



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**CALIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO
DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL JUZGADO ESPECIALIZADO
EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE CAJAMARCA**

AUTOR:

AGUILAR CARRANZA, Eduar Joel

ASESOR:

Dr. TELLO VILLANUEVA, Juan Carlos

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juan Carlos Tello Villanueva', written over a light blue horizontal line.

Cajamarca, Perú, agosto de 2024



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
 Norte de la Universidad Peruana
 Fundada por Ley N.° 14015 del 13 de febrero de 1962

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS, IIJUP



"Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las Heroicas Batallas de Junín y Ayacucho"

La directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, Dra. Cs. Teresa Ysabel Terán Ramirez, emite el siguiente:

CERTIFICADO DE ORIGINALIDAD DE TESIS

ESCUELA PROFESIONAL	Derecho
DOCUMENTO EVALUADO	Tesis de Pregrado
AUTOR	Bach. Eduar Joel Aguilar Carranza
TÍTULO	CALIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL JUZGADO ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE CAJAMARCA
DOCENTE EVALUADOR	Dr. Cs. Juan Carlos Tello Villanueva
PORCENTAJE DE SIMILITUD SEGÚN REPORTE	24%

Observación:

La evaluación ha sido realizada por el docente asesor de la tesis mencionada, aplicando el *software* antiplagio Turnitin, en cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva N.° 01-2020-VRI-UNC, aprobada por Resolución de Consejo Universitario N.° 0937-2020-UNC, su fecha 25 de junio de 2020. El reporte respectivo obra en el expediente correspondiente al Bach. Eduar Joel Aguilar Carranza.

CONCLUSIÓN: La tesis antes indicada, cumple con el **REQUISITO DE ORIGINALIDAD** correspondiente, de acuerdo al contenido de la norma antes señalada. El carácter de originalidad de la tesis ha sido determinado por el porcentaje de similitud según reporte derivado del uso del *software* antiplagio Turnitin.

OBSERVACIONES: Ninguna.

Cajamarca, 06 de junio de 2024.

Cc. Archivo



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
 FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
 Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas

Dra. Cs. Teresa Ysabel Terán Ramirez
 DIRECTORA

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Cajamarca, siendo las doce del mediodía con veinte minutos, del día nueve de setiembre del dos mil veinticuatro, reunidos en la Sala de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado No. 02, presidido por el Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco, e integrado por la Dra. María Isabel Pimentel Tello, en calidad de Secretaria y el Abg. José Olinto Araujo Vera, en calidad de Vocal, designado mediante Resolución de Decanato No. 063-2023-FDCP-UNC, de fecha 29 de diciembre del 2023, con la finalidad de llevar a cabo la sustentación de la Tesis titulada "**CALIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL JUZGADO ESPECIALIZADO DE DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE CAJAMARCA**", presentado por el bachiller en Derecho **EDUAR JOEL AGUILAR CARRANZA**, con la finalidad de optar el Título Profesional de Abogado. En este sentido, se dio inicio al acto académico concediéndole al sustentante el plazo reglamentario, luego de lo cual se procedió a formular observaciones y preguntas por parte de los integrantes del jurado evaluador, que fueron absueltas por el referido bachiller, posteriormente, se invitó al sustentante a abandonar la sala con la finalidad de deliberar y evaluar conforme a las disposiciones reglamentarias, siendo el resultado: **APROBADO POR UNANIMIDAD CON CALIFICATIVO DE CATORCE (14)**; con lo que concluyó el acto académico, siendo la una de la tarde con treinta minutos del día de la fecha, procediendo con la firma de los intervinientes.



Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO
Presidente



Abg. JOSÉ OLINTO ARAUJO VERA
Vocal



Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO
Secretaria



EDUAR JOEL AGUILAR CARRANZA
Bachiller

*A quienes académica e incondicional
contribuyeron con fuentes jurídicas para la realización
de la presente investigación: Gracias totales.*

TABLA DE CONTENIDO	LISTA DE ABREVIACIONES	Error!	Marcador	no
				definido.
RESUMEN.....				ix
<i>ABSTRACT</i>				xi
INTRODUCCIÓN				xiii
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA.....				18
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA				22
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....				23
1.4. JUSTIFICACIÓN				23
1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN				24
1.5.1. Espacial				24
1.5.2. Temporal.....				24
1.6. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....				24
1.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....				29
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue				29
1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación.....				29
1.7.3. De acuerdo al enfoque de la investigación				30
1.8. HIPÓTESIS				30
1.9. OBJETIVOS				31
1.9.1. Objetivo General				31
1.9.2. Objetivos Específicos.....				31
1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN				32
1.10.1. Genéricos.....				32
A. Método Inductivo-deductivo				32

B. Método analítico-sintético	32
1.10.2. Propios de Derecho	33
A. Método dogmático – jurídico	33
B. Método Hermenéutico	34
C. Método argumentativo	35
1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	35
1.11.1. Técnica de procesamiento de datos	35
1.11.2. Técnica de observación documental	35
1.11.3. Técnica de recopilación y análisis documental	36
1.11.4. Técnica del discurso	36
1.11.5. Instrumento hoja guía de observación documental	37
1.11.6. Instrumento fichas bibliográficas y hemerográficas	37
1.12. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN	37
1.13. UNIVERSO Y MUESTRA	38
1.13.1. Universo	38
1.13.2. Muestra	38
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	41
2.1. Aspecto <i>lusfilosófico</i>	41
2.2. EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	43
2.2.1. Antecedentes	43
2.2.2. Concepto	45
2.2.3. Tipicidad objetiva	50
A. El verbo rector interesar	50
B. Objeto material: contratos u operaciones	56
C. Bien jurídico protegido	59
D. Sujeto activo	61

a. La calidad de funcionario o servidor público	62
b. La intervención en razón de su cargo	66
2.2.4. Tipicidad subjetiva	69
2.2.5. Consumación y tentativa	73
2.2.6. Un delito de infracción de deber	75
2.2.7. Autoría y participación.....	79
A. La complicidad en el delito de negociación incompatible.....	80
2.2.8. Prescripción	94
2.2.9. La prueba en el delito de negociación incompatible	95
2.2.10. Aspectos jurisprudenciales	98
2.2.11. La impunidad en el delito de negociación incompatible	107
2.2.12. El principio de accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación	112
2.2.13. La teoría de unidad de título de imputación	116
CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	121
3.1. Descripción de resultados.....	122
3.2. Discusión de Resultados.....	156
CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE PLENO JURISDICCIONAL ESPECIALIZADO DISTRITAL PENAL.....	169
4.1. Antecedentes	169
4.2. Justificación para la emisión del pleno jurisdiccional distrital	170
4.3. Criterios de debate.....	171
CONCLUSIONES	174
RECOMENDACIONES	179
LISTA DE REFERENCIAS.....	180
APÉNDICES	186

LISTA DE ABREVIACIONES

ART: Artículo

CPP: Constitución Política del Perú

CP: Código Penal

DL: Decreto Legislativo

EXP: Expediente

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú)

CAS: Casación de la Corte Suprema (Perú)

MP: Ministerio Público

RESUMEN

A decir del delito de negociación incompatible es uno que vulnera la correcta o normal funcionamiento de la administración pública y de forma más específica la objetividad o imparcialidad del actuar del funcionario; así, para lesionar a los bienes jurídicos con la comisión del hecho punible, participan varios agentes, el autor que es el funcionario o servidor público y también terceros con interés como cómplices. Esta calificación e inclusión corresponde a la fiscalía y a los juzgados especializados que tienen a su cargo conocer los procesos que se sigue a los imputados por la comisión de este tipo penal que afecta los intereses de la administración pública.

Así, el problema de la investigación, radica en analizar y verificar que criterios jurídicos adoptan los jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca para la calificación de la intervención del *extraneus*, en la tramitación de las investigaciones por el delito de negociación incompatible; siendo que para ello, se ha planteado como hipótesis: Los criterios jurídicos adoptados por los jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, son: a) En virtud del principio de accesoriedad responde a título de cómplice, b) La conducta del autor debe configurar como delito y c) Intervención dolosa del *extraneus* en los contratos u operaciones públicas.

Para demostrar esta hipótesis se utilizaron los métodos genéricos y propios del derecho como el analítico-sintético, el dogmático, argumentativo y hermenéutico; así como las técnicas de investigación como el procesamiento de datos, la observación documental y, la hoja de guía y las fichas como instrumentos.

Logrando finalmente verificar que, en el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible toma criterios, como: en virtud del principio de accesoriedad responde a título de cómplice, bajo la unidad del título de imputación, la conducta del autor debe previamente configurar como delito y la intervención dolosa del tercero en los contratos u operaciones públicas. Sin embargo, pese a ello, hay conductas que han quedado impune respecto al tercero.

PALABRAS CLAVE

Negociación incompatible, *extraneus*, funcionario, servidor público, complicidad.

ABSTRACT

The offence of incompatible negotiation is one that violates the correct or normal functioning of public administration and more specifically the objectivity or impartiality of the official's actions; thus, in order to damage the legal property with the commission of the punishable act, several agents are involved, the author who is the official or public servant and also third parties with interest as accomplices. This classification and inclusion is the responsibility of the public prosecutor's office and specialized courts responsible for examining the proceedings against persons charged with offences of this type, which affect the interests of the public administration.

Thus, the problem of investigation is to analyse and verify how extraneus' intervention in the investigation of the offence of incompatible negotiation is considered by the Court specialized in corruption offences of officials of Cajamarca; The following hypothesis has been formulated: The legal criteria adopted by the Court of Cajamarca to classify the intervention of the extraneus in the offence as incompatible negotiation; are: a) Under the principle of complicity, b) The conduct of the perpetrator must be considered as an offence and c) Intentional intervention by the extraneus in public contracts or operations.

To demonstrate this hypothesis, the generic and legal methods such as analytical-synthetic, dogmatic, argumentative and hermeneutic were used; as well as research techniques such as data processing, documentary observation and the guide sheet and the cards as instruments.

Finally, it was established that the Court of Criminal Jurisdiction for Corruption of

Officials in Cajamarca, in order to qualify extraneus' involvement in the offence as incompatible with negotiation, uses criteria such as the principle of complicity, under the heading of imputation, the conduct of the perpetrator must first be defined as a crime and the third party's wilful intervention in public contracts or operations. However, despite this, there are some cases of conduct that have gone unpunished in respect of the third.

KEYWORDS: *Incompatible negotiation, extraneus, official, public servant, complicity.*

INTRODUCCIÓN

Han sido varios los fenómenos que han calado la estabilidad política, económica y social de nuestro Perú; siendo un país diverso, hemos sido azotados últimamente por los desastres naturales y los cambios climáticos sufridos; no obstante, no ha sido sino la corrupción y lo que es peor su impunidad, que año a año, se ha venido destapando y descubriendo hechos ilícitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos, desde la esfera más alta de gobierno, hasta el ámbito local del mismo, teniendo en cuenta el principio de desconcentración en que se desarrolla la forma de gobierno, esto es, local, provincial y regional.

Es así que, se ha registrado antecedentes, y se sigue registrando, que desde alcaldes distritales hasta presidentes de la república han estado inmersos en procesos de investigación, de los cuales a muchos de ellos, se les ha encontrado responsabilidad penal, por la comisión de ilícitos en contra de la administración pública; lo que ha generado una evidente inestabilidad política y un perjuicio al Estado de millones de soles, perjudicando a su vez la lucha contra la pobreza, el apoyo a la educación, infraestructura y vías de comunicación, entre otros.

En ese orden, uno de los mecanismos jurídicos, si bien posterior a la comisión del hecho punible, teniendo en cuenta el carácter retributivo; es que una vez demostrado la responsabilidad del funcionario o servidor público, se le impone una pena, más la inhabilitación para el ejercicio de la función pública y una reparación que deberá pagar al Estado, quien es el perjudicado y agraviado en este tipo de ilícitos penales.

Para llegar a ello, se despliega toda una investigación procesal en donde actúan diversos aparatos de justicia, iniciando desde la Policía Nacional del Perú como órgano de apoyo o auxilio en la investigación; el Ministerio Público quien tiene el deber de ser el agente persecuidor del delito, defensor de la legalidad y cumple el rol de calificar el tipo penal, reunir los medios de prueba o elementos de convicción y archivar, sobreseer o acusar a los investigados según su participación, con la finalidad de buscar una sanción efectivizada en las diferentes tipos de pena que la ley regula; el órgano jurisdiccional, representado por los jueces de las diferentes especialidades que llevan a cabo el control de la investigación y vigilan las garantías procesales de los investigados, así como imponen una pena o absuelven, según sea el caso, a todos los partícipes en la comisión de ilícitos penales que atentan contra la administración pública; aunado a ello, es importante recalcar la participación de los abogados defensores y otros órganos como la procuradurías, etc.

Puesto ello, se recalca que en los delitos contra la administración pública, los agentes activos que realizan la conducta típica, en su mayoría deben ser sujetos especiales, o sea, ser funcionario o servidor público; no obstante en muchos de estos ilícitos para ser perpetrados, se necesita de la participación de otros sujetos, que de acuerdo al tipo penal puede ser calificado como autor, como sucede en el delito de cohecho activo o el de tráfico de influencias; y, en otros casos, su participación es complementaria, siendo por lo tanto un cómplice en sus diferentes niveles, que no domina el hecho, pero que su colaboración con la conducta típica resulta de crucial importancia, sin el cual no se podría realizar el hecho punible o como apoyo al mismo; entre estos tipos penales que se tipifica

dentro de los delitos contra la administración pública, se encuentra el delito de negociación incompatible entre otros.

Ahora bien, el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, al ser un delito de naturaleza especial, en donde el agente o autor debe tener la calidad de funcionario o servidor público que indebidamente se interesa en algún contrato u operación que interviene en ejercicio de sus funciones; entonces por la naturaleza del mismo se evidencia que acepta la participación de otros sujetos, que en este caso la doctrina ha denominado terceros con interés o *extraneus*, y que al formar parte y colaborar con la comisión de la conducta criminal, su participación se encuentra dentro de los parámetros del artículo 25 del Código Penal, es decir en calidad de cómplice primario, cuando con conocimiento y voluntad ayuda a la realización del delito sin la cual no hubiese sido posible su perpetración, recibiendo la misma pena que el autor; o, en calidad de cómplice secundario si ha prestado apoyo o asistencia de manera dolosa de algún otro modo, siendo que en este caso, se le disminuirá la pena de forma prudencial.

Dada la anotación, como previamente se explicó, tanto la Fiscalía y el Poder Judicial deberán investigar y resolver la responsabilidad de los sujetos que intervienen en la comisión del delito de negociación incompatible. Siendo que su labor en busca de condenar las acciones de corrupción y evitar la impunidad, deberá ser la de investigar e incluir en el proceso a todos los partícipes del delito de negociación incompatible, partiendo desde el agente especial, es decir el funcionario o servidor, así como el tercero con interés, quien, al no tener la calidad específica, responde en calidad de cómplice primario o secundario, según sea el caso.

En ese sentido, la tesis que se presenta en esta oportunidad, teniendo en cuenta la delimitación territorial que se ha realizado y se ha explicado en la parte pertinente de este trabajo, así como el deber de perseguir el delito, combatir la corrupción y evitar la impunidad, aplica para los órganos de justicia de todo el territorio nacional; va a tratar de verificar cuales son los criterios jurídicos que adoptan los jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del extraneus, en el delito de negociación incompatible, teniendo en cuenta a su vez, la labor que desempeña la fiscalía especializada de esta misma ciudad; para ello se analizará un determinado número de expedientes que se hayan desarrollado en dicha judicatura sobre el delito objeto de estudio.

Siendo así, la tesis se estructurará conforme a lo siguiente: como primer capítulo se ha abordado aquellos aspectos metodológicos, con la finalidad de dar a conocer el ámbito de la investigación; determinando la contextualización del problema y la formulación del mismo, también ha dado alcances sobre el porqué o la justificación de la investigación, se ha delimitado desde un punto de vista espacial y temporal, se dio a conocer los antecedentes que ha tenido el presente trabajo respecto del tema a estudiar o relacionado con el mismo, resaltando su problema planteado y las principales conclusiones a las que se llegó, del mismo modo se ha señalado el tipo de nuestra investigación, tomando en cuenta los diferentes criterios, en el mismo capítulo también se planteó la hipótesis al problema, así como los objetivos a cumplir, tanto generales como específicos, se indicará los métodos aplicados, así como las técnicas e instrumentos, se realizó una referencia sobre las unidades de análisis y de observación y para

determinar el universo y muestra, se hizo uso de una fórmula matemática que nos permite calcular de manera exacta la muestra objeto de estudio.

Como segundo capítulo, denominado marco teórico, se trató los aspectos doctrinarios y teóricos referidos al delito de negociación incompatible y la categoría de la complicidad en el mismo, dando los alcances correspondientes sobre la impunidad y sus consecuencias en nuestro país; para ello, como punto inicial se abordó los aspectos *iustificativos*, seguidamente se hizo uso del material bibliográfico pertinente, tomando como referencia a los principales autores nacionales y extranjeros que han establecido doctrina sobre dichos temas; asimismo, se presentó los principales pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por nuestros principales órganos y tribunales de justicia; finalmente en el tercer capítulo se contrastó y demostró la hipótesis primigeniamente planteada, la misma que se realizó mediante el análisis de los expedientes fijados como muestra de la investigación de acuerdo al resultado de la fórmula y la discusión de resultados, luego a partir de dichos resultados, se indicó de manera concisa las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA

La corrupción en las últimas décadas se ha vuelto un fenómeno preocupante, pues los agentes causales se encuentran en las más altas esferas de las instituciones del Estado, como los alcaldes, gobernadores regionales, ministros de Estado, congresistas, presidentes de la república, etc., mismos que han socavado los bienes jurídicos de todos los peruanos. Por citar tenemos, la organización los “Cuellos Blancos del Puerto” (IDEHPUCP, 2020, parr. 1), quienes, por su alto cargo como operadores de justicia, llegaron a negociar sentencias con procesados que formaban parte del mismo y por si no fuera poco, con terceras personas interesadas en el resultado.

Al respecto, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en su Informe Técnico llamado Percepción Ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones, octubre 2021- marzo 2022, ha establecido que “la corrupción es el principal problema que viene afectando el país, el 51.1 % de la población entrevistada considera a la corrupción como la principal preocupación, ya que esta debilita nuestras instituciones públicas” (2022, p. 2). De este modo, según la encuesta podemos advertir en el ciudadano de a pie una gran desconfianza en las instituciones estatales (por ende, en sus autoridades que lo representan).

Como veníamos adelantando, la corrupción es una enfermedad endémica enquistada en las más altas esferas institucionales, cabe precisar, en

nuestro país se ha tenido a expresidentes siendo procesados, incluso encarcelados, es el caso de Ollanta Humala y Pedro Pablo Kuczynski, en los casos Odebrechet (Fowks, 2019, parr. 1); no hemos sido ajenos, en nuestra región Cajamarca, el ejemplo más claro es el caso del ex Gobernador

Regional “Gregorio Santos sentenciado a 19 años de cárcel (9 años por el delito de colusión agravada y 10 años por lavado de activos) por actos irregulares que cometió en el periodo de su gestión” (Gestión, 2022, parr. 1).

Ante ello, debe tenerse en cuenta, que los funcionarios y servidores estatales se encuentran obligados a velar por el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, en base a los principios de lealtad y probidad; si estos fueren transgredidos, serán apremiados por el *ius puniendi*. Aunado a ello, es afirmativo indicar que los agentes estatales no realizan por sí solos sus actos ilícitos para consumarlos, sino requieren de un agente externo (a la entidad estatal); de tal modo, que estas acciones afectan gravemente la vida de la sociedad en diversos sectores, como por ejemplo el aumento de pobreza.

Bajo este contexto, resulta necesario que el Estado ejerciendo su poder punivo castigue estas conductas a todos los responsables quienes faltando a sus deberes funcionales transgreden el ordenamiento jurídico, es decir, también al tercero ajeno a la administración pública, con el objetivo de erradicar la delincuencia común y organizada en las altas esferas estatales.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico penal, no ha sido ajeno a críticas, en tanto, ciertas conductas de agentes funcionales han quedado impunes, al igual que la conducta del *extraneus* como es el caso, en el delito

de negociación incompatible, tipificado en el artículo 399 del Código Penal (en adelante CP). Tal pareciera, que el legislador nacional ha diseñado este tipo penal solo para castigar al funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o por un acto simulado se “interesa”, en “provecho propio” o de “un tercero, por cualquier contrato u operación en que “interviene por razón de su cargo”, omitiendo regular la conducta del *extraneus*.

Si interpretamos literalmente el artículo antes indicado, advertimos que, quien comete este tipo de delito es una persona cualificada [funcionario o servidor público] y no un tercero; sin embargo, la doctrina nacional, como Salinas Siccha (2017) señala que en los casos contra la administración pública, el Código Penal adopta la tesis del principio de accesoriedad sin que implique la ruptura del principio de la unidad del título de imputación, en estos delitos especiales, los *extraneus* solo pueden ser imputables a título de partícipes en tanto no son funcionarios ni servidores públicos, pues tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal protegido.

Por lo tanto, en los delitos contra la administración pública el tercero, considerado cómplice en los casos materia de esta investigación, no necesita tener la calificación jurídica que requiere para ser considerado autor, por ser un mero partícipe, similares argumentos han sido recogidos en el Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de

Funcionarios, de fecha 25 de noviembre de 2017¹. Del estudio que nos ocupa, como bien hemos señalado es un delito contra la administración

pública, donde no sólo se advierte la presencia del funcionario estatal, sino también un sujeto externo; empero, ciertos órganos jurisdiccionales sin reparo alguno consideran en sus sentencias, que el *extraneus* en los delitos de negociación incompatible no es un partícipe.

La Corte Suprema de Justicia de la República², al señalar que, en la medida que se cumpla con aquella relación funcional que exige la ley penal, el sujeto activo del delito de negociación incompatible únicamente puede ser quien tenga aquella calificación especial de funcionario o servidor público y la responsabilidad del tercero solo de carácter administrativo y autónomo.

Por otro lado, la misma Corte Suprema³, ha establecido que la participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica; la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (cohecho, colusión, u otro). Como se puede advertir, la misma Corte Suprema excluye la participación del tercero como cómplice del delito de negociación incompatible, tratándolo como un delito autónomo.

¹ Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Lima, 23, 24 y 25 de noviembre de 2017, Tema 1.

² Casación 23-2016- Ica, fundamento 4.38.

³ Casación 841-2015-Ayacucho, fundamento 30.

En ese orden de ideas, se puede evidenciar que la conducta del *extraneus* muchas veces queda impune ante la justicia penal, bajo el argumento interpretativo de que sólo el funcionario público respondería penalmente, descartándose el título de imputación en grado de complicidad, lo cual genera un criterio de impunidad en beneficio de aquel colaborador, en

adelante *extraneus* que, con su participación en el hecho ilícito, colaboró para quebrantar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la presente investigación, se advierte el problema en el artículo 399 del CP, del cual surge distintas interpretaciones que han llevado a quebrantar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, dado a la existencia de un vacío legal en la descripción típica del delito de negociación incompatible.

Ante ello, los jueces Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, al calificar la conducta del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, considera que esta conducta deber ser dolosa con interés en el resultado, lo contrario, vulneraría las reglas de la sana crítica, las cuales debe apreciar y valorar el juzgador. Sin embargo, de 21 casos, solo en 3 de ellos, el tercero ha llegado a ser condenado.

Bajo estas premisas, es importante analizar que otros criterios adoptan los jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar al *extraneus* en el delito antes indicado y si estos

son los adecuados, por lo que, nos resulta necesario plantear la siguiente interrogante:

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los criterios jurídicos que adoptan los jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible?

1.4. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se justifica partiendo del derecho penal especial, a fin de determinar los criterios jurídicos que adoptan los Jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible. Para ello, la búsqueda de información parte del análisis e identificación de los criterios jurídicos utilizados por el operador de justicia al emitir sus decisiones (sentencias), así como de los textos doctrinarios, jurisprudenciales y legales referidos al tema materia de investigación, de los cuales obtuvimos la bases teóricas y prácticas que sustentan nuestra hipótesis.

La importancia de esta investigación es identificar los criterios jurídicos que adoptan los Jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, conociendo la decisión adoptada respecto a la calificación jurídica de la intervención del tercero que participa en el delito, ello es trascendente en tanto nos permite proponer nuevos criterios que

deberían ser tomados en cuenta en la resolución de los casos sobre negociación incompatible, respecto a la intervención del tercero.

Finalmente, permite proponer la realización de un pleno jurisdiccional distrital, en el Distrito Judicial de Cajamarca.

1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Espacial

La investigación se realizó en el Distrito Judicial de Cajamarca, específicamente en el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca.

1.5.2. Temporal

La presente investigación abarca desde el 2019 hasta el 2021 (periodo durante el cual se emitieron las sentencias penales materia de estudio).

1.6. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Se ha realizado la búsqueda en el Registro Nacional de Títulos (RENATI - SUNEDU) teniendo como base las principales universidades de nuestro país, no habiéndose encontrado trabajo alguno que coincida de manera directa con nuestro tema de investigación. No obstante, se ha encontrado trabajos relacionados de manera indirecta, como los que detallamos seguidamente:

1.6.1. Tesis titulada “Fundamentos jurídicos para excluir al *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible”, elaborada por María

Santos Zabaleta Hernández, para obtener el título de abogada por la Universidad Nacional de Cajamarca en el año 2022; en dicho trabajo, la autora concluye que: En observancia del principio de legalidad, se colige que no puede aplicarse la norma regulada en el artículo 25 (complicidad) del Código Penal al *extraneus* en el delito de negociación incompatible, dada su estructura típica, es un delito de infracción de deber, de peligro abstracto y mera actividad; por cuanto el legislador establece que, luego de la consumación, no hay complicidad en el sistema jurídico penal peruano, entendiendo que en la negociación incompatible el interesarse es tanto el comportamiento como el “resultado”.

Esta tesis nos ayudó con argumentos doctrinales sobre la negociación incompatible, definiciones que forman parte de nuestro marco teórico. **1.6.2.** Tesis denominada “La complicidad del *extraneus* en el delito de negociación incompatible y su vulneración al principio de legalidad”, realizada por Ana Sofía Pajares Sánchez, para obtener el título de abogada por la Universidad César Vallejo en el año 2018; en dicho trabajo, la autora ha llegado entre sus principales conclusiones a determinar que: siendo este delito uno de mera actividad, su consumación se cumplirá, al momento de que el agente realiza la acción típica descrita, sin existir una delimitación espacio temporal que pueda definir el momento que interviene el sujeto que no tiene la cualidad que prevé el tipo (*extraneus*), es decir hasta que instante de la ejecución de tal delito, se debe admitir la realización de actos de complicidad, por consiguiente, al integrar al *extraneus* como cómplice en el tipo penal de negociación incompatible, implica una vulneración al principio de legalidad.

Dicha tesis nos permitió argumentar nuestra investigación, con conceptos doctrinales sobre el delito materia de análisis.

1.6.3. Tesis denominada “Autoría y participación de funcionarios y/o servidores públicos denunciados por delito de negociación incompatible”, elaborado por el Bachiller en Derecho Rofiel Domínguez Asto, con la finalidad de obtener el Título Profesional de Abogado por la Universidad Nacional San Cristobal de Huamanga en el año 2018, en donde se arribó a la siguiente conclusión: El desarrollo del trabajo de campo permitió verificar que el contenido de los informes de auditoría de las Comisiones Auditoras de la Contraloría Regional Ayacucho determinan la Autoría y Participación de los agentes cualificados denunciados por el delito de Negociación Incompatible debido a las acciones de control realizadas por los auditores en los contratos u operaciones así como la valoración de la organización y funciones de la entidad pública que realiza el personal del Órgano Jurisdiccional.

1.6.4. Tesis que tiene como título “La participación en el delito de negociación incompatible”, trabajado por Oscar Arturo Miranda Pimentel, con la finalidad de obtener el Título Profesional de Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo en el año 2022, en dicho trabajo el autor ha concluido que: no es posible la intervención de un *extraneus* en todas las modalidades del tipo penal de negociación incompatible del Código Penal peruano de 1991, y que la complicidad del *extraneus* en este ilícito no se encuentra contemplado dentro del tipo penal y tratándose de un delito especial solo le compete a un funcionario o

servidor público que tenga vínculo funcional, imposibilitando la potestad sancionadora del Estado, debido a que, no se puede sancionar una acción que no se encuentre regulada o

prevista en la ley.

1.6.5. Tesis titulada “Imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible”, desarrollado por el autor Warrent Jesús Oré Ramos, trabajo realizado para obtener el Título Profesional de Abogado en la Universidad César Vallejo en el año 2018, en donde el investigador llega a la siguiente conclusión: desde la literalidad de la norma, no se admite la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, empero ciertos fiscales indican que este tercero debería de ser sancionado, al aplicar el artículo 25 del Código Penal, al delito de negociación incompatible. Asimismo, en cuanto a las Casaciones 841-2015 y 23 -2016, la primera señala a los procesos de contratación, como aquellos que tienen carácter de subsanable ya que se encuentran en situación de emergencia, por lo que no configuran el delito de negociación incompatible; mientras que la segunda es la participación del *extraneus*, que a su decir no responden ni como cómplice, menos como instigador.

