

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA TEORÍA DEL FINALISMO COMO FUNDAMENTO DEL
DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE,
TACNA, 2019”**

TESIS

Presentada por:

Bach. Giovany Seung Huanca Yupanqui

Asesor(a) de tesis:

Dra. Delia Yolanda Mamani Huanca

ORCID: 0000-0003-3171-712X

Para optar el título profesional de:

ABOGADO

TACNA – PERÚ

2023

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA TEORÍA DEL FINALISMO COMO FUNDAMENTO DEL
DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE,
TACNA, 2019”**

TESIS

Presentada por:

BACH. GIOVANY SEUNG HUANCA YUPANQUI

Asesor(a) de tesis:

DRA. DELIA YOLANDA MAMANI HUANCA

ORCID: 0000-0003-3171-712X

Para optar el título profesional de:

ABOGADO

TACNA – PERÚ

2023

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Tesis:

**“LA TEORÍA DEL FINALISMO COMO FUNDAMENTO DEL DELITO
DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, TACNA, 2019”**

Presentada por:

BACH. GIOVANY SEUNG HUANCA YUPANQUI

Tesis, aprobada el día 26 de octubre del año 2023; ante el siguiente jurado:

PRESIDENTE : Mario Guillermo Denegri Sosa
Dr.

SECRETARIO : Hugo Mora Arce
Mag.

VOCAL : Rolando José Balarezo Plata
Mag.

ASESOR : Delia Yolanda Mamani Huanca
Dra.

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Yo, **GIOVANY SEUNG HUANCA YUPANQUI**, en calidad de Bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, identificado con DNI 75449738. Soy autor del texto titulado:

“LA TEORÍA DEL FINALISMO COMO FUNDAMENTO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, TACNA, 2019”

DECLARO BAJO JURAMENTO

Ser el único autor del texto entregado para obtener el Título profesional de **ABOGADO**, teniendo como docente asesor(a) a la Dr.(a) Delia Yolanda Mamani Huanca, y que tal texto no ha sido entregado ni total ni parcialmente para obtención de un grado académico en ninguna otra universidad o instituto, ni ha sido publicado anteriormente para cualquier otro fin.

Así mismo, declaro no haber trasgredido ninguna norma universitaria con respecto al plagio ni a las leyes establecidas que protegen la propiedad intelectual.

Declaro, que después de la revisión de la tesis con el software Tumin se declara 26% de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

Por último, declaro que para la recopilación de datos se ha solicitado la autorización respectiva a la empresa u organización, evidenciándose que la información presentada es real y soy conocedor (a) de las sanciones penales en caso de infringir las leyes del plagio y de falsa declaración, y que firmo la presente con pleno uso de mis facultades y asumiendo todas las responsabilidades de ella derivada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo frente a LA UNIVERSIDAD cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la tesis, así como por los derechos sobre la obra o invención presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y a terceros, de cualquier daño que pudiera ocasionar, por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar como causa del trabajo presentado, asumiendo

todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse de ello en favor de terceros con motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontrasen causa en el contenido de la tesis, libro o invento.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Privada de Tacna.

Lugar y fecha: Tacna, 26 de octubre de 2023



Giovany Seung Huanca Yupanqui

DNI: 75449738

DEDICATORIA

Para mis padres, hermanos y abuelos, en quienes radica la expresión de amor filial y fraterno, a ellos dedico el resultado de mi formación profesional, así como, espiritual.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios Padre Celestial, ser causal de la totalidad, origen del amor, la vida, el linaje y la conciencia; a mi familia, pues, fueron, son y serán la fortaleza y forma armónica de ubicarme por el camino que transita mi vida. Aquellos docentes y personal integrante de la Facultad de Derecho de la Universidad, quienes condujeron mi preparación durante los estudios de pregrado en la carrera de Derecho, y en adelante contribuyeron para definir una mayor inclinación por el Derecho Penal.

RESUMEN

La presente investigación titulada “La teoría del Finalismo como fundamento del delito de Negociación Incompatible. Tacna. 2019”, tuvo como objetivo general determinar cuál debe ser la perspectiva dogmática de los elementos típicos del delito de negociación incompatible con base en la teoría de la acción finalista.

En relación a la metodología, la investigación fue de tipo básica pura, de nivel descriptivo explicativo, con carácter dogmático. A tal efecto, para la recolección de información se utilizó el fichado de análisis documental y fichado bibliográfico, realizando un análisis teórico y crítico sobre ejecutorias de la Corte Suprema de la República que se pronuncian respecto al tema del presente trabajo y sobre las fuentes documentales relacionadas a la doctrina nacional y comparada, libros, revistas y artículos en soporte físico como electrónico de materia penal.

Los resultados de la investigación determinaron que el verbo rector “interesarse indebidamente” constituye una conducta finalista del agente delictivo cualificada por su condición de funcionario o servidor estatal, quien dirige, conduce u orienta su comportamiento indebido exteriorizado a través de actos funcionariales en razón de su cargo, identificados como un conjunto de irregularidades con relevancia penal a fin de lograr un beneficio propio o a favor de terceros. Así también, la teoría de la infracción del deber con componentes de la teoría del dominio del hecho, permite verificar la intervención delictiva del autor agente público, quien tendría la dirección y voluntad finalista para realizar el delito de negociación incompatible, cómo delimita la participación del cómplice en la ejecución del hecho criminal, en razón que sigue conceptos tomados de lo que se entiende por la condición de cómplice primario.

Palabras Clave: Derecho Penal, Delito de negociación incompatible, Teoría General del delito, Teoría de la acción final.

ABSTRACT

This research is titled “The theory of Finalism as the basis for the crime of Incompatible Negotiation. Tacna. 2019”, which had the general objective of determining what the dogmatic perspective of the typical elements of the crime of incompatible negotiation should be based on the theory of finalist action.

In relation to the methodology, the research was of a pure basic type, with a qualitative approach of a descriptive explanatory level, with a dogmatic nature. To this end, for the collection of information, documentary analysis and bibliographic registration were used, carrying out a theoretical and critical analysis of the executions of the Supreme Court of the Republic that rule on the subject of this investigation and on the documentary sources. . related to national and comparative doctrine, books, magazines and articles in physical and electronic format.

The results of the determination that the governing verb "to take undue interest" constitutes a finalist conduct of the criminal investigative agent qualified by his condition as an official or state servant, who directs, conducts or guides his improper behavior externalized through the issuance of resolutions, issuance from reports. , approval of goodwill in public procurement or other means used of the same nature, identified as a set of irregularities with criminal relevance in order to achieve one's own benefit or in favor of third parties. Likewise, the theory of infraction of duty with components of the theory of domain of the fact, allows verifying the criminal intervention of the author public agent, who would have the direction and final will to carry out the crime of incompatible negotiation, as well as, delimits the participation of the accomplice in the execution of the criminal act, because it follows concepts taken from what is understood by the condition of primary accomplice.

Keywords: Criminal Law, Crime of incompatible negotiation, Theory of crime, Theory of final action,

INDICE

| | |
|--|-----------|
| RESUMEN | ix |
| ABSTRACT..... | x |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 4 |
| 1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA | 4 |
| 1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA | 6 |
| 1.2.1. PROBLEMA GENERAL..... | 6 |
| 1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS..... | 6 |
| 1.3. OBJETIVOS..... | 7 |
| 1.3.1. OBJETIVO GENERAL:..... | 7 |
| 1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS | 7 |
| 1.4. JUSTIFICACIÓN | 7 |
| 1.5. IMPORTANCIA | 8 |
| 1.6. ANTECEDENTES..... | 8 |
| CAPITULO II: MARCO TEÓRICO..... | 10 |
| SUB CAPITULO I: FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO | 10 |
| 1.1. ASPECTOS PRELIMINARES | 10 |
| 1.2. ETAPAS DE LA TEORÍA DEL DELITO | 11 |
| 1.2.1. CONCEPTO CAUSAL NATURALISTA DEL DELITO – | |
| CAUSALISMO..... | 11 |
| 1.2.2. CAUSALISMO VALORATIVO – SISTEMA NEOCLÁSICO | 15 |
| 1.2.3. LA TEORÍA DEL FINALISMO O LA ACCIÓN FINAL | 17 |
| SUB CAPITULO II: INTERVENCIÓN DELICTIVA | 21 |
| 2.1. FUNDAMENTOS PRELIMINARES | 21 |
| 2.1.1. SISTEMA UNITARIO DEL AUTOR..... | 22 |
| 2.1.2. SISTEMA DIFERENCIADOR | 23 |
| 2.2. LA AUTORÍA | 23 |
| 2.2.1. CONCEPTO EXTENSIVO DEL AUTOR..... | 24 |
| 2.2.2. CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR | 25 |
| 2.3. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO..... | 26 |
| 2.4. LA COAUTORÍA | 29 |

| | | |
|---|--|----|
| 2.5. | AUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER | 30 |
| 2.5.1. | AUTORÍA EN DELITOS COMETIDOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA | 32 |
| 2.6. | PARTICIPACIÓN | 35 |
| 2.6.1. | FORMAS DE PARTICIPACIÓN | 37 |
| 2.6.1.1. | INSTIGACIÓN | 37 |
| 2.6.1.2. | LA COMPLICIDAD | 38 |
| SUB CAPITULO III: EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE | | 45 |
| 3.1. | ASPECTOS GENERALES | 45 |
| 3.2. | ANTECEDENTES DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE | 47 |
| 3.3. | EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE | 48 |
| 3.4. | DERECHO COMPARADO | 50 |
| 3.5. | ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA | 53 |
| 3.5.1. | EL BIEN JURÍDICO PENAL | 53 |
| 3.5.1.1. | PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y FRAGMENTARIEDAD | 53 |
| 3.5.1.2. | PRINCIPIO DE LESIVIDAD | 53 |
| 3.5.2. | CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO PENAL | 54 |
| 3.5.3. | BIEN JURÍDICO PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. | 55 |
| 3.5.4. | BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE | 58 |
| 3.6. | VERBO RECTOR “INTERESARSE INDEBIDAMENTE” | 60 |
| 3.7. | MODALIDADES COMISIVAS DEL INTERÉS INDEBIDO | 65 |
| 3.8. | EL CONTRATO U OPERACIÓN | 71 |
| 3.9. | ELEMENTO SUBJETIVO | 76 |
| 3.10. | LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE - PARTICIPACIÓN | 76 |
| CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO | | 89 |
| 3.1. | FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS | 89 |
| 3.1.1. | HIPÓTESIS GENERAL | 89 |
| 3.1.2. | HIPÓTESIS ESPECÍFICAS | 89 |
| 3.2. | VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN | 89 |
| 3.2.1. | HIPÓTESIS GENERAL | 89 |
| 3.2.2. | HIPÓTESIS ESPECÍFICAS | 89 |
| 3.2.2.1. | HIPÓTESIS ESPECIFICA 1 | 89 |

| | | |
|---|--|------------|
| 3.2.2.2. | HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2 | 90 |
| 3.3. | METODOLOGÍA | 90 |
| 3.3.1. | DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN | 90 |
| 3.3.2. | TIPO DE INVESTIGACIÓN | 90 |
| 3.4. | NIVEL DE INVESTIGACIÓN..... | 91 |
| 3.5. | POBLACIÓN Y MUESTRA..... | 91 |
| 3.5.1. | POBLACIÓN | 91 |
| 3.5.2. | MUESTRA..... | 91 |
| 3.6. | TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS | 92 |
| 3.6.1. | TÉCNICA | 92 |
| 3.6.2. | INSTRUMENTO | 92 |
| 3.6.3. | PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS..... | 92 |
| CAPITULO IV: PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS | | 94 |
| 4.1. | DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN | 94 |
| 4.1.1. | FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN | 94 |
| 4.1.2. | PROCESAMIENTO DE LOS DATOS..... | 94 |
| 4.2. | SUSTENTACIÓN DE HIPÓTESIS | 95 |
| 4.2.1. | HIPÓTESIS ESPECÍFICAS..... | 95 |
| 4.2.1.1. | HIPÓTESIS ESPECÍFICA I | 95 |
| 4.2.1.2. | HIPÓTESIS ESPECÍFICA II..... | 97 |
| 4.2.2. | HIPÓTESIS GENERAL | 99 |
| 4.3. | DISCUSIÓN DE RESULTADOS | 101 |
| CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... | | 105 |
| 5.1. | CONCLUSIONES..... | 105 |
| 5.2. | RECOMENDACIONES..... | 106 |
| 5.3. | APORTE DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA..... | 107 |
| CAPITULO VI: BIBLIOGRAFÍA..... | | 109 |
| ANEXO N°1. - MATRIZ DE CONSISTENCIA DEL PROYECTO | | 117 |
| ANEXO N°2.- INSTRUMENTOS FICHAS DE ANÁLISIS DOCUMENTAL | | 118 |
| ANEXO N°3. – FORMATOS DE VALIDACIÓN DE EXPERTOS..... | | 124 |

INTRODUCCIÓN

El flagelo corruptor observado desde las conductas desplegadas por ciertos funcionarios públicos en la administración estatal, así como los actos de los mismos, en cuanto a perseguir su beneficio personal desde la función pública, ha venido a ser analizado en determinados tipos penales por la doctrina nacional, y si bien, estos actos ilícitos fueron expuestos de forma mediática por medios de comunicaciones nacionales, sin embargo, la resolución de estos casos a su visto reflejo inmediato presenta diferentes aristas procesales y dogmáticas.

En este contexto, se hizo notoria la importancia en analizar una serie de propuestas teóricas para la mayor comprensión de delitos funcionariales, y en específico al delito de negociación incompatible en la delimitación de la acción y su contenido típico al momento de interpretarlo y dotarlo el contenido penal. Así, esta discordancia en su interpretación también la encontramos en la inexactitud desde la doctrina adecuada al delito materia de análisis, la cual debe ser de utilidad para su comprensión al momento de argumentar si se dio o no la comisión de este delito.

Mediante la presente investigación se busca analizar la adecuación del sistema finalista al delito de aprovechamiento indebido del cargo siguiendo un análisis de la doctrina, así cómo, de su desarrollo jurisprudencial, y en ese sentido, fundamentar el delito en mención con base en la teoría del delito de la acción finalista aplicable a su estructura típica.

Así, en el **PRIMER CAPÍTULO** denominado planteamiento del problema, se abordarán aquellos aspectos como la descripción del problema, la justificación e importancia de la investigación, establecer el problema general y problemas específicos, así como la delimitación de la presente investigación y los objetivos propuestos.

En el **SEGUNDO CAPÍTULO** denominado “Marco Teórico”, la cual hemos desarrollado en tres Subcapítulos, que a continuación indicamos.

1. *“Fundamentos de la Teoría del Delito”*, que abordará las propuestas teóricas de los elementos del delito, analizada desde el causalismo hasta el finalismo, en el cual se hará mayor análisis y énfasis en los argumentos de la acción final a fin de constituir nuestro marco filosófico para fundamentar el delito materia de investigación.
2. *“Intervención delictiva”*, mediante el cual expresaremos el concepto restrictivo, extensivo de autoría y las concepciones de participación en sus diferentes modalidades como son la instigación o la complicidad. Sumado a ello, nos avocaremos en los alcances conceptuales de la teoría de la infracción del deber, el dominio del hecho y sus argumentos para distinguir al autor y partícipe. Así también, se hará un análisis de las teorías de la ruptura y unidad de la imputación ante la pluralidad de agentes.
3. *“El delito de Negociación Incompatible”*, exponiendo las generalidades del Tipo penal de negociación incompatible, los antecedentes legislativos en el Perú y su regulación en el Derecho Comparado. Posterior a ello, nos avocaremos al análisis de los elementos constitutivos de delito materia de investigación, como es el interesarse indebidamente en un contrato u operación estatal, la conducta base típica, el contenido conceptual del verbo rector “interés indebido”, que recae sobre los actos materiales o concretos realizados por el propio agente público en el marco contractual u operacional del Estado, en razón de su cargo y los partícipes, así también, abordaremos como se vienen pronunciando la Corte Suprema sobre tal delito.

El **TERCER CAPÍTULO** denominado “Marco metodológico”, se refiere a la formulación de las hipótesis, generales y específicas, sus variables, tipo de investigación, los niveles de investigación a desarrollar en el transcurso del trabajo según su finalidad, fuentes y ámbito; así como la población y muestra de estudio, y, por último, las técnicas e instrumentos de investigación seleccionados.

Seguidamente, en el **CUARTO CAPÍTULO** denominado “*Presentación, Interpretación y Argumentación Jurídica de los Resultados*” presentaremos los

resultados llegados y contrastados con nuestras hipótesis, esto con base en lo ya interpretado y argumentado en nuestro marco teórico, para comprobar la sostenibilidad jurídica de las mismas.

Finalmente, tenemos el **QUINTO CAPÍTULO** denominado “Conclusiones y Recomendaciones”, donde expondremos las conclusiones arribadas a través del desarrollo de nuestro trabajo de investigación, así también “recomendaciones” producto de la inquietud percibida de lo investigado.

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En la actualidad, los delitos contra la Administración Pública vienen siendo tópicos jurídicos de discusión por la forma indistinta en que debieran ser aplicadas a casos concretos, esto a raíz de diferentes propuestas teóricas y, en específico, sobre su calificación para determinar la responsabilidad penal desde un análisis con poco o ningún matiz dogmático referido a esta clase de delitos. Ante dicha situación, la doctrina penal peruana ha estudiado una serie de propuestas teóricas a fin de la mayor comprensión de los delitos funcionariales y que para tal efecto, su aporte interpretativo pueda ser seguido por los operadores jurídicos de la materia.

Así pues, se aprecia que nuestro sistema jurídico penal no ha sido ajeno a una de las cuestiones más recurrentes al momento de interpretar el delito de Negociación Incompatible, cuyo escenario típico es principalmente que la conducta típica del sujeto activo, se despliega dentro de un proceso de contratación estatal, donde en lugar de velar por la promoción de los intereses del Estado al que representa por razón de su cargo, contrariamente, orienta sus acciones a favor propio o de terceros en contravención con los principios que rigen su deber funcional.

- EL PROBLEMA

En concreto, podemos observar que no existe un criterio uniforme al momento de dotar de contenido conceptual al verbo rector denominado “interés indebido” del delito de Negociación Incompatible, situación conexas a la controversia de no poder acreditar dicho elemento típico al reconstruir los hechos con los datos probatorios que surjan del proceso penal.

En ese entendido, a manera de precisión de esta problemática, verificaremos, entre otras, la Casación N°231-2017/Puno, la Casación N°1566-2019/Moquegua, Recurso de Nulidad N°677-2016/Lima, en las cuales podemos apreciar que en sendas resoluciones judiciales dictados por la Corte Suprema, existe una interpretación polisémica al momento de dotar de contenido el verbo rector en

mención, por un lado, señala que no es suficiente que el agente público encause su conducta más allá de lo debido, pues no basta si las decisiones de los imputados se realizaron en estipulaciones contrarias a la normativa administrativa que rige el contrato u operación, y si a así lo fuera, constituiría un ilícito administrativo sin tener carácter delictivo; contrario a ello, los magistrados de la Suprema Corte han mencionado que la existencia de errores administrativos no puede no constituir hechos relevantes indiciantes de la hipótesis acusatoria, en los cuales debe analizarse dentro de la propia realidad en que trasunta el suceso fáctico delictivo, y no únicamente si se concurren las exigencias formales para su configuración.

Tales situaciones exhiben distintos alcances que tiene este delito desde la jurisprudencia, para posteriormente comprender su estructura típica en casos concretos. En otras palabras, se toma como un término que viene variando su interpretación, lo cual, afecta la predictibilidad en los pronunciamientos judiciales en este aspecto, más aún si se trata de la comisión de un delito que protege la imparcialidad y el recto desarrollo de la actividad pública, razón por la cual, genera disparidad para poder construir una base conceptual que permita entender correctamente la valoración de la conducta típica principal.

Finalmente, en relación a la distinción entre autor y partícipe, de las siguientes Ejecutorias Supremas, tales como: Cas. N°346-2019/Moquegua, Cas. N°841-2015/Ayacucho, Cas. N°184-2020, se desprende una cuestión problemática al momento de identificar el grado de participación delictiva del sujeto activo preguntándonos ¿Qué aporte deberá realizar el responsable autor del delito de negociación incompatible?, y si participan más de un sujeto (cómo es habitual), a ese tercero, bien funcionario o un particular ¿Cuál será su forma de participación, instigador o cómplice?, si fuese atribuible como cómplice ¿podría tratarse de un cómplice primario o secundario?, cuando nos referimos a delitos de infracción del deber ¿basta la sola infracción del deber?, lo cual permite evidenciar la necesidad de advertir si correspondería seguir la imputación de la intervención delictiva según la sola propuesta de la teoría de infracción del deber o bien, desde la infracción del deber con cuotas de dominio.

En ese entendido, la presente tesis aporta la realización de un trabajo de investigación académica de naturaleza teórica en lo referente a contribuir con la elaboración del concepto del verbo rector interés indebido del delito de Negociación Incompatible, poco convencional, teniendo por objeto originar una línea de interpretación doctrinaria al tipo penal en mención para la discusión académica en el contexto de las posturas teóricas vigentes por la doctrina del derecho penal.

De otro lado, la presente investigación contribuye argumentos jurídicos para identificar la participación delictiva de autoría y partícipe del tipo penal de Negociación Incompatible que serán de utilidad a fin de aportar un razonamiento objetivo de la teoría de la infracción del deber conociendo el fundamento dogmático proporcionado por el dominio final del hecho sobre el cómplice, debido a la posibilidad de la intervención contributiva de un tercero al hecho punible, situación que contribuirá en el análisis efectuado por los operadores jurídicos en materia penal frente aquellos casos cuando se presente la intervención de dos o más personas en un mismo hecho delictivo tipificado por el delito materia análisis.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

Para la presente investigación, el problema se delimita de la siguiente manera:

¿Cuál debe ser la perspectiva dogmática penal de los elementos típicos del delito de Negociación Incompatible?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1.2.2.1. ¿El concepto del verbo rector “interés indebido” del tipo penal de Negociación Incompatible puede argumentarse con base en la teoría de la acción final?

1.2.2.2. ¿La teoría de la infracción del deber con componentes de dominio final de la acción permite delimitar la intervención delictiva en el delito de Negociación Incompatible?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. OBJETIVO GENERAL:

Determinar cuál debe ser la perspectiva dogmática de los elementos típicos del delito de negociación incompatible con base en la teoría de la acción finalista.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1.3.2.1. Argumentar un concepto del verbo rector “interés indebido” con base en la teoría de la acción final.

1.3.2.2. Analizar si la teoría de la infracción del deber con componentes de dominio final de la acción permite delimitar la autoría y participación delictiva en el delito de Negociación Incompatible.

1.4. JUSTIFICACIÓN

De la problemática descrita deviene la justificación de la presente investigación, así, debemos mencionar la relevancia que puede tener el aporte de la Teoría del delito del Finalismo en coadyuvar a una interpretación jurídico dogmática al tipo penal de Negociación Incompatible, dar respuesta al problema planteado y de colofón ser aplicable en el ámbito procesal penal para el cumplimiento de un fin práctico.

En efecto, el delito especial materia de estudio regulado en el artículo 399° del Código Penal, ha motivado una necesidad en delimitar la conducta descrita en su enunciado, esto es, como una acción dirigida por el interés indebido del funcionario según su verbo rector, y su contenido típico conforme a delitos que sancionan el peligro abstracto para demostrar que estamos ante la comisión del ilícito penal de Negociación incompatible.

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que el aporte de la presente investigación, es proponer un análisis desde una perspectiva dogmática acorde a nuestro sistema jurídico actual sobre un delito poco convencional por su estructura típica dentro del

plexo de delitos cometidos contra la administración del Estado y por ello de necesaria relevancia investigativo en sus distintas aristas.

1.5. IMPORTANCIA

Por lo expuesto, la importancia del tema de investigación radica en una contribución teórica proponiendo argumentos para la aplicación del delito de negociación incompatible, proponer una reconstrucción teórica de un delito poco convencional en esta clase de delitos, que lo hace un delito someramente analizado para una adecuada aplicación.

En efecto, el presente trabajo de investigación busca fundamentar el delito de aprovechamiento indebido del cargo con base en el fundamento teórico dogmático de la teoría del delito de la acción finalista aplicable a su estructura típica, y a su vez pueda ser de utilidad práctica para los operadores jurídicos en el ámbito penal.

1.6. ANTECEDENTES

En la actualidad, no se realizaron investigaciones acerca de la teoría de la acción finalista como fundamento para el delito de aprovechamiento indebido del cargo. Sin embargo, mencionaremos investigaciones referidas a este delito, consultados en la base de datos de las distintas bibliotecas de universidades nacionales. Tenemos las siguientes:

- a. *“Inobservancia al Principio de imputación necesaria por imputaciones fiscales en el delito de negociación incompatible y su vulneración al derecho de defensa en Tacna, años 2014 y 2015”*. Autor: Bachiller GAVILÁN PARIGUANA, Jesús Gregorio (2018) Tesis para obtener grado académico de Magister en Derecho con mención en Derechos Penales. Universidad Privada de Tacna. Perú. Al respecto, concluye que las imputaciones que formuló la Fiscalía Provincial Especializada en

Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, durante los años 2014 y 2015, han vulnerado el principio de imputación concreta, porque son genéricas, en el caso de los requerimientos de acusación por el delito de Negociación incompatible.

- b. *“Ineficacia de la acusación fiscal por delito de negociación incompatible e incidencia en la expedición de sentencias absolutorias de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia por el mismo delito en el periodo 2010-2015”*. Autor: VEGA MENDOZA, Wilber Jossef (2017). Tesis para obtener Título de abogado en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima – Perú. En la cual concluye en el planteamiento de una reforma al artículo 399° del Código Penal peruano y el refuerzo en la capacitación de miembros del Ministerio Público para la obtención de los medios probatorios a fin de sustentar la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

SUB CAPITULO I: FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO

1.1. ASPECTOS PRELIMINARES

En el Derecho Penal una forma sistematizada de comprender cuáles son las determinadas características que debe tener cierta conducta humana para ser imputable como un hecho punible, se encuentra bajo las concepciones alcanzadas por la Teoría General del Delito.

Desde la doctrina nacional, el profesor Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE¹ nos señala que la teoría general del delito debe ser entendida como una elaboración conceptual que compagine una serie de categorías o elementos teóricos del delito con el objetivo de verificar si una conducta humana será merecedora de una sanción penal.

Sobre esa línea, James REÁTEGUI SÁNCHEZ², nos menciona que se trata de una construcción sistemática de aquellos caracteres comunes o generales que el Derecho positivo permite atribuir a la vista de lo que regula como delito. En el mismo sentido, el jurista peruano José HURTADO POZO³, precisa que dicha teoría aparece como descripción de la ley penal, siendo ésta la manera como ofrece al operador jurídico un instrumento conceptual general elaborado sobre la misma normal penal, con lo que, en palabras de Javier VILLA STEIN⁴, dicha teoría facilita la conceptualización y posterior análisis del delito como aquella conducta humana transgresora de la norma estatal.

¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl Alonso (2011). “Derecho Penal Parte General”. T. I. Tercera edición. IDEMSA. Lima-Perú p. 211.

² REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2016). “Tratado de Derecho Penal, Parte General”. Volumen 1. Ediciones Legales. Lima-Perú. p. 614.

³ HURTADO POZO, José (2005). “Manual de Derecho Penal, Parte General I”. Tercera edición. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú. p. 367

⁴ VILLA STEIN, Javier (2014). “Derecho Penal Parte General”. Ara Editores. Lima-Perú. pp. 241-242.

Así también, el jurista español Santiago MIR PUIG⁵ refiere la teoría del delito que reúne en un sistema las características comunes o de carácter general en que deberá recurrir un delito o grupos de delitos a efecto de que sea prohibido y, posteriormente, sancionado conforme el derecho positivo lo regula y atribuya como tal.

De esa manera, siguiendo lo señalado por el maestro Felipe VILLAVICENCIO TERREROS⁶, si observamos la importante función de dicha teoría, podremos observar que nos permitirá precisar si el hecho imputable, que de ser el caso será objeto de juzgamiento, es el presupuesto típico de lo previsto en la ley penal, razón por la cual, hace de mediación entre texto legislativo y el caso a resolver.

