendería que bajo la postura citada de la casación de Ayacucho este análisis parte de la literalidad del tipo penal, pero aún más importante es que la misma “Sala Penal Permanente” un mes antes ya había señalado de forma evidentemente contraria la posibilidad de participar en el delito bajo la aplicación del “Acuerdo Plenario N° 2-2011” y que – la sala, incluida la ponencia de la presente – no coincidía con la Casación de Ayacucho como es de verse de la “Casación 1765-2019 Lima” del 29 de marzo de 2022, antes analizada, y es de anotar que no solo la misma sala se ha pronunciado de forma contraria sino que la conformaron los mismos magistrados supremos, lo cual además corrobora y acredita el problema de investigación.



4.2.4. “Principio de Legalidad” e Interpretación

El “Principio de Legalidad”, se encuentra plenamente establecido en nuestra normatividad, así el «artículo 2, inciso 24, literal f», de la “Constitución Política del Perú” señala que, *“nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*.

De otro lado, en el segundo artículo del “Título Preliminar del Código Penal” se señala sobre el “Principio de Legalidad” que, *“nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”*.

Estas disposiciones prevén la forma en que una persona puede ser procesada y condenada, es el límite al poder punitivo, en dicho sentido el “Principio de Legalidad” es el que determinará si se puede o no imputar un delito previsto, y determinar, en el caso del tercero beneficiado en el “delito de Negociación Incompatible”, su vinculación con el delito analizado; sin embargo, es de señalar que forma parte del “Principio de Legalidad en el Derecho Penal”, no solo la aplicación de determinado tipo penal sino la aplicación de todo el ordenamiento penal, tanto en la parte especial como en la general, y la aplicación propia de la norma se realiza a través de la interpretación de esta, bajo sus criterios, para ello se debe tener en cuenta los criterios de interpretación de la norma, así tenemos:

“La interpretación gramatical. Con él se trata de averiguar el sentido literal de las palabras empleadas por el legislador. Aunque se considera este tipo de interpretación como de menor categoría, tiene una importancia decisiva en derecho penal, a consecuencia de la vigencia del principio de legalidad; si no se



quiere hacer una burla de este principio, habrá que estar siempre al significado posible, al sentido literal de las palabras empleadas en el texto legal.”

“**La interpretación histórica.** Voluntad del legislador y voluntad de la ley. – Para la interpretación de la ley también interesa considerar su nacimiento, ninguna institución jurídica, por moderna que sea, surge de la nada; más bien aparece como el resultado de una diversidad de elementos que, al irse sedimentando a través del tiempo han condicionado su configuración actual.”

“**La interpretación sistemática.** Los Códigos modernos construyen un todo orgánico y sistemático; las palabras y disposiciones legales están normalmente coordinadas entre sí e integradas en un sentido general. De aquí se infiere que pueda y deba atribuirse un significado lógico a la situación de un precepto en el sistema general de una ley. El legislador no es siempre un buen sistemático, pero esto no implica que sus disposiciones no tengan una lógica interna.”

“**La interpretación teleológica.** Con ayuda de este criterio se pretende indagar el fin o *telos* de la ley. En realidad, la ley no puede considerarse un fin en sí misma. La función de la ley en relación con un sistema de convivencia es lo que hay que buscar en la interpretación teleológica; debiéndose tener en cuenta no sólo la funcionalidad de la ley en el caso concreto, sino también la del ordenamiento jurídico en su totalidad” (Muñoz Conde, 1975, pp. 156-166).

Si bien bajo el “Principio de Legalidad”, no hay pena ni delito fuera de la Ley, será la interpretación gramatical o literal la utilizada en rigor, empero también es viable otros tipos de interpretación en el caso penal, pues se requiere el entendimiento de la norma emitida en su completitud para aplicarla, así la interpretación sistemática se rige en el derecho penal, donde además se prevén ilícitos y normas penales abiertas o leyes



en blanco que requieren el alcance de otras normas incluso no penales, para su correcta aplicación. Bajo esta premisa no se descarta el tema en cuestión sobre la “participación” del “extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible”, por cuanto además la misma norma penal prescribe también la forma de su aplicación, en ese sentido el «artículo X» del mismo “Título Preliminar del Código Penal” refiere en torno a la aplicación supletoria de la Ley Penal que, *“las normas generales del Código Penal son aplicables a los hechos punibles previstos en las leyes especiales”*.

Así, en cuanto a la descripción del “delito de Negociación Incompatible”, podemos afirmar que el agente cualificado como “funcionario o servidor público” quien realiza el interés indebido en razón de su cargo, de esta premisa se tiene que al ser un delito especial, no hay participación de un tercero en su configuración, puesto que el delito menciona específicamente la calidad del agente como funcionario o servidor, diferentes a las modalidades que son, “en forma directa, indirecta o por acto simulado, y al provecho propio o de tercero”; por lo que tenemos que el agente es el “funcionario o servidor”, el Principio de Legalidad primeramente acepta esta configuración por cuanto se encuentra plenamente prevista.

El examen del “delito de Negociación Incompatible” se da por la propia literalidad de su tipificación, sin embargo, la interpretación y por lo tanto análisis de la norma se obtiene de forma integral, así tenemos que existen normas de carácter general que dictan las pautas para la configuración del delito en general, como lo dispuesto por citado «artículo 25 del Código Penal», que señalando en referencia a la “complicidad primaria” a quien *“dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado”*, (participación necesaria) correspondiéndole la sanción que se previó al autor, y en cuanto a la complicidad secundaria a aquella



persona que, de cualquier otro modo, de forma dolosa presta asistencia, a quien se le disminuye la pena prudencialmente; sin embargo el tercer párrafo de este dispositivo, señala de forma expresa que: *“El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.”*

El primer párrafo describe la complicidad primaria, cuando el agente presta una asistencia necesaria para la configuración del delito; el segundo párrafo describe la complicidad secundaria, como una asistencia simple; y el tercer párrafo, modificado por el “Decreto Legislativo N° 1351” del 07 de enero de 2017, menciona que la complicidad de aquellos partícipes en delitos especiales, que por las cualidades que el tipo penal describe al agente no pueden ser autores del delito, como se dan en los “delitos de infracción de deber”, como son los “delitos cometidos por funcionarios públicos”, así tenemos, el “abuso de autoridad”, “concusión”, “colusión”, “peculado”, “cohecho”, “negociación incompatible”, “enriquecimiento ilícito”, entre otros.

Asimismo, existen delitos cometidos por funcionarios públicos que pueden requerir para su configuración la participación de terceros, señalados expresamente, como en el delito de colusión, donde necesariamente el agente concierta con los beneficiados para perjudicar a la «Administración Pública», lo cual no descarta que sea un “delito de infracción de deber” en cuanto a la conducta del funcionario; por otro lado en el “delito de Peculado”, el agente es un “funcionario o servidor” que puede ejecutar la acción independientemente de otros sujetos, sin embargo, en caso exista una participación para la concreción del delito este será calificado como cómplice; así como en el “delito de Enriquecimiento Ilícito” donde la conducta se describe como una que solo requiere la participación del funcionario o servidor público, pero que en aplicación



del «artículo 25 del Código Penal», puede ingresar un tercero; así la interpretación sistemática de la ley penal, nos permite señalar que la aplicación de este presupuesto general de la ley penal sobre participación es también una concreción del “Principio de Legalidad”, pues es la propia aplicación de la norma vigente.

A criterio nuestro, conforme se tiene de la participación material del tercero beneficiado en las contrataciones públicas ante la existencia de intereses indebidos, y de acuerdo a la necesaria intervención de este “extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible”, su posterior punibilidad en dicho ilícito es conforme a la interpretación de la norma penal sobre la participación criminal que vulnera los intereses de la “Administración Pública”, su sanción, entonces no vulnera en ningún sentido el Principio de Legalidad, pues con su aporte podrá ser sancionado por el delito atribuido y ejecutado por el autor, “aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él” como se menciona en la “teoría de la unidad del título de imputación”. Así, luego del análisis de la doctrinal sobre el “delito de Negociación Incompatible”, la revisión de la jurisprudencia penal suprema, en sus distintas salas, y la aplicación del “Principio de Legalidad”, se obtuvo la factibilidad de sancionar a este sujeto como cómplice del delito.

4.3. TERCER OBJETIVO

“Determinar si la estructura típica del delito de Negociación Incompatible, y su aplicación conduce a la impunidad del tercero beneficiado – extraneus”.

4.3.1. Impunidad

La “impunidad”, se define según el diccionario jurídico de Manuel Ossorio como la “falta de castigo”, así como “impune” significa “aquello que queda sin castigo”; de la literalidad de este significado se evidencia su vinculación importante con



el Derecho Penal; se entiende así que quien delinque tiene una libertad en su participación, y se tiene presente en los supuestos donde, aunque se sabe quienes perpetran los delitos, no pueden ser sancionados por cuestiones de política, y temor de sectores que no querrán atribuir consecuencias penales a determinados hechos, por lo que la impunidad como falta de sanción se encuentra principalmente atribuido a los poderes del estado como el “Ejecutivo”, de mantener impunes delitos que sirven un interés político (Ossorio, 2007).

El “Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 2488-2002-HC/TC”, del 18 de marzo de 2004, ha señalado respecto a la impunidad que: “Es la inexistencia, de hecho o de derecho de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas; así, la impunidad es hoy considerada como, una situación que se opone al sentido comunitario de la justicia y provoca en el cuerpo social conmociones negativas: sentimientos de desánimo y desesperanza que afectan la vida de las personas en el plano cultural, político y económico”.

Evidentemente la falta legislativa sobre una conducta ilícita, y la falta de aplicación de una pena, se convierte en una conducta impune, sus consecuencias, como son los perjuicios directos e indirectos no cuentan con una respuesta por parte del Estado, ya que no solo el agente va a producir un daño concreto o abstracto, también se opone a las propias normas generales que rigen la sociedad. No cabe duda que es objetivo del legislador en cuanto a la legislación penal, normativizar todas las actividades ilícitas que vulneren bienes jurídicos tutelados y por parte del juzgador



aplicar las penas previstas en todos los delitos ya normativizados; en el caso del “delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo” la conducta prohibida principal es la actividad del funcionario o servidor, sin embargo existe la posibilidad de sanción hacia el tercero beneficiado, al “extraneus”, o propiamente al cómplice, si existe dicha posibilidad las opiniones jurídicas vertidas en jurisprudencia nacional que afirmen la imposibilidad de condenar a diferente persona que los funcionarios o servidores en el “delito de Negociación Incompatible”, crean un escenario de “impunidad” hacia conductas ilícitas, situación que se agrava cuando existen pronunciamientos diferentes sobre escenarios idénticos, o reglas generales que no se aplican a otros delitos, como sucede con el desarrollo y análisis del delito de Enriquecimiento Ilícito.

En esa línea no es irreal señalar que la aplicación del derecho penal en el Perú muchas veces es contradictoria en distintos órganos; tenemos el caso de la Inconstitucionalidad sobre la “responsabilidad penal restringida por la edad” que es aplicable a excepción de ciertos delitos, por ejemplo la “Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República” (Consulta N° 11384-2015 Huancavelica, 2016) ha señalado que: “Al establecer la ley un catálogo de delitos en los que no corresponde aplicar la responsabilidad restringida, no se afecta el principio de igualdad previsto en la Carta Fundamental, pues debido a la gravedad de los hechos y naturaleza del ilícito penal, la ley penal puede imponer un tratamiento diferenciado, por esta razón resulta ajustado a derecho y conforme a la Constitución Política del Estado que la ley establezca ciertas prohibiciones para el otorgamiento de beneficio penales”. Y por otro lado la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República” (Casación N° 1672-2017 Puno, 2018) precisa que: “La minoridad relativa de edad tiene relevancia legal porque se le anuda determinados



efectos en la determinación de la sanción penal para el agente delictivo y ésta tiene como sustento un aspecto vinculado, no a la conducta perpetrada, sino a la evolución biológica y psicológica de toda persona para alcanzar la madurez, luego, no es posible introducir diferencia en esta categoría de personas, en atención a factores no equiparables como la antijuricidad y la culpabilidad; razón de ser para estimar arbitraria y, por tanto, inconstitucional las exclusiones del artículo 22 del Código Penal fundadas en razones objetivas y no subjetivas”. Si bien este último criterio es el actualmente aplicado en los casos de la responsabilidad restringida, la aplicación de la interpretación penal frente a un mismo caso fue contradictoria y el Control Difuso aplicado no fue aceptado hasta nuevos pronunciamientos; aún más visible es la contradicción sobre la responsabilidad penal restringida por la edad, en casos específicos donde aplican o inaplican principios, así tenemos como ejemplo, dos procesos sobre el delito de “Robo Agravado” en los “Recursos de Nulidad N° 2424-2018 LIMA” del 01 de abril de 2019 y “N° 1926-2018 LIMA” del 19 de marzo de 2019, emitidos por el mismo colegiado de la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema”, en el primero de ellos, el imputado al momento de los hechos, contaba con la edad de **21 años, 01 mes y 08 días de edad**, y en el segundo la edad de **21 años, 01 mes y 06 días**, sin embargo solo en la última ejecutoria suprema se aplica la reducción, señalando que, este periodo de 01 mes y 06 días no implica que mecánicamente se le excluya de la posibilidad de alguna consideración razonable para disminuir la pena en razón de la edad, dado que no determinan una transformación cualitativa ni diferencia de aquellas personas que se ubican antes de los veintiún años, por lo que en virtud del “Principio de Razonabilidad” en la fijación de sanciones, corresponde efectuar una reducción adicional mínima. Así la aplicación del principio de razonabilidad solo se realiza a uno de ellos, pese a encontrarse en una misma situación; se tiene así que la uniformidad de criterios no se



cumple, incluso dentro de un mismo colegiado, la aplicación distinta del derecho y los principios aplicables al caso en situaciones sustancialmente idénticas infringen el derecho constitucional de “Igualdad en la aplicación de la ley”.

4.3.2. El caso del enriquecimiento ilícito

Como se ha señalado previamente, el “Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116”, del 12 de junio de 2017, formulado por la “Corte Superior de Justicia de la República” ha señalado que: “La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional, lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible, lo que queda consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25° del Código Penal, que señala, que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”.

A ello se debe puntualizar una cuestión abordada por el Acuerdo Plenario, ¿el «artículo 26 del Código Penal» desarrolla la “teoría de la ruptura del título de imputación”? Dicha norma expresa que: *“Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”*; el Acuerdo Plenario señalado, específicamente dice que dicho artículo no permite la “ruptura del título de imputación”, que no es adoptada en nuestra normativa, y que solo es referida para la diferencia en la punibilidad de los autores y partícipes en casos donde concurren varias personas, específicamente en la determinación de la pena; sin embargo, esto no siempre fue así, tal como se tiene de la “Sentencia Casatoria N° 782 – 2015 DEL SANTA”, del 06 de



julio de 2016, pronunciada por la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República”, que ordena se tenga en cuenta como doctrina jurisprudencial vinculante que: “...*el artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él; ...*” y también señaló, que en el delito de “enriquecimiento ilícito”, bajo el “Principio de Legalidad” el incremento patrimonial debe ser del servidor público, y en caso de simulaciones esto debe acreditarse; por lo que no existe participación del “extraneus” en este delito, ya que un apoyo por parte de quien no tiene el status de quebrantar la norma escapa al radio punitivo. Debe señalarse que esta Sentencia Casatoria fija doctrina jurisprudencial vinculante en mérito al «artículo 433 inciso 3 del Código Procesal Penal», y no existió decisión mediante resolución expresa que la haya modificado, si bien el “Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116” desarrolla el tema de participación y la naturaleza jurídica del «artículo 26° del Código Penal», no deja sin efecto la categoría vinculante de la resolución analizada, tal como lo dispone la norma.

Haciendo un recuento, el “Enriquecimiento Ilícito” es un delito de “infracción de deber” al igual que el “delito de Negociación Incompatible”, su tipo básico describe lo siguiente: “*El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad ...*” El delito señala directamente que la comisión del delito se realiza por el “funcionario o servidor público,” la comisión del delito también refiere que se ejecutará “abusando del cargo” de este sujeto activo, así como el objeto de incrementar el patrimonio se realiza siempre a favor de este, quien tiene la obligación de protección del deber encomendado es el “funcionario o servidor público”, es el único a quien se le puede imputar su incremento patrimonial injustificados; y además al igual



que el “delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, es un delito de «corrupción de funcionarios», respecto a la clasificación del Código Penal.

Sin embargo es de mencionar que si bien la norma se encuentra dirigida estrictamente a determinado tipo de sujeto activo, esto es que el “delito de Enriquecimiento Ilícito” no es de participación necesaria, se puede dar la participación de cómplices e instigadores, la participación así se determinará, siempre y cuando se acredite el incremento ilícito del patrimonio del “funcionario o servidor público”; en consecuencia se tiene que la participación de cualquier sujeto “extraneus” o no, que haga configurar el delito, con participaciones necesarias o no, puede ser punible de sanción, lo mismo sucede con el delito de Negociación Incompatible que también es dirigido solo a funcionarios y servidores públicos con determinadas cualidades, pero la participación de terceros que ayuden a la configuración del delito los convertirán en sujetos pasible de la misma conducta; lo contrario – es decir dejar sin responsabilidad penal al tercero beneficiado – supone la despenalización de conducta reprochables con el derecho, es decir las conductas que vulneran el bien jurídico de el “correcto funcionamiento de la Administración Pública” y específicamente la “transparencia, imparcialidad y probidad de las contrataciones públicas” , más aún si se tiene en cuenta que son conductas repetitivas, permanentes y que generan gran afectación al Estado.

4.3.3. La jurisprudencia.

La jurisprudencia y el precedente tienen orígenes de acuerdo a los modelos judiciales adoptados por cada Estado, en el *Common Law* (o modelo anglosajón): prevalece el Derecho de casos de formación prevalentemente judicial (*Judge made Law*), en el *Civil Law* (o modelo romano-germánico) que se presenta en el Perú



prevalece el Derecho legislado, de formación política, sin embargo, la jurisprudencia en general viene siendo una de las fuentes del Derecho reconocida, así:

“La palabra jurisprudencia tiene dos acepciones: ciencia del Derecho y fuente del Derecho; como fuente del Derecho la jurisprudencia (precedente judicial, stare decisis, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa) tiene un significado amplio y otro restringido; en el primero, se entiende por jurisprudencia a toda decisión emanada de autoridad judicial gubernativa, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho positivo, en su sentido restringido, la jurisprudencia es la decisión del más alto tribunal de justicia de un país (Corte Suprema o Tribunal Supremo) que, al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio Tribunal Supremo y para todos los órganos jurisdiccionales inferiores (el juez hace la ley: judge made law), mientras no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo. En este sentido, la jurisprudencia tiene la misma fuerza normativa que la ley” (Torres, 2019).

El “Tribunal Constitucional en el expediente EXP. N.º 047-2004-AI/TC”, del 24 de abril de 2006, ha señalado que: *“...es claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia. Respecto de esta última se ha sostenido que: Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta*



(...). Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente. Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139.º, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia.”

La jurisprudencia tiene por objeto la unificación de criterios, así como permite salvaguardar la seguridad jurídica, predictibilidad e igualdad, este último derecho contenido en el «artículo 2º» de la “Constitución Política del Perú” que señala, como derecho fundamental de la persona la “Igualdad ante la Ley”, pero esta igualdad contiene dos acepciones, la “igualdad señalada **ante la ley** y la igualdad **en la aplicación de la ley**”, así lo ha determinado el propio interprete de la constitución en el “expediente N°0048-2004-PI/TC” del 1 de abril de 2005, señalando que: “*La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: (. . .) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. (...) Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.”*



Esta segunda acepción es la que interesa analizar de cara al tema de investigación en el aspecto de la jurisprudencia sobre el caso, ya que conforme lo dice el Tribunal Constitucional la igualdad en la ley supone la resolución de procesos iguales en un mismo sentido, y esto en muchos casos no se verifica en la jurisprudencia penal peruana.

4.3.4. La jurisprudencia peruana.

El artículo “VII” de nuestro “Código Procesal Constitucional” señala que: *“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”* En el caso del Tribunal Constitucional no todas sus sentencias constituyen precedentes vinculantes, solo aquellas que sean detalladas como tal, sin embargo es de resaltar que a diferencia de los precedentes civiles o penales, la vinculación además es atribuible a todas las instituciones del Estado, así su precedente además de estar vinculado al propio caso que resuelve crea vinculación con las demás instituciones del sistema judicial y de todas las instancias públicas, y así se encargó de especificarlo, señalando que: *“El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”* (Expediente N° 0024-2003-AI/TC, 2005).

En cuanto a la jurisprudencia del propio Poder Judicial el “Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial” señala dos supuestos, en su «artículo 22» sobre el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial y la debida motivación señala que,



“las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales, que deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento, y en caso decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan”, de igual forma la propia Corte Suprema puede excepcionalmente apartarse de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente y en “cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.

En su «artículo 116°» sobre los “Acuerdos Plenarios”, señala que: “Los integrantes de las salas especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”.

En materia penal, el aún vigente “Código de Procedimientos Penales” especifica en su «artículo 301-A modificado en el año 2004» que: “Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente; en el caso en que se advierta que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo se convocará inmediatamente al Pleno de los



Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta, en este supuesto no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal”.

El inciso segundo de la norma citada, dispone un caso importante para la jurisprudencia penal, es decir la unión de criterios “por mayoría absoluta de vocales de la Corte Suprema”, cuando se esté decidiendo sobre una misma materia de forma diferente, se exterioriza una de las funciones de la jurisprudencia que es la creación de una línea de interpretación para la aplicación de una norma específica.

En similar sentido el “Nuevo Código Procesal Penal promulgado por el Decreto Legislativo N° 957”, señala en su «artículo 433° incisos 3 y 4» que: “La sala de la Corte Suprema de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique, y si existe otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta, tampoco se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva; en caso de advertirse que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio, o a instancia del Ministerio Público o de la



Defensoría del Pueblo, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema”.

Así establecen que en torno a una interpretación discrepante se deberá convocar a un “Pleno Casatorio de jueces supremos penales”, para la aplicación obligatoria de un determinado criterio vinculante, de igual forma y sin necesidad del pleno la “Corte Suprema” puede establecer jurisprudencia vinculante para cualquier órgano inferior, las que además pueden ser modificadas por la misma sala que emite el criterio vinculante, y de acuerdo a la “Sentencia de Casación N° 1765-2019 LIMA, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República”, del 29 de marzo de 2022 este criterio se aplica al caso materia de investigación, claro está que mediante la “Casación 184-2020 Lima Norte”, además la falta de consenso no es entre las salas penales, sino entre la conformación de la sala penal permanente.