1.6.6. Tesis titulada “El delito de negociación incompatible, y la impunidad del *extraneus* en el Distrito Judicial de Ucayali, 2017”, elaborado por Charles David Rodríguez Abanto, con la finalidad de optar el Título Profesional de Abogado por la Universidad Nacional de Ucayali en el año 2019, en dicha investigación el autor concluyó que: se toma la decisión de rechazar la hipótesis nula y de aceptar la hipótesis de

investigación, el cual manifiesta que: La calificación de este tipo penal se relaciona con la impunidad en el título de imputación del *extraneus* a través de las sentencias casatorias, en el Distrito Judicial de Ucayali, 2017. Además, basado en lo que determinan Hernández, Fernández y Baptista (2010), $r = 0.87$, indica que existe un grado de correlación positiva muy fuerte entre las variables: El delito de Negociación Incompatible y la impunidad del *extraneus*.

1.6.7. Tesis denominada “El principio de legalidad en el delito de negociación incompatible y la aplicación del principio de accesoriedad y la unidad de título de imputación en el *extraneus*”, realizado por el Abogado Marco Antonio Arbildo Ramírez, con la finalidad de obtener el grado académico de Maestro en Derecho con Mención en Ciencias penales por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque en el año 2019, en dicho trabajo el autor ha llegado a la siguiente conclusión: Conforme a lo previsto en el literal d), inciso 24, artículo 2, de la Constitución Política del Perú, bajo las reglas del principio de legalidad o denominado también como principio de reserva de la ley penal, tanto el juez ni ninguna otra autoridad puede determinar a una acción como ilícita, mientras esta no se encuentre establecida de manera expresa en ley con anterioridad al hecho cometido. Bajo dicha perspectiva el principio de legalidad importa una garantía a los ciudadanos, mediante la cual se proscribe la aplicación de una sanción penal, si es que esta no se encuentra prevista *ex ante* en la ley penal.

1.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN

De conformidad con cada criterio estipulado, nuestro trabajo de investigación se desarrolla de la siguiente manera:

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

Las investigaciones básicas (Álvarez Risco, 2021) es “cuando se orienta a conseguir un nuevo conocimiento de modo sistemático, con el único objetivo de incrementar el conocimiento de una realidad concreta” (p. 3).

Nuestra investigación es básica, pues vamos a analizar e identificar los criterios jurídicos que adoptan los jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, para luego permitir incrementar conocimientos respecto del delito materia de análisis, desde su aplicación práctica.

1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación

De acuerdo al diseño, la presente investigación es descriptiva. Según (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014), esta:

Busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos a los que se refieren (p. 92).

De esta manera, nuestra investigación alcanza el nivel descriptivo, pues a partir de los criterios que adoptan los Jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, en el delito de negociación incompatible, en relación al tercero con interés.

1.7.3. De acuerdo al enfoque de la investigación

Una investigación es cualitativa cuando hacemos referencia a aquella en donde tanto el problema y la solución al mismo, encuentran fundamento en la argumentación e interpretación jurídica; del mismo modo, hablamos de una investigación cuantitativa cuando se acude al muestreo o a la estadística para demostrar la hipótesis (QuestionPro, 2022).

De esta manera nuestro trabajo alcanza un enfoque mixto en tanto para el estudio del fenómeno objeto de nuestra investigación se utiliza la interpretación y la argumentación jurídica, pero también para demostrar los criterios jurídicos que adoptan los jueces para calificar la participación del *extraneus* en el tipo penal de negociación incompatible en el Distrito Judicial de Cajamarca, se ha utilizado el estudio de sentencias de las cuales se nos ha permitido demostrar nuestra hipótesis.

1.8. HIPÓTESIS

Los criterios jurídicos que adoptan los Jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, son:

- a) En virtud del principio de accesoriedad responde a título de cómplice.
- b) La conducta del autor debe configurar como delito.
- c) Intervención dolosa del *extraneus* en los contratos u operaciones públicas.

1.9. OBJETIVOS

1.9.1. Objetivo General

Determinar los criterios jurídicos que adoptan los Jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible.

1.9.2. Objetivos Específicos

- A.** Estudiar doctrinal, jurisprudencial y legal el delito de negociación incompatible.
- B.** Describir el principio de unidad del título de imputación en relación al delito de negociación incompatible.
- C.** Analizar sentencias emitidas por el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, en función a los delitos de negociación incompatible.
- D.** Formular una propuesta de Pleno Distrital, para que se le incluya al tercero con interés como cómplice en el delito de negociación incompatible.

1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Genéricos

Para materializar el desarrollo de nuestro trabajo, en la presente investigación procederemos a utilizar los siguientes métodos generales:

A. Método Inductivo-deductivo

El método deductivo “ofrece recursos para unir la teoría y la observación, además de que permite a los investigadores deducir a partir de la teoría los fenómenos que habrán de observarse” (Dávila, 2006, p. 185). Mediante el método inductivo, “la conclusión se alcanza observando ejemplos y generalizando de ellos a la clase completa” (Dávila, 2006, p.186).

Este método general de investigación conviene ser utilizado en nuestro trabajo, puesto que es necesario su uso al ocuparnos de la comprensión genérica de las instituciones y figuras jurídicas aplicables a la investigación, dichas figuras se van a recoger en la parte del marco teórico del contenido de la tesis, por su parte también vamos a establecer y deducir ideas o conclusiones específicas producto de tales generalizaciones.

B. Método analítico-sintético

En el método analítico sintético operan el análisis y la síntesis; el primero es un procedimiento lógico que posibilita descomponer mentalmente un todo en sus partes y cualidades

y sus múltiples relaciones; por su parte la síntesis es la operación que combina las partes previamente analizadas y posibilita descubrir relaciones y características generales entre los elementos de la realidad (Rodríguez y Pérez, 2017).

Es así que, este método también será parte de nuestro trabajo de investigación, dado que nos vamos a ocupar en analizar aquellas bases teóricas directa e indirectamente relacionadas a nuestro tema y problema de investigación, partiendo por determinar y analizar la tipicidad en el ilícito de negociación incompatible, su antijuridicidad y culpabilidad; también analizando a la complicidad como una forma de participación criminal, y por supuesto el grado de intervención y responsabilidad del tercero con interés en el tipo penal analizado. Así pues, el método analítico sintético será de gran utilidad ya que nos llevará a explicar de forma detallada las figuras e instituciones jurídicas materia de la presente investigación.

1.10.2. Propios de Derecho

Dado que vamos a desarrollar un trabajo de investigación en derecho, por correspondencia debemos utilizar los métodos propios del derecho, entre los cuales utilizaremos:

A. Método dogmático – jurídico

Este método considera un conjunto de axiomas o principios para construir, a la luz de operaciones lógicas, nuestra comprensión

del Derecho en este sentido, una de las tareas esenciales del método dogmático es, mediante la aplicación de sus principios y la interpretación de sus postulados básicos, llenar lagunas legales en Derecho penal (Coelho, 2019). Dichas interpretaciones, serán recolectadas para verificar el tratamiento que lo dan al tercero con interés, del mismo modo, se ha considerado la solución propuesta. A través de este método, se ha contrastado ideas, la misma que ha servido para forjar una crítica y desde luego tener una posición propia.

B. Método Hermenéutico

Mediante el método hermenéutico, se busca comprender los fenómenos jurídicos, en donde se puede ofrecer criterios para elaborar una crítica de las tradiciones metodológicas utilizadas en las ciencias sociales (Maldonado, 2016). Al dedicarse tanto a la aplicación como análisis de las normas que regulan nuestro comportamiento, lo que hacemos es interpretar dichas normas jurídicas, así pues, destaca lo importante que es la hermenéutica jurídica, ya que nos lleva a interpretar los alcances y fines de las normas, y los principios que regulan el derecho penal, así como los aspectos fundamentales del delito de negociación incompatible y la razón de que el *extraneus* responda en grado de cómplice.

C. Método argumentativo

Cuando nos referimos a la argumentación en el campo del derecho, estamos avocándonos a aquella operacionalización que realiza el ser humano para dar soportes a sus teorías o decisiones jurídicas, con el afán de convencer o persuadir, a decir de Perelman (1989) “el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o aumentar la adhesión de las personas a las tesis presentadas para su asentimiento” (p. 35). De esta manera en el presente trabajo también utilizaremos dicha técnica, dado que nos vamos a ocupar en entregar argumentos y razones jurídicas por los cuales se debe sancionar al tercero con interés en el delito de negociación incompatible.

1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Estas resultan de tal trascendencia para la presente investigación, por cuanto su uso nos permite materializar los métodos de investigación a utilizar, así tenemos:

1.11.1. Técnica de procesamiento de datos

Se ha utilizado esta técnica con el propósito de recopilar información de fuentes escritas, mismas que desarrollan aspectos teóricos relacionados al delito de negociación incompatible, para que sean ordenados y analizados.

1.11.2. Técnica de observación documental

Este tipo de técnica, consiste en un análisis de la información escrita sobre un determinado tema, y depende fundamentalmente

de la información que se obtiene o se consulta en documentos, entendiéndose por este todo material al que se puede acudir como fuente de referencia, sin que se altere su naturaleza o sentido, las cuales aportan información o dan testimonio de una realidad o un acontecimiento (URBE, 2017). Así, la observación documental ha sido de gran importancia en todo el desarrollo de la presente tesis, por cuanto se ha acudido a verificar y estudiar las diversas fuentes escritas, tales como la revisión de doctrina y jurisprudencia, etc.

1.11.3. Técnica de recopilación y análisis documental

En cuanto a la recopilación de información y el análisis documental, se refiere a la búsqueda de fundamentos normativos como doctrinarios y jurisprudenciales en cuanto el tipo penal de negociación incompatible y su aplicación en el Juzgado

Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para ahondar sobre el análisis del problema planteado, así como dar un alcance de solución.

1.11.4. Técnica del discurso

Para que el método argumentativo haya podido ser realizado, se ha servido del discurso como técnica de investigación; mediante el cual se han construido ideas y conceptos con la finalidad de persuadir, fundamentar y convencer de que nuestra normativa penal si permite la inclusión del tercero con interés en el delito de negociación incompatible, y que su omisión por parte del Juzgado

Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Cajamarca, importaría una impunidad que se debe evitar.

1.11.5. Instrumento hoja guía de observación documental

Instrumento que permite registrar datos con un orden cronológico, práctico y concreto para luego de ello derivar un análisis de la situación o problema determinado (URBE, 2017). Este instrumento ha permitido registrar los datos de las sentencias recogidas, para dar respuesta a la hipótesis planteada.

1.11.6. Instrumento fichas bibliográficas y hemerográficas

Este tipo de fichas te ayudan a registrar todos aquellos libros, revistas, periódicos que pueden ser útiles para tus trabajos de investigación, los cuales no sólo se refieren fuentes que ya has encontrado o leído, sino también a aquellos que deseas o que lo viste en alguna oportunidad (Del Moral y Rodriguez , 2022). Lo cual en la presente investigación utilizaremos estos instrumentos para registrar, la información vertida de las sentencias emitidas por el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, así como también la información de libros de diferentes autores que traten el tema de negociación incompatible.

1.12. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN

De manera general tenemos como unidad de análisis el ordenamiento jurídico peruano, partiendo por la propia Constitución Política del Perú y el

Código Penal en este último se ha puesto mayor énfasis en el estudio del delito de Negociación Incompatible, tipificado en el art. 399 del CP o también denominado delito de aprovechamiento indebido del cargo, como también se analizó la complicidad prevista en el Art. 25 del CP, así también se van a estudiar las sentencias emitidas en el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca sobre el delito de negociación incompatible respecto al tratamiento del *extraneus*, en el periodo 2019 a 2021.

1.13. UNIVERSO Y MUESTRA

Tomando en cuenta el tipo de investigación a seguir, si contamos con muestra y población, las mismas que recaen en las sentencias emitidas por el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca en el delito de negociación incompatible, sentencias emitidas en los años 2019, 2020 y 2021, para lo cual se utilizará la formula general de determinación de muestra = $Z^2 * (p) * (1-p) / c^2$ (QuestionPro, 2022).

1.13.1. Universo

Así, el universo está constituido por un total de veintitrés (23) sentencias judiciales sobre procesos seguidos por la comisión del delito de Negociación Incompatible, sentencias emitidas en el periodo de 2019 – 2021.

1.13.2. Muestra

Para determinar la muestra se aplicarán las siguientes fórmulas

$$N_0 = [Z^2 \times P \times Q] / E^2$$

Donde:

- Z Nivel de confianza
- P Probabilidad de éxito o proporción esperada
- Q Probabilidad de fracaso
- E Error máximo admisible en términos de proporción

Para determinar la muestra con conocimiento de la población se utilizará la siguiente fórmula:

$$N' = N_0 / \{ 1 + [(N_0 - 1) / A_1] \}$$

Donde:

- A₁: Universo conformado por 23 sentencias emitidas por los jueces de los Juzgados Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios, concernientes al delito de Negociación Incompatible.

Así se ha obtenido la muestra de la siguiente manera

Aplicando la primera fórmula:

- $[(0.95)^2 \times 0.5 \times 0.5] / (0.02)^2$
- 0.96/0.004
- 240

Luego se aplica la segunda fórmula:

$$\rightarrow 240 / \{1 + [(240-1) / 23]\}$$

$$\rightarrow 240 / [1 + 10.39]$$

$$\rightarrow 240 / 11.39$$

$$\rightarrow 21$$

Es así que el análisis en la presente investigación se realizará sobre la base de veintiún (21) sentencias judiciales, recaídas en los siguientes expedientes:

1. 00040-2016-15-0611-JR-PE-01
2. 00039-2011-25-0602-JR-PE-01
3. 00037-2018-0-0601-SP-PE-01
4. 00048-2013-4-0611-JR-PE-01
5. 00088-2011-35-0605-JR-PE-01
6. 00095-2015-1-0609-JR-PE-01
7. 00131-2011-81-0607-JR-PE-01
8. 00140-2017-77-0601-JR-PE-01
9. 00208-2017-0-0601-SP-PE-01
10. 00293-2015-2-0601-JR-PE-04
11. 00296-2018-1-0601-JR-PE-07
12. 00360-2017-1-0603-JR-PE-01
13. 00408-2018-1-0601-JR-PE-06
14. 00419-2015-6-0605-JR-PE-01
15. 00720-2018-1-0601-JR-PE-06
16. 00942-2015-1-0601-JR-PE-01

17. 02201-2017-3-0601-JR-PE-04

18. 00762-2015-3- 0601-JR-PE-01

19. 0063-2014-61-0610-JR-PE-02

20. 00033-2020-2-0601-JR-PE-07

21. 0014-2016-56-0610-JR-PE-01

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Aspecto *iusfilosófico*

Teniendo en cuenta las bases teóricas que ocupa nuestro trabajo de investigación, desde un punto de vista *iusfilosófico* nos servirá de apoyo la corriente neoconstitucional, que a decir verdad tiene como objeto de estudio, modificar las bases teóricas de otras corrientes iusfilosóficas, en la forma de regulación y funcionamiento del Estado, el mismo que debe encaminarse en otorgar mecanismos más garantistas que aseguren el eficaz ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, como la seguridad de sus instituciones, procurando evitar la impunidad y prevenir el delito (Gutarra, 2018).

Así pues tratándose de la protección de bienes jurídicos cómo lo hace el Derecho Penal, debe prevalecer la difusión de la ponderación, como un criterio moderno de validez de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, siendo ello así se puede determinar que la justicia entra a ser parte de la regla de reconocimiento de derechos fundamentales, en donde la Constitución deberá ser interpretada desde una óptica de naturaleza moral, dando como resultado de dicha operacionalización la concretización de los principios del derecho, los mismos que deberán ser

aplicados obligatoriamente, a través de la argumentación jurídica (Pozzolo, 2015).

Del mismo modo debemos indicar que, al adentrarnos en el análisis normativo, encontramos que es primordial y se tiene como finalidad verificar la validez de una norma, es decir primero debemos identificar si existe o no dentro del ordenamiento jurídico; posteriormente examinar su eficacia, o sea, si alcanza el nivel de acatamiento o cumplimiento de las personas a quienes se dirige; y por supuesto, se debe comprobar si es legítima o justa, que significa que conociendo si todo ordenamiento jurídico tiene como objeto alcanzar ciertos valores, de esta manera, la norma será justa si es idónea para cumplir esos valores. En resumen, se puede colegir que nos encontramos ante una norma jurídica perfecta, cuando esta cumpla con el análisis positivo de tres elementos copulativos, de validez, eficacia y legitimidad (Tantaleán, 2017).

Así, como principales operadores del derecho, son los jueces, fiscales y hasta los mismos abogados que intervienen en un proceso ante la comisión de un hecho punible, quienes tienen la labor de investigar el delito para que posteriormente, de ser encontrado culpable, aplicar una sanción correspondiente a todos los sujetos que resulten responsables y que hayan intervenido en la comisión de un ilícito penal. En tanto, ante la perpetración de la acción típica de negociación incompatible, resulta pertinente, ya que las normas penales así lo regulan, de investigar y sancionar tanto a los funcionarios y servidores públicos, como también a los terceros que han intervenido y coadyuvado a la consumación del ilícito penal; ya que

solamente de esta manera, se estaría determinando la eficacia de la norma penal sobre este hecho criminoso.

2.2. EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

2.2.1. Antecedentes

Desde una óptica del derecho comparado y a decir del ordenamiento jurídico español, el delito de negociación incompatible en un principio se originó involucrado con los delitos de fraude y exacción ilegal que actualmente mantienen vigor en el Código Penal español (Sancinetti, 1986).

En el ordenamiento jurídico argentino, este delito es producto de la influencia hispánica en la región continental, de ello Sancinetti (1986), resalta que en caso de vincule el texto del tipo penal únicamente al interés propio, se está haciendo referencia a que, conforme al sentido que la ley indica, el interés que busca el funcionario es necesariamente para sí, en donde actúa tanto representando a la administración del Estado como a sus intereses particulares.

Tal análisis de interpretación según el propio Sancinetti, señala que, es un delito tanto inconsciente, que ha sido recogido casi de manera expresa del Código Penal español, tanto del año 1822 y de 1848, que indicaba que cualquier agente del estado que tome para sí. Ahora bien, en cuanto a lo referido por persona interpuesta o acto simulado, que tiene su origen en la legislación penal francesa, da a entender que quien legisla tiene preocupación que una persona se interese por otra

interpuesta, no obstante, ello importaría en todos los casos que el funcionario o servidor obtenga de igual manera un propio interés.

En el Perú, el delito de negociación incompatible ha tenido ciertas modificaciones, siguiendo la regla de que una norma, como todo el derecho, no puede ser estática, dado que se encuentra en constante cambio, con la finalidad de adecuarse a los cambios sociales y a las nuevas circunstancias.

En principio, el delito de negociación incompatible se regulaba en el artículo 397 del Código Penal, teniendo la denominación de aprovechamiento indebido del cargo, en donde se establecía que el funcionario o servidor público que de manera indebida se interese en algún contrato u operación en que interviene conforme a su cargo, será sancionado con una pena de entre los tres a cinco años.

Luego, el 06 de octubre de 2004, mediante la Ley 28355, se traslada el tipo penal al artículo 399, en el cual como modificación resaltante se incrementa la sanción de entre cuatro en su extremo mínimo y seis años en su extremo máximo e incorporándose también la pena de inhabilitación.

Finalmente, el 26 de noviembre de 2013, mediante Ley 30111, se modifica el tipo penal, agregando una pena adicional de días multa,

siendo esta la última modificación y la que se mantiene vigente hasta la actualidad⁴.

2.2.2. Concepto

Con el propósito de dar un alcance *iusfundamental* acerca del delito objeto de la presente tesis, Calderón (2016), ha establecido sobre

este tipo penal que, se encuentra dentro de los delitos de infracción de deber, que ayudan a la búsqueda de conseguir un mejor mundo en común, donde se priorice la mejora de las personas y exista el deber de no lesionarlas, para lo cual se tiene la expectativa de que todos los órganos estatales funcionen correctamente.

Siguiendo con el comentario, Calderón (2016), citando a Günther Jakobs, menciona que tales expectativas que la población tiene, se dan a partir de un aspecto positivo, en tanto todas las instituciones se encuentran vinculadas de conformidad con los intereses de los ciudadanos. Asimismo, tales deberes y expectativas hacen referencia al desempeño de cada individuo, de acuerdo al rol que realiza, en concreto dentro de la función pública, en donde cumplen un *estatus*

⁴ Código Penal, artículo 399: El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

especial y la ciudadanía espera un comportamiento probo y honesto conforme en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto al delito de aprovechamiento indebido o negociación incompatible, o también denominado aprovechamiento indebido de cargo, cabe indicar que la conducta típica de este tipo penal, se comete en específico cuando quien tiene la cualidad de funcionario o servidor público, y que en provecho del cargo que ostenta, más allá de sus funciones propias, se interesa de manera directa o indirecta, e interviene en cualquier operación o contrato que el Estado es parte (Caro, 2020).

En la misma línea, Caro (2020), citando el recurso de nulidad N.º 8322010-Piura, fundamento 3, indica que en el ámbito de las contrataciones públicas en donde el Estado es parte y requiere bienes, servicios y obras, en donde participan terceros particulares; cuando el representante de la administración manifiesta su interés en tales actos, aquí se materializa la intervención del sujeto activo por cuanto interviene en razón de su cargo que ostenta dentro de la administración.

Empero, si por ejemplo el sujeto público falsifica la firma del juez en un documento que ordena la entrega de bienes incautados por orden judicial, en estos casos se evidencia que la actuación es completamente ajena a la actividad pública que por razón del cargo ejerce el funcionario; en estos casos, al no haber ningún contrato u operación de por medio, no resulta perpetrado el delito de

negociación; empero se deberá investigar por otro tipo penal, que si bien la cualidad de agente público podría resultar una agravante, pero ello resulta ajeno al bien jurídico ligado a la administración pública.

Asimismo, el profesor Salinas (s.f.), ha establecido que el tipo penal de negociación incompatible, se llega a perpetrar cuando el sujeto activo, debiendo ser siempre un funcionario o servidor público, tiene interés por algún contrato u operación que efectivizan los particulares con el Estado; indicando que dicho interés particular que toma el funcionario o servidor público puede ser de manera directa, indirecta, contemplándose también aquellos actos simulados. Debe entenderse que el agente criminal únicamente en base al cargo que ocupa y ostenta en la administración pública, y la finalidad de su intervención es adquirir un beneficio patrimonial para sí o para terceros.

Al respecto, se deja presente que este tipo penal, llamado negociación incompatible, se encuentra ubicado al lado de los delitos de cohecho, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito; ello quedó determinado así, a partir de la reforma del año 2004, mediante la Ley 28355. Dicho de otro modo: Para el legislador, el tipo penal de negociación incompatible, de todas maneras, se encuadra en una forma de corrupción por parte del gobierno, la misma que es cometida de forma intencional por el funcionario o servidor público, como una modalidad de arreglar irregularmente los acuerdos contractuales o cualquier operación de carácter comercial, donde el agente interfiere por razón de su cargo.

Conforme lo menciona su propia denominación legal, esta referido a una negociación originada por el propio funcionario público con las partes interesadas, misma que viene a ser contrario a los principios institucionales e intereses de la Administración Pública, y en efecto amerita una sanción penal. A decir de la conducta, esta es simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del agente cualificado, de manera que, así como participa en representación del Estado, también interviene como interesado en el contrato u operación. Asimismo, se detalla que no se necesita que el funcionario tenga la máxima potestad para tomar una decisión sobre el negocio como funcionario: siendo suficiente que actúe para determinar la forma sustancial o también para establecer la legalidad de la operación (Reátegui, 2019).

En la misma línea conceptual, se arguye que teniendo en cuenta la ubicación sistemática en el Código Penal, el delito de negociación incompatible es un delito de corrupción de funcionarios públicos; dicho de otra manera, se trata de una forma concreta de desviación de los cauces principistas de lealtad y de buena fe que el funcionario o servidor público debe ostentar cuando se encuentra en ejercicio de su cargo público.

Así, queda claro que no todo tipo de interés es reprochable, dado que la única forma de interesarse que debe tener el funcionario público en ejercicio de sus funciones, solamente debe ser para buscar el beneficio del Estado y en concreto de la propia administración pública al cual se encuentra ligado por un lazo de representación; lo contrario,

que el agente público se interese y busque un beneficio propio o de un tercero, será finalmente castigado, conforme se determina en el delito de negociación incompatible, ya que en este caso se estaría aprovechando de su cargo para realizar negocios jurídicos y de esa manera verse beneficiado (Reátegui, 2016).

Parafraseando a Reátegui (2016), resulta importante verificar que para que se configure el delito de negociación incompatible es preciso que se produzca un conflicto de compatibilidades en el agente cualificado. Así, este actúa tanto como funcionario público, como también como sujeto interesado en la negociación en el que el Estado es parte. Resulta normal que lo que se busque en sí es el interés económico, empero esto no es motivo de investigación ni de análisis probatorio, dado que no se sanciona el negocio ilícito, sino la incompatibilidad con la función. El agente criminal especial debe ser parte estatal y de por tal motivo actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado.

No obstante, dicho agente inclina su interés en base a sus funciones personales y pretende adquirir provecho para sí o para terceros ligados a este, lo que resulta incompatible tal intervención conforme a sus funciones que desempeña en la administración pública. Lo que es importante, no es tanto identificar a los sujetos que resultan beneficiados con la conducta ilícita del funcionario estatal, sino que este hecho se ocasione a raíz del quebrantamiento del deber de actuar en pro de los intereses de la administración pública que debe procurar el funcionario.

A su turno, Nakazaki (2016) aclara que el tipo penal de negociacion incompatible o denominando también aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo 399 del Código Penal, es un tipo subsidiario y se aplica cuando no es posible aplicar el tipo principal de cohecho; así cuando no es posible descubrir el delito principal que motivó al agente público a representar el interés particular indebido, se acude al tipo penal subsidiario de negociación incompatible y dicho interés se aprecia mejor cuando se considera el fin de obtener un beneficio indebido propio o de tercero.

En resumen, este delito exige que el interés indebido particular de tercero para que se configure como tal, necesita una sanción, siquiera en el fuero administrativo, al particular; si no existe la sancion administrativa al proveedor no se puede configurar interés particular indebido representado por el autor.

2.2.3. Tipicidad objetiva

A. El verbo rector interesar

La acción típica de este delito, específicamente se encuentra determinado por el interés que el funcionario o servidor público tiene en algún contrato u operación realiza en razón de su cargo; de esta manera a decir de la Real Academia de la Lengua Española (2022), interesarse tiene diferentes acepciones, de las cuales significa: “hacer parte a alguien de un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés; hacer tomar parte o empeño a alguien en los negocios o intereses ajenos, como si fueran de uno mismo”.

De manera más concreta, el término interesarse, se ha dicho que se puede entender como “volcar sobre el negocio de que se trata una pretensión de parte no administrativa, querer que aquel asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros” (Reátegui, 2016).

En referencia al verbo interesar, se ha dejado establecido que este vocablo quiere decir atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, en base a ello, se orienta nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la descripción típica del delito de negociación incompatible, el sujeto activo de forma especial y particular se compromete de forma sospechosa o se interesa en un contrato u operación que el Estado efectiviza con terceros (por ejemplo, proveedores) con el objeto de obtener un provecho pecuniario indebido en su favor o de otro.

Así, el verbo interesar quiere decir prestar un interés individual en la operación estatal, interés que regularmente no se impone; dicha acción bien puede ocurrir o presentarse en los actos preparatorios, en su ejecución o del mismo modo en la etapa de liquidación del contrato u operación (Salinas, 2019).

En ese orden, cuando el funcionario o servidor público se interesa de manera indebida por algún contrato u operación, dicho interés no siempre va a implicar un peligro para el patrimonio del Estado, incluso si la conducta hubiera sido desplegada de tal manera que

en la realidad práctica el agente hubiera favorecido intereses individuales o de otros que fueron favorables económicamente al Estado, del mismo modo la conducta será típica y punible.

De ello se puede establecer que es sancionable la conducta, no porque necesariamente se afecte o deje de afectar el patrimonio del Estado, sino por lesionar el bien jurídico que es el normal y el recto funcionamiento de la administración pública; por lo tanto si el funcionario o servidor público se interesa indebidamente en operaciones que importan su actuación como representante de la administración, con ánimo de obtener provecho económico para sí o para otros, la conducta resulta ser típica, siendo irrelevante si con tales actos la administración se vio o no beneficiada.

En suma, interesarse de forma se entiende como aquel desdoblamiento en el actuar del sujeto público, siendo que dentro del contrato u operación en la que actúa, lo hace siendo funcionario que representa a la administración pública; y a la vez, representa intereses individuales, con el cual quiere para sí o para otros sacar un provecho (Salinas, 2019).