En consonancia con ello, como finalidad práctica brindaría una base concreta al intérprete para ordenar argumentos que se pueden utilizar en la decisión y solución de casos jurídicos penales, y en específico, para efectos de la presente investigación, subyace la necesidad en delimitar los conceptos de acción aportados por la teoría del delito; así mismo, verificar la relación del contenido típico del delito de Negociación Incompatible, en específico, del verbo rector “*interés indebido*” a partir del estudio y análisis expuestos por las distintas teorías que analizan el delito.

1.2. ETAPAS DE LA TEORÍA DEL DELITO

1.2.1. CONCEPTO CAUSAL NATURALISTA DEL DELITO – CAUSALISMO

En el siglo XIX, la teoría del delito se dio origen en el contexto intelectual donde la gran mayoría de la ciencias y disciplinas del saber debieran ser explicadas desde

⁵ MIR PUIG, Santiago (2008). “Derecho Penal, Parte General”. Octava edición. REPERTOR S.L. Barcelona-España. pp. 135-137.

⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2014). “Derecho Penal Parte General”. Quinta reimpresión. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú. pp. 224-225.

una estructura “causa – efecto”, es decir, la causalidad sin más, esto pues, se viene a difundir en el pensamiento del naturalismo, que según Claus ROXIN⁷, se quería seguir el ideal de exactitud de las ciencias naturales y de esa manera reconducir el sistema del Derecho Penal a componentes verificables en la realidad, esto es, bajo criterios que sólo pueden ser factores objetivos del mundo externo. Lo que hace entender que, este sistema se desarrolla según el denominado método de la ciencia, o bien, método analítico, siendo las ciencias naturales las cuales vienen a describir y explicar los hechos como fenómenos naturales que guardan relación con un curso causal, es decir, desde un enfoque causal-naturalista.

Así pues, sobre el *concepto causal de la acción*, en dicho sistema, según Percy GARCÍA CAVERO, su propuesta fue la de considerar a la acción como una categoría autónoma del delito a fin de establecer el hecho delictivo, con el causalismo la concepción de la conducta delictiva será fijada desde lo observado en los hechos y la experiencia (base empírica) y como venimos mencionando, será un elemento del delito estudiado desde la lógica causal.

Al respecto Felipe VILLAVICENCIO⁸ nos indica que, en el causalismo, el concepto de *acción* viene a ser el movimiento corporal bajo un impulso voluntario que modifica la realidad exterior y con ello definir la relación acción-resultado como relación de causalidad. Así, en el causalismo, trasciende que la *acción* implica “voluntariedad”, voluntad que nace de la “inervación muscular”, es decir, la acción humana se produce por impulso del propio sujeto, y concretamente en el Derecho Penal, debido a ese impulso expresado a través de un movimiento físico corporal del agente delictivo, se produce una modificación en el mundo exterior y, por lo tanto, llega un resultado a causa de esa acción. Dicho concepto fue acuñado primeramente por el jurista Alemán Franz von Liszt, formulando en otras palabras las siguientes características: a) deberá existir un movimiento corporal, b) causado

⁷ ROXIN, Claus (1997). “Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito”. Tomo I. Traducción de la 2da Edición por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas. Madrid España. pp. 197-198

⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2014). “Derecho Penal Parte General”. Primera edición, quinta reimpresión. Editorial Grijley. Lima-Perú. p. 235.

por un impulso voluntario que nace de la inervación muscular, y que finalmente c) causa o produce una modificación en el mundo exterior, por lo que vendría a ser el centro de la definición del concepto de delito.

De una manera didáctica el profesor argentino Eugenio ZAFFARONI nos dice que “la conducta es voluntaria para los causalistas cuando hubo voluntad de encender la mecha de la bomba (sin que el nivel de la voluntad interese para qué) (...). Habrá conducta pues cuando se haya inervado voluntariamente los músculos para encender la mecha y del encendido de la mecha haya un resultado (por vínculo causal) (...)”⁹, por lo que, será comprendida como aquel movimiento corporal, el cual llevará necesariamente a un resultado, sin importar si el sujeto con tal accionar quiso tal resultado, dejando una explicación con base empírica, con base en la observación de los hechos; sin perjuicio de ello, es preciso recordar que para Beling, también fundador de dicho sistema, si bien prescinde de la causación de un resultado, no obstante, concibe sus aportes doctrinarios en la mismas características expuestas.

Por otro lado, la *tipicidad* era comprendida como la descripción de una acción [voluntaria que nace de la inervación muscular] que causa determinado resultado como el delito, así otorgaba tipicidad a la acción de acuerdo al tipo, es decir, el encaje de la acción con lo descrito en el contenido de la ley penal, pudiendo estar sujeta a la concurrencia de alguna causa de justificación si es el caso, y por ello es un elemento cuyo propósito es solo una descripción de los hechos objetivos en la ley penal, es un elemento objetivo descriptivo. Sobre ello, el profesor español Francisco MUÑOZ CONDE¹⁰, refiere que para Beling se trataba de una característica meramente formal, y, sin embargo, muy importante, pues se trataba de adecuar la acción a la descripción contenida en el tipo penal, por ello, la tipicidad

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1995). “Acerca del concepto Finalista de la conducta en la teoría general del delito”. En: Víctor PRADO SALDARRIAGA, Uldarico BOJORQUEZ PADILLA y Edgar SOLÍS CAMARENA (Editores/compiladores). “Derecho Penal Parte General”. UNMSM. Editorial Grijley. Lima-Perú. p. 251.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco (2001). “Introducción al Derecho Penal”. Colección Maestros del Derecho Penal N° 3. Editorial B de F. Montevideo-Uruguay. pp. 258-259.

consistiría únicamente en la descripción del suceso objetivo externo en la norma penal, y la subsunción en ella todavía sólo tendría significado descriptivo objetivo.

Respecto a la *antijuricidad*, se procuró distinguir a primera vista que concebido el acto *-hecho o acción-* de un modo causal-objetivo, el mismo debía ser contrario a Derecho, (antijuricidad objetiva), pudiéndose adoptar una especie de valoración del acto, pues, la antijuricidad se propendía a calificar el hecho con independencia de una calificación a la finalidad del autor, de ahí que se refiera a una antijuricidad objetivo, es decir, sólo en relación al aspecto objetivo externo causal. De esa manera, el jurista alemán Hans JESCHECK¹¹ afirmaba que, aparecida la existencia de una acción según lo antes señalado, en el concepto de delito debió distinguirse dos aspectos, uno objetivo y otro subjetivo, siendo el caso del aspecto objetivo donde se encontraban los elementos de la tipicidad y la antijuricidad.

Finalmente, la *culpabilidad* para la corriente causal naturalista de delito, viene a ser la parte interna del hecho imputable, esta comprende los elementos subjetivos del hecho que busca determinar, ya no la causación lesiva de la acción, sino la causalidad psíquica identificando al resultado de la acción como producto de la mente del sujeto autor, entiéndase como una conexión psíquica entre el autor con su hecho. En palabras de Santiago MIR PUIG¹², para esta concepción, el dolo representa la clase más perfecta del presupuesto de la culpabilidad, pues da contenido simple y claro del nexo psicológico de la voluntad del autor en realizar el hecho, y, por otro lado, la culpa representa la conexión psíquica imperfecta con el hecho, ya que, resultaba la forma más difícil de determinar ese nexo de conocer o poder conocer sobre lo que puede producir con su acción.

Al respecto, cabe señalar que, a este concepto psicológico acuñado, resultó insatisfactoria su consideración en vista que no se lograba obtener ninguna información en el sentido a qué relación psíquica tendrá relevancia penal que

¹¹ JESCHECK, HANS HEINRICH (2014). "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Volumen I. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Lima-Perú. pp. 300-301.

¹² MIR PUIG, Santiago (2016). "Derecho Penal. Parte General". Décima edición. Editorial Reppertor. Barcelona-España. pp. 545-546.

podiera explicar la vinculación del autor con el resultado de su acción. Sin embargo, esta etapa del desarrollo de la teoría del delito constituyó una estructura conceptual de delito donde se empezó a incorporar las primeras líneas fundamentales de las siguientes características conocidas hasta la actualidad: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

1.2.2. CAUSALISMO VALORATIVO – SISTEMA NEOCLÁSICO

Ahora bien, el planteamiento de la escuela neoclásica consistió en comprender el sentido de los hechos desde un criterio axiológico (valor), así de ser un hecho punible explicado desde un modo causalista y objetivo, donde basta con observar y describir el aspecto objetivo del hecho, pasaría ser interpretado desde un punto de vista valorativo. En palabras del jurista nacional Felipe VILLAVICENCIO¹³ el método ya no es sólo la observación del objeto físico, propio de las ciencias de la naturaleza, sino, este modelo causal valorativo, seguiría el método de las ciencias del espíritu (a las que pertenecería el Derecho) propias del aspecto social de los hechos, por ello, se fundamentaba en entender y valorar significados y sentidos, para aplicar las valoraciones a las obras y virtudes humanas.

De esa manera, el doctrinario alemán Hans Heinrich JESCHECK expresa que la escuela causalista-valorativa: “estructura el concepto del delito según los fines que persigue el Derecho penal y los juicios de valor que les sirven de base, que, junto con los métodos científico-naturales de la observación y la descripción, había sentado un método científico-espiritual (...) con ello trajo consigo el impulso tendente a divisar la esencia del derecho penal en el alineamiento de sus fines, valores e ideas (...)”¹⁴. Siendo así, para el sistema causal valorativo, los elementos del delito debieron ser interpretados desde la perspectiva de los valores y fines, para comprender la esencia de determinadas tipificaciones.

¹³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2014). “Derecho Penal. Parte Especial”. Lima-Perú. p. 237-238.

¹⁴ JESCHECK, Hans Heinrich (2015). Tratado de Derecho Penal. Parte General. pp. 303-304.

Se partió elaborando el *concepto valorativo de la acción*, al respecto, Francisco MUÑOZ CONDE¹⁵ nos señala que el concepto causal de la acción demostraba ser poco capaz de sostener la base de la teoría del delito, en vista que era poco posible reducir el concepto de acción y omisión, entendido como un movimiento corporal ajeno a la voluntad del agente, pues la misma debía entenderse como un comportamiento voluntario, por lo que, se trataría de la realización de un comportamiento con voluntad humana.

Sobre dicho aspecto, MIR PUIG¹⁶ señala que aún bajo este concepto valorativo de la acción, no dejo de tener una esencia causal, esto es, que sea causada por una voluntad humana, no obstante, el contenido de dicha voluntad no obedecía a una voluntad dirigida con intención o un querer producir el hecho, ya que no era trascendente el contenido de la dirección de la voluntad, pues dicho contenido era el dolo el cual debía ser situado en el elemento de la culpabilidad.

En relación a la *tipicidad*, si bien el sistema clásico fue influyente y al parecer sencillo de entender, básicamente construyó su propuesta dogmática en el que todo lo objetivo del hecho punible iba a dar al tipo y a la antijuricidad, mientras todo lo subjetivo se iba en la culpabilidad, hecho que llevó a una reestructuración de dichos conceptos, toda vez que, como señala el profesor colombiano Harold VEGA ARRIETA¹⁷, el sistema neoclásico observó la necesidad de considerar ciertos aspectos subjetivos distintos al dolo en el tipo, esto lo denominarían como elementos especiales subjetivos, con lo que incluiría en la tipicidad de la conducta como aquella adecuación objetiva y en algunas ocasiones subjetiva.

Según refiere el profesor argentino Enrique RAMOS MEJÍA¹⁸, se buscó dar un mayor alcance al tipo, ya no se le debería concebir como puramente descriptivo

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco (2001). "Introducción al Derecho Penal". Colección Maestros del Derecho Penal N° 3. Editorial B de F. Montevideo-Uruguay. p. 260.

¹⁶ MIR PUIG, Santiago (2016). "Derecho Penal. Parte General". Décima edición. Editorial Reppertor. Barcelona-España. pp. 190-191.

¹⁷ VEGA ARRIETA, Harold (2016). "El análisis gramatical del tipo penal". Barranquilla-Colombia. [En línea]: <<http://www.scielo.org.co/pdf/just/n29/n29a05.pdf>>. Consultado el 20-04-2022. p. 54.

¹⁸ RAMO MEJÍA, Enrique (1979). "La teoría del delito desde Von Liszt y Beling a hoy". IDEARIUM, 1979. [En línea]:

del aspecto objetivo del hecho, *-como se ha desarrollado en párrafos anteriores-*, sino, que en el tipo penal habría elementos cuya determinación requieren de una valoración. Agrega el jurista nacional Percy GARCÍA CAVERO¹⁹, que, con ello, aparecería lo denominado como “elementos normativos del tipo”, lo cual nos lleva a una actividad de valoración analítica de determinados conceptos en el propio delito para ciertos casos concretos, por ejemplo, conocer el concepto de “cosa mueble” o “ajenidad del bien” en delitos contra el patrimonio, “funcionario y servidor público”, en delitos contra la administración pública, o “documento público”, en delitos contra la fe pública; entre otros, siendo el caso que no se entrará en debate con respecto a los elementos negativos o positivos del tipo, por cuanto no es la finalidad en el presente trabajo.

Asimismo, continua GARCÍA CAVERO²⁰ que este análisis llevó a que se formule una diferencia entre estos elementos normativos, distinguiéndose en “elementos positivos o negativos” del tipo, entiéndase, por ejemplo, como elemento “positivo” del tipo de Homicidio: Determinar una conducta de matar a otro, y como elemento “negativo”: Legítima Defensa, que equivale a la ausencia de posibles causas de justificación de la conducta.

1.2.3. LA TEORÍA DEL FINALISMO O LA ACCIÓN FINAL

La teoría del delito fue renovando conceptos que originariamente influyeron hasta inicios del siglo XX, esta aspiración en seguir avanzando a la mayor comprensión sistemática de una conducta punible, fue continuada por el profesor alemán Hans Welzel, desde su teoría denominada como finalismo la cual ha sido utilizada por el Derecho Penal Nacional y en palabras del jurista Felipe VILLAVICENCIO TERREROS “en el Perú actualmente el sistema finalista se encuentra presente en la jurisprudencia y doctrina nacional”²¹ siendo adecuado su estudio de acuerdo a

<<http://www.um.edu.ar/ojs2019/index.php/Idearium/article/view/697/678>>. Consultado el 05-03-2022. p. 25

¹⁹ GARCÍA CAVERO, Percy (2012). “Derecho Penal. Parte General”. Lima-Perú. p. 321

²⁰ GARCÍA CAVERO, Percy (2012). “Derecho Penal. Parte General”. Lima-Perú. p. 322

²¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2014). “Derecho Penal Parte General”. Quinta reimpresión. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú. p.247.

los casos concretos donde se aprecie sus elementos, y por lo tanto, nuestro sistema jurídico en el ámbito penal no ha sido ajeno en su aplicación.

Ahondaremos a lo entendido por el concepto de acción finalista, donde el mismo autor nos dice que “el concepto final de la acción sostiene que la acción humana es ejercicio de actividad final, en este sentido la acción es un acontecer final y no solo causal”²², teniendo así un primer acercamiento sobre lo comprendido de la propia acción humana como actividad realizada hacia un fin cuyo concepto es diferente al de una acción causal donde el resultado es lo primordial para ser delito. Cabe decir, que estaremos desglosando su concepto para su comprensión adecuada.

El comportamiento del agente se conduce voluntariamente, así pues, para que haya conducta debe existir una voluntad final configuradora de la misma; siguiendo esa línea, a lo dicho por Percy GARCÍA CAVERO²³, el jurista alemán Hans Welzel ha definido a la acción como aquella finalidad perseguida por el autor de un ilícito penal, mencionando que ésta era la única manera de diferenciar la acción humana en los sucesos de causalidad, deslindado de lo antigua terminología vacía del nexos físico entre la conducta humana con el resultado, produciendo un giro hermenéutico de importancia para configurar el tipo penal.

El jurista argentino Pablo Dabiel VEGA nos dice que “dentro de lo que Welzel reputó imprescindible seleccionar para definir esa estructura, se encuentra la exteriorización de la voluntad, la mutación física y la finalidad que orienta todo obrar humano”²⁴. Haciendo perceptible que la razón principal de esta teoría es la finalidad perseguida por el autor, concordando con el concepto antes mencionado y con su divergencia de la acción causal. Debemos indicar también, la mención que hace el autor respecto al jurista alemán Hans Welzel, quien propuso esta manera de

²² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2018). “Derecho Penal básico”. Primera reimpresión. Fondo editorial PUCP. Lima – Perú. p. 57.

²³ GARCÍA CAVERO, Percy (2012). “Derecho Penal Parte General”. Ob.cit. p. 325.

²⁴ VEGA, Pablo Daniel (2011). “Apuntes sobre la evolución histórica de la dogmática jurídico-penal”. En: Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y jurídicas. Vol. 1, N° 1. Santa Rosa-Argentina. [En línea] de: <<https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/2992/2911>>. Fecha de acceso: 14-04-2022. p.68.

entender a la acción final para la dogmática penal y mantuvo su vigencia por más de treinta años dejando bases doctrinarias importantes para el desarrollo de la teoría del delito.

Hans Heinrich JESCHECK²⁵ señala que la actuación del sujeto consiste en el conocimiento causal por el cual domina el suceso, sus límites y la dirección de su comportamiento para la realización del fin, agrega también los presupuestos necesarios para completar la acción final como la elección de los medios necesarios para la consecución del fin y la traslación de la acción al fuero exterior.

Ciertamente, el profesor Hans Welzel nos dice que “el hombre, gracias a su deber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines”²⁶; esto es, lo planteado por dicho jurista alemán está comprendido por una voluntad interna y un hecho externo, y ha sido indicado, como hemos visto, por la doctrina nacional solo en dicho aspecto, siendo útil otros elementos que iremos desarrollando, ya que a lo ya mencionado por la doctrina nacional, se observa la ausencia de algunos aspectos poco desarrollados sobre su teoría; por lo que, nos abocaremos a tener un punto de vista más preciso de la estructura de la acción final desde la doctrina comparada en contraste con lo propuesto por el propio profesor Hans Welzel.

Así, en relación al *concepto de acción final*, nos referimos a un comportamiento dirigido hacia un determinado objetivo plausible de realizar debido al conocimiento previo que tiene la persona acerca del resultado que pueda producir su acción, es decir, tiene un conocimiento causal (de resultado) sobre sus futuros actos. Dando la posibilidad de, según Mario C. TARRIO, “determinar que hechos

²⁵ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas (2014). Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Volumen I. Quinta edición alemana. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico. Lima-Perú. pp. 312-313.

²⁶ WELZEL, Hans (2004). “El nuevo sistema penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista”. Editorial BdeF. Montevideo – Uruguay. P. 41.

son dominables y, consecuentemente, con relevancia jurídico-penal”²⁷ Se trataría una diferencia de dos etapas que pasa la acción humana para ser considerada acción final, una es una fase interna de establecer mentalmente su objetivo, medio empleado y consecuencias, siendo a su vez verificables en una fase externa desde los criterios que comprende la fase interna (objetivo, medio empleado y consecuencia). En ese sentido, Francisco MUÑOZ CONDE²⁸ nos menciona que “la acción final viene a ser la base sobre la cual, el fin de una determinada acción es de igual manera interesado para el ámbito penal, como los medios elegidos destinados para conseguir lo propuesto por el sujeto, y/o los efectos concomitantes llegados por la acción realizada.

Como bien afirma Hans WELZEL, “la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirlo según un plan hacia la obtención del objetivo”²⁹, teniendo la conciencia y la expresión conductual humana como una voluntad hacia el exterior a sabiendas del objetivo, es decir, soy consciente de hacer algo porque tengo la voluntad y el interés para lograrlo.

Siguiendo con el profesor alemán, “en esta dirección objetiva del acontecimiento causal la voluntad finalista se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo; es decir al:

- 1) El objetivo que quiere alcanzar;
- 2) Los medios que emplea para ello; y
- 3) Las consecuencias secundarias”³⁰.

²⁷ TARRÍO, Mario C. (2004). “Teoría finalista del delito y dogmática penal”. Ediciones Cathedra Jurídica.ProQuestEbookCentral;<https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecauptsp/detail.action?docID=3190209>.p.35.

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco (2010). “Derecho Penal. Parte General”. Octava edición. Edita Tirant Lo Blanch. Valencia – España. p. 216.

²⁹ WELZEL, Hans (1956). “Derecho Penal. Parte General”. Roque Depalma Editor. Traducción del Dr. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires-Argentina. p.40.

³⁰ WELZEL, Hans (1951). “Teoría de la acción finalista”. Editorial De Palma. Buenos Aires – Uruguay. p. 21.

Es decir, toda interpretación de la acción finalista debe hacerse desde esos tres criterios, comprendidas en su fase interna y externa, si fijamos solo nuestra interpretación de la acción final en su fase interna, estaríamos sancionando la actitud interno del agente, esto es su pensamiento o su fuero interno, mas no lo exteriorizado por él y por lo tanto sería errado sancionar los pensamientos de una persona porque contraviene el principio de culpabilidad del Derecho Penal y asimismo los principios que sustentan un Estado Constitucional de Derecho, siendo así, la acción final en una fase externa es donde el Derecho Penal recién interviene.

Sobre esta situación WELZEL observa de manera precisa que “de acuerdo con la anticipación mental del fin, la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes, el autor lleva a cabo su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a su plan, los medios de la acción anteriormente elegidos (factores causales), cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que han sido incluidos en el complejo total a realizar”³¹; todo ello, pese a sus críticas, según Eugenio ZAFFARONI³², la corriente filosófica del finalismo no tuvo la pretensión de proponer un derecho penal del autor, pues estaría contraviniendo el principio de legalidad o cualquier otra garantía individual, sino más bien, propone un método bien analítico del contenido en relación a la acción y finalidad, por lo que, debido a su alcance dogmático, hace un aporte significativo para distinguir en el nexo de causalidad de la previsión de un resultado (final).

SUB CAPITULO II: INTERVENCIÓN DELICTIVA

2.1. FUNDAMENTOS PRELIMINARES

Las formas de intervención en un delito como un aspecto de la imputación penal, es determinable cuándo un sujeto o más de un sujeto con su actuar realiza los elementos del tipo penal que se le atribuye, es en esa medida que será tomada su participación en caso de responder penalmente sobre ese hecho. Así, su grado de

³¹ WELZEL, Hans (2004). “El nuevo sistema penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista”. Ob. cit. p. 43.

³²ZAFFARONI, Eugenio (2004). “Tratado de Derecho Penal, Parte General III”. EDIAR. Buenos Aires – Argentina. p. 42.

intervención en el delito será conforme a las descripciones de los delitos, donde el legislador parte señalando quien o quienes pueden realizarlo y por lo tanto tenga una repercusión penal por su conducta.

Siendo así, frente a la situación de aquella conducta típica realizada por una persona o con intervención de dos o más personas, se acudirá a lo redactado en el tipo penal para señalar la implicancia de los sujetos recurrentes con la responsabilidad penal que acarrea su actuar o no actuar. A ello, los criterios para su determinación serán: grado de intervención del sujeto con el hecho, distinguir el sujeto o sujetos en cuanto autor o partícipe, y la responsabilidad penal que constituye.

De esa manera, con los aportes realizados por la doctrina penal, se ha podido seguir distintas teorías para entender la intervención delictiva en cuanto a la autoría o también llamada calidad de autor, y, por otro lado, en cuanto a la pluralidad de sujetos, entendiéndose la misma como coautoría, así como partícipes. De manera que, para apreciar el aporte del sujeto con la realización del delito y así obtener su adecuación concreta a la calificación jurídico penal correspondiente, se toma como punto de partidas las dos teorías siguientes: el sistema unitario y el sistema diferenciador.

2.1.1. SISTEMA UNITARIO DEL AUTOR

Por el sistema unitario, partimos de una concepción causal de la acción con el delito, donde el sujeto o cada sujeto que intervenga en el delito, necesariamente será señalado como autor quién realice una contribución causal al delito, no dependerá de la valoración a la contribución concreta que haya tenido en el delito, sino, que el sujeto haya tenido una contribución causal al resultado (delito) y, por tanto, todos los intervinientes serán autores por igual, siguiendo la teoría de equivalencia de las condiciones, donde quien realice toda conducta que nos lleva a un resultado delictivo, será siempre autor, y de esa manera no consideran un criterio de accesoriedad o bien formas de intervención accesoria más que la de autor, quién participe de hecho punible es autor delictivo.

Este sistema se adecua al tipo de delitos culposos, en razón de calificar como autor culposo a quién con su participación imprudente realice el hecho punible. Sin embargo, esta teoría ha sido propuesta como política-criminal en respuesta a la necesidad de castigar a todo interviniente en el delito, debido a la concepción de la peligrosidad social del delincuente, construida en el contexto histórico del nacional socialismo alemán.

2.1.2. SISTEMA DIFERENCIADOR

De otro lado, para el sistema diferenciador, parte de la distinción entre autor, conocida como intervención primaria, y partícipe como intervención secundaria. Es con esta diferencia por la cual se han propuesto las teorías para la determinación de la autoría, en el concepto extensivo o restrictivo del autor. En cuanto a nuestro Código Penal, en adelante CP, se ha seguido el criterio de diferenciación entre autoría y participación; así, sobre la autoría y coautoría descrita en el Artículo 23° del CP, se le identifica como aquel que realiza directamente el hecho delictivo, el que se valdría de otro para cometer el delito y la distribución del trabajo para la comisión del hecho punible.

2.2. LA AUTORÍA

Observado ello, según Percy GARCÍA CAVERO “la determinación de la autoría del delito resulta muy sencilla cuando el hecho delictivo es completamente preparado, ejecutado y consumado por una única persona”³³, haciendo sin más, la descripción de la autoría inmediata o individual propiamente dicha.

Agrega, el jurista español Francisco MUÑOZ CONDE que autor “es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho típico. Esta forma de autoría, también llamada inmediata (...), es la que sirve como punto de referencia a la descripción que del sujeto activo se hace en

³³ GARCÍA CAVERO, Percy (2015). “Derecho Penal Parte General”. Segunda edición. Jurista editores. Lima-Perú. p.675.

cada tipo delictivo de la Parte Especial”³⁴. Aquí, el profesor español agrega que la conducta realizada por el sujeto (activo) para la comisión del delito de manera directa, está sujeta a como en el tipo penal se encuentra descrito la conducta de quién debe ser sujeto activo o autor en ese tipo de delito, a esta figura se la denomina también autor inmediato.

Así como, podemos encontrar de la doctrina nacional al profesor Felipe VILLAVICENCIO para quién “autor es el que domina el hecho, es decir, aquel sujeto que tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encausarlo hacia el objeto determinado”³⁵. Siendo, notoria la característica propia con base en la teoría del dominio del hecho.

Finalmente, de igual importancia, Hans Heinrich JESCHECK³⁶ nos dice que en la mayoría de las descripciones legislativas del tipo penal se denomina al autor desde el anónimo “quién”, en razón este es el presupuesto requerido por lo redactado en el tipo penal, autor es quién en propia persona realiza el hecho punible (tipo) en la totalidad de sus elementos.

2.2.1. CONCEPTO EXTENSIVO DEL AUTOR

Hay dos posibilidades de tratar las formas en que se manifiesta la participación en la comisión de un delito, básicamente, tenemos dos posibilidades de analizarlas, siendo para ello, a manera de ilustración, distinguirlas desde una concepción extensiva o restrictiva de autor.

Sobre la concepción extensiva del autor, se comprende la autoría siguiendo la teoría de la equivalencia de las condiciones del resultado, donde para adquirir la

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ADAN, Mercedes (2010). “Derecho Penal, Parte General” 8va Edición, revisada. Tirant Lo Blanch. Valencia – España. pp. 434-435.

³⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2018). “Derecho Penal básico”. En: Colección “Lo esencial del Derecho” N° 3 - PUCP. Primera reimpresión. Fondo editorial PUCP. Lima-Perú. p. 104.

³⁶ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Tomás (2014). “Tratado de Derecho Penal Parte General”. Tomo II. Traducción de la Quinta edición alemana. Para el Perú: primera edición. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Pacífico editores. Lima-Perú. p.963.

calidad de autor, sólo será quien haya contribuido para producir el resultado delictivo, aún si es que la acción de ese autor, no sea una acción típica. En ese sentido, el que induce y el cómplice pueden ser señalados como autores.