Los preceptos antes señalados aluden a la jurisprudencia vinculante de obligatorio cumplimiento, se tiene de los “Acuerdos Plenarios y de las resoluciones propias de la Corte Suprema”, que si bien conforman criterios y especifica el correcto razonamiento e interpretación de la norma, en el caso penal, los distintos Acuerdos Plenarios emitidos tienen como objetivo – como se desprende de los mismos – concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente, y que además “deben ser invocados por los jueces de todas las instancias”, su inaplicación es posible, pero debe ser acorde a lo señalado en el «segundo párrafo del artículo 22» del “Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, es decir bajo una **motivación adecuada**, estas doctrinas jurisprudenciales también cumplen el objeto de la propia jurisprudencia, que es la ilustración de la norma, su debida interpretación, y la predictibilidad sobre la resolución posterior de casos, pues permite al operador jurídico tener en cuenta, que en determinado caso se aplique un criterio establecido por las



máximas instancias, y el “Principio de Igualdad”, en su vertiente de **igualdad en la ley**, ya que teniendo ya un determinado proceso sustantivamente similar, corresponde que otro órgano resuelva en el mismo sentido.

Así tenemos que, en el caso de investigación existen distintos pronunciamientos jurisprudenciales en cuanto a la “participación del tercero beneficiado - extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible”, por un lado la “Casación 841-2015 de Ayacucho” como la “Casación N° 23-2016 Ica”, y la última “Casación 346-2019 Moquegua” de fecha 06 de noviembre de 2019, que direccionadas por la primera de ellas especifican y detallan que el tercero beneficiado no es parte del tipo penal en análisis, sin embargo estas resoluciones no tienen la calidad de jurisprudencia vinculante, y si bien precisan el sentido de la interpretación de la norma, no tienen la vinculatoriedad obligatoria requerida, asimismo debemos precisar que estas tres jurisprudencias ilustrativas fueron emitidas y ratificadas por la “Sala Penal **Permanente** de la Corte Suprema de la República”, en sus distintas conformaciones.

Por otro lado la “Sala Penal **Transitoria** de la Corte Suprema de la República” ha señalado en la “Ejecutoria Suprema N° 806-2018 Callao”, en fecha 08 de enero de 2019 que conforme al «tercer párrafo del artículo 25 modificado por la Ley N° 1351» no se presenta inconvenientes en la admisión de la responsabilidad del “extraneus” derivado de la imputación del autor en el delito de Negociación Incompatible, esta resolución es posteriormente confirmada por la misma “Sala Penal Transitoria”, en la “Sentencia Casatoria N.º 18-2017 JUNIN” del 24 de julio de 2019, por la que en un caso de “Negociación Incompatible”, respecto al tercero beneficiado – “extraneus” – se señala que la calificación de cómplice primaria que se le asignó también se adecúa a lo dispuesto en el «artículo 25 del Código Penal», ya que participó de forma directa en la “negociación incompatible” **como contraparte de la misma**, y permite de esa forma la



realización y configuración; del que se muestra además el conocer sobre el “interés indebido” y que le favorece; y previamente se desprende el mismo criterio en el “Recurso de Nulidad N.º 666-2016 ANCASH” del 29 de mayo de 2017 emitido por la “Sala Penal Transitoria”. Resoluciones que son perfectamente corroboradas previamente por el “Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116”, del 06 de diciembre de 2011, que especifican como teoría dominante y homogénea la “unidad del título de imputación”, por el que el “extraneus” en los delitos de infracción de deber que participen en el hecho criminal pueden ser considerados partícipes; así como en el “Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116”, del 12 de junio de 2017, analizado anteriormente que señala que puede existir participación en el delito de Enriquecimiento Ilícito bajo la misma prerrogativa del «artículo 25» modificado que ahora especifica que, “el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”.

Y finalmente la “Sentencia de Casación N.º 1765-2019 LIMA”, aludida que expresamente se aparta del pronunciamiento, análisis y decisión de la “Casación 841-2015 de Ayacucho”, por lo que no solo se encuentra facultada la Corte Suprema para convocar un pleno casatorio penal, sino que tiene dicho deber en atención a los normados de acuerdo al código adjetivo vigente, lo cual se confirma con la emisión de la “Casación 184-2020 Lima Norte”. Empero la solución si bien puede ser la modificación de la norma, también se evaluará oportunamente y bajo una técnica de contenido netamente didáctico un ensayo de sentencia plenaria casatoria en el capítulo cuarto.



4.3.5. Objeto de la ley.

Ahora bien en cuanto a esta modificación o incorporación dentro del «artículo 25 del Código Penal», por parte del “Decreto Legislativo 1351”, se debe analizar cual ha sido el objeto o fin del legislador para, además de tener en cuenta la «teoría de la unidad del título de imputación», en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, especificar la posibilidad de sanción del cómplice que no cuenta con los elementos especiales del autor.

Esta incorporación del artículo 25, en efecto tiene como objeto especificar que cualquier persona, dentro de ellos el “extraneus” puede ser parte del “delito de Infracción de Deber” como en el caso del “delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo”, esto se desprende de la propia exposición de motivos del decreto, que menciona textualmente lo siguiente:

“Delitos como el parricidio o el peculado tienen en el homicidio y en el hurto, respectivamente, delitos bases que permiten desvalorar la conducta de un eventual extraneus e imputarle responsabilidad al menos desde estas regulaciones básicas. Sin embargo, delitos como la malversación de fondos o los condicionamientos crediticios no tienen figuras penales análogas, con lo que se genera un espacio de impunidad para extraneus que colaboran con dichas conductas (testaferro, destinatarios, etc.). Por lo señalado, a efectos de cubrir los espacios de impunidad ante una eventual posición judicial o fiscal por la teoría de la ruptura del título de imputación, se considera pertinente adoptar expresamente la unidad de imputación como regla de la parte general del Código Penal. De este modo, se suma a su artículo 25 un tercer párrafo que afirma el vínculo de responsabilidad entre el cómplice y el autor del delito” (Congreso de la República de Perú, 2017, p. 3).



En el mismo sentido se puede desprender del “Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento sobre el Decreto Legislativo 1351”, que señala en cuanto a la modificación de dicho artículo que:

“Modifica el artículo 25 del Código Penal (complicidad), estableciendo que a quienes de cualquier modo hubieran prestado dolosamente asistencia se disminuirá la pena. Asimismo, precisa que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él (por ejemplo, en el caso de los particulares en delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública)” (Congreso de la República de Perú, 2017).

Por lo que puede señalarse que la precisión de la “Sala Penal **Transitoria** de la Corte Suprema de la República” es conforme a la interpretación del modificado «artículo 25 del Código Penal» y a la exposición de motivos del “Decreto Legislativo N° 1351”, sin embargo, dicha jurisprudencia tampoco es vinculante.

Cabe resaltar que es justamente la “teoría de la ruptura del título de imputación” aún vigente en la “Sentencia Casatoria N.º 782 – 2015 DEL SANTA”, del 06 de julio de 2016, la que se pretende, por parte del legislador, apartar en la aplicación de los delitos especiales a los partícipes criminales; como se vio del posterior “Acuerdo Plenario N.º 3-2016” dicha teoría no debe considerarse, y en delitos de infracción deber similares al de “Negociación Incompatible” como lo es el “Enriquecimiento Ilícito”, el “extraneus” es perfectamente pasible de sanción penal.

En la jurisprudencia argentina, se tiene el “delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, que reprime la conducta del “*funcionario*



público que se interese en beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación en el que intervenga en razón de su cargo”; así la “Casación de la causa N° 9618/2001/TO1/CFC6” del 24 de octubre de 2018, registro N.° 1504/18.4 de la “Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal del Poder Judicial de la Nación”, señala: “Es posible admitir la participación en el delito de negociaciones incompatibles con la función pública, sin que se vea afectado el principio de legalidad, como consecuencia de una interpretación extensiva del tipo penal en cuestión, toda vez que dicho delito prevé como elemento típico la posibilidad de que el interés se canalice por otra persona, por lo que razonó que ello significa que el legislador ha admitido la hipótesis de intervención de terceras personas que no reúnan la calidad especial de funcionario público, más aún cuando la contribución al hecho es de una entidad tal que el delito no podría haberse cometido de otro modo (participación necesaria), no existe en la actualidad mayor discusión en la doctrina acerca de la posibilidad de imputar, en calidad de partícipe, a aquella persona que dolosamente coopera en el hecho de otro en los delitos especiales, en la medida en que exista accesoriedad, aun cuando no se encuentren reunidas las características típicas para ser autor, ya que el partícipe no es autor en forma directa, sino que actúa típicamente cuando lo hace por vía del hecho del autor”.

En dicho sentido, se ha establecido a través de la presente investigación, que no se tiene a la fecha en nuestra jurisprudencia un criterio vinculante respecto a la “participación” del “extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible”, puesto estamos antes distintas jurisprudencias que evidencian una falta de consenso respecto a determinado tema de interés jurisprudencial, sin dejar de lado que la jurisprudencia vinculante o no, tiene un objeto específico, que es de unificar criterios, el problema además se manifiesta ya que la interpretación o criterio de determinados jueces supremos no deben sentar bases en temas específicos, puesto que irán variando de



acuerdo a la Sala Suprema que lleve el caso, es el “delito de Negociación Incompatible” contenido en el «artículo 399 del Código Penal» el que debe determinar la forma de su configuración, la correcta interpretación no puede tener presentar incertidumbre.

Creemos que el problema se agrava por cuanto estamos en un escenario en el cual determinada persona, condenado en primera instancia y confirmado por una Sala Penal como “extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible” como lo puede ser el “tercero beneficiado”, no podrá finalmente recurrir mediante un recurso de Casación, para que su caso sea revisado bajo una correcta aplicación de la ley y su interpretación ante la Corte Suprema, si es que su caso es aleatoriamente procesado ante la “Sala Penal **Transitoria**”, sufriendo una inadmisibilidad de su recurso de casación o la confirmación de su condena, contrariamente y de forma alarmante este mismo sujeto podría ser absuelto de los cargos si su recurso es procesado ante la “Sala Penal **Permanente**”. Debemos señalar que ambas Salas tienen la misma competencia penal, las mismas facultades, y su integración de cinco magistrados se constituyen similarmente por un mismo número de jueces supremos titulares y provisionales, en suma son idénticas, ya que la denominación tampoco tiene relevancia pues la Sala Penal Transitoria viene ejerciendo desde hace más de 15 años ininterrumpidamente e incluso se ha conformado otras Salas Transitorias a lo largo de estos años, por lo que sus resoluciones jurisprudenciales vienen direccionando la doctrina jurisprudencial en todos los órganos judiciales.

A través de la presente investigación realizada de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia penal, se tiene establecido, que la diferencia de criterios de las “Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República” en torno a la “participación del extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible”, transgrede directamente el objetivo de la jurisprudencia judicial, pues no unifica criterios, y no ilustra la correcta



interpretación de la norma en el delito en análisis. La predictibilidad de los procesos judiciales como parte de la seguridad jurídica, finalmente está sujeta a que un proceso sea conocido por determinada Sala Penal Suprema, lo que vulnera el derecho constitucional de igualdad, pues casos similares se presentan, empero órganos jerárquicamente idénticos resuelven de forma distinta, hasta antes de marzo de 2022 donde se emiten las Casaciones 1765-2019 Lima y 184-2020 Lima Norte donde el mismo órgano, esto es la Sala Penal Permanente emitió un criterio distinto ante un caso similar; y con mayor razón, estando a que el máximo ente en materia penal tenga criterios distintos, cualquier operador jurídico puede y podrá optar por cualquiera de estas posiciones jurídicas, evidenciándose la vulneración del “Principio de Igualdad” en su manifestación de “igualdad en la aplicación de la ley”, en cualquier instancia penal.

A efectos de determinar la impunidad creada por la interpretación de la norma penal, se tiene la adopción de las diferentes resoluciones emitidas por las “Salas Penales de la Corte Suprema” de la siguiente forma:

Tabla 2*Sentencias de la “Sala Penal Transitoria”*

Resolución	Fecha	Criterio
Sentencia de Casación N° 841-2015 Ayacucho	24 de mayo de 2016	“La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica”.
Sentencia Casatoria N° 23-2016 ICA	16 de mayo de 2017	“En aplicación del principio de legalidad, la intervención del tercero no está sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal”.
Casación N° 346-2019 MOQUEGUA	06 de noviembre de 2019	A pesar que la Casación 841-2015 no es “doctrina jurisprudencial vinculante”, no impediría que sean observados jurídicamente, “todas las decisiones que se emiten en esta Instancia Jurisdiccional Suprema constituyen jurisprudencia y detentan fuerza normativa respecto de la interpretación hermenéutica”.
Casación 1895-2019	27 de abril de 2021	El hecho de que el art. 399 no esté tipificado como un delito de “participación necesaria”, no impide la posibilidad de castigar a toda aquella persona que esté favorecida. La participación se sustenta en el hecho de que todos los miembros de la sociedad también se encuentran vinculados de forma meditada a los roles de los funcionarios. Teoría de la causación o el favorecimiento.

Nota. Creación propia, de acuerdo a los criterios establecidos en las sentencias de la “Sala Penal Transitoria”.

Tabla 3*Sentencias de la “Sala Penal Permanente”*

Resolución	Fecha	Criterio
Recurso de Nulidad N° 3144-2009 PUNO	11 de octubre de 2010	“Todo aquél que tome parte de modo alguno en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para el autor es un cómplice”.
Recurso de Nulidad N° 1909-2011 UCAYALI	05 de octubre de 2012	“Sobre la calidad del cómplice primario del imputado cabe remitirse al artículo 25 del Código Penal”.
Recurso de Nulidad N° 1166-2012 LORETO	06 de noviembre de 2012	“Si el agente, aporta causalmente, esto es, ayuda, colabora y apoya, corresponde la condena en grado participación”.
Sentencia Casatoria N.° 18-2017 JUNIN	24 de julio de 2019	“La calificación de cómplice que se le asigna al cómplice es conforme al artículo 25 del C.P., pues intervino directamente en la negociación incompatible como contraparte de la misma, permitiendo con ello su plena realización y conclusión y teniendo pleno conocimiento”.
Ejecutoria Suprema - Auto de calificación de la Casación N° 806-2018 Callao	08 de enero de 2019	“En base al Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116, tal cuestión, a la fecha, no admite controversia alguna, pues en dicho acuerdo plenario se aceptó la intervención del extraneus”.

Nota. Creación propia, a partir de las sentencias emitidas por la “Sala Penal Permanente” sobre el tema de investigación.

Tabla 4

Últimas sentencias de la Sala Penal Permanente

Resolución	Fecha	Criterio
Sentencia de Casación N° 1765-2019 Lima	29 de marzo de 2022	“No coincidimos en la aplicación de la Casación 841-2015/Ayacucho, ya que conforme al Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116, a título de cómplice, sobre la tesis de la unidad de título de imputación, es válida la participación de terceros , tanto más si se reputa la participación como dependientemente del hecho principal”.
Sentencia de Casación N° 184-2020 Lima Norte	26 de abril de 2022	“Conforme a la Casación 841-2015-Ayacucho no se admite complicidad , sí existe un interés hacia un tercero mediante una concertación este delito es el de colusión”.

Nota. Creación propia, a partir de las posturas contradictorias de la Corte Suprema.

Tabla 5

Criterios cronológicos en relación a la Sala Penal Permanente

Órgano	Documento	FECHA		Criterio
Corte Suprema de Justicia de la República	Acuerdo Plenario N° 2-2011	06 de diciembre	2011	“Serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber. Art. 26. Si se sanciona”
“Sala Penal Permanente”	Casación 841-2015 Ayacucho	24 de mayo	2016	No se sanciona
Congreso	Decreto legislativo 1351 Mod. Art. 25	07 de enero	2017	“El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”.
Corte Suprema de Justicia de la República	Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116	12 de junio	2017	Se sanciona a los “extraneus” en aplicación del art. 25 *Voto J.S. Pariona Pastrana: antes de la aplicación se aplica la ruptura del título de imputación – Ley favorable al reo.
“Sala Penal Permanente”	Casación N° 23-2016 ICA	16 de mayo	2017	No se sanciona
“Sala Penal Permanente”	Casación N° 346-2019 MOQUEGUA	06 de noviembre	2019	No se sanciona
“Sala Penal Permanente”	Casación N° 1765-2019 Lima	29 de marzo	2022	No se sanciona
“Sala Penal Permanente”	“Casación N° 184-2020 Lima Norte”	26 de abril	2022	Si se sanciona

Nota. Creación propia, de acuerdo al tiempo en que se emitieron los pronunciamientos y modificaciones penales.

Tabla 6

Magistrados supremos participantes en las casaciones y acuerdos plenarios específicos.

Acuerdo Plenario 2-2011		Casación 841-2015	Acuerdo Plenario 3-2016		Casación 23-2016	Casación 346-2019
SI admite	NO se admite		SI admite	NO admite		NO admite
VILLA STEIN	VILLA STEIN		SAN MARTÍN CASTRO	PARIONA PASTRANA		SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO	RODRIGUEZ TINEO		PRADO SALDARRIAGA	NEYRA FLORES		PRÍNCIPE TRUJILLO
PRADO SALDARRIAGA	PARIONA PASTRANA		SALAS ARENAS	CALDERÓN CASTILLO		SEQUEIROS VARGAS
RODRÍGUEZ TINEO	HINOSTROZA PARIACHI		BARRIOS ALVARADO	FIGUEROA NAVARRO		FIGUEROA NAVARRO
PARIONA PASTRANA	NEYRA FLORES		HINOSTROZA PARIACHI	SEQUEIROS VARGAS*		CHAVEZ MELLA
BARRIOS ALVARADO			PRÍNCIPE TRUJILLO			
NEYRA FLORES			NEYRA FLORES			
VILLA BONILLA			VENTURA CUEVA			
CALDERÓN CASTILLO			SEQUEIROS VARGAS			
SANTA MARÍA			FIGUEROA NAVARRO			
			PACHECO HUANCAS			
			CEVALLOS VEGAS			
			CHAVEZ MELLA			
			CALDERON CASTILLO			

Nota. Creación propia, a partir de la participación en las sentencias resaltadas.

Tabla 7

Magistrados supremos participantes en las últimas casaciones de la Sala Pena Permanente.

Casación 1765-2019	Casación 184-2020
Si admite	No admite
SAN MARTÍN CASTRO	SAN MARTÍN CASTRO
ALTABAS KAJATT	ALTABÁS KAJATT
SEQUEIROS VARGAS	SEQUEIROS VARGAS
COAGUILA CHÁVEZ	COAGUILA CHÁVEZ
CARBAJAL CHÁVEZ	CARBAJAL CHÁVEZ

Nota. Creación propia, en relación a los magistrados ponentes y participantes de las sentencias casatorias analizadas.

Las tablas detalladas, revelan las posiciones y criterios contradictorios entre la “Corte Suprema de Justicia de la República”, pese a la evidencia de la emisión de “Acuerdos Plenarios” que posibilitaban la “participación” criminal en los “delitos de



infracción de deber”, y que se agrava cuando una misma sala penal bajo la misma conformación sustenta sus decisiones en criterios diferente.

4.4. CUARTO OBJETIVO

Proponer una fórmula legal que sancione la conducta del tercero beneficiado.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia penal vigente, que determine a priori la despenalización del tercero beneficiado, el “extraneus”, o cualquier partícipe diferente al funcionario y servidor público, podría establecerse una fórmula legal que sancione especialmente al tercero beneficiado en contrataciones públicas donde medien intereses indebidos en generales.

4.4.1. Análisis de Encuestas.

Durante la investigación se ha realizado encuestas a operadores del derecho con el objeto de presentar una percepción distinta a la del investigador en cuanto a la “participación del tercero beneficiado – extraneus en el delito de Negociación Incompatible” y la posibilidad de introducción de una fórmula legal para su condena; no se presente con el objeto de cuantificar las respuestas obtenidas, pues lo que se tiene de estas encuestas es el carácter subjetivo y la calidad de las respuestas, en adición a los objetivos investigados y desarrollados previamente. Así como lo señala el docente e investigador José Pineda Gonzales, el instrumento de la entrevista cualitativa o entrevista en profundidad, con el objeto de penetrar en la subjetividad de los sujetos, creencias, pensamientos para comprender su visión, perspectivas y experiencias, obteniendo información, buscando dispersión de puntos de vista personales, mas que consensuados, no importando el número de ellas, sino la calidad de las mismas (Pineda, 2008). Teniendo en cuenta conocimientos generales de la figura delictiva, realizando



dos preguntas abiertas de opinión, que son 1. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, puede ser considerado como “extraneus”? Si/No ¿Por qué? Y 2. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, debe tener una tipificación independiente para su punibilidad? así tenemos las siguientes:

A. Primera Encuesta

1. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, puede ser considerado como “extraneus”? Si/No ¿Por qué?

“En la doctrina no es pacífico el tema, mi opinión es que, si el tercero beneficiado debe ser considerado extraneus, porque la negociación incompatible al ser una figura residual de la colusión este hecho genera impunidad, obligando muchas veces que se anule la sentencia para adecuar los hechos al delito de colusión, donde en efecto aparece la figura del extraneus”.

2. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, debe tener una tipificación independiente para su punibilidad?

“No, más bien debería plantearse la reforma del artículo 399 del Código Penal, tal como sucedió con el delito de Colusión cuyo texto original causó que no se comprendiera en los procesos al extraneus, hasta después de la reforma del artículo 384 del Código Penal”.

B. Segunda Encuesta

1. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, puede ser considerado como “extraneus”? Si/No ¿Por qué?



“No, porque el tipo penal esta previsto para el funcionario y/o servidor público. El interés es el que presenta el funcionario o servidor público, este elemento (interés) no considera al extraneus solamente al funcionario público y al no existir elemento objetivo (interés) para el extraneus no debe preverse algún tipo de conducta en su contra”.

2. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, debe tener una tipificación independiente para su punibilidad?

“No, porque ya existe el delito de colusión previsto para estos hechos; ahora diferente es el aspecto probatorio que dificulta la existencia del delito y responsabilidad de la colusión”.

C. Tercera Encuesta

1. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, puede ser considerado como “extraneus”? Si/No ¿Por qué?

“Si, justamente por el beneficio indebido que recibe”.

2. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, debe tener una tipificación independiente para su punibilidad?

“No, hay que incidir en complicidad primaria por apropiación de tercero”.

D. Cuarta Encuesta

1. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, puede ser considerado como “extraneus”? Si/No ¿Por qué?



“No, debido a que el funcionario o servidor público muestra un interés propio durante el cumplimiento de sus funciones, por tanto, al ser propio y personal dicho interés es un provecho directo al ejercicio de sus funciones, debido a que el funcionario debe actuar conforme al apartado del artículo IV de la ley de procedimiento administrativo”.

2. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, debe tener una tipificación independiente para su punibilidad?

La existencia de un dispositivo penal podría ser la de una norma residual, dado que no siempre el beneficiado (tercero) actúa por cuenta propia, dado que muchas veces el tercero beneficiado es manipulado por el funcionario que tiene interés.

E. Quinta Encuesta

1. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, puede ser considerado como “extraneus”? Si/No ¿Por qué?

“Si, debido a que la casuística nos demuestra que el interés indebido y su favorecimiento para tercero no deviene de una simple infracción a un deber, sino que además responde a una motivación (conducta interna trascendente) ilícita, cual es este provecho siempre económico para tercero y con perjuicio del estado (aunque ello no exige el tipo); lo cual jamás es gratuito, sino que de seguro el intraneus obtiene algún beneficio”.

2. ¿Cree ud. que el tercero beneficiado del delito de Negociación Incompatible, debe tener una tipificación independiente para su punibilidad?



“No, indudablemente que no, debido que, al tratarse de un delito funcional, se observa la teoría de la infracción del deber lo cual sucede a la teoría de la unidad del título de imputación; ambos ya admitidos por nuestra legislación y doctrina jurisprudencial, resulta admisible atribuir responsabilidad penal de este delito además del autor al tercero, a título de cómplice”.

Conforme al procesamiento de la encuesta, se tiene que las categorías de: El Tercero Beneficiado – “extraneus”, y la Negociación Incompatible, se encuentra presentes en todas las encuestas realizadas, de esa forma se evidencia la información específica que se pretendió abordar por parte del investigador hacia el último objeto de investigación. Sobre las unidades de análisis y los temas, que bajo el corte y clasificación se tuvo en cuenta los aspectos importantes para el problema de investigación no se ha presentado en su completitud, por lo que se ha obtenido lo siguiente:

Tabla 8

Encuesta Procesada (Hernández Sampieri et al., 2014)

CATEGORÍA:	Tercero Beneficiado – “extraneus”		Negociación Incompatible			
¿Presenta?	5/5		5/5			
UNIDADES DE ANÁLISIS:	Participación Criminal		Principio de Legalidad		Impunidad	
¿Presenta?	3/5		3/5		4/5	
TEMAS:	Contratista:	0/5	Tipicidad:	0/5	Interpretación Penal:	5/5
	Contrataciones del Estado:	0/5	Participación y Complicidad:	5/5	Objeto de la Ley:	0/5
	Jurisprudencia aplicada:	0/5	Jurisprudencia aplicada:	0/5	Jurisprudencia aplicada:	0/5



Nota. La tabla se efectuó por la presencia fraccionada de las categorías, unidades de análisis y temas, sobre el planteamiento del problema. A partir de (Hernández Sampieri et al., 2014)

Teniendo en cuenta que las encuestas solo reflejan un diferente punto de vista en torno a la “participación del extraneus en el delito de Negociación Incompatible” y su posible tipificación alternativa en cuanto este sujeto, puede establecerse – como se ha previsto – que en efecto las posiciones no son unísonas, sin necesidad de realizar una cuantificación estadística, se tiene que no todos creen que el “delito de Negociación Incompatible” contempla la “participación del tercero beneficiado”, de igual forma señalan que de acuerdo a la “teoría de unidad del título de imputación” el “extraneus” puede perfectamente responder por el actuar del funcionario público, y finalmente la posibilidad de una creación normativa que determine específicamente la conducta del “extraneus”; en consecuencia tenemos que todas las respuestas son correctas, pues se analiza distintos puntos de vista, normativos, probatorios, casuísticos y sobre punibilidad de conductas; justamente a las cuales se ha direccionado la presente investigación.

Creemos que a raíz de las entrevistas cualitativas, se ha determinado efectivamente que el tema de discusión sobre la punibilidad del “extraneus” como tercero beneficiado no es solo normativo, o de responsabilidad del legislador, sino que además es un tema probatorio, que parte de la realidad presente en las contrataciones públicas donde se evidencian mayormente los actos de corrupción, así la casuística presenta que existen intereses indebidos, donde los postores prestan participaciones necesarias para la comisión del “delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo”, y justamente es a partir de lo sucedido fácticamente lo que permite posteriormente legislarse como una conducta prohibida



pasible de sanción, o la correcta interpretación de la norma vigente para no crear impunidad en casos de participación criminal.

4.4.2. Criminalización de las conductas

La cuestión del presente objetivo específico es determinar si se requiere proponer una fórmula legal para la conducta del “extraneus”; previamente debemos advertir que se tiene en claro, conforme a las “Casaciones N° 841-2015 AYACUCHO del 24 de mayo de 2016, 23-2016 ICA del 16 de mayo de 2017 y 346-2019 MOQUEGUA del 06 de noviembre de 2019” emitidas por la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República” que pese a tener en cuenta la aceptación en el derecho penal peruano sobre la teoría de la unidad del título de imputación sobre la participación del “extraneus” – a consideración de estos magistrados supremos – el “extraneus” específicamente en el “delito de Negociación Incompatible” no forma parte de su estructura penal, en consecuencia la apreciación del Tribunal Supremo no es el desconocimiento de esta “teoría de la unidad del título de imputación”, sino sobre la apreciación del propio texto legal, retomando, el tipo penal señal que: *“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,...”* en efecto no se expresa directamente la participación activa de este tercero beneficiado (“extraneus”), justamente las casaciones citadas expresan en su origen que para la participación del “extraneus” se requiere que se encuentre dentro del texto legal, entonces se encuentran en un tema sobre la legislación de la conducta prohibida, pues la subsunción del hecho imputado sobre la norma, no se adecúa en torno al “extraneus”, en un entendimiento contrario, si el tipo penal exprese dicha participación si se le podría incluir y posteriormente sancionarlo.



Ahora bien, correspondería realizar un ejercicio de “Acuerdo Plenario” simulado, sin embargo, por la misma razón de diferencias de posturas en torno a la participación del “extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible” que fueron analizadas, y por la posibilidad expresa de desvincularse de un acuerdo con la fundamentación específica de acuerdo a lo señalado en el «artículo 22 del Texto Único Ordenado del Poder Judicial» podría resultar necesaria pero no cumpliría directamente el objeto directo de sanción a raíz de los criterios de los magistrados supremos, correspondiendo por la naturaleza de la aplicación jurisprudencial además una Sentencia Plenaria Casatoria simulada conforme se verá y de acuerdo a la convocatoria que no puede partir de un investigador o de la comunidad jurídica sin los requisitos establecidos, empero, siempre teniendo presente que también existen mecanismos como el *distinguishing* por el que un determinado juez podría inaplicar un precedente, como se dio en materia laboral - constitucional en el caso Huatuco Huatuco, y también por cuanto el motivo principal de la “Sala Penal Permanente” es la falta de inclusión del “extraneus” en el texto legal; dejando presente, que toda posición por unificar criterios sería idónea, previamente a la de criminalizar una conducta que es perfectamente posible conforme se ha obtenido a raíz de la presente investigación. Teniendo en claro esto, además no correspondería crear un tipo penal independiente para el “extraneus”, solo modificar el artículo 399 para la incorporación del tercero beneficiado, pues lo contrario traería consigo la tramitación independiente de procesos, en casos de procesos con especialidades de corrupción de funcionarios, de igual forma siguiendo la línea de la “teoría de la unidad del título de imputación” corresponde que se continúe la investigación paralela dentro del “delito de Negociación Incompatible”.

Debe estimarse que no existe ningún fundamento objetivo para no criminalizar la conducta del “extraneus”, pues como hemos visto si este tiene participación necesaria



para la conducta del delito, debe ser procesado, enjuiciado y condenado en dicho sentido, la criminalización así se destina para conductas lesivas con rango penal en caso de vulneración de bienes jurídicamente tutelados, y la distinción entre una conducta penal o no, se da siempre de acuerdo al bien jurídico que se vulnera, en el caso de la “negociación incompatible” y los “delitos de corrupción de funcionarios en general” cuando las conductas desplegadas afecten el “normal funcionamiento de la administración pública, el deber de lealtad y probidad de los funcionarios públicos y la transparencia en los procesos de contrataciones públicas”, se constituirá en una conducta punible.

4.4.3. Fundamentos de la fórmula Legal

A nivel internacional, el Índice sobre la Sensación de la «Corrupción» durante el año 2019 evidencia que una gran cantidad de países hicieron poco o nada contra la «corrupción», razón además de que la ciudadanía esté agobiada de este fenómeno de la «corrupción» entre los representante y entes, como se tiene de los sobornos, en todas las esferas del ente estatal, impidiendo el acceso a servicios públicos básicos; la impotencia alimenta la falta de confianza en el estado, debilita la fiabilidad de los líderes políticos, y los representantes elegidos por voto popular y la propia democracia. De esa forma se afirma que para reducir y luchar en contra de la «corrupción», los estados tienen que fortificar sus métodos de control, limitar el dominio de sectores y grupos en la política y asegurar una participación amplia en las técnicas de toma de disposiciones. Las políticas públicas y el erario del estado no deben estar fijados solo por grupos de poder económico o políticos, sino a través de consultas, distribución de presupuesto y las necesidades latentes en la sociedad. El Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de 2019 muestra que la corrupción es generalizada en los lugares donde las campañas electorales reciben grandes aportaciones económicas y capitales, y donde solo son



atendidos a quienes tienen los recursos suficientes y las influencias en los grupos de poder; más de dos tercios de los países tienen una puntuación menor a 50, y el promedio es de sólo 43 puntos, de una escala donde 0 significa corrupción elevada y 100 significa sin corrupción; de esa forma se demuestra que los países no pueden reducir la corrupción efectivamente en el sector público (International, 2020). Dicha escala pone al Perú con un puntaje de 36 y en la posición 101 de los 180 países calificados.

El costo de la Corrupción le ha valido al Perú, en términos de perjuicio económico, alrededor del 3% del Producto Bruto Interno (PBI) de 2019, que representa veintitrés mil millones de soles (S/. 23 000 000 000.00) por corrupción e conducta funcional (Shack & Portugal, 2020). En similar sentido como lo ha señalado Alfonso Quiroz desde el año 1820 a 2000 el costo de la corrupción es entre 3% y 4%. (Quiroz, 2013).

La afectación o costo de la corrupción afecta directamente a cada uno de los ciudadanos, pues el erario nacional además tiene por efecto la defensa de sus derechos, su protección y garantización, este dinero que tiene por objeto la inversión pública y privada, la infraestructura nacional de servicios públicos, los salarios del sector público y el gasto presupuestal nacional viene siendo destinados finalmente a la corrupción institucional.

La percepción de la corrupción en el Perú, trae consigo la desconfianza de las instituciones públicas, en el 2019 la corrupción es percibida como el segundo problema mas importante del país (62%) por debajo de la delincuencia y falta de seguridad (69%), em mayor medida se entiende que la corrupción es ejercida por una autoridad o político (PROETICA, 2019).



El problema de la corrupción se agrava cuando los propios operadores de justicia, socaban conductas contrarias a la ley, mediante interpretaciones alejadas de los avances doctrinarios en el país, el objeto de la ley y la “lucha contra la corrupción”, lo que además trae consigo la impunidad de sujetos no pertenecientes a la administración pública pero con participaciones necesarias sin las cuales no se puede consumir los delitos de corrupción de funcionarios, como se da en las contrataciones y operaciones del Estado.

4.4.3.1 Del delito de Negociación Incompatible y su bien jurídico protegido

El “delito de Negociación Incompatible”, ubicado en el «Título XVIII Delitos contra la Administración Pública» y en la «sección IV del Código Penal - Delito de corrupción de funcionarios», se constituye en un tipo de “corrupción”, que se encuentra tipificado en el «artículo 399 del Código Penal» que señala: *“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.”* Su tipificación nos determina que es un delito de “Infracción de Deber” por cuanto la conducta desplegada se realiza por la falta de cumplimiento de los deberes especiales dirigidos a los “funcionarios y servidores públicos” intervinientes en los “contratos” y “operaciones” del Estado.

Para la condena de sujetos sin las calidades especiales de “delitos de Infracción de Deber el Código Penal” en su parte general ha determinado supuestos, así tenemos el artículo 25 del mismo que señala: *“El que, dolosamente, preste auxilio para la*



realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.”

El “delito de negociación incompatible como delito de corrupción de funcionarios”, tiene como bien de protección general el “correcto y normal funcionamiento de la administración pública”, y como bien jurídico especial, “el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en las contrataciones públicas y operaciones del Estado en los que intervienen por razón de su cargo”, así como la transparencia que se espera de estos procesos de contratación, su lesión a dichos bienes jurídicos constituyen la afectación directa al Estado, porque además al ser un “delito de peligro concreto”, se requiere que la conducta del sujeto pueda crear potencial y concretamente una afectación a la «Administración Pública».

Teniendo en cuenta lo anterior, la afectación al Estado no solo es realizada únicamente por los sujetos pertenecientes a la administración pública, sino por aquellos particulares que participan en las contrataciones y operaciones del Estado, muchas veces bajo iniciativa de estos, sujetos que además configuran acciones necesarias sin las cuales no se puede consumir el delito y en suma afectan de igual o mayor medida el bien jurídico protegido.



4.4.3.2. De las posiciones jurisprudenciales actuales.

Jurisprudencialmente existen posiciones contrarias en torno a la “participación del particular en el delito de Negociación Incompatible, específicamente del extraneus” muchas veces beneficiado directamente en las contrataciones y operaciones del Estado.

Así tenemos que las “Casaciones N° 841-2015 AYACUCHO del 24 de mayo de 2016, 23-2016 ICA del 16 de mayo de 2017 y 346-2019 MOQUEGUA del 06 de noviembre de 2019 emitidas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República” señalan que el tercero no es parte de la redacción típica del “delito de Negociación Incompatible”, así como la inexistencia del “extraneus”, por otro lado se tiene el “Recurso de Nulidad N° 3144-2009 PUNO, del 11 de octubre de 2010 emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, la Ejecutoria Suprema N° 806-2018 CALLAO del 08 de enero de 2019 emitido por la Sala Penal transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como el Recurso de Nulidad N.° 666-2016/ANCASH del 29 de mayo de 2017, la Sentencia Casatoria N.° 18-2017 JUNIN, del 24 de julio de 2019 del mismo órgano supremo”, y la modificación del «artículo 25 del Código Penal por el Decreto Legislativo N° 1351» del 06 de enero de 2017 en torno a la punibilidad del “extraneus” en los delitos de Infracción Deber que señala: *“El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.”* Han ido trazando una punibilidad hacia las conductas de particulares que no venían siendo procesados y condenados por delitos especiales que requerían quebrantamiento de deberes funcionales por razón de cargos específicos, así siguiendo esta línea de lucha contra la corrupción se emitió el “Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116”, del 12 de junio de 2017 que especifica la plausible participación del “extraneus” en “delitos de Infracción de Deber” donde el “extraneus” no se encuentre como parte



del texto legal, sin embargo esta misma justificación de falta de expresión del texto legal del “extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible” permite posiciones jurisprudenciales disímiles, en directa concordancia con el anterior “Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116” del 06 de diciembre de 2011, sobre la aceptación mayoritaria de la “unidad del título de imputación”, para la sanción de los “extraneus” en delitos especiales; como lo sugiere también la “Sentencia de Casación N.º 1895-2019 de la Selva Central” que acepta la participación del “*extraneus*”.

Al ser el “delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo” uno de los delitos más comunes por su realización cotidiana, el mismo que es procesado por su naturaleza subsidiaria al no poder acreditarse conductas como las del peculado, cohecho o colusión, debe establecerse expresamente la condena del “extraneus” beneficiado, que participe en su comisión, bajo los parámetros de participación precisados en el «artículo 25 del Código Penal».

La criminalización de las conductas que lesionen los bienes protegidos como la “correcta administración pública”, así como la “transparencia en los contratos y operaciones del Estado”, en lo que intervienen además de los “funcionarios y servidores públicos”, los partícipes “extraneus” es conforme a la ley y la “lucha contra la corrupción en el Perú”; corresponde entonces en aras de reprochar a quien contribuye en la comisión del “delito de Negociación Incompatible” como beneficiado de los interés indebidos de los funcionarios públicos, asimismo la reforma del «artículo 399 del Código Penal», no genera gasto alguno al erario nacional ya que no implica la adquisición de obligaciones adicionales por parte del Estado, así como tampoco implica gastos de implementación; la modificación tiene como objeto la correcta sanción a quienes participan activamente en el “delito de Negociación Incompatible” que son



beneficiados en los contratos y operaciones públicas, y que participe en la comisión del hecho. La modificación además busca que los recursos públicos destinados para las contrataciones y operaciones del estado, sean utilizados correctamente, permitiendo su correcto gasto en favor de la ciudadanía por parte de la administración pública.

4.4.3.3. Modificación.

La modificación propuesta de la norma penal debe contener, el delito ya previsto, agregándose en su parte final, la participación del tercero beneficiado, así como la pena propuesta de acuerdo a los parámetros previamente establecido del «artículo 25 del Código Penal» referidos a la participación en su grado de complicidad, quedando la norma propuesta en los siguientes términos:

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. **El extraneus, o tercero beneficiado por el funcionario o servidor público, en el contrato u operación, que participe en la comisión del delito, será reprimido con pena privativa de libertad, conforme al artículo 25 del Código Penal**”.

Así se evidencia a través de los objetivos trazados y desarrollados la necesidad de la unificación de criterios a efectos de evitar la vulneración del “Derecho a la Igualdad en la Aplicación de la Ley”, para salvaguardar el principio de seguridad jurídica, por la interpretación correcta de las normas, a través de la jurisprudencia, pero esencialmente; luego de haber cumplido con los objetivos, se tiene que la



criminalización de una conducta requiere además su especificación típica en la ley, por lo que pese a la necesidad de un ejercicio de jurisprudencia, es esencial la realización de un proyecto de ley, que evidencia las deficiencias actuales en torno a la sanción del tercero beneficiado en el “delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo”, y que aporte una solución legislativa, como la que hemos presentado.

4.4.4. Doctrina Jurisprudencial

Como lo señala Enrique Bacigalupo, las razones fundamentales para aceptar una sentencia vinculante, es decir una jurisprudencia propiamente dicha, son que la ley solo será comprensible al realizar su interpretación, y el juez necesariamente estrá vinculado a una ley que tiene que ser interpretada, además la seguridad jurídica exige que se establezca la interpretación sobre el ordenamiento que debe prevalecer; de igual forma la ley no es un derecho individual de estos jueces que la interpretan, sino la expresión de garantizar su independencia, y a su vez una garantía del ciudadano de que sus procesos y fallos sean juzgados por tribunal imparciales, así la independencia de los jueces no justificará la inseguridad jurídica de los justiciables (Bacigalupo 2005, citado en San Martín Castro, 2020)

En atención al artículo 434 inciso 4 del Código Procesal Penal peruano; “si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la misma en sus decisiones sostienen criterios discrepantes sobre la interpretación de una determinada norma, de oficio en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional referidos a la administración de justicia, de forma obligatoria se debe reunir el Pleno Casatorio de los vocales supremos penales de la Corte Suprema, para lo cual se señalará fecha para la vista de la causa, citando al Ministerio Público y en su caso a la Defensoría del Pueblo”.



Se tiene que revisadas las sentencias de la “Corte Suprema de Justicia de la República tanto en las Salas Penales Permanentes y Transitorias” en sus diferentes conformaciones, la discrepancia de criterios es evidente, no solo ante el análisis específico de la “participación del tercero beneficiado en el delito de Negociación Incompatible”, sino las teorías aplicadas para la participación criminal en los “delitos contra la Administración Pública”, si bien la uniformidad de criterios viene avanzando sobre las “teorías de Unidad del Título de Imputación e Infracción de Deber”, existen sentencias vinculantes y aquellas sin dicho carácter, plenamente vigentes que merece especial atención, más aún teniendo en cuenta el último pronunciamiento en la “Sentencia de Casación N° 1765-2019 LIMA de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República”, de fecha 29 de marzo de 2022 que señala expresamente la no aplicación de la “Casación 841-2015 de Ayacucho”, evidenciándose una discrepancia que ya previamente se había demostrado a través del análisis jurisprudencial en los capítulos previos y que también la doctrina supo analizar y emitir un pronunciamiento.

4.4.5. “Pleno Jurisdiccional Casatorio de las salas penales Permanente y Transitoria”.

A través de un ensayo de Pleno Casatorio Penal, con un objeto didáctico y simulado se desarrollará una sentencia plenaria casatoria, teniendo en cuenta, conforme se ha señalado, el método comparativo respecto de los 3 primeros objetivos que fueron: Determinar si existe participación criminal del tercero favorecido en la contratación pública para ser imputado en el “delito de negociación incompatible”; “analizar si en aplicación del principio de legalidad puede ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito de Negociación Incompatible previsto en el artículo 399 del



Código Penal”, y; determinar si “la estructura típica del delito de Negociación Incompatible, y su aplicación conduce a la impunidad del tercero beneficiado – extraneus”; por lo que la sentencia tendrá el siguiente contenido esencial.

4.4.5.1. Antecedentes.

A. “Las salas penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, realizaron el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos de lo Penal, con la vista de la causa dispuesta en el Código Procesal Penal peruano y con la participación de la comunidad jurídica especialista en el tema objeto de análisis de la a través de los portales del Poder Judicial pertinentes, conforme a lo ordenado en el artículo 433, inciso 4, del Código Procesal Penal, con el objeto de dictar la sentencia plenaria casatoria penal para la unificación de criterios discrepantes sobre la interpretación, determinación de la intervención del tercero beneficiado – extraneus, en la estructura típica del delito de negociación incompatible del artículo 399 del Código Penal”.