Ahora bien, es importante alcanzar detalles respecto a los elementos de tipicidad que contiene el delito de negociación incompatible, sobre el particular se establece que este delito tiene lugar cuando el agente público guarda un interés sobre cualquier operación económica en donde el Estado es parte y contrata con particulares con el objeto de adquirir bienes, servicios y obras; no

obstante, el interés que tiene el agente es con el objeto de obtener algún beneficio de índole económica u otra, tanto por su propio pecunio, como para terceros.

De tal aseveración, se pueden desglosar la existencia de varios elementos que forman parte de la tipicidad objetiva del delito bajo comentario, entre ellos se encuentra el verbo rector de interesar, en donde el agente público exterioriza su deseo personal y particular en cualquier etapa del proceso de contratación; otro elemento es el de la obtención del provecho propio o de tercero, que no es sino el ánimo de lucro que pretende obtener el agente estatal tanto para su propio patrimonio y también para otros particulares, mismos que en la mayoría de casos se evidencia que tiene relaciones directas con el agente principal, ya sea amical, familiar o de otro origen, resultando poco probable que tales actos sea a favor de terceros extraños donde no hay vínculos directos (Caro, 2020).

Otros elementos de tipicidad que se puede identificar en el delito de negociación incompatible se encuentra cualquier contrato u operación como objeto de la conducta ilícita, que está comprendida por aquellas situaciones en las que la administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero ya sea como persona natural o jurídica, por su parte la operación, se entiende como aquéllos actos de carácter unilateral que se producen entre la

administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido estrictamente económico; por lo tanto, de conformidad con lo que señala Salinas Siccha, si los actos que expresan especial interés de parte del sujeto activo tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito por hermenéutica jurídica (Caro, 2020).

Conforme lo señala el tipo penal, la negociación incompatible se presenta cuando la conducta del funcionario o servidor público se desdobra cuando representa no solo al Estado, sino también a sus intereses privados o de terceros, o sea, cuando se interesa de manera indebida en un determinado contrato u operación. De aquí que el verbo rector que reviste a este tipo penal es el de interesar, que lo podemos entender como concernir, incumbir, comprometer o importar algo; siendo que dicho interés es indebido e ilegal.

Así, tomando en cuenta que el proceso de contratación pública pasa por diferentes fases o etapas, debemos indicar que la acción de interesarse se puede presentar en la fase preparatoria del contrato público, así como en el proceso de selección, en la fase de ejecución y en la fase de liquidación; ya que, en cualquiera de dichas etapas, se puede presentar un interés del funcionario o servidor público que genere un provecho para sí o para un tercero (Enríquez, 2016).

Ahora bien, cabe precisar que el interés al que hacemos referencia no se limita a uno de carácter estrictamente patrimonial o de naturaleza económica; es factible y también se admite que el interés que tiene el funcionario público sea manifestado de otras formas sin que específicamente sean patrimoniales; tal es así como sucede con la búsqueda de un puesto de trabajo para un tercero entre otros aspectos (Enríquez, 2016).

Del mismo modo, conviene precisar, tal y conforme lo establece el tipo penal, que el interés indebido se muestra de manera directa como indirecta; en la cual la primera se presenta cuando el funcionario de manera personal pone en evidencia sus pretensiones particulares en cualquier etapa de la contratación pública, que interviene por razón de su cargo, para obtener provecho propio o de tercero; mientras que el interés indirecto, se da cuando el funcionario no manifiesta de manera personal su predisposición por las propuestas presentadas, sin embargo, su labor es inducir a otras personas para que realicen actos de la administración con la finalidad de que favorezcan sus intereses propios o de terceros, tal como sucede con el uso de los testaferros (Enríquez, 2016).

Por su parte, el interesarse mediante actos simulados quiere decir que el agente muestra un interés especial ante otros funcionarios encargados de los contratos u operaciones, y aparenta proteger los intereses del Estado, no obstante, lo que busca es lograr sus propios intereses o de particulares. Un caso de simulación se

presenta cuando el funcionario para beneficiar a una empresa quien evidentemente tiene interés propio en una licitación, crea una tercera persona jurídica de fachada, únicamente para dar a conocer una supuesta competencia y concurrencia de otros postores a la licitación, pero dicha empresa es inexistente y por lo tanto la competencia también se convierte en inexistente (Salinas, 2019).

B. Objeto material: contratos u operaciones

Como objeto material del delito de negociación incompatible, se reconoce a los contratos y a las operaciones, siendo que, si el funcionario se interesa por cualquier otro acto, estaríamos frente a un supuesto de atipicidad. Los contratos son actos bilaterales, en el que participan dos partes siendo una de ellas el Estado, que tiene como finalidad regular, modificar, crear o extinguir una relación jurídico patrimonial; las operaciones vienen a ser actos dispuestos o convocados por el Estado que no tienen los requisitos de un contrato, como por ejemplo una incautación, embargo de bienes, expropiaciones, entre otras (Enríquez, 2016).

En cuanto a los contratos, se señala que, conforme a las reglas del derecho público y privado, el contrato debe interpretarse en sentido estricto; así, el acuerdo que tienen dos o más partes con la finalidad de establecer, determinar, crear, regular o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, será definida como contrato, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1351 del Código

Civil.

Cabe precisar que, para estos efectos, no es relevante las características especiales que tengan los contratos como la modalidad, plazo, quienes intervienen, ni la materia o el carácter del mismo. El contrato se encuentra revestido de forma jurídica por un acuerdo en donde una parte se compromete a cumplir una obligación con la otra; del mismo modo la obligación puede ser asumida por dos o más partes, lo que acarrea a que el contrato sea unilateral o bilateral; gratuito y oneroso en cuanto a las obligaciones; así como principal, accesorio, real, solemne, consensual, conmutativo y otras peculiaridades (Reátegui, 2016).

Dentro de un procedimiento de selección, podemos identificar diferentes métodos de contratación y procedimiento de selección de alcance general, entre ellos destacan la licitación pública, que a decir del artículo 22 de la Ley de Contrataciones con el Estado, Ley 30225, es el proceso de selección en el que se convoca a terceros para contratar bienes y obras, para ello se debe realizar una serie de actos consecutivos, como autorización, publicación del pliego de condiciones y convocatoria, presentación de propuestas, garantías, apertura de propuestas, otorgamiento de la buena pro, adjudicación y aprobación. También encontramos al concurso público, que se utiliza para contratar servicios en general, consultorías en general y consultorías de obras.

La adjudicación simplificada se convoca para la obtención de bienes y servicios, excepto los servicios prestados por consultores individuales, también para la ejecución de obras, cuyo valor se encuentre dentro de los márgenes determinados por la Ley de Presupuesto del Sector Público de cada año.

La selección de consultores individuales se utiliza para contratar los servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de persona ni apoyo profesional adicional, la comparación de precios se utiliza para contratar bienes y servicios de disponibilidad inmediata, diferentes a aquellos de consultoría que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones del particular, en la medida que sean accesibles de obtener o que estén revertidos de un cierto estándar en el mercado.

Por su parte, la subasta inversa electrónica se usa con el objeto de contratar bienes y servicios comunes que tienen con ficha técnica y se están incluidos en el listado de bienes y servicios comunes. Las contrataciones directas, de manera excepcional, autoriza que se contrate a un determinado proveedor de manera directa en los supuestos siguientes: cuando se contrate con otra entidad, en emergencia por acontecimientos catastróficos, por desabastecimiento comprobado, cuando las Fuerza Armadas, Policía Nacional del Perú y otros entes del Sistema Nacional de Inteligencia, necesiten contratar con carácter confidencial, por secreto militar, o motivos de internos, o si los bienes y servicios únicamente se obtengan de proveedor único, asimismo, para

servicios personalísimos dados por personas naturales, entre otros (Enríquez, 2016).

C. Bien jurídico protegido

En cuanto al bien jurídico protegido se tiene que, de manera genérica, en los delitos de corrupción es el correcto o normal funcionamiento de la administración pública; no obstante, en el tipo penal bajo estudio es la objetividad o imparcialidad en el actuar del funcionario, dentro del desarrollo de los contratos u operaciones económicas en los que el Estado es parte.

Así, se tiene que la administración pública, en todo momento debe velar por los intereses públicos, los mismos que a su vez deberán estar encaminados en defender el bien común, rechazando cualquier tipo de intereses individuales, ya sea de los mismos funcionarios o servidores públicos, como de terceros. De esta manera, el fin que se pretende alcanzar con este tipo penal, es salvaguardar las operaciones donde la administración pública opera cuando realiza contratos, concursos públicos o cualquier otra acción de carácter económico, con el objeto de elegir al competidor o postor más idóneo que a su vez, salvaguarde los intereses públicos y en efecto el bien común.

En suma, debemos precisar que, con el delito de negociación incompatible, se materializa la necesidad de proteger a la administración pública, en tanto al Estado, de que prevalezca el indebido ejercicio de los intereses particulares de los funcionarios

o servidores públicos como agentes de acción, en el marco de sus funciones que por razón de su cargo realizan (Montoya, 2015).

En el mismo sentido, García Caveró citado por Reátegui (2016), en cuanto al bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible, resalta que, es cierto que nuestra doctrina nacional uniformiza criterio respecto a considerar que el bien jurídico protegido en el delito de negociación compatible es la imparcialidad de la Administración Pública; no obstante, es igualmente cierto que dicha imparcialidad se encuentra vinculado con la protección del patrimonio del Estado. Por lo tanto, el deber específico que tiene el agente cualificado no solo debe ocuparse en el tratamiento igualitario a los administrados, sino también debe ponerse interés en la custodia de los intereses económicos estatales.

Cuando el agente otorga un trato particular o especial a un administrado, no obstante, cuida los intereses patrimoniales del Estado, no es posible indicar que se ha cometido el delito de negociación incompatible, pero si de una infracción al artículo 1.5 Ley de Procedimiento Administrativo General (principio de imparcialidad). Este tipo penal, se dará únicamente si la conducta del funcionario público se desdobra para representar al Estado y a sus intereses particulares de orden necesariamente económicos.

Sin perjuicio de ello, también se ha reconocido que de manera específica, el bien jurídico protegido en este delito, se justifica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de quienes los representan y que anteponen sus intereses particulares por sobre el del propio Estado; en ese orden reconoce que el bien jurídico específico es el deber de lealtad y probidad del funcionario del Estado durante el desempeño de sus funciones que realiza en base a su cargo, con la finalidad de mantener incólume la imagen de la administración en los ojos de la población.

Asimismo, se debe indicar que, en este delito, el bien jurídico es inmaterial, puesto que el delito no se enfoca en proteger el interés económico y la afectación en las arcas del Estado, de ello se ocupan otros tipos penales como el peculado, sino lo que busca proteger es el proceso de negociación que el funcionario público realiza por razón de su cargo, no siendo relevante para este tipo delictivo que se demuestre la afectación al patrimonio público (Enríquez, 2016).

D. Sujeto activo

Siendo que, al estar ante un delito de naturaleza especial propia, el agente debe cumplir con ciertos requisitos para ostentar la calidad de sujeto activo del delito de negociación incompatible. En ese sentido, el agente en este delito debe ser un funcionario o servidor público que tiene consigo un deber especial de actuar bajo los estándares de lealtad y probidad en el desempeño de sus

funciones que realiza, teniendo en consideración la teoría de infracción de deber (Enríquez, 2016).

Siguiendo con el marco doctrinal, se precisa que la propia ley de manera expresa ha señalado que el agente que comete el ilícito, no es suficiente con que ostente de manera objetiva el cargo de funcionario público; siendo obligatoriamente necesario que, además dicho funcionario ostente las suficientes facultades y competencias que por la misma naturaleza de su cargo le otorgan, con la finalidad de intervenir en los contratos u operaciones, en otras palabras, que el funcionario público como agente, tenga el poder, la capacidad y las competencias para formar parte en una contratación u operación.

De lo antes indicado, se puede inferir que, lo que determina la condición de autor del delito de negociación incompatible, no es en concreto la calidad de ser funcionario o servidor público, sino también de manera conjunta la forma de participación en los actos jurídicos previstos por la ley en función a dicho cargo; por lo que nos estamos refiriendo a un abuso funcional, puesto que no es suficiente para ser catalogado como agente de este delito, contar con la mera calidad de funcionario público (Castillo, 2015).

a. La calidad de funcionario o servidor público

Es menester señalar que cuando nos referimos a la cualidad de funcionario público, estos pueden ser funcionarios administrativos, nombrados, contratados, o que ocupan un

cargo de confianza o cargos políticos. Asimismo, del análisis del tipo penal, podemos colegir que no es obligatorio que se ostente cargos de dirección en las más altas esferas de la administración pública, pues no existe oposición ni fundamentación en contra para incorporar en este tipo penal a los funcionarios de naturaleza dependiente, de nivel intermedio y por supuesto de cualquier poder del Estado; en el criterio del dominio del hecho es menos trascendente la diferenciación del conjunto de autores y partícipes (Castillo, 2015).

Ampliando el alcance con respecto a quién puede ser catalogado funcionario o servidor público, conviene indicar que en el ámbito administrativo, con la finalidad de identificar de manera más precisa la calidad de funcionario o servidor público, se hace en función al criterio de la incorporación a la carrera administrativa, y solo con tal incorporado en dicha carrera se podrá aseverar que contribuye al normal ejercicio de la función pública; es por esta razón que no ostentará la calidad de funcionario o servidor público, para ningún efecto en el ámbito administrativo, precisamente quien no ha sido incorporado (Benavente y Calderón, 2012).

En ese sentido, si nos avocamos a indicar que existen requisitos para considerar a un trabajador público la calidad de funcionario o servidor, en el ámbito administrativo, estos son los siguientes: primero se encuentra el título o

fundamento jurídico, por el cual el funcionario o servidor ingresa a la administración pública; este es el componente material del acceso a la carrera; asimismo, debe ser legítimo, o derivar de una fuente u origen válidos y con capacidad exclusiva para originar el efecto vinculante entre el titulado y la administración pública, lo que da a indicar que ambas partes asuman los deberes, atribuciones y obligaciones propios del cargo.

Entre las formas se encuentran: a) elección que puede ser de forma directa o popular; o a través de una representación o indirecta; b) nombramiento o designación; c) determinación normativa. Por su parte, la investidura o juramentación en el cargo, es el elemento formal del ingreso a la carrera administrativa, por este acto el funcionario o servidor toma objetiva y realmente el puesto para el que fue designado, elegido o llamado por la ley; en este acto se dará la entrega formal del título de designación o también lo que se denomina habitualmente como el acto de entrega de credenciales para identificar al funcionario y lo acreditarán como tal.

Asimismo, se encuentra la estabilidad y permanencia, que en otras palabras implica que, para que el funcionario o servidor ingrese de manera formal a la carrera administrativa, lo realizará a un cargo que, de acuerdo a los instrumentos de gestión, tenga el carácter de permanente. También otro elemento no menos importante, es la remuneración, dado que

por lo regular de manera obligatoria todo cargo o servicio, debe ser remunerado, lo que implica que el funcionario o servidor público tendrá derecho un sueldo o remuneración, en calidad de contraprestación a la labor que desempeña (Benavente y Calderón, 2012).

Para efectos de identificar la calidad del agente en este tipo penal, corresponde acudir a los que nos indica el artículo 425 del Código Penal, en el cual se considera como funcionario o servidor público a los que se encuentran comprendidos en la carrera administrativa; los que realizan cargos políticos o de confianza, incluyendo a los que emanan de voto popular; todo aquel que, sin perjuicio del régimen laboral aplicable, ostenta vínculo laboral o contractual de cualquier índole con entidades u organismos estatales, comprendiéndose a las empresas del Estado o sociedades de economía mixta que están en la actividad empresarial del Estado, y que en base de ello realiza funciones en tales entidades; los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados, aunque pertenezcan a particulares; los que pertenecen a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; asimismo, cuando la autoridad competente los designe, o cuando sean elegidos o proclamados para realizar funciones a nombre del Estado; y, de manera abierta, los otros establecidos en la ley como en la Constitución Política.

No obstante, conviene reconocer que la definición de funcionario público, resulta muy imprecisa en la doctrina jurídica, dada la discrepancia que hay entre su acepción técnica y su sentido vulgar y también a otras circunstancias que se emplean en las distintas legislaciones. En unos países, es común considerar al empleado público como sinónimo de funcionario público, excepto en otros el funcionario implica el ejercicio de mando cualificado, mientras que empleado público es solo uno de los peldaños iniciales e intermedios en la jerarquía administrativa oficial, para explicar, el empleado para nada representa al Estado, ya que no exterioriza la autoridad ni la voluntad del mismo, no obstante, se convierte en funcionario cuando se unge de autoridad por designación. Por consiguiente, el vocablo funcionario que consigna nuestra Constitución hace referencia fundamentalmente a labores de preeminencia política o representación del Estado, ejercidos ya sea por elección, nombramiento o designación. No obstante, tal como lo sostuvimos anteriormente, se encuentra desfasado técnicamente con las modernas concepciones que en la actualidad rige el ordenamiento legal tanto nacional como internacional (Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE, s.f.).

b. La intervención en razón de su cargo

Al referirse a que el funcionario o servidor público debe intervenir por razón de su cargo, esta frase contiene el

posesivo su, que es apócope de suyo o suya: que significa que hace alusión a las funciones que le otorga la ley. Dichas funciones se establecen en las normas jurídicas que regulan el cargo, en los actos administrativos, entre otros.

Dicho de otro modo, nos estamos refiriendo a una relación funcional-institucional de carácter específica que tiene el agente con determinado supuesto fáctico de la Administración Pública: tal y como sucede con los contratos u otras operaciones que el Estado es parte, donde quien los representa deben procurar la correcta negociación y ejecución de las relaciones contractuales, y se proteja al Estado para que no salga perjudicado.

Se complementa lo antes descrito, indicando que para la perpetración del delito de negociación incompatible, no es suficiente que el sujeto activo tenga la única cualidad de funcionario o servidor público; sino que también

conjuntamente con dicha cualidad especial, el sujeto público debe contar con plenas facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, en otras palabras, que posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación (Reátegui, 2016).

En cuanto al ejercicio de la intervención en razón del cargo del agente público, se señala que lo que realmente se reprocha en este delito que ataca los intereses de la

administración pública es que el funcionario despliegue acciones para su propio interés, pero actuando por razón de su cargo público, de ahí que se dice que tiene vinculación funcional.

Esto debe ser entendido bajo dos formas: la primera es que debe existir un abuso del cargo funcional, lo que implica que el agente pretenda desconocer las funciones de los empleados que tiene bajo su cargo, que realice funciones que no le compete, que imponga su decisión u opinión sobre algún acto relacionado con la contratación objeto del delito. La segunda forma de entendimiento es que el legislador no solo ha dispuesto la competencia directa que pueda tener el funcionario estatal, sino también ha previsto los actos indirectos y simulados.

Así, conforme a la expresión en razón de su cargo, también se considera cuando el funcionario realice gestiones para canalizar las contrataciones u operaciones en donde el Estado es parte, motivado por un interés indebido, a pesar de no tener competencia para ello; en dicha situación, evidentemente se deberá demostrar que el funcionario guarda un interés futuro (Reátegui, 2016).

En concreto, cuando se hace referencia a la locución por razón de su cargo, es referirse a determinadas funciones y atribuciones que la misma ley otorga al funcionario o servidor

público para participar en un contrato u operación, independientemente de la naturaleza que tenga, como adquisición de bienes, remate, adjudicación y otros.

Tal y como ocurre cuando un alcalde de una municipalidad se le faculta por ley para formar parte en los contratos o negocios a realizarse con particulares; así como el Reglamento de Organización y Funciones - ROF, o el Manual de Organización y Funciones – MOF, que indican las funciones del puesto, de tal manera que el gerente o el jefe de abastecimiento y otros funcionarios, pueden formar parte por razón de su cargo en cualquier contrato o negocio de la administración pública; en estos casos dichos agentes claramente pueden ser sujetos activos del tipo penal en comento (Hugo y Huarcaya, 2018).

2.2.4. Tipicidad subjetiva

En cuanto al tipo subjetivo del delito de negociación incompatible, debemos indicar que para que se cumpla con este nivel de tipicidad, el funcionario público debe comportarse con pleno conocimiento de que se están cumpliendo todos los elementos del tipo objetivo, e interviene mediante cualquier acto que importe o demuestre algún interés particular en un contrato o negocio económico.

De lo antes acotado, se infiere que nos estamos refiriendo a un delito eminentemente doloso; con esta categoría penal no es suficiente el comportamiento imprudente, o que el funcionario pueda y deba

potencialmente conocer el interés indebido. En este delito debemos diferenciar los casos en los que importen un comportamiento netamente doloso, de los casos donde existe negligencia inexcusable o, hasta, incompetencia funcional. Así pues, el dolo deberá probarse aplicado a cada caso en específico, no se presume; no obstante, en la actividad probatoria, el dolo sigue las reglas del principio de presunción de inocencia y por supuesto quien tiene la carga de la prueba (Castillo, 2015).

En el mismo sentido acota Enríquez (2016), al señalar que la configuración subjetiva de la acción desplegada en el delito de negociación incompatible, requiere que el agente cualificado actúe con pleno conocimiento de que ostenta el deber de lealtad y probidad para realizar contratos en favor del Estado; de ello se deduce que este delito solo admite el dolo, en sus diferentes formas, tales como dolo directo y el dolo eventual, mas no la comisión imprudente o culposa, ello conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal.

El elemento del dolo, que como ya se ha indicado, se presenta en el delito de negociación incompatible, significa aquel conocimiento de que se está participando en un contrato o negocio del Estado, ya sea directa o indirecta, obteniendo un beneficio para uno mismo o para un tercero y que además se realiza ejerciendo el cargo especial al que fue designado; pues si por ejemplo, en otro escenario, el agente cualificado interviene en el contrato, estando suspendido o inhabilitado para ejercer función pública, claramente no se puede

encontrar el elemento del dolo (conocimiento y voluntad) referido a la intervención en base al cargo.

Ahora bien, el dolo directo de primer grado se refiere a que el agente busque realizar la acción típica, el resultado o ambos; el factor predominante es el factor volitivo sobre el cognitivo; en este escenario se resalta la importancia lo que el sujeto persigue, es decir la meta o fines que pretende lograr; hay una relación directa del funcionario o servidor público con las consecuencias principales. Por su parte, en cuanto al dolo directo de segundo grado, el sujeto activo tiene que saber con plena seguridad que su actuar (ya sea activa u omisiva) realiza los elementos objetivos del tipo; existe una previsión cierta del resultado típico; en este caso prevalece el elemento cognoscitivo; el sujeto activo prevé las consecuencias que, pese a que no quiso buscarlas, de todas maneras, se producirán, o que son ciertas o necesarias a la acción emprendida.

Estas consecuencias secundarias forman parte del conocimiento y se distinguen como dependientes de la voluntad, a pesar de que no se deseen o que el autor actúe en contra de sus intereses; es por ello que no es necesario, que el autor vea con buenos ojos la perpetración del resultado, inclusive es posible que en su interior esté desando que lo mejor que le podría pasar es que no se produzca el desenlace final.

En concreto, el actuar del funcionario o servidor público en calidad de agente cualificado, se convierte en prohibido cuando actúa movido por un interés no administrativo o no estatal; aquí su actuar se encuentra

en una desviación de poder; en esta circunstancia no se requiere que el dolo comprenda la conciencia del perjuicio a las arcas del Estado, ni la intención especial que se está obteniendo una ventaja, provecho o beneficio, o que se está operando con ánimo de lucro (Reátegui, 2016).

Para ampliar, se indica que, a diferencias de otros delitos, el de negociación incompatible no puede ser cometido de manera culposa; es decir, de conformidad con el artículo 12 del Código Penal, este tipo penal no se puede configurar a través de una conducta imprudente o negligente. Así, el dolo en la negociación incompatible no tiene por qué tener un perjuicio patrimonial a la Administración Pública; por cuanto ello no es condición típica que el delito llegue a causar o pretenda causar un perjuicio.

No obstante, lo que motiva a la realización de la conducta es ciertamente el lucro, que es perfectamente posible en este tipo de ilícitos, sin perjuicio para nadie: por ejemplo, cuando un proveedor (al cual el funcionario público está ligado) adquiere un contrato con el Estado, con precios muy provechosos, en donde resultan beneficiados el proveedor (al cual, reiteremos, está vinculado el funcionario) como el propio Estado, ello no causa perjuicio alguno a las partes, sin embargo, esta situación no deja de ser típica, dado que ya se cometió la incompatibilidad en el ejercicio de la función. El funcionario debería de saber que con el solo hecho de instruir a su personal de confianza en cuanto a las diferentes operaciones que

deberían de realizar con el Estado, ello ya implica un acto incompatible con la función pública asignada (Reátegui, 2016).

2.2.5. Consumación y tentativa

Como sucede en todo lo previsto por nuestro Código Penal, se debe analizar y verificar la consumación y tentativa; así, en el delito de negociación incompatible, la consumación se realiza cuando se verifica el interés ilícito del funcionario público en los contratos o negocios que tiene a su cargo; en otras palabras, si es que se identifica que el accionar de dicha autoridad, se encuentra destinada a obtener una ventaja económica o de cualquier otra naturaleza, en provecho propio o para un tercero.

Para determinar si el delito se encuentra consumado, no es necesario que el contrato o la operación por los que se interesa el funcionario, se lleguen a concretar, convenir o celebrar; dado que en este caso es suficiente el simple hecho de identificarse el interés indebido; del mismo modo, no se exige que se cause en estricto, un perjuicio al Estado con la realización del contrato o negocio, pues al ser un tipo penal de simple actividad y de peligro, se reprocha el interés mal intencionado del agente especial y no se requiere algún otro presupuesto de resultado (Enríquez, 2016).

Conviene hacer énfasis que, el delito de negociación incompatible sólo se configura con la realización del acto indebido, a pesar de que el ánimo de obtener provecho, ventaja o beneficio para sí mismo o para un tercero exista con anterioridad.

Bajo ese supuesto, es de verse que no realiza conducta punible el funcionario o servidor público que simplemente hace una promesa a un licitante, que va hacer todo lo que está a su alcance con el objeto de que se le adjudique un determinado contrato, mientras tal promesa no se concrete en un comportamiento que quebrante el procedimiento adecuado para la toma de decisión. Inclusive, anterior a la realización de dicho acto indebido, podrá haber una demostrada manifestación de los deseos, pero ello no amerita la consumación del delito, ni siquiera tentado; entender que en tal momento *ex ante*, ya hay comisión de delito, es tanto como entender consumado el falso testimonio cuando el testigo convocado para una declaración, el día antes de rendir la misma en presencia de la autoridad, manifiesta, comenta o asegura a otra persona su interés en mentir durante dicha declaración (Reátegui, 2016).

Sobre la determinación si el delito de negociación incompatible está consumado, el profesor Rojas (2016), haciendo un símil con el delito de colusión desleal, menciona que, a diferencia de este último, en el delito de negociación incompatible se puede verificar que el momento de su consumación tiene mayor camino delictivo. Siendo que, al no guardar de manera concreta un momento específico en que se pueda consumir este delito en la realización del contrato o negocio; este puede perpetrarse en cualquier fase, tanto desde la etapa de pre ejecución o incluso en la fase de ejecución del contrato; por cuanto es factible que en estos momentos se realice el interés indebido que el agente pone en la negociación o contrato con ánimo de obtener un

provecho personal o para otro, hecho que se deberá acreditar debidamente en la investigación que diera lugar.

Por su parte, sobre la tentativa en este tipo penal, ello va ligado con lo anteriormente acotado sobre la consumación del mismo; puesto que al no exigirse que el sujeto activo o un tercero resulte favorecido con la operación o negocio contractual, ya que es suficiente acreditar el interés indebido del funcionario o servidor público, la tentativa no se admite en este tipo delictivo. Siendo que, a pesar de que el funcionario o servidor en calidad de sujeto activo, no haya obtenido el beneficio que pretendía, el delito se encuentra consumado por el solo hecho de interesarse indebidamente, conforme lo determina el supuesto típico (Enríquez, 2016).

2.2.6. Un delito de infracción de deber

De manera general, con fecha 06 de diciembre de 2011, mediante Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116, se ha indicado respecto a los delitos de infracción de deber, en el fundamento jurídico 9, que conforme a lo establecido en la doctrina como en la propia jurisprudencia, hay delitos que necesitan de un dominio del agente para su realización, de los que se destaca por ejemplo al robo, homicidio calificado, estafa, extorsión, secuestro, tráfico ilícito de drogas y otros a los que se les conoce como delitos de dominio.

No obstante, no solo el dominio resulta crucial para la construcción de determinados delitos, por cuanto otros tipos penales se configuran producto del quebrantamiento de un deber especial que el agente

tiene, como es el caso de los delitos que cometen los funcionarios estatales producto del ejercicio de su cargo. A diferencia de los delitos de dominio, a quien se considera autor en un delito de infracción de deber necesariamente debe tener una cualidad especial de funcionario o servidor público cuyo deber que tiene en razón de su cargo, incumple o quebrante. En este caso el dominio del hecho no alcanza ninguna relevancia, ya que la sola infracción del deber que cuenta el sujeto cualificado, que es conducirse de manera correcta bajo los principios de lealtad y probidad dentro de la administración del Estado, así como el respeto de los bienes bajo su cuidado, lo convierte en sujeto activo de este tipo de delitos.