Agrega también el criterio subjetivo para distinguir autoría y participación. Para esta concepción extensiva del autor, será al *animus* (ánimo o intención) del sujeto el cual dirigirá su acción. En esa línea, acota para el autor el *animus auctoris* que consistirá en la intención del sujeto en querer como suyo el hecho, característica del autor, mientras que el *animus socii* es cuando el sujeto actúa por voluntad de otra persona, quiere el hecho como ajeno, por lo cual, realizará el hecho sin interés propio, esta viene a ser la característica del partícipe. De esta teoría se aprecia que tan determinante puede ser la animosidad para calificar la intervención de los sujetos en un delito.

No obstante, esta posición ha sido motivo de críticas por parte un sector de la doctrina. Si bien, siguiendo este criterio es posible distinguir entre el autor y el partícipe según la intención o ánimo sobre su acción para realizar el hecho típico, existía el riesgo de dar mayor importancia a lo subjetivo, y al momento de decidir un caso, no tomar en cuenta lo fáctico, esto es la ejecución de un hecho típico, y por lo tanto tampoco consideraría lo descrito en la ley penal como delito para su sanción, debido a tratarse de un reproche a la intención o motivo interno del sujeto interviniente. A ello se agrega que cabría la posibilidad de existir una apreciación arbitraria por parte del juez en lo que aprecie como ánimo o intención (subjetivo) en el sujeto.

2.2.2. CONCEPTO RESTRINGIDO DE AUTOR

En cuanto a este concepto, el autor será tal, siempre que realice el hecho descrito como delito en el tipo penal. Esto deja la posibilidad de ser sancionada una conducta no típica, pero con cuya contribución se haya logrado un resultado causal, se haya realizado el delito, y será sujeto de imputación a título de autor.

Según James REÁTEGUI SÁNCHEZ “se dice que el concepto restrictivo de autor es el punto de partida correcto, en cuanto remite la investigación de la

autoría a la realización del tipo respectivo, se basa en un carácter objetivo la separación entre autor y partícipes, en la medida en que dependerá de la naturaleza de la contribución al hecho de cada uno”³⁷.

De esta manera para determinar al autor, se han propuesto dos teorías, la teoría objetivo-Formal y la teoría objetivo-Material, y en ambas se tiene como base un criterio objetivo para ser autor. Por la teoría objetivo-formal sigue a la literalidad de lo redactado dentro de las descripciones del tipo penal. Será acción típica si su acción es tal cual se encuentra descrito en el tipo, por lo tanto, deberá responder como autor. A esta teoría, se la ha dejado de lado debido a la falta de determinación de autoría mediata, puesto que no atiende a responder como identificar a quien no realiza “personalmente” el hecho típico, pero participa de ella, el cual puede ser el caso del coautor.

También, está la teoría objetivo-material proponiendo el criterio de la mayor peligrosidad objetiva en la contribución, para así distinguir al autor del partícipe. Además de estar siguiendo únicamente a los descrito en el tipo, Autor será quién produzca el resultado (delito), una relación causal, con la contribución objetiva más importante. Pese a ello, se sigue sin responder cuando un individuo puede ser autor mediato o coautor, ahora según esta teoría debiera tener una contribución objetiva de mayor peligrosidad.

2.3. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

En tal contexto, para afirma fundadamente la autoría, no es viable concebir una concepción puramente subjetiva o puramente objetiva del autor, esto ha llevado a proponer desde la dogmática penal, la denominada teoría del dominio del hecho, en un principio formulada por Hans Welzel en el primer tercio del siglo XX con el concepto de la teoría final de la acción combinando los elementos objetivos y subjetivos dentro de la concepción restrictiva en la autoría. Para ello, parte de la

³⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014). “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Volumen II. Segunda reimpresión. Instituto Pacífico. Lima-Perú. p.776.

división entre lo que debemos entender por autor y partícipe, esto según el dominio sobre el hecho.

El jurista nacional Percy GARCÍA CAVERO³⁸ refiere que la citada teoría parte de una concepción restrictiva del autor, por ello, para esta teoría la acción típica viene a ser el hecho delictivo que ha sido realizado por voluntad del sujeto activo, quién dirige el suceso, y por lo tanto domina el curso del hecho, es el único que tiene la capacidad y poder de decidir la dirección del delito. Los sujetos que tengan ese poder podrán ser señalados como autores.

En suma, será autor sólo quién domina la realización del hecho típico mediante una dirección final al resultado típico, la dirección consciente de quién domina la ejecución del hecho y así decide cómo deberá realizarse el delito. Desde este punto de vista, se observa una relación entre dirección o voluntad final en realizar el delito y el dominio del hecho. Esto ha llevado a realizar unas modificaciones sobre las formas en que se puede manifestar este dominio. Según Manuel ABANTO VÁSQUEZ³⁹ esta teoría se manifiesta de tres maneras: a) Como “*dominio de la acción*” referida a la relación directa del individuo con la propia acción; b) quién “domina la voluntad” de un tercero como intermediario; y c) como el “dominio funcional” cuando es ejecutado conjuntamente con otros. Son también conocidas como autoría directa, mediata o coautoría.

Veamos primero el *dominio de la acción*, el cual puede denominarse autoría- directa o autoría inmediata. Esta viene a ser la realización de delito por propia mano del sujeto, es él mismo quien realiza la acción típica. Es aquel quién no coacciona o depende de otro para realizar el delito. Aquí el autor es el sujeto con

³⁸ GARCÍA CAVERO, Percy (2008). “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. Editora y librería jurídica Grijley. Lima-Perú. p.559.

³⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2004). “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”. En: Revista Penal N° 14. [En línea]: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>. Lima-Perú. Consultado el 05-04-2022. p. 4

poder de conducir la acción y todo acontecimiento hacia un objeto determinado, el hecho delictivo, y por lo tanto tiene dominio sobre el hecho.

Así, en el artículo 23° del CP identifica la autoría como “el que realiza por sí (...) el hecho punible” y con cuya expresión la autoría directa es utilizada también en nuestra legislación penal.

Dominio de la voluntad o también llamada autoría mediata, cuando la persona realiza el delito por medio de otra persona (intermediario), la persona domina la voluntad del intermediario y este se encuentra subordinado a un sujeto de atrás, el sujeto mandante o dominante del hecho viene a ser considerado el señor del hecho, en ese sentido, al intermediario no se le sanciona penalmente, es impune.

Cabe mencionar, que el Código Penal Nacional, en su artículo 23° al utilizar la expresión “el que realiza (...) por medio de otro el hecho punible” hace referencia a la participación de un intermediario, siendo el criterio a seguir la del dominio de la voluntad ya mencionado.

En esta clasificación de autoría mediata se siguen tres grupos: 1) intermediario que actúa sin realizar el delito, sea en ausencia de tipo objetivo y/o subjetivo, alguna causa de justificación o el cumplimiento de un deber; 2) el intermediario al que no cabe imputación personal, en razón de ser inimputable; y 3) el intermediario cuya actuación se realiza dentro de la organización de un aparato de poder.

También tenemos *el dominio del hecho funcional*, cuando el delito se realiza en una actuación conjunta, el cual consiste en la división del trabajo en la pluralidad de personas, donde sin realizar la acción típica, y/o sin ejercer una influencia sobre la voluntad de otros, se da lugar al coautor que, con su conducta, de acuerdo a una división en funciones, realiza el delito de manera conjunta.

En ese orden de ideas, según Gonzalo GÓMEZ MENDOZA⁴⁰ podemos mencionar que en el artículo 23° del CP, la autoría directa se ve descrita primero cuando expresa, que es autor aquel que realice el hecho punible “por si”, segundo, la autoría mediata, al mencionar que “la acción puede ser ejecutada por otro” y, tercero, la coautoría, “los que cometan conjuntamente”, la comisión del hecho punible con pluralidad de sujetos.

2.4. LA COAUTORÍA

Respecto a la coautoría, es preciso señalar que se trata de la intervención conjunta de una pluralidad de personas para realizar un ilícito penal. Esta es una colaboración voluntaria de acuerdo a la función desempeñada en ese conjunto, siguiendo una división de trabajo o funciones. De esta manera se presenta el dominio de funciones antes revisado, por el cual, si el autor es quien tiene el dominio del hecho, el coautor tiene el co-dominio debido al dominio funcional ejercido sobre el hecho punible, es decir no basta cualquier aporte, sino un aporte de acuerdo a la función distribuida.

Javier VILLA STEIN⁴¹ refiere que el hecho delictivo es cometido entre todos, donde dos o más personas se reparten tareas para la ejecución de un plan global acordado, con lo que cada interviniente realiza un aporte esencial al hecho, teniendo ejecución conjunta del mismo.

En el propio artículo 23° de CP, el cual venimos mencionando, se señala como coautoría al que “realiza (...) el hecho punible (..) los que lo cometan conjuntamente”. Se trata de una forma de autoría, por tanto, a cada coautor se le considerará como autor del delito, obteniendo la misma sanción penal prevista en el tipo penal para dicho delito. Autor y coautor reciben la misma pena.

Para señalar la co-autoría, se debe seguir dos requisitos, un tanto difíciles de determinar, estos son la decisión común y la realización común. Estos requisitos son el fundamento para considerarlo al sujeto como coautor del delito y no señalarlo

⁴⁰ GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo (2011). “La participación y corrupción en la administración pública”. Editorial Rodhas. Lima-Perú. p. 49.

⁴¹ VILLA STEIN, Javier (2014). “Derecho Penal. Parte General”. Lima-Perú. pp. 383-384.

como autor individual. En cuanto a la decisión común, se refiere al acuerdo de los sujetos para realizar el delito en la división de funciones concertado, limitando su acción. Es por esta división en la ejecución del delito donde se puede determinar la coautoría ejecutiva y la no ejecutiva. Por la primera, entiéndase a quien realiza las acciones propias para la comisión, y en la segunda, son únicamente aquellos que realizan actos de planeamiento, dirección coordinación de las labores de ejecución.

Con la condición de “Realización común”, se hace referencia al aporte objetivo del sujeto para la realización del hecho, cuyo aporte será complementario debido a la división de funciones, o trabajo, acordadas por “decisión común”, con su parte se forma la totalidad del delito y será atribuible a todos cada uno.

2.5. AUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER

Ahora bien, en una obligación institucional, la persona que ostente un deber específico a cumplir tendrá una condición cualitativa para ser autor de este tipo de delitos, por cuanto sólo le incumbe el cumplimiento de un deber específico y la autoría queda limitada a un determinado círculo de sujetos señalados por el tipo penal.

Al respecto, según Javier SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES “una de las características de los delitos de infracción del deber es que la base de la responsabilidad es la lesión de un deber específico”⁴² y con ello se considera a la infracción del deber como el fundamento de la responsabilidad penal al ser un sujeto cualificado quién pueda lesionar el deber especial.

Hecho que nos lleva a inferir que, en los delitos de corrupción de funcionarios, será autor quién cumpla con la calidad de funcionario y/o servidor público, con lo que, en palabras del profesor Ramiro SALINAS SICCHA⁴³ es quién

⁴² Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2018). “La teoría de la infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios”. En: “Problemas actuales de Política criminal” Anuario de Derecho Penal 2015-2016. José HURTADO POZO, Víctor PRADO SALDARRIAGA, Bertha PRADO MANRIQUE (Director /Coordinadores). Fondo editorial PUCP. Lima-Perú. p.106.

⁴³ SALINAS SICCHA, Ramiro (2018). “La teoría de la infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios”. En: “Problemas actuales de Política criminal” Anuario de Derecho Penal 2015-2016.Fondo editorial PUCP. Lima-Perú. p.94.

al realizar la conducta prohibida, infringe un deber especial de naturaleza penal, siendo diferente a la determinación del partícipe en cuanto este al participar de la conducta penalmente prohibida sin infringir algún deber específico, le correspondería ser señalado de manera accesoria como cómplice. Esto debido a que su contribución no será determinante para la realización del ilícito penal.

En ese entendido, es fundamental tener en cuenta el aporte doctrinario del jurista alemán Claus ROXIN, cuando refiere “el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción del deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo (...) que por lo general se originan en otras ramas jurídicas. (...) en esta categoría son los ya citados deberes jurídicos-públicos de los funcionarios, (...) ellos se caracterizan por que el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación”.⁴⁴

De lo señalado, la profesora española Silvina BACIGALUPO⁴⁵ refiere que la categoría de los delitos de infracción del deber expuesta por Roxin inicia considerando que la infracción del deber surge de una norma no penal, por la cual, sería verdaderamente la característica especial de la figura central y sujeto del deber por la cual sería subsumible el hecho en el tipo.

Así, pese a la importancia de dicha teoría en el Derecho penal, para los delitos especiales, se vio plausible seguir lo propuesto por el profesor germano Claus Roxin, quien, a través de su teoría de la infracción del deber, identifica al sujeto señalado como autor en los delitos de esta clasificación, toda vez que su participación se concretiza por su vínculo hacia un deber especial propia del sujeto

⁴⁴ ROXIN, Claus (2005). “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano Gonzalez de Murillo. Editorial Marcial Pons Madrid-España. pp. 387-388.

⁴⁵ BACIGALUPO, Silvina (2017). “Infracción de deber y participación”. En: Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig. Editorial BdF. Uruguay. pp. 433-434.

y de nadie más, y asimismo, el extraneus será un cómplice único, por no tener la calidad especial del autor.

Este deber no podrá alcanzar a otra persona que interviene en el evento delictivo si en el tipo penal de ese delito no se encuentra descrito como tal. Sin embargo, la teoría del dominio del hecho puede ser aplicable para el delito de negociación incompatible desde la óptica en determinar la complicidad.

Pero, aún sin ir más allá, seguimos describiendo lo entendido por deber especial que según Gonzalo GÓMEZ MENDOZA⁴⁶ los deberes de los funcionarios públicos son específicos cuando le corresponde obedecer por el desempeño de su cargo determinado, deber obligado a llevar por razón de su cargo. Agrega también, que la obligación del funcionario con el deber de lealtad se impone como una obligación jurídica hacia lo contenido en la Constitución y las leyes de nuestro ordenamiento jurídico. Además, velar por los intereses públicos, en detrimento de sus aspiraciones e intereses personales, aludiendo al fin superior general protegido por esta categoría de delitos, y que, deberá ser tratado siguiendo las características esenciales de cada particular tipo penal.

2.5.1. AUTORÍA EN DELITOS COMETIDOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como se ha dicho, en esta clase de delitos según Ramiro SALINAS SICCHA⁴⁷ se pretende proteger bienes jurídicos representados a través de principios-deberes, estos son “no lesionar el patrimonio del Estado, para el peculado, “legalidad presupuestal” correspondiente en el delito de malversación de fondos; de “gratuidad del acto público” en los delitos de cohecho; de “imparcialidad y transparencia” en el delito funcional de colusión, entre otros. Y cuya tutela jurídico penal es distinta

⁴⁶ GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo (2011). “La participación y corrupción en la Administración Pública”. Editorial Rodhas. Lima-Perú. p. 200.

⁴⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro (2018). “La teoría de la infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios”. En: “Problemas actuales de Política criminal”. Anuario de Derecho Penal 2015-2016. José HURTADO POZO (director); Víctor PRADO SALDARRIAGA, Bertha PRADO MANRIQUE (Coordinadores). Fondo editorial PUCP. Lima-Perú. p.95.

de los delitos “comunes”, cuando por medio de estos delitos se pretende proteger el derecho a la vida, a la salud, la libertad sexual, la propiedad, entre otros.

Entonces, para estos delitos contra la administración pública, debemos partir del criterio básico, donde será una condición necesaria que el autor debe ser un sujeto cualificado estrictamente señalado como destinatario en la norma penal. Al respecto, nos dice Manuel ABANTO VÁSQUEZ⁴⁸ que la cualidad especial la podemos encontrar expresamente redactada en el tipo penal, a manera de ejemplo: se trataría del “funcionario público”, “accionista”, “testigo”, entre otros. En ese sentido, este destinatario por el tipo penal, es un funcionario público en el ejercicio de su cargo, siendo la condición propia de la estructura típica de esta clase de delitos.

Ahora, la infracción del deber se deriva del incumplimiento a un deber especial, la realización de esta infracción es necesaria para la delimitación de la intervención delictiva prevista en el tipo penal. Según Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ⁴⁹ esta clase de delitos se fundamenta en el cuidado especial e institucional a las tareas públicas asumidas por una vinculación a la Administración pública y por lo tanto están especialmente obligadas.

Siguiendo a lo entendido como autor de un delito especial, Felipe VILLAVICENCIO TERREROS⁵⁰ nos dice que se considerará autor al que solamente incumbe el cumplimiento de un deber especial, y por lo tanto la autoría se encuentra delimitada a un círculo de sujetos denominados como autores cualificados por el tipo penal.

⁴⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2004). “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”. En: Revista Penal N° 14. [En línea]: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>. Lima-Perú. Consultado el 08-04-2022. p. 4.

⁴⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos (2001). “Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios”. En: La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal. Instituto Peruano de ciencias penales. Editora jurídica Grijley. Lima-Perú. 164.

⁵⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2018). “Derecho Penal básico”. En: Colección “Lo esencial del Derecho” N° 3 - PUCP. Primera reimposición. Fondo editorial PUCP. Lima-Perú. p. 108.

Al respecto Rafael ARMAS CABRERA nos dice que “la teoría de la infracción del deber debe ser entendida como una estructura de imputación que se subdivide en: infracción pura del deber e infracción del deber con cuotas de dominio, cada una con reglas específicas de admisión o no de conductas típicas de intervención y de sus consecuencias títulos de intervención en el plano de autoría y participación”⁵¹. Describiendo dicha teoría de una manera minuciosa conforme nuestro Código Penal.

Hemos descrito lo comprendido para ser autor en los delitos de infracción. Ahora otro punto es la participación de un extraneus, cuya problemática surge en cómo aplicar las reglas de la participación. Ya no se trata solo de personas intraneus sino de quienes no tienen la condición de sujeto especial con la calidad exigida por el tipo penal (intraneus).

Según Manuel ABANTO VÁSQUEZ⁵² para la delimitación de la autoría y participación en los delitos especiales, existen dos posibilidades, de acuerdo a la teoría del dominio del hecho, en el caso de delitos comunes, o bien recurrir a la teoría de la infracción del deber. Fundada por el profesor Roxin en 1963 a través de su trabajo doctoral cuyo título lleva “Autoría y dominio del hecho”, versión de traducción al español realizada por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo.

Siguiendo con el mismo autor⁵³, a los tipos penales se les puede distinguir entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber. Los primeros presuponen que la conducta puede ser señalada por las tres manifestaciones del “dominio de la conducta”, autoría directa, mediata o conjunta, por tanto, le resulta aplicable la teoría del dominio del hecho. En cambio, al segundo tipo de delitos (aquellos de

⁵¹ ARMAS CABRERA, Rafael Alexis (2018). “El tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo en el Código Penal: bases para una reinterpretación”. Gaceta Penal. Lima – Perú. p.207

⁵² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2004). “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”. En: Revista Penal N° 14. [En línea]: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>. Ob. Cit. p.5-6.

⁵³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2004). “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”. Ob. Cit. p. 8.

infracción del deber) se haría el reproche a la “infracción del deber”, donde el dominio sobre el hecho deja de tener mayor trascendencia para distinguir al autor. Interesa saber cuál ha sido a infracción cometida por el intraneus, y respecto a cualquier sujeto extraneus que haya colaborado antes o durante la ejecución del delito, con o sin dominio, será partícipe. Es decir, partícipe es quien haya *colaborado con la realización del evento delictivo sin tener la cualidad requerida por el tipo*; y si son todos intraneus, se hablaría de potenciales autores, debido a que los mismos tiene deberes específicos, según el caso.

Entonces, esta teoría ha contribuido a resolver algunos aspectos de los delitos de corrupción, sin embargo, según Ramiro SALINAS SICCHA⁵⁴ la formulación legislativa de los delitos funcionariales, exige la infracción del deber como acción u omisión típica desde el agente especial hacia la lesión a un bien jurídico, pero, su sólo deber infringido no es suficiente sino además se necesita de elementos objetivos y subjetivos del tipo penal en concreto, para su penalidad y de esa forma, poder agotarse el delito tipificado.

2.6. PARTICIPACIÓN

Nos dice Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁵⁵ que la participación estudia la codelinuencia. Donde los partícipes intervienen en el delito sin ser autores del hecho delictivo, siempre que su conducta se encuentre redactada como tal en la descripción legal penal del CP. Asimismo, estas formas de intervención tienen una característica común, el fomentar, facilitar o favorecer al autor en la realización del delito.

Jame REÁTEGUI SÁNCHEZ⁵⁶ indica que partícipe es alguien que no decide sobre la dirección del hecho, el curso causal del delito no depende de él, y

⁵⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro (2011). “Delitos contra la administración pública”. 2da. Edición. Editorial Iustitia. Lima – Perú.p.14.

⁵⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2008). “Autoría y participación”. En: Revista de estudio de la justicia REJ N° 10. [En línea]: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ_Y_GARCIA.pdf. Universidad de Chile. Consultado el 07-04-2022. p. 40.

⁵⁶ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014). “Autoría y participación en el delito. Régimen normativo doctrinario y jurisprudencial”. Gaceta Jurídica. Primera reimpresión. Lima-Perú. p. 162.

por ello no tiene el dominio del hecho. el partícipe será quién “ayuda” o “instiga” a otra persona hacer el curso causal del hecho delictivo.

Por otro lado, para Gonzalo GÓMEZ MENDOZA⁵⁷, el partícipe no es quién ejecuta la acción principal. El partícipe es quién coopera y contribuye dolosamente al sujeto principal en un delito. Su intervención tendrá relación con la actividad del autor, por ello no habrá delito sin mencionar al autor, y su intervención la realiza en un hecho ajeno a él, no es propio del partícipe.

Siguiendo con el mismo autor⁵⁸, y si su intervención no tiene dominio del hecho como en sus tres manifestaciones de autoría (directa, mediata y conjunta o coautoría), el partícipe estaría realizando una actuación que se deduce del hecho principal. Donde solo puede tener responsabilidad de la comisión del delito del autor.

El jurista nacional Felipe VILLAVICENCIO TERREROS⁵⁹ sigue la misma posición en cuanto será imprescindible la presencia del autor y por la cual la intervención del partícipe será en posición secundaria o dependiente del evento criminal principal cometido por el autor. Además, agrega que la participación se concibe en sentido amplio y específico. Amplio cuando abarca al autor directo, mediato, coautor, instigador y cómplice, es decir, a todos los que puedan intervenir en el hecho. y en sentido específico, cuando los partícipes son aquellos que no son autores.

Asimismo, siguiendo a lo dicho por Percy GARCÍA CAVERO⁶⁰ el partícipe responde penalmente igual al autor, más en su actuación al ser considerada como papel secundario a la realización del hecho, habrá determinados casos justificados

⁵⁷ GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo (2011). “La participación y corrupción en la Administración Pública”. Editorial Rodhas. Lima-Perú. p. 50.

⁵⁸ GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo (2011). “La participación y corrupción en la Administración Pública”. Ibidem.

⁵⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2014). “Derecho Penal Parte General”. Quinta reimpresión. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú. p. 492.

⁶⁰ GARCÍA CAVERO, Percy (2011). “Derecho Penal parte general”. Jurista editores. Segunda edición. Lima-Perú. p. 698.

para la atenuación respecto pena a recibir por el autor. No obstante, la participación será punible.

2.6.1. FORMAS DE PARTICIPACIÓN

La participación se manifiesta en la instigación y complicidad. A estas formas de participación se le podrá aplicar lo contenido en el artículo 24° y 25° de nuestro CP.

2.6.1.1. INSTIGACIÓN

Respecto de la instigación en el artículo 24° se utiliza la expresión “el que, dolosamente, determina a otro” a la comisión del hecho punible. Lo previsto en la parte general debe constituir la extensión a encuadrar la conducta del partícipe a lo descrito en la parte especial de nuestro código sustantivo penal, para así imponerle la sanción penal al instigador.

Una vez puesta la descripción, breve, sobre la instigación en nuestro CP, será conveniente precisar que instigador es quién determina a otro el surgimiento de la idea a la comisión del delito. Estaríamos hablando de influir en la otra persona, la instigación debe estar dirigida a una determinada persona para la comisión de un determinado hecho.

En palabras de Sebastián SOLER, “el instigador (...) se limita a ejercer una influencia psicológica sobre otro, con el objeto de hacerle cometer el hecho punible. No se trata de un caso de autoría. Por el contrario, el autor es el instigado”⁶¹. La instigación consistirá en convencer al autor a cometer el delito, lo cual muestra lo determinante que debe llegar a ser la instigación hacia el instigado para la ejecución del delito.

⁶¹ Citado por GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo (2011). “La participación y corrupción en la Administración Pública”. Ob. cit. p.51.

Según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁶² se denomina inductor a quien mediante su influencia a otra persona hace surgir que realice un delito como autor, es un influjo psíquico sobre el instigado (autor). no debiendo confundirla con la autoría mediata ya que por medio de está convierte al sujeto en un instrumento por delante y por lo tanto va más allá que la sola inducción.

Para Percy GARCÍA CAVERO⁶³ respecto a la instigación, ésta viene a ser una conducta que precede a la decisión de cometer el hecho delictivo. Se puede hablar de esta forma de participación cuando siquiera se haya producido una ideación en el autor antes de cometer el delito. En ese sentido, la instigación no forma parte del delito inducido. El inductor puede ser penalmente responsable por instigar a otro a la comisión de un delito, sea delito de dominio o de infracción del deber, común o especial.

Lo cual, a lo dicho por Felipe VILLAVICENCIO⁶⁴, la actuación con dolo del instigador hacia el hecho que se instiga debe llegar a la consumación, equivalente a la realización completa del tipo, o cuando menos al grado de tentativa, el cual es una punible.

2.6.1.2. LA COMPLICIDAD

La otra forma de participación es la complicidad. Este se refiere a las acciones de apoyo a la realización de un hecho delictivo que ejecuta otra persona. Su intervención no va más allá. Por lo cual, la decisión final y ejecución del hecho es propia del autor.

⁶² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2008). “Autoría y participación”. En: Revista de estudio de la justicia REJ N° 10. [En línea]: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ_Y_GARCIA.pdf. Universidad de Chile. Consultado el 07-04-2022. p.45.

⁶³ GARCÍA CAVERO, Percy (2008). “La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales”. En “La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú”. Anuario de Derecho Penal 2009. [En línea]: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_05.pdf. Lima-Perú. Consultado el 09-04-2022. p. 124.

⁶⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2014). “Derecho Penal básico”. Primera reimpresión. En: Colección “Lo esencial del Derecho” N° 3-PUCO. Fondo editorial PUCP. Lima – Perú. p. 110.

Según James REÁTEGUI⁶⁵ será el que presta asistencia o contribuciones dolosas a otro que realizará el hecho punible. Estos actos no vienen a configurar dentro del tipo. Tiene existencia periférica al tipo penal donde solo se encontrará descrita exclusivamente la conducta delictiva del autor.

Al respecto, nos dice Enrique BACIGALUPO⁶⁶ que el cómplice o también llamado “cooperador” viene a ser el sujeto que con su actuación dolosa coopera con la realización del delito, esta cooperación podrá ser manifestada a través de un consejo que presta al ejecutor del hecho punible. Además, el “cooperador” responderá penalmente de manera limitada hasta donde alcance su colaboración dolosa no habiendo cooperación susceptible de sanción penal en delito culposo.

Además, podemos agregar que en palabras de Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA⁶⁷, en la doctrina se considera como cómplice no al que decide si se hace o no el delito, o como debe realizarse, sino solo es quién facilita su realización por medios de actos de auxilio o apoyo antes, después o simultáneamente a la ejecución del delito.

2.6.1.2.1. TIPOS DE COMPLICIDAD

Complicidad Primaria: Comprende al aporte otorgado para la comisión de un delito, sin el cual no hubiera podido realizar el hecho punible. Se le denomina también como cooperación necesaria para perpetrar el delito, esta expresión es de uso en la doctrina y legislación penal española.

Tenemos al jurista español Esteban PÉREZ ALONSO⁶⁸ cuando menciona que en el CP español se manifiestan dos formas de complicidad, siendo la

⁶⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014). “Autoría y participación en el delito. Régimen normativo doctrinario y jurisprudencial”. Gaceta Jurídica. Primera reimpression. Lima-Perú. p. 165.

⁶⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1999). “Derecho Penal. Parte General”. Segunda edición renovada t ampliada. Editorial Hammurabi. Buenos Aires-Argentina. pp. 529-530.

⁶⁷ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. (2004). “Teoría del delito”. Tercera reimpression. Instituto de investigaciones jurídicas. Serie G: Estudios doctrinales, Núm. 192-UNAM. México D.F. p.223.