B. Este proceso, se inició con la emisión de la resolución del señor Presidente de la “Corte Suprema de Justicia de la República”, en mérito del requerimiento del presidente de la “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema” mediante “oficio N.º 01-2022-SPP-CSJR”, del 30 de marzo de 2022, para que se aborde en “Pleno Casatorio” la contradicción que se presentó conforme a la “Sentencia de Casación N° 1765-2019 LIMA de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 29 de marzo de 2022, con sentencias anteriores de la propia Corte Suprema de Justicia, entre ellas las N° 841-2015 AYACUCHO, 23-2016 ICA, 346-2019 MOQUEGUA, N° 1895-2019 SELVA CENTRAL, y la Ejecutoria Suprema N° 806-2018 CALLAO del 08 de enero de 2019”; asimismo se emitió la resolución de



convocatoria del 31 de marzo de 2022 para las reuniones preparatorias fijándose como objeto: La determinación de la intervención del tercero beneficiado – “extraneus”, en la estructura típica del “delito de Negociación Incompatible”.

C. Asimismo, se introdujo ponencias de la comunidad jurídica, que culminaron el 04 de abril del presente, y la vista de la causa del 05 de abril con el informe del señor “Fiscal Supremo” acreditado por el señor “Fiscal de la Nación”, así como la ponencia de los señores “Jueces Supremos” designados como ponentes y las opiniones jurídicas de los amicuscuriae, y culminado con el debate, deliberación y votación se acordó pronunciar la presente “Sentencia Plenaria Casatoria”.

4.4.5.2. Fundamentos Jurídicos.

El delito de Negociación Incompatible.

D. El artículo 399 del Código Penal, lo regula del siguiente modo: *“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.”*

E. El “delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo”, ubicado en la «sección IV del Código Penal - Delito de corrupción de funcionarios», se constituye en una modalidad de corrupción de funcionarios, que significa que la conducta del funcionario tiene esa característica, razón por la que no se sanciona los errores administrativos simples.



F. Tiene como bien jurídico protegido general el normal y recto funcionamiento de la Administración Pública, y específico el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular encomendada, como el de celebrar contratos u operaciones a favor de la Administración Pública a la que pertenecen (Salinas, 2016).

G. La “Corte Suprema de Justicia de la República” sobre la conducta típica ha señalado que:

“La conducta típica de este ilícito penal está constituida por el interés indebido; el verbo rector interesarse, ha sido considerado por el sector mayoritario de la doctrina, como volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste; y será indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Este actuar, no debe ser entendido como parcializarse por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo. Ello debe ser entendido así, por cuanto, con la modificación del artículo 399 del Código Penal, mediante la Ley N° 28355, de 6 de octubre de 2004, se incluyó adicional al interés, el elemento típico provecho propio o de tercero, es decir, el interés es sancionable siempre que implique un provecho para el funcionario público o tercero. A pesar que ha sido discutida la naturaleza de este provecho, debe aclararse que, en definitiva, posee una connotación económica, ello, en tanto que el contrato u operación en el que interviene el agente también lo tiene; por ello, se señaló que a pesar que el tipo no exige un perjuicio – económico –



efectivo, sí requiere un riesgo para el patrimonio estatal, por lo que solo será sancionada la conducta idónea para tal fin. El Código Penal, establece tres formas en que se manifiesta el interés indebido: a) Directamente, que significa que el sujeto activo, exteriorice su interés mediante conductas activas, actos externos y objetivos. b) Indirectamente, se produce cuando el sujeto activo, realiza su conducta a través de otras personas o intermediarios. c) Por acto simulado, en este supuesto el agente, aparenta que su accionar es imparcial y en pro de la Administración Pública, cuando no es así realmente.” (Casación N° 231-2017 Puno, 2017, p. 16-17)

El “extraneus” en los delitos de Infracción de Deber

H. Existiendo distintas teorías sobre el análisis de la imputación sobre la Infracción de Deber, el autor Ramiro Salinas Siccha, analiza las “teorías y desarrollos doctrinales de las concepciones de Roxin y de Jakobs sobre la Infracción de Deber” así como los “delitos especiales de garantes de Schünemann”, concluyendo que: “Debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quien como cómplice en la mayoría de los delitos funcionariales en los cuales intervienen más de dos personas, la teoría de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Claus Roxin. Teoría que señala que responde como autor de un delito funcional quien interviene en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno simplemente porque no es portador de él”. Y optando por la “teoría de la unidad del título de imputación”, tanto autores como cómplices responden por el mismo delito de infracción de deber realizado y en su solo proceso penal; de igual forma de acuerdo a dicha teoría las categorías jurídica de complicidad primaria y secundaria no son aplicables, ya que todo aquel que sin poseer el deber especial de carácter penal participa en la comisión de un delito de infracción de deber propio o impropio, responderá



penalmente junto al autor por el citado delito, pero en su calidad de cómplice, siendo la complicidad única, pues la complicidad primaria o secundaria parte de la teoría de dominio del hecho que no es aplicable en los delitos de infracción de deber (Salinas, 2021).

I. El “Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116”, del 06 de diciembre de 2011, por “Corte Suprema de Justicia de la República VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria” establece lo siguiente:

“11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del extraneus, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del extraneus. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible. 12°. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la



incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente:

Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del extraneus como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.” (Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, 2011)

Participación del tercero beneficiado en las Contrataciones Públicas

J. Se puede materializar la actuación criminal de un tercero beneficiado como partícipe en las contrataciones públicas donde existan intereses indebidos por parte de los “*intranei* o funcionarios y servidores públicos”, en situaciones fácticas especiales, que forman parte material en la comisión del delito; ya que conforme a la naturaleza del delito este se consuma en cualquiera de las etapas en la «Contratación Pública», como los son los “actos preparatorios, la etapa de selección, y la ejecución contractual”.

K. Estos actos propios y voluntarios del “extraneus” se evidencian, al presentarse como conductas necesarias para el cumplimiento del interés indebido durante las contrataciones públicas, donde se configure una “negociación incompatible o un aprovechamiento indebido del cargo”, el “extraneus” como tercero beneficiado de la contratación, actúa de forma activa y necesaria por lo que existe una participación material y criminal.



El tercero beneficiado en la estructura típica del «artículo 399 del Código Penal».

L. El “Principio de Legalidad”, se encuentra plenamente establecido en nuestra normatividad, así el «artículo 2, inciso 24, literal f», de la “Constitución Política del Perú” señala que, *“nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*.

M. El «artículo II» del “Título Preliminar del Código Penal” señala sobre el Principio de Legalidad que, *“nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”*

N. De la interpretación de la norma penal integral, para la configuración del delito lo dispuesto por el «artículo 25 del Código Penal» es de especial aplicación al señalar en relación a la participación, que esta recae con “quien preste auxilio para la realización del hecho punible” necesariamente o no, y en su tercer párrafo precisa que: *“El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.”*

Ñ. Conforme se tiene de la participación necesaria del tercero beneficiado en las Contrataciones Públicas ante la existencia de intereses indebidos, y de acuerdo a su intervención, la punibilidad en dicho delito es conforme a la “Interpretación Penal” sobre la “participación criminal”, en el sentido que su actuación vulnera los intereses de la «Administración Pública», su sanción, entonces no vulnera el “Principio de Legalidad”.



Lucha contra la corrupción

O. La corrupción le costó al Perú aproximadamente entre un 3% del Producto Bruto Interno (PBI) del dos mil diecinueve, en costos de perjuicios económicos, que representa unos S/. 23 000 000 000.00, (Shack & Portugal, 2020). Desde el año 1820 a 2000 el costo de la corrupción es entre 3% y 4%. (Quiroz, 2013). Esto es solo una muestra de las cifras estimables económicas, pues el costo de la corrupción es global y vulnera intereses sociales directa e indirectamente, el Estado en general y el Legislativo a través de una política de lucha contra la corrupción ha venido emitiendo normativas que ayuden y detenga el costo de la corrupción, en materia de delitos de contrataciones públicas la posición única es criminalizar todas las conductas de participación.

P. El “Decreto Legislativo 1351” que incorpora el tercer párrafo del «artículo 25°» señala que se tiene como objeto especificar que cualquier persona, puede ser parte del delito de “Infracción de Deber” como en el caso del delito de “Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo”, menciona que:

“Delitos como el parricidio o el peculado tienen en el homicidio y en el hurto, respectivamente, delitos bases que permiten desvalorar la conducta de un eventual extraneus e imputarle responsabilidad al menos desde estas regulaciones básicas. Sin embargo, delitos como la malversación de fondos o los condicionamientos crediticios no tienen figuras penales análogas, con lo que se genera un espacio de impunidad para extraneus que colaboran con dichas conductas (testaferro, destinatarios, etc.). Por lo señalado, a efectos de cubrir los espacios de impunidad ante una eventual posición judicial o fiscal por la teoría de la ruptura del título de imputación, se considera pertinente adoptar expresamente la unidad de imputación como regla de la parte general del



Código Penal. De este modo, se suma a su artículo 25 un tercer párrafo que afirma el vínculo de responsabilidad entre el cómplice y el autor del delito.”

(Congreso de la República de Perú, 2017)

Q. A modo de comparación con la jurisprudencia comparada, en el caso de Argentina, en el “delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, que reprime la misma conducta del “funcionario público que se interese en beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación en el que intervenga en razón de su cargo”, se tiene la “Casación de la causa N° 9618/2001/TO1/CFC6” del 24 de octubre de 2018 con registro N.º 1504/18.4 emitido por la “Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal del Poder Judicial de la Nación”, señalando que: “Es posible admitir la participación en el delito de negociaciones incompatibles con la función pública, sin que se vea afectado el principio de legalidad, como consecuencia de una interpretación extensiva del tipo penal en cuestión, toda vez que dicho delito prevé como elemento típico la posibilidad de que el interés se canalice por otra persona, por lo que razonó que ello significa que el legislador ha admitido la hipótesis de intervención de terceras personas que no reúnan la calidad especial de funcionario público, más aún cuando la contribución al hecho es de una entidad tal que el delito no podría haberse cometido de otro modo (participación necesaria), no existe en la actualidad mayor discusión en la doctrina acerca de la posibilidad de imputar, en calidad de partícipe, a aquella persona que dolosamente coopera en el hecho de otro en los delitos especiales, en la medida en que exista accesoriedad, aun cuando no se encuentren reunidas las características típicas para ser autor, ya que el partícipe no es autor en forma directa, sino que actúa típicamente cuando lo hace por vía del hecho del autor”. Se verifica una adopción también de la “teoría de la Infracción de Deber” aplicada al caso peruano.



R. En dicho sentido es perfectamente punible la conducta del tercero beneficiado – “extraneus” – en el “delito de Negociación Incompatible” de acuerdo a los alcances e “interpretación de la norma penal”, la “doctrina aplicada” y la “lucha contra la corrupción y criminalización de sus conductas”.

4.4.5.3. Decisión

“En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Pleno Jurisdiccional Casatorio Penal, conforme a lo ordenado en el inciso 4 del artículo 433 del Código Procesal Penal: ACORDARON. ESTABLECER como doctrina legal, los fundamentos jurídicos D al R. PRECISARON que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal tienen el carácter de vinculantes que deben ser invocados por todos los jueces de todas las instancias. ORDENARON publicar la presente Sentencia Plenaria Casatoria Penal en el diario oficial El Peruano”.



V. CONCLUSIONES

Para el primer objetivo específico: *“Determinar si existe participación criminal del tercero favorecido en la contratación pública para ser imputado en el delito de negociación incompatible”*.

Se ha determinado que en las Contrataciones Públicas, el tercero beneficiado como “extraneus” ejecuta conductas necesarias para el cumplimiento de la propia contratación pública y del consiguiente interés indebido del “funcionario o servidor público”; que conforme a la naturaleza del delito se evidencia en cualquier etapa de la «contratación pública», como en los actos preparatorios y selección, pero se perfecciona la participación del “extraneus” a partir de la firma contractual y en la etapa de ejecución al momento de realizar las adendas, adelantos de la ejecución de la contraprestación, al momento del pago, o por el incumplimiento de penalidades; así en las contrataciones públicas, donde se configure una “negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo”, el “extraneus” como tercero beneficiado de la contratación, actúa activa y de forma necesaria, y por lo tanto si existe una participación material y criminal pasible de imputación del “delito de Negociación Incompatible”, con conocimiento de la conducta del autor.

En cuanto al segundo objetivo específico: *“Analizar si en aplicación del principio de legalidad puede ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito de Negociación Incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal”*.

En la presente investigación se ha concluido que bajo la aplicación del “Principio de Legalidad” y la “interpretación sistemática de la Ley Penal”, de conformidad con los preceptos de la «parte general del Código Penal», el “extraneus” como tercero beneficiado si puede ser parte del delito de Negociación Incompatible



como cómplice primario pues la participación es necesaria para configurarse el hecho delictivo, la participación de igual forma de cualquier sujeto de la «Administración Pública» que no tenga las características del sujeto activo como “funcionario o servidor público” a cargo de las contrataciones u operaciones que pueda contribuir con el interés indebido, podrá ser pasible de sanción.

Para el tercer objetivo específico: *“Determinar si la estructura típica del delito de Negociación Incompatible, y su aplicación conduce a la impunidad del tercero beneficiado – extraneus”*.

Bajo la estructura típica del “delito de Negociación Incompatible” previsto en el «artículo 399 del Código Penal», no se conduce a la impunidad del tercero beneficiado, pero su aplicación por el operador jurídico por la diferencia de criterios jurídicos expresados en la jurisprudencia penal, sí crean impunidad, pues además se ha determinado que esta incertidumbre en cuanto a la punibilidad del Tercero Beneficiado en la última instancia del proceso penal peruano, vulnera directamente el “Principio de Igualdad en la Ley”; asimismo se tiene que de acuerdo al sentido y objeto de la ley, tanto para el “delito de Negociación Incompatible” como para las reglas sobre la participación, si es posible la participación del tercero beneficiado y su consecuente punibilidad.

Para el cuarto objetivo específico: *“Proponer una fórmula legal que sancione la conducta del tercero beneficiado”*.

En la presente investigación, luego de haberse desarrollado los objetivos previos, se ha podido construir una propuesta legislativa que regula la punibilidad e intervención del tercero beneficiado en el “delito de Negociación Incompatible” del «artículo 399 del Código Penal», y con mayor importancia, la simulación de una Sentencia Plenaria



Casatoria de conformidad a lo previsto por el Código Procesal Penal, precisando la punibilidad de acuerdo a la aplicación correcta de “las normas generales del Código Penal, la doctrina legal y la lucha contra la corrupción de funcionarios”; teniendo en claro que la realización de la jurisprudencia en general, como evidencia de una unificación de criterios, debería realizarse por parte de los magistrados supremos del Poder Judicial.

Para el objetivo general: *“Analizar si la intervención del tercero beneficiado - extraneus forma parte de la estructura típica en el delito de Negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal”*.

Se estableció que el análisis de la intervención del tercero beneficiado – “extraneus”, no parte de únicamente de la redacción del tipo penal de Negociación Incompatible, sino desde el análisis práctico de las Contrataciones Públicas, desde el fin teleológico de las modificaciones legislativas sobre la Participación Criminal y la interpretación sistemática de la Ley Penal General, las que tienen que ver con una incidencia probatoria y de política criminal, de cuyo análisis se puede establecer que es posible y punible la participación de este sujeto en el “delito de Negociación Incompatible”.



VI. RECOMENDACIONES

De acuerdo a una progresión de soluciones jurídicas, en salvaguarda de la seguridad jurídica sobre la posibilidad de sanción de participación criminal como “extraneus” en el “delito de Negociación Incompatible”, se recomienda de acuerdo a su utilidad y pertinencia:

Se unifiquen los criterios discordantes y se convoque a un “Pleno Casatorio” entre los jueces de las “Salas Penales de la Corte Suprema” para establecer, mediante una sentencia, doctrina legal de carácter vinculante, sobre la “participación del extraneus en el delito de Negociación Incompatible, sus alcances, tipo de participación y acreditación”; o en su caso se realice un “Acuerdo Plenario” para determinar los “principios jurisprudenciales que contienen doctrina legal, que deben ser invocados por los jueces de todas las instancias”; en atención además de la modificación del «artículo 25 del Código Penal», en relación con todos los “delitos de Infracción de Deber”, teniendo en cuenta las “teorías jurídicas de Infracción de Deber, Participación, Unidad del Título de Imputación y el fin teleológico de la ley penal específica”.

Se modifique el texto legal del «artículo 399 del Código Penal», que incluya la “participación” punible del tercero beneficiado en el “delito de Negociación Incompatible”, de conformidad a los parámetros de participación del «artículo 25 del Código Penal».

Se modifique los tipos penales de “Infracción de Deber”, y se agregue la punibilidad de los sujetos que participen en la conducta, para que de forma específica puedan ser sujetos de sanción, de conformidad a los preceptos del Código Penal General.



Recomendamos además a los operadores del derecho que la interpretación de la norma penal, se realice de forma teleológica y sistemática, asegurándose de tener en cuenta la contribución del tercero beneficiado en las Contrataciones Públicas, y los criterios establecidos por la «parte penal general del Código Penal», el objeto de la ley penal y su aplicación a los casos específicos que se analicen.



VII. REFERENCIAS

7.1. Referencias Bibliográficas

Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.

Álvarez Dávila, F. (2021). *El delito de negociación incompatible*. Lima: IDEAS.

Bacigalupo, E. (1999). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: HAMMURABI.

Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Santa Fe de Bogotá: TEMIS.

Burgos Alfaro, J; Bustamante Requena, J.F; Espinoza Guzman, N. (2019). *Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios*. Lima: Jose Burgos, AC Ediciones.

Castillo Alva, J. L. (2015). *El delito de Negociación Incompatible*. Lima: Instituto Pacífico.

Charaja Cutipa, F. (2011). *EL MAPIC en la Metodología de Investigacion*. Puno.

Congreso de la Republica de Perú. (16 de Setiembre de 2004). *Congreso de la República*. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256F1100731AEC/\\$FILE/PLO-2004-10.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905256F1100731AEC/$FILE/PLO-2004-10.pdf)

Congreso de la República de Perú. (10 de Marzo de 2004). *Congreso de la República*. Obtenido de <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/Dictamenes0106.nsf/dictamenes/C8B25299905073F205256F090055F99C>



Congreso de la República de Perú. (01 de Marzo de 2017). *Congreso de la República*.

Obtenido de

https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Decretos_Legislativos/01351DC04MAY20170329.pdf

Congreso de la República de Perú. (13 de Enero de 2017). *Sistema Peruano de*

Información Jurídica. Obtenido de

<http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2017/Enero/07/EXP-DL-1351.pdf>

García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Ideas.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P.

(2014). *Metodología de la investigación* (6ta. ed.) McGraw-Hill.

Hugo Alvarez, Jorge; Huarcaya Ramos, Betty. (2018). *Delitos Contra la*

Administración Pública. Lima: Gaceta Jurídica.

International, T. (enero de 2020). *Transparency International*. Obtenido de

<https://www.transparency.org>

Jakobs, G. (1999). *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Madrid: CUADERNO

CIVITAS.

Jakobs, G. (1996). *La Imputación Penal de la acción y de la omisión*. Bojotá:

Universidad Externado de Colombia

Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: REPERTOR.

Mir Puig, C. (2016). *Comentarios a los Delitos Contra la Administración Publica*.

Breña: Instituto Pacifico.

Muñoz Conde, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. Montevideo: IB de F.



- OSCE, O. S. (ABRIL de 2009). *OSCE*. Obtenido de www.osce.gov.pe
- Ossorio, M. (2007). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Peña Cabrera, R. (1997). *Tratado de Derecho Penal - Estudio programatico de la parte general*. Lima: GRIJLEY.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2010). *Derecho Penal - Parte Especial*. Lima: IDEMSA.
- Pineda Gonzáles, J. (2008). *Investigación Jurídica - Elaboracion de la tesis en los diseños cuantitativo y cualitativo*. Puno: Pacífico.
- PROETICA. (diciembre de 2019). *proetica*. Obtenido de <https://www.proetica.org.pe/contenido/xi-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2019/>
- Quiroz, A. W. (2013). *Historia de la Corrupción en el Perú*. Lima: IDL.
- Quiroz Salazar, W. (2002). *Lecciones de derecho penal general*. Lima: Imsergraf EIRL.
- Ramos Nuñez, C. (2018). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: LEX & JURIS.
- Real Academia Española. (22 de Enero de 2021). *Real Academia Española*, version 23.4 en línea. Obtenido de <https://dle.rae.es/negociaci%C3%B3n>
- Reátegui Sánchez, J. (2015). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores.
- Reategui Sánchez, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*. Lima: Ediciones Legales.



- Riega Virú, Y. (2010). *Investigación y Desarrollo de Tesis en Derecho*. Lima: Yasmina Riega Virú.
- Rojas Vargas, F. (2016). *Aspectos problemáticos en los Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- Rojas Vargas, F. (2016). *Código penal parte general delitos*. Lima: RZ Editores.
- Rojas Vargas, F. (2017). *Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & thesis.
- Rosales Artica, D. (2021). *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Lima: Editores del Centro.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*. (y. J. Joaquin Cuello Contreras, Trad.) Madrid: MARCIAL PONS.
- Salinas Siccha, R. (2016). *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA*. LIMA: GRIJLEY.
- Salinas, S. R. (2021). *Autoría y Participación en los delitos de Corrupción de Funcionarios*. Lima: PALESTRA.
- Sancinetti, M. A. (1986). *DIALNET*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/46294.pdf>
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho Procesal Penal - Lecciones* (2da ed.). INPECCP, CENALES.
- Shack, Pérez & Portugal. (2020). *Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria*. Lima: e la Rep.
- Torres Jiménez, L. (2014). *Temas controvertidos sobre Autoría y Participación*. Lima: IDEMSA.



- Torres Vasquez, A. (2019). *Introducción al Derecho*. Lima: Instituto Pacifico.
- Vargas Haya, H. (2005). Perú: 184 años de Corrupción e Impunidad. Lima: ROCIO.
- Vazquez Portomeñe Seijas, F. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública - Teoría General*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública,
- Villa Stein, J. (2008). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: GRIJLEY.
- Villavicencio Terreros, F. (2019). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: GRIJLEY.
- Wessels, J; Beulke, W; Satzger, H. (2018). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Instituto Pacífico.
- Witker, J. (1986). *Como elaborar una tesis en Derecho*. Madrid: CIVITAS.
- Zafaroni E. (2009), *Estructura básica del Derecho Penal*, EDIAR, Primera Edición, Buenos Aires.
- 7.2. Referencias de Investigaciones**
- Arbilo Ramirez, M.A. (2019). El principio de Legalidad en el delito de Negociación Incompatible y la aplicación del principio de Accesoriedad y la Unidad de Título de Imputación en el “extraneus”. (tesis de postgrado) Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- CYBERTESIS UNMSM*. (21 de 11 de 2018). Obtenido de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/103/discover>
- Diaz Castillo, I. (2016). *DIALNET*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=53696>



Ilabaca Mendez, F. (AGOSTO de 2012). *REPOSITORIO ACADEMICO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE*. Obtenido de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112854>

LATINDEX, obtenido de: <http://www.latindex.org/latindex/Solar/Busqueda>

Oré Ramos, W. J. (2018). Imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible (tesis de pregrado). Lima: Universidad Cesar Vallejo.