El delito materia de desarrollo, forma parte del catálogo de los delitos especiales propios y de infracción del deber; puesto que la cualidad especial que tiene el agente, fundamenta el injusto penal, ya que sólo lo pueden hacer determinados sujetos cualificados que tienen un estatus jurídico especial. Lo dicho precedentemente, significa que los roles funcionales, no necesariamente deberán estar regulados dentro del Código Penal o ley penal especial, sino en normas de carácter extrapenal ya sea genéricas o concretas; pues los deberes y roles que deben tener los funcionarios y servidores públicos se encuentran en la Constitución, leyes, reglamentos, estatutos, instrumentos de gestión, directivas y demás.

El concepto de los deberes y roles en la negociación incompatible, se realiza teniendo en cuenta el propio tipo penal que nos remite a tales normativas, ya que tiene el fin de especificar los parámetros de las

funciones públicas y administrativas; y por ende de la consecuente responsabilidad en que incurra, ya sea penal, civil o disciplinaria (Reátegui, 2016).

En palabras de nuestra Corte Suprema⁵, se ha indicado jurisprudencialmente que, conforme se encuentra establecido en el artículo 399 del Código Penal peruano, la negociación incompatible es un delito que para efectos de determinar la tipicidad objetiva, exige que el agente criminal debe poner interés directo o indirecto en algún contrato estatal en donde el Estado es parte y que dicho agente interviene por razón de su cargo (funcionario o servidor público); empero no es posible considerar como autor a quien a pesar de tener la cualidad especial y pertenecer a la administración pública, no cuenta con facultades para decidir o de tener sobre si la efectivización de los contratos estatales.

Adicional a ello, la Corte Suprema ha dejado indicado que este tipo penal forma parte de los delitos de infracción de deber, en donde aparte de los deberes establecidos en sentido negativo de no transgredir a otros sujetos a través de la configuración de la propia organización, también hay deberes positivos que conllevan a la mejora de situación de otras personas y desde luego para la mejora

⁵ Recurso de Nulidad 722-2013 -TACNA- de fecha 01 de agosto de 2013, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República; Fundamento: Tercero.

de las instituciones de la administración pública, de cuya expectativa se espera que funcionen de manera correcta, en armonía y para

beneficio de todos los ciudadanos que forman parte del Estado. Para efectos de la exigencia de estos deberes, se debe cumplir un requisito esencial, sin el cual no existirían tales obligaciones ni las expectativas esperadas, que resulta ser que como presupuesto necesario quien posee tales deberes debe tener un rol especial, una cualidad especial o una titularidad de un estatus especial, tal y como sucede con el agente que representa y trabaja para el estado (Reátegui, 2016)

Así pues, la calificación de la participación del *extraneus*, en un delito cometido por funcionario público, solo será a título cómplice o instigador, de acuerdo a la naturaleza de la contribución en el hecho delictivo, acusar y condenar al *extraneus* como autor o coautor de un delito funcional, implica la aplicación errónea de la doctrina de los denominados delitos de infracción de deber, y también la vulneración al principio de tipicidad; que se haya condenado al *extraneus* como cómplice sin individualizar el aporte del autor del delito funcional, también es incurrir en la vulneración del principio de tipicidad y del debido proceso; y, considerar que el *extraneus* consuma el delito por sí solo o de manera conjunta con el funcionario o servidor público, del mismo modo sería una decisión carente de sentido dogmático penal (Rojas, 2016).

2.2.7. Autoría y participación

Entre los niveles de intervención que reconoce nuestro Código Penal, encontramos a la complicidad, la misma que viene a ser un aumento de riesgo desaprobado desde la óptica legal, y que es causal para que se produzca el resultado típico. Aplicando al delito materia del presente trabajo de investigación, tenemos que la complicidad, dentro de las contrataciones parcializadas, pueden llegar a ser los actos de colaboración o cooperación; aplicando en este escenario los actos de los intermediarios del funcionario o los miembros de la empresa favorecida, los tramitadores, facilitadores u otros negociadores que sirven a dichos intereses indebidos, mismos que su participación equivale al grado de cómplices en este tipo penal (Reátegui, 2016).

En cuanto a la autoría en el delito de negociación incompatible, se ha establecido que este tipo penal es un delito de naturaleza especial, toda vez que forma parte del catálogo de delitos cometidos contra la administración pública. Así, este delito, solo podrá ser cometido en calidad de autor, por un funcionario público, debiéndose precisar que la propia jurisprudencia de la Corte Suprema ha clasificado al delito de negociación incompatible como uno de infracción de deber (Castillo, 2015).

Sobre la participación, Rojas (2007), hace referencia a que en las circunstancias de los contratos u operaciones, pueden existir aportes de quienes tiene el dominio del hecho, cualidad reservada para los autores; así como actos de ayuda, auxilio o colaboración, incluso de

instigación, hechos que no solamente puede ser realizado por terceros, sino también por los mismos funcionarios, pero que, evidentemente, no se encuentra ligados conforme a su cargo en el contrato o negocio.

Para las acciones de interesarse de forma ilícita, es posible asumir la teoría de que la instigación puede hacer quien tenga interés ilícito como el mismo particular o a otros funcionarios que no están ligados con el cargo, ello por cuanto se trata de un delito de peligro de imputación personal.

A. La complicidad en el delito de negociación incompatible

Entre las categorías que forman parte de la participación criminal, encontramos a la figura de la complicidad, de esta manera los tipos penales que protegen bienes jurídicos, están destinados a prohibir que su autor perpetre o consuma el delito, pero no solamente se centra su objetivo en el autor, sino también prohíbe a las personas que ayudan a la realización de la acción delictiva.

La complicidad es el apoyo doloso a otro sujeto para cometer el hecho tipificado como delito, hablar de complicidad nos estamos refiriendo, a un concepto de naturaleza periférica, puesto que su existencia en el hecho antijurídico se presenta fuera del tipo penal de la parte especial, puesto que esta parte específica solamente puede ser realizado por el autor (Reátegui, 2014).

Desde una óptica doctrinaria, la complicidad se indica que partiendo de que el autor de un hecho delictivo es únicamente

quien de manera mediata o inmediata, sólo o junto con otros, realiza los actos típicos del delito, el cómplice primario, secundario son partícipe; la delimitación entre ambas figuras solo puede llevarse a cabo determinando el alcance de la expresión un auxilio para la comisión del hecho punible, sin el cual no hubiera podido realizarse, elemento que es el que define a la complicidad primaria frente a la secundaria en la comisión del delito.

Teniendo en cuenta que la cooperación en ambas categorías es un elemento común, todo da a establecer que la diferencia entre una y otra forma de intervención en el delito parece ser únicamente la intensidad en el grado de contribución al hecho principal y ayuda o apoyo para con el autor, lo que se trata es de explicar qué es lo que fundamenta el que una conducta de colaboración se vea favorecida por una rebaja prudencial de la pena.

Puede decirse en otro sentido, cuál es la razón que justifica la imposición del marco penal de la autoría a quien no lleva a cabo más que un acto de cooperación a la realización de un delito por otro sujeto.

En España el legislador hacía referencia a la expresión cooperación necesaria frente al de mera complicidad, la doctrina se centró históricamente en determinar el grado de necesidad de la aportación, en relación a la ejecución del hecho, que permitiera hablar de cooperación necesaria. Por lo tanto, se discutió si había que atender a la necesidad concreta (la aportación sería

necesaria cuando, sin ella, el hecho principal no se hubiera realizado tal y como se realizó), o a la necesidad en abstracto (la aportación sería necesaria cuando, sin ella, el hecho principal no se habría podido realizar de ninguna manera); no obstante posteriormente se llegó a la conclusión de que la necesidad no era un criterio muy útil y válido si se llevaba a alguno de sus extremos.

Así, si se atendía a la necesidad concreta, toda cooperación sería necesaria, pues cualquier aportación tendría influencia en la forma de aparición del resultado de manera que, sin ella, este no habría sucedido exactamente del mismo modo. Y si, por el contrario, la necesidad se entendía desde un punto de vista abstracto, no existiría ninguna aportación necesaria, puesto que siempre sería posible que el autor hubiera cometido el delito en otro momento y/o de otro modo (López, 2019).

Según nuestro ordenamiento penal, el que colabora o participa en el hecho delictivo, también deberá responder penalmente, así al partícipe se le imputa la comisión del hecho punible, debiendo responder como cómplice por la comisión de la acción penal. La participación de quien colabora con el hecho, fundamenta la individualización de la perpetración de delito, por cuanto también hace suyo el hecho criminal; dicho de otra manera, con su ayuda otorga un fundamento para acceder el hecho delictivo (Reátegui, 2014).

Dentro de la figura de la autoría y participación en los delitos, se reconoce a la complicidad, mediante el cual se indica que esta se encuentra conformada por aquellas contribuciones, asistencias o apoyos que se ejecutan y que son anteriores a la comisión del delito o simultáneos al mismo, pero que vienen a ser de trascendencia para que la conducta típica se realice.

Dicho de otro modo, el agente cualificado como cómplice, puede realizar acciones tanto en la fase de preparación, como también durante la ejecución del delito (Bramont, 2000). Mientras que el autor tiene el dominio del hecho y es determinante para que el delito se pueda consumir, el cómplice se ocupa de realizar acciones de auxilio o apoyo hacia el autor, pero que no tiene incidencia directa ni alguna decisión con respecto al dominio final del hecho (Peña Cabrera, 2011).

El maestro García (2019), define a la complicidad o también denominada cooperación, como una forma de participación en el delito; siendo que la misma se encuentra comprendida por aquellas contribuciones o ayudas necesarias para la configuración del delito, estas a su vez puede ser anteriores o simultáneos al hecho.

Nos sigue ilustrando dicho autor, que la contribución no necesariamente tiene que ser efectiva, ya que es suficiente verificar que con la ayuda se incremente el riesgo para el

agraviado o aumente el éxito para el autor; por ejemplo si el cómplice le entrega al autor una “pata de cabra” para abrir la puerta de una casa que pretende robar, empero cuando el agente va a la casa, la puerta está abierta; en este caso, la ayuda resulta ser potencial ya que, al margen de cómo se encontraba la puerta al momento de la comisión del hecho, antes de su ejecución ya se incrementó las posibilidades de éxito para que el autor pueda ingresar a la casa a robar.

Es cierto también que la colaboración que realice el cómplice debe encontrarse en un contexto en donde le pueda asignar el hecho principal el sentido delictivo, sino estaríamos ante hechos que socialmente es permitido (lo que la doctrina penal denomina prohibición de regreso); en ese orden, si se colabora en un hecho delictivo, este también es un acto que le atañe al cómplice, quien a su vez tiene cierto grado de dominio del hecho, así el cómplice es tan competente del hecho como el propio autor, no obstante, lo que le diferencia de este último es que su competencia es en una menor intensidad.

En la misma línea, se reconoce que la figura de la complicidad, se puede dividir en dos subtipos, conocidos como la complicidad primaria y secundaria; por la primera se entiende que es una forma de ampliación del tipo que exige una colaboración dolosa de parte del agente, este tipo de complicidad se encuentra latente, dentro del *iter criminis*, en la fase de preparación del delito, y viene a ser un aporte necesario al hecho.

Entre los elementos que caracterizan a la categoría de la complicidad de tipo primaria se tiene que: el grado objetivo de la colaboración con el delito, en donde se reconoce un auxilio importante para la comisión del hecho punible; y, el momento en que se realiza el apoyo, así, de acuerdo a este último elemento, el cómplice primario colabora propiamente en la fase preparatoria del delito (Gaceta Jurídica S.A., 2009).

Por su parte, mediante la complicidad secundaria se identifica un aporte o apoyo de carácter no trascendental ni indispensable para la realización del delito, además, no es relevante verificar en qué fase de la comisión del delito se presenta, no obstante, se debe precisar que debe manifestarse antes de que el delito se consuma.

En cuanto a los elementos que lo conforman, el cómplice secundario, dada su intervención, ocupa un lugar accesorio o secundario en el hecho, el mismo que es dominado únicamente por el autor del hecho punible, aquí el cómplice secundario no tiene ninguna posibilidad objetiva de dirigir, dominar y evitar el resultado, por ejemplo cuando alguien se mantiene a una determinada cercanía del lugar donde se perpetra el delito, expectante e inactivo, permitiendo la consumación del mismo, entablado conversación con los sujetos que lo están ejecutando (autores), a quienes conocían, se configura un supuesto de complicidad secundaria, toda vez que la estancia de quien

observa es prescindible para la comisión del delito (Gaceta Jurídica S.A., 2009).

Asimismo, se ha clasificado la complicidad en necesaria y no necesaria, estamos ante una complicidad necesaria cuando se determina que la ayuda prestada es de tal naturaleza que sin esta el acto delictivo no se hubiera podido realizar, para este caso, se utiliza la condición *sine qua non*, el cual nos lleva a establecer lo siguiente: si se elimina de manera mental la acción que realizó el partícipe, y no se hubiera podido cometer el hecho, en consecuencia, estamos hablando de una participación de complicidad necesaria.

Para determinar la complicidad no necesaria, corresponde realizar el mismo trabajo mental, pero en este caso el resultado será que sin la acción del partícipe, el delito si se hubiera podido cometer. Ahora bien, es importante no confundir entre la complicidad de tipo necesaria y la coautoría, así, se ha establecido que quien hace su aporte colaborativo después del comienzo de la ejecución sin el cual el delito no hubiera podido cometerse, y tiene co-dominio del hecho, es por lo tanto coautor; por su parte, es cómplice necesario, quien presta una ayuda de tal característica que su aporte se produjo de manera dolosa y antes del comienzo de la ejecución del hecho delictivo (Bacigalupo, 1978).

Sobre el carácter temporal de la complicidad, se resalta que esta no implica que la colaboración, ayuda o auxilio sean destinados necesariamente a realizar el hecho principal, sino que pueden estar referidos a actos preparatorios (Plascencia, 1998).

También se establece que para que el cómplice otorgue su colaboración o ayuda, no necesariamente se va a requerir un acuerdo manifiesto con el autor del delito, ya que es suficiente un acuerdo tácito e incluso en algunas circunstancias puede ocurrir que el cómplice presta su aporte, sin que previamente el autor tenga conocimiento de ello, a dicha situación fáctica se denomina complicidad oculta.

Por otro lado, la complicidad también puede ser por omisión, siempre que esta facilite la realización del hecho punible; finalmente corresponde hacer mención que el cómplice debe actuar de forma dolosa, siendo que no es factible una complicidad culposa en un delito doloso o imprudente, su dolo está ligado al acto de ayuda y a la ejecución del hecho principal, el dolo constituye el límite de su responsabilidad, por esta razón, el cómplice responderá únicamente hasta donde alcanza su voluntad y no se hace responsable de los excesos en que incurre el autor (Villavicencio, 2006).

Sobre la participación del tercero con interés, en el Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116, se precisa que, en delito denominados de infracción de deber la lista de autores resulta ser limitada y se

encuentra diseñada únicamente para agentes cualificados; no obstante, si es posible la consideración de los partícipes o terceros que, claro está, no tienen la calificación exigida.

Así, es la jurisprudencia la que fundamenta esta posición explicando bajo la teoría de la unidad de título de imputación, la misma que refiere: a) un solo hecho no puede ser conocido mediante dos tipos penales distintos; y, b) el tercero con interés puede colaborar y formar parte en delitos de infracción de deber, en donde responda por la conducta ilícita realizada por el agente especial quien quebrante el deber que ostentaba.

Por consiguiente, el tercero con interés no será considerado como una forma autónoma de comisión del delito, por más que toma parte en la ejecución del delito, sino que su colaboración depende del hecho principal que realiza el agente especial.

En específico, en el delito de negociación incompatible, se considera cómplice primario a aquella persona que actúa en calidad de intermediario y se interesa conociendo lo que busca el otro en el contrato o negocio económico del Estado, salvo que sea el mismo funcionario o servidor que actúa en base a su cargo y tiene una intervención directa en el acto u operación. Así la parte que será directamente beneficiada en la operación contractual con el Estado, siempre y cuando se evidencie que ha hecho actos de coordinación, haya convenido o está al tanto de todas las

gestiones que realiza el funcionario, puede ser sin lugar a dudas, considerado como cómplice (Reátegui, 2016).

Sobre lo ya indicado, el tratadista Reátegui (2016), menciona que, a quien se le considera cómplice, se debe verificar que su actuación se realizó bajo el pleno conocimiento de que el agente especial se interesa de manera indebida en una contratación que forma parte del Estado. No es suficiente con determinar el aporte material del cómplice y que su apoyo ha permitido para que se consuma el delito, también es muy necesario desde un nivel probatorio demostrar la conducta dolosa del cómplice conforme a los estándares de prueba adecuados y suficientes.

A su turno, quien instiga no tiene dominio del hecho, su acción es ajena y accesoria a la acción típica, esta se sanciona conforme a las reglas del artículo 24 del Código Penal. Bajo tales alcances, la instigación implica determinar, motivar o convencer a otra persona para que esta cometa un determinado delito, siendo que dicho convencimiento debe ser ejercido también de manera dolosa. Según la definición doctrinaria quien instiga ejerce influencia psicológica sobre el agente, la misma que se debe realizar antes de que el autor haya decidido ejecutar el delito.

En el delito bajo análisis, es posible catalogar como instigador al tercero (empresario o agente público) quien convence o determina o al autor para que se interese de forma indebida en los contratos del Estado, dicha persuasión puede ser ejercida

mediante presión o regalos, siendo que, en este último caso, se estaría ante la comisión del delito de cohecho.

Según lo manifiesta el Profesor Castillo (2015), para que se cumpla con tal categoría, no es obligatorio que el cómplice sea funcionario o servidor público, ya que también, como sucede en muchos casos, puede tratarse de un particular con interés, por ejemplo, un proveedor que contrata con una entidad estatal. Así pues, se determina que tampoco es esencial que el denominado cómplice en este delito haya tenido un vínculo de carácter contractual para con la administración pública.

No obstante, es diferente cuando se imputa a un funcionario o servidor público por haber favorecido (cómplice) a una determinada empresa privada en un proceso de contratación con el Estado, mientras se encontraba ejerciendo tal cargo (por ejemplo, secretario técnico) y en el que posteriormente se corrobora que tal funcionario en dicho periodo época no laboraba en la entidad pública. Sin perjuicio de lo advertido, se deja de manifiesto que aquellos actos de colaboración, pueden distinguirse de naturaleza material o también psíquica; por su parte, cuando se trate que el acto de participación en grado de complicidad, se derive de un funcionario o servidor público, no es necesario que directamente deberá pertenecer al mismo sector o área de la administración en donde se realiza la contratación u operación económica.

Siguiendo con la línea argumentativa, para Enriquez (2016), conforme a la teoría de los delitos de infracción de deber, solo quien tenga y vulnere el deber especial, puede ser catalogado como autor, así, todos los que participan y no cumplen con dicho supuesto, serán únicamente cómplices; siempre y cuando de manera dolosa ayudan al autor a perpetrar el delito; ello puede ser corroborado en el mismo tipo penal que establece que el interés indebido puede darse tanto de forma directa como también indirecta.

Teniendo en cuenta lo que se ha indicado para los delitos de infracción de deber, si un funcionario público de una municipalidad donde trabaja, conviene con un amigo cercano (ajeno o extraño a la función pública) favorecerle para que obtenga un contrato con dicha entidad, a cambio de una fuerte suma de dinero, el funcionario o *intraneus*, es el autor del delito cometido, mientras que el extraño es solo cómplice (puesto que no infringe deber alguno).

Dicho razonamiento, encuentra fundamento en que solo en la infracción de deber jurídico especial en que incurre el funcionario (obligado) puede fundamentar la autoría. Así, el *intraneus* es siempre un autor, ya que su acción es infringir de manera personal su deber especial; por su parte el *extraneus* solo es cómplice, porque a pesar de que pueda tener el dominio del hecho, no puede ser autor ya que él no se encuentra obligado al deber especial por no trabajar para el Estado y, por consiguiente, él

tercero con interés no puede lesionar ni poner en peligro al Estado (Salinas, s.f.).

No obstante, al determinarse que el *extraneus* puede ser considerado como cómplice, es importante verificar la siguiente precisión: bajo alcances estrictos el tercero con interés no vulnera roles especiales porque no los tiene, no está obligado a cuidar el normal o correcto funcionamiento de la administración pública, es por ello que no puede ser autor.

En términos relativos, el tercero con interés si tiene un vínculo con la administración (de hecho, todos los ciudadanos lo tenemos), no obstante, conforme a las exigencias del tipo penal, si no es funcionario o servidor carece de obligación especial y no puede ser considerado como autor, empero si como cómplice, de acuerdo al grado de participación o colaboración (Rojas, 2007).

Por otro lado, se ha identificado un tipo de colaboración para la perpetración del tipo penal, que la doctrina lo denomina complicidad psíquica, en donde se indica que la complicidad si bien se encuentra determinada según el principio de la participación en el ilícito, un aporte real al acontecer típico, que puede consistir, según la concepción tradicional, tanto en una intervención externa como en un apoyo psíquico.

Justamente en este último apoyo afirman Muñoz Conde y García Arán también cabe la complicidad psíquica, el mismo que consiste en un asesoramiento técnico (por ejemplo, quien explica al autor

la forma más fácil de pasar ilegalmente droga por una aduana), o en un reforzamiento de la voluntad delictiva debilitada en el autor (por ejemplo, cuando es el apoyo moral de un sujeto el que termina por decidir al autor del delito a ejecutarlo).

Cabe indicar que tal aporte otorgado por el cómplice no debe ser el que haga surgir en el autor la decisión a la realización del hecho punible, pues en ese caso estaremos claramente ante otra forma de participación que sería una instigación. Así pues, para que exista complicidad psicológica-intelectual, la influencia debe significar un apoyo a la decisión ya tomada por el autor; por citar algunos ejemplos, se tiene a la prestación intelectual de ayuda pueden mencionarse los consejos (en tanto no exista inducción) o indicaciones, el llamado de atención sobre posibilidades adecuadas de un delito, la prestación de asesoría jurídica relativa a la ejecución más adecuada del hecho, la entrega de objetos que sirvan para impedir la individualización del autor, el fortalecimiento de la resolución delictiva. Un caso evidente de complicidad psíquica es el hecho de explicar el funcionamiento del arma o de una máquina, o el de proporcionar datos sobre la víctima o dar consejos y fortalecer así al autor en su decisión delictiva (Reátegui, 2014).

Del mismo modo, se han clasificado algunas clases de complicidad psicológica, identificándose dos casos, cuando existe un consejo técnico y cuando hay un reforzamiento de la decisión

delictiva. Sobre el primero hace referencia a que es cómplice psicológico a aquel que proporciona indicaciones o asesoramiento que facilitan el hecho, sea que estas lleguen a su conocimiento a través de su experiencia, capacitación personal o profesional o de sus indagaciones previas.

Toda acción de apoyo al autor de un delito que consista en un consejo sobre la forma o el momento de cometer el ilícito penal. Mientras que el reforzamiento de la decisión delictiva se puede manifestar bajo cuatro modalidades: a) estabilizar la decisión delictiva, que por un lado, se presenta al ofrecer motivos adicionales para cometer el delito; y por otro lado, disipar las últimas dudas respecto a la decisión delictiva ya tomada por parte del autor; b) la disposición de intervenir en caso sea necesario; c) el encubrimiento anticipado; d) la promesa de encubrimiento posterior, ya que la promesa de realizar actividades que han de seguir al hecho puede constituir para el autor la condición para comenzar o no; entonces en la promesa hay complicidad (Reátegui, 2014).

2.2.8. Prescripción

La figura de la prescripción desde una óptica general, es aquella institución jurídica mediante la cual, en mérito al tiempo transcurrido, la persona obtiene determinados derechos o también se libera de ciertas obligaciones. Ahora bien, desde un punto de vista penal y a lo que nos ocupa, la prescripción es una causa que extingue la

responsabilidad penal, la que se basa en el paso del tiempo sobre los hechos humanos o la dimisión del Estado al *ius puniendi*, bajo el argumento de que el tiempo que ha pasado elimina los efectos de la conducta ilícita, existiendo meramente una memoria social, ética o moral de dicha acción, pero que ya no va a tener ninguna incidencia de carácter jurídico penal (Reátegui, 2016).

La prescripción, se entiende específicamente desde una óptica procesal, ya sea que se declare de oficio por parte de la autoridad competente o a petición y en función al tipo legal perseguido, teniendo en cuenta los parámetros de la pena que se fija para cada tipo penal. Teniendo en cuenta la etapa procesal en la que se encuentre, para verificar la materialización de la prescripción, la suspensión e interrupción de la misma, debe tenerse en cuenta la acusación fiscal, la denuncia formalizada o el auto de apertura de instrucción que calificó el marco temporal de los hechos como delito de negociación incompatible. Según lo regulado en el primer párrafo del artículo 80 del Código Penal, la prescripción de la acción penal se da por el paso del tiempo que es el máximo de la pena fijada por la ley para cada delito, si esta es privativa de libertad, adicionando la mitad de tiempo de acuerdo al artículo 83 *in fine* del Código Penal, en calidad de plazo extraordinario (Reátegui, 2016).

2.2.9. La prueba en el delito de negociación incompatible

Con respecto a la prueba en este delito, el titular de la acción penal y representante del Ministerio Público, deberá ocuparse en demostrar,

principalmente, el interés indebido que el funcionario o servidor público ha realizado en el proceso de contratación o negociación. La actividad probatoria que se despliegue no solamente va a limitarse a recoger de manera simple y somera, ciertas irregularidades administrativas cometidas en el proceso de contratación estatal.

Sobre el particular, debemos hacer mención que los fines de un proceso penal son diferentes a los fines que se busca en un procedimiento administrativo; puesto que mediante el proceso penal se debe de acreditar más que suficiente, la comisión de un delito, con todos sus elementos configuradores, objetivos y subjetivos, para así desvirtuar el principio de presunción de inocencia; mientras que en el proceso administrativo, disciplinario o sancionador, lo que es objeto de prueba es la comisión de una infracción de carácter administrativa. Todo ello cobra sentido ya que, en la mayoría de casos para acreditar la comisión del ilícito penal, es insuficiente la transgresión a la ley administrativa, o a la normativa de las contrataciones públicas.

En el caso de la negociación incompatible, el verbo típico interés, que debe ser uno indebido, debe ser acreditado de manera estricta y suficiente; ello toda vez que el elemento del tipo penal denominado interés privado que promueve y patrocina el funcionario o servidor público constituye el núcleo principal del injusto de este delito en comentario (Reátegui, 2016).

Ahora bien, no existe un protocolo determinado en donde podamos encontrar los pasos a seguir para demostrar el delito de negociación

incompatible; no obstante, se reconocen una serie de criterios que se deben tomar en cuenta, tanto de prueba directa como de prueba indiciaria, para demostrar la responsabilidad penal del agente cualificado, entre ellos tenemos: I. concurrencia de muchas irregularidades administrativas como el quebrantamiento de la Ley de Contrataciones del Estado, la rapidez para resolver ciertos y otros. II. En los casos de consultores en la ejecución de una obra, cuando se les contrata de forma directa, es indicativo de negociación incompatible. III. También cuando se permite el fraccionamiento del contrato. IV. Dar inicio al proceso de contratación y autorización del titular de la entidad pública. V. El nombrar el Comité Permanente especial de los procedimientos de Adjudicación Directa y de menor Cuantía, no habiéndose designado miembros suplentes con lo previsto por el artículo 41 del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Reátegui, 2016).

En la misma línea, el indicado autor continúa la lista de criterios para demostrar el delito de negociación incompatible, cuyo escenario se realiza en el comité electoral y las diversas formas o adversidades que se puede presentar en un proceso de contratación; así, es probable determinar el delito de negociación incompatible cuando: VI. Cuando el presidente de un comité especial informa al titular de la entidad que es imposible reunirse por falta de *quorum*, ya que sus miembros están enfermos, en tanto requiere intencionalmente la cancelación de procesos de selección publicadas en el Sistema de Información de Contrataciones del Estado SEACE. VII. Si los miembros del comité

especial no concurren a la apertura de sobre y alegan enfermedad, pretendiendo acreditar con certificados médicos de fecha posterior a la reunión programada, máxime si en dicha fecha asistieron a su trabajo (Reátegui, 2016).

Del mismo modo, dentro del propio desarrollo del proceso logístico, también se puede identificar algunas circunstancias directas o indiciarias que conllevan a determinar la comisión del hecho punible contra la correcta o normal desarrollo de la administración pública; siendo otros criterios: VIII. La cancelación de los procesos de selección realizados por el titular de la entidad estatal, a través un acto administrativo, como una resolución de alcaldía; IX. La designación de un nuevo Comité Especial Permanente realizada por la autoridad máxima estatal, que de forma intencional no se publica en el sistema respectivo, imposibilitando la adjudicación a los postores que participaron, afectando a otros ofertantes que no se enteraron de la convocatoria (Reátegui, 2016).