⁶⁸ PÉREZ ALONSO, Esteban (2007). “La autoría y la participación en el Código Penal Español de 1995 y en la reciente reforma penal”. En: Dogmática actual de la autoría y la participación criminal. Nelson SALAZA SÁNCHEZ, coordinador. IDEMSA. Lima-Perú. p.498-499

complicidad necesaria prevista en el Código penal español en su artículo 28° segundo párrafo literal b): “(...) también serán considerados autores: a) (...). b) los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. Siendo castigada con la misma pena prevista al autor.

Siguiendo con el mismo autor⁶⁹, la mencionada forma de cooperación se distingue de la complicidad simple cuando en el artículo 29° del CP español indica que “son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución de hecho con actos anteriores o simultáneos”. Y que además conforme a la descripción legislativa en el artículo 63° esta conducta será sancionada con una pena inferior de la fijada por ley al autor del delito.

Según Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁷⁰ se le denomina como cooperación necesaria o también puede recibir el nombre de complicidad necesaria y para su sanción punitiva se le “considera” como autor, debido a que recibe la pena del autor. Como segunda forma de complicidad, está a la cooperación simple, complicidad simple o bien puede llamarse “complicidad no necesaria”, la misma que recibe una sanción inferior en grado a la pena recibida por el autor, siendo prevista en el artículo 63° del CP español y se distingue en el artículo 29° del mismo cuerpo legal español, quién puede ser cooperador simple, con una descripción excluyente en la expresión: “son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior (...)” (el **artículo anterior es el 28°, donde menciona quienes pueden ser denominados autores, inductores o cooperadores necesarios**), cooperan a la ejecución del hecho punible desde actos posteriores o simultáneos a su realización.

⁶⁹ PÉREZ ALONSO, Esteban (2007). “La autoría y la participación en el Código Penal Español de 1995 y en la reciente reforma penal”. En: Dogmática actual de la autoría y la participación criminal. Nelson SALAZA SÁNCHEZ, coordinador. Ibidem

⁷⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2008). “Autoría y participación”. En: Revista de estudio de la justicia REJ N° 10. [En línea]: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ_Y_GARCIA.pdf. Universidad de Chile. Consultado el 09-04-2022. p.48-49.

Tenemos la complicidad secundaria, que consiste en la forma de asistencia o auxilio para cometer el delito. Sin embargo, no es un acto indispensable sin el cual no se hubiera cometido el tipo penal. con o sin su aporte se hubiera realizado.

En la legislación penal nacional dichas formas de complicidad están reguladas en el artículo 25 de la siguiente manera:

“Artículo 25º: Complicidad primaria y complicidad secundaria:

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 disminuida prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la pena del tipo legal no concurren en él”.

En ese sentido, respecto a la punibilidad, al cómplice primario le corresponde la pena del autor, mientras en la complicidad secundaria, será sujeta a una disminución prudencial de la pena. Así, según el artículo 25 del CP mediante la expresión “el que, dolosamente, preste auxilio” para la comisión del delito, auxilio “sin el cual no se hubiera perpetrado” el hecho delictivo, se estaría indicando la forma de complicidad primaria o necesaria siendo además reprimible con la pena del autor prevista en el tipo.

En palabras de Felipe VILLAVICENCIO⁷¹, que sea previsto como conducta reprimible con la pena prevista para el autor, no significa que deba tener la misma

⁷¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2014). “Derecho Penal Parte General”. Quinta reimpresión. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú. p. 526.

sanción penal, sino, el cómplice primario deberá recibir una pena dentro de lo establecido en los tipos penales de la parte especial del CP.

Por otro lado, en el segundo párrafo del citado artículo del CP, cuando indica: “los que, de cualquier otro modo, hubieran prestado asistencia”, es decir, asistencia con o sin la cual de todas formas se hubiera realizado el delito. Además, nuestra normativa agrega que (el cómplice secundario) será sujeto a una disminución prudencial de la pena y siempre de acuerdo al hecho por la cual responde también el autor.

2.7. TEORÍA DE LA RUPTURA DE LA IMPUTACIÓN

Si miramos como debe determinarse la autoría y participación aplicado en los delitos “especiales” como son aquellos delitos contra la Administración, ha de conocerse a cuáles soluciones nos puede llevar las teorías propuestas en cuanto a la imputación del agente cualificado, llamado también intraneus o intranei, y del sujeto externo o tercero, denominado extraneus o extranei.

Empleando la posibilidad de delimitar su autoría o participación, la teoría de la ruptura de la imputación se refiere a la responsabilidad contraída al intraneus para ser autor en los delitos especiales por tener la “cualidad” específica señalado en el mismo tipo penal y tener como consecuencia la punibilidad de sus actos. Por lo tanto, la punibilidad del extraneus seguirá sobre la base de un delito común, es decir, siempre responderá por el delito común, si es que lo hubiera para la tipificación de su conducta, o bien por ningún tipo penal generando impunidad.

Agrega, Percy GARCÍA CAVERO⁷² que esta teoría hará punible únicamente al autor cualificado del delito especial, y sobre la base de dicho delito se deberá determinar la pena solo al autor y no la pena al partícipe, siendo esta

⁷² GARCÍA CAVERO, Percy (2009). “La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales”. En: Anuario de Derecho Penal 2009. “La Reforma del Derecho Penal y del Derecho procesal en el Perú”. Director: José Hurtado Pozo. Lima-Perú. pp. 115-126. [En línea]: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf>. Consultado el 10-04-2022. p. 116-116.

persona a quien se le castigará por lo señalado en el marco penal de un delito común adecuado a sus hechos.

En ese sentido, si el hecho punible principal es un delito especial cometido por funcionario, la responsabilidad del extraneus no dependerá de dicho hecho, sino de otro tipo penal el cual en los hechos no se ha realizado, adecuándole un delito común, afectando la delimitación de la participación. Ahora, dado el caso de la comisión de un delito especial por el tercero ajeno como del autor, p.ej. en el delito de peculado, el extraneus no responderá por este delito, sino por un delito común y el intraneus como “partícipe” de peculado. Afectando la responsabilidad penal atribuida para ambos donde de un hecho derivarían dos tipos penales forzando la calificación jurídica.

Por último, tratándose de un delito especial propio según el cual la cualidad el autor es fundamento necesario para su calificación jurídico penal, el extraneus sería el agente delictivo impune porque, además de no imputarle el tipo penal especial el cual le corresponde, dejarían de existir tipos penales comunes para su aplicación.

2.8. TEORÍA DE LA UNIDAD DE LA IMPUTACIÓN

Por medio de esta teoría se ha propuesta la punibilidad del extraneus quien colabora para la comisión de un delito especial sin tener la calidad personal exigida por el tipo. Según Manuel ABANTO VÁSQUEZ⁷³ para la imputación como autor a determinado agente delictivo con la calidad personal requerida, se deberá constatar sobre la base de quien haya ejecutado los hechos materia del delito con el dominio del hecho.

En una posición compartida, Ramiro SALINAS SICCHA⁷⁴ nos indica que se ha venido tomando en cuenta esta teoría considerando a los terceros, particulares

⁷³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2014). “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”. En: “Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública”. Editora y Librería Jurídica Grijley. Lima-Perú. p. 382.

⁷⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro (2018). “La teoría de la infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios”. En: “Problemas actuales de Política criminal” Anuario de Derecho Penal 2015-2016.Fondo editorial PUCP. Lima-Perú. pp.111-112.

o extraneus como cómplice del funcionario o servidor, quien tiene la calidad exigida en el delito especial para ser autor. en sentido, quien participe de este delito especial, sea propio o impropio, responderá por tal delito y en el mismo proceso.

Nos dice Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ⁷⁵ que, según esta teoría, la persona sin la necesidad de tener un cargo o función pública, es decir extraneus, participa para la comisión del delito de corrupción y, por tanto, responderá a título de instigador o cómplice. Agrega, siguiendo lo dicho en Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116, que la jurisprudencia sentó una línea de sentencias nacionales actuales donde se considera a la teoría de la Unidad de la imputación frente a una respuesta para resolver la participación del tercero. Así tenemos:

“Este tipo de delitos (funcionariales) restringe el círculo de autores (...) pero se admite la participación del extraneus que no ostenta esta obligación especial, como participe: inductor o cómplice. para fundamentar esta perspectiva (...) en la jurisprudencia se considera dominante y homogénea la tesis de la Unidad del título de la imputación (...) El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial”.

En ese sentido, el acuerdo plenario mencionado, adopta la posición de constituir a los partícipes como tal sin haber infringido un deber especial, sino únicamente su responsabilidad se desprenderá del hecho principal (delito funcional) cometido por el funcionario o servidor público y no se configurará de manera autónoma porque toma parte de la imputación única hecha al delito especial.

Quien realice el hecho delictivo señalado como tal por un delito especial, será autor aquel agente delictivo quien haya cometido dicho delito y asimismo ostenta el deber especial requerido para su autoría. Con esta propuesta, tanto el funcionario intraneus como el tercero (cómplice o instigador) extraneus cometen un mismo tipo penal.

⁷⁵ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio (2012). “Un paso atrás en la lucha contra la corrupción: Sobre la reciente sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema”. En: Boletín anticorrupción y justicia penal. Comentario Jurisprudencial. Lima-Perú. pp. 38-42. [En línea]: <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/un-paso-atra%CC%81s.pdf>>. Consultado el 19-04-2022. p. 39.

Por la misma línea jurisprudencial reciente y tomando en cuenta la Teoría en mención, el Recurso de Nulidad N° 2659-2011-Arequipa nos indica que “El delito contra la administración pública cometido por funcionarios públicos contempla como autores solo al agente que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, pues el fundamento está constituido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde (...) 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”.

Agregamos también, según Percy GARCÍA CAVERO⁷⁶, que la pena atribuible a la conducta realizada por el extraneus será determinada en el marco punitivo del delito funcional correspondiente, y en sus palabras, desde la doctrina penal sobre política criminal, se han inclinado más a la tesis de la Unidad de la Imputación, en razón de no dejar impune o sin pena a determinadas conductas consideradas delictivas por ser partícipes en la comisión de algún tipo penal especial.

SUB CAPITULO III: EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

3.1. ASPECTOS GENERALES

En el ordenamiento jurídico penal peruano podemos encontrar una selección de normas penales relacionadas a delitos contra la administración pública, también llamados delitos funcionariales, mediante las cuales se busca sancionar aquellas actuaciones de los funcionarios o servidores públicos quienes se exceden en sus atribuciones e incumplen deberes institucionales los cuales les incumbe por su condición tenida al integrar el aparato del Estado, la misma cuyas consecuencias se

⁷⁶ GARCÍA CAVERO, Percy (2009). “La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales”. En: Anuario de Derecho Penal 2009. “La Reforma del Derecho Penal y del Derecho procesal en el Perú”. Director: José Hurtado Pozo. Lima-Perú. pp. 115-126. [En línea]: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf>. Consultado el 10-04-2022. p. 116-117.

trasuntan en las estructuras jurídico políticas con perjuicios económicos en determinadas situaciones.

Esto es, como Alfonso W. QUIROZ NORRIS⁷⁷ nos dice, una percepción en dos ciclos de corrupción, una de corrupción sistémica la cual consiste en la evolución de las instituciones del estado para convertirlas en instrumentos de astucia y rapiña por sus actores públicos quienes utilizan los marcos legales con el manejo del erario público para sus fines ilícitos; y el segundo, la corrupción percibida, que por la sociedad es recibida con escándalos periodísticos, televisivos o mediáticos en las redes sociales, originando la reacción personal o moral de rechazo desde la sociedad civil hacia estos escenarios publicitados irradiando su cuestionamiento ético hacia dichas instituciones y sus integrantes.

En ese sentido, el jurista nacional José HURTADO POZO⁷⁸ refiere que la represión a dichos actos venales por parte de quienes detentan el poder para gestionar intereses particulares en ejercicio de su función, busca rescatar la legitimidad de la administración pública y la confianza de las personas frente a estas desigualdades. Por ello, el derecho penal sustantivo, dotada de una política criminal expresada como reacción estatal del sistema de justicia, viene a ser el medio a través del cual se procura brindar una respuesta adecuada a este fenómeno complejo de la corrupción en la función pública y que por lo tanto es el único-último recurso del poder punitivo del Estado dentro de los parámetros de un Estado Constitucional de Derecho.

Así, siguiendo en este contexto, una de las modalidades manifestadas por este tipo de conductas delictuosas la ubicamos en hechos concretos como contrataciones estatales de naturaleza específica tal como señala el ilícito penal de colusión, pero además, junto a este tipo penal ha existido la regulación del delito de negociación incompatible, poco convencional en su aplicación e inclusive utilizada

⁷⁷ QUIROZ NORRIS, Alfonso Walter (2013). “Historia de la Corrupción en el Perú”. IEP Instituto de Estudios Peruanos. Lima-Perú. pp.39-40.

⁷⁸ HURTADO POZO, José (2016). “Corrupción y Derecho Penal”. En Hurtado Pozo, José. “El sistema de control penal. Derecho Penal general y especial, política criminal y sanciones penales”. Instituto pacífico. Lima-Perú. p. 591.

en tipificación subsidiaria en los supuestos de hechos similares con otros delitos, y es que ha constituido una problemática interpretativa del mismo en cuanto a su verbo rector se refiere, el denominado interés indebido.

De esa manera ya se ve que estamos aludiendo en llevar a cabo un análisis sobre dicho delito al cual identificamos su conducta típica tomando como punto de partida el concepto de la acción finalista del delito propuesta por el profesor alemán Hans Welzel. Ello conllevará delimitar sus elementos típicos con un criterio interpretativo y argumentativo acorde y coherente en garantizar una interpretación jurídico penal con fundamentos dogmáticos del derecho penal dentro del radio punitivo establecido por el mismo delito.

3.2. ANTECEDENTES DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Cabe preguntarnos cuál fue la fuente primigenia del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo, y pues en lo que va su desarrollo legislativo en el Perú, debemos recurrir al Código Penal de 1924 donde tuviera su regulación en el artículo 345° señalando que: “el funcionario o empleado público que directa e indirectamente se interesare en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de tres años y multa de renta de tres a noventa días.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación adjudicación o participación interviene y a los guardadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarios”.

Ahí su descripción legal difiere de lo regulado en el Código Penal actual, primero al tomar en cuenta la intervención de un tercero en actividades y funciones específicas, sean estos especialistas profesionales en contabilidad, árbitros y peritos, dejando poco margen interpretable, es decir, es una descripción restricta; y segundo, como se puede observar, diferenciándose en la extensión de la penalidad,

la inhabilitación especial y multa. Sin embargo, como también expresa el magistrado nacional Ramiro SALINAS SICCHA⁷⁹, mantiene la generalidad en sus términos utilizados sobre el contrato u operación que se ha venido desarrollando en la doctrina y jurisprudencia a fin de darle un sentido distinto del de otros delitos especiales como, por ejemplo, el delito de colusión.

Se trata de un tipo penal con una poca evolución legislativa, su desarrollo en describir la conducta típica, su penalidad y sus intervinientes delictivos, reflejan como característica particular la gestión de intereses personales contrarios a los intereses de lealtad y de fidelidad a la Administración Pública, aquí los actos regulares excluyen todo elemento corruptor, viniendo a ser el interés debido el cual conlleva asumir un cargo público, sea funcionario o servidor del Estado, y no obstante, a esos motivos se deben los actuales cuestionamientos desde la ciudadanía al aparato administrativo y sus actores.

3.3. EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

En el presente trabajo vamos a realizar un análisis del tipo penal denominado de Negociación Incompatible, cuya descripción típica se encuentra tipificada en el Código Penal nacional, en el Libro Segundo, Parte especial, delitos, Título XVIII: Delitos contra la Administración Pública, Capítulo II: Delitos cometidos por funcionarios públicos, Sección IV: Corrupción de funcionarios en su Artículo 399° el cual nos señala que: “El *funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa e indirecta o por actos simulados se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal*”.

⁷⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro (2015). “El delito de negociación incompatible en nuestro sistema jurídico”. En: Actualidad penal. Instituto Pacífico. Volumen 17, noviembre 2015. Lima-Perú. pp. 240-241.

Según Manuel FRISANCHO APARICIO “es un delito especial que consiste en la gestión desleal y en provecho particular que lleva a cabo un intraneus facultado para intervenir en contratos u operación de carácter público”⁸⁰. La particularidad de esta lista de delitos funcionariales, se distingue en ser solo el funcionario o servidor público el agente sobre quien recae la tipicidad de este delito, cabe decir, que la doctrina lo define como “intraneus”. En específico, de este concepto se desengrana la característica básica del delito en mención, la autoría del intraneus, cuando es la persona que puede ejercer facultades funcionales especiales en la administración del Estado, cual sea su condición, si fuese funcionario o servidor público. Las personas que no cumplan con esta condición, serán consideradas como particulares y su participación constituida una ampliación del tipo penal para que se atribuya responsabilidad que la implica con los hechos delictivos de la negociación incompatible, pero ya no como autor del delito.

A ello agrega Alonso PEÑA CABRERA FREYRE que “lo que se identifica en esta figura delictiva no es la mercantilización del cargo público sino el manifiesto de pre valimiento de la actividad funcional”⁸¹.

Yvan MONTOYA VIVANCO nos indica que “el artículo 399° del Código Penal peruano sanciona la conducta por la cual un funcionario o servidor público se aprovecha indebidamente del cargo al mostrar un interés particular que entra en colisión con los intereses públicos o estatales. El tipo penal exige que dicho interés particular o privado se enfoque en alguna operación económica en la que interviene el Estado y el funcionario con motivo del cargo público que ocupa”⁸².

Es decir, se coincide en tomar en cuenta como preestablecido la existencia de intereses incompatibles cuyo origen se da por la condición del agente imputable

⁸⁰ FRISANCHO APARICIO, Manuel (2015). “La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del delito de colusión y negociación incompatible”. Instituto Pacífico. Lima – Perú. p. 138.

⁸¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). “Delitos contra la administración pública”. Instituto Pacífico. Lima-Perú. p. 568.

⁸² MONTOYA VIVANCO, Yvan (2015). “Manual sobre delitos contra la administración pública”. [En línea]:<[http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110641/2016Manual%20sobre%20delitos%20contra%20la%20administraci%C3%B3n%20p%C3%ABlica%20\(2\).pdf?sequence=1](http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110641/2016Manual%20sobre%20delitos%20contra%20la%20administraci%C3%B3n%20p%C3%ABlica%20(2).pdf?sequence=1)>. Lima – Perú. Consultado el 15-03-2022.

de este delito, además lo que se identifica en este tipo penal es evitar los actos de aprovechamiento de la calidad de funcionario para valerse un beneficio particular. Con ello basta poner de manifiesto ese interés en un determinado acto funcional, un interés dirigido hacia fin, sea este el beneficio personal, y ya no el interés público. Aquí se refleja los tipos objetivos y subjetivos de tipificación.

3.4. DERECHO COMPARADO

Es preciso mencionar que el delito materia de análisis, en el derecho penal latinoamericano, encuentra cierta similitud a lo regulado en el artículo 265° del Código Penal Argentino, que describe el tipo penal de la siguiente manera:

“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo”.

Como puede observarse, de dicha descripción normativa en contraste con el Artículo 399° de nuestro Código Penal, se puede observar que el legislador peruano habría tomado en cuenta como fuente la figura delictiva denominada “Negociaciones incompatibles con el Ejercicio de Funciones Públicas” prevista en el Código Penal Argentino, pues guarda cierta semejanza a la letra de lo descrito en nuestra ley penal, en el sentido que el sujeto activo será funcionario público que en razón a su cargo dentro de la administración interviene en el marco de una contratación pública bajo las tres modalidades delictivas señaladas (directa, por persona interpuesta o por acto simulado).

Por otro lado, es preciso mencionar que, para la norma penal argentina, el verbo rector “interesarse” se relaciona con el elemento del tipo consistente “en obtener un beneficio” para el mismo funcionario o a favor de terceros, elemento que se incorporó en nuestra legislación en el año 2004 mediante la Ley N° 28355, el cual puede desarrollarse bajo las mismas modalidades típicas que también

introduce el Código Penal Argentino sobre el delito materia de análisis que en sus propios términos expresan semejantes significados.

Ahora bien, el profesor argentino Edgardo Alberto DONNA⁸³, explica que el agente funcionario público toma un interés de parte respecto al futuro resultado de la negociación estatal, siendo que, para el autor, dicho verbo consiste en aparejar un interés personal o ajeno del funcionario público quien introduciría dicho interés espurio en cualquier etapa contractual del contrato u operación en la que participa por razón de su cargo.

Igualmente, para el jurista argentino Carlos CREUS⁸⁴, el término “interesarse” implica inclinar o volcar una pretensión particular por ningún extremo administrativa, precisa que viene a ser el deseo de que esa negociación contractual u operación del Estado se encuentre orientada por determinado interés particular del mismo agente especial o, este último, será el sujeto público quien hace mediar intereses de terceros (ajenos a él) en cualquier etapa de dichas negociaciones, interés que debe observarse en hechos concretos, empero no actitudes o actos que trasciendan lo meramente subjetivo.

Situación diferente la que encontramos en legislaciones de Sudamérica como las que pasamos a mencionar de la siguiente forma:

El Artículo 409° del Código Penal Colombiano, sanciona la conducta de “El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro a doce años, multa de cincuenta a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a doce años”.

⁸³ DONNA, Edgardo Alberto (2011). “Derecho Penal: parte especial”. Tomo III. Cuarta edición actualizada y reestructurada. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires-Argentina. p. 363-364.

⁸⁴ CREUS, Carlos (1992). “Derecho Penal parte especial”. Tomo II. Tercera edición actualizada. Segunda reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires-Argentina. 309.

Bajo dicha hipótesis delictiva podemos observar que, en ninguna parte prevé la modalidades delictivas en las cuales puede desarrollarse el delito en cuestión, por lo que, prescindiría de un elemento trascendente para poder delimitar el contexto criminal donde se muestra el interés indebido conexo al grado de participación de los intervinientes, es decir, delimitar si existe o no autor único, así cómo, verificar si el mismo se vale de otros sujetos en el desarrollo de una contratación pública o lo realiza en aparente actuar lícito en favor a la administración estatal que representa, cuando estaría recubriendo la defensa de algún interés personal, para sí o en beneficio de tercero; en ese sentido, no se observaría alguna relación respecto a lo previsto en el Código Sustantivo Penal Peruano.

El artículo 240° del Código Penal Chileno, sanciona:

“El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargo, empleos u oficios públicos en su grado medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado el negocio”.

De la lectura a la Ley Penal Chilena en este extremo, podemos apreciar que se utilizan expresiones genéricas tales como: “empleado público” o “interesarse”, pero no refiere si se trataría de una cualidad específica del sujeto activo, es decir, funcionario o servidor público, menos aún hace mención si dicho interés tiene connotación privada o particular, ni menos aún si es para el propio agente estatal o a favor de terceros ajenos a la administración del Estado; y por otro lado, sólo regula dos modalidades típicas en las cuales sucede el hecho punible, esto es, directa o indirectamente; lo cual, hace una que dicha premisa normativa difiera de lo regulado, lo cual hace que la conducta prohibida y sus elementos regulado en el Código Penal Chileno, difiera a la estructura normativa del tipo penal materia de análisis conforme a nuestro ordenamiento jurídico, que si bien, no pretende una exhaustividad descripción del comportamiento prohibido por el delito de

Negociación Incompatible, no obstante, busca alcanzar una formula legislativa congruente a los sentidos en que ejecutarse el delito bajo análisis.

3.5. ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA

3.5.1. EL BIEN JURÍDICO PENAL

3.5.1.1. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y FRAGMENTARIEDAD

Debemos tomar como punto de partida el planteamiento del principio de subsidiariedad y fragmentariedad que comprende la tarea compartida del Derecho Penal con otras ramas del Derecho para la protección del bien jurídico donde no solamente el Derecho Penal es protector exclusivo como el único medio inmediato para su tutela, sino además existen otros medios de control para su intervención.

Es por ello, que no todas las conductas pueden ser perseguidas penalmente, siguiendo el principio de fragmentariedad determinando en el Legislador hasta donde puede ser señalada una conducta o hecho como punible revistiendo una especial peligrosidad y por lo tanto ser tipificada con elementos de tipo requeridos.

Sólo podrá darse la intervención del Derecho Penal ante actos que ataquen de manera grave a la totalidad o parte de esos bienes, siendo necesaria la protección penal para el bien jurídico y merecedora de una pena para la conducta delictiva.

3.5.1.2. PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Así, acotamos para su mayor desarrollo el artículo IV del Título Preliminar del CP, indicándonos que ante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico determinado por la ley penal se constituida una pena. La conducta será castigada penalmente si afecta mediante lesión o puesta en peligro donde no se requiere del agente haber ocasionado un daño en concreto (lesión) al objeto protegido por el Tipo Penal. en ese sentido, dicho principio consagra la necesidad estas características de lesión o puesta peligro para imponer una pena a la conducta cometida por el agente delictivo.

Nos dice Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ⁸⁵ que la instrumentalidad del bien jurídico sirve entender la lesividad del delito y la delimitación de su tipificación a fin de obtener del Estado una reacción punitiva frente al delito cometido. Poseyendo en el bien jurídico de cada norma la constatación de parámetros de legitimidad de su pena y la estimación típica de la conducta delictiva.

3.5.2. CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO PENAL

Al respecto Elky VILLEGAS PAIVA⁸⁶ nos dice que es tarea con otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico la protección de los bienes jurídicos en cuanto se trata del carácter subsidiario del Derecho Penal, asimismo tendrá un carácter fragmentario cuando la intervención penal se dará únicamente ante ataques graves, y no cualquier ataque, sufridos por aquellos bienes considerados trascendentales para los miembros en su convivencia dentro de la sociedad.

Así, comprender la tutela de bienes jurídicos en sentido amplio, donde todos los bienes jurídicos comprenden también a los penalmente protegidos, observa al Derecho Penal en protector exclusivo como el único medio inmediato para su tutela. Y con cuyo planteamiento no se estaría siguiendo el principio de subsidiariedad del Derecho.

Por eso, debemos distinguir entre bien jurídico como tal y bien jurídico penal, así, cuando nos referimos al bien jurídico, debemos entender a la protección dispuesta desde cualquier subconjunto o rama del derecho, entiéndase derecho civil, administrativo, entre otros, hacia intereses determinados de la sociedad. Por otro lado, nos referiremos a bien jurídico penal, cuando se refieren a aquellos bienes jurídicos protegidos específica y reforzadamente por el Derecho Penal. en consecuencia, el bien jurídico penal viene a ser aquel tomado por el Derecho Penal

⁸⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2008). “Bien jurídico y objeto protegible”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Volumen LX-2007. Ministerio de Justicia, Madrid-España. pp. 119-163. [En línea]: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2863873.pdf>>. Consultado el 05-02-2022. p.127.

⁸⁶ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander (2018). “El homicidio. Doctrina y jurisprudencia”. Gaceta Jurídica. Lima-Perú. p.24.

y merecedor de ser protegida jurídicamente con su intervención como el instrumento protector de ultima ratio del Estado.

3.5.3. BIEN JURÍDICO PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Luis Miguel REYNA ALFARO nos dice que la tutela penal frente a los delitos contra la administración viene a ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública y dejaría de estar dirigida al deber de lealtad a la Administración de parte de los funcionarios. Además, una vez identificado el bien jurídico genérico, corresponde en cada tipo penal la determinación del bien jurídico concreto.

Siguiendo con el mismo autor, esto se debe a la naturaleza “multidimensional” de la Administración Pública en cuanto del mismo se puede desprender aspectos como:

- Deberes de funciones o servicios de observancia y ejercicio por el funcionario o servidor.
- Proteger el Patrimonio del Estado y disponer en beneficio de aquel.
- Objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos.
- Probidad en los actos por razón de su cargo, función o servicio.
- Prestigio de la función pública.

Compartimos tal posición, la cual también nos refiere Manuel FRISANCHO APARICIO⁸⁷ cuando dice que el bien jurídico en delitos especiales como son aquellos que protegen la Administración Pública se entiende debe apreciar desde una doble perspectiva, por un lado, el cumplimiento del deber para el ejercicio de la función pública y por otro, el interés del Estado en mantener los principios del Estado de Derecho adecuado al aparato administrativo.

⁸⁷ FRISANCHO APARICIO, Manuel (2011). Delitos contra la Administración Pública. Cuarta edición, aumentada y actualizada. Editora FECAT. Lima-Perú. p. 83.