Quispe Japura, Cristian Alcides; Taype Condori, Yoysi Mayumi. (2018). ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA INTERVENCIÓN DEL “EXTRANEUS” EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SOBRE LA BASE DE LAS TEORÍAS DE TÍTULO DE IMPUTACIÓN, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. Repositorio Insitucional UNA – PUNO.

Repositorio Institucional de la Universidad Nacional del Altiplano Vicerrectorado de Investigacion, obtenido de: http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/865/discover?rpp=10&page=5&query=negociaci%C3%B3n+incompatible&group_by=none&etal=0

Repositorio digital de tesis de la Pontificie Universidad Católica del Perú, obtenido de: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/3/discover>

SCIELO, obtenido de: <https://search.scielo.org/?q=&lang=es&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=negociaci%C3%B3n+incompatible&lang=es&page=1>



7.3. Referencias Jurisprudenciales

Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116 – X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, del 12 de junio de 2017.

Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116 – VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 06 de diciembre de 2011.

Consulta del Expediente N.º 11384-2015 HUANCVELICA – Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 11 de marzo de 2016.

Ejecutoria Suprema N.º 806-2018 - CALLAO – Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 08 de enero de 2019.

Recurso de Nulidad N.º 3144-2009 PUNO – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 11 de octubre de 2010.

Recurso de Nulidad N.º 1166-2012 LORETO – Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 06 de noviembre de 2012.

Recurso de Nulidad N.º 1909 – 2011 UCAYALI – Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 05 de octubre de 2012.

Recurso de Nulidad N.º 702-2009 LIMA – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 12 de mayo de 2010.

Recurso de Nulidad N.º 2424-2018 LIMA – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 01 de abril de 2019

Recurso de Nulidad N.º 1926-2018 LIMA – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 19 de marzo de 2019.



Recurso de Casación N.º 1672-2017 PUNO – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 18 de octubre de 2018.

Recurso de Nulidad N.º 666-2016/ANCASH - Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 29 de mayo de 2017.

Sentencia Casatoria N° 367-2011-LAMBAYEQUE – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 15 de julio de 2013.

Sentencia de Casación N.º 782-2015 DEL SANTA – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 06 de julio de 2016.

Sentencia Casatoria N.º 18-2017 JUNIN – Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 24 de julio de 2019.

Sentencia de Casación N.º 346-2019 – MOQUEGUA – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 06 de noviembre de 2019.

Sentencia de Casación N.º 841-2015 AYACUCHO – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 24 de mayo de 2016.

Sentencia de Casación N.º 23 - 2016 ICA – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 16 de mayo de 2017.

Sentencia de Casación N.º 67 – 2017 LIMA – Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 11 de julio de 2017.

Sentencia de Casación N.º 231 – 2017 PUNO – Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 14 de setiembre de 2017.

Sentencia de Casación N° 1895-2019 SELVA CENTRAL – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 27 de abril de 2021.

Sentencia de Casación N° 1765-2019 LIMA – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 29 de marzo de 2022.



Sentencia de Casación 184-2020 LIMA NORTE – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 26 abril de 2022.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 010-2002-AI/TC, del 03 de enero de 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 2488-2002-HC/TC, de fecha 18 de marzo de 2004.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril de 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 1805-2005-HC/TC, del 29 de abril de 2005.

ANEXOS

ANEXO 01 - MATRIZ DE CONSISTENCIA

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	UNIDADES DE ANÁLISIS	MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN
<p>La pregunta general</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Es posible la intervención del tercero beneficiado (“extraneus”), en la estructura típica del delito de Negociación incompatible? <p>Preguntas específicas</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Existe participación criminal del tercero favorecido en la contratación pública para ser imputado en el delito de negociación incompatible? - ¿En aplicación del principio de legalidad, puede ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito de Negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal? - ¿La estructura típica del delito de Negociación incompatible, y su interpretación conduce a la impunidad del tercero beneficiado – “extraneus”? - ¿Es posible proponer una fórmula legal que sancione la conducta del tercero beneficiado? 	<p>Objetivo General</p> <ul style="list-style-type: none"> - Analizar si la intervención del tercero beneficiado - “ extraneus” forma parte de la estructura típica en el delito de Negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal. <p>Objetivos Específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> - Determinar si existe participación criminal del tercero favorecido en la contratación pública para ser imputado en el delito de negociación incompatible - Analizar si en aplicación del principio de legalidad puede ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito de Negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal. - Determinar si la estructura típica del delito de Negociación incompatible, y su interpretación conduce a la impunidad del tercero beneficiado – “ extraneus” . - Proponer una fórmula legal que sancione la conducta del tercero beneficiado. 	<p>i) Participación Criminal ii) Principio de Legalidad iii) Impunidad</p>	<p><u>Enfoque de investigación-</u> Cualitativo.</p> <p><u>Técnicas de investigación.</u> Exégesis Observación documental Entrevista Cualitativa</p> <p><u>Métodos de investigación.</u> Dogmático Observación Comparativo</p> <p><u>Instrumentos de investigación.</u> Ficha de registro bibliográfico. Ficha de Recojido de Datos Encuesta</p>



ANEXO 02 - PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 399 DEL CÓDIGO PENAL, A FIN DE INCORPORAR DENTRO DEL TEXTO LEGAL LA PARTICIPACIÓN EXPRESA DEL TERCERO BENEFICIADO EXTRANEUS

Artículo 1. – Objeto de la Ley.

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 399 del Código Penal peruano a efectos de incorporar dentro del texto legal la participación expresa de punición del tercero beneficiado en el delito de Negociación Incompatible.

Artículo 2. – Modificación del artículo 399 del Código Penal.

Modifíquese el artículo 399 del Código Penal en los siguientes términos:

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. El extraneus, o tercero beneficiado por el funcionario o servidor público, en el contrato u operación, que participe en la comisión del delito, será reprimido con pena privativa de libertad, conforme al artículo 25 del Código Penal.

Puno, 20 de diciembre de 2020

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS

A nivel internacional, El Índice de Percepción de la Corrupción en el año 2019 revela que una importante cantidad de países han hecho poco o ningún progreso contra la corrupción. La ciudadanía está cansada de la corrupción entre los líderes y las instituciones, desde el fraude que ocurre en las más altas esferas del gobierno hasta los sobornos que impiden el acceso a servicios públicos básicos como la salud



y la educación. Esta frustración alimenta una creciente **desconfianza** en el gobierno y debilita, aún más, la confianza pública en los líderes políticos, los funcionarios electos y la democracia. Debido al estado actual de la corrupción, es posible afirmar que se necesita una mayor integridad política en muchos países. Para reducir la corrupción, los gobiernos deben fortalecer sus sistemas de control, limitar la influencia de los grandes capitales en la política y garantizar una amplia participación en los procesos de toma de decisiones. Las políticas públicas y los recursos no deben estar condicionados por los poderes económicos o por la influencia política, sino por las consultas justas y la distribución imparcial del presupuesto. El Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) del 2019 muestra que la corrupción es más generalizada en países donde las campañas electorales reciben grandes flujos de grandes capitales y donde los gobiernos sólo escuchan a quienes tienen recursos adinerados o estén bien conectados. En el IPC de este año, más de dos tercios de los países tienen una puntuación menor a 50, y el promedio es de sólo 43 puntos (de una escala donde 0 significa corrupción elevada y 100 significa sin corrupción). Tal como ocurría en años anteriores, los datos demuestran que, pese a algunos avances, la mayoría de los países todavía son incapaces de reducir la corrupción de forma efectiva en el sector público.¹

El costo de la Corrupción le ha valido al Perú, en términos de perjuicio económico, alrededor del 3% del Producto Bruto Interno (PBI) de 2019, que representa veintitrés mil millones de soles (S/. 23 000 000 000.00) por corrupción e inconducta funcional², en similar sentido como lo ha señalado Alfonso Quiroz desde el año 1820 a 2000 el costo de la corrupción es entre 3% y 4%.³

La afectación o costo de la corrupción afecta directamente a cada uno de los ciudadanos, pues el erario nacional además tiene por efecto la defensa de sus derechos, su protección y garantía, este dinero que tiene por objeto la inversión pública y privada, la infraestructura nacional de servicios públicos, los salarios del

¹ International, T. (enero de 2020). *Transparency International*. Obtenido de: <https://www.transparency.org>

² Shack, Pérez & Portugal. (2020). *Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria*. Lima: e la Rep.

³ Quiroz, A. W. (2013). *Historia de la Corrupción en el Perú*. Lima: IDL.



sector público y el gasto presupuestal nacional viene siendo destinados finalmente a la corrupción institucional.

La percepción de la corrupción en el Perú, trae consigo la desconfianza de las instituciones públicas, en el 2019 la corrupción es percibida como el segundo problema mas importante del país (62%) por debajo de la delincuencia y falta de seguridad (69%), en mayor medida se entiende que la corrupción es ejercida por una autoridad o político.⁴

El problema de la corrupción se agrava cuando los propios operadores de justicia, socaban conductas contrarias a la ley, mediante interpretaciones alejadas de los avances doctrinarios en el país, el objeto de la ley y la lucha contra la corrupción, lo que además trae consigo la impunidad de sujetos no pertenecientes a la administración pública pero con participaciones necesarias sin las cuales no se puede consumir los delitos de corrupción de funcionarios, como se da en las contrataciones y operaciones del Estado.

1.1. Del delito de Negociación Incompatible

El delito de Negociación Incompatible, ubicado en el Título XVIII Delitos contra la Administración Pública y en la sección IV del Código Penal - Delito de corrupción de funcionarios, que constituye una modalidad de corrupción, se encuentra tipificado en el artículo 399 del Código Penal que señala: *“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.”* Su tipificación nos determina que es un delito de Infracción de Deber por cuanto la conducta desplegada se realiza por la falta de cumplimiento de los deberes especiales dirigidos a los funcionarios y servidores públicos intervinientes en los contratos y operaciones del Estado.

⁴ PROETICA. (diciembre de 2019). *proetica*. Obtenido de: <https://www.proetica.org.pe/contenido/xi-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2019/>



Para la condena de sujetos sin las calidades especiales de delitos de Infracción de Deber el Código Penal en su parte general ha determinado supuestos, así tenemos el artículo 25 del mismo que señala: *“El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.”*

1.2. Del Bien Jurídico Protegido

El delito de negociación incompatible como delito de corrupción de funcionarios, tiene como bien jurídico general el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, y como bien jurídico especial, la el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en las contrataciones públicas y operaciones del Estado en los que intervienen por razón de su cargo, así como la transparencia que se espera de estos procesos de contratación, su lesión a dichos bienes jurídicos constituyen la afectación directa al Estado, porque además al ser un delito de peligro concreto, se requiere que la conducta del sujeto pueda crear potencial y concretamente una afectación a la administración pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, la afectación al Estado no solo es realizada únicamente por los sujetos pertenecientes a la administración pública, sino por aquellos particulares que participan en las contrataciones y operaciones del Estado, muchas veces bajo iniciativa de estos, sujetos que además configuran acciones necesarias sin las cuales no se puede consumir el delito y en suma afectan de igual o mayor medida el bien jurídico protegido.

1.3. De las posiciones jurisprudenciales.

Jurisprudencialmente existen posiciones contrarias en torno a la participación del particular en el delito de Negociación Incompatible, específicamente del extraneus muchas veces beneficiado directamente en las contrataciones y operaciones del Estado.



Así tenemos que las Casaciones N° 841-2015 AYACUCHO del 24 de mayo de 2016, 23-2016 ICA del 16 de mayo de 2017 y 346-2019 MOQUEGUA del 06 de noviembre de 2019 emitidas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de justicia de la República señalan que el tercero no es parte de la redacción típica del delito de Negociación Incompatible, así como la inexistencia del extraneus, por otro lado se tiene el Recurso de Nulidad N° 3144-2009 PUNO, del 11 de octubre de 2010 emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, la Ejecutoria Suprema N° 806-2018 CALLAO del 08 de enero de 2019 emitido por la Sala Penal transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como el Recurso de Nulidad N° 666-2016/ANCASH del 29 de mayo de 2017, la **Sentencia Casatoria N.º 18-2017 JUNIN, del 24 de julio de 2019 del mismo órgano supremo**, y la modificación del artículo 25 del Código Penal por el Decreto Legislativo del 06 de enero de 2017 en torno a la punibilidad del extraneus en los delitos de Infracción Deber que señala que: *“El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.”* Han ido trazando una punibilidad hacia las conductas de particulares que no venían siendo procesados y condenados por delitos especiales que requerían quebrantamiento de deberes funcionales por razón de cargos específicos, así siguiendo esta línea de lucha contra la corrupción se emitió el Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017 que especifica la plausible participación del extraneus en delitos de Infracción de Deber donde el extraneus no se encuentre como parte del texto legal, sin embargo esta misma justificación de falta de expresión del texto legal del extraneus en el delito de Negociación Incompatible permite posiciones jurisprudenciales disímiles, en directa concordancia con el anterior Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116 del 06 de diciembre de 2011, sobre la aceptación mayoritaria de la unidad del título de imputación, para la sanción de los extraneus en delitos especiales; ; como lo sugiere también la sentencia de Casación N° 1895-2019 de la Selva Central que acepta la participación del *extraneus*.

Al ser el delito de Negociación Incompatible uno de los delitos más comunes por su realización cotidiana, el mismo que es procesado por su naturaleza subsidiaria al no poder acreditarse conductas como las del peculado, cohecho o colusión, debe

establecerse expresamente la condena del extraneus que participe en su comisión, bajo los parámetros de participación precisados en el artículo 25 del Código Penal.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La criminalización de las conductas que lesionen bienes jurídicos como la correcta administración pública, así como la transparencia en los contratos y operaciones del Estado, en lo que intervienen además de los funcionarios y servidores públicos, los partícipes extraneus es conforme a la ley y la lucha contra la corrupción en el Perú; corresponde entonces en aras de reprochar a quien contribuye en la comisión del delito de Negociación Incompatible como beneficiado de los intereses indebidos de los funcionarios públicos.

Así tenemos que la reforma del artículo 399 del Código Penal, no genera gasto alguno al erario nacional ya que no implica la adquisición de obligaciones adicionales por parte del Estado, así como tampoco implica gastos de implementación; la modificación – como se ha señalado – tiene como objeto la correcta sanción a quienes participan activamente en el delito de Negociación Incompatible que son beneficiados en los contratos y operaciones públicas, y que participe en la comisión del delito. Por lo que la modificación además busca que los recursos públicos destinados para las contrataciones y operaciones del estado, sean utilizados correctamente, permitiendo su correcto gasto en favor de la ciudadanía por parte de la administración pública.

III. IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El proyecto de Ley propone modificar el Código Penal, mediante la incorporación de la punición del extraneus, tercero beneficiado en la conducta del delito de Negociación Incompatible contemplada en el artículo 399, constituyendo un proyecto compatible con la Constitución Política del Estado, el ordenamiento penal, y su doctrina penal aceptada, fortaleciendo en suma la lucha contra la corrupción.



ANEXO 03 – ENSAYO DE SENTENCIA PLENARIA CASATORIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N.º 1-2022/CIJ-433

BASE LEGAL: Artículo 433.4 del Código Procesal Penal

ASUNTO: Intervención del tercero beneficiado – extraneus, en la estructura típica del delito de Negociación Incompatible.

Lima, once de abril de dos mil veintidós.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, conforme al inciso 4 del artículo 433 del Código Procesal Penal, han pronunciado la siguiente:

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA

I. ANTECEDENTES.

A. Las salas penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, realizaron el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos de lo Penal, con la vista de la causa dispuesta en el Código Procesal Penal peruano y con la participación de la comunidad jurídica especialista en el tema objeto de análisis de la a través de los portales del Poder Judicial pertinentes, conforme a lo ordenado en el artículo 433, inciso 4, del Código Procesal Penal, con el objeto de dictar la sentencia plenaria casatoria penal para la unificación de criterios discrepantes sobre la interpretación, determinación de la intervención del tercero beneficiado – extraneus, en la estructura típica del delito de negociación incompatible del artículo 399 del Código Penal.

B. Este proceso, se inició con la emisión de la resolución del señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en mérito del requerimiento del



presidente de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema mediante oficio N.º 01-2022-SPP-CSJR, del 30 de marzo de 2022, para que se aborde en Pleno Casatorio la contradicción que se presentó conforme a la Sentencia de Casación N.º 1765-2019 LIMA de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 29 de marzo de 2022, con sentencias anteriores de la propia Corte Suprema de Justicia, entre ellas las N.º 841-2015 AYACUCHO, 23-2016 ICA, 346-2019 MOQUEGUA, N.º 1895-2019 SELVA CENTRAL, y la Ejecutoria Suprema N.º 806-2018 CALLAO del 08 de enero de 2019; asimismo se emitió la resolución de convocatoria del 31 de marzo de 2022 para las reuniones preparatorias fijándose como objeto: La determinación de la intervención del tercero beneficiado – extraneus, en la estructura típica del delito de negociación incompatible.

C. Asimismo, se introdujo ponencias de la comunidad jurídica, que culminaron el 04 de abril del presente, y la vista de la causa del 05 de abril con el informe oral del señor Fiscal Supremo acreditado por el señor Fiscal de la Nación, así como la ponencia de los señores Jueces Supremos designados como ponentes y las opiniones jurídicas de los amicuscuriae, y culminado con el debate, deliberación y votación se acordó pronunciar la presente Sentencia Plenaria Casatoria.

II. Fundamentos Jurídicos.

El delito de Negociación Incompatible.

D. El artículo 399 del Código Penal, lo regula del siguiente modo: *“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.”*

E. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, ubicado en la sección IV del Código Penal - Delito de corrupción de funcionarios, se constituye en una modalidad de corrupción de funcionarios, lo que significa que la conducta del agente debe poseer dicha orientación, por ello, se descarta, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa.



F. Tiene como bien jurídico general el normal y recto funcionamiento de la Administración Pública, y específico el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular encomendada, como el de celebrar contratos u operaciones a favor de la Administración Pública a la que pertenecen.¹

G. La conducta típica de este ilícito penal está constituida por el “interés indebido”; el verbo rector “interesarse”, ha sido considerado por el sector mayoritario de la doctrina, como “volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste”; y será indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Este actuar, no debe ser entendido como “parcializarse” por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo. Ello debe ser entendido así, por cuanto, con la modificación del artículo 399 del Código Penal, mediante la Ley N° 28355, de 6 de octubre de 2004, se incluyó adicional al “interés”, el elemento típico “provecho propio o de tercero”, es decir, el interés es sancionable siempre que implique un “provecho” para el funcionario público o tercero. A pesar que ha sido discutida la naturaleza de este provecho, debe aclararse que, en definitiva, posee una connotación económica; ello, en tanto que el contrato u operación en el que interviene el agente también lo tiene; por ello, se señaló que a pesar que el tipo no exige un perjuicio – económico – efectivo, sí requiere un riesgo para el patrimonio estatal, por lo que solo será sancionada la conducta idónea para tal fin. El Código Penal, establece tres formas en que se manifiesta el interés indebido:

a) Directamente, que significa que el sujeto activo, exteriorice su interés mediante conductas activas, actos externos y objetivos.

b) Indirectamente, se produce cuando el sujeto activo, realiza su conducta a través de otras personas o intermediarios.

¹ Salinas Siccha, R. (2016). *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA*. LIMA: GRULEY.



c) Por acto simulado, en este supuesto el agente, aparenta que su accionar es imparcial y en pro de la Administración Pública, cuando no es así realmente. ²

El extraneus en los delitos de Infracción de Deber

H. Existiendo distintas teorías sobre el análisis de la imputación sobre la Infracción de Deber, el autor Ramiro Salinas Siccha, analiza las teorías y desarrollos doctrinales de las concepciones de Roxin y de Jakobs sobre la Infracción de Deber así como los delitos especiales de garantes de Schünemann, concluyendo que debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quien como cómplice en la mayoría de los delitos funcionariales en los cuales intervienen más de dos personas, la teoría de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Claus Roxin. Teoría que señala que responde como autor de un delito funcional quien interviene en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno simplemente porque no es portador de él. Y optando por la teoría de la unidad del título de imputación, tanto autores como cómplices responden por el mismo delito de infracción de deber realizado y en su solo proceso penal; de igual forma de acuerdo a dicha teoría las categorías jurídica de complicidad primaria y secundaria no son aplicables, ya que todo aquel que sin poseer el deber especial de carácter penal participa en la comisión de un delito de infracción de deber propio o impropio, responderá penalmente junto al autor por el citado delito, pero en su calidad de cómplice, siendo la complicidad única, pues la complicidad primaria o secundaria parte de la teoría de dominio del hecho que no es aplicable en los delitos de infracción de deber. ³

I. El Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, del 06 de diciembre de 2011, Corte Suprema de Justicia de la República VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria establece lo siguiente:

“11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “extraneus”, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta

² Sentencia de Casación N.° 231 – 2017 PUNO – Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 14 de setiembre de 2017.

³ Salinas, S. R. (2021). Autoría y Participación en los delitos de Corrupción de Funcionarios. Lima: PALESTRA.



perspectiva -en torno a la accesoriadad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "extraneus". Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible. 12°. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: "Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible". Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del extraneus como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor."⁴ (Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, 2011)

Participación del tercero beneficiado en las Contrataciones Públicas

J. Se puede materializar la actuación criminal de un tercero beneficiado como partícipe en las contrataciones públicas donde existan intereses indebidos, en situaciones fácticas especiales, que forman parte material en la comisión del delito; ya que conforme a la naturaleza del delito este se consuma en cualquier etapa de la

⁴ Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116 – VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 06 de diciembre de 2011.



Contratación Pública, como los son los actos preparatorios, la etapa de selección, y la ejecución contractual

K. Estos actos propios y voluntarios del extraneus se evidencian, al presentarse como conductas necesarias para el cumplimiento del interés indebido durante las contrataciones públicas, donde se configure una negociación incompatible o un aprovechamiento indebido del cargo, el extraneus como tercero beneficiado de la contratación, actúa de forma activa y necesaria por lo que existe una participación material y criminal.