2.2.10. Aspectos jurisprudenciales

Es indicativo establecer que el Derecho peruano, como la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos mundiales, tienen diversas fuentes que alimentan todo el conjunto normativo que regula las conductas y supuestos de hecho.

En ese sentido, se reconoce que en nuestro derecho nacional, da lugar a un sistema jurídico en donde la jurisprudencia como una de las fuentes del derecho, empieza a ser fuente de producción que

está ocupando gran importancia en nuestro país; se dio inicio en las Salas Civiles Supremas cuando resolvían los recursos de casación, posteriormente ocuparon lugar las sentencias del Tribunal Constitucional y, ahora las propias sentencias de las Salas Penales de la Corte Suprema (Nakazaki Servigón, s.f.).

Lo antes indicado alcanza fundamentación en la medida que la jurisprudencia, en tanto pronunciamientos que resuelven casos en concreto, es una actividad netamente humana, puesto que dichas decisiones solo tienen sentido para los humanos en sociedad, y únicamente el ser humano puede llegar a descubrir el derecho o crear el mismo, ya que solo este ser posee aquella gracia que se denomina razón y que lo hace único (Dorantes, 2000).

En esta parte de la investigación, corresponde dar un alcance respecto de los diferentes pronunciamientos de nuestra jurisprudencia; por lo que, en principio, sobre la autoría y participación en los delitos especiales es menester traer a colación lo concluido en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Trujillo, de fecha 11 de diciembre de 2004, que señala en primer lugar, como criterios mínimos a ser considerados por el juzgador con el objeto de diferenciar la imputación a autores y partícipes en delitos de infracción de deber son: a) verificar la importancia de la participación y la cercanía que tiene con el bien jurídico para delimitar la pena que se deberá imponer tanto al autor y al partícipe; b) tener en cuenta que la participación, en todo delito en general, es accesoria; c) tal accesoriad descrita se encuentra supeditada

conforme a la descripción de cada delito, no resultando ser rígida ni ilimitada; d) si bien la respuesta punitiva para el autor de delitos especiales es por el dominio social que posee sobre el bien jurídico, empero ello no implica determinar que el aporte a la configuración del delito realizado por el tercero no se tome en cuenta para efectos de imponer una pena, por cuanto colaboraron a lesionar el bien jurídicamente protegido.

Como segunda conclusión se determinó que, en los delitos especiales, únicamente se deberá considerar como autores a quienes tengan los presupuestos especiales que exige cada delito conforme a su tipicidad objetiva; por lo tanto, no resulta amparable la coautoría entre el sujeto con cualidades especiales con aquel que colabora con el hecho y no tiene tales cualidades, por cuanto uno responderá por el tipo penal que le corresponda.

Como tercera conclusión, se indicó que es posible que el agente especial, quien tiene los deberes conforme al cargo estatal que ejerce, pueda ser responsable como autor mediato del delito especial, por cuanto utiliza a terceros en calidad de intermediario, ello por cuanto cuenta con el dominio para disponer el bien jurídico.

Teniendo en cuenta dos elementos típicos del delito de negociación incompatible, la Corte Suprema ⁶, estableciendo doctrina jurisprudencial, ha señalado una finalidad especial. A decir de la negociación incompatible como delito, cuenta con dos elementos

⁶ Casación 841-2015-Ayacucho, de fecha 24 de mayo de 2016.

típicos: el primero es aquel interés que el funcionario tiene sobre un contrato estatal, el mismo que deberá ser indebido conforme a su cargo que ejerce; y el otro es que además debe haber una búsqueda de alcanzar una ventaja económica ya sea para sí mismo o para otro, este elemento viene a formar parte de la tipicidad subjetiva.

Ampliando lo que significa el primer elemento, el interés que tiene el agente estatal puede ser debido e indebido; en donde el debido es aquel en donde el funcionario cumple con sus funciones en razón de su cargo y siempre busca el beneficio para la administración pública, mientras que el segundo interés, busca beneficios contrarios a la administración que representa y configura la conducta criminal de negociación incompatible.

Ahora bien, todo quedaría en la incertidumbre si no se aclara de manera jurisprudencial, a qué se refiere con el término interés indebido; en ese sentido, bajo un desarrollo detallado, la propia Corte

Suprema en la misma casación objeto de presentación, se ha

pronunciado al respecto, aludiendo que interés indebido es aquel deseo o motivación que tiene el funcionario estatal para no beneficiar al Estado al que poco o nada le importa.

Así, la negociación incompatible como delito de corrupción de funcionarios reprocha y castiga a aquel funcionario que transgrede la correcta gestión del patrimonio del Estado; en donde tiene un conflicto de intereses, por cuanto por un lado tiene la obligación de

procurar el beneficio para la administración pública que representa y por otro lado tiene interés particular propio o de otro; y, lo canaliza mediante acto simulado, de forma directa o indirecta, dentro de los contratos u operaciones que participa en base al cargo que ocupa, lo que vendría a ser el objeto sobre el que se manifiesta el interés indebido.

En ese orden, cuando se hace referencia al segundo elemento típico, e que debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero; la Corte Suprema, ha indicado que dicho elemento es la motivación por el cual el funcionario se interesa en un contrato u operación; desarrollando refiere que esta búsqueda de alcanzar dicha ventaja tanto para sus intereses singulares como para otros, es aquella estimulación que el agente estatal tiene para interesarse en algún contrato u operación. En este extremo, es contundente señalar que, en el proceso penal, desde una óptica probatoria, todos estos elementos deben acreditarse, más allá de presumir su existencia.

La propia Corte Suprema⁷, ha señalado que el delito de negociación incompatible es uno de peligro, el mismo no exige que se realice un perjuicio patrimonial determinado a las arcas del Estado, en ese sentido, solo es suficiente que se acredite la inobservancia de la imparcialidad que exige la norma penal; ello por la razón de que se realiza un adelantamiento de las barreras del derecho penal, con la

⁷ Recurso de Nulidad 2068-2012-Lima, de fecha 19 de abril de 2013.

finalidad de prevenir que tanto el funcionario o el servidor público transgreda el patrimonio estatal, sacándole provecho a su función pública.

En definitiva, lo que realmente se protege con este tipo penal es la imparcialidad que deben tener los funcionarios o servidores públicos, de acuerdo a las funciones que desempeñan, en la toma de decisiones propias, en la que deben evitar a toda costa, la mínima interferencia indebida o parcialidad que se encuentre fuera del interés de la administración pública.

De lo indicado, teniendo en cuenta la estructura típica de este delito y la misma ubicación en la Sección IV del Código Penal, relacionado a los delitos de corrupción de funcionarios, la negociación incompatible es un tipo legal que no protege de manera directa el patrimonio de la administración pública, es por ello que no resulta de aplicación la duplicidad del plazo de prescripción prevista en el artículo 80, parte final del Código Penal. (f.j. 6)

Entonces, el verbo rector que circunscribe al delito de negociación incompatible es el de interesar, así, como concepto de se interesa o de interés simulado se precisa⁸ que es comprendido como aquella injerencia extralimitada al cargo que ocupa el agente estatal, misma

⁸ Recurso de Nulidad 2641-2011-Lambayeque, de fecha 10 de agosto de 2012, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

que está alejada de la naturaleza funcional y se orienta otro designio como el pretender encaminar el negocio para beneficio propio o de tercero y no del Estado.

Entre sus modalidades se destaca a tres: I) Directamente, si el agente estatal actúa motivado por buscar el beneficio propio, valiéndose del cargo que ocupa y las funciones que desempeña; II) Indirectamente, si el sujeto especial manifiesta su interés en el negocio, pero con la actuación de otras personas ya sea terceros o también funcionarios estatales; y, III) Por acto simulado, en donde quien participa en el negocio aparenta tener representación distinta, pero que en detrás de ello pertenece al mismo funcionario o se encuentra ligado a este, lo que sucede con las empresas que contratan con el Estado que tienen representatividad de fachada, pero que en sí se ha creado con fondos propios del funcionario, quien aparenta una conducta ligada al interés estatal, pero en el fondo se encuentra motivado por hacer valer sus intereses particulares.

Ahora bien, con respecto a la intervención del tercero o *extraneus*, la Corte Suprema ha emitido un pronunciamiento, indicando que, si

se tiene en cuenta la estructura típica de este delito, no es posible la intervención del tercero; puesto que el mismo en un delito de infracción, depende de que la misma sea incluida en la redacción típica, tal y como ocurre en los denominados delitos de participación necesaria como el cohecho y la colusión.

No obstante, esto hace referencia a la participación del tercero como autor del delito de negociación incompatible; en donde se indica que este tipo penal⁹ es un delito de infracción de deber, ya que configura la lesión de un deber especial que tiene el funcionario o servidor encargado de los negocios que realiza la administración pública. La intervención de un tercero con interés, únicamente se encuentra ligada a que sean considerada en la redacción típica, como sucede con los delitos de participación necesaria en donde se exige que intervengan dos partes, como ocurre en el delito de peculado; en ese sentido, conforme a la redacción típica de la negociación incompatible, esta no da lugar a la intervención de un tercero con el que obligatoriamente se debe realizar el negocio, ya que, de ser así, nos encontraríamos ante la comisión de otros tipos penales como cohecho o colusión.

En el mismo instrumento jurisprudencial se hace alusión al nivel de participación del tercero con interés en el delito de negociación incompatible, ello relacionado también con el denominado interés indebido, así la Corte Suprema ha indicado que en este tipo penal

no es necesaria la participación de otra persona, por cuanto su configuración se da al margen de la voluntad del interesado. Su comisión está ligada cuando se origina un interés indebido para obtener ventaja económica para sí o para tercero quien no

⁹ Casación 841-2015-Ayacucho, de fecha 24 de marzo de 2016, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

precisamente debe formar parte de la contratación, sino que podría ser cualquier persona que resulte favorecida. La naturaleza de este delito es subsidiaria, ya que se acude a investigar por este tipo penal cuando en otros delitos relacionados no se ha cumplido los elementos para su comisión, como el de cohecho o colusión, en donde, a diferencia de este tipo penal, si se necesita la participación de un tercero.

Continuando con los aspectos jurisprudenciales en torno al delito de negociación incompatible, se precisa que¹⁰, este delito no protege el patrimonio del estado que debe ser velado por el agente especial, sino lo que tutela es la legalidad el ejercicio de la función pública, en donde alienta a cumplir los deberes de lealtad y probidad que el funcionario se encuentra obligado en razón de su cargo. Lo que fundamenta a este delito no es que con su comisión se ocasiona un perjuicio para el Estado, sino encuentra su sustento en reprochar el desempeño ilícito de carácter funcional que realiza el agente.

En el citado Recurso de Nulidad del año 2010, se aclara cuál es el ámbito de aplicación del delito, así como la trasgresión de los roles

que tiene el funcionario o servidor público quien es el agente protagonista en el delito objeto de estudio, en ese orden se ha emitido pronunciamiento arguyendo que el contexto donde se puede

¹⁰ Recurso de Nulidad 661-2009-LIMA, de fecha 10 de marzo de 2010, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

configurar la negociación incompatible puede ser en todas aquellas contrataciones públicas en donde el Estado es parte.

Asimismo, se debe considerar que no existe forma para que se configure este delito mediante una conducta de carácter omisiva, ya que, si se omite algún acto funcional, el agente puede ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por el delito de aprovechamiento indebido del cargo.

2.2.11. La impunidad en el delito de negociación incompatible

Históricamente, se ha señalado en cuanto al origen del concepto de impunidad, este concepto es utilizado en la mayoría de casos asociado a la falta de penalidad ante la transgresión de bienes jurídicos protegidos o en términos generales por ausencia de justicia. La preocupación para intentar combatirla surgió producto de la segunda guerra mundial, en donde la comunidad internacional buscaba identificar un medio para alcanzar justicia por los crímenes cometidos entre las partes que conformaron la guerra mundial.

En mérito a lo experimentado en los Tribunales de Núremberg y Tokio, los Estados realizan mayores esfuerzos para evitar la impunidad, situación que origina a que dos años después las Naciones Unidas de manera expresa acuña el término y pretende hacerle frente. Empero recién en la época del 90, mediante el informe emitido por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías denominado “La

Administración de Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos. La Cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos”, realizado por Louis Joinet, se introduce el término en un instrumento internacional (Escobedo, 2013)

De manera general, se puede definir a la impunidad como aquella inexistencia, tanto de hecho como de derecho, de responsabilidad penal de los autores y partícipes de violaciones, también de responsabilidad civil, así como administrativa o disciplinaria, toda vez que escapan a toda investigación con miras a su procesamiento, inculpación y detención, siempre que sean reconocidos como culpables, condena a penas apropiadas, y además a la indemnización del daño causado a sus víctimas (Cantón, 2010).

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), de acuerdo a los diferentes casos que este supremo tribunal ha conocido, define a la impunidad como la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables a las violaciones, tanto de los derechos humanos, como de todo el ordenamiento jurídico en general; y es que tal encargo recae en el Estado, en la medida que tiene la obligación de combatir la criminalidad mediante los medios o mecanismos disponibles, con ello se previene tales actos puesto que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones a la ley y la latente indefensión a los bienes jurídicos protegidos tanto públicos como privados.

Entre los diferentes obstáculos que existen para que se realice una efectiva investigación y que general impunidad, se encuentran la falta de tipificación y la realizada de manera errónea, la prescripción y la dilación indebida de las investigaciones, la falta de voluntad y de compromiso de las autoridades encargadas de los procesos penales. Así, se puede determinar que las investigaciones y los procesos penales deben ser exhaustivos, ya que seguirá existiendo impunidad mientras haya responsables que no sean investigados, procesados y sancionados.

Asimismo, lo dicho también incluye a quienes hayan realizado el encubrimiento que se vincula con la impunidad generada; pues la exhaustividad de las investigaciones no solo implica hacerlo con las personas que han sido autores de los delitos, sino con todas aquellas que han participado en los hechos y en delitos materia de la imputación (Dondé, s.f.).

Sobre los delitos que afectan a la administración pública, como sucede con el tipo penal de negociacion incompatible, se indica que se rechaza la impunidad en este campo, ya que la ciudadanía tiene una percepción negativa de los servicios que realiza la administración pública sobre la impunidad frente a los actos de corrupción, puesto que se ha comprobado que los responsables no han sido perseguidos. Para que dicha percepción cambie en los ciudadanos, se requiere acciones ejemplares con la finalidad de reconstituir la confianza pública (Revista Probidad, 2001).

Se indica que “Dios perdona el pecado pero no su impunidad” (Huhle, 2020). Desde un punto de vista terminológico, se ha escrito sobre la impunidad: que *Punió, punire, punitum* viene a ser aquel verbo latino que significa impunitas, mismo que es traducido como impunidad; en donde *punire* esta referido a una pena que implica el castigo o la venganza, empero esta última no es preocupación de la justicia. En términos generales, el delito que no tiene castigo es impune, pues no tiene como consecuencia una pena.

La impunidad también configura la situación o estado en que queda la comisión de un delito que no trajo consigo una pena cierta y concreta; impunidad también es la falta de castigo, ya sea por no haberse descubierto la conducta criminal, de no haberse probado su comisión, por la fuga del agente criminal o el refugio en algún país que le dio asilo, mediante el indulto o también por que la conducta criminal prescribió (Argentina, 2012).

Desde un aspecto gubernamental y en relación con la corrupción, se ha precisado en cuanto a la impunidad lo siguiente: la impunidad implica mayormente a aquella que se genera por las propias normas que la imponen, luego de su comisión y que se pretende perdonarse y hasta olvidarse. Un gobernante autoritario se cree que es impune mientras esta en ejercicio de su mandato o el gobierno está en manos de sus allegados; en este caso el tiempo que le preocupa es el que viene después, y sabe que su mandato terminará y es consciente de que el Estado mediante otros gobernantes perseguirá las atrocidades cometidas.

A decir verdad, la impunidad, así como las mismas normas que lo propugnan y las personas que lo aplican son un claro ejemplo de cobardía de quien en otro momento fueron asesinos, torturadores, corruptos y criminales; no obstante, es también una renuncia a valores primordiales de un Estado, que quienes los representan tienen el deber de perseguir el crimen pero lamentablemente no lo hacen (Garzón, 2010).

Bajo lo señalado, se adiciona que el dictador es un cobarde por naturaleza; su permanencia, seguridad y ejercicio de poder se ampara en el ejército, en las policías secretas, en los escuadrones de la muerte o en los grupos económicos indeseables para hacer cumplir unas normas y ejercer una acción contra los ciudadanos que, bajo otras formas deseables, no podría llevar a cabo; su miedo es el paradigma de la voluntad y de la dignidad de los que sufren la agresión y violencia, a quienes cobardemente ni se atreve a mirar a los ojos, como tampoco mantiene el mismo pulso de su discutible grandeza cuando se enfrenta a ellos sin la presencia de la fuerza del poder usurpado.

Su autoritarismo, abuso y corrupción, suplen su escaso valor para enfrentar la crisis social, económica o política; no existe un sistema autoritario, ni personas que los han sustentado en Latinoamérica o en otras partes del mundo, con capacidad para hacer frente a los problemas de un país con la fuerza y valentía del ejercicio de valores como la sinceridad, la honestidad y la responsabilidad que deben ser exigibles para solucionarlos; muy al contrario, son astutos en la

ocultación, en la mentira y la manipulación con la única finalidad de obtener un beneficio propio y, en consecuencia, son corruptos por naturaleza; de aquí que se puede inferir que la impunidad es hermana mayor o madre de la corrupción (Garzón, 2010).

En otros términos, la impunidad es reconocida como aquella anomalía o irregularidad que lamentablemente se encuentra presente en todo régimen político y en todo ordenamiento social, en el mundo aún no se ha conocido ninguna experiencia de ausencia de impunidad, lo que nos puede llevar a concluir que en toda sociedad existen ciertos delitos que no se castigan y que hay sujetos impunes.

En aquellos estados en donde tienen un derecho consolidado, la impunidad es relativamente escasa; no obstante, en las sociedades que tienen determinados problemas de estructuración del sistema de justicia, la impunidad alcanza niveles superlativos (Rodríguez, 2011).

2.2.12. El principio de accesoriadad y la teoría de unidad de título de imputación.

A. El principio de accesoriadad

Para el autor James Reategui Sánchez, el principio de accesoriadad en la comisión del delito supone: Una conducta accesoria de parte del agente dependiente de la existencia de un hecho principal existiendo dos tipos de participación: 1. Cuando existe un aporte esencial para la realización del hecho punible

estamos ante una participación a título de complicidad primaria, y
2. Cuando se trata de un simple acto de colaboración corresponde la complicidad secundaria. (2022, pág. 39)

El principio de accesoriedad permite delimitar: Cuando la realización de un supuesto de hecho constituye un hecho principal que pertenece a la esfera del autor y cuando la conducta del otro interviniente es una actividad accesoria; entonces, la accesoriedad tiene mucho que ver con la participación (inducción y complicidad), por lo que de no haber el hecho principal no hay accesoriedad, por lo tanto, no hay participación. (SAN MARTIN CASTRO, 2018)

Es menester realizar un comentario a partir de los argumentos realizados por los autores, que la participación necesariamente requiere de la existencia del hecho principal del autor, y que la vinculación del cómplice va estar supeditada por el hecho principal de dominio del autor, la conducta típica del partícipe, no puede dar lugar a un proceso penal o sanción penal autónoma independiente del autor, sino que se vincula con la pena prevista para el autor.

B. La accesoriedad en el *extraneus* en los delitos de infracción del deber.

El Código Penal respecto a la participación asume la tesis de la accesoriedad de la participación, lo que implica que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por el autor, y que la complicidad no goza de autonomía

típica propia o de estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible. (ROJAS VARGAS, 2003, pág. 147) Con, la modificatoria del artículo 25° del Código Penal, quedó establecido conforme a lo siguiente:

Artículo 25°. - 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 disminuirá prudencialmente la pena.

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

El comentario que se puede realizar en base de la modificatoria del artículo 25° del Código Penal, es que se refuerza en nuestro sistema punitivo el principio de accesoriedad, para sancionar penalmente al que presta auxilio a otro para la comisión del hecho punible, por lo que el cómplice siempre va a responder por el hecho delictivo cometido por el autor, con esta modificatoria, consideramos que se han resuelto los problemas de imputación con los tipos penales especiales propios.

Reátegui Sánchez (2020), sostiene que el cómplice primario en el delito de negociación incompatible, es la persona que actúa como intermediario interesándose o conociendo el interés del otro, en el contrato u operación, salvo que se trate de funcionario público que obra en ejercicio de funciones y tiene injerencia directa en la negociación o celebración de los actos jurídicos. El cómplice tiene

que conocer que el funcionario público se interesa de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico y que ese interés es además indebido. No basta verificar de manera objetiva un aporte causal del supuesto cómplice y que con su conducta haya facilitado o ayudado la comisión del delito, resulta indispensable probar y justificar el comportamiento doloso del cómplice de manera adecuada y suficiente.

La Resolución del 21.09.2012 de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima del expediente N° 00036-2012, establece que para la complicidad primaria se debe tener en cuenta que el aporte de los cómplices en la ejecución del hecho punible, es válidamente aplicable el principio de accesoriedad de la participación, así como la teoría de la unidad de título de imputación. El fundamento de la participación en el hecho del autor sobre la base de un injusto autónomo aplicado al delito de negociación incompatible, está en que cada interviniente accede al tipo en la medida que su propia conducta suponga una intromisión en una esfera de organización ajena, por consiguiente el fundamento jurídico del partícipe subyace en el acceso propio existencia de la actividad a un hecho típico y antijurídico.

Bajo este contexto por consiguiente se puede deducir que, pueden intervenir personas que no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos, pero que coadyuvan a la realización del acto incompatible, las personas que colaboran dolosamente en la realización del delito de negociación

incompatible; y si bien no tienen la calidad especial de funcionarios o servidores públicos, son igualmente responsables por que tienen la calidad de cómplices extraneus (artículo 25° del Código Penal) y prestaron colaboración en la realización del delito de negociación incompatible.

2.2.13. La teoría de unidad de título de imputación

Según el autor Fidel Rojas (2020), la teoría de la unidad del título de la imputación en la actualidad es la teoría dominante en la doctrina penal peruana y comparada.

Y continuando con sus ideas del mencionado autor, deja entender que el partícipe extraneus que interviene en un delito especial deberá ser sancionado como partícipe, con el intraneus por el mismo delito especial, e identifica dos teorías: La teoría de la infracción de deber, y la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico: La teoría de infracción de deber en todos los delitos especiales, el intraneus sería autor del delito, al infringir dolosamente su deber especial, y el extraneus que colabora será partícipe del mismo. Aquí no interesa que el delito especial sea propio o impropio; el partícipe extraneus siempre responderá por el mismo delito que el autor.

En la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico, el extraneus será sancionado como partícipe de un delito especial, en tanto que él llega a tomar parte en un hecho más grave que un delito común, con el conocimiento, además, de que al funcionario extraneus le resultará más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura institucional.

La teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico, es la que se ajusta de mejor manera al esquema teórico planteado sobre el fundamento de todos los delitos especiales, a la luz del principio de accesoriedad limitada de la participación criminal que no deja espacios de impunidad para la sanción del *extraneus*; interpreta que el artículo 26° del Código Penal, no se debe utilizar para determinar el tipo penal por el cual responderá el *extraneus*, sino solo para establecer el marco penal abstracto (penalidad) al *extraneus*, como partícipe del delito especial, pero con una pena atenuada, dentro del marco penal abstracto del delito. (ROJAS VARGAS, 2003)

En el Perú, la unidad del título de imputación y accesoriedad, en los particulares o *extraneus*, es la teoría dominante por la cual responden a título de cómplices en la comisión del delito especial cometido por el autor el sujeto activo (funcionario o servidor público), esto podemos afirmar por la gran cantidad de doctrina y jurisprudencia que se halla sobre el tema, ejemplo tenemos la doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 2- 2011/CJ-116, en cuanto a la pena y la prescripción para los *extraneus*, que se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, y que para el cómputo de la prescripción, no les será aplicable el término del plazo previsto para los autores.

A. La teoría de unidad del título de imputación en los delitos de infracción del deber

Como se dejó evidenciar en los párrafos anteriores, Fidel Rojas argumenta que el Código penal respecto a la participación, asume

la tesis de la accesoriedad de la participación, refiere que es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, y que la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad de título de imputación será la que corresponda al autor.

Además, con relación al partícipe, menciona que es aquel que contribuye a la realización del hecho delictivo de otro, es quien convence a otro para que cometa un delito que no tenía pensado realizar, o quien proporciona los medios o cualquier tipo de colaboración para que otro lleve a cabo un hecho delictivo. Siguiendo con Rojas Vargas, el partícipe se vincula siempre con la conducta del autor del delito especial, por el principio de accesoriedad, y la teoría de unidad de título de imputación; además, agrega que serán atípicas las conductas, aun cuando contribuyan con los actos dolosos del autor, si es que se realizan sin dolo por los roles cotidianos del partícipe en la sociedad. En la teoría de unidad de título de imputación, el extraneus si puede ser partícipe del delito especial, si bien no puede ser considerado autor, nada impide que pueda ser abarcado como cómplice o instigador, también al extraneus se dirigiría la norma subyacente al tipo penal, pues se trataría de proteger un interés determinado (bien jurídico).

El Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116 abordó el tema “La

participación del extraneus en los delitos especiales propios en el caso del enriquecimiento ilícito” y en su fundamento décimo, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el extraneus si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien sólo colabora, no hay ningún impedimento para que los extraneus respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad.

Consideramos importante describir el acuerdo plenario en mención, para los fines de nuestra investigación, a pesar que se desarrolla en el marco del delito de enriquecimiento, no obstante los Magistrados Supremos, abordan las distintas teorías sobre la participación, y si bien establecen como jurisprudencia vinculante que el extraneus, no puede ser autor del delito especial de deber, empero, sí puede ser partícipe del delito de enriquecimiento ilícito, porque en los delitos de infracción de deber que tengan un componente de dominio, la intervención conjunta del intraneus y extraneus es admitida, al infringir el extraneus su deber general de abstención de no perturbar instituciones positivas, y en base a ello se funda su sanción; lo que nos permite llegar a la conclusión que los Magistrados Supremos, aplican las reglas de la

accesoriedad y la teoría de unidad de título de imputación.

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Conforme se ha estudiado en la presente investigación y lo esgrimido en el marco teórico, con el objetivo de determinar los criterios jurídicos adoptados por los jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, mismo que, del análisis de las decisiones de las mismas, sostenemos que no solo deben considerarse los criterios adoptados sino también otros con la finalidad de no quedar en impunidad aquellas conductas de terceros que conjuntamente con el funcionario o servidor público transgredieron los bienes jurídicos estatales, como es el caso del delito de que nos ocupa.

Bajo este contexto, la formulación del problema fue ¿Cuáles son los criterios jurídicos que adoptan los jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible?, nuestra hipótesis planteada fue: Los criterios jurídicos adoptados por los jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, son: en virtud del principio de accesoriedad responde a título de cómplice, la conducta del autor debe configurar como delito y la intervención dolosa del *extraneus* en los contratos u operaciones públicas.

Asimismo, el objetivo general fue determinar los criterios jurídicos adoptados por los jueces del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de

negociación incompatible, y los objetivos específicos que refuerzan el objetivo general son: estudiar doctrinal, jurisprudencial y legal el delito de negociación incompatible, describir el principio de unidad del título de imputación en relación al delito de negociación incompatible, analizar las sentencias emitidas por el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, en función del delito de negociación incompatible y finalmente formular una propuesta de Pleno Distrital.

Así en *pro* de alcanzar dicha meta y habiendo utilizado los métodos de investigación desarrollados anteriormente, tanto los genéricos como los propios del derecho, siendo también de crucial importancia las técnicas y los instrumentos. A continuación, desarrollamos nuestra contrastación:

3.1. Descripción de resultados

Aplicando la técnica de observación documental se logró analizar un total de 21 sentencias judiciales, con respecto al delito de negociación Incompatible, de las cuales su contenido queda detallado:

3.1.1. Expediente: 00040-2016-15-0611-JR-PE-01

En resumen, los hechos materia de proceso (a mayor abundamiento se detallan en la sentencia materia de análisis que consta en los apéndices):

El Ministerio Público acusó como autores del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo a Helmer Villoslada Montero y Waldemar Mike Vargas Llanos (Alcalde y Gerente Municipal) y como cómplices primarios a Nancy Jackeline Arbildo Ramírez, Marco Antonio Arbildo Ramírez y Jorge Luís

Martínez Flores en calidad de cómplices primarios, en agravio de la Municipalidad Provincial de Santa Cruz.

A los funcionarios públicos se les atribuyó interesarse de manera directa e indirecta en la contratación de Nancy Jackeline Arbildo Ramírez, quien era conviviente del Gerente Municipal (Waldemar Mike Vargas Llanos), quienes figuran como gerente y subgerente (gerente y conviviente) de la empresa STARVARGAS S.R.L. según partidas registrales, empresa a la que, la entidad edil habría desembolsado la suma de S/. 11,606.00 soles, en tres armadas, por adquisición de bienes.