En el mismo sentido, según Enrique BACIGALUPO⁸⁸ en esta clase de delitos existe una naturaleza pluriofensiva, donde al incumplimiento del deber el funcionario incurre en un aspecto subjetivo del ilícito penal y asimismo la antijuricidad en perturbar el servicio público lesionando el correcto funcionamiento de la administración.

Dichos aspectos forman parte de la Administración Pública y supondrá la identificación de un objeto específico de protección por el Derecho Penal debiendo siempre guardar vínculo con el bien jurídico general.

En palabras de Vittorio MANES⁸⁹ se debería diferenciar entre bien jurídico como categoría y bien jurídico específico, por el primero se consideraría un objeto jurídico genérico donde se fija la función administrativa y por el segundo, aquel bien jurídico enfocado concretamente por cada tipo penal.

En la misma línea de pensamiento, Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE⁹⁰ nos dice que la sistematización del objeto de tutela en este plexo de delitos contra la administración pública no puede ser homogénea esto debido a las diversas conductas configuradas en el tipo donde viene sustentada la infracción cometida por el sujeto activo, ataque a la función pública y su afectación material.

Según Fidel ROJAS VARGAS⁹¹ la protección de la administración pública desde el derecho penal, maneja un concepto integrador sobre los intereses que busca proteger, primero llegando a ser lesionado, es decir el menoscabo al patrimonio del erario estatal o altera la regularidad del funcionamiento; o segundo, en caso de no

⁸⁸ Citado por FRISANCHO APARICIO, Manuel (2011). Delitos contra la Administración Pública. Editora FECAT. Lima-Perú. Ídem.

⁸⁹ MANES, Vittorio (2000). “El bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública”. Traducción de Herminio Ramón Padilla Alba. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 02. [En línea]: < http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html>. Consultado el 05-12-2022.

⁹⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). “Delitos contra la administración pública”. Instituto Pacífico. Lima-Perú. p. 19.

⁹¹ ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública. Cuarta edición. Editora jurídica Grijley. Lima-Perú. pp. 17-18.

existir dicha lesión, nos ubicaríamos en situación de puesta en peligro o posible lesión.

Continúa diciendo el mismo autor⁹², que el integrar diversos intereses tutelados por el bien jurídico en estos delitos, resulta admisible diferenciar la tutela al objeto jurídico penal genérico dando a entender la naturaleza amplia de lo que comprende el bien a proteger por la administración, siendo la tutela del correcto funcionamiento de la administración estatal; y de la misma manera se vería afectando un interés o valor específico, señalando con mayor precisión el bien lesionado con las conductas delictivas tipificadas en cada tipo penal.

Finalmente, Yvan MONTOYA VIVANCO⁹³ analiza el bien jurídico que aborda de manera general todos los tipos penales en esta clase de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, identificando su clasificación desde:

- Concepción subjetiva: señalando aquellas características propias al trabajo del funcionario público frente a la institución de la Administración Pública. Estos son, la probidad, rectitud, lealtad, entre otros, del funcionario estatal.
- Concepción normativa: aquella basada en la expectativa en el desenvolvimiento de la actuación del funcionario basado a las normas que la regulan, por ello se refiere al incumplimiento de un deber institucional, vinculando los actos funcionales según las propias normas prescritas a la función pública.
- Concepción amplia o difusa: relevancia del correcto ejercicio de la función público y por ello el correcto y regular funcionamiento de la administración estatal.

⁹² ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública. Ob cit. p. 19.

⁹³ MONTOYA VIVANCO, Yvan (2015). “Manual sobre delitos contra la administración pública”. IDEHPUCP. PUCP. Investigadores: Yvana Novoa Curich, Julio Rodríguez Vásquez y David Torres Pachas. Lima-Perú. [En línea]: <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%ABblica.pdf>>. Consultado el 26-12-2021. p. 35.

3.5.4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

En palabras de Ramiro SALINAS SICCHA⁹⁴, este delito tutela el debido cumplimiento del deber funcional al cual está sujeto el servidor público, busca proteger el deber de probidad y lealtad ante la institución en razón de su cargo, particularmente frente a los actos o contratos celebrados a favor del interés Estatal.

Para Manuel ABANTO VÁSQUEZ⁹⁵, el delito materia de análisis protege aquella conducta del funcionario que viola la imparcialidad de la administración pública a la cual se debe su función guiada por sus actuaciones al momento de celebrar contratos u operaciones por razón de su cargo, representando los intereses del Estado.

Fidel ROJAS VARGAS⁹⁶ nos dice que el objeto tutelado específico de este delito es preservar la administración pública de los intereses particulares que pueda tener el funcionario o servidor estatal anteponiendo su interés por sobre los de su representada.

Según Raúl PEÑA CABRERA FREYRE⁹⁷, debe sustentarse en la tutela a los principios de “imparcialidad” y “objetividad” que reviste toda conducta del funcionario o servidor del Estado frente a determinada contratación administrativa asumida en razón de su actuación funcional.

Jose Luis CASTILLO ALVA⁹⁸ indica que se protege la transparencia en la actuación del funcionario público cuando realiza aquellos actos (operaciones o contratos) en los cuales participa en representación del Estado. Agrega también que este delito no busca proteger directamente el menoscabo del patrimonio o

⁹⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro (2011). “Delitos contra la administración pública”. Segunda edición. Editora jurídica Grijley. Lima-Perú. p. 541.

⁹⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2001). “Los delitos contra la administración pública en el Código Peruano”. Editorial Palestra. Lima-Perú. p. 506.

⁹⁶ ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública. Ob cit. p. 818.

⁹⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). “Delitos contra la administración pública”. Instituto Pacífico. Lima-Perú. p. 571.

⁹⁸ CASTILLO ALVA, Jose Luis (2009). “Negociación incompatible”. En Luis Miguel Reyna Alfaro (director), Delitos contra la administración pública. Jurista editores. Lima-Perú. pp. 577-578.

afectación real del erario estatal, es decir, el interés económico de la administración pública o un sector de ella.

Para Marcelo SANCINETTI⁹⁹, el delito de negociación incompatible protege la transparencia de los actos administrativos donde el funcionario no solo deba ejercer su función bajo los intereses colectivos de la Administración, sino que toda su actuación deba estar a prístina de toda sospecha de parcialidad en los negocios públicos.

Yvan MONTOYA VIVANCO¹⁰⁰ refiere que este tipo penal sanciona aquellos agentes (funcionario o servidor estatal) cuyas actuaciones hayan sido realizadas sin seguir la imparcialidad, transparencia y objetividad en los contratos u operaciones, buscando evitar los conflictos que pueda producir los intereses privados a los intereses públicos que representa por el desempeño de la función pública.

Con ello, partiendo de la regulación del delito materia de análisis, se busca proteger el correcto ejercicio del deber funcionarial público, es decir, el cumplimiento del deber funcionarial a la cual están sujetos los trabajadores públicos.

Acotando, lo dicho por Manuel FRISANCHO APARICIO, nos referimos a que “es el cumplimiento del deber de lealtad, transparencia e imparcialidad que debe guiar el accionar de los funcionarios o servidores públicos”¹⁰¹. También nos dice Erik GUIMARAY MORI que “en términos más específicos, lo incompatible de una negociación radica en que esta tiene como razón de ser el interés particular

⁹⁹ SANCINETTI, Marcelo A. (1996). “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”. En: Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales. Volumen 39. Nro. 3. pp. 877-891. España. [En línea]: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46294.pdf>>. p. 881-882. Consultado el 27-01-2022. p. 878.

¹⁰⁰ MONTOYA VIVANCO, Yvan (2015). “Manual sobre delitos contra la administración pública”. IDEHPUCP. PUCP. Investigadores: Yvana Novoa Curich, Julio Rodríguez Vásquez y David Torres Pachas. Lima-Perú. [En línea]: <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%ABblica.pdf>>. Consultado el 26-01-2022. p. 131.

¹⁰¹ Ídem.

del funcionario, en detrimento del interés general y de los principios que de ello se desprenden”¹⁰².

Desde su intervención en una operación o contrato estatal, la cual sintetiza su elemento de tipicidad objetiva sobre la cual recae el delito en mención y además su tipicidad subjetiva en cuanto se trata de una actuación libre de intereses propios del funcionario para con los actos propios que conlleva el cargo y con ello se incrimina la eventual puesta en peligro ocasionado.

Yvan MONTOYA VIVANCO hace la indicación que “los tipos penales contra la administración pública no siempre exigen que se lesione efectivamente el patrimonio estatal. El delito de negociación incompatible, en este caso, no exige dicho resultado lesivo”¹⁰³, es decir, directamente su protección no se dirige hacia el erario económico y patrimonial del Estado.

Para la consumación se debe tener al margen si ha existido una afectación al patrimonio estatal, basta que se compruebe el interés manifestado en determinado acto concreto descrito en el tipo penal, el interés indebido.

3.6. VERBO RECTOR “INTERESARSE INDEBIDAMENTE”

El significado atribuible al verbo rector “interés indebido” se ha interpretado en múltiples sentidos debido a las dificultades propias del lenguaje ordinario contenidas en el texto legislativo cuando a un término, particularmente el mencionado verbo en cuestión, se le atribuyen determinados sentidos de manera extensiva o restrictiva en algunos casos.

En nuestro idioma la palabra “interesar” tiene distintos significados, tomando así algunas acepciones ubicadas en el Diccionario de la Lengua Española,

¹⁰² GUIMARAY MORI, Erik (2014). “Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible”. En: Boletín informativo mensual N° 49. Julio de 2014. [En línea]: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/BOLETIN-JULIO.pdf>. Fecha de consulta: 15-12-2021.

¹⁰³ MONTOYA VIVANCO, Yvan (2015). “Manual sobre delitos contra la administración pública”. [En línea]: <[http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110641/2016Manual%20sobre%20delitos%20contra%20la%20administraci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20\(2\).pdf?sequence=1](http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110641/2016Manual%20sobre%20delitos%20contra%20la%20administraci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20(2).pdf?sequence=1)>. Consultado el 20-12-2021. Ob. Cit. p. 42.

entre ellas está primero, “Tener interés en una cosa u obtener provecho de ella”; segundo, “Dar a uno parte en un negocio”; tercero, “hacer que otro preste interés a los negocios ajenos y los considere como propios “, entre otros.

De las tres acepciones mencionadas, podemos extraer una característica semántica compartida cuando se refiere a la cosa o negocio en común entre dos o más sujetos donde se persigue un beneficio propio o como propio por interés de un tercero. Ahora, estos conceptos nos contemplan una aproximación general, como venimos diciendo, y por ello, no deja de ser útil en cuanto se tratan de nuestro propio lenguaje ordinario expresado en el texto legislativo, pese a lo desarrollado en la doctrina y jurisprudencia exponiendo pleonasmos “jurídicos” para darle un sentido a la norma aplicable a un caso en concreto. Dando por terminado esta breve introducción, haremos una abstracción de estos conceptos y continuaremos con el análisis propuesto.

El interés indebido, es el elemento principal del delito en mención, delimitando la conducta punible del agente delictivo y supeditar su tipicidad a lo que comprende. En la doctrina peruana, José UGAZ SÁNCHEZ MORENO y Francisco UGAZ HEUDEBERT¹⁰⁴ afirman que el mencionado verbo rector del referido delito, debe estar dirigido a través actos concretos correspondientes al funcionario interviniente en razón de su cargo, lo cual implicará un provecho para el mismo o de un tercero.

Elius ARISMENDIZ AMAYA¹⁰⁵ señala que la forma en la cual se manifiesta dicha conducta será realizando actos desplegados por el funcionario público, en razón de su cargo, con injerencias o inclinaciones sobre asuntos particulares, con la finalidad de lograr un beneficio propio o para terceros.

Para Fidel ROJAS VARGAS “la negociación incompatible es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer es

¹⁰⁴ UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco (2018). “Delitos económicos y criminalidad organizada”. Fondo Editorial PUCP. Lima-Perú. pp. 124-125.

¹⁰⁵ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu (2018). “Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales”. Instituto Pacífico. Lima-Perú. pp. 773-774.

orientación y no una simple irregularidad administrativa. (...) Para que se produzca el delito de negociación incompatible, (...) el sujeto especial orienta su interés en función personal para obtener provecho o para procurarlos a terceros, tornándose así incompatible dicha injerencia con su rol funcional”¹⁰⁶.

Continuando con el mismo autor¹⁰⁷, se trataría de una injerencia del funcionario en la contratación pública, excediendo los parámetros fijados por la ley respectiva en cuanto a su función o cargo. Esa injerencia estará dirigida hacia un fin distinto a los de su deber funcional y deberá presentarse en intereses expuestos en actos vinculados a la contratación cuya intervención de los sujetos públicos es directa. En el mismo sentido, ese interés podrá surgir en el momento de la propuesta o proyección, celebración del contrato, modificación, ejecución, o en cualquier momento de la negociación.

Igualmente, Jose Luis CASTILLO ALVA¹⁰⁸ nos señala que en este delito hay una “pretensión de parte”, es decir, una actuación del funcionario público o servidor público como si fuera parte en la contratación u operación del Estado, claro, siempre debiendo exceder a su competencia funcional y administrativo para señalar la tipicidad de su conducta, de lo contrario si desempeña sus funciones en el marco correspondiente a su responsabilidad funcional normal estaríamos ante un hecho atípico y por lo tanto no será perseguible penalmente.

A ello se refiere la ley penal cuando tipifica el acto indebido del funcionario y por la cual según el autor identifica a esa “pretensión de parte” como el acto por el cual se configura la negociación indebida punible.

Además, compartimos la posición del James REÁTEGUI SÁNCHEZ¹⁰⁹ cuando nos dice que de la descripción típica expuesta en el tipo penal es el interés

¹⁰⁶ ROJAS VARGAS, Fidel (2021). “Delitos contra la administración pública”. Cuarta edición. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú. pp. 816, 825

¹⁰⁷ ROJAS VARGAS, Fidel (2007). “Delitos contra la administración pública”. Idem.

¹⁰⁸ CASTILLO ALVA, José Luis (2015). “El delito de Negociación incompatible”. Instituto Pacífico. Lima-Perú. pp. 39-40.

¹⁰⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2015). “Delitos contra la administración pública en el Código Penal”. Jurista Editores. Lima-Perú. pp. 722-723.

indebido manifestado por el funcionario en el contrato, al margen si mantuvo un acuerdo con la parte suscribiente (conducta típica de colusión) o demás personas intervinientes en la relación contractual con el Estado.

En tal sentido, siguiendo lo expuesto por David ROSALES ARTICA¹¹⁰, este interés vendría a ser el acto del agente público con el cual pretende que el contrato u operación adopte una determinada configuración donde prioriza intereses particulares.

Desde la doctrina comparada, para el jurista argentino Mario SANCINETTI¹¹¹ es un interés orientado al provecho o beneficio cuando en las tratativas de una negociación estatal, el funcionario toma injerencia teniendo en cuenta un interés particular condicionando la voluntad de la administración pública en las negociaciones. En ese sentido, el autor determina al “interés” expresado en el texto penal como el tipo subjetivo acompañado de los actos desempeñados por el funcionario por razón de su cargo.

Esta postura también es expuesta por el jurista argentino Carlos CREUS¹¹² cuando sostiene que es suficiente la injerencia del interés personal de trabajador estatal (funcionario o servidor público) cualquiera sea la naturaleza del interés, debiendo ser una finalidad ajena al de la administración pública. Posición sostenida por el profesor argentino en sentido diferente a la opinión de un sector de la doctrina cuando señalan al interés indebido como uno necesariamente económico o patrimonial.

Es así, que de su descripción legal, podemos verificaren forma sucinta la mayoría de los elementos típicos que componen este delito, aquí debemos mencionar primero, la conducta funcional a la cual también se la denomina como

¹¹⁰ ROSALES ARTICA, David (2019). “El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 122. Lima-Perú. p. 217.

¹¹¹ SANCINETTI, Marcelo A. (1996). “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”. En: *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*. Volumen 39. Nro. 3. pp. 877-891. España. [En línea]: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46294.pdf>>. p. 881-882. Consultado el 27-03-2022.

¹¹² CREUS, Carlos (1992). “Derecho Penal parte especial”. Tomo II. Tercera edición actualizada. Segunda reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires-Argentina. p. 310

la calidad del agente para ser imputable por un delito especial funcional cuya actuación sea con dolo; en segundo lugar, está la conducta típica identificada con el verbo rector “interés indebido” en sus diferentes modalidades de intervención cuando exista uno o más personas posibles de atribuir este delito; y en tercer lugar, está la vinculación del agente especial con la contratación u operación en razón de su cargo a fin de obtener un provecho propio de lucro y/o para tercero.

Así, señala Fidel ROJAS VARGAS que deberán concurrir los siguientes requisitos:

- “a) Calidad funcional del autor: que el sujeto activo sea funcionario o servidor público.
- b) La vinculación funcional del autor: que el funcionario o servidor público intervenga por razón de su cargo por cualquier contrato u operación.
- c) La conducta típica: que el autor se interesa directa o indirectamente o por acto simulado en el contrato u operación en que interviene.
- d) El lucro o provecho personal: que el comportamiento de interesarse en contrato u operación en la que interviene implique para el sujeto activo un provecho personal o para tercero.
- e) Que el ámbito de actuación del funcionario o servidor público sea una contratación u operación.
- f) Que el funcionario o servidor público haya actuado dolosamente”¹¹³.

Sin embargo, según Ramiro SALINAS SICCHA¹¹⁴ la formulación legislativa de los delitos funcionariales, exige la infracción del deber como acción u omisión

¹¹³ ROJAS VARGAS, FIDEL (2012). “Derecho penal práctico, procesal y disciplinario. Dogmática y argumentación”. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. p. 376.

¹¹⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro (2011). “Delitos contra la administración pública”. 2da. Edición. Editorial Iustitia. Lima – Perú.p.14.

típica desde el agente especial hacia la lesión a un bien jurídico, sin embargo, su solo deber infringido no es suficiente sino además se necesita de elementos objetivos y subjetivos para su penalidad y de esa forma, poder agotarse el delito tipificado.

3.7. MODALIDADES COMISIVAS DEL INTERÉS INDEBIDO

El delito materia de análisis se manifiesta a través de tres modalidades, estos son cuando el funcionario o servidor público muestra un: i) Interés indebido directo; ii) Interés indebido indirecto; y iii) se interesa indebidamente mediante acto simulado. Así, se distinguen de la siguiente manera:

a) **Interés indebido en forma directa:** Cuando el agente especial manifiesta de forma personal o directamente su interés en un contrato u operación. En la doctrina nacional, el jurista Eliu ARISMENDIZ AMAYA¹¹⁵ señala que los sujetos cualificados, estos son, funcionario o servidor público, se interesan indebidamente de forma personal o directa, en cualquier escenario contractual u operacional, con el fin de obtener un provecho propio o a terceros. En el mismo sentido, José UGAZ SÁNCHEZ MORENO y Francisco UGAZ HEUDEBERT¹¹⁶ refiere que dicho supuesto aparece cuando el funcionario o servidor público, se involucra de manera personal en un contrato u operación.

Ahora bien, el autor del “*interés directo*”, como lo denomina la presente figura delictiva, se relaciona a la actividad funcional del agente público quien infracciona su deber con una voluntad final de intervenir a razón de sus facultades en una contratación pública mediante actos concretos que dan lugar a la materialización del verbo rector; y no basta con verificar un deficiente cumplimiento del deber o actividad funcional, situación que en esencia asume nuestra posición de interpretar la acción delictiva del interés indebido a partir del concepto de acción final, aún más, observando que las ejecutorias emitidas por

¹¹⁵ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu (2018). “Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales”. Instituto Pacífico. Lima-Perú. p. 775.

¹¹⁶ UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco (2018). “Delitos económicos y criminalidad organizada”. Fondo Editorial PUCP. Lima-Perú. p. 125.

nuestra Corte Suprema argumentan sus pronunciamientos bajo estos mismos alcances.

Así, tenemos en la ejecutoria suprema del Recurso de Nulidad N° 2641-2011¹¹⁷, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República ha desarrollado que el interesarse implica aquella injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y “orientando los actos hacia finalidades no funcionales” (naturaleza indebida del interés) no administrativas, es decir, no están expresamente definidas en la ley, aquí una pretensión personal del funcionario en el negocio, consiste en el querer que ese negocio siga determinada configuración de interés particular del sujeto o hacer mediar intereses de terceros.

De la misma manera, se cuenta con el Recurso de Nulidad N° 253-2012-Piura¹¹⁸, mediante el cual se advierte que por “interesarse” se “destina” nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo, es decir, este importar o interesarse en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la “finalidad” de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros, agrega también lo insuficiente de configurar el presente delito con la sola infracción del deber.

También, en la Casación N° 628-2015¹¹⁹ nos indica que lo entendido como indebido, se puede encontrar como la “orientación desviada dejando de lado el interés general”, debido a ello, se castiga al funcionario o servidor público que está interesado personalmente en el contrato o negocio y al mismo tiempo realiza su intervención por razón de su cargo o función.

En el mismo sentido, mediante la Casación N° 67-2017/Lima¹²⁰ la Corte Suprema afirma que el verbo rector del tipo penal de Negociación Incompatible,

¹¹⁷ Fundamento Tercero del Recurso de Nulidad N° 2641-2011/Lambayeque emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en fecha diez de agosto del dos mil doce.

¹¹⁸ Fundamento 2.2. en el Recurso de Nulidad N° 253-2012/Piura emitida por la Sala Penal Permanente el trece de febrero del dos mil trece.

¹¹⁹ Fundamento Segundo en la Casación N° 628-2015/LIMA emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el cinco de mayo del dos mil dieciséis.

¹²⁰ Fundamento trigésimo noveno en la Casación N° 67-2017/Lima emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el once de julio del dos mil diecisiete.

debe ser entendido como aquella intervención del sujeto especial en “dirección a la obtención” de un beneficio, su accionar procura un provecho propio o de tercero.

Es más, mediante la Casación N° 231-2017/Puno hace la siguiente precisión: “En vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar a 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”**¹²¹. (el resaltado es nuestro)

Dicho argumento, lo encontramos contenida en el Expediente 23-2012¹²² en el sentido que señala que al término “interesar” se atribuye el significado de atañer, concernir, incumbir, compromete o importar algo, y por ello **“se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo. (...) con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o de terceros”**. (el resaltado es nuestro)

En ese entendido, podemos observar de las resoluciones judiciales expuestas en los párrafos precedentes, que se ha aunado una interpretación dispersa de lo entendible por el verbo rector *“interesarse indebidamente”*, no obstante, cómo se puede apreciar, explicado en función de una conducta finalista como aquella voluntad del funcionario dirigida para alcanzar un fin indebido en provecho propio o de terceros, y a ello resaltamos expresiones determinadas como son:

- Destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo a conseguirlo u obtenerlo. (...) con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o de terceros (Exp. 23-2012)
- Orientando los actos hacia finalidades no funcionales, querer que ese negocio siga determinada configuración de interés

¹²¹ Fundamento Décimo sexto en la Casación N° 231-2017/Puno emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el catorce de setiembre de dos mil diecisiete.

¹²² Expediente N° 23-2012 emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 15 de octubre del 2013. En: Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal”. Idehpucp. PUCP. Lima-Perú. pp. 114-115.

- particular del sujeto. (Recurso de Nulidad N° 2641-2011/LAMBAYEQUE)
- Orientación desviada dejando de lado el interés general. (Casación N°628-2015/LIMA)
 - Se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo, es decir, este importar o interesar en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho. (Recurso de Nulidad N° 253-2012/PIURA)
 - Intervención del sujeto especial en dirección a la obtención de un beneficio. (Casación N° 67-2017/LIMA)
 - Una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato. (Casación N° 231-2017/PUNO).
 - Sólo a de probarse la tendencia final de lograr un beneficio económico propio o de un tercero (Casación N° 396-2019/AYACUCHO)

Bajo ese análisis, la conducta central del tipo penal objeto de estudio, centra su interpretación sobre aquel accionar exteriorizado en el marco de contrataciones u operaciones estatales, sancionando aquel interés que el agente especial muestra con sus acciones, es decir, el tipo penal no busca sancionar el pensamiento o deseo indebido o la actitud interna del funcionario o servidor, sino la realización de actos que muestra palmariamente un interés indebido, esto actos dirigidos para beneficiarse el propio agente público o a terceros.

A partir de ello es posible observar el sentido del verbo rector “interés indebido” desde el contenido conceptual de la acción final, elemento nuclear del tipo penal de Negociación Incompatible. Interpretación que nos puede llegar a inferir también que este interés indebido debe materializarse en actos concretos que realiza el funcionario o servidor público.

b) Interés indebido en forma indirecta: Al respecto, en la doctrina nacional, José Luis CASTILLO ALVA¹²³ nos señala que este supuesto delictivo se produce cuando el funcionario o servidor público manifiesta un interés indebido indirecto, en un contrato u operación, con intervención de terceros para el favorecimiento de intereses personales.

Igualmente, José UGAZ SÁNCHEZ MORENO y Francisco UGAZ HEUDEBERT¹²⁴ refiere que en esta modalidad nos encontramos cuando el sujeto especial se vale de terceros a fin de conseguir indebidamente algún beneficio para otros o para sí.

Al respecto, el jurista Ramiro SALINAS SICCHA¹²⁵ advierte que en este supuesto delictivo el funcionario o servidor público no actúa de manera directa sobre los responsables de celebrar los contratos u operaciones, sino, manifiesta un interés indebido indirectamente, en dicho escenario, valiéndose o haciendo uso de intermediarios, siendo estas personas que pueden ser funcionarios o servidores públicos, que ostentan una calidad especial, o particulares.

Cabe precisar, sobre la calidad de participación del intermediario, CASTILLO ALVA¹²⁶, citando a Diego LUZÓN PEÑA, refiere que aquellos intermediarios particulares recibirán la calidad de “cómplices”, por su aporte, y no poseerán la calidad de autores.

Igualmente, bajo dicha interpretación, en la doctrina nacional, Fidel ROJAS VARGAS advierte que “Dichos intermediarios configuran aquí el título de cooperadores o cómplices, y según el caso pueden constituir instrumentos que utiliza el autor. (...)”¹²⁷.

¹²³ CASTILLO ALVA, José Luis (2015). “El delito de Negociación incompatible”. Op. Cit. pp. 606-607.

¹²⁴ UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco (2018). “Delitos económicos y criminalidad organizada”. Op cit. p. 126.

¹²⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro (2019). “Delitos contra la administración pública”. Quinta edición. Primera reimpresión. Editorial Iustitia. Lima-Perú. p. 679.

¹²⁶ CASTILLO ALVA, José Luis (2015). “El delito de Negociación incompatible”. Ibidem.

¹²⁷ ROJAS VARGAS, Fidel (2007). “Delitos contra la administración pública”. Cuarta edición. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú. p. 823.

c) Interés indebido mediante acto simulado: en esta modalidad se realiza un contrato aparentemente de interés para la administración pública mas no para el trabajador estatal.

De esta manera, las modalidades típicas devienen del interés por obtener un beneficio particular o personal aprovechando el cargo público ostentado. Con esto distinguimos la existencia de un sujeto especial y la dirección de ese interés.

Entonces, la única persona que pueda ser señalada como autor de este delito, es el trabajador para el Estado, funcionario o servidor público, esta es la condición del sujeto activo a fin de ser imputable frente a ese delito.

Para la autoría que implica al sujeto con los hechos delictivos en la negociación incompatible, solo podrá ser considerado autor quién pertenece a la administración pública, este sujeto para ser señalado como tal, si realiza su actuación infringiendo un deber de sus funciones como trabajador público, esto no quiere decir que la situación de pertenecer como trabajador para el Estado y que desempeña sus funciones allí, automáticamente produzca ser señalado como responsable penalmente por tener un vínculo con los hechos indiferente en su grado de participación. A ello el magistrado Ramiro SALINAS SICCHA es enfático al decir que “la punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también u contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal tal como lo exige el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal”¹²⁸. Y, en ese sentido, la actuación punible deberá incidir en la celebración de un contrato u operación del Estado, sea en su etapa de formación, para suscribirlo o en la fase de ejecución, donde mostrará el interés indebido de acuerdo al cargo detentado por un solo funcionario o varios.

¹²⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro (2011). “Delitos contra la administración pública”. 2da. Edición. Editorial Iustitia. Lima – Perú. p. 15.