El tercero beneficiado en la estructura típica del artículo 399 del Código Penal.

L. El Principio de Legalidad, se encuentra plenamente establecido en nuestra normatividad, así el artículo 2, inciso 24, literal f, de la Constitución Política del Perú señala que, *nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.*

M. El artículo II del Título Preliminar del Código Penal señala sobre el Principio de Legalidad que, *nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.*

N. De la interpretación de la norma penal integral, para la configuración del delito lo dispuesto por el artículo 25 del Código Penal es de especial aplicación al señalar en relación a la participación, que esta recae con quien preste auxilio para la realización del hecho punible necesariamente o no, y en su tercer párrafo precisa que: *"El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él."*

Ñ. Conforme se tiene de la participación necesaria del tercero beneficiado en las Contrataciones Públicas ante la existencia de intereses indebidos, y de acuerdo a su intervención, la punibilidad en dicho delito es conforme a la interpretación de la norma penal sobre la participación criminal, en el sentido que su actuación vulnera



los intereses de la Administración Pública, su sanción, entonces no vulnera el Principio de Legalidad.

Lucha contra la corrupción

O. La corrupción le costó al Perú alrededor del 3% del Producto Bruto Interno (PBI) de 2019 en costos de perjuicios económicos, que representa unos S/. 23 000 000 000.00⁵. Desde el año 1820 a 2000 el costo de la corrupción es entre 3% y 4%⁶. Esto es solo una muestra de las cifras estimables económicas, pues el costo de la corrupción es global y vulnera intereses sociales directa e indirectamente, el Estado en general y el Legislativo a través de una política de lucha contra la corrupción ha venido emitiendo normativas que ayuden y detenga el costo de la corrupción, en materia de delitos de contrataciones públicas la posición única es criminalizar todas las conductas de participación.

P. El Decreto Legislativo 1351 que incorpora el tercer párrafo del artículo 25 señala que se tiene como objeto especificar que cualquier persona, puede ser parte del delito de Infracción de Deber como en el caso del delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo, menciona que:

“Delitos como el parricidio o el peculado tienen en el homicidio y en el hurto, respectivamente, delitos bases que permiten desvalorar la conducta de un eventual extraneus e imputarle responsabilidad al menos desde estas regulaciones básicas. Sin embargo, delitos como la malversación de fondos o los condicionamientos crediticios no tienen figuras penales análogas, con lo que se genera un espacio de impunidad para extraneus que colaboran con dichas conductas (testaferro, destinatarios, etc.). Por lo señalado, a efectos de cubrir los espacios de impunidad ante una eventual posición judicial o fiscal por la teoría de la ruptura del título de imputación, se considera pertinente adoptar expresamente la unidad de imputación como regla de la parte general del Código Penal. De este modo, se suma a su artículo 25 un

⁵ Shack, Pérez & Portugal. (2020). *Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria*. Lima: e la Rep.

⁶ Quiroz, A. W. (2013). *Historia de la Corrupción en el Perú*. Lima: IDL.



tercer párrafo que afirma el vínculo de responsabilidad entre el cómplice y el autor del delito.”

Q. A modo de comparación con la jurisprudencia comparada, en el caso de Argentina, en el delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, que reprime la misma conducta del funcionario público que se interese en beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación en el que intervenga en razón de su cargo, se tiene la Casación de la causa N° 9618/2001/TO1/CFC6 del 24 de octubre de 2018 con registro N.° 1504/18.4 emitido por la Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal del Poder Judicial de la Nación, señalando que, es posible admitir la participación en el delito de negociaciones incompatibles con la función pública, sin que se vea afectado el principio de legalidad, como consecuencia de una interpretación extensiva del tipo penal en cuestión, toda vez que dicho delito prevé como elemento típico la posibilidad de que el interés se canalice por otra persona, por lo que razonó que ello significa que el legislador ha admitido la hipótesis de intervención de terceras personas que no reúnan la calidad especial de funcionario público, más aún cuando la contribución al hecho es de una entidad tal que el delito no podría haberse cometido de otro modo (participación necesaria), no existe en la actualidad mayor discusión en la doctrina acerca de la posibilidad de imputar, en calidad de partícipe, a aquella persona que dolosamente coopera en el hecho de otro en los delitos especiales, en la medida en que exista accesoriedad, aun cuando no se encuentren reunidas las características típicas para ser autor, ya que el partícipe no es autor en forma directa, sino que actúa típicamente cuando lo hace por vía del hecho del autor. Se verifica una adopción también de la teoría de la Infracción de Deber aplicada al caso peruano.

R. En dicho sentido es perfectamente punible la conducta del tercero beneficiado – extraneus – en el delito de Negociación Incompatible de acuerdo a los alcances e interpretación de la norma penal, la doctrina aplicada uniforme y la lucha contra la corrupción y criminalización de sus conductas.



III. DECISIÓN

En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Pleno Jurisdiccional Casatorio Penal, conforme a lo ordenado en el inciso 4 del artículo 433 del Código Procesal Penal:

ACORDARON.

- 1°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los fundamentos jurídicos D al R.
- 2°. **PRECISARON** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal tienen el carácter de vinculantes que deben ser invocados por todos los jueces de todas las instancias.
- 3°. **ORDENARON** publicar la presente Sentencia Plenaria Casatoria Penal en el diario oficial El Peruano.



Augusto Castillo Cordero
JUEZ DEL TERCER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL
Y COLEGIADO DE PUNO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
PODER JUDICIAL



ANEXO 04 - FICHAS DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO N°

TÍTULO DEL LIBRO:
AUTOR DEL LIBRO:
PAGINA:
CRITERIO ADOPTADO:

“ _____ ”

OBSERVACIONES:

FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

Indique su grado de acuerdo frente a las siguientes afirmaciones: (1 = muy en desacuerdo; 2 = en desacuerdo; 3 = en desacuerdo más que en acuerdo; 4 = de acuerdo más que en desacuerdo; 5 = de acuerdo; 6 = muy de acuerdo)	Grado de acuerdo					
	1	2	3	4	5	6
ADECUACIÓN:						
• Permite identificar, ubicar e individualizar el documento que se analiza.						X
• Permite establecer la información requerida y las observaciones del investigador						X
PERTINENCIA (contribuye a recoger información relevante para la investigación):						
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO GENERAL de la investigación (Analizar si la intervención del tercero beneficiado - extraneus forma parte de la estructura típica en el delito de Negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal.)						X
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 1 de la investigación. (Determinar si existe participación criminal del tercero favorecido en la contratación pública para ser imputado en el delito de negociación incompatible.)						X
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 2 de la investigación. (Analizar si en aplicación del principio de legalidad puede ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito de Negociación Incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal.)						X
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 3 de la investigación. (Determinar si la estructura típica del delito de Negociación Incompatible, y su aplicación conduce a la impunidad del tercero beneficiado - extraneus.)						
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 4 de la investigación. (Proponer una fórmula legal que sancione la conducta del tercero beneficiado.)						

Identificación del experto

Nombre y apellidos	AUGUSTO CASTILLO CORDERO
Filiación (ocupación, grado académico y lugar de trabajo):	JUEZ PENAL UNIPERSONAL - PUNO
e-mail	
Teléfono o celular	992 098 295
Firma	



Augusto Castillo Cordero
JUEZ PENAL UNIPERSONAL
Y COLEGADO DE PUNO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
PODER JUDICIAL



FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO N° 01

TITULO DEL LIBRO: TRATADO DE DERECHO PENAL - PARTE ESPECIAL (Volumen 3)

AUTOR DEL LIBRO: JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ

PAGINA: 1904

CRITERIO ADOPTADO: *“Como es sabido, en la colusión desleal, llamado ahora colusión simple o agravada, el funcionario o servidor público se ha concertado con los terceros – interesados para defraudar los intereses de la administración pública (se trata de un delito de participación necesaria en la modalidad de encuentro); o se ha interesado para promover un beneficio personal o de tercero. Mientras que en el delito de negociación incompatible el funcionario o servidor público se interesa en determinadas relaciones contractuales u operacionales, constituyendo, por ende, un acto de mutuo propio del funcionario o servidor público; es decir, la diferencia estaría en la forma o los medios de afectación del interés patrimonial del Estado: en uno es a través de la concertación entre dos personas, y el otro es a través del interés unilateral del sujeto especial.”*

OBSERVACIONES: En el presente desarrollo doctrinal, se realiza un análisis literal del delito de Negociación Incompatible, y una relación directa con la colusión, donde en efecto la concertación es un requisito indispensable para su configuración, quedando el delito en análisis como un acto propio y un interés unilateral del funcionario.



FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO N° 02

TITULO DEL LIBRO: DERECHO PENAL - PARTE ESPECIAL (Tomo V)

AUTOR DEL LIBRO: ALONSO RAUL PEÑA CABRERA FREYRE

PAGINA: 570 – 575

CRITERIO ADOPTADO: *“Todos aquellos que participen, prestando una colaboración al autor, en el curso del iter criminis, sean particulares o funcionarios públicos (sin competencia legal), responden a título de participación delictiva (complicidad), máxime, cuando en la redacción normativa se dice que el interés indebido puede darse de forma directa o indirecta. Según la segunda variante (indirecta), el agente hace aparecer ante la Administración a un tercero, quien se presenta como representante o gestor de los intereses de los particulares, en un contrato u operación; asumiendo en los hechos una posición que en realidad está llevando a cabo el funcionario público, que está interviniendo en el proceso de contratación administrativa. Estos “intermediarios”, han responder a título de participación delictiva, como cómplices, siempre que actúen de forma dolosa. Creus, da un ejemplo, cuando el funcionario haga intervenir a una persona jurídica inexistente, con lo cual se extienda el contrato, en beneficio de él. Si es que el tercero es en realidad un tercero, que actúa de forma independiente, que orienta su accionar a influir en la decisión del funcionario competente, motivado por la ventaja ofrecida por un tercero, será autor del delito de Tráfico de Influencias.”*

OBSERVACIONES: El autor señala que la configuración del delito, mediante el interés indebido del funcionario de forma indirecta, acepta la complicidad de otros sujetos para la comisión de la Negociación Incompatible, en cuanto al tercero beneficiado cita al autor Carlos Creus, en un ejemplo donde el funcionario público podría beneficiarse asimismo; refiriendo además que si el tercero actúa independientemente e influye en la decisión del funcionario, se configuraría otro delito, no descartando la posibilidad de que el tercero beneficiado pueda ser partícipe del delito en mención, ya que como se tiene de la parte inicial de su opinión basta la colaboración al autor para responder como cómplices en el delito de Negociación Incompatible.



FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO N° 03

TITULO DEL LIBRO: EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

AUTOR DEL LIBRO: JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

PAGINA: 121 – 123

CRITERIO ADOPTADO: *“En la negociación incompatible es cómplice primario la persona que actúa como intermediario interesándose, o conociendo el interés de otro, en el contrato u operación, salvo que se trate de un funcionario público que obra en ejercicio de funciones y tiene una injerencia directa en la negociación o la celebración de los actos jurídicos. También es posible la comicidad por coacción, siempre que esta no revista gravedad. La parte beneficiada por el contrato en la medida que haya coordinado, se haya puesto de acuerdo o simplemente si está al tanto de las gestiones del funcionario puede ser considerada como cómplice. Al respecto, la jurisprudencia peruana condenó como cómplice primario al residente de obra que permitió que un vehículo de su propiedad (v.gr., volquete) sea contratado por la municipalidad en la que prestaba servicios a través de un tercero. El conocimiento y la conducta dolosa se estimó probada desde el momento que en la firma del contrato de alquiler del vehículo entre el residente de obra y el tercero se omitió intencionalmente consignar los datos de la tarjeta de propiedad del volquete en la que aparecía de manera clara como propietario el mencionado residente de obra. No es necesario que el cómplice sea funcionario público. Puede tratarse de un particular (v.gr., proveedor). Por tanto, no es necesario que el cómplice haya tenido una relación contractual con la administración pública o que haya sido funcionario público. Sin embargo, distinto es el caso en el que se imputa a un funcionario público el haber favorecido (cómplice) a una empresa en un concreto proceso de contratación, durante el tiempo que ejerció el cargo (secretario técnico) y en el que luego se demuestra que el funcionario en dicha época no laboraba en la entidad pública. No es necesario que haya un acuerdo de voluntades entre el contratista (o el operador) y el funcionario que interviene en razón a su cargo. La ley no exige en absoluto para el perfeccionamiento de la infracción que medie un convenio previo entre el funcionario y los beneficiarios directos con los contratos y/o operaciones.”*

OBSERVACIONES: El autor señala que la participación en el delito de Negociación Incompatible puede darse por parte de cualquier persona y especifica que el tercero beneficiado puede tener la calidad de cómplice en la medida que haya coordinado, se haya puesto de acuerdo o que esté al tanto de las gestiones del funcionario, señalando el caso de los proveedores que contratan con el estado, y donde un funcionario público puede interesarse indebidamente en la contratación, citando jurisprudencia al respecto, y dotando de las posibilidades materiales de la participación en la Negociación Incompatible.



FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO N° 04

TITULO DEL LIBRO: LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

AUTOR DEL LIBRO: MANUEL ABANTO VÁSQUEZ

PAGINA: 519 – 520

CRITERIO ADOPTADO: *“La autoría y la participación se rigen por las reglas generales expuestas antes en el capítulo correspondiente. Aquí se trata de un delito especial propio en el cual el funcionario que tiene a su cargo el contrato o la operación podrá ser autor del delito, y cualquier otro, funcionario o no, podrá ser partícipe. Es decir, es aplicable la teoría de la “unidad del título de imputación”. Si se siguieran además las reglas de la teoría de la “infracción del deber”, se podrían superar los problemas derivados del “dominio del hecho”, pues su aplicación podría llevar a la impunidad en caso que los actos ejecutivos sean realizados por un extraneus con colaboración lejana del funcionario. La alternativa sería considerar los casos prácticos de este tipo como autoría mediata del funcionario público a través de un “instrumento doloso no cualificado” (un particular u otro funcionario sin la relación funcional específica). Esto sería plenamente posible en los casos de alguna coacción psicológica al extraneus o inferior jerárquico (temor a la pérdida del empleo). Para el beneficiario del “interés” del funcionario, siguiendo las reglas de la “participación necesaria” tiene que haber impunidad según el artículo 397 (sin perjuicio de la aplicación de cualquier otro tipo penal en que encaje su conducta), salvo que su contribución rebase la “contribución mínima necesaria”. Dado que el C.P. peruano ya conoce un tipo específico de “patrocinio ilegal de particulares” (art. 385), el “interesarse” del artículo 397 solo podría darse a título personal del funcionario. Debido a que ya existe un tipo penal específico de “fraude en contratos y concursos” (art. 384), donde el funcionario defrauda al Estado concertándose con los interesados, el artículo 397 casi no tendría aplicación, y tendría que reprimir, en todo caso la tentativa de estos otros delitos. Parece ser que el legislador peruano no ha querido sancionar penalmente en este marco solamente la “compraventa de la función pública” que implica el cohecho, sino de manera general una serie de conductas deshonestas de los funcionarios, aun cuando sean unilaterales.”*

OBSERVACIONES: Manuel Abanto Vásquez, realiza precisiones en cuanto a la participación en el delito de Negociación Incompatible, primeramente acepta la posibilidad de que un extraneus pueda configurar el delito, sin embargo en la posición específica, el extraneus o tercero beneficiado no podría ser parte del delito, y si bien señala que tal cargo esta condicionado a su contribución mínima necesaria (complicidad) señala que el interés solo se da a título personal del funcionario, siendo un acto unilateral; es decir existe complicidad del extraneus pero no si este es el beneficiado por el interés indebido, además precisa que esto es un caso de impunidad para este tercero; así como precisa que el delito en mención reprimiría la tentativa de otros delitos por la naturaleza de su configuración, y por cuanto no es necesaria la concertación.



FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO N° 05

TITULO DEL LIBRO: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

AUTOR DEL LIBRO: RAMIRO SALINAS SICCHA

PAGINA: 648

CRITERIO ADOPTADO: *“Por otro lado, no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de aprovechamiento indebido de cargo, sino también de acuerdo con el artículo 425°, inciso 3, del Código Penal, pueden ser los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de contratar o realizar cualquier otra operación en representación y en favor del Estado. Asimismo, los funcionarios o servidores públicos que no tienen la relación funcional exigible por el tipo penal y los extraños a la administración que colaboren o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices. Pero solo son cómplices o instigadores.”*

OBSERVACIONES: Salinas Siccha refiere que los extraneus y los funcionarios que no intervengan directamente en las contrataciones o tengan dicha facultad, pueden ser parte de la configuración del delito, claro bajo título de cómplices o instigadores, además de ello hace una referencia de funcionarios contratados con funciones específicas; debemos señalar que en todo caso el autor acepta la participación del extraneus en el delito de Negociación Incompatible bajo el título que le compete.



FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO N° 06

TITULO DEL LIBRO: MANUAL OPERATIVO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

AUTOR DEL LIBRO: FIDEL ROJAS VARGAS

PAGINA: 408 – 409

CRITERIO ADOPTADO: *“Cuando en el delito de interés indebido en negociaciones públicas el tipo penal emplea la expresión “en forma directa o indirecta...”, está admitiendo la posibilidad de que el funcionario se sirva de terceras personas, que no sea él quien por acto propio demuestre interés, sino que utilice a terceros (extraneus), los cuales se interesarán (indebidamente) en los contratos u operaciones en la idea de provecho ilícito para el autor funcional. La posibilidad para que intervenga el tercero se presenta en esta hipótesis legal, ya sea como un cómplice o como un instigador, siempre que se compruebe que dio aportes dolosos de participación al delito cometido por el autor, esto es, contribuyó con el provecho del delito cometido por el autor, esto es, contribuyó con el provecho del delito cometido por el autor, esto es, contribuyó con el provecho del funcionario o servidor vinculado u obtuvo favorecimientos indebidos, determinó el interés indebido del sujeto público. El extraneus interviene en los delitos de función con esas cualidades, con esos estatus, nunca como autor o coautor.”*

OBSERVACIONES: El autor afirma que el extraneus puede formar parte de la configuración del delito, bajo la cualidad de cómplice o instigador, de acuerdo a la teoría de unidad del título de imputación, puesto tiene la naturaleza del cargo de funcionario, sin embargo, es específico en señalar que la participación del tercero se da en la hipótesis utilizar a terceros, para que se interesen indebidamente, esta apreciación trae conflictos prácticos, pues si el que se interesa es un extraneus no tendría la potestad de interesarse en un contrato u operación, y en caso la tenga – lo cual no es explicado por el autor – respondería como autor y en suma como coautor, pues materialmente no se podría explicar su desconocimiento o incompetencia en el delito.



FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO N° 07

TITULO DEL LIBRO: ASPECTOS PROBLEMATICOS EN LOS DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

AUTOR DEL LIBRO: FIDEL ROJAS VARGAS

PAGINA: 433-464

CRITERIO ADOPTADO: *“Lo que interesa aquí destacar es el tema material de fondo. En buena cuenta, los colegiados superiores, pretendían respuestas de altos estándares que usualmente no se trabajan ni producen cotidianamente en las agencias fiscales y judiciales. El tema era darle respuesta específica, con base al artículo 399 del CP, a la interrogante de cómo se es cómplice primario en dicho delito de infracción de deber. ¿Qué características deberían de tener los actos del contratista favorecido indebidamente para ser reputados de complicidad primaria? O acaso no es posible complicidad primaria en el delito de interés indebido en contrataciones públicas, por parte de los extraneus, como asertivizó una de las sentencias. Consiguientemente, ¿los actos del contratista favorecido consistentes en participar (en dos ocasiones) en una selección de postores conociendo que no cumplía con los años de experiencia que estipulaban las bases, tenían la entidad suficiente para ser reputados propios de la complicidad primaria, tomando en cuenta el significado jurídico de dicho título de imputación? Los jueces que dictaron los fallos anteriores al de fecha 28 de marzo de 2016 (en tercer juicio oral) no habían dado respuesta a dicha interrogante y por lo mismo sus resoluciones fueron declaradas nulas. “**SENTENCIA Resolución N.° 06** Andahuaylas, 28 de marzo del año dos mil dieciséis. – (...)2.4.14 Siempre quedará la duda, en el sentido de que si en efecto la participación del acusado en la comisión del delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo con los sentenciados ¿se ha realizado en forma efectiva y dolosa como para considerarlo en el grado de cómplice primario?, esto debido a que en su oportunidad no se ha investigado o aclarado en las audiencias anteriores al presente proceso, lo que si queda en la incertidumbre es conocer ¿Cuál habría sido la motivación que ha tenido el comité de selección para favorecer al acusado, a pesar de que no contaba con los cinco años de experiencia después de la colegiatura? 2.4.15 Existe la posibilidad de que se pudieran haber presentado más de un postor incumpliendo los mismos requisitos que el acusado, la Fiscalía así como la Contraloría habrían considerado a todos como cómplice primario del delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo?, ¿quizás se hubiera presentado solo el acusado como postor, cuál sería la situación?”*

OBSERVACIONES: El autor nos presenta un caso en el cual se absuelve a un tercero beneficiado de la complicidad por el delito de Negociación Incompatible, sin embargo la absolución se da por cuanto no se ha establecido la conexión entre este tercero beneficiado y el comité de selección que lo beneficia, así como no se ha determinado cual fue la motivación de este benefició, por lo que se trata de una falencia de acreditación y no normativa, y se debe tener en cuenta si la sola presentación como postor puede configurar la participación en el delito de Negociación Incompatible.



FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO N° 08

TITULO DEL LIBRO: Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios.

AUTOR DEL LIBRO: RAMIRO SALINAS SICCHA

PAGINA: 533

CRITERIO ADOPTADO: *“La teoría jurídica que debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quien como cómplice en la mayoría de los delitos funcionariales en los cuales intervienen más de dos personas, es la de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Claus Roxin. Teoría que se resumen en lo siguiente: responde como autor de un delito funcional quien interviene en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal, y responderá en calidad de cómplice quien también participa en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno simplemente porque no es portador de él. Y optando por la teoría de la unidad del título de imputación, tanto autores como cómplices responde por el mismo delito de infracción de deber realizado y en su solo proceso penal.”*

OBSERVACIONES: De acuerdo a esta conclusión, el autor señala que las categorías jurídica de complicidad primaria y secundaria no son aplicables, ya que todo aquel que sin poseer el deber especial de carácter penal participa en la comisión de un delito de infracción de deber propio o impropio, responderá penalmente junto al autor por el citado delito, pero en su calidad de cómplice, siendo la complicidad única, pues la complicidad primaria o secundaria parte de la teoría de dominio del hecho que no es aplicable en los delitos de infracción de deber, aunque vigente en la normativa penal peruana.