Asimismo, se les imputó a los funcionarios públicos interesarse en contratar directa e indirectamente en el año 2011, a Marco Antonio Arbildo Ramírez, quien es hermano de Nancy Jackeline Arbildo Ramírez (presunta esposa del Gerente Municipal), para la actualización de la contabilidad y la elaboración de los estados financieros, donde la Municipalidad o Entidad edil realizó un pago de S/. 12,833.00 Soles.

De conformidad del artículo 25 del Código Penal a los acusados Nancy Jackeline Arbildo Ramírez, Marco Antonio Arbildo Ramírez y Jorge Luis Martínez Flores, la fiscalía acuso ser cómplices primarios, dado que han tenido una participación de vital importancia, al admitir consentir y ser parte en las respectivas contrataciones, pese a tener pleno conocimiento sobre la imposibilidad de contratar con la Municipalidad Provincial de Santa Cruz y que se les estaba beneficiando de manera directa e ilícita.

Cabe aclarar que los acusados en calidad de cómplices primarios no son funcionarios ni servidores públicos, si no terceros con interés, en un contrato que se realizó con la Municipalidad Distrital de Santa Cruz.

Ahora bien, veamos el pronunciamiento del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios y analicemos cuidadosamente los criterios a tomar respecto del tercero con interés o mejor dicho *extraneus* (siendo este, lo que nos interesa):

El Juzgado encuentra probado que Waldemar Mike Vargas Llanos Gerente Municipal y Nancy Jackeline Arbildo Ramírez tienen hijos en común, pero no acredita la convivencia de estos dos; asimismo, señala que no se ha llegado demostrar que el acusado Waldemar Mike Vargas Llanos sea el cuñado del acusado Marco Antonio Arbildo Ramírez, más aún si no se ha demostrado que exista una relación de convivencia entre la supuesta hermana Nancy Jackeline Arbildo Ramírez y el Gerente Municipal. Y por tanto absuelve de los cargos imputados a los acusados, respeto de Jorge Luís Martínez Flores, el representante del Ministerio Público retiró acusación.

En el análisis se aprecia, pese a la existencia de la acusada Nancy Jackeline Arbildo Ramírez y Marco Antonio Arbildo Ramírez un vínculo de familiaridad con el Gerente Municipal Waldemar Mike Vargas Llanos (conviviente o ex conviviente con la acusada y a la vez cuñado respectivamente), los criterios del Juez fue: primero no hay un interés indebido en forma directa, indirecta o por acto simulado para sí o para otro en provecho propio o tercero, por cualquier contrato u

operación en que intervenga por razón de su cargo y hayan participado como cómplices (por parte de los autores) y segundo no hay un carácter doloso de los terceros.

CRÍTICA: Discrepamos los extremos de absolución de la sentencia materia de análisis, en principio consideramos la vulneración del principio de motivación de las resoluciones judiciales y segundo la vulneración del principio de seguridad jurídica, respecto al primero, el juzgado ha indicado que no se ha probado el vínculo de convivencia entre la acusada Nancy Jackeline Arbildo Ramírez y Waldemar Mike Vargas Llanos, sin embargo, el Ministerio Público demostró que entre estos tenían dos hijos, siendo ello así, el Gerente Municipal tenía conocimiento de la existencia de un vínculo de familiaridad y tanto la acusada estaba impedida de contratar con la Municipalidad de Santa Cruz, pues así lo establece la Ley N.º 26771 – Ley de prohibición de nepotismo, que en el artículo 1 de la referida Ley en comentario prohíbe que al servidor y funcionario público de forma directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de nombrar, contratar o inducir a otro a hacerlo en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho, convivencia o ser progenitores de sus hijos (extracto del artículo 1 de la Ley N.º 26771).

Sin embargo, pese a ello y evidenciándose el carácter doloso del funcionario público contrato no solo a la madre de sus hijos, sino también al hermano de esta (cuñado), evidenciándose del análisis que los terceros debieron ser sancionados penalmente, el Juez no solo

debió valorar la existencia o no de convivencia entre Nancy Jackeline Arbildo Ramírez y Waldemar Mike Vargas Llanos, sino la Ley de nepotismo. Siendo así, la valoración y el razonamiento judicial solo aparenta dar cuenta de las razones de su decisión.

En segundo lugar, esta decisión viola la seguridad jurídica pues en tanto no se valoró la Ley de nepotismo y por tanto ha dejado impune la conducta de quienes lesionaron los bienes jurídicos del Estado, y lo que se espera con este principio es que la sociedad confíe en el operador jurídico, para ello, supone que sus decisiones deben ser ajustadas al derecho y actuación razonable.

Bajo este contexto, creemos que un criterio que debe considerar el operador jurídico en los casos de negociación incompatible no solo debe ser el interés del funcionario o servidor para sí o para un tercero, o el carácter doloso, sino también velar por la no lesión del principio de seguridad jurídica haciendo que el ciudadano confíe en la justicia y los deberes del operador jurídico.

3.1.2. Expediente: 00039-2011-25-0602-JR-PE-01

En la sentencia bajo análisis, es un pronunciamiento de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca, los hechos imputados por el Ministerio Público, son contra Carlos Arturo Obregón Díaz, Víctor Manuel Arones Yuyale y Nicolás Marcelo Velásquez Nina, por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en su modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado (Provías Descentralizado), ilícito penal previsto en el artículo 399 del

Código Penal; sin embargo, en dicho proceso no existieron *extraneus*. En la presente acusa, la Segunda Sala Penal de Apelaciones, resolvieron de oficio absolver a los acusados, en tanto según criterio habría prescrito la acción penal. Que a nuestra consideración no se ha extinguido la acción penal y por tanto, se ha quedado impune la conducta de los responsables los hechos materia de proceso.

CRÍTICA: A efectos de hacer un correcto análisis de la sentencia es necesario delimitar previamente los hechos relevantes, segundo los fundamentos de la Sala y tercero los criterios nuestros:

Los hechos sustentados por el Ministerio Público imputo a Carlos Arturo Obregón Díaz y Nicolás Marcelo Velásquez Nina, ambos servidores públicos, al primero imputó en la obra denominada “Reconstrucción y Rehabilitación de carretera Cajamarca – Cajambamba tramo Cajamarca – San Marcos” haber realizado irregulares procesos de selección y contratación de servicios, pagos de alquileres de volquetes y cisternas, así como la designación y aceptación y ejercicio de cargo de residente de obra.

El primero de los imputados, siendo Jefe de Proyectos el 17 de abril de 2006, autorizó seis pagos por alquiler de una camioneta a María Magdalena Leyva Chang y seis volquetes a New Corporation American SAC, asimismo permitió indebidamente el otorgamiento de combustible para los vehículos alquilados y suscribió los partes diarios de trabajo.

El segundo imputado, siendo Presidente del Comité Especial, simuló los procesos de selección, para regularizar los contratos de alquiler de una camioneta y seis volquetes, suscribió Actas de Evaluación y Otorgamiento de la Buena Pro, suscribió ordenes de servicio en fechas posteriores a la presentación de los mismos, admitió irregularmente propuestas presentadas en los procesos de selección de la empresa New Corporation Americana SAC, pese a estar incompletas conforme a las bases, otorgando puntaje y beneficiándolas con la buena pro.

Como administrador de la obra, permitió el otorgamiento indebido de combustible a maquinarias por la cantidad de S/. 11,396.00, sin contar previo contrato, suscribió órdenes y guías de remisión sobre los procesos de selección de la adjudicación de menor cuantía, suscribió partes diarios de trabajo de presuntos servicios de alquiler de volquetes presuntamente brindados por New Corporation Americana SAC.

Sobre los fundamentos de prescripción de la acción penal sustentados por la Sala Penal de apelaciones se tiene:

En base al artículo 83 y 84 del Código Penal, establece en la sentencia de análisis que la prescripción de la acción penal inicia desde el momento de la comisión del hecho delictuoso (en un delito instantáneo), suspendiéndose la prescripción de acción penal una vez formalizada la investigación preparatoria, de acuerdo al artículo 339

numeral 1 del Código Procesal Penal, dicha suspensión según la Sala finaliza con la conclusión de la investigación.

Ahora bien, también sustentan que cuando exista formalización de la investigación, el plazo de prescripción es el extraordinario, que no es otra cosa el plazo ordinario más su mitad (se entiende el extremo máximo de la pena más su mitad).

Un segundo fundamento, sostiene que en los delitos de corrupción de funcionarios, como es el caso que se ocupa, el delito de negociación incompatible no se duplica el plazo de prescripción conforme lo establece el artículo 80 del Código Penal, esto cuando se trate de funcionarios y servidores públicos, pues no todos los delitos contra la administración pública lesionan bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo afectan el correcto ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad.

Siendo ello así, absolvió de los cargos a los imputados antes expuestos, en tanto el hecho materia de imputación se habrían cometido el 17 de octubre de 2006, y hasta la fecha de la audiencia de vista 11 años, 1 mes y 13 días, excediendo el plazo extraordinario, que era 9 años, conforme al artículo 399 del Código Penal.

Nuestros criterios por los cuales debieron responder los imputados:

Nos encontramos disconformes con la aplicación de un plazo fijado distinto a lo señalado por la doctrina jurisprudencial, más aún si la Sala

no se apartó de la misma, así tenemos el Acuerdo Plenario N.º 02011/CJ-116, Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 03-2012/CJ-116, Casaciones N.º 332-2015-Del Santa y 442-2015-Del Santa, donde la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido; la prescripción de la acción penal en los casos de suspensión por formalización de la investigación preparatoria, equivale a un plazo ordinario más la mitad, la acción penal prescribirá indefectiblemente cuando haya culminado dicho plazo.

Este plazo establecido por la Corte Suprema de la República, a nuestro criterio, es una vez formalizado la investigación esta se suspende a un plazo ordinario más su mitad y este criterio se refleja en todos los pronunciamientos que forman parte en la doctrina jurisprudencial, en conclusión el plazo de prescripción en casos de formalización de la investigación se duplica, lo que implica si el delito de negociación incompatible se tiene como extremo máximo seis (6) años de pena privativa de libertad, el plazo extraordinario es nueve (9) años, y estando a que se había formalizado la investigación, el plazo de prescripción de la acción penal es dieciocho (18) años. En conclusión, desde el 17 de abril de 2006, el plazo prescriptorio vencería el 16 de abril de 2024.

La segunda crítica, es respecto a la duplicidad de plazo de prescripción en los casos de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios y servidores públicos, según el artículo 80 del Código Penal; la Sala ha indicado en la sentencia materia de análisis, que no se ha vulnerado el patrimonio estatal, en tanto el delito

de negociación incompatible protege como bien jurídico la correcta administración pública; sin embargo, debe tenerse en cuenta sin bien es cierto, este delito protege como bien jurídico la correcta administración pública, indirectamente protege el patrimonio público, pues conforme se advierte del análisis de la sentencia los imputados se han desprendido la suma de total de S/. 312,538.01 (por supuesto alquiler de maquinaria a la empresa Lítaro SRL) y 214,401.00 a la empresa New Corporation Americana SAC.

Por lo tanto, debió duplicarse el plazo según el artículo 80 del Código Penal, aunado a ello, no solo debieron responder penalmente los servidores públicos sino también los terceros o *extraneus*, que son los representantes de las empresas antes indicadas, toda vez, según la sentencia estos no cumplieron con los requisitos para participar en los contratos estatales, más aún si se trató de subsanar los posteriormente los contratos con dichas empresas particulares.

3.1.3. Expediente: 00037-2018-0-0601-SP-PE-01

La sentencia *sub-examine*, se trata de una apelación de sentencia absolutoria realizada ante la Primera Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca. El Ministerio Público atribuyó a Homero Benjamín Burgos Oliveros, ex Presidente del Gobierno Regional de la Libertad, la comisión del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo 399 del Código Penal; a Helder Lincolli Olivares Peña, ex Director de Abastecimientos, el delito de peculado doloso agravado, tipificado en el artículo 387, segundo

párrafo del Código Penal, a Rosemarie Valdez Taboada, ex Directora Ejecutiva del PAS, el delito de usurpación de funciones, tipificado en el artículo 361 del Código Penal y como cómplice primaria del delito de peculado doloso agravado, previsto en los artículos 387 y 25 del Código Penal, a Julio Jaeger Rosell, ex Jefe de almacén, como cómplice primario del delito de peculado doloso agravado, previsto en los artículos 387 y 25 del Código Penal, y a Lucila Esther Mercedes Samana, ex Promotora del PAS, como cómplice primario del delito de peculado doloso agravado, previsto en los artículos 387 y 25 del Código Penal.

Sin perjuicio de los hechos materia de análisis, en el presente proceso no se imputo a los terceros como cómplices del delito de negociación incompatible, siendo ello así, no podemos realizar alguna crítica al respecto, más aún, la presente Sala Penal de Apelaciones ha declarado el quiebre del Juicio Oral y por ende un nuevo juicio, bajo diferentes títulos de imputación contra los causados.

3.1.4. Expediente: 00048-2013-4-0611-JR-PE-01

Analizamos, el Ministerio Público subsumió la conducta de los acusados: Richard Zenón Dávila Asenjo, Humberto Requena Taboada, Veder Dávila Perales, Diómedes Asenjo Bravo y Nelvi Dávila Bravo, como presuntos autores del delito contra la administración Pública en su modalidad de colusión contenido en el artículo 384 del Código Penal. A los acusados: Sonia Violeta Bravo Dávila y Carlos Enrique Rojas Bazán como presuntos cómplices del

delito contra la administración pública en su modalidad de colusión contenido en el artículo 384 del Código Penal.

Así mismo la fiscalía, realiza una tipificación alternativa de la conducta de los acusados: Richard Zenón Dávila Asenjo, Humberto Requena Taboada, Veder Dávila Perales, Diómedes Asenjo Bravo, Nelvi Dávila Bravo, como presuntos autores del delito contra la administración Pública en su modalidad de negociación incompatible contenido en el artículo 399 del Código Penal.

Respecto a los hechos imputados a Carlos Enrique Rojas Bazán, indicado como cómplice del delito de negociación incompatible, el representante del Ministerio Público imputó. La Municipalidad Distrital de Sexi, convocó al concurso Público N° 01-2012-MDS/CE, el día 02 de enero de 2013, con el objeto de contratar el servicio de alquiler de maquinaria para la obra "Mejoramiento y Rehabilitación de la carretera Sexy-corral viejo-Santa Cruz".

Se tiene que, en la referida fecha, el comité llevó a cabo la calificación, evaluación y otorgamiento de la buena pro, donde participó como único postor la empresa Andina Servicios y Construcciones SAC, representado por Carlos Enrique Rojas Bazán, por un monto de S/. 443,756.94, pese a que este postor, no contaba el certificado de vigencia de poder de la empresa, ya que esta fue expedida el 02 de enero de 2013, a horas 14:51:17, y según dicho certificado fue emitido por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos – SUNARP,

en abril de 2013, posterior al otorgamiento de la buena pro, a horas 10:00 a 12:15 horas.

CRÍTICA: Como es de verse en los hechos el Juzgado Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios, absolvió a los acusados Sonia Violeta Bravo Dávila y Carlos Enrique Rojas Bazán como presuntos cómplices del delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible contenido en el artículo 399 del Código Penal.

En este caso, advertimos que la fiscalía tipificó los hechos de forma alternativa en el delito de negociación incompatible y a dos acusados como presuntos cómplices del mismo delito (tanto a los autores como a *extraneus*) y el órgano jurisdiccional se pronunció respecto al delito de colusión, en tanto se señaló no existe medios probatorios fehacientes para condenar por este delito; sin embargo, no se forzó por la acusación alternativa, esto es, el delito de negociación incompatible, para este delito se evidencia la existencia de responsabilidad de los autores así como de los cómplices. Siendo ello así, se aprecia una indebida motivación de las resoluciones judiciales.

En principio discrepamos, en los extremos que declara absuelto a los imputados, si bien el delito materia de análisis no configura como colusión, empero si por el delito de negociación incompatible, veamos. El comité convocó al concurso Público N° 01-2012-MDS/CE, el día 02 de enero de 2013, único postor la empresa Andina Servicios y Construcciones SAC, representado por Carlos Enrique Rojas Bazán,

por un monto de S/. 443,756.94, pese a que este postor, no contaba el certificado de vigencia de poder de la empresa, más aún si el certificado de vigencia de poder se emitió fechas posteriores.

El Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, determino la no existencia de delito, en razón a que el comité actuó conforme a sus atribuciones y no existe responsabilidad penal, sin embargo se debe quedar como hecho probado, que al momento de ser contratado el tercero con interés o *extraneus* participó sin cumplir con los requisitos que establecen las reglas de participación prescrito en el artículo 65° del Decreto Supremo 1382012 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, “las personas naturales concurren personalmente a través de su apoderado debidamente acreditado ante el comité especial mediante carta poder simple. Las personas jurídicas lo hacen por medio de sus representantes legal o apoderado. El representante legal acreditará tal condición con copia simple del documento vigente que consigne dicho cargo y, en el caso del apoderado, será acreditado con carta poder simple suscrita por el Representante legal”.

Por lo tanto, según el tipo penal descrito en el artículo 399 del Código Penal, el funcionario debe indebidamente interesarse en la contratación u operación pública, y ha sido demostrada al momento que otorga la buena pro, sin haber el tercero cumplido con los requisitos (vigencia de poder), y el tercero con interés, conociendo que no cuenta con el poder especial que exige la norma, no adjunto un

requisito, con lo que evidencia claramente sin llegar a actos colusorios, la conducta dolosa del *extraneus*.

Siendo ello así, el Juzgado debió analizar cuidadosamente primero la conducta del autor del delito, servidor y funcionario público, donde se puede apreciar que constituye delito pues estos conocieron siempre de la falta de documentación adecuada del tercero, aunado a ello, esta conducta no es autónoma sino que puede ser imputada a terceros no funcionarios o servidores públicos de la entidad, con lo que debió optar por la tesis de la unidad del título de imputación, y finalmente se ha logrado acreditar la conducta dolosa del tercero, pues sabiendo de la falta de un requisito dolosamente intervino en las contrataciones u operaciones del Estado.

3.1.5. Expediente: 00088-2011-35-0605-JR-PE-01

Al igual que en los casos anteriores, nos remitimos a la acusación fiscal, el Dr. Luís Felipe Alva Vilchez, Fiscal Provincial Especializado Delitos Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, ha subsumido la conducta de la acusada: Agustina Amelia Gallardo Hernández, como presunta autora del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal; asimismo, ha subsumido la conducta de los acusados: Gildemeister Guevara Malaver, Agustina Amelia Gallardo Hernández, Segundo Ramos Aguilar Vásquez, Alan Rony Zapata Ramos, Melvi Levy García Díaz y Víctor Fernando Campos Sánchez, como

presuntos autores del delito contra la administración pública en su modalidad de peculado doloso, previsto en el artículo 387, primer párrafo del Código Penal; en agravio de la Municipalidad Provincial de Hualgayoc- Bambamarca.

En este caso la fiscalía no incorporo en la investigación a ningún cómplice primario de acuerdo al artículo 25 del Código Penal, menos aún en el delito de negociación incompatible, criterios con los que compartimos, pues como es de analizarse de los hechos materia de imputación, no se desprende que estos se subsuman en el delito de negociación incompatible e incluso en el delito de peculado, postura ha imputado el Ministerio Público.

3.1.6. Expediente: 00095-2015-1-0609-JR-PE-01

La Fiscalía, ha subsumido la acción de los acusados: Merardo Carmona Llico y Vladimir Alejandro Flores Castro, en el presunto delito contra la administración pública, en su modalidad de negociación incompatible, contenido en el artículo 399, bajo los alcances de la Ley 30111 de fecha 26 de noviembre del año 2013; en agravio de la Institución Educativa 066, Distrito y Provincia Bolívar, Departamento La Libertad. Este caso trata de que se había recepcionado la obra "Mejoramiento del Servicio Educativo Inicial en la I.E.I. 066 del Distrito, Provincia de Bolívar - La Libertad", y mediante una constatación fiscal de fecha 04 de marzo del año 2015 por la Fiscalía Provincial Penal de Bolívar, éste no estaría construido conforme al expediente técnico, pero no se apertura investigación en

este caso a ningún sujeto en calidad de cómplice de acuerdo al artículo 25 del Código Penal.

El Sexto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, Resuelve: condenar a los acusados Merardo Carmona Llico Y Vladimir Alejandro Flores Castro, como autores del Delito Contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, ilícito previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal; cometido en agravio de la

Municipalidad Provincial de Bolívar- Cajamarca, a cuatro años de pena privativa de libertad, con el carácter de efectiva. Esta es una sentencia condenatoria, que luego de una investigación se les encontró responsables del ilícito de negociación incompatible, no vertiendo ningún fundamento en cuanto a participación de un tercero con interés o *extraneus*.

Por lo que, no podemos realizar alguna crítica o tomar algún criterio que adopta el operador jurídico respecto del tercero o *extraneus*.

3.1.7. Expediente: 00131-2011-81-0607-JR-PE-01

Los hechos que sustentan la presente sentencia, es como se detallan: se atribuye ser autor del delito al acusado Concepción Fabio Jovito Delgado Vargas, al tener responsabilidad restringida (mayor de 65 años) se declaró prescrito la acción penal por Resolución número veinte y siete de fecha diecinueve de abril del dos mil dieciséis. Así mismo, los acusados David Alfonso Becerra Llanos y Julio Francisco Santa Cruz Becerra, se acogieron a una conclusión anticipada de

juzgamiento, se dictó sentencia condenatoria confirmada, según resolución número treinta y uno de fecha nueve de septiembre del año dos mil veinte. Continuando el juzgamiento contra los acusados Franklin Eduardo Chávarri Becerra y Roberto Santiago Chávarri Becerra de conformidad con el artículo 372, inciso 4 del Código Procesal Penal.

Respecto a la responsabilidad penal de Franklin Eduardo Chávarri Becerra y Robert Santiago Chavarri Becerra, el Ministerio Público considero como presuntos cómplices del delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio de la Municipalidad Distrital San Silvestre de Cochán. Cabe recalcar que en este caso las personas imputadas como cómplices no son agentes funcionariales, vendrían a ser *extraneus* ya que Eduardo Chávarri Becerra, es representante legal de Hospedaje “El Castillo” y propietario del ambiente destinado al almacén y Robert Santiago Chavarri Becerra, administrador de Hospedaje “El Castillo” los cuales hicieron contrataciones con la entidad antes indicada.

El Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, decidió condenar a los acusados Franklin Eduardo Chávarri Becerra y Robert Santiago Chávarri Becerra, como cómplices del delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible, conducta prevista y tipificada en el artículo 399 del Código Penal en agravio de la Municipalidad Distrital de San Silvestre de Cochán; a cuatro años

de pena privativa de libertad con carácter de suspendida, por el periodo de prueba de tres años sujeta a reglas. inhabilitar a los sentenciados: Franklin Eduardo Chávarri Becerra y Robert Santiago Chávarri Becerra, por el plazo de dos años de conformidad con el inciso 2) del artículo 36 del Código Penal. Fijar como reparación civil solo por concepto de indemnización a los sentenciados Franklin Eduardo Chávarri Becerra y Robert Santiago Chávarri Becerra, el pago diez mil y 00/100 soles (S/ 10, 000.00) que deberán pagar los acusados de forma solidaria en el plazo de 30 días naturales de quedar consentida y/o ejecutoriada la sentencia.

En este caso el operador jurídico considero la actuación del funcionario público, esto es, que el alcalde Concepción Flavio Jobito Delgado Vargas si bien es cierto se había extinguido la acción penal (ex alcalde), David Alfonso Becerra Llanos teniente alcalde y Julio Francisco Santa Cruz Becerra, se acogieron a la conclusión anticipada de juicio, de modo que aceptaron ser autores del delito de negociación incompatible.

Ahora bien, señaló el operador de justicia que los delitos cometidos por funcionarios públicos, pueden ser perpetrados con el auxilio de particulares, no es dable excluir la acción de los particulares del tipo especial, dado que solamente son incommunicables las cualidades personales o materiales referidas a la culpabilidad o la punibilidad, es decir a las características personales o materiales referidas al hecho, siendo aplicable por lo tanto el principio de accesoriedad.

En nuestra jurisprudencia peruana, a partir del año 2000 admite la complicidad y responden por el mismo injusto penal del autor, además que dicho operador jurídico tiene la posición de aceptar la tesis de la unidad del título de imputación. Bajo estos fundamentos considero como criterios jurídicos para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible:

Primero, que el tercero responde a título de cómplice bajo el principio de accesoriedad, en tanto, el operador jurídico en este distrito judicial se adopta la tesis de la unidad del título de imputación; segundo, bajo la teoría limitada previamente la acción del autor debe llegar a un nivel de injusto penal, es decir que la acción del autor debe ser típica más antijurídica.

CRÍTICA: Consideramos y compartimos estos dos criterios jurídicos adoptados por el Juez del Juzgado Especializado de delitos de Corrupción de Funcionarios; no obstante, creemos conveniente que debe agregarse a esta decisión como un criterio jurídico, la conducta dolosa del tercero al obtener el provecho y lesionar los bienes jurídicos del Estado, así como lo ha establecido en otras decisiones.

3.1.8. Expediente: 00140-2017-77-0601-JR-PE-01

En la presente sentencia materia de análisis se advierte, que el Ministerio Público acusó a José Miguel Berrú Camino, Jorge Alejandro Pérez Acuña, y Mercedes Rolando Palacios Viñas, ser autores del delito contra la administración pública, en su modalidad de negociación incompatible, contenido en el artículo 399, en agravio de

la Municipalidad Provincial de Hualgayoc-Bambamarca. Sin embargo, no hubo terceros o *extraneus*, a pesar de que de los hechos se registra que participaron, los representantes del Consorcio El Tambo.

No obstante, conforme se aprecia del análisis de la citada sentencia y de la valoración de medios probatorios, efectivamente quienes son responsables del delito materia de imputación fueron los funcionarios Mercedes Rolando Palacios Viña, José Miguel Berrú Camino y Jorge Alejandro Pérez Acuña, como autores, más no se evidencia a terceros, ello en razón a que el interés indebido de forma directa fue en provecho de los funcionarios públicos. Criterio que compartimos.

3.1.9. Expediente: 208-2017-0-0601-SP-PE-01

El presente caso bajo análisis, se trata de una apelación de sentencia condenatoria, los hechos se detallan en relación a que el Ministerio Público imputo a Raúl Eduardo Silva Mayuri, que en su condición de Alcalde Provincial de Bolívar, ha cometido el delito de Negociación Incompatible, como cómplices primarios a Camilo Ullilen Torres, Ángel Octavio Lozano Puitiza y Samuel Domínguez Chiguala, hecho ocurrido durante la ejecución de la obra denominada Mejoramiento Deportivo “Pakarishca”, del distrito y provincia de Bolívar –La Libertad, con un valor referencial de S/.587,605.20 soles.

Dicha obra que fue ejecutada mediante administración directa, para lo cual el acusado (alcalde) celebró ciertos contratos de locación de servicios con sus coacusados, con la finalidad de beneficiarlos en los trabajos que realizarían, trabajos similares y relacionados a la

construcción de muros y cercos perimétricos, excavaciones, movimiento de tierra, columnas, vigas y trabajos parecidos.

En este caso vemos que el Sala Penal de Apelaciones considera como criterios jurídicos para calificar la intervención del tercero o *extraneus*, conforme se detalla: Que, si bien el juzgado de primera instancia condenó como autor del delito contra la administración pública, en su modalidad de negociación incompatible, contra Raúl Eduardo Silva Mayuri. La responsabilidad penal de Camilo Ullilen Torres, Ángel Octavio Lozano Puitiza y Samuel Domínguez Chiguala, en calidad de cómplices primarios, menciona que no se ha determinado cuáles fueron los actos de corrupción que han desarrollado, ni cuáles fueron sus aportes necesarios y esenciales para la ejecución de este delito.

CRÍTICA: El criterio que adopta la referida sala, es que, la conducta del autor del delito debe producir un menoscabo de la gestión pública, mediante la concertación con los interesados, además actuar en contubernio para favorecer a los terceros en los contratos públicos. Por otro lado, el interesado o tercero deberá actuar de forma dolosa, concretado en el pleno conocimiento de los componentes del tipo penal, es decir, tener conciencia de que se interactúa en el marco de procesos de selección estatal, del contenido ilegal de los acuerdos.

Finalmente, en el presente caso la sala declaró fundado la apelación realizada por el autor del delito de negociación incompatible, esto es, el alcalde Raúl Eduardo Silva Mayuri, revocando la pena privativa en

su contra, de tal forma, al no encontrar responsabilidad penal en el autor, también no existe la responsabilidad penal en los coencausados (cómplices), ello en razón del principio de unidad del título de imputación.