3.8. EL CONTRATO U OPERACIÓN

Teniendo esa idea, podremos pasar a señalar en el marco de que contexto el agente público conduce sus actos funcionariales, que para nuestra investigación se denominaría como “medios empleados hacia un fin”. Siendo ello así, como se viene mencionando en la descripción típica: “el interés debe estar dirigido hacia cualquier contrato u operación”, lo que refleja primeramente al contrato sobre el cual recae el interés indebido del funcionario o servidor público cuyas atribuciones de decisión ostenta por razón de su cargo en la contratación donde quebrantaría su deber, siendo posible que este contrato estatal sea de contenido económico, locación de servicios, obras, o sobre bienes muebles o inmuebles tratándose de compraventa, licitaciones, concursos públicos, subastas, entre otros.

Al respecto, Jose Luis CASTILLO ALVA¹²⁹ menciona que la norma al hacer alusión a la expresión “cualquier operación”, extiende el objeto de protección a una serie de actos jurídicos celebrados unilateralmente por voluntad del Estado, y la intervención e interés indebida en la conducta del funcionario no se limita únicamente a los contratos estatales, teniendo este un matiz distinto al de una operación, ya que en la primera se trata sobre una concertación entre dos o más partes, donde una de ellas es el Estado.

Sobre las operaciones, Fidel ROJAS VARGAS¹³⁰ nos dice que son aquellos actos dispuestos por el Estado con características distintas reunidas por un contrato en cuanto a su formalidad y bilateralidad, por eso, con la intención de extender la regulación del tipo penal hacia otros actos de la Administración, utiliza este término con carácter subsidiario.

En ese contexto, dicha conducta se desarrolla en el escenario contractual u operacional donde el Estado es parte, dentro del cual, los funcionarios, servidores

¹²⁹ CASTILLO ALVA, Jose Luis (2009). “Negociación incompatible”. En Luis Miguel Reyna Alfaro (director), Delitos contra la administración pública. Lima-Perú. Ob. Cit. pp. 603-604.

¹³⁰ ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública. Ob cit. p. 824.

públicos o terceros particulares realizan determinadas acciones para cometer el delito en mención.

Para ello, de acuerdo al contexto de la presente investigación, resulta importante tener en consideración llevar a cabo una interpretación jurídico-penal desde los aportes dogmáticos del concepto de la acción final, y así, acotar una plausible base hermenéutica al momento de tipificar el delito de negociación incompatible, por demás reprochable dentro de la administración pública.

En ese extremo, para nuestra investigación, corresponde nuevamente traer a colación los alcances de la teoría del finalismo, en específico, sobre “los medios que se emplean” dirigidos para alcanzar el fin propuesto predeterminadamente, así afirma el jurista Hans Heinrich JESCHECK¹³¹ que la actuación del sujeto consiste en el conocimiento causal por el cual domina el suceso, sus límites y la “dirección” de su comportamiento para la realización del fin, agrega también los presupuestos necesarios para completar la acción final como la elección de los medios necesarios para la consecución del fin y la traslación de la acción al fuero exterior.

Y como se viene señalando, en palabras del profesor Hans WELZEL “la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello *dirigirlo* según un plan hacia la obtención del objetivo”¹³², teniendo la conciencia y la expresión conductual humana como una voluntad hacia el exterior a sabiendas del objetivo, es decir, soy consciente de hacer algo porque tengo la voluntad y el interés para lograrlo.

Siguiendo con el jurista alemán, “en esta dirección objetiva del acontecimiento causal la voluntad finalista se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo; es decir al: i) El objetivo

¹³¹ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas (2014). Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Volumen I. Quinta edición alemana. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico. Lima-Perú. pp. 312-313

¹³² WELZEL, Hans (1956). “Derecho Penal. Parte General”. Roque Depalma Editor. Traducción del Dr. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires-Argentina. p.40.

que quiere alcanzar; ii) Los medios que emplea para ello; y iii) Las consecuencias secundarias”¹³³.

Bajo esa premisa, corresponde continuar con el análisis del siguiente elemento objetivo típico del delito bajo análisis, esto es, el contrato u operación sobre el cual recae el interés indebido y los medios empleados para conseguir el interés indebido final buscado por el sujeto activo del delito. Al respecto, como ya se ha tratado ut supra, se tiene distintos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por nuestra Corte Suprema, los cuales se pasará a revisar.

Así, podemos observar que el criterio de la Corte en la Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 677-2016/LIMA, es el siguiente:

“(…) Lo que en buena cuenta significa que el contenido de injusto del interés del funcionario se circunscribe a la desviación de poder del mismo, para favorecerse o favorecer a tercero, con su **gestión oficiosa o irregular**, en cualquier contrato u operación en la que ha de intervenir en razón de su cargo. (...) el actuar del agente se verifica con la realización de actor irregulares que dejan trasuntar un interés en usar el cargo en provecho propio o de tercero (...)”¹³⁴. (el resaltado es nuestro)

Con dicho punto de vista, desde un caso particular en la Casación N°396-2019/AYACUCHO, fundamenta lo siguiente:

“**El otorgamiento de una buena pro importó, de parte de los imputados, un acto de interés indebido** en un contrato u operación con el **fin** de obtener un provecho o para tercero. Esto es mediante prevalimiento, con abuso del cargo en el comité de selección, se permitió la condición de postor al “Consortio (...)” cuando no había cumplido con la presentación de la documentación obligatoria a estos efectos y, luego,

¹³³ WELZEL, Hans (1951). “Teoría de la acción finalista”. Editorial DePalma. Buenos Aires – Uruguay. p. 21.

¹³⁴ Fundamento 6.7. en el Recurso de Nulidad N° 677-2016/LIMA emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.

se le calificó sobrevalorando el puntaje (...). Es patente, además, la tendencia al provecho para el aludido Consorcio por parte de los imputados al hacerlo ganador de la ejecución de la obra (...). Siendo así, se interpretó erróneamente el artículo 399 del Código Penal. El motivo casacional debe estimarse y así se declara.”¹³⁵. (el resaltado es nuestro)

Mediante Recurso de Nulidad N° 3365-2013/SAN MARTÍN, el Supremo Tribunal Nacional, en similar criterio esboza:

“(…) se imputa a (...) en su condición de jefe del Área de Adquisiciones (...) elaborar el cuadro comparativo de precios, además fue la persona que concedió la buena pro a la postora (...) pese a que esta última tenía impedimento para contratar con el Estado, la acusada procedió con la suscripción del contrato por trabajo específico, (...) **de todo lo cual se acredita el interés [indebido] que esta tenía de favorecer con la buena pro (...)**”¹³⁶. (el agregado y el resaltado es nuestro)

Siendo este argumento expuesto, en un caso excepcional, donde se consideran los actos ejecutados por el funcionario, como aquellos con los cuales se tendría acreditado la manifestación del interés indebido a fin de beneficiar a un tercero en la contratación de un servicio prestado al Estado.

Continuando con dicho presupuesto, la Corte Suprema de la República, nuevamente advierte una interpretación errónea a los alcances del delito materia de análisis, declarando así que:

“Los cuatro agentes públicos acusados están relacionados, por razón de su cargo, con la contratación de la camioneta y el gasto de cuatro mil cuatrocientos soles, realizado por el Gobierno Regional (...) -recuérdese que en proceso de contratación pública **pasa por una serie de procedimientos**

¹³⁵ Fundamento Quinto en la Casación N° 396-2019/AYACUCHO emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de nueve de noviembre de dos mil veinte.

¹³⁶ Fundamento Octavo en el Recurso de Nulidad N° 3365-2013/SAN MARTÍN emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de cinco de diciembre de dos mil catorce.

en los que intervienen, según su competencia, varios funcionarios o servidores públicos, cada uno con un rol específicamente asignado-”¹³⁷.

Por ende, agrega:

“(…) La sucesión de actos realizados por cada uno de los acusados determinó una contratación al margen de la legislación sobre contrataciones del Estado (...) y denota una clara situación de interferencia en la toma de decisiones (...) en tanto funcionarios públicos, abusaron de su cargo en provecho de un tercero, volcaron sobre tal contratación una pretensión de parte no administrativa”¹³⁸.

Cabe agregar, con todo lo desarrollado en el marco filosófico del nuestro trabajo, podremos observar elementos típicos del delito de negociación incompatible, que guardan una relación en común desde la doctrina final de la acción, tal como se ha venido apreciando en los distintos pronunciamientos jurisprudenciales señalados.

De este modo, pueden ser uno o varios actos realizados, o entiéndase también cómo medios empleados, por los funcionarios hacia un fin indebido específico exteriorizado, permitiéndole al agente público favorecerse o buscar un provecho a terceros, vulnerando así el principio de transparencia e imparcialidad de una actividad contractual u operacional del Estado; consecuentemente, este aspecto requiere ser materia de corroboración probatoria directa o indiciaria, en la etapa del proceso penal donde se encuentre, y sobre la cual el Juez realizará una valoración según corresponda al caso en particular.

¹³⁷ Fundamento Cuarto en el Recurso de Casación N° 1566-2019/MOQUEGUA emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de veinticinco de febrero de dos mil veintidos.

¹³⁸ Idem.

3.9. ELEMENTO SUBJETIVO

Lo que este tipo penal exige es la actuación con dolo del agente delictivo, a ello agrega Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE¹³⁹, que la punición al agente se da al dolo, es decir, a la conciencia y el aspecto volitivo manifestado en el interés de un contrato u operación a sabiendas de que su conducta es indebida, ilegal. De esa manera, este elemento cognitivo se extiende a todos los elementos que constituyan el tipo penal, tanto el saber de su conducta “indebida” como la consecuencia de ella, el cual es recibir un provecho para el mismo funcionario o para tercero.

Siguiendo la misma línea de interpretación, Fidel ROJAS VARGAS¹⁴⁰ nos indica que este tipo doloso se aprecia con mayor claridad en el comportamiento típico de intervención simulada, pues en esta modalidad, el autor despliega su conducta mediante actos de astucia, ardid o engaño al deber asumido ante la administración pública.

En ese entendido, como señala el profesor Manuel ABANTO VÁSQUEZ¹⁴¹ el dolo es un elemento determinante, pues los elementos objetivos de la conducta delictiva no tendrían contenido típico sin el interés indebido particular, en su aspecto subjetivo.

3.10. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE - PARTICIPACIÓN

Finalmente, sobre el presente aspecto se va analizar la problemática de cómo debe responder penalmente el agente delictivo funcionario, servidor y/o tercero ajeno a la administración pública, que interviene en la ejecución del delito materia de

¹³⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2016). “Delitos contra la administración pública”. Instituto Pacífico. Lima-Perú. Ob.cit. p. 577.

¹⁴⁰ ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública. Ob cit. p. 825.

¹⁴¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2001). “Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano”. Palestra Editores. pp. 455-456.

análisis según su estatus participativo en el desarrollo del hecho punible, vale decir, en la forma de participación o intervención indirecta.

En ese entendido, a fin de resolver tal cuestión debemos partir indicando cómo se ha desarrollado párrafos anteriores, en síntesis, que la *autoría* en la negociación incompatible -cómo en los demás delitos de corrupción de funcionarios-, identifica esta clase de ilícitos penales como un delito especial de infracción del deber, donde importa la condición personal del sujeto público y su intervención delictiva en el marco de una contratación estatal, vinculada a sus facultades o competencias específicas por razón del cargo.

En la doctrina nacional, Ramiro SALINAS SICCHA¹⁴², así nos señala que el tipo penal de negociación incompatible se trataría de un delito especialísimo, donde el sujeto autor del delito además de su condición especial de funcionario o servidor público, deberá tener una vinculación funcional para poder intervenir en los contratos u operaciones en representación del Estado, es decir, según las atribuciones, poder o competencias que posea para participar en la celebración de un contrato u operación estatal, en razón de su cargo desempeñado en la administración pública.

El profesor Manuel ABANTO VÁSQUEZ¹⁴³ precisa, como se ha expuesto en los párrafos anteriores, que será autor el funcionario a cargo del contrato u operación, mientras será partícipe cualquier otro funcionario público no obligado funcionalmente al contrato, o bien, aquel particular o tercero no vinculado a la institución estatal.

Ahora bien, para el referido sector de la doctrina existe una postura en recurrir mecánicamente a la teoría de infracción del deber referida por el profesor Claus Roxin para analizar delitos cometidos por sujetos públicos que intervienen en los hechos de corrupción infringiendo deberes específicos, sin embargo, las

¹⁴² SALINAS SICCHA, Ramiro (2019). “Delitos contra la Administración pública”. Quinta edición. Editorial Iustitia. Lima-Perú. p. 690-691.

¹⁴³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2001). “Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano”. Palestra Editores. p. 458.

variantes típicas de la negociación incompatible, y por tanto la consecuente responsabilidad penal, se configura desde tres modalidades, siendo concretamente, la variante indirecta de la cual se deriva la presencia de una intervención con accesoriedad de autor cualificado y tercero partícipe.

En ese contexto, la discusión aborda en verificar la existencia de la modalidad delictiva “indirecta” admite o no la posibilidad de complicidad, a que sujetos y en que consiste la participación de un tercero funcionario o extraneus en calidad de cómplice.

De esa manera, se ha originado la problemática secundaria del presente trabajo, la cual se exhibe en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema, donde no se admita la complicidad en el delito de negociación incompatible y, es más, adelantando nuestra postura, se analizará pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios de la Corte Suprema en las cuales el fundamento dogmático en que sustenta dicho nivel de participación en el tipo penal en mención, no se circunscribe solamente a la teoría de la infracción del deber, sino, se sostiene en torno a los alcances de la complicidad según la teoría del dominio del hecho. Situación que viene generando la solución de casos concretos sin delimitar la intervención delictiva del tercero, el grado y magnitud de aporte del partícipe en el hecho criminal.

Pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema que no admiten la complicidad en el delito de Negociación Incompatible: A continuación, se procederá a revisar una selección de ejecutorias de nuestra Corte Suprema de la República, en las cuales no se admitieron la complicidad en el delito de negociación incompatible. Así, se tiene la Sentencia de **Casación N°184-2020/Lima Norte**, en la que se exponen como hechos probados lo siguiente:

“En el año 1998, el SERPAR (Servicio de Parques de Lima) renovó contrato de alquiler con la Empresa (...) de E.I.R.L., representada por Tomás (extraneus); siendo el caso, que producto de dicho arrendamiento se produjo una deuda

ascendente a la suma de USD 10,706.90, hecho que originó dos procesos judiciales de desalojo y por obligación de dar suma de dinero, a lo cual, ambas partes conciliaron y acordaron que la empresa tendría un plazo para desocupar el inmueble objeto de litis.

En ese contexto, el extraneus, en su condición de representante legal de la empresa en mención, dirigió una carta dirigida al Gerente General del SERPAR, mediante el cual planteó la cancelación de la deuda contraída, sumado con el pago al contado de USD 48,000 por la adquisición del inmueble, (monto menor al precio del mercado), pues, según valoración comercial por la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda, valorizó el inmueble en USD 58,630.

El director de la Oficina de Asesoría Legal de SERPAR, sin mediar análisis ni sustento legal, opinó interesadamente sobre la factibilidad de aceptar la propuesta del extraneus. La Unidad de Asuntos Jurídicos de SERPAR, opinó que Asesoría Legal podía celebrar la transacción del inmueble sin aprobación del Consejo Administrativo.

En fecha 15AGO2007, el Gerente General de SERPAR, el Extraneus y el director de Asesoría Legal de SERPAR, firmaron la minuta de compraventa, se declaró la recepción de USD 48,000 y pactaron poner fin al proceso de desalojo. El 25FEB2008, las mismas partes celebraron una transacción extrajudicial en el cual SERPAR aceptaba la transferencia de la propiedad del inmueble a favor del extraneus bajo determinados términos en favor del extraneus. No establecieron garantías para cobrar el saldo pendiente de la venta”.

Al respecto, a la lectura de la mencionada Ejecutoria, no se observa pronunciamiento por parte de la Corte Suprema que explique las razones por las cuales no se admite complicidad, por el contrario se limita a citar otras sentencias casatorias, acotando la posible existencia de un tipo penal distinto como colusión y peculado, los cuales se han sobreseído en la investigación, siendo en ese sentido, que resuelve declarar infundado el recurso de casación planteado, y no casaron la sentencia en el extremo que absuelve al ciudadano Tomas, representante legal de la empresa “Pen”, como cómplice primario del tipo penal de negociación incompatible.

Ahora, cabe la posibilidad de considerar un presunto *acuerdo colusorio* entre los funcionarios competentes y el Consorcio beneficiado, no obstante, para alcanzar la celebración de un contrato defraudatorio y comprometer lesivamente los recursos públicos o perjudicar patrimonialmente al Estado, se debe tener en consideración además que este pacto ilícito se determina con indicios graves sobre la existencia de contactos extraoficiales, pues, el sólo incumplimiento contractual no materializa el delito de colusión, menos aún, las omisiones cometidas por funcionarios públicos, que de ser el caso, tendría efectos configurativos en un tipo penal distinto. Siendo tal extremo necesario aclarar al respecto.

Aclarado dicho punto, nos avocamos en el caso materia de análisis, en el cual se observa un aporte adicional para ejecución de la conducta típica del agente público, lo cual implicaría responsabilidad penal del tercero ajeno a la administración. Así, de los hechos descritos en el presente asunto, se desprende claramente la participación del extraneus que contribuye a la materialización dolosa de un interés indebido a beneficio de tercero, con pretensiones ajenas a la institución pública que representan los funcionarios condenados. En esta existiría el hecho criminal por el delito de negociación incompatible que sin la intervención del representante legal de la empresa favorecida, como es, a) dirigir una carta al Gerente General de SERPAR proponiendo la adquisición de bien inmueble del Estado, a un precio menor del mercado, b) con ello generar informes favorables al extraneus, situación que originaría la venta del inmueble, c) y posterior a ello, que el extraneus

haya participado activamente en la celebración/suscripción de la minuta y transacción extrajudicial a sabiendas de la ilicitud del mismo. En ese entendido, el Consorcio si bien no ostenta la cualidad especial requerida por el tipo para ser autor, ello no lo exime de atribuirle el hecho materia de acusación a título de cómplice, pues habría aportado con actos concretos y dolosos al interés indebido demostrado por los funcionarios a favor de tercero, siendo actos de aporte adicionales a la ejecución delictiva, sin los cuales no se habría configurado el delito materia de análisis.

Así también, tenemos la Sentencia de **Casación N°841-2015/Ayacucho**, donde se expuso como hechos probados lo siguiente:

“En el Proceso de Selección de las Adquisiciones y Contrataciones N°007-2011-GRA-SEDE CENTRAL, Ayala Hinojosa, director de la Oficina de Abastecimiento y patrimonio Fiscal, cursó invitaciones a las empresas IPESA y UNIMAQ, para participar como postores en fecha que aún no se había aprobado las bases administrativas de la exoneración por declaración de situación de emergencia (29DIC2011). Es el caso que, en este último día, la empresa IPESA presentó carta de propuesta económica y declaración jurada del plazo de entrega. En ese contexto, Ayala Hinojosa, autorizó a las empresas ampliar el plazo de entrega de los bienes muebles (tractores agrícolas) por un periodo de 10 días. Posteriormente, Hinojosa Vivanco, suscribió los contratos con las empresas, señalando además que el vehículo y sus accesorios será entregados progresivamente en el plazo de 30 días, contraviniendo las bases y cotizaciones los cuales indicaban que el plazo de entrega sería en 02 días”.

En el presente caso se observa que los magistrados de la Suprema Corte, delimitaron uno de sus motivos casacionales en el sentido de responder si el tercero

interviniente responde como cómplice o instigador en el delito negociación incompatible. Así, para efectos de solución de la controversia planteada, la Sala Penal, en sus fundamentos 28 al 33, afirma que el delito objeto de análisis solamente queda reservado para atribuir el hecho criminal a la conducta delictiva realizada por el funcionario público, pues, este delito se materializa sin la intervención de un tercero, así, continúa señalando que no es el caso de delitos de participación necesaria, porque la estructura típica no permite la participación del tercero, y de ser así, constituiría un delito distinto e independiente al delito bajo análisis.

Sin embargo, revisado el hecho incriminado, se aprecia la participación de más de una empresa, las mismas que habrían presentado documentos con conocimiento previo que en el proceso de contratación no se cumplían con las formalidades administrativas, ni respetando las bases y cotizaciones, siendo notorio el hecho que los funcionarios acusados habían cotizado la entrega de las maquinarias en el plazo de 02 días, cuando, muy por el contrario y sin justificación alguna, ampliaron el plazo a 30 días, pese a que se trataría de una contratación en un situación de emergencia, contexto en el cual se necesita contar con urgencia e inmediatamente de aquellos bienes, servicios u obras requeridos, lo cual no es coherente con el actuar de los imputados y demás intervinientes delictivos.

Bajo la misma línea jurisprudencial que no admite la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, aparece la Sentencia de **Casación N°23-2016/Ica**, que se circunscribe a un pronunciamiento meramente técnico jurídico de lo que se entiende por el rol del tercero. Así, los magistrados de la Sala Penal Permanente, siguen el criterio adoptado por la sentencia precedente, Casación 841-2915, donde en concreto señala que el delito de negociación incompatible no es un tipo penal de participación necesaria, es decir, no se requiere la intervención de tercero para la configuración del hecho delictivo, fundamentado su postura recurriendo a lo previsto en el artículo 56, cuarto párrafo de la Ley de Contrataciones con el Estado, vigente al momento de los hechos, por el cual concluye que los funcionarios, servidores y contratados responden administrativamente, sin responder necesariamente en la vía penal, explicación que

no responde con razones suficientes sobre este tópico, situación que en párrafos arriba se analizó.

Igualmente, se tiene la Sentencia de **Casación N°346-2019/Moquegua**, a través del cual indica como hechos probados lo siguiente:

“(…) el Gobierno Regional convocó el Concurso Público N° 8-2010/CE-GR-MOQ, para efectuar el servicio de supervisión externa de la obra “*Construcción de Infraestructura de riesgo de la represa Chirimayuni*”. Así, se suscribió el contrato N° 98-2010, de 25AGO2010, entre el presidente del Gobierno Regional y el representante legal del Consorcio, Iván Obispo (Extraneus), por la suma de S/. 1, 286 000, bajo el sistema de suma alzada.

El 09MAY2011, el nuevo presidente del Gobierno Regional y el extraneus, suscribieron la adenda N° 1 al contrato indicado, con la cual se redujo el plazo de ejecución de 425 a 240 días calendario, se consideró como nuevo monto contractual S/ 1 224 500.49 y efectuó un incremento en el pago de valorizaciones mensuales de S/ 107 106.67 a S/. 153 062.56, por lo que, se transgredió lo previsto en el artículo 40 y 143 del Reglamento de la Ley 30225.

En dicho contexto, el Gobierno Regional realizó 06 valorizaciones a favor del Consorcio, sumado a ello, ello a pesar de que no ejecutó la labor de supervisión externa de la obra, presentó informes de supervisión que cumplieron con las exigencias requeridas en los términos de referencia, que contenían copias de documento irrelevantes. Sin embargo, se brindaron las conformidades respectivas, y continuar pagando por dichos servicios”.

La Sala Penal, afirma que, en el presente caso, el Representante del Ministerio Público, en todas sus instancias, adoptó una postura no acusatoria, así, la Sala de Apelación ratificó su pedido de sobreseimiento respecto del Gobernador Regional, funcionarios y el Consorcio, y que, en sede de Casación, fue compartido por la Fiscalía Suprema. En ese sentido, la Suprema Corte sustenta, de conformidad con el Principio Acusatorio del Proceso Penal, que no resulta viable la emisión de un fallo dejando sin efecto los autos de sobreseimiento de primera y segunda instancia, pues supondría continuar con el poder punitivo del Estado (*ius puniendi*) situación que vulneraría la autonomía constitucional del Ministerio Público. En ese sentido, la acción penal por la persecución del delito ha fenecido.

Pese a ello, de los hechos acusados, si advertimos aportes significativos, que no se condicen ni con pactos colusorios o actos de cohecho, como en un sentido lo expone en Segunda Instancia, contrario sensu, existen conductas atribuibles al representante legal del Consorcio en calidad de Cómplice, esto es, si bien emitieron los informes de supervisión requeridos, estos fueron evacuados sin cumplir con las exigencias acordadas en los términos de referencia, informes que contenían copias simples de documentación irrelevante para tal efecto, y de otro lado, no ejecutaron labor de supervisión externa, actos con base a las cuales significaron la manifestación del interés indebido de los funcionarios públicos autores del ilícito penal materia de análisis, que de ser el caso, hubieran significado un pronunciamiento que no genere impunidad.

Dicho ello, los magistrados de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, procuran dar respuesta a lo alegado por la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República, siendo su pronunciamiento en el sentido –bajo sus propios términos- de refrendar lo expuesto en la **Sentencia Casatoria N°841-2015/Ayacucho**, respecto que en el delito de negociación incompatible no se permite la actuación de un tercero, de lo contrario estaríamos frente a tipos penales de participación necesaria lo cual conllevaría a la configuración de delitos diferentes. Postura que ya fue materia de análisis en párrafos anteriores de la presente investigación y como ya se ha mencionado no ofrece mayor justificación

para no explicar la existencia de un partícipe cuyo aporte significa de relevante contenido penal para la configuración de la conducta del autor, quien despliega su interés indebido en favor de un tercero.

En contraste con dichos fundamentos, se ha observado pronunciamientos judiciales que admiten la complicidad en el delito de negociación incompatible, así, tenemos las siguientes Ejecutorias: - la Casación N°1523-2021/Ancash, fundamento jurídico 4, segundo párrafo, mediante el cual la Corte Suprema expresa que en el delito de Negociación Incompatible cabe la posibilidad de la participación de un extraneus, y en literal precisa, “más aún si se trata de un delito de infracción del deber con componentes de dominio”, es más, menciona que el partícipe cómplice deberá realizar un “aporte significativo” para la configuración ejecutiva del hecho delictuoso.

En esa misma línea, la *Sentencia de Casación N°1584-2021/Callao*, f.j. décimo tercero y siguientes, precisa que en el delito objeto de análisis se debe exigir la participación de un tercero extraneus quien realiza una “contribución suficiente”, un “aporte importante”, a la materialización del delito, contribución el cual recae en el interés indebido desplegado por el autor del ilícito.

Así mismo, en la Casación N°18-2017/Junín, señala que el cómplice intervino con la realización y conclusión en la negociación incompatible. Situación que nos permite dar lugar a que la teoría de infracción del deber fuera complementada por los alcances conceptuales de lo entendido por cómplice primario, y que debería ser sancionada con la misma pena del autor, sin embargo, la complicidad única, según la infracción del deber, es que debe ser una responsabilidad menor.

Siendo así, analizado los grupos de pronunciamientos judiciales mencionados, es posible inferir la admisión de un cómplice en el delito de negociación incompatible, pese a no ser un delito de participación necesaria, pues

lo contrario llevaría un extremo de impunidad a la corrupción sobre hechos tipificados bajo este delito subsidiario.

Así, como se argumentó anteriormente, para verificar la existencia de un cómplice intraneus o extraneus se debe exigir la realización un aporte significativo para la ejecución del hecho punible, con conocimiento de la finalidad perseguida por el funcionario cualificado quien manifiesta el interés indebido en provecho propio o de tercero, siendo estos alcances conceptuales tomados de lo que se entiende por cómplice primario.

Por ello, como anota el jurista peruano Fidel ROJAS VARGAS, se advierte que en el marco de un proceso de contrataciones públicas “(...) **pueden concurrir aportes de dominio y control del hecho o de dominio final en un marco formal de infracciones de deberes** -propio de los autores- (...)”¹⁴⁴ (el resaltado es nuestro).

En el mismo sentido, el profesor SALINAS SICCHA¹⁴⁵, hace mención que, para verificar la autoría y complicidad de los delitos comunes, así también del delito de negociación incompatible, es de utilidad la orientación dogmática de la teoría del dominio del hecho; debiendo resaltar además que se ha identificado la complicidad única del extraneus según la teoría de la infracción del deber.

Así también, el profesor argentino Marcelo SANCINETTI¹⁴⁶, refiere que, si bien nos encontramos ante un delito especial propio, no obstante, es posible, sancionar a los partícipes que no son empleados públicos, quienes no reunirían la calidad especial para ser autor. Por lo que, bajo dicho punto de vista, aparece la posibilidad que un tercero en su condición de agente público, puede participar del

¹⁴⁴ ROJAS VARGAS, Fidel (2021). “Delitos contra la administración pública”. Quinta edición. 1ra. Reimpresión. Lima-Perú. p. 323.