ANEXO 05. – FICHAS DE RECOJO DE DATOS

FICHA DE RECOJO DE DATOS – N°	
N° o EXPEDIENTE:	
CORTE:	
FECHA:	
TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO:	
MAGISTRADOS INTEGRANTES:	
CRITERIO ADOPTADO:	
OBSERVACIONES:	

FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

Indique su grado de acuerdo frente a las siguientes afirmaciones: (1 = muy en desacuerdo; 2 = en desacuerdo; 3 = en desacuerdo más que en acuerdo; 4 = de acuerdo más que en desacuerdo; 5 = de acuerdo; 6 = muy de acuerdo)	Grado de acuerdo					
	1	2	3	4	5	6
ADECUACIÓN:						
• Permite identificar, ubicar e individualizar el documento que se analiza.						X
• Permite establecer la información requerida y las observaciones del investigador						X
PERTINENCIA (contribuye a recoger información relevante para la investigación):						
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO GENERAL de la investigación (Analizar si la intervención del tercero beneficiado - extraneus forma parte de la estructura típica en el delito de Negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal.)						X
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 1 de la investigación. (Determinar si existe participación criminal del tercero favorecido en la contratación pública para ser imputado en el delito de negociación incompatible.)						X
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 2 de la investigación. (Analizar si en aplicación del principio de legalidad puede ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito de Negociación Incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal.)						X
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 3 de la investigación. (Determinar si la estructura típica del delito de Negociación Incompatible, y su aplicación conduce a la impunidad del tercero beneficiado - extraneus.)						X
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 4 de la investigación. (Proponer una fórmula legal que sancione la conducta del tercero beneficiado.)						

Identificación del experto

Nombre y apellidos	AUGUSTO CASTILLO CORDERO
Filiación (ocupación, grado académico y lugar de trabajo):	JUEZ PENAL UNIPERSONAL - PUNO
e-mail	
Teléfono o celular	992 098 295
Firma	



Augusto Castillo Cordero
JUEZ DEL TERCER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL
Y ELECCIÓN DE PUNO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
PODER JUDICIAL



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 01

N° o EXPEDIENTE: 841-2015 AYACUCHO

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Permanente

FECHA: 24 de mayo de 2016

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Sentencia de Casación

MAGISTRADOS INTEGRANTES: Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana (D.D.), Hinostrza Pariachi y Neyra Flores.

CRITERIO ADOPTADO: Fundamentos:

*“Vigésimo Octavo: El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial -normativizado-, que sólo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición. La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos. **Trigésimo:** Como podemos observar, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo. El tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado -de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública. **Trigésimo Primero:** El delito de negociación incompatible se enmarca dentro del Título XVIII (Delitos contra la administración pública), Capítulo II (Delitos cometidos por funcionarios públicos), Sección IV (Corrupción de funcionarios). Por ende, su interpretación se da en el marco de la corrupción de funcionarios. Podemos observar que el mismo tiene una naturaleza subsidiaria, dado que, por su configuración típica, se presenta cuando no se da otra de las conductas previstas en esta sección. Si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como un cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizará una colusión. El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente.”*

OBSERVACIONES:

La presente casación deja sentado que el delito de Negociación Incompatible, no acepta la participación de un tercero si no se encuentra previamente establecido en la descripción típica, en dicho sentido su configuración solo se realiza con la actividad del funcionario público al interesarse indebidamente en provecho propio o de tercero, siendo este último con quien no necesariamente se realiza la contratación. Asimismo, precisa características del delito de Negociación Incompatible como que: Es un delito de infracción de deber, no es un delito de participación necesaria, el tercero beneficiado no necesariamente es la persona con la que se contrata, su interpretación se da en el marco de corrupción de funcionarios, tiene naturaleza subsidiaria. Empero es de agregar que, al señalar que la configuración del delito se da sin la intervención de un tercero niega la modalidad de su realización de forma indirecta, pues esta modalidad nunca podría configurarse.



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 02

N° o EXPEDIENTE: 3144-2009 PUNO

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Permanente

FECHA: 11 de octubre de 2010

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Recurso de Nulidad

MAGISTRADOS INTEGRANTES: San Martín Castro (D.D.), Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo y Calderon Castillo.

CRITERIO ADOPTADO: Fundamento Jurídico:

“CUARTO. Que, desde los hechos objeto de acusación, base fáctica que determina el marco del juicio de subsunción normativa, cabe afirmar que se cumplen los elementos objetivos y subjetivos del tipo legal de aprovechamiento indebido del cargo. El imputado Astorga Neira contrató a su cuñado – esposo de su hermana – en un cargo público al margen de los procedimientos legalmente previstos. La conducta rectora es la de interesarse en miras de un beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación. En esta última noción, como es obvio, esta incursa una contratación laboral que importó la ocupación de un cargo en una institución de la Universidad del Altiplano y el pago consiguiente de las remuneraciones a quien resultó beneficiado con ella. El imputado Astorga Neira volcó sobre la contratación -que él decidió- una pretensión de parte no administrativa. Hubo una parcialidad a favor de un vinculado suyo al margen de las prohibiciones legales y de los procedimientos de contratación pública. El interés que se criminaliza es todo aquél que sea distinto al de la Administración Pública -basta cualquier móvil de interés privado-. La ilicitud procede de la especial situación en que se encuentra el agente que le impide actuar en forma privada en la contratación pública, para cuya realización es competente -no puede desconocerse que el contrato de trabajo a final de cuentas importa un pago como contraprestación a una actividad que debe realizar la contraparte (relación jurídica de carácter patrimonial)-. El acusado Astorga Neira, por consiguiente, se interesó de manera directa para el beneficio de un vinculado suyo por razones de parentesco. Como el delito de negociación incompatible es especial propio, todo aquél que tome parte de modo alguno en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para el autor es un cómplice. Este es el caso del encausado Navarro Canales, quien se favoreció con la contratación pública en la que se interesó su coimputado en función a su vínculo de parentesco. Su aportación no ha sido mínima en la realización del tipo legal -que es un delito de encuentro-; su contribución era necesaria para que el interés se concrete y el contrato pueda tener lugar, como en efecto fue así. La conducta atribuida, en ambos casos, es delictiva. La excepción de naturaleza de acción que ambos han deducido no puede prosperar.”

OBSERVACIONES:

En la presente ejecutoria se precisa que el delito de Negociación Incompatible es un delito especial propio, por lo que al no tener las cualidades de autor, esto es el de funcionario público, corresponde la condición de cómplice, lo cual tiene directa relación con la teoría de la unidad del título de imputación, agregando el tipo de participación necesaria, conforme lo describe el primer párrafo del artículo 25 del Código Penal, en relación al cómplice primario, y con mayor énfasis con el tercer párrafo de la norma en mención, pues no concurren en él el elemento especial de funcionario público. Además de ello la ejecutoria suprema precisa que el delito de Negociación Incompatible es un delito de encuentro. Además de ello, el tercero a quien se le atribuye la conducta delictiva es precisamente el tercero beneficiado con el interés indebido del funcionario.



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 03

N° o EXPEDIENTE: 1166-2012 – LORETO

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Transitoria

FECHA: 06 de noviembre de 2012

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Recurso de Nulidad

MAGISTRADOS INTEGRANTES: Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado (D.D.) Villa Bonilla y Tello Gilardi.

CRITERIO ADOPTADO: Fundamentos:

*“Sétimo: Que, por tanto, la valoración integral de las pruebas permiten llegar a una convicción absoluta acerca de la responsabilidad atribuida al encausado Aguilar Isuiza, quien aportó causalmente, esto es, ayudó, colaboró y apoyó a Tananta Pinchi para que emitiera el informe favorable para determinar el cambio del producto y de esa forma beneficiarse económicamente porque la Municipalidad agraviada siguió cancelando el mismo precio, pese a que se determinó que la leche evaporada de las marcas “Pura Vida” y “Bonlé” eran de menor calidad que la de “Gloria”, hecho que se acreditó con el cuadro de pagos efectuados por la entidad edil de fojas ciento cincuenta y doscientos uno, en el que se verifica que se pagó el mismo precio que cuando se recibía la leche evaporada de la marca “Gloria”; en consecuencia, lo actuado resulta suficiente para enervar la presunción de inocencia que constitucionalmente lo ampara. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seiscientos sesenta y uno, del diecisiete de octubre de dos mil once, en el extremo que condenó a Gustavo Aguilar Isuiza como cómplice primario del delito contra la Administración Pública -negociación incompatible, en agravio del Estado -Municipalidad Provincial de Maynas.”*

OBSERVACIONES:

La presente ejecutoria suprema confirma la posibilidad de la condena del cómplice primario en el delito de Negociación Incompatible, por lo que permite afirmar que, si la conducta del agente es necesaria para la concreción del ilícito penal, aun sin tener las cualidades específicas de Funcionario Público puede ser punible del delito en análisis, la punibilidad radica principalmente en el despliegue necesario, como refiere la ejecutoria de aportar, ayudar, colaborar y apoyar el Interés Indebido.



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 04

N° o EXPEDIENTE: 23 - 2016 – ICA

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Permanente

FECHA: 16 de mayo de 2017

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Sentencia Casatoria

MAGISTRADOS INTEGRANTES: Pariona Pastrana (D.D.), Neyra Flores, Calderón Castillo y Figueroa Navarro. Sequeiros Vargas (Voto Discordante)

CRITERIO ADOPTADO: Fundamentos:

*“4.37 Mediante la sentencia citada, se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos -en aplicación del principio de legalidad-, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal. Debemos indicar que si bien el artículo 56, cuarto párrafo, de la Ley de Contrataciones con el Estado -vigente al momento de los hechos- precisa que “En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, **asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.**” (El resaltado es nuestro); en el mismo sentido, el artículo 44 de la actual Ley de Contrataciones con el Estado señala, “(...) cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, **asumen responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato (...)**” (El resaltado es nuestro). 4.38 La responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero contratado, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece en principio al cumplimiento cabal del principio de legalidad y, asimismo, a que el tercero -que se beneficiara- no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiado -de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública. 6.4 (Del Voto Discordante) Concuero con este extremo del voto en Mayoría, dado que, por la estructura del tipo penal, los terceros – el extraneus – no forma parte de la estructura típica, toda vez que es un delito especial propio y no es bilateral.”*

OBSERVACIONES:

La presente casación hace alusión a normas administrativas relativas a las Contrataciones Públicas, en las que se enmarca el delito de Negociación Incompatible, la precisión realizada si bien vincula al *extraneus* como participante directo en procedimientos no realizados correctamente, a consideración de los magistrados supremos aísla al tercero de una responsabilidad penal y subrogándolo solo ante una responsabilidad administrativa sin ningún tipo de influencia, resaltando que la impunidad del tercero se realiza en base al cumplimiento del principio de legalidad, tal como se tiene también del voto discordante que refiere que el tercero – extraneus, no forma parte de la estructura típica del delito de Negociación Incompatible.



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 05

N° o EXPEDIENTE: 67 – 2017 – LIMA

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Segunda Sala Penal Transitoria

FECHA: 11 de julio de 2017

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Sentencia de Casación

MAGISTRADOS INTEGRANTES: Hinostroza Pariachi, Ventura Cueva (D.D.), Pacheco Huancas, Cevallos Vegas y Chávez Mella

CRITERIO ADOPTADO: Fundamentos

“Cuadragésimo tercero. Al respecto, este Supremo Tribunal, considera, en función de lo señalado anteriormente, que el delito de negociación incompatible, debe interpretarse desde un enfoque restrictivo, en aras de proteger la presunción de inocencia del imputado; que solo se desvirtuará cuando existan medios probatorios que acrediten de forma indubitable la comisión del tipo penal; por ello, se acoge la postura mayoritaria, que afirma que es posible la configuración del delito de negociación incompatible, respecto a “interesarse directamente e indirectamente”; solo mediante actos positivos. En tanto que el juzgador, deberá analizar si en determinado caso, una conducta omisiva, podría adecuarse al elemento normativo “interesarse por acto simulado”; por cuanto la configuración del tipo penal de negociación incompatible, no obedece a meros incumplimientos administrativos, que solo podría constituirse como un defecto en la administración interna, no siendo merecedora de una sanción penal. Cuadragésimo cuarto. Ello es así, toda vez que, en determinados casos puede darse, incluso, la posibilidad que el agente realice una conducta negligente, que aunque infrinja la normativa administrativa, no tendrá relevancia suficiente, para merecer una sanción de carácter penal, o, en todo caso, las conductas omisivas podrían ser reprimidas, por ejemplo, con otros tipos penales, como el delito de omisión de actos funcionales, siempre, dependiendo de la valoración del juzgador, en el caso concreto; por supuesto, luego de acudir a una vía menos gravosa.”

OBSERVACIONES:

En el presente caso se hace alusión al análisis de la posibilidad de configurarse el delito de Negociación Incompatible, por conducta omisivas, a diferencia de otros tipos penales donde es factible que la falta de acción permita la vulneración del bien jurídico protegido, los magistrados supremos precisan que la Negociación Incompatible no obedece a meros incumplimientos administrativos que finalmente permitieron en un interés indebido, por lo que ante supuestos casos de conductas negligentes la conducta recaería en otro tipo penal contra la administración pública.



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 06

N° o EXPEDIENTE: 231 – 2017 – PUNO

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Segunda Sala Penal Transitoria

FECHA: 14 de setiembre de 2017

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Sentencia de Casación

MAGISTRADOS INTEGRANTES: Hinostroza Pariachi, Figueroa Navarro, Cevallos Vegas (D.D.) Chavez Mella.

CRITERIO ADOPTADO: Fundamentos:

*“Décimo. - El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, está ubicado en la sección IV del Código Penal - Delito de corrupción de funcionarios, por lo que se constituye en una **modalidad de corrupción**, lo que significa que la conducta del agente debe poseer dicha orientación, por ello, se descarta, prima facie, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa. **Décimo sexto.** - La conducta típica de este ilícito penal está constituida por el “interés indebido”; el verbo rector “interesarse”, ha sido considerado por el sector mayoritario de la doctrina, como “volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste”; y será indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Este actuar, no debe ser entendido como “parcializarse” por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo. **Vigésimo primero.** - En consecuencia, el agente activo debe ser un funcionario con competencia para intervenir en los contratos u operaciones estatales, ello, por cuanto, solo es posible que se interese indebidamente, en provecho propio o de tercero, si es que se encuentra dentro de su ámbito funcional, las decisiones que materializarán su interés indebido, que recaerá en su propio provecho o de otro.”*

OBSERVACIONES:

Primeramente la ejecutoria suprema precisa que de acuerdo a la ubicación del delito de Negociación Incompatible, nos encontramos ante una modalidad de corrupción al igual que los delitos de cohecho, soborno internacional, corrupción de auxiliares jurisdiccionales, tráfico de influencias, y enriquecimiento ilícito; asimismo precisa que el verbo rector del ilícito de interesarse indebidamente, no es una simple parcialización sino la búsqueda de un beneficio, y retira finalmente la calidad del agente para cometer el delito, pues debe poseer dicha facultad discrecional sobre las contrataciones públicas.



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 07

N° o EXPEDIENTE: 1909 – 2011 – Ucayali

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Transitoria

FECHA: 05 de octubre de 2012

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Recurso de Nulidad

MAGISTRADOS INTEGRANTES: Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Santa María Morillo, Villa Bonilla (D.D.) y Tello Gilardi.

CRITERIO ADOPTADO:

“Cuarto: Análisis. - Fijado lo anterior, estando a que el recurrente ha sido condenado a título de cómplice primario, de entrada, cabe remitirse al artículo veinticinco del Código Penal, según el cual se atribuye tal condición a quien dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible; debiendo puntualizarse – de la mano de la Doctrina – que los comportamientos dolosos que connotan complicidad, en su faz objetiva, “deben tratarse de conductas que aumentan las probabilidades de comisión del delito por el autor, o de culminación con éxito de la empresa delictiva (...), es decir, conductas cuya peligrosidad estriba no en la probabilidad de causación directa de una lesión al bien – constitutiva de autoría –, sino en la creación de una serie de condiciones aptas para que la lesión al bien jurídico por el autor sea más fácil, más segura, más rápida, o más intensa”. En ese sentido, en materia de negociación incompatible, esto es, en el marco de contrataciones parcializadas, constituirían, manifestaciones de actos de cooperación, por ejemplo, los intermediarios o del funcionario o de la empresa favorecida, los facilitadores o terceros negociadores que sirven a tales intereses, etcétera;”

OBSERVACIONES:

El recurso de nulidad en mención precisa, que, para el delito de Negociación Incompatible, es permisible que los terceros puedan tener la calidad de cómplices primarios en la comisión del delito, de conformidad a lo señalado en el artículo 25 del Código Penal, es decir la prestación de un auxilio necesario para la configuración del delito.



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 08

N° o EXPEDIENTE: 3-2016/CJ-116

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República, X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria.

FECHA: 12 de junio de 2017

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Acuerdo Plenario

MAGISTRADOS INTEGRANTES: San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Hinostriza Pariachi, Príncipe Trujillo, Neyra Flores, Ventura Cueva, Sequeiros Vargas, Figueroa Navarro, Pacheco Huancas, Cevallos Vegas, Chavez Mella, Calderon Castillo.

Fundamento jurídico propio del señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA.

CRITERIO ADOPTADO:

“14°. La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional (...) Ella, por tanto, debe ser sancionada, según los casos, con los mismos estándares de penalidad conminados en el artículo 401° y en concordancia con lo dispuesto al respecto en los artículos 24° y 25° del Código Penal (...) Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito, En efecto, lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25° del Código Penal, por el artículo 2° del Decreto Legislativo 1361, que expresamente señala: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”.

OBSERVACIONES:

Importante jurisprudencia sobre el delito de Enriquecimiento Ilícito que analiza directamente la intervención del extraneus en la comisión de delitos de infracción de deber, al igual que el delito de Negociación Incompatible donde el agente es el funcionario público que tiene la cualidad de cometer el ilícito, precisa además que la accesoriedad de la participación se da, corroborado por el artículo 25 del Código Penal, recientemente modificado, por lo que dicho delito situado también dentro de los delitos de Corrupción de Funcionarios y con carácter residual al igual que el de Negociación Incompatible, permite la participación y punibilidad del extraneus en su configuración.



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 09

N° o EXPEDIENTE: 806-2018 - CALLAO

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Transitoria

FECHA: 08 de enero de 2019

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Ejecutoria Suprema (Calificación)

MAGISTRADOS INTEGRANTES: Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu (D.D.) y Pacheco Huancas.

CRITERIO ADOPTADO:

“Sétimo: En cuanto a lo planteado por la defensa de Peña Macher y Peña Aparicio como desarrollo jurisprudencial sobre la participación de los extraneus en el delito de negociación incompatible, este Supremo Tribunal considera con base en el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, que tal cuestión, a la fecha, no admite controversia alguna. En efecto, en dicho acuerdo plenario se aceptó la intervención del extraneus, que no ostenta una obligación especial, como partícipe (inductor o cómplice) de un delito de infracción de deber y se consideró dominante la teoría de la unidad del título de imputación. Además, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1351, que modificó el artículo 25 del Código Penal, se afirmó que a efectos de cubrir espacios de impunidad ante una eventual posición judicial o fiscal por la teoría de la ruptura del título de la imputación, se considera pertinente adoptar expresamente la teoría de la unidad del título de imputación como regla de la parte general del Código Penal, pues esta última no presenta inconvenientes en la admisión de la responsabilidad del extraneus derivado de la imputación del autor. En consecuencia, debe desestimarse liminarmente los recursos de casación interpuestos.”

OBSERVACIONES:

Dicha ejecutoria, que califica el recurso de casación interpuesto precisa que no existe controversia en la participación del extraneus en el delito de Negociación Incompatible tomando como base el Acuerdo Plenario N° 2-2011 que versa sobre los alcances de la prescripción en delitos funcionariales, y la modificación del artículo 25 del Código Penal sobre la responsabilidad del cómplice en referencia al hecho punible del autor pese a no contar con los mismos elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal, no se hace mención a la Casación N° 841-2015 AYACUCHO pese a que la defensa al presentar el recurso de casación es fundamentado expresando dicha jurisprudencia tal como se tiene del fundamento primero de la parte considerativa de la ejecutoria suprema analizada.

FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 10

N° o EXPEDIENTE: 346-2019 – MOQUEGUA

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Permanente

FECHA: 06 de noviembre de 2019

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Sentencia de Casación

MAGISTRADOS INTEGRANTES: San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas, y Chávez Mella (D.D.)