3.1.10. Expediente: 00293-2015-2-0601-JR-PE-04

En la presente sentencia el Ministerio Público subsume la conducta de los acusados Yussef Omar Urrutia Mariños, Luis Alberto Sáenz Saucedo y José Lázaro Pachamango Terrones, como autores del delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible, prevista en el artículo 399 del Código Penal en agravio de la Municipalidad Distrital de Asunción. No se imputa responsabilidad en calidad de cómplice a ningún individuo en este caso, a pesar de que participan integrantes de un consorcio que no son agentes funcionariales, criterio que consideramos atendible, aunado a ello, no existe medios probatorios en donde se pueda valorar la existencia de terceros con interés o *extraneus*.

Siendo ello así, al no existir terceros en la presente sentencia no podemos pronunciarnos al respecto, muy por el contrario, compartimos los fundamentos respecto a la absolución de responsabilidad a los autores del delito de negociación incompatible.

3.1.11. Expediente: 00296-2018-1-0601-JR-PE-07

En la presente sentencia se advierte del análisis, el Ministerio Público ha subsumido la conducta de los acusados: Jesús Barboza

Fustamante, Julio Rojas Quiroz, Jorge Ocas Quiliche y Williams Salazar Salazar, en el presunto delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible. Sin embargo, no acusa a ningún individuo a título de cómplice en este caso.

Siendo ello así, al no existir terceros en la presente sentencia no podemos pronunciarnos al respecto, tampoco podemos encontrar criterios jurídicos sobre el *extraneus*; muy por el contrario, compartimos los fundamentos respecto a la absolución de responsabilidad a los autores del delito de negociación incompatible.

3.1.12. Expediente: 00360-2017-1-0603-JR-PE-01

El representante del Ministerio Público en la presente sentencia se advierte que imputó como presunto autor del delito contra la administración pública, en su modalidad de negociación incompatible contra Oscar Mercedes Campos Díaz, luego recondujo la calificación jurídica al amparo del artículo 374, inciso 1 del CPP, al presunto delito contra la administración pública en su modalidad de nombramiento ilegal de cargo, previsto en el artículo 381 del Código Penal, en condición de autor del delito y en grado consumado.

En tal sentido, el autor del delito se sometió al acuerdo de conclusión anticipada de juzgamiento, siendo un derecho del imputado, no tenemos crítica alguna y compartimos los fundamentos esgrimidos en la sentencia conformada.

3.1.13. Expediente: 00408-2018-1-0601-JR-PE-06

En el análisis de la presente sentencia se aprecia que el Ministerio Público imputo a Wilmer Franklin Durán Terrones, en calidad de autor del presunto delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible. No existiendo imputación alguna sobre la calidad cómplices respecto de un *extraneus*.

El Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, resolvió aprobar el acuerdo de conclusión anticipada de juzgamiento arribada por las partes. condenar al acusado, Wilmer Franklin Durán Terrones, como autor del delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible, al respecto habiéndose el autor del delito acogerse al beneficio procesal conclusión anticipada, no tenemos alguna crítica, aunado a ello, no existe medios probatorios para valorar la existencia de algún tercero como cómplice.

3.1.14. Expediente: 00419-2015-6-0605-JR-PE-01

El Ministerio Público subsumió la conducta de los acusados José Augusto Rodríguez Prado y Juan Carlos Carranza Coronel como presuntos autores del delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Hualgayoc- Bambamarca, asimismo a los acusados: Ángel Giovanny Cisneros Fernández y Juan Francisco Gutiérrez Rojas, como presuntos cómplices del delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible.

En este caso si se imputa responsabilidad en calidad de cómplices por el delito de negociación incompatible.

El Juez del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, sostuvo que el Ministerio Público no ha logrado probar la existencia de los elementos típicos objetivos del tipo penal materia de análisis contra José Augusto Rodríguez Prado y Juan Carlos Carranza Coronel, por tanto no existe el carácter dolo que se requiere para imputar a los terceros o *extraneus*.

Por otro lado, establece que no se logra demostrar la complicidad Angel Giovanni Cisneros Fernández y Juan Francisco Gutiérrez Rojas, es decir, no se ha demostrado el aporte doloso en la supuesta realización del hecho punible. Criterios que compartimos en su integridad, esto es; no se ha logrado acreditar primero la conducta punible del autor del delito, segundo no se ha logrado acreditar el carácter doloso de los *extraneus*. Por lo que, en base al principio de accesoriedad y la tesis de la unidad del título de imputación, los terceros deben ser absueltos.

3.1.15. Expediente: 720-2018-1-0601-JR-PE-06

Este caso se trata de una apelación de sentencia interpuesto por el señor Procurador Público de la Contraloría General de la República en el extremo de la absolución a Wilfredo Yván Castillo Quezada, y por la defensa técnica de Ángel Eduardo Vásquez Alayo en el extremo de la condena impuesta en la sentencia objeto de apelación.

Se tiene del análisis que el Ministerio Público calificó la conducta de los acusados Ángel Eduardo Vásquez Alayo y de Wilfredo Yván Castillo Quezada, en los presuntos delitos de negociación incompatible, y falsedad ideológica, en concurso ideal, conducta que se les atribuye, en calidad de autores, en agravio de la Municipalidad Distrital de Yonán. No se imputó responsabilidad a ningún individuo en calidad de cómplice en ningún tipo penal expuesto.

Ahora bien, conforme venimos realizando el análisis al carecer en el presente caso la existencia de un tercero con interés o *extraneus*, aunado a ello, no existe medio probatorio para demostrar la existencia de este, o en su defecto dicha sentencia este revestida de causal de falta de motivación, sin embargo, no se evidencia la existencia del delito materia de análisis.

3.1.16. Expediente: 0942-2015-1-0601-JR-PE-01

La sentencia bajo análisis es una apelación de sentencia condenatoria, interpuesta por la defensa técnica de los condenados. En la presente causa, el Ministerio Público formuló acusación en contra de Iván Orlando Domínguez Peralta en calidad de autor y a Ángel Rubén Saldaña Quiroz y Eduardo Yoshimitsu Nakama Miyashiro como cómplices por el delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal.

Para una mejor explicación se imputa a un procesado Iván Orlando Domínguez Peralta como cómplice en su calidad de Gerente de Infraestructura de la Municipalidad de Cajamarca, y al otro procesado

en calidad de cómplice a Eduardo Yoshimitsu Nakama Miyashiro quien era Gerente General de la Empresa Mileniun Grass S.A.C.

Ahora bien, el Juez del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, resolvió condenar a los cómplices, bajo los siguientes criterios:

El primer criterio, el conocimiento doloso del representante de la empresa Millenium Grass en la modalidad del contrato (esto es, el carácter doloso del tercero en los contratos u operaciones públicas), el autor del delito de negociación incompatible Iván Orlando Domínguez Peralta otorgó el pago del 70% del total del monto, con lo cual ha contribuido a lesionar el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible (la conducta del autor previamente alcanzo a configurarse como punible) y en base al principio de accesoriedad conforme al artículo 25 del Código Penal, el tercero o *extraneus* responde a título cómplice, ello siguiendo la tesis de la unidad del título de la imputación y seguidores de la teoría de infracción del deber.

CRÍTICA: De los criterios argüidos por el operador jurídico consideramos los adecuados y compartimos dichos argumentos en todos sus extremos.

3.1.17. Expediente: 02201-2017-3-0601-JR-PE-04

Del análisis se advierte que el Ministerio Público ha subsumido la acción de los acusados Ángel Rubén Saldaña Quiroz, Juan Carlos López Mercado y Rafael Martín Salvador Luis como autores y contra el acusado, Omar Roger Obregón Sevillano como cómplice del

presunto delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible previsto en el artículo 399 del Código Penal, en agravio de la Municipalidad Provincial de Cajamarca. En este caso si consiga la Fiscalía en su acusación a personas en calidad de cómplices de acuerdo al artículo 25 del Código Penal.

Al respecto los criterios del Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, resolvió condenar al acusado, Ángel Rubén Saldaña Quiroz, como autor del delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible. Respecto del acusado Omar Roger Obregón Sevillano, como cómplice del delito negociación incompatible

Los criterios abordados sobre el tercero con interés o *extraneus* fueron: No se ha logrado demostrar la existencia de elementos objetivos ni subjetivos en su acción descrita por Fiscalía en su acusación como presunto cómplice del delito de negociación incompatible; sin embargo, ha establecido que los autores dolosamente transgredieron los bienes jurídicos del Estado.

CRÍTICA: Del análisis ha quedado demostrado que los autores del delito de negociación incompatible Ángel Rubén Saldaña Quiroz, Juan Carlos López Mercado y Rafael Martín Salvador Luis, funcionarios públicos y servidor público, respectivamente de la Municipalidad Provincial de Cajamarca y Miembros del Comité Especial, se interesaron indebidamente de forma directa en favor de un tercero (Omar Roger Obregón Sevillano - Consorcio Innovador

Ambientalista), sin embargo, sorprende la decisión del juzgador al establecer la no existencia responsabilidad penal contra el tercero.

Así, consideramos a comparación de las analizadas sentencias, que los criterios serian, la configuración previa de la conducta de los autores del delitos, los mismos que han sido acreditados como delito de negociación incompatible, segundo se ha visto que los funcionarios autores del delito previo ha sido en favorecer al tercero con interés, la conducta del tercero al ser el único postor ha sido demostrado que tenía interés no solo por propia decisión sino por los funcionarios y finalmente al encontrarnos en delitos de infracción del deber, donde nuestro sistema normativo adopta la tesis de la unidad del título de imputación el *extraneus* debe responder a título de cómplice.

En conclusión, podemos afirmar que ante la existencia de un tercero y habiéndose acreditado los criterios jurídicos para poder responsabilizarlo, misma que se ha sustentado, dicha decisión vulnera el principio de la debida motivación de las resoluciones judiciales y la seguridad jurídica.

3.1.18. Expediente: 00762-2015-3- 0601-JR-PE-01

Nos remitimos a la acusación fiscal, se advierte que el Ministerio Público ha subsumido la conducta del acusado como presunto autor del delito contra la administración pública, en su modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tipificado en el artículo 399, del Código Penal, y solicita que se le imponga a Segundo Cristobal Zamora Gallardo, como autor a cuatro

años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva; no obstante, en este caso vemos que no se imputa responsabilidad a ninguna persona en calidad de cómplice por el delito bajo análisis.

Aunado a ello, el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, aprobó el acuerdo de conclusión anticipada de juzgamiento arribada por las partes y condenar a, Segundo Cristobal Zamora Gallardo. No hay pronunciamiento alguno con respecto a terceros con interés en este caso, en tal sentido, carece pronunciarnos al respecto.

3.1.19. Expediente: 63-2014-61-0610-JR-PE-02, Sentencia 129

El caso bajo análisis se trabaja de un recurso de apelación de sentencia condenatoria, interpuesto por la defensa técnica de los procesados. Los hechos fueron tipificados por el Ministerio Público como delito de negociación incompatible, e imputados a Jeiner Julón Díaz en calidad de autor, y a Vadillo Gutiérrez como cómplice primario. En este caso es ver que se imputa responsabilidad penal a una persona en calidad de cómplice por el delito de negociación incompatible, la fiscalía es del criterio de que los *extraneus* también deben responder penalmente en calidad de cómplice por sus actos.

Los criterios del operador de justicia del Juzgado Penal Unipersonal de la Provincia De Chota, condenó a Jeiner Ubaldo Julon Diaz y Julio Cesar Vadillo Gutierrez, como autor y cómplice primario

respectivamente. En este caso se halló responsabilidad tanto en el autor como en el cómplice del delito de negociación incompatible, sentenciado a ambos procesados.

La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca declaró la nulidad total de la Sentencia condenatoria contenida en la Resolución 95, del 5 de enero de 2018, emitida por el Juez del Juzgado Penal Unipersonal de Chota, por falta de motivación y dispuso que otro Juzgado Penal Unipersonal, previa realización de un nuevo juicio oral, emita oportunamente la resolución final que corresponda y se dejó sin efecto las órdenes de captura en contra de los procesados.

CRÍTICA: Sin perjuicio de lo resuelto, la Sala Penal de Apelaciones considera entre otras, el tercero responde a título de cómplice primario, pues este coadyuba a la producción del delito y debe asumir responsabilidad conforme al artículo 25 del Código Penal (principio de accesoriedad).

3.1.20. Expediente: 00033-2020-2-0601-JR-PE-07

El Expediente en comento, se refiere a la Sentencia absolutoria, contenida en la Resolución 04, de fecha 07 de enero de 2022, expedida por el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca. Mediante el mismo, el Ministerio Público, acusa a Norbil Bustamante Rafael, que, en su condición de ex director de abastecimiento del Gobierno Regional de Cajamarca, se interesó de manera directa en la adquisición de bienes, alimentos

y bebidas para consumo, sin llevar a cabo un proceso de selección, favoreciendo de este modo directamente al proveedor Business P&A Hnos. EIRL, según reporte de comprobante de pago. Esta conducta, subsumió en el delito contra la administración pública, en su modalidad de negociación incompatible; siendo que se la atribuye a Norbil Bustamante Rafael la calidad de autor del delito.

El Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, expide la sentencia correspondiente, absolviendo al acusado Norbil Bustamante Rafael. En ese orden, como es de verse, en la acusación fiscal, así como la resolución judicial que absuelve al acusado, no hacen mención ni emiten pronunciamiento al respecto, en cuanto al supuesto tercero con interés, esto es al representante de la empresa Business P&A Hnos. EIRL, quien salió favorecido en la convocatoria o a algún otro que haya participado en dicha licitación, centrándose estrictamente a analizar la responsabilidad penal del autor del delito materia de análisis.

3.1.21. Expediente: 00014-2016-56-0610-JR-PE-01

Finalmente, en la Sentencia 95-2022, contenida en la Resolución 39, de fecha 20 de mayo de 2022, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, se aprecia que se resuelve declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Pública de la Contraloría General de la República, en contra de la Sentencia absolutoria, contenida en la resolución 29, de fecha 07 de setiembre de 2021, emitido por el

Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, la misma que resolvió absolver a Max Rodrigo Araujo Farro, Euler Becerra Arévalo, Camilo Ernesto Pacheco Villalta y Miguel Ángel Terrones Cortegana, de los cargos formulados en su contra como autores (los tres primeros) y como cómplice (el último) del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Chota.

Los hechos materia de acusación fiscal, emisión de sentencia absolutoria y sentencia de segunda instancia, se resumen en que el 30 de mayo de 2012, el Comité Especial de la Municipalidad Provincial de Chota, otorgó la buena pro a la empresa Kaldami Contratistas Generales EIRL, para la ejecución de la obra “Mejoramiento del servicio de salud en el puesto de salud de Chuyabamba, Chota, Cajamarca”, posteriormente, el representante de la empresa, Miguel ángel Terrones Cortegana, solicitó la aprobación y pago de las valorizaciones de las obras, pese a que omitió ejecutar físicamente las obras.

A raíz de la acusación fiscal, el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, resolvió absolver de los cargos formulados en contra de Max Rodrigo Araujo Farro, Euler Becerra Arévalo, Camilo Ernesto Pacheco Villalta en calidad de autores y a Miguel Ángel Terrones Cortegana como cómplice; puesto que no se ha logrado determinar que hayan puesto un empeño particular en la obra, para procurar un beneficio que no sea en pro de la administración pública y porque tales hechos solo configuran faltas administrativas cometidas en el desempeño de sus

funciones; tal decisión, como ya se ha indicado, ha sido confirmado en segunda instancia.

En ese orden, como se puede apreciar que, sin perjuicio de la sentencia absolutoria, tanto a nivel fiscal, como en sede judicial, se ha investigado, acusado e incluido, no solamente a los autores, sino también al cómplice en el supuesto delito de negociación incompatible, siendo que, en este caso, no se advierte grado de impunidad en torno a la inclusión del tercero con interés en el proceso materia de investigación, el criterio único que se aprecia en la presente sentencia es que, al no haberse acreditado la responsabilidad de los autores, carece acreditar la conducta del *extraneus*, esto se puede resumir del contenido de la sentencia.

3.2. Discusión de Resultados

A continuación, se procederá con el análisis correspondiente a cada una de las sentencias, para luego clasificar las mismas en una tabla y poder visualizar si se le incluye a los *extraneus* en los procesos de Negociación Incompatible y de ser así de qué manera lo consideran o que calificación le dan a su intervención, para finalmente extraer dichos resultados en gráficos que nos permitan un mayor entendimiento y análisis.

N°	EXPEDIENTE	Se considera como cómplice al <i>extraneus</i> a nivel fiscal.	Se considera como cómplice al <i>extraneus</i> en sede judicial (1° instancia).	Se considera como cómplice al <i>extraneus</i> en sede judicial (2° instancia),	Es encontrado responsable y condenado el <i>extraneus</i> en calidad de cómplice por el delito de Negociación Incompatible.	Criterios jurídicos que adopta el Juzgado Anticorrupción para calificar la intervención del <i>extraneus</i>		
						En virtud del principio de accesoriadad a título de cómplice,	La conducta del autor debe configurar como delito,	Intervención dolosa del <i>extraneus</i> en los contratos u operaciones públicas,
01	00040-2016-15-0611-JR-PE-01	SI	NO	-	NO	-	-	-
02	00039-2011-25-0602-JR-PE-01	NO	NO	NO	-	-	-	-
03	00037-2018-0-0601-SP-PE-01	NO	NO	NO	-	-	-	-
04	00048-2013-4-0611-JR-PE-01	SI	NO	-	NO	-	-	-
05	00088-2011-35-0605-JR-PE-01	NO	NO	-	-	-	-	-
06	00095-2015-1-0609-JR-PE-01	NO	NO	-	-	-	-	-
07	00131-2011-81-0607-JR-PE-01	SI	SI	-	SI	SI	SI	-
08	00140-2017-77-0601-JR-PE-01	NO	NO	-	-	-	-	-
09	00208-2017-0-0601-SP-PE-01	SI	NO	NO	NO	-	-	SI
10	00293-2015-2-0601-JR-PE-04	NO	NO	-	-	-	-	-
11	00296-2018-1-0601-JR-PE-07	NO	NO	-	-	-	-	-
12	00360-2017-1-0603-JR-PE-01	NO	NO	-	-	-	-	-
13	00408-2018-1-0601-JR-PE-06	NO	NO	-	-	-	-	-
14	00419-2015-6-0605-JR-PE-01	SI	NO	-	NO	SI	SI	SI
15	00720-2018-1-0601-JR-PE-06	NO	NO	NO	NO	-	-	-

16	00942-2015-1-0601-JR-PE-01	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
17	02201-2017-3-0601-JR-PE-04	SI	NO	-	NO	-	SI	-
18	00762-2015-3-0601-JR-PE-01	NO	NO	-	-	-	-	-
19	0063-2014-61-0610-JR-PE-02	SI	SI	NO	SI	SI	-	SI
20	00033-2020-2-0601-JR-PE-07	NO	NO	-	-	-	-	-
21	0014-2016-56-0610-JR-PE-01	SI	SI	SI	NO	-	SI	-

Cuadro N.º 01: Cuadro de análisis de expedientes y resultados.

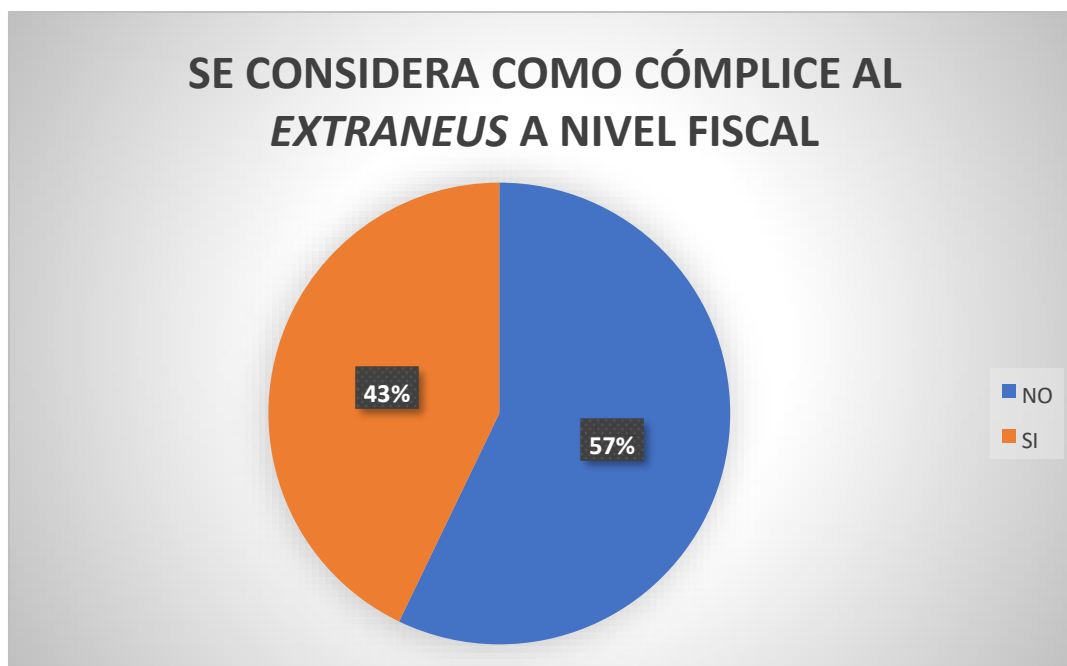


Gráfico N.º 01: *Porcentaje a nivel fiscal que se considera al tercero como cómplice.*

Del análisis, se puede apreciar que el 57% de los casos investigados por el delito de negociación incompatible a nivel fiscal, no incluyen a los terceros o *extraneus* como cómplices del delito materia de investigación (apertura de investigación), y sólo el 43% de los casos, por revisión de las disposiciones fiscales se incluye al tercero con interés como cómplices, ello conforme al artículo 25 del Código Penal, que conforme se ha estudiado y del análisis de los casos expuestos, nuestra legislación nacional adopta la tesis de la unidad del título de imputación.

Debe tenerse en cuenta que este 43% de casos analizados, sin perjuicio de terminar en una condena o absolución, se advierte la correcta subsunción del artículo 25 del Código Penal, esto es, tratar al tercero como cómplice conforme al principio de accesoriedad, criterio jurídico que adopta los representantes del Ministerio Público.

Este último principio, tiene como base legal en la propia ley, la misma que incluye la responsabilidad penal del tercero junto al autor del delito. Es decir, sostiene que no solo el autor del delito debe responder por la lesión al bien jurídico administración pública, sino también los que ayudaron o auxiliaron a la realización del hecho; a decir verdad, la complicidad es el apoyo intencional a otra persona en el hecho antijurídico cometido y, el cómplice en este delito es el que de manera dolosa asiste o contribuye para que el funcionario o servidor de manera indebida se interese por algún contrato u operación por razón de su cargo para obtener beneficio propio o de otro (Reátegui, 2014).

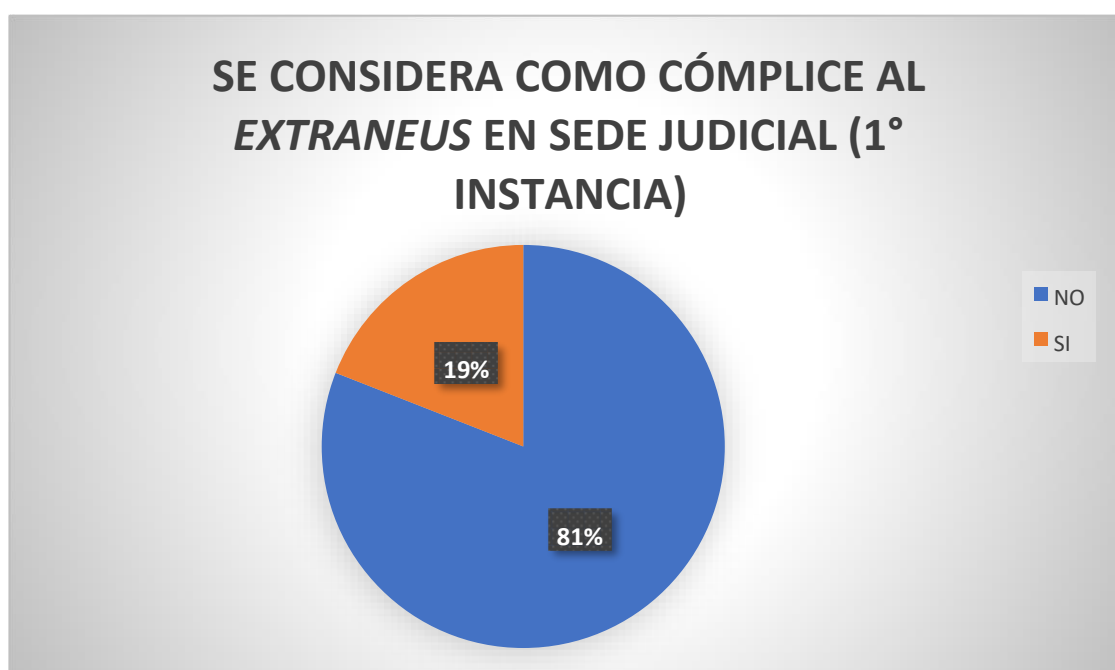


Gráfico N.º 02: *Porcentaje que a nivel judicial se concidera al tercero como cómplice (primera instancia judicial).*

Del análisis de 21 sentencias a, se aprecia que el 81% de casos, el Juzgado especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, no se ha considerado cómplice al tercero con interés en el delito de negociación incompatible. El 19% de estas sentencias analizadas en este juzgado

especializado han considerado como cómplice al tercero con interés, llegando a investigarlo y en algunos casos a emitir una sentencia condenatoria.

En esta instancia, ya a nivel judicial, de los resultados obtenidos, se observa el mismo tratamiento respecto al tercero con interés en el delito de negociación incompatible, siendo que en la mayor parte de casos la judicatura no ha tomado en consideración que conforme se ha señalado, también al partícipe se le imputa el hecho; y: dado que el cómplice debe responder de la comisión del hecho igual que el funcionario o servidor, si bien en grado diferente, por cuanto al cómplice también le compete el hecho principal (Robles, 2003).

En estos casos, en la mayoría de expedientes, menos se ha tomado en cuenta el dolo para como elemento subjetivo de la complicidad, siendo que no solamente la causalidad es un elemento para que se configure la complicidad, sino también que el cómplice que colabora lo haga con ánimo doloso. Así se considera que a través del dolo es que se maneja y conduce la relación de causalidad de los hechos imputados y fijados por el autor. En este extremo, de acuerdo al tipo penal del delito de negociación incompatible, resulta indispensable entonces que la actuación del cómplice tenga algún tipo de relación (aporte causal) con el hecho del autor, pues su colaboración en un contrato u operación es clave para que el funcionario se interese en su favor, ya sea otorgándole la buena pro en algún proceso de contratación logística o realizando algún pago sin haber cumplido los requisitos que la ley especial exige.

Así pues, el cómplice, que en el tipo penal materia de estudio es el tercero con interés, solo responde cuando conducta o colaboración es punible hasta el límite de su convergencia intencional con el autor. De manera que su responsabilidad no es el delito cometido por el autor, de interesarse indebidamente, sino la medida de la cooperación prestada hacia el funcionario o servidor público, lo que determina la responsabilidad del cómplice. Es la subjetividad del cómplice y no la del autor (funcionario o servidor público) lo que marca el límite de la responsabilidad accesoria del partícipe.

Asimismo, si la intención es lo que marca el límite de responsabilidad con respecto a la comisión de un hecho más grave que el querido por el partícipe, ese límite no se extiende más allá del hecho efectivamente cometido, cuando este es menos grave que aquel que el cómplice entendió que se llevaría a cabo (el funcionario o servidor se interesa en una contratación logística y favorece a un proveedor para provecho de este, ya que además del titular, otro socio de la empresa ganadora (que es amigo del funcionario) va a resultar beneficiado con las utilidades; mientras el cómplice (representante de la empresa ganadora) asintió cooperar con adecuar las condiciones de contratación), porque la pena no alcanza a las intenciones, sino a los hechos (Breglia y Gauna, 2003).