¹⁴⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro (2018). “La teoría de la infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios”. En: Anuario de Derecho Penal 2015-2016, “Problemas actuales de política criminal”. Fondo Editorial PUCP y la Universidad de Friburgo Suiza. p. 125-126.

¹⁴⁶ SANCINETTI, Marcelo A. (1996). “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”. En: Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales. Volumen 39. Nro. 3. pp. 877-891. España. [En línea]: <<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/46294.pdf>>. p. 881-882. Consultado el 27-04-2022. p. 878.

delito, sin tener vinculación funcional con el acto jurídico u operación celebrado por el Estado, donde suceden los hechos.

De ese modo, en el delito que nos convoca, el aporte sancionado viene a ser aquel sin el cual no se podría concretar la conducta del autor, éste último siendo el que dirige su actuación por un interés indebido, es decir, el actuar del cómplice resulta una contribución importante para la ejecución del evento delictivo, es así que el cómplice, también interviniente del delito, realiza un aporte significativo para la configuración del delito, con conocimiento y voluntad final para la realización del evento delictivo en el sentido de que su actuación contribuye a la consecución del interés indebido perseguido por el funcionario quien tendría la dirección y dominio final en la comisión del delito, razón por la cual, la conducta del cómplice se encontraría en un grado dependiente del hecho principal ejecutado por el agente público, cuyo alcances tales, i) el grado de aporte o contribución resulta significativo e imprescindible para llevar a cabo la comisión al autor, ii) sin su participación no se hubiera perpetrado el delito, iii) el hecho principal pertenece al autor; siendo estas consideraciones que encuentra influjo en los conceptos dogmáticos que utiliza la teoría del dominio del hecho para verificar la complicidad como forma de participación.

En ese orden ideas, la confluencia entre una concepción de delito de infracción del deber con componentes dogmáticos de dominio, se exhibe en la participación del tercero para verificar el cómo se ejecuta el hecho incriminado por el delito de negociación incompatible, a través de la modalidad de interés indirecto en el caso en concreto para la materialización del tipo penal.

Por ello, luego de verificarse que se viene adoptando un criterio excluyente de identificar automática el delito de negociación incompatible como solamente interpretable conforme la teoría de infracción del deber desde un sector de la doctrina y en ejecutorias de nuestra Corte Suprema, donde además hemos analizado que existe una aceptación mayoritaria por dicha teoría para analizar delitos contra la administración pública. No obstante, sostenemos la posibilidad de encontrarnos

en una interpretación de la teoría de la infracción del deber conociendo el fundamento dogmático proporcionado por el dominio final del hecho sobre este ámbito de la participación del cómplice, pues ambas teorías no podrían ser tratadas de forma excluyente, sino, por medio de las mismas se debe formar un razonamiento integrador, armónico y pragmático para la imputación del delito en comentario superando pronunciamientos de impunidad frente a la atribución penal en cada caso particular.

CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1.1. HIPÓTESIS GENERAL

El delito de negociación incompatible es un delito de infracción del deber plausible de fundamentarse desde una perspectiva dogmática con base en la teoría del delito de la acción final, la cual contribuye proporcionando un marco conceptual al verbo rector y sus elementos normativos.

3.1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

3.1.2.1. La conducta base “interesarse indebidamente” representa a una acción finalista en razón que permite la configuración de los componentes objetivos y subjetivos del hecho ilícito atribuido al agente público delictivo sobre quien debiera recaer una responsabilidad penal.

3.1.2.2. Una interpretación desde la teoría de infracción del deber con componentes de dominio delimita la intervención delictiva en el delito de Negociación Incompatible, toda vez que compatibiliza con los criterios de una voluntad final de la acción y el grado de aporte en el hecho criminal por parte del autor y/o partícipe intraneus o extraneus.

3.2.VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

3.2.1. HIPÓTESIS GENERAL

- Variable (a): Delito funcional de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.
- Variable dependiente (b): La teoría del delito de la acción finalista.

3.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

3.2.2.1. HIPÓTESIS ESPECIFICA 1

- Variable (a): Verbo rector “Interés indebido”.
- Variable (b): Concepto de acción finalista.

3.2.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

- Variable (a): Modalidades de Intervención delictiva en la negociación incompatible.
- Variable (b): Teoría de infracción del deber con componentes de dominio desde una perspectiva finalista.

3.3.METODOLOGÍA

3.3.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

El método de investigación por el origen de los datos es documental. Esto en razón a que especialmente se hace la indagación a través del examen, análisis y estudio de fuentes documentales del que se vendrá estudiando las premisas planteadas mediante la observación del fenómeno a través del análisis de los libros y tratados sobre la materia de derecho penal cómo de la teoría general del delito.

3.3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Nuestra investigación dependerá según su finalidad, fuentes y ámbitos como los pasamos a desarrollar:

- a) **Por su finalidad o propósito**, se basa en una investigación Básica – Pura, debido al carácter dogmático perseguido en permitir fundamentar el contenido del verbo rector “interés indebido”, y elementos típicos del delito de Negociación Incompatible, esto, a partir de la teoría del delito de la acción finalista, planteando una interpretación y argumentación enfocándonos en específico en la Teoría del delito sobre el Finalismo.
- b) **Por las fuentes u origen de la información**, se clasifica en una investigación documental o bibliográfica, debido a que la fuente principal de la que se partirá será el estudio documental, tales

como la fuente normativa, doctrinal nacional e internacional, la jurisprudencia, en cuanto corresponda.

- c) Finalmente, **por el ámbito en que se desarrolla**, la presente investigación es una de carácter dogmático, debido a que busca agrupar y relacionar en forma ordenada el tipo penal materia de análisis con las demás instituciones jurídicas, normas jurídicas y doctrina de la materia que se relacionan con el tema de investigación.

3.4. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de investigación es descriptivo explicativo, debido que se pretende determinar el fundamento y la relación con la estructura típica del delito materia de análisis con base en los criterios de la Teoría finalista, teniendo poco o ningún análisis antecedente en la doctrina o en investigaciones que implica al tema materia de investigación.

3.5. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.5.1. POBLACIÓN

Como se ha referido, la fuente primordial del presente trabajo de investigación es de índole documental, entre las cuales se analiza la doctrina nacional y comparada, libros, revistas y artículos en soporte físico como electrónico, que están determinadas por la recolección de las fuentes bibliográficas y los datos de la jurisprudencia nacional.

3.5.2. MUESTRA

Considerando que la población resulta extensa en cuanto implica normatividad, jurisprudencia y doctrina, el tamaño de la muestra será determinada en función al universo de los

elementos existentes, y este será no probabilístico, en tal sentido, se tomará conforme el criterio del investigador.

3.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

3.6.1. TÉCNICA

Teniendo en cuenta y en vista la naturaleza de elementos que conforman la población que implica fuentes doctrinarias y jurisprudenciales, se empleó la técnica del Fichado de Análisis Documental, mediante el análisis teórico y crítico de los datos que se obtuvieron, para así extraer, condensar, sistematizar e interpretar las características de los mismos.

3.6.2. INSTRUMENTO

El instrumento a emplearse en la presente investigación, con un carácter cualitativo, y conforme a la técnica elegida, será la Ficha de Análisis Documental, la cual va consistir en un esquema organizado donde se sistematizaron los datos de las fuentes documentales a utilizarse en el desarrollo de la investigación.

3.6.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

En el presente trabajo de investigación se recurrirá los siguientes métodos de investigación jurídica, tales como:

- a) Método Exegético: A fin de realizar el análisis y la crítica a las disposiciones legislativas referidas al delito materia de análisis.
- b) Método Sistemático: Para una interpretación armónica y amplia de la doctrina relevante en torno a los delitos de corrupción de funcionarios, de acuerdo corresponda a los objetivos de la presente investigación.

- c) Método Dogmático: Para recurrir a la doctrina, el Derecho comparado y la jurisprudencia conforme a los objetivos plasmados para la realización del presente trabajo de investigación.

CAPITULO IV: PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

4.1.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información fue adquirida por fuentes doctrinales de diversos autores y de diversa procedencia, así como fuentes jurisprudenciales y normativas en general, a fin de lograr un marco teórico enriquecido.

En el caso de las fuentes normativas, fueron utilizadas preponderantemente aquellas normas contenidas en el Código Penal, relacionado en su regulación de la Parte General y del delito de Negociación Incompatible.

En el caso específico de la jurisprudencia, fue utilizada aquella emitida por la Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en casos en los que se emitió pronunciamiento sobre el delito de Negociación Incompatible.

Este conjunto de fuentes documentales ha sido tomada durante la formación universitaria llevada por el titulado.

4.1.2. PROCESAMIENTO DE LOS DATOS

Durante el desarrollo de la presente investigación, las fuentes documentales se han expresado de forma sintético, así también en notas de pie cuando ello correspondía.

En ese entendido, considerando que la presente investigación tiene un carácter cualitativo y documental, en un sentido interno, se ha realizado una interpretación sobre cada fuente documental, guardando la postura expuesta de cada una de ellas, de manera que el esquema teórico desarrollado brinde la aproximación necesaria para la comprensión del delito materia de análisis desde una interpretación finalista, analizando la doctrina y la normativa prevista, sin dejar de lado, los pronunciamientos judiciales nacionales.

4.2. SUSTENTACIÓN DE HIPÓTESIS

4.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

4.2.1.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA I

“La conducta base “interesarse indebidamente” representa a una acción finalista en razón que permite argumentar los componentes objetivos y subjetivos del delito de Negociación Incompatible atribuido al agente público delictivo sobre quien recae una responsabilidad penal”.

La presente hipótesis ha sido desarrollada en el Sub Capítulo III de nuestro marco teórico. Así, el Sub Capítulo I, en el extremo de la teoría del finalismo, constituye el marco filosófico de nuestro trabajo la cual dota de contenido argumentativo a nuestra hipótesis, teniendo en cuenta que el objetivo específico de la citada hipótesis era precisamente argumentar el contenido de la conducta base típica “interesarse indebidamente” en función de una acción finalista como voluntad anticipada mentalmente al fin indebido que desea alcanzar.

Los alcances de la teoría del finalismo, en palabras del profesor Hans WELZEL consiste en que para realización de la acción delictiva, “la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello *dirigirlo* hacia la obtención del objetivo”¹⁴⁷, teniendo la conciencia y la expresión conductual humana como una voluntad hacia el exterior a sabiendas del objetivo.

En ese marco, con relación a los “los medios que se emplean” dirigidos para alcanzar el fin propuesto predeterminadamente, el jurista Hans Heinrich JESCHECK¹⁴⁸ afirma que la actuación del sujeto consiste en el conocimiento causal por el cual domina el suceso, sus límites y la “dirección” de su comportamiento para la realización del fin, agrega también los presupuestos necesarios para

¹⁴⁷ WELZEL, Hans (1956). “Derecho Penal. Parte General”. Roque Depalma Editor. Traducción del Dr. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires-Argentina. p.40.

¹⁴⁸ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas (2014). Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Volumen I. Quinta edición alemana. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico. Lima-Perú. pp. 312-313

completar la acción final como la elección de los medios necesarios para la consecución del fin y la traslación de la acción al fuero exterior.

Sobre ello, nuestra postura se sustenta en el sentido que, según la teoría del finalismo, la actuación del sujeto consiste en el conocimiento causal por el cual domina el suceso, sus límites y la dirección de su comportamiento para la realización del fin, agrega también los presupuestos necesarios para completar la acción final como la elección de los medios necesarios para la consecución del fin y la traslación de la acción al fuero exterior.

Bajo esas premisas, hemos analizado el verbo rector “*interesarse indebidamente*”, bajo una interpretación en función de una conducta finalista como aquella voluntad del agente delictivo cualificado por su condición de funcionario o servidor estatal, quien dirige, conduce u orienta su comportamiento indebido a través del dictado de resoluciones, emisión de informes, aprobando la buena pro en contrataciones públicas (medios empleados), identificados como un conjunto de irregularidades con relevancia penal a fin de lograr un beneficio propio o a favor de terceros, (alcanzar un fin indebido); aún más, observando que las ejecutorias emitidas por nuestra Corte Suprema argumentan sus pronunciamientos bajo estos mismos alcances.

Ello nos lleva verificar que la conducta principal del tipo penal objeto de estudio, centra su interpretación sobre aquella conducta exteriorizada en el marco de contrataciones u operaciones estatales, sancionando aquel interés que el agente especial muestra con sus acciones, vale decir, el tipo penal de negociación incompatible no ha sido previsto a efecto de sancionar una deficiente actividad funcional, o solamente el incumplimiento de un deber funcional del agente, menos aún, sancionar el pensamiento, deseo o la actitud interna del funcionario o servidor estatal, sino, reprimir la realización de actos concretos que muestra palmariamente un interés indebido, los cuales permiten constituir indicios para sustentar una condena, en el marco de una contratación u operación del Estado.

Así, la hipótesis específica 1, queda **ARGUMENTADA** como válida en el presente trabajo de investigación, conforme nuestras fuentes doctrinarias, que la conducta base típica “interesarse indebidamente” es interpretable según el concepto de la acción finalista, y por lo expuesto, queda **SUSTENTADA** la hipótesis planteada.

4.2.1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA II

“Una interpretación desde la teoría de infracción del deber con componentes de dominio delimita la intervención delictiva en el delito de Negociación Incompatible, toda vez que compatibiliza con los criterios de una voluntad final de la acción y el grado de aporte en el hecho criminal por parte del autor y/o partícipe intraneus o extraneus”.

Sobre hipótesis planteada respecto a la participación delictiva en el delito de negociación incompatible, la figura del sujeto cualificado manifiesta su interés indebido, a fin de alcanzar un provecho propio o para terceros, esto es, el funcionario o servidor público, en razón de su cargo, muestra una conducta final exteriorizando un interés particular a fin de alcanzar objetivos personales propios o para terceros en un escenario contractual estatal, siendo este fin perseguido bajo este contexto donde se puede apreciar el contenido dogmático de la acción final punible por este delito.

Del Sub Capítulo III, se tiene que el autor del “*interés directo*”, como lo denomina la presente figura delictiva, se relaciona a la actividad funcional del agente público quien infracciona su deber con una voluntad final de intervenir a razón de sus facultades en una contratación pública mediante actos concretos que dan lugar a la materialización del verbo rector; y no basta con verificar un deficiente cumplimiento del deber o actividad funcional, situación que en esencia asume nuestra posición de interpretar la acción delictiva del interés indebido a partir del concepto de acción final.

Además de ello, se ha analizado desde la doctrina y jurisprudencia, la otra modalidad delictiva del delito en mención, esto es, el interés indirecto, sustentando

la admisión de la complicidad y consecuentemente, la participación del tercero funcionario o extraneus en calidad de cómplice.

Para verificar la existencia de un cómplice intraneus o extraneus se debe exigir la realización un aporte significativo para la ejecución del hecho punible, con conocimiento de la finalidad perseguida por el funcionario cualificado quien manifiesta el interés indebido en provecho propio o de tercero, siendo estos alcances conceptuales tomados de lo que se entiende por cómplice primario.

De ese modo, en el delito que nos convoca, el aporte sancionado viene a ser aquel sin el cual no se podría concretar la conducta del autor, éste último siendo el que dirige su actuación por un interés indebido, es decir, el actuar del cómplice resulta una contribución importante para la ejecución del evento delictivo, es así que el cómplice, también interviniente del delito, realiza un aporte significativo para la configuración del delito, con conocimiento y voluntad final para la realización del evento delictivo en el sentido de que su actuación contribuye a la consecución del interés indebido perseguido por el funcionario quien tendría la dirección y dominio final en la comisión del delito, razón por la cual, la conducta del cómplice se encontraría en un grado dependiente del hecho principal ejecutado por el agente público, cuyo alcances son tales, i) el grado de aporte o contribución resulta significativo e imprescindible para llevar a cabo la comisión al autor, ii) sin su participación no se hubiera perpetrado el delito, iii) el hecho principal pertenece al autor; siendo estas consideraciones que encuentra influjo en los conceptos dogmáticos que utiliza la teoría del dominio del hecho para verificar la complicidad como forma de participación.

Por tanto, la hipótesis específica II, queda **ARGUMENTADA** entonces en el sentido que una interpretación desde la teoría de infracción del deber con componentes de dominio compatibiliza con los criterios de una voluntad final de la acción y el grado de aporte en el hecho criminal por parte del autor y/o partícipe intraneus o extraneus en el delito de Negociación Incompatible. En tal sentido, y por lo expuesto, que **SUSTENTADA** la citada hipótesis.

4.2.2. HIPÓTESIS GENERAL

“El delito de negociación incompatible es un delito de infracción del deber plausible de fundamentarse desde una perspectiva dogmática con base en la teoría del delito de la acción final, la cual contribuye proporcionando un marco conceptual al verbo rector y sus elementos normativos”.

De esta manera, comprobada las hipótesis específicas, y del desarrollo del marco teórico en contraste con la doctrina, hemos llegado a esta hipótesis, a través del análisis de fuentes doctrinarias y jurisprudenciales, enfocada en la teoría del delito para dotar de contenido conceptual los elementos típicos del delito de negociación incompatible recalcando nuestro análisis desde una perspectiva dogmática con base en la teoría de la acción finalista.

Así, se ha sustentado que el verbo rector *“interesarse indebidamente*, viene a ser aquella conducta final del funcionario o servidor público la cual realiza en el marco de contrataciones u operaciones estatales, siendo así, será sancionado el interés indebido que el agente especial muestra mediante la ejecución de actos dirigidos para beneficiarse el propio agente público o a terceros, esto es, entendida como aquella voluntad del funcionario o servidor estatal, quien dirige su comportamiento indebido a través de actos propios de su función como los medios empleados, identificados como un conjunto de irregularidades con relevancia penal para alcanzar un fin indebido.

El sentido del verbo rector *“interés indebido”*, elemento nuclear del tipo penal de Negociación Incompatible, así como, los medios empleados con los que dicho interés se materializa y la delimitación del autor y partícipe, encuentran su fundamento dogmático en un delito de infracción del deber, con base en la teoría del delito de la acción final.

De igual forma, la participación en el delito de negociación incompatible no se limita al concepto de complicidad propuesto por la infracción del deber, así, se ha verificado que el agente público es quien dirige su actuación por un interés indebido, teniendo la dirección y dominio final en la comisión del delito, contexto

donde el aporte o contribución sancionado viene a ser aquel sin el cual no se podría concretar la conducta del autor pues necesita tener tal importancia para la ejecución del evento delictivo, que sin el mismo no se podría configurar el delito, sumado a ello, debe tener con conocimiento y voluntad final en el sentido de que su actuación contribuye a la consecución del interés indebido perseguido por el funcionario.

Por consiguiente, lo analizado nos permite **ARGUMENTAR** la hipótesis ya citada, y por lo expuesto, en consecuencia, supone que la misma se encuentra **SUSTENTADA**.

4.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El objetivo general fue determinar cuál debe ser la perspectiva dogmática de los elementos típicos del delito de negociación incompatible con base en la teoría de la acción finalista, se llevó a cabo según el análisis de las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales, donde la información analizada permitió determinar que el delito de Negociación Incompatible se puede argumentar como aquella actuación del funcionario público, quien manifiesta un interés indebido, tiene la dirección y dominio final en la comisión del delito, según la perspectiva dogmática de la teoría del finalismo.

El objetivo específico 1 del presente trabajo de investigación consistió en argumentar un concepto del verbo rector “interés indebido” con base en la teoría de la acción final. En ese sentido, a fin de cumplir con el referido objetivo, se empleó el análisis teórico y crítico de los datos obtenidos sobre las fuentes documentales relacionada a la doctrina penal utilizadas en el desarrollo de la investigación, insertadas en los pies de página ubicado en el subcapítulo I, donde se estableció nuestro marco filosófico.

Hans WELZEL, nos define que “la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirlo según un plan hacia la obtención del objetivo”¹⁴⁹, teniendo la conciencia y la expresión conductual humana una voluntad hacia el exterior a sabiendas del objetivo.

Así, se argumentó que el concepto del verbo rector “interés indebido” con base en la teoría de la acción final, consiste en que el agente delictivo cualificado por su condición de funcionario o servidor estatal, es quien dirige, conduce u orienta su comportamiento indebido a través del dictado de resoluciones, emisión de informes, aprobando la buena pro en contrataciones públicas (medios empleados),

¹⁴⁹ WELZEL, Hans (1956). “Derecho Penal. Parte General”. Roque Depalma Editor. Traducción del Dr. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires-Argentina. p.40.

identificados como un conjunto de irregularidades con relevancia penal a fin de lograr un beneficio propio o a favor de terceros, (alcanzar un fin indebido).

El objetivo específico 2 fue analizar si la teoría de la infracción del deber con componentes de dominio final de la acción permite delimitar la autoría y participación delictiva en el delito de Negociación Incompatible. En ese entendido, a fin de cumplir con el referido objetivo, se empleó el análisis de documental de ejecutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme aparece en el subcapítulo III de nuestro marco teórico en las cuales aparece una confluencia entre la concepción de delito de infracción del deber con componentes dogmáticos de dominio, se exhibe en la participación del tercero para verificar el cómo se ejecuta el hecho incriminado por el delito de negociación incompatible, a través de la modalidad de interés indirecto en el caso en concreto para la materialización del tipo penal. Dicho análisis lo realizamos según lo verificado en la siguiente ejecutoria emitida por la Corte Suprema de la República:

| DESCRIPCIÓN GENERAL | |
|--|---|
| Número de expediente: | Sentencia de Casación N°184-2020/Lima Norte |
| Fecha y lugar de emisión: | Lima, veintiséis de abril de dos mil veintidós. |
| Elaborado: | Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República |
| CONCLUSIÓN | |
| <p>La relevancia del presente caso viene a ser para brindarnos aproximaciones a lo que debe considerarse para permitirnos analizar la participación del tercero ajeno a la administración pública, en el evento delictivo que constituye el delito de Negociación Incompatible, pues, a tenor del caso concreto, en el Consorcio si bien no ostenta la cualidad especial requerida por el tipo para ser autor, ello no lo exime de atribuirle el hecho materia de acusación a título de cómplice, pues habría aportado con actos concretos y dolosos al interés indebido demostrado por los funcionarios a favor de tercero, siendo actos de aporte adicionales a la</p> | |

ejecución delictiva, sin los cuales no se habría configurado el delito materia de análisis.

En el mismo sentido, la sentencia de casación analizada permite inferir la admisión de un cómplice en el delito de Negociación Incompatible, pese a no ser un delito de participación necesaria:

| DESCRIPCIÓN GENERAL | |
|---|---|
| Número de expediente: | Sentencia de Casación N°346-2019/Moquegua |
| Fecha y lugar de emisión: | Lima, seis de noviembre de dos mil diecinueve |
| Elaborado: | Corte Suprema de la República |
| CONCLUSIÓN | |
| <p>El presente caso, de los hechos acusados, si advertimos aportes significativos, que no se condicen ni con pactos colusorios o actos de cohecho, como en un sentido lo expone en Segunda Instancia, contrario sensu, existen conductas atribuibles al representante legal del Consorcio en calidad de Cómplice, esto es, si bien emitieron los informes de supervisión requeridos, estos fueron evacuados sin cumplir con las exigencias acordadas en los términos de referencia, informes que contenían copias simples de documentación irrelevante para tal efecto, y de otro lado, no ejecutaron labor de supervisión externa, actos con base a las cuales significaron la manifestación del interés indebido de los funcionarios públicos autores del ilícito penal materia de análisis, que de ser el caso, hubieran significado un pronunciamiento que no genere impunidad.</p> | |

Finalmente, estos resultados guardan coincidencias con lo expuesto por VEGA MENDOZA, Wilber Jossef en su tesis de para obtener el Título de abogado en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, en el extremo que concluye que se debe reforzar a los miembros del Ministerio Público, para la obtención de los medios probatorios a fin de sustentar la acusación fiscal por el delito de negociación incompatible. En un sentido similar, Jesús Gregorio GAVILÁN PARIGUANA,

quien estima que las imputaciones que formuló la Fiscalía Provincial Especializada, ha vulnerado el principio de imputación concreta, porque son genéricas, en el caso de los requerimientos de acusación por el delito de Negociación incompatible. Pues, en el presente trabajo se procura dotar de contenido conceptual verbo rector del delito de Negociación Incompatible y los elementos objetivos del tipo, tales como los medios empleados para manifestar el interés indebido del funcionario, y su modalidad.

CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

PRIMERA: El verbo rector “interesarse indebidamente” es una conducta finalista del agente delictivo cualificado por su condición de funcionario o servidor estatal, quien dirige, conduce u orienta su comportamiento indebido exteriorizado mediante el dictado de resoluciones, emisión de informes, aprobación de la buena pro en contrataciones públicas y otros medios empleados, identificados como un conjunto de irregularidades con relevancia penal a fin de lograr un beneficio propio o a favor de terceros, para alcanzar un fin indebido.

SEGUNDA: La teoría de la infracción del deber con componentes de la teoría del dominio del hecho, permite verificar la intervención delictiva del autor agente público, quien tendría la dirección y voluntad finalista para realizar el delito de negociación incompatible, así cómo, delimita la participación del cómplice en la ejecución del hecho criminal, en razón que sigue conceptos tomados de lo que se entiende por la condición de cómplice primario.

TERCERA: Así, se ha determinado que para la comprensión del concepto de la conducta principal “interés indebido” del tipo penal de Negociación Incompatible, los elementos objetivos con los que dicho interés se materializa, y, la delimitación de su intervención delictiva, encuentra su fundamento dogmático cómo un delito de infracción del deber, con base en la teoría del delito de la acción final.

5.2. RECOMENDACIONES

PRIMERA: En coherencia con lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, se recomienda reorientar los pronunciamientos fiscales y jurisdiccionales en el sentido de admitir la participación delictiva del extraneus a título de Cómplice, en casos seguidos por el delito de Negociación Incompatible cuando deberá responder penalmente según su estatus participativo en el desarrollo del hecho criminal; ello con la finalidad de no generar impunidad frente a la intervención de terceros ajenos a la administración pública, y lo cual, por otro lado, permitirá la predictibilidad de criterios uniformes para la solución de casos penales en relación a dicha materia.

SEGUNDA: Se sugiere que la división Administrativa del Distrito Judicial de Tacna tome en cuenta la creación de Juzgados de Investigación Preparatoria Especializados en los Delitos de Corrupción de funcionarios. La importancia de dicha propuesta viene en función a lograr una mejor organización de los Juzgados de investigación para conocer en forma exclusiva aquellos casos penales provenientes del Sub Sistema Especializado en delitos de Corrupción, previstos en los artículos 382° al 401° de nuestro Código Penal.

5.3. APORTE DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

En ese entendido, la presente tesis aporta la realización de un trabajo de investigación académica de naturaleza teórica en lo referente a contribuir con la elaboración del concepto del verbo rector interés indebido del delito de Negociación Incompatible, poco convencional, teniendo por objeto originar una línea de interpretación doctrinaria al tipo penal en mención para la discusión académica en el contexto de las posturas teóricas vigentes por la doctrina del derecho penal.

Pues, se ha efectuado una investigación exhaustiva a los temas comprendidos en la teoría del delito y otros estudios doctrinarios realizados, ello para dotar de contenido conceptual los elementos típicos del delito de negociación incompatible recalcando nuestro análisis desde una perspectiva dogmática con base en la teoría de la acción finalista, que proporcione una mayor comprensión a esta clase de delitos.

Así, de acuerdo a la relevancia teórica de la presente investigación, nos permitirá aportar mayores herramientas de interpretación a lo que debe entenderse por el interés indebido, esto es, la conducta principal del tipo penal objeto de estudio, centrando su interpretación cómo sobre aquella conducta exteriorizada en el marco de contrataciones u operaciones estatales, sancionando aquel interés que el agente especial muestra con sus acciones funcionariales, vale decir, el tipo penal de Negociación Incompatible no ha sido previsto a efecto de sancionar solamente una deficiente actividad funcional, o el incumplimiento de un deber funcional del agente, sino, reprimir la realización de actos concretos que muestra palmariamente un interés indebido, los cuales permiten constituir indicios para sustentar un mejor análisis del citado delito.