CRITERIO ADOPTADO:

“1.2. En segundo lugar, el delito de negociación incompatible es un ilícito especial propio, por lo que solamente el intraneus (vinculado institucional) es capaz de lesionar el bien jurídico al infringir su deber mediante un actuar indebido (interés de beneficiarse a sí mismo o a un tercero). No existe el extraneus y tampoco se admite que el actuar indebido del funcionario o servidor público (intraneus) pueda ser determinado por el primero, el cual, en sentido restringido, puede ser un funcionario o servidor público sin poder de decisión o, en sentido amplio, una persona no vinculada con la administración pública. No se configura la instigación. 1.3. En tercer lugar, si la colaboración interesada o la influencia provino de otro funcionario o servidor público participante en los contratos u operaciones, o de un tercero no proveedor, postor o contratista, se instituye una concertación. 1.5. En quinto lugar, en el ilícito de negociación incompatible no participan los particulares. Si el funcionario público que tiene a su cargo una contratación u operación recibe alguna aportación fáctica por parte de un sujeto no cualificado, aquello implica, necesariamente, una colusión o concertación. No es posible que un postor o beneficiario con una buena pro pueda determinar, inducir o cooperar con el interés indebido de los sujetos especiales, sin la existencia de una coordinación. Este último elemento es propio de los tipos penales de participación necesaria. En ese sentido, el encausado JHONNY IVÁN OBISPO CABRERA, en su condición de representante legal del consorcio Chirimayuni, no es partícipe. 11.1. De acuerdo con la redacción típica del artículo 399 del Código Penal, lo que se punibiliza en el delito de negociación incompatible es el “interés indebido” del funcionario o servidor público, en provecho propio o de tercero. Se instituye como un “delito unilateral”. Para ello, basta la inobservancia de la “imparcialidad” requerida por la norma penal, procurándose evitar cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajena al interés de la Administración Pública. 11.2. Esta Sala Penal Permanente, aunque con una composición personal distinta, ha definido que el delito de negociación incompatible como uno de infracción de deber, porque implica el quebrantamiento de un deber especial normativizado, que solo puede ser infringido por su destinatario: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición. Asimismo, estableció, por un lado, que la estructura típica de este ilícito no permite la intervención del “tercero” con el que se realiza la operación, pues, de darse esto último, se estaría configurando, más bien, un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros); y, por otro lado, que no constituye un delito de “participación necesaria”, como sí lo es, por ejemplo, la colusión. También se determinó que la negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. 11.3. El hecho de que, en su oportunidad, dichos criterios no fueron catalogados como “doctrina jurisprudencial vinculante”, no impide que sean observados jurídicamente. Se hace constar que, en cumplimiento de la función nomofiláctica, todas las decisiones que se emiten en esta Instancia Jurisdiccional Suprema constituyen “jurisprudencia” y detentan fuerza normativa respecto de la interpretación hermenéutica que se realiza. 11.5. No debe eludirse los evidentes problemas concursales que existen entre los delitos de negociación incompatible, omisión de actos funcionales, colusión y cohecho, los cuales, actualmente, no han sido superados por la jurisprudencia y la doctrina. Por ello, este Tribunal Supremo refrenda el pronunciamiento casatorio aludido en el que se efectuó la interpretación del artículo 399 del Código Penal y se remite a sus consideraciones jurídicas. No se promovieron alegaciones para justiciar, en este caso, el apartamiento jurídico.”

OBSERVACIONES:

La sentencia casatoria inicia señalando firmemente que en el delito de Negociación Incompatible no existe la participación del extraneus, además de ello precisa que la conducta del funcionario o servidor de ninguna forma puede ser direccionada por el extraneus, la participación material de este significaría la configuración del delito de colusión; posteriormente señala que si bien la casación 841-2015/Ayacucho, del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, no es jurisprudencia vinculante, no impide que sea tenida en cuenta, en razón a la naturaleza propia de la jurisprudencia que emite la instancia suprema; para concluir que la interpretación de los delitos de negociación incompatible, omisión de actos funcionales, colusión y cohecho no es uniforme tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, por lo que dicho tribunal (Sala Penal Permanente) se ratifica en los criterios establecidos en sus resoluciones.



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 11

N° o EXPEDIENTE: 18-2017 JUNIN

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Transitoria

FECHA: 24 de julio de 2019

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Sentencia de Casación

MAGISTRADOS INTEGRANTES: Prado Saldarriaga (D.D.), Barrios Alvarado, Quintanilla Chacón, Castañeda Otsu, y Pacheco Huancas

CRITERIO ADOPTADO:

*“Noveno. De esta manera, cuando el encausado Castillo Reyna remitió el oficio número 282-2011-INPE/20.04, por el cual ordenó a su coencausado Cano Carhuallanqui, director del Penal de Huancayo, que firme el convenio mencionado, a pesar de que el mismo no cumplía con los requisitos señalados en la Directiva número 001-2008- INPE; actuó con un interés ajeno a la Administración Pública, ya que **benefició indebidamente a una empresa relacionada con un trabajador del mismo centro penitenciario donde se iba a realizar el servicio.** Asimismo, el procesado Cano Carhuallanqui, al firmar el convenio aludido, también lo hizo sin acatar la norma administrativa ya mencionada, además no verificó que la empresa que brindaba el servicio telefónico cumpliera con las especificaciones de su propuesta técnica, lo que era parte de su función como director del Centro Penitenciario conforme con el Manual de Organización y Funciones de la Oficina Regional Centro-Huancayo; Entonces, sí hay un interés indebido no solo en la suscripción del contrato sino en su ejecución, buscando **favorecer a una empresa cuya dueña era familiar directo de un amigo suyo.** Por consiguiente, la Sala de Apelaciones de Huancayo aplicó debidamente el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, referido al delito de negociación incompatible. **Décimo. En lo referente a la sentenciada Rojas Patiño, la calificación de cómplice que se le asignó también se adecúa a lo dispuesto en el artículo veinticinco del Código Penal, pues intervino directamente en la negociación incompatible como contraparte de la misma, permitiendo con ello su plena realización y conclusión; teniendo pleno conocimiento del interés indebido de los funcionarios públicos y que la llegaron a beneficiar.”***

OBSERVACIONES:

La Sala Penal Transitoria en una sentencia casatoria reciente, refiere que es totalmente factible la participación en calidad de cómplice al tercero beneficiado, en el presente caso en aplicación del artículo 25 del Código Penal, se denota su aporte material y subjetiva en su intervención directa como proveedor del Estado, y que permite la realización y conclusión del delito, además de ellos bajo estos aportes propios y voluntarios se tiene claro el conocimiento de la conducta y el conocimiento propio del interés indebido de los funcionarios; se debe agregar además que el aporte subjetivo sobre el conocimiento de la conducta prohibida esta acreditado por la vinculación con los funcionarios públicos que hicieron posible la contratación pública, en el caso de autos es un familiar de un trabajador de la institución con quien se contrata y que además era amigo del director de la institución con quien se suscribe el contrato, agregado a esto existen inobservancias a las formalidades de las contrataciones lo que también demuestran el interés indebido; en cuanto a la participación del extraneus se ha acreditado su intervención como proveedor que permite la comisión del delito de Negociación Incompatible.

FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 12

N° o EXPEDIENTE: Selva Central N° 1895-2019

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Permanente

FECHA: 27 de abril de 2021

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Sentencia de Casación

MAGISTRADOS INTEGRANTES: San Martín Castro, Sequeiros Vargas, Coaguila Chávez (D.D.) Torre Muñoz, Carbajal Chávez

CRITERIO ADOPTADO:

“Cuarto. Situándose en el tema específico, es relevante abordar el fundamento de la participación delictiva. Al respecto, se han diseñado dos teorías: por un lado, la conocida como de la “corrupción o la culpabilidad” y, por otro lado, la rotulada como de la “causación o el favorecimiento”. Según la primera, “el partícipe es castigado por convertir a otra persona en delincuente o contribuir a hacerlo”. En cambio, en la segunda se evalúa el desvalor de la intervención a partir de que causa o favorece la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor. No es importante que el autor obre o no culpablemente (que pueda imputársele personalmente o no), sino que basta la causación o favorecimiento de un hecho antijurídico del autor por parte de un partícipe (él sí) culpablemente. Esta última ha sido catalogada como la teoría más “convinciente [sic]”. El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo penal. En esa línea, la participación en los delitos especiales propios no es impune. De igual forma, en los delitos de infracción de deber, cualquier tercero puede, en principio, realizar una contribución delictiva al hecho de un obligado positivamente o inducirle al mismo. Esto se debe a que no es correcto afirmar que las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber no incumben también a quien no se encuentra obligado positivamente. El comportamiento del extraneus que contribuye a un delito de infracción de deber no es, desde luego, jurídicamente neutro, pues también debe imputársele el suceso aun cuando careciese de la obligación especial derivada de la institución positiva. De ahí que, la participación del extraño (extraneus o tercero) en la acción delictiva de los funcionarios públicos es siempre posible cuando se compruebe que aquél ha sido el factor desencadenante de la acción y se incorpora decisivamente en la causación del delito. Quinto. Así, en lo que atañe al delito de negociación incompatible, el hecho de que no esté tipificado como un delito de participación necesaria, como así sucede en el ilícito de colusión, no impide la posibilidad de castigar a toda aquella persona que esté favorecida en la comisión de este ilícito. La participación no se sustenta en la infracción de un rol institucional que sólo vincula al obligado, sino en el hecho de que todos los miembros de la sociedad también se encuentran vinculados de forma meditada a estas. Por ello, el cómplice tendrá que realizar un aporte significativo en la ejecución del hecho delictivo, conociendo el interés indebido del funcionario público en una operación o contrato a su cargo y con la finalidad de obtener un beneficio de ello. Lo decisivo será perseguir un “interés” (propio o ajeno), por ende, también serán punibles solo como partícipes, por tratarse de un delito especial propio, aquellos que, aunque posean un interés definido, no reúnan la calidad especial de autoría. El cómplice tiene que conocer que el funcionario público se interesa indebidamente, de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico. No basta con verificar, de modo objetivo, un aporte causal del interviniente punible y que con su conducta se facilite la comisión del delito. Resulta indispensable probar y justificar su comportamiento doloso. En suma, al tratarse de un delito especial y un delito de infracción de deber, serán partícipes los sujetos que tengan algún tipo de intervención en el hecho punible, pero que no sean funcionarios ni servidores públicos o que, siéndolo, no tengan competencia en el contrato u operación del que se trate. Para ello se requiere, además, que hayan actuado de manera dolosa. Sexto. En ese sentido, en virtud de la jurisprudencia y la doctrina especializada, esta Sala Penal Suprema aprecia que el delito de negociación incompatible, al tratarse de un ilícito especial propio –pues no existe un injusto común subyacente– y de infracción de deber, admite, jurídicamente, la participación punible del tercero no obligado institucionalmente o extraneus.”

OBSERVACIONES:

La Sala Penal Permanente en esta oportunidad refiere finalmente que se debe tener en cuenta las teorías de la corrupción y causación, siendo esta última la que debe tomarse en cuenta a efectos de valorarse el favorecimiento al delito por parte del partícipe, en el entendido que existe un deber general que vincula a los terceros con los roles institucionales, de esa forma se requiere una intervención significativa y dolosa, lo que en suma también debe acreditarse.



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 13

N° o EXPEDIENTE: 1765-2019 Lima

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Permanente

FECHA: 29 de marzo de 2022

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Sentencia de Casación

MAGISTRADOS INTEGRANTES: San Martín Castro, Altabas Kajatt, Sequeiros Vargas (D.D.), Coaguila Chávez, Carbajal Chávez.

CRITERIO ADOPTADO:

“1.7 En lo que concierne a la participación del tercero o extraneus, no coincidimos en la aplicación de la Casación número 841-2015/Ayacucho, del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, por cuanto, conforme lo establece el Acuerdo Plenario número 2-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once, sobre la actuación de terceros en delitos contra la Administración Pública en su fundamentos jurídico 11 y 12, a título de cómplice, sobre la tesis de la unidad de título de imputación, es válida la participación de terceros, por cuanto un mismo hecho no podría ser reputado bajo la figura de dos tipos penales diferentes, en razón de los partícipes, tanto más si se reputa la participación del tercero como dependientemente del hecho principal, por tanto, no se le adjudica que infrinja el deber por cuanto no es funcionario público pero sí puede responder a título de cómplice.”

OBSERVACIONES:

La Sala Penal Permanente, señala de forma expresa la no aplicación de la prohibición de participación del tercero o extraneus en el delito de Negociación Incompatible que antes fue tomada en la Casación 841-2015 Ayacucho como base para la absolución y sobreseimiento de participaciones criminales por parte de los terceros beneficiados en este delito de Infracción de Deber, pese a que este criterio ahora dejado de lado fue recientemente refrendado también por la Sala Penal Permanente en la sentencia de casación 346-2019 – Moquegua suscrita además por los magistrados San Martín Castro y Sequeiros Vargas, lo cual hace prever las diferencias de posturas que no fueron resuelta y falta de análisis concordante que aún no fue resuelto por la jurisprudencia nacional.



FICHA DE RECOJO DE DATOS – N° 14

N° o EXPEDIENTE: 184-2020 Lima Norte

CORTE: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Permanente

FECHA: 26 de abril de 2022

TIPO DE RESOLUCIÓN O RECURSO: Sentencia de Casación

MAGISTRADOS INTEGRANTES: San Martín Castro, Altabas Kajatt, Sequeiros Vargas, Coaguila Chávez, Carbajal Chávez (D.D.).

CRITERIO ADOPTADO:

*“**Noveno.** Sobre el particular, verificamos que la Casación número 841-2015/Ayacucho, en el fundamento trigésimo, establece que “la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria”, y reitera dicha postura en el mismo fundamento trigésimo, donde señala lo siguiente: “El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente”, por lo que **la postura de la citada casación respecto al título de imputación, específicamente en cuanto al delito que nos ocupa, es que no admite la complicidad. Decimosexto.** Por lo tanto, advertimos que se pretende que (...), en su calidad de representante legal de (...), sea considerado como cómplice del delito de negociación incompatible al haber sido claramente beneficiado con el actuar de los sentenciados (...); no obstante, conforme ha sido expuesto, **el tipo penal en el que se superpone el interés de un tercero frente a los intereses de la administración pública, materializado en una concertación que —se entiende— resulta entre el funcionario o servidor público y el tercero, se encuentra tipificado como delito de colusión**, y dado que, en el caso de autos, se ha sobreesido la investigación por el citado delito de colusión y peculado que se siguió contra el procesado, la decisión judicial de la Sala Superior ha analizado el tipo penal en los fundamentos 2.30 al 2.35 de forma correcta.”*

OBSERVACIONES:

Se tiene nuevamente que dicha Casación en directa aplicación a lo analizado por la misma Sala Penal Permanente en la Casación 841-2015 Ayacucho, continúa con la postura de la imposibilidad de admitir la complicidad en el delito de negociación incompatible, siendo que si existe un interés hacia un tercero mediante una concertación este delito es el de colusión y no el de negociación incompatible, sin embargo, no se ha señalado si existió una concertación o solo un interés indebido, en el último caso se entendería que bajo la postura citada de la casación de Ayacucho este análisis parte de la literalidad del tipo penal, pero aún mas importante es que la misma Sala Penal Permanente un mes antes ya había señalado de forma evidentemente contraria que si es posible la participación en el delito de negociación incompatible, bajo la aplicación del Acuerdo Plenario N° 2-2011 y que – la sala, incluida la ponencia de la presente – no coincidía con la Casación de Ayacucho como es de verse de la Casación 1765-2019 Lima del 29 de marzo de 2022, y es de anotar que no solo la misma sala se ha pronunciado de forma contraria sino que la conformaron los mismos magistrados supremos, lo cual además corrobora y acredita el problema de investigación.



8.6. ANEXO 06 ENCUESTAS

ENCUESTA	
ENCUESTADO:	_____
PROFESION/CARGO:	_____
1. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE, PUEDE SER CONSIDERADO COMO EXTRANEUS? SI/NO ¿POR QUÉ?:	

2. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE, DEBE TENER UNA TIPIFICACION INDEPENDIENTE PARA SU PUNIBILIDAD?	

FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

Indique su grado de acuerdo frente a las siguientes afirmaciones: (1 = muy en desacuerdo; 2 = en desacuerdo; 3 = en desacuerdo más que en acuerdo; 4 = de acuerdo más que en desacuerdo; 5 = de acuerdo; 6 = muy de acuerdo)	Grado de acuerdo					
	1	2	3	4	5	6
ADECUACIÓN (adecuadamente formulada para los destinatarios que vamos a encuestar):						
• Las preguntas se comprenden con facilidad (clara, precisa, no ambigua, acorde a la naturaleza cualitativa del instrumento)						X
• Las preguntas ofrecen respuestas abiertas.						X
PERTINENCIA (contribuye a recoger información relevante para la investigación):						
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO GENERAL de la investigación (Analizar si la intervención del tercero beneficiado - extraneus forma parte de la estructura típica en el delito de Negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal.)						
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 1 de la investigación. (Determinar si existe participación criminal del tercero favorecido en la contratación pública para ser imputado en el delito de negociación incompatible.)						
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 2 de la investigación. (Analizar si en aplicación del principio de legalidad puede ingresar el tercero beneficiado en la estructura típica del delito de Negociación Incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal.)						
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 3 de la investigación. (Determinar si la estructura típica del delito de Negociación Incompatible, y su aplicación conduce a la impunidad del tercero beneficiado - extraneus.)						
• Es pertinente para lograr el OBJETIVO ESPECÍFICO n.º 4 de la investigación. (Proponer una fórmula legal que sancione la conducta del tercero beneficiado.)						X

Identificación del experto

Nombre y apellidos	AUGUSTO CASTILLO CORDERO
Filiación (ocupación, grado académico y lugar de trabajo):	JUEZ PENAL UNIPERSONAL - PUNO
e-mail	
Teléfono o celular	992 098 295
Firma	



Augusto Castillo Cordero
JUEZ PENAL UNIPERSONAL
Y COLEGADO DE PUNO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO
PODER JUDICIAL



DETERMINACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO BENEFICIADO - EXTRANEUS EN LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, BAJO EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

ENCUESTA

ENCUESTADO: OSCAR FREDY AYESTAS ARDILES

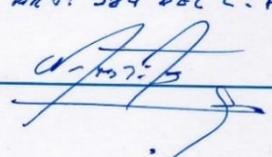
PROFESION/CARGO: JUEZ SUPERIOR PENAL

1. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE, PUEDE SER CONSIDERADO COMO EXTRANEUS? SI/NO ¿POR QUÉ?

EN LA DOCTRINA NO ES PACÍFICO EL TEMA, MI OPINIÓN ES QUE SÍ EL TERCERO BENEFICIADO DEBE SER CONSIDERADO EXTRANEUS, PORQUE LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE AL SER UNA FIGURA RESIDUAL DE LA COUSION ESTE HECHO GENERA IMPUNIDAD, OBLIGANDO MUCHAS VECES QUE SE ANULE LA SENTENCIA PARA ADECUAR LOS HECHOS AL DELITO DE COUSION, DONDE EN EFECTO AVARECO LA FIGURA DEL EXTRANEUS

2. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE, DEBE TENER UNA TIPIFICACION INDEPENDIENTE PARA SU PUNIBILIDAD?

NO, MAS BIEN DEBERÍA PIANTEARSE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 399 DEL CÓDIGO PENAL, TAL COMO SUCEDIÓ CON EL DELITO DE COUSION CUYO TEXTO ORIGINAL CAUSÓ QUE NO SE COMPREN- DIERA EN LOS PROCESOS AL EXTRANEUS, HASTA DESPUES DE LA REFORMA DEL ART. 384 DEL C. P.

Firma: 



DETERMINACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO BENEFICIADO - EXTRANEUS EN
LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, BAJO EL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

ENCUESTA

ENCUESTADO: IVAN VICTOR ARIAS CALVO

PROFESION/CARGO: JUEZ SUPERIOR (PROVISIONAL)

1. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE
NEGOCIACION INCOMPATIBLE, PUEDE SER CONSIDERADO COMO
EXTRANEUS? SI/NO ¿POR QUÉ?

No porque el tipo penal esta previsto para el funcionario/servidor
Público.

-El sujeto es el que presenta el funcionario/servidor público
este elemento ^(intencional) no considera al extraneus sino solamente al funcionario
Público y al no existir elemento objetivo ^(intencional) para el extraneus
No debe prevverse algún tipo de conducta en su contra.

2. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE
NEGOCIACION INCOMPATIBLE, DEBE TENER UNA TIPIFICACION
INDEPENDIENTE PARA SU PUNIBILIDAD?

No, porque ya existe el Delito de colusión previsto
para estos hechos; ahora depende es el aspecto probatorio que
dificulta la existencia del delito y responsabilidad de la colusión

Firma: _____



DETERMINACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO BENEFICIADO - EXTRANEUS EN
LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, BAJO EL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

ENCUESTA

ENCUESTADO: MARIA CANDELARIA MORALES SEGURA

PROFESION/CARGO: JUEZA DEL 4º JUZGADO DE INVESTIGACION

PREPARATORIA ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS

1. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE
NEGOCIACION INCOMPATIBLE, PUEDE SER CONSIDERADO COMO
EXTRANEUS? SI/NO ¿POR QUÉ?

Si sustamente por el nuevo fu
o cuando que recibe.

2. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE
NEGOCIACION INCOMPATIBLE, DEBE TENER UNA TIPIFICACION
INDEPENDIENTE PARA SU PUNIBILIDAD?

No hay que incidir en simplicidad primer
por apropiacion de tercero.

Firma: 



DETERMINACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO BENEFICIADO - EXTRANEUS EN
LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, BAJO EL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

ENCUESTA

ENCUESTADO: Juan Percy Salazar Gil

PROFESION/CARGO: fiscal adjunto

1. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE
NEGOCIACION INCOMPATIBLE, PUEDE SER CONSIDERADO
COMO EXTRANEUS? SI/NO ¿POR QUÉ?

No, debido a que el funcionario o servidor público muestra un interés
propio durante el cumplimiento de sus funciones; por tanto
al ser propio y personal dicho interés es un provecho directo
al ejercicio de sus funciones, debido a que el funcionario
debe actuar conforme al artículo 1 de art. IV de la ley
de procedimiento administrativo.

2. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE
NEGOCIACION INCOMPATIBLE, DEBE TENER UNA TIPIFICACION
INDEPENDIENTE PARA SU PUNIBILIDAD?

La existencia de un dispositivo penal podría ser
una norma residual dado que no siempre el beneficiado
(tercero) actúa por cuenta propia, dado que
muchas veces el tercero beneficiado es manipulado
por el funcionario que tiene interés.

Firma: _____





DETERMINACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO BENEFICIADO - EXTRANEUS EN
LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, BAJO EL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

ENCUESTA

ENCUESTADO: Anturo Saul Zuzana Asencio

PROFESION/CARGO: Abogado

1. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE, PUEDE SER CONSIDERADO COMO EXTRANEUS? SI/NO ¿POR QUÉ?

Si debido a que la consistencia no
demuestra que el interés en el delito y su favore-
cimiento para tercero no derive de una
simple imputación a un deber sino que ademas
responde a una motivación (conducta interna
transaccional) ilícita cual es este proceder
siempre económico para terceros y con perjuicio
del Estado (aunque ello no exige el tipo), lo cual jamás
es gratuito, sino que de seguro el imputado obtiene algún beneficio

2. ¿CREE UD. QUE EL TERCERO BENEFICIADO DEL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE, DEBE TENER UNA TIPIFICACION INDEPENDIENTE PARA SU PUNIBILIDAD?

No, indudablemente que no, debido que
al tratarse de un delito funcional, se
observa la teoría de la Imputación del deber
lo cual remite a la teoría de la unidad del
delito de imputación; ambos ya admitidos por
nuestras legislaciones y doctrina jurisprudencial
resulta admisible atribuir responsabilidad
penal de este delito además del autor al
tercero a título de cómplice.

Firma: _____