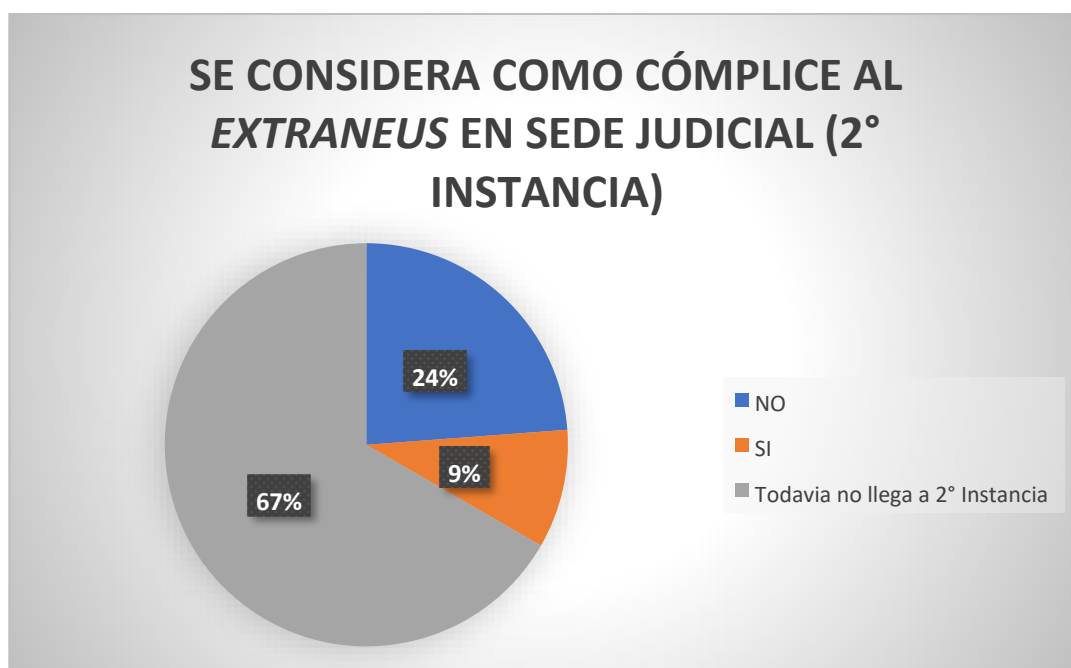


Gráfico N.º 03: *Porcentaje a nivel judicial que se considera al tercero con interés como cómplice (segunda instancia judicial).*

Del análisis se aprecia que el 67% de las sentencias analizadas no están en segunda instancia (o no se ha interpuesto el recurso de apelación), no obstante, del 33% de las sentencias analizadas restantes, el 24% de ellas el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, no ha considerado a los terceros con interés como cómplices, solo el 9% de las sentencias analizadas, ha considerado a los terceros con interés como cómplice en los delitos de negociación incompatible, de acuerdo al artículo 25 del Código Penal.

ES ENCONTRADO RESPONSABLE Y CONDENADO EL EXTRANEUS EN CALIDAD DE CÓMPLICE POR EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.

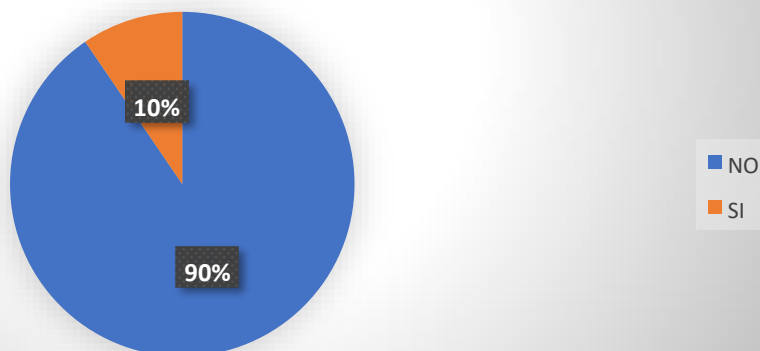


Gráfico N.º 04: Porcentaje de condenas del *extraneus en calidad de cómplice*. Del total de la muestra analizada, esto es 21 sentencias judiciales, solo el 10% de los casos es encontrado responsable y condenado al *extraneus* en calidad de cómplice por el delito de negociación incompatible, el 90% de los casos no se ha llegado a demostrar responsabilidad, quedando impune su participación en ciertos casos.

Bajo este contexto, el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para imponer una responsabilidad penal a los *extraneus* o terceros con interés, adopta tres criterios fundamentales. Los mismos que sustentan nuestra hipótesis, sin embargo, cuando se ha sentenciado en juzgados como el Juzgado de Chota y del Distrito de Bolívar (del Distrito Judicial de Cajamarca), no han sido unánimes, siendo ello, así pasamos a detallar estos criterios, y en su oportunidad planteamos una propuesta de un Pleno Distrital con finalidad de uniformizar las decisiones judiciales.

Los criterios adoptados son: a) En virtud del principio de accesoriadad a título de cómplice, b) La conducta del autor debe configurar como delito y c) Intervención dolosa del *extraneus* en los contratos u operaciones públicas; veamos:

3.3.1. En virtud del principio de accesoriadad a título de cómplice.

Como ya lo desarrollamos en el marco teórico las definiciones, durante el análisis y visto del cuadro N.º 01, se tiene, el criterio del operador jurídico en cinco (5) de sus decisiones ha considerado este criterio como idóneo, que debe cumplir el *extraneus* o el tercero con interés para responder como cómplice del delito de negociación incompatible.

El juzgador sostiene que el principio de accesoriadad en la comisión del delito, parte de que el agente dependiente de la existencia de un hecho principal (cometido por el autor) se desprende de dos tipos, primero el aporte esencial del *extraneus* en la realización del hecho punible, en este extremo responde a título de cómplice primario; en el segundo tipo, el tercero con interés tiene un simple acto de colaboración, así, estaremos ante una complicidad secundaria.

Señala de estas sentencias que el *extraneus* que interviene en un delito especial deberá ser sancionado como cómplice (*extraneus*), con el intraneus por el mismo delito especial. Se identifican dos teorías: La teoría de la infracción de deber, y la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico: La teoría de infracción de deber en todos los delitos especiales, el intraneus sería autor del delito, al infringir dolosamente su deber especial, y el *extraneus* que colabora será partícipe del

mismo. Aquí no interesa que el delito especial sea propio o impropio; el partícipe *extraneus* siempre responderá por el mismo delito que el autor.

Finalmente, se señala en las sentencias materia de análisis que nuestro sistema nacional adopta es la teoría de la unificación y es precisamente esta teoría “tesis de la unidad del título de imputación”, misma que el juzgador describe es esta tesis la que adopta.

3.3.2. La conducta del autor debe configurar como delito.

Del análisis de las referidas sentencias, se ha podido evidenciar que en cinco (5) sentencias el operador jurídico ha considerado como criterio jurídico para la calificar la intervención del *extraneus*, que “la conducta del autor debe configurar delito”. Es decir, ha considerado para imponer una sanción penal al tercero con interés, que la conducta del agente especial, sea funcionario o servidor público configure como delito o la conducta de este previamente sea punible.

Siendo ello así, considera que la conducta del tercero con interés en el delito negociación incompatible deberá ser sancionada con el mismo delito que impuesto al autor del delito (funcionario o servidor).

Señala además que, si bien es cierto que la conducta del autor es autónoma, la conducta del cómplice depende de la conducta del autor.

3.3.3. Intervención dolosa del *extraneus* en los contratos u operaciones públicas.

También del mismo modo, se ha podido advertir que, del análisis de las sentencias, en cinco (5) de ellas, el Juez del Juzgado Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, tiene como criterio jurídico para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, que la “intervención dolosa del *extraneus* en los contratos u operaciones públicas”.

Es decir, el tercero con interés debe participar en las contrataciones u operaciones públicas con un animus de voluntad y conocimiento (doloso) de defraudar al estado o lesionar los bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos, de allí, podemos entender, que no basta que la conducta del autor (funcionario o servidor) sea dolosa y se interese en favorecer al tercero o para sí o que en base al principio de accesoriedad, sino que la conducta del tercero también debe ser dolosa para obtener el resultado.

Sin embargo, a nuestro criterio consideramos que no solo deben ser estos tres criterios, sino consideramos que en base a una justicia razonable y que el ciudadano pueda recuperar la confianza en el operador jurídico, se debe tener en cuenta como otro criterio jurídico. este es, el restablecimiento del principio de seguridad jurídica y este debe alcanzar no solo al operador jurídico sino a la comunidad jurídica para colaborar con la justicia y por ende, no se deje en impunidad las conductas ilícitas de los terceros.

Siendo ello, así tenemos por demostrada nuestra hipótesis de investigación, esto es, los criterios jurídicos que adoptan los jueces del Juzgado Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios, para calificar la intervención del *extraneus* como responsable del delito de negociación incompatible son a) En virtud del principio de accesoriadad a título de cómplice, b) La conducta del autor debe configurar como delito y c) Intervención dolosa del *extraneus* en los contratos u operaciones públicas.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE PLENO JURISDICCIONAL ESPECIALIZADO DISTRITAL PENAL

4.1. Antecedentes

En las últimas décadas hemos sido testigos del crecimiento de la criminalidad común y organizada, fenómenos que han causado preocupación en la sociedad y poder político, llegando al punto que se han creado leyes para erradicar estas conductas; sin embargo, como podemos advertir ello no ha sido posible.

Asimismo, se ha podido advertir en este contexto histórico que la criminalidad ha avanzado en los poderes estatales, a tal punto, que los criminales ya no solo son personas, por decir, de bajos recursos, personas comunes, sino hoy en día los crímenes han sido cometidos por personas de estatus social adecuado como presidentes de la república, congresistas, gobernadores regionales, alcaldes, fiscales, magistrados del poder judicial, etc., como es el caso de la organización los “Cuellos Blancos del Puerto”; quienes por el alto cargo llegaron infringir la Ley penal.

Así, la corrupción se ha vuelto un fenómeno endémico, pues las cifras estadísticas lo detallan, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en su Informe Técnico llamado Percepción Ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones, octubre 2021-marzo 2022, ha establecido que “la corrupción es el principal problema que viene afectando el país, el 51.1 % de la población entrevistada considera a la corrupción como la principal preocupación, ya que esta debilita nuestras instituciones públicas” (2022, p. 2).

Ahora bien, el problema que nos ocupa, se entrelaza en evidenciar conductas de funcionarios y servidores públicos, mismos que por sus cargos, se encuentran obligados a velar por el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, en base a los principios de lealtad y probidad; ante la transgresión de estos deberán ser apremiados por el *ius puniendi*.

Es correcto, afirmar que ante ello, existe norma penal que sancione a estos malos funcionarios, no obstante, existe un desacuerdo o no uniformidad en pronunciamientos judiciales respecto de aquellos sujetos que ayudan o colaboran con el funcionario para transgredir los bienes jurídicos estatales, dejando impune las conductas de estos terceros con interés. Con lo cual, el ordenamiento jurídico penal, no ha sido ajeno a críticas, en tanto, ciertas conductas de agentes funcionales han quedado impunes, al igual que la conducta del *extraneus* como es el caso, en el delito de negociación incompatible, tipificado en el artículo 399 del Código Penal.

4.2. Justificación para la emisión del pleno jurisdiccional distrital

Del tipo penal se desprende que el legislador nacional ha diseñado el tipo penal solo para castigar al funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o por un acto simulado se “interesa”, en “provecho propio” o de “un tercero, por cualquier contrato u operación en que “interviene por razón de su cargo”, omitiendo regular la conducta del *extraneus*. Es decir, la conducta punible solo es para el sujeto con cualidad especial (funcionario o servidor), evidentemente existe un vacío legal.

Sin embargo, conforme señala la doctrina Salinas Siccha (2017), en nuestro país respecto a los delitos contra la administración pública, el Código Penal adopta la tesis del principio de accesoriedad sin que implique la ruptura del principio de la unidad del título de imputación, en estos delitos especiales, los *extraneus* solo pueden ser imputables a título de partícipes en tanto no son funcionarios ni servidores públicos, pues tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal protegido.

Por ello, ante lo descrito y la existencia de un vacío legal que puede dar como resultado sentencias contradictorias o decisiones dispares emitidas por los Juzgados Especializados de delitos de Corrupción de Funcionarios, es necesario, conforme se ha estudiado y analizado líneas *ut supra* se ponga a debate los criterios adoptados para determinar el grado intervención del tercero en el delito de negociación incompatible, en el distrito judicial de Cajamarca.

4.3. Criterios de debate

Estos temas deben ser:

- a) “los criterios jurídicos que deben adoptar los jueces del juzgado especializado de corrupción de funcionarios del distrito judicial de Cajamarca, para calificar la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible y responder penalmente son: a) En virtud del principio de accesoriedad a título de cómplice, b) La conducta del autor debe configurar como delito y c) Intervención dolosa del *extraneus* en los contratos u operaciones públicas.

- b) Tema 2, “según la redacción del artículo 399 del Código Penal, el *extraneus* o tercero con interés, no debe responder penalmente, al ser un delito especial de infracción de deber”.

Conforme a lo expuesto, cúrsese invitación a participar a los jueces superiores, jueces especializados, Jueces Mixtos y Jueces de Paz Letrado y publíquese en la página oficial del poder judicial del Distrito Judicial de Cajamarca de Cajamarca.

PARTICIPANTES

Jueces Superiores, Jueces Especializados y Jueces de Paz Letrado

Presentación

Teniendo en consideración las políticas del Poder Judicial, conviene resaltar la importancia de la realización del presente Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal en el Distrito Judicial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca; ello con la finalidad de materializar una justicia predecible y confiable.

Bajo dicha consideración, el presente Pleno Jurisdiccional Distrital Penal encuentra justificación dada urgencia de consolidar y/o unificar criterios en las decisiones jurisdiccionales de los jueces, para lo cual, para un óptimo debate y solución intervienen todos los jueces de las diferentes instancias. La uniformidad de criterios a nivel del Distrito Judicial de Cajamarca, coadyuva con la predictibilidad de las resoluciones judiciales, cuyo objetivo permite mejorar la administración de justicia, combate la corrupción y evita la impunidad en los delitos contra la administración pública.

Tomando en cuenta que el mayor porcentaje de expedientes judiciales que tienen a cargo resolver la causa penal relacionado a la comisión del delito de negociación incompatible, no incluyen al *extraneus* como cómplices de este tipo penal, bajo los alcances del artículo 25 del Código Procesal Penal, es pertinente destacar la relevancia del tema propuesto en el presente Pleno Distrital.

LA COMISIÓN ORGANIZADORA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA**PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL DE DERECHO PENAL****AÑO JUDICIAL 2024****CONCLUSIONES FINALES**

El señor presidente de la Comisión de Actos Preparatorios y las juezas y jueces integrantes de la Sub comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Distrital de Derecho Penal y Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca para el año 2024, que suscriben el Dr. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, el Dr. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y el Dr. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en calidad de juez superior, juez superior y juez especializado, respectivamente; dejan constancia de la realización del Pleno Jurisdiccional Distrital de Derecho Penal, el día xxxx de agosto de 2024, con la concurrencia de los señores jueces superiores y jueces especializados, siendo el detalle el siguiente:

Se inició el evento con las palabras de bienvenida a cargo del Dr.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, la inauguración a cargo del Dr. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y exposición de las partes metodológicas del Pleno Jurisdiccional Distrital de Derecho Penal a Cargo del Dr. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

TEMA N.º 01**El *extraneus* en el delito de negociación incompatible**

¿Cuáles son los criterios para calificar la intervención del extraneus en el delito de negociación incompatible?
--

Primera Ponencia:

El artículo 399 del Código Penal, tiene como verbo rector el “interesar”, esto es, el funcionario o servidor público se interesa en el contrato u operación con la finalidad de obtener un provecho propio (para sí) o de un tercero (*extraneus*). Es decir, la descripción del tipo penal hace referencia a un delito especial que consiste en el mandato al funcionario o servidor público que se encuentra a cargo del contrato u operación, quien debe actuar con objetividad sin sesgo o interés, debiendo hacer cumplir eficiente y eficazmente lo encomendado.

Siendo ello así, el tercero con interés o *extraneus*, no infringe la norma penal, sino infringe un mandado de prohibición contenidas en las reglas de participación (derecho administrativo). Bajo esa línea de ideas, la participación del tercero en el delito de negociación incompatible no es punible, al ser un delito especial, más allá de lo establecido en la norma vulnera el principio de legalidad penal.

Segunda Ponencia:

Es cierto el delito de negociación incompatible, es un delito especial, cuyo verbo rector es “interesar”, donde se pone en especial atención al contrato u operación estatal, con la finalidad de obtener un provecho propio o ajeno (tercero). Por lo tanto, la norma penal esta direccionada al agente estatal para actuar en la operación o contrato público con objetividad y sin tener interés subalterno, con la finalidad de hacer cumplir eficazmente lo encomendado.

Ahora bien, si bien es cierto el tercero con interés no infringe la norma penal (especial), sino infringe normas prohibitivas como las reglas de participación en el contrato u operación, de este modo el derecho administrativo no limita la

intervención del tercero, muy por el contrario, amplía la norma penal al punto de ser un plus de antijuricidad. Es decir, la participación del tercero en los delitos especiales propios como es el caso que nos ocupa, aun cuando sea el delito especial porque exige una cualidad en el agente, ello no imposibilita confluencia de un tercero con interés en la materialización de los hechos criminales.

Así desde nuestro criterio, el tercero con interés en el contrato u operación que hace referencia el tipo penal de negociación incompatible, debe responder penalmente bajo los siguientes criterios:

i) En virtud del principio de accesoriedad responde a título de cómplice, ello en base a que nuestro sistema normativo penal adopta la tesis de la unidad del título de imputación, pues si bien el tipo penal es autónomo, el cómplice (tercero) debe responder por los hechos cometidos por el autor, aunque los elementos especiales del tipo penal no concurren sobre él, conforme lo señala el artículo 25 del Código Penal; ii) la conducta del autor debe configurar como delito, particular caso, debe tenerse en claro que la conducta del agente especial (funcionario o servidor público) debe ser punible previamente a la conducta del tercero, sin que se necesite una concertación (de lo contrario existiría un acto colusorio), pues lo que se importa es que se tenga interés indebido; y, iii) la intervención dolosa del extraneus en los contratos u operaciones públicas, debe exigirse una contribución suficiente en el agente que coadyuba al autor que ejecute la acción ilícita.

VOTACIÓN:

Producida la votación de las posiciones arribadas, el computo es como sigue:

- a. Por la primera posición : Total de 0 votos.
- b. Por la segunda posición : Total de 16 votos.
- c. Abstenciones : Total de 0 votos.

CONCLUSIÓN PLENARIA:

El pleno adoptó por mayoría la segunda ponencia.

FUNDAMENTOS DE ACUERDO DE LAS ACTAS

Grupo N.º 01: Los magistrados por UNANIMIDAD señalaron que efectivamente el delito de negociación incompatible establecido en el artículo 399 del Código Penal, es un delito especial cuya subsunción en los hechos son realizados por un funcionario o servidor público; sin embargo, consideran oportuno señalar que ante el vacío legal debería considerarse la intervención del *extraneus* como cómplice, en razón que en nuestro sistema penal peruano adopta la tesis de la unidad del título de imputación, ello con la finalidad de no dejan impune conductas lesivas que coadyuvan a la realización del tipo penal.

Grupo N.º 02: Por UNANIMIDAD los magistrados consideran que el delito de negociación incompatible es un delito de función, donde el *extraneus* al infringir las normas prohibitivas como las reglas de participación en el contrato u operación pública amplía la intervención de la norma penal, en tanto a ello, debe responder penalmente a título de cómplice, más aún si nuestro sistema penal adopta la tesis de la unidad del título de imputación.

Cajamarca, 20 de agosto de 2024.

.....

Xxxxxxxxxxxxxxxxxx.xxxxxx

Presidente de la Sub Comisión

CONCLUSIONES

1. Se ha logrado determinar que los criterios jurídicos que adoptan los jueces del Juzgado Anticorrupción del Distrito Judicial de Cajamarca, para calificar la intervención del *extranesu* en el delito de negociación incompatible, a) En virtud del principio de accesoriedad a título de cómplice, b) La conducta del autor debe configurar como delito y c) Intervención dolosa del *extraneus* en los contratos u operaciones públicas quedando parcialmente impune su participación.
2. Los jueces del Juzgado Anticorrupción del Distrito Judicial de Cajamarca, adopta la tesis de la unidad del título de imputación, ello conforme al artículo 25 del Código Penal, debiendo el *extraneus* responder penalmente a título de cómplice.
3. Del análisis de las sentencias, se ha determinado que, el mayor porcentaje de casos investigados a nivel fiscal no incluyen al tercero con interés; el mayor porcentaje de casos no se investiga ni se considera como partícipe al *extraneus* en los Juzgados Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca; y, en un porcentaje mucho menor, se ha encontrado responsable y condenado al *extraneus* en calidad de cómplice por el delito de negociación incompatible, quedando en la mayoría de casos, impune su participación.
4. Es necesario la realización de un Pleno Distrital, con la finalidad de debatir la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible y su responsabilidad penal, de tal modo exista uniformidad en las decisiones de las Fiscalías especializadas y el Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los Juzgados Especializados en Delitos de Corrupción de funcionarios de Cajamarca, que, al momento de conocer la causa penal en los procesos por el delito de negociación incompatible, tomar los criterios jurídicos que han sido identificados en la presente investigación con la finalidad de determinar su situación jurídica del tercero con interés.
2. Asimismo, se encomienda a la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que convoque a un Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal, en donde participen todos los magistrados penales, así como otros especializados en la materia, con la finalidad de presentar el tema a debate, discutir y concluir que se deberá incluir como cómplice la participación del tercero con interés en los delitos de negociación incompatible, en los procesos que se tramiten en dicho distrito judicial.

LISTA DE REFERENCIAS

- Instituto de Capacitación y Desarrollo - ICADE. (s.f.). *Corrupción de funcionarios en el NCPP*. Trujillo: Grafica Crea S.A.C.
- Fowks, J. (2019 de Abril de 2019). *El País*. Obtenido de https://elpais.com/internacional/2019/04/16/america/1555435510_660612.html
- álvarez Risco, A. (2021). Clasificación de las Investigaciones . *Facultad de Ciencias Empresariales y Económicas*.
- Argentina Lopez, A. (2012). Corrupción e impunidad. *Revista de Derecho, Vol. 33*, 31-67.
- Bacigalupo, E. (1978). *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Benavente Chorres, H., & Calderón Valverde, L. (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
- Bramont Arias, L. (2000). *Código Penal anotado*. Lima: Editorial San Marcos.
- Breglia Arias, O., & Gauna, O. (2003). *Código Penal y leyes complementarias Tomo I*. Buenos Aires.
- Calderón Valverde, L. (2016). La configuración del delito de negociación incompatible en el marco de procesos de contrataciones públicas informales. En G. J. S.A.C., *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos* (págs. 425-445). Lima: El Búho E.I.R.L.
- Cantón, S. (2010). La impunidad y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF)*, 5-8.
- Caro John, J. A. (2020). *Summa Penal*. Lima.
- Castillo Alva, J. L. (2015). *El delito de negociación incompatible*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.

- Coelho, F. (05 de 30 de 2019). *Significados.com*. Obtenido de Significados: <https://www.significados.com/dogmatico/>
- Dávila Newman, G. (diciembre de 2006). *redalyc.org*. Obtenido de redalyc.org: <https://www.redalyc.org/pdf/761/76109911.pdf>
- Del Moral, M., & Rodríguez, J. (2 de setiembre de 2022). *Ejemplo de*. Obtenido de Ejemplo de: https://www.ejemplode.com/13-ciencia/384ejemplo_de_fichas_hemerograficas.html
- Dondé Matute, J. (s.f.). *www.jurídicas.unam.mx*. Obtenido de *www.jurídicas.unam.mx*: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37924.pdf>
- Dorantes Tamayo, L. A. (2000). *Filosofía del derecho*. México: Castillo Hnos. S.A.
- El Comercio. (09 de 09 de 2015). *El Comercio*. Obtenido de El Comercio: <https://elcomercio.pe/peru/cajamarca/sentencian-5-anos-prision-exalcalde-tacabamba-211085-noticia/>
- Enríquez Sumerinde, V. (2016). El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones con el Estado. *Gaceta Penal*, 77-89.
- Escobedo Barrondo, A. O. (2013). *El concepto impunidad, su abordaje en los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Madrid.
- Gaceta Jurídica S.A. (2009). *Diccionario penal jurisprudencial*. Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho penal parte general*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Garzón, B. (2010). Sobre la impunidad. *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF)*, 3-4.
- Gestión. (03 de Octubre de 2022). *Redacción Gestión*. Obtenido de <https://gestion.pe/>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación*. México D. F.: McGRAW W-HILL.

- Hugo Álvarez, J. B., & Huarcaya Ramos, B. S. (2018). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
- Huhle, R. (2020). Pólogo. En I. T. Occidente, *El paraíso de la impunidad* (págs. 15-20). México: ITESO.
- IDEHPUCP. (21 de Julio de 2020). *IDEHPUCP*. Obtenido de Cuellos blancos: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/observatorio-de-casos-anticorrupcion-y-lavado-de-activos/casos-materia-corrupcion/cuellos-blancos/>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (JULIO de 2022). *Perú: Percepción Ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones*. Obtenido de https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_gobernabilidad_2.pdf
- López Peregrín, C. (2019). Complicidad primaria y secundaria. En G. J. S.A., *Comentarios al Código Penal peruano* (págs. 379-419). Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
- Maldonado Oñate, R. (mayo de 2016). *Researchgate*. Obtenido de Researchgate: https://www.researchgate.net/publication/301796372_EL_METODO_HERMENEUTICO_EN_LA_INVESTIGACION_CUALITATIVA
- Montoya Vicanco, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: Gráfica Columbus S.R.L.
- Nakazaki Servigón, C. (2016). Problemas procesales y penales en la aplicación del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo del artículo 399 del Código Penal. En G. J. S.A., *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos* (págs. 17-84). Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
- Nakazaki Servigón, C. (s.f.). Estudio introductorio. En G. Jurídica, *Nakazaki Servigón, César* (págs. 5-14). Lima: El Búho E.I.R.L.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2011). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Editorial Idemsa.

- Perelman C. Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.
- Plascencia Villanueva, R. (1998). *Teoría del delito*. México.
- Pozzolo, S. (2015). Apuntes sobre "neoconstitucionalismo". En J. L. Fabra Zamora, & Á. Núñez Vaquero, *Filosofía y teoría del derecho* (págs. 363405). México, D.F.
- QuestionPro. (2022). *Calculadora de Muestras* . Obtenido de Formula para Dterminar la Muetra: [https://www.questionpro.com/es/calculadora-demuestra.html#:~:text=Tama%C3%B1o%20de%20Muestra%20%3D%20Z2%20*%20\(%20confianza%20\(%2095%25%20o%2099%25\)\)](https://www.questionpro.com/es/calculadora-demuestra.html#:~:text=Tama%C3%B1o%20de%20Muestra%20%3D%20Z2%20*%20(%20confianza%20(%2095%25%20o%2099%25)))
- QuestionPro. (2022). *Investigación Básica* . Obtenido de <https://www.questionpro.com/blog/es/investigacion-basica/>
- QuestionPro. (2022). *Investigación Mixta*. Obtenido de <https://www.questionpro.com/blog/es/investigacion-mixta/>
- QuestionPro. (2022). *Investigación Descriptiva*. Obtenido de <https://www.questionpro.com/blog/es/investigacion-descriptiva/>
- Real Academia Española. (2022). *dle.rae.es*. Obtenido de <https://dle.rae.es/interesar?m=form>
- Reátegui Sánchez, J. (2014). *Autoría y participación en el delito*. Lima: El Búho E.I.R.L.
- Reátegui Sánchez, J. (2016). *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima: Editora Lex & Iures.
- Reátegui Sánchez, J. (2019). *Código Penal Comentado Volumen 2*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Revista Probidad. (octubre-noviembre de 2001). *oas.org*. Obtenido de *oas.org*: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res27.pdf
- Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito, fundamentos y límites*. Madrid.
- Rodríguez Jiménez, A., & Pérez Jacinto, A. O. (Enero-junio de 2017). *scielo.org.co*. Obtenido de *scielo.org.co*:

<http://www.scielo.org.co/pdf/ean/n82/0120-8160-ean-82-00179.pdf>

Rodríguez Zepeda, J. (2011). La impunidad y la fractura de lo público. *Revista de Derechos Humanos Defensor*, 6-11.

ROJAS VARGAS, F. (2003). *LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN*. Obtenido de <https://content.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/Fidel-Rojas-Vargas-Manual-Operativo-Delitos129-165.pdf>

Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración Pública*. Lima: Grijley E.I.R.L.

Rojas Vargas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis E.I.R.L.

Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Iustitia S.A.C.

Salinas Siccha, R. (s.f.). *pj.gob.pe*. Obtenido de [pj.gob.pe: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d)

Salinas Siccha, R. (s.f.). *www.congreso.gob.pe*. Obtenido de [www.congreso.gob.pe: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/DD01B69F8528732D052580B3005F6573/%24FILE/344.528S18.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/DD01B69F8528732D052580B3005F6573/%24FILE/344.528S18.PDF)

SAN MARTIN CASTRO, C. (10 de OCTUBRE de 2018). *PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD Y DELITO CONTINUADO*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/principio-accesoriedad-delito-continuado-r-n-1322-2018-nacional/>

Sancinetti, M. A. (1986). *unirioja.es*. Obtenido de [unirioja.es: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46294.pdf](https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46294.pdf)

Tantaleán Odar, R. M. (2017). La idea de investigación jurídica. *Derecho y Cambio Social*, 1-19.

URBE. (2017). *VIRTUAL.URBE.EDU*. Obtenido de VIRTUAL.URBE.EDU:
<http://virtual.urbe.edu/tesispub/0092769/cap03.pdf>

Villavicencio Terreros , F. A. (2006). *Derecho penal parte general*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

APÉNDICES