De otro lado, la presente investigación contribuye argumentos jurídicos para identificar la participación delictiva de autoría y partícipe del tipo penal de Negociación Incompatible que serán de utilidad a fin de aportar un razonamiento objetivo de la teoría de la infracción del deber conociendo el fundamento dogmático proporcionado por el dominio final del hecho sobre el cómplice, respecto al delito

objeto de análisis, debido a la posibilidad de la intervención contributiva de un tercero al hecho punible, situación que contribuirá en el análisis efectuado por los operadores jurídicos en materia penal frente aquellos casos cuando se presente la intervención de dos o más personas en un mismo hecho delictivo tipificado por el citado delito.

De ese modo, podemos advertir la confluencia entre una concepción de delito de infracción del deber con componentes dogmáticos de dominio, donde se exhibe la participación del tercero para verificar el cómo se ejecuta el hecho incriminado por el delito de negociación incompatible, a través de la modalidad de interés indirecto en el caso en concreto para la materialización del tipo penal.

Por ello, luego de verificarse que se viene adoptando un criterio excluyente de identificar automática el delito de negociación incompatible como solamente interpretable conforme la teoría de infracción del deber desde un sector de la doctrina y en ejecutorias de nuestra Corte Suprema, donde además hemos analizado que existe una aceptación mayoritaria por dicha teoría para analizar delitos contra la administración pública. En ese panorama, sostenemos la posibilidad de aportar una interpretación de la teoría de la infracción del deber conociendo el fundamento dogmático proporcionado por el dominio final del hecho sobre este ámbito de la participación del cómplice, pues ambas teorías no podrían ser tratadas de forma excluyente, sino, por medio de las mismas se debe formar un razonamiento argumentativo integrador, armónico y pragmático para la imputación del delito en comentario superando pronunciamientos de impunidad frente a la atribución penal en cada caso particular. Pues, no debemos dejar de lado, lo enseñado por el profesor García Amado¹⁵⁰, quien acertadamente nos dice, que - el Derecho comprende una praxis argumentativa, el cual se constituye y opera en la necesidad de dar razones, en pro de justificar soluciones-.

¹⁵⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2019). “Razonamiento jurídico y argumentación”. Segunda edición corregida y aumentada. Zela Grupo Editorial. Puno-Perú. pp. 271-272.

CAPITULO VI: BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel
2001 “*Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*”. Palestra Editores. Lima-Perú.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel
2004 “*Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber*”. En: Revista Penal N°14. [En línea]: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>. Lima-Perú.
- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu
2018 “*Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*”. Instituto Pacífico. Lima-Perú.
- ARMAS CABRERA, Rafael Alexis
2018 “*El tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo en el Código Penal: bases para una reinterpretación*”. Gaceta Penal. Lima – Perú.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina
2017 “*Infracción de deber y participación*”. En: Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig. Editorial BdF. Uruguay.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique
1999 “*Derecho Penal, Parte General*”. Segunda Edición renovada y aumentada. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina.
- CASTILLO ALVA, José Luis
2009 “*Negociación incompatible*”. En Luis Miguel Reyna Alfaro (director), *Delitos contra la administración pública*. Jurista editores. Lima-Perú.

- CASTILLO ALVA, José Luis
2015 *“El delito de Negociación incompatible”*. Instituto Pacífico. Lima-Perú.
- CREUS, Carlos
1992 *“Derecho Penal parte especial”*. Tomo II. Tercera edición actualizada. Segunda reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires-Argentina.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel
2008 *“Autoría y participación”*. En: Revista de estudio de la justicia REJ N° 10. Universidad de Chile [En línea]: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ_Y_GARCIA.pdf. Chile.
- DONNA, Edgardo Alberto
2011 *“Derecho Penal: parte especial”*. Tomo III. Cuarta edición actualizada y reestructurada. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires-Argentina.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel
2011 *“Delitos contra la Administración Pública”*. Cuarta edición, aumentada y actualizada. Editora FECAT. Lima-Perú.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel
2015 *“La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del delito de colusión y negociación incompatible”*. Instituto Pacífico. Lima – Perú.
- GARCÍA CAVERO, Percy
2008 *“Lecciones de Derecho Penal. Parte General”*. Editora y librería jurídica Grijley. Lima-Perú.
- GARCÍA CAVERO, Percy
2009 *“La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales”*. En: Anuario de Derecho Penal 2009. “La Reforma del Derecho Penal y del Derecho procesal en el Perú”. Lima-Perú. pp. 115-126. [En línea]: <

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf>.

- GARCÍA CAVERO, Percy
2012 “*Derecho Penal Parte General*”. Segunda edición. Jurista editores. Lima – Perú.
- GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo
2011 “*La participación y corrupción en la administración pública*”. Editorial Rodhas. Lima-Perú.
- GUIMARAY MORI, Erik
2014 “*Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible*”. En: Boletín informativo mensual N° 49. Julio de 2014. [En línea]: <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/BOLETIN-JULIO.pdf>>.
- HURTADO POZO, José
2005 “*Manual de Derecho Penal, Parte General I*”. Tercera edición. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú.
- HURTADO POZO, José
2016 “*El sistema de control penal. Derecho Penal General y especial, política criminal y sanciones penales*”. Instituto pacífico. Lima-Perú.
- JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomás
2014 “*Tratado de Derecho Penal Parte General*”. Tomo II. Traducción de la Quinta edición alemana. Para el Perú: primera edición. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico. Lima-Perú.
- MANES, Vittorio
2000 “*El bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública*”. Traducción de Herminio Ramón Padilla Alba. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 02. [En línea]: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html>.

- MIR PUIG, Santiago
2016 “*Derecho Penal, Parte General*”. Décima edición.
REPPERTOR S.L. Barcelona-España.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan
2013 “*Aproximaciones a una funcionalización constitucional
de la teoría del delito*”. Derecho PUCP, N° 71. Lima –
Perú.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan
2015 “*Manual sobre delitos contra la administración pública*”.
IDEHPUCP. PUCP. Investigadores: Yvana Novoa
Curich, Julio Rodríguez Vásquez y David Torres Pachas.
Lima-Perú. [En línea]: <[http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-
content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-
la-Administraci%C3%B3n-P%C3%ABblica.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%ABblica.pdf)>.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ADAN, Mercedes
2010 “*Derecho Penal. Parte General*”. Octava edición. Edita
Tirant Lo Blanch. Valencia – España.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl
2011 “*Derecho Penal Parte General*”. Tomo I. Tercera
Edición. IDEMSA. Lima-Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl
2016 “*Delitos contra la administración pública*”. Instituto
Pacífico. Lima-Perú.
- PÉREZ ALONSO, Esteban
2007 “*La autoría y la participación en el Código Penal Español
de 1995 y en la reciente reforma penal*”. En: Dogmática
actual de la autoría y la participación criminal. Nelson
SALAZAR SÁNCHEZ, coordinador. IDEMSA. Lima-
Perú.

- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James
2014 *“Autoría y participación en el delito. Régimen normativo doctrinario y jurisprudencial”*. Gaceta Jurídica. Primera reimpresión. Lima-Perú.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James
2014 *“Manual de Derecho Penal. Parte General”*. Volumen II. Segunda reimpresión. Instituto Pacífico. Lima-Perú.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James
2015 *“Delitos contra la administración pública en el Código Penal”*. Jurista editores. Lima-Perú.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel
2009 *“El bien jurídico protegido en delitos contra la administración pública”*. En Luis Miguel Reyna Alfaro (Director). Delitos contra la administración pública. Jurista editores. Lima-Perú.
- RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio
2012 *“Un paso atrás en la lucha contra la corrupción: Sobre la reciente sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema”*. En: Boletín anticorrupción y justicia penal. Comentario Jurisprudencial. Lima-Perú. [En línea]: <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/un-paso-atra%CC%81s.pdf>>.
- ROJAS VARGAS, Fidel
2007 *“Delitos contra la administración pública”*. Cuarta edición. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú.
- ROJAS VARGAS, Fidel
2012 *“Derecho penal práctico, procesal y disciplinario. Dogmática y argumentación”*. Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
- ROJAS VARGAS, Fidel
2021 *“Delitos contra la administración pública”*. Quinta edición. 1ra. Reimpresión. Lima-Perú.

- ROSALES ARTICA, David
2019 “*El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana*”. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 122. Lima-Perú.
- ROXIN, Claus
2005 “*Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*”. Marcial Pons. Séptima edición alemana. Traducida al español por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid – España.
- SALINAS SICCHA, Ramiro
2011 “*Delitos contra la administración pública*”. 2da. Edición. Editorial Iustitia. Lima – Perú.
- SALINAS SICCHA, Ramiro
2015 “*El delito de negociación incompatible en nuestro sistema jurídico*”: En: Actualidad Penal. Instituto Pacífico. Volumen 17, noviembre 2015. Lima-Perú.
- SALINAS SICCHA, Ramiro
2018 “*La teoría de la infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios*”. En: “Problemas actuales de Política criminal”. Anuario de Derecho Penal 2015-2016. José HURTADO POZO, Víctor PRADO SALDARRIAGA, Bertha PRADO MANRIQUE (Directo/Coordinadores). Fondo editorial PUCP. Lima-Perú.
- SALINAS SICCHA, Ramiro
2021 “*Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios*”. Editorial Palestra. Lima-Perú.
- SANCINETTI, Marcelo A.
1996 “*Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*”. En: Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales. Volumen 39. Nro. 3. pp. 877-891. España. [En línea]: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46294.pdf>>.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos

2001 *“Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios”*. En: La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal. Instituto Peruano de ciencias penales. Editora jurídica Grijley. Lima-Perú.

TARRÍO, Mario C.

2004 *“Teoría finalista del delito y dogmática penal”*. Ediciones Cathedra Jurídica. ProQuest Ebook Central: <https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecaupsp/detail.action?docID=3190209>.

UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco

2018 *“Delitos económicos y criminalidad organizada”*. Fondo Editorial PUCP. Lima-Perú.

VEGA, Pablo Daniel

2011 *“Apuntes sobre la evolución histórica de la dogmática jurídico-penal”*. En: Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y jurídicas.3{v Vol. 1, N° 1. Santa Rosa-Argentina. Recuperado de: <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/2992/2911>.

VILLA STEIN, Javier

2014 *“Derecho Penal Parte General”*. Ara Editores. Lima-Perú.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe

2014 *“Derecho Penal Parte General”*. Quinta reimpresión. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe

2018 *“Derecho Penal básico”*. Primera reimpresión. En: Colección “Lo esencial del Derecho” N° 3 – PUCP. Fondo editorial PUCP. Lima – Perú.

- WELZEL, Hans
1951 “*Teoría de la acción finalista*”. Editorial De Palma.
Buenos Aires – Uruguay.
- WELZEL, Hans
1956 “*Derecho Penal. Parte General*”. Roque Depalma Editor.
Traducción del Dr. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires-
Argentina.
- WELZEL, Hans
2004 “*El nuevo sistema penal. Una introducción a la doctrina
de la acción finalista*”. Segunda reimpresión. Editorial
BdeF. Montevideo – Uruguay.
- WELZEL, Hans
2006 “*Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*”.
Editorial BdeF. Montevideo – Uruguay.
- ZAFFARONI, Eugenio
2004 “*Tratado de Derecho Penal, Parte General III*”. EDIAR.
Buenos Aires – Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio
1995 “*Acerca del concepto Finalista de la conducta en la teoría
general del delito*”. En: Víctor PRADO
SALDARRIAGA, Uldarico BOJORQUEZ PADILLA y
Edgar SOLÍS CAMARENA (editores/compiladores).
“Derecho Penal Parte General”. UNMSM. Editorial
Grijley. Lima-Perú.

ANEXO N°1. - MATRIZ DE CONSISTENCIA DEL PROYECTO

| PROBLEMA | OBJETIVOS | HIPOTESIS | VARIABLES | METODOLOGÍA |
|--|--|---|---|---|
| <p>Principal ¿Cuál debe ser la perspectiva dogmática penal de los elementos típicos del delito de Negociación Incompatible?</p> | <p>General Determinar cuál debe ser la perspectiva dogmática de los elementos típicos del delito de negociación incompatible con base en la teoría de la acción finalista.</p> | <p>General El delito de negociación incompatible es un delito de infracción del deber plausible de fundamentarse desde una perspectiva dogmática con base en la teoría del delito de la acción final, la cual contribuye proporcionando un marco conceptual al verbo rector y sus elementos normativos.</p> | <p>VARIABLE A Delito funcional de Negociación Incompatible.</p> <p>VARIABLE B La teoría del delito del Finalismo</p> | <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>a) <u>Por su finalidad o propósito</u>: se basa en una investigación Básica – Pura, debido al carácter dogmático perseguido en permitir fundamentar el contenido del verbo rector “interés indebido”, cómo los elementos del delito de Negociación Incompatible, esto, a partir de la teoría del delito de la acción finalista, planteando una interpretación y argumentación enfocada de manera específica en la Teoría del delito sobre el tipo penal en mención.</p> <p>b) <u>Por las fuentes u origen de la información</u>, se clasifica en una investigación documental o bibliográfica, debido a que la fuente principal de la que se partirá será el estudio documental, tales como la fuente normativa, doctrinal nacional e internacional, tanto como jurisprudencial, en cuanto corresponda.</p> <p>c) <u>Finalmente, por el ámbito en que se desarrolla</u>, la presente investigación es una de carácter dogmático, debido a que busca agrupar y relacionar en forma ordenada el tipo penal materia de análisis con las demás instituciones jurídicas, normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia las cuales se desarrolla con la investigación.</p> |
| <p>Específicos ¿El concepto del verbo rector “interés indebido” del tipo penal de Negociación Incompatible puede argumentarse con base en la teoría de la acción final?</p> | <p>Específicos Argumentar un concepto del verbo rector “interés indebido” con base en la teoría de la acción final.</p> | <p>Específicas La conducta base “interesarse indebidamente” representa a una acción finalista en razón que permite argumentar los componentes objetivos y subjetivos del delito de Negociación Incompatible atribuido al agente público delictivo sobre quien recae una responsabilidad penal.</p> | <p>Va: Verbo rector “Interés indebido”</p> <p>Vb: Concepto de acción final.</p> | <p>c) <u>Finalmente, por el ámbito en que se desarrolla</u>, la presente investigación es una de carácter dogmático, debido a que busca agrupar y relacionar en forma ordenada el tipo penal materia de análisis con las demás instituciones jurídicas, normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia las cuales se desarrolla con la investigación.</p> |
| <p>¿La teoría de la infracción del deber con componentes de dominio final de la acción permite delimitar la intervención delictiva en el delito de Negociación Incompatible?</p> | <p>Analizar si la teoría de la infracción del deber con componentes de dominio final de la acción permite delimitar la autoría y participación delictiva en el delito de Negociación Incompatible.</p> | <p>Un análisis desde la teoría de infracción del deber con componentes de dominio final delimita la intervención delictiva en el delito de Negociación Incompatible, toda vez que compatibiliza con los criterios de una voluntad final de la acción y el grado de aporte en el hecho criminal por parte del autor y/o partícipe intraneus o extraneus.</p> | <p>Va: Modalidades de la Intervención delictiva en la Negociación Incompatible.</p> <p>Vb: Teoría de infracción del deber con componentes de dominio desde una perspectiva finalista.</p> | <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN Tiene un alcance en su tratamiento de carácter descriptivo explicativo, para determinar el fundamento y la relación de la estructura típica del delito materia de análisis con base en los criterios de la Teoría finalista, teniendo poco o ningún análisis antecedente en la doctrina o en investigaciones que implica al tema materia de investigación.</p> |

ANEXO N°2.- INSTRUMENTOS FICHAS DE ANÁLISIS DOCUMENTAL
INSTRUMENTO FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL 01

| DESCRIPCIÓN GENERAL | |
|--|---|
| Número de expediente | Sentencia de Casación N°841-2015/Ayacucho |
| Fecha y lugar de emisión | Lima, veinticuatro de mayo de dos mil dieciseis |
| Elaborado: | Corte Suprema de la República |
| <p align="center">I. PRESENTACIÓN Y FORMULACIÓN DEL CASO</p> <p>Recurso de Casación interpuesto por la defensa técnica de los procesados Tony (...) contra sentencia confirma condena por el delito de negociación incompatible. Concedido dicho recurso, delimitando su pronunciamiento de fondo en tres puntos de los cuales uno de ellos, la cual tiene relación con el presente trabajo, es el siguiente: (...) B) ¿El tercero interviniente responde como instigador o cómplice en el artículo 399° del Código Penal?</p> | |
| <p align="center">II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA</p> <p>En el presente caso se observa que los magistrados de la Suprema Corte, delimitaron uno de sus motivos casacionales en el sentido de responder si el tercero interviniente responde como cómplice o instigador en el delito negociación incompatible. Así, para efectos de solución de la controversia planteada, la Sala Penal, en sus fundamentos 28 al 33, afirma que el delito objeto de análisis solamente queda reservado para atribuir el hecho criminal a la conducta delictiva realizada por el funcionario público, pues, este delito se materializa sin la intervención de un tercero, así, continúa señalando que no es el caso de delitos de participación necesaria, porque la estructura típica no permite la participación del tercero, y de ser así, constituiría un delito distinto e independiente al delito bajo análisis.</p> <p>Sin embargo, revisado el hecho incriminado, se aprecia la participación de más de una empresa, las mismas que habrían presentado documentos con conocimiento previo que en el proceso de contratación no se cumplían con las</p> | |

formalidades administrativas, ni respetando las bases y cotizaciones, siendo notorio el hecho que los funcionarios acusados habían cotizado la entrega de las maquinarias en el plazo de 02 días, cuando, muy por el contrario y sin justificación alguna, ampliaron el plazo a 30 días, pese a que se trataría de una contratación en un situación de emergencia, contexto en el cual se necesita contar con urgencia e inmediatamente de aquellos bienes, servicios u obras requeridos, lo cual no es coherente con el actuar de los imputados y demás intervinientes delictivos.

III. CONCLUSIÓN

En la presente sentencia se ha fundamentado que en el delito materia de análisis no se requiere la intervención de tercero para la configuración del hecho delictivo, fundamentado su postura recurriendo a lo previsto en el artículo 56, cuarto párrafo de la Ley de Contrataciones con el Estado, vigente al momento de los hechos, por el cual concluye que los funcionarios, servidores públicos y contratados responden administrativamente, sin responder necesariamente en la vía penal, explicación que no responde con razones suficientes sobre este tópico.

INSTRUMENTO FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL 02

| DESCRIPCIÓN GENERAL | |
|---|---|
| Número de expediente: | Sentencia de Casación N°184-2020/Lima Norte |
| Fecha y lugar de emisión: | Lima, veintiséis de abril de dos mil veintidós. |
| Elaborado: | Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República |
| I. PRESENTACIÓN Y FORMULACIÓN DEL CASO | |
| <p>Recurso de Casación interpuesto por el Representante del Ministerio Público contra Sentencia que absuelve al ciudadano Tomás (...) cómo cómplice primario en el delito de Negociación Incompatible. Una vez concedido dicho recurso, se admite el mismo para dilucidar si los terceros extraneus que participan en contrato u operaciones y que se beneficiarían con interés indebido de los funcionarios públicos deben responder a título de cómplice.</p> | |
| II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA | |
| <p>Al respecto, a la lectura de la mencionada Ejecutoria, no se observa pronunciamiento por parte de la Corte Suprema que explique las razones por la cuales no se admite complicidad, por el contrario se limita a citar otras sentencias casatorias, acotando la posible existencia de un tipo penal distinto como colusión y peculado, los cuales se han sobreseído en la investigación, siendo en ese sentido, que resuelve declarar infundado el recurso de casación planteado, y no casaron la sentencia en el extremo que absuelve al ciudadano Tomas, representante legal de la empresa “Pen”, como cómplice primario del tipo penal de negociación incompatible.</p> <p>Ahora, cabe la posibilidad de considerar un presunto <i>acuerdo colusorio</i> entre los funcionarios competentes y el Consorcio beneficiado, no obstante, para alcanzar la celebración de un contrato defraudatorio y comprometer lesivamente los recursos públicos o perjudicar patrimonialmente al Estado, se debe tener en consideración además que este pacto ilícito se determina con indicios graves</p> | |

sobre la existencia de contactos extraoficiales, pues, el sólo incumplimiento contractual no materializa el delito de colusión, menos aún, las omisiones cometidas por funcionarios públicos, que de ser el caso, tendría efectos configurativos en un tipo penal distinto. Siendo tal extremo necesario aclarar al respecto.

Aclarado dicho punto, nos avocamos en el caso materia de análisis, en el cual se observa un aporte adicional para ejecución de la conducta típica del agente público, lo cual implicaría responsabilidad penal del tercero ajeno a la administración. Así, de los hechos descritos en el presente asunto, se desprende claramente la participación del extraneus que contribuye a la materialización dolosa de un interés indebido a beneficio de tercero, con pretensiones ajenas a la institución pública que representan los funcionarios condenados. En esta existiría el hecho criminal por el delito de negociación incompatible que sin la intervención del representante legal de la empresa favorecida, como es, a) dirigir una carta al Gerente General de SERPAR proponiendo la adquisición de bien inmueble del Estado, a un precio menor del mercado, b) con ello generar informes favorables al extraneus, situación que originaría la venta del inmueble, c) y posterior a ello, que el extraneus haya participado activamente en la celebración/suscripción de la minuta y transacción extrajudicial a sabiendas de la ilicitud del mismo.

III. CONCLUSIÓN

La relevancia del presente caso viene a ser para brindarnos aproximaciones a lo que debe considerarse para permitirnos analizar la participación del tercero ajeno a la administración pública, en el evento delictivo que constituye el delito de Negociación Incompatible, pues, a tenor del caso concreto, en el Consorcio si bien no ostenta la cualidad especial requerida por el tipo para ser autor, ello no lo exime de atribuirle el hecho materia de acusación a título de cómplice, pues habría aportado con actos concretos y dolosos al interés indebido demostrado por los funcionarios a favor de tercero, siendo actos de aporte adicionales a la ejecución delictiva, sin los cuales no se habría configurado el delito materia de análisis.

INSTRUMENTO FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL 03

| DESCRIPCIÓN GENERAL | |
|---|---|
| Número de expediente: | Sentencia de Casación N° 346-2019/Moquegua |
| Fecha y lugar de emisión: | Lima, seis de noviembre de dos mil diecinueve |
| Elaborado: | Corte Suprema de la República |
| <p>I. PRESENTACIÓN Y FORMULACIÓN DEL CASO</p> <p>Recurso de Casación interpuesto por el Actor Civil constituido por la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República, contra el auto de vista emitido por la Sala Penal de Corte Superior de Moquegua, que confirma el Auto de Sobreseimiento parcial postulado por el Ministerio Público, en la investigación seguida contra Martin (...) y otros, por el delito de Negociación Incompatible, en agravio del Estado – Gobierno Regional (...). Posteriormente, el pronunciamiento resuelto por la Corte Suprema fue declarar Infundado el recurso planteado.</p> | |
| <p>II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA</p> <p>La Sala Penal de la Corte Suprema afirma que, en el presente caso, el Representante del Ministerio Público, en todas sus instancias, adoptó una postura no acusatoria, así, la Sala de Apelación ratificó su pedido de sobreseimiento respecto del Gobernador Regional, funcionarios y el Consorcio, y que, en sede de Casación, fue compartido por la Fiscalía Suprema. En ese sentido, la Suprema Corte sustenta, de conformidad con el Principio Acusatorio del Proceso Penal, que no resulta viable la emisión de un fallo dejando sin efecto los autos de sobreseimiento de primera y segunda instancia, pues supondría continuar con el poder punitivo del Estado (ius puniendi) situación que vulneraría la autonomía constitucional del Ministerio Público. En ese sentido, la acción penal por la persecución del delito ha fenecido.</p> <p>Pese a ello, de los hechos acusados, si advertimos aportes significativos, que no se condicen ni con pactos colusorios o actos de cohecho, como en un sentido lo expone en Segunda Instancia, contrario sensu, existen conductas</p> | |

atribuibles al representante legal del Consorcio en calidad de Cómplice, esto es, si bien emitieron los informes de supervisión requeridos, estos fueron evacuados sin cumplir con las exigencias acordadas en los términos de referencia, informes que contenían copias simples de documentación irrelevante para tal efecto, y de otro lado, no ejecutaron labor de supervisión externa, actos con base a las cuales significaron la manifestación del interés indebido de los funcionarios públicos autores del ilícito penal materia de análisis, que de ser el caso, hubieran significado un pronunciamiento que no genere impunidad.

Dicho ello, los magistrados de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, procuran dar respuesta a lo alegado por la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República, siendo su pronunciamiento en el sentido – bajo sus propios términos- de refrendar lo expuesto en la **Sentencia Casatoria N°841-2015/Ayacucho**, respecto que en el delito de negociación incompatible no se permite la actuación de un tercero, de lo contrario estaríamos frente a tipos penales de participación necesaria lo cual conllevaría a la configuración de delitos diferentes

III. CONCLUSIÓN

El presente caso, no ofrece mayor justificación para no explicar la existencia de un partícipe cuyo aporte significa de relevante contenido penal para la configuración de la conducta del autor, quien despliega su interés indebido en favor de un tercero; y solo se remite a mencionar como argumento que en el delito de negociación incompatible no se permite la actuación de un tercero, de lo contrario estaríamos frente a tipos penales de participación necesaria lo cual conllevaría a la configuración de delitos diferentes, muy contrario la postura planteada en el presente trabajo de investigación.

ANEXO N°3. – FORMATOS DE VALIDACIÓN DE EXPERTOS

FORMATO DE VALIDACIÓN DE EXPERTOS INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): Rosa Antonieta Macedo Huacasi
- 1.2. Grado Académico: Maestro (a)
- 1.3. Profesión: Abogada
- 1.4. Institución donde labora: Ministerio Público – Distrito Fiscal de Tacna
- 1.5. Cargo que desempeña: Fiscal Superior Penal
- 1.6. Denominación del Instrumento: Ficha de análisis documental
- 1.7. Autor del Instrumento: Giovany Seung Huanca Yupanqui

II. VALIDACIÓN

| INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO | CRITERIOS Sobre los Items del instrumento | Muy Malo | Malo | Regular | Bueno | Muy Bueno |
|---|--|-----------|------|---------|-------|-----------|
| | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| 1. CLARIDAD | Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión | | | | X | |
| 2. OBJETIVIDAD | Están expresados en conductas observables, medibles | | | | X | |
| 3. CONSISTENCIA | Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría | | | | | X |
| 4. COHERENCIA | Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable | | | | | X |
| 5. PERTINENCIA | Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados | | | | X | |
| 6. SUFICIENCIA | Son suficientes la cantidad y calidad de Items presentados en el instrumento | | | | | X |
| SUMATORIA PARCIAL | | | | | 12 | 15 |
| SUMATORIA TOTAL | | 27 | | | | |

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 27
- 3.2. Opinión: FAVORABLE X DEBE MEJORAR _____ NO FAVORABLE _____
- 3.3. Observaciones: _____

Tacna, octubre, 2023



 Firma

**FORMATO DE VALIDACIÓN DE EXPERTOS
INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN**

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): Valdivia Mamani, Henry
- 1.2. Grado Académico: Maestro
- 1.3. Profesión: Abogado
- 1.4. Institución donde labora: Ministerio Público
- 1.5. Cargo que desempeña: Fiscal Adjunto Superior Penal Titular
- 1.6. Denominación del Instrumento: Ficha de Análisis documental
- 1.7. Autor del Instrumento: Giovany Seung Huanca Yupanqui

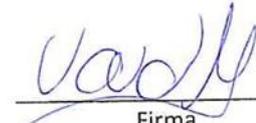
II. VALIDACIÓN

| INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO | CRITERIOS Sobre los Items del instrumento | Muy Malo | Malo | Regular | Bueno | Muy Bueno |
|---|--|----------|------|---------|-------|-----------|
| | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| 1. CLARIDAD | Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión | | | | / | |
| 2. OBJETIVIDAD | Están expresados en conductas observables, medibles | | | | / | |
| 3. CONSISTENCIA | Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría | | | | | / |
| 4. COHERENCIA | Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable | | | | | / |
| 5. PERTINENCIA | Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados | | | | / | |
| 6. SUFICIENCIA | Son suficientes la cantidad y calidad de Items presentados en el instrumento | | | | | / |
| SUMATORIA PARCIAL | | | | | 12 | 15 |
| SUMATORIA TOTAL | | | | | 27 | |

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 27
- 3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR NO FAVORABLE
- 3.3. Observaciones: _____

Tacna, Octubre, 2023



 Firma
Henry Harding Valdivia Mamani
ABOGADO
CAT. 0409