

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN

ESCUELA DE POSGRADO

DERECHO



**PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA Y
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023**

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO

SUBLÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

TESISTA:

GABRIEL ESPINOZA ROMULO YELTSIN

ASESOR:

DR. ALVARADO VARA LENIN DOMINGO

HUÁNUCO – PERÚ

2024

DEDICATORIA

A mis padres Rómulo y Ñory, por el amor, comprensión y apoyo incondicional, de igual manera a mi amado hijo quién es el móvil de mis esfuerzos personales, profesionales y académicos.

AGRADECIMIENTO

A mis honorables docentes de la Escuela de Posgrado de Universidad Nacional Hermilio Valdizán, por su aporte académico, así como a los respetables magistrados del Ministerio Público y Poder Judicial que brindaron su tiempo y sabios conocimientos en la presente investigación

RESUMEN

La presente investigación tuvo como propósito realizar un estudio de la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, a partir de lo que se ha postulado en la dogmática y en la jurisprudencia. Este estudio se basó desde la perspectiva cualitativa, con énfasis en el método no experimental de corte transversal. Se examinó el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo o aprovechamiento indebido del cargo, respecto a la autoría y participación en los delitos contra la administración pública tal y como están establecidos en su contexto jurídico. Igualmente realizamos un exhaustivo análisis dogmático y jurisprudencial de la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo del cargo, a partir de las posiciones asumidas por la doctrina y la jurisprudencia, para lo cual se utilizó instrumentos consistentes como el fichaje para la recolección de información bibliográfica (para el contexto teórico) y la observación indirecta relacionado con el análisis de los pronunciamientos de la Corte Suprema de la Republica. Como resultado, la investigación muestra que en la doctrina y la jurisprudencia nacional el tema de la participación del cómplice en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo o aprovechamiento indebido del cargo no existe una única postura sobre el tema. Es así, que en la doctrina existen posturas claramente diferenciadas, para un sector el *extraneus* va a ser un funcionario público no competente; en cambio, para el otro sector el *extraneus* puede ser un tercero particular. Con referencia a la jurisprudencia la Corte Suprema existen pronunciamientos contradictorios, pues, sostienen que el *extraneus* es un funcionario público no competente, otros que postulan que el *extraneus* es un tercero particular; y, por último, aquellos que proponen que el *extraneus* está supeditada a la estructura típica del delito.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, negociación incompatible, autoría, participación, *extraneus* e *intraneus*.

ABSTRACT

The purpose of this research was to carry out a study of the participation of the extraneus in the crime of incompatible negotiation, based on what has been postulated in dogmatics and jurisprudence. This study was based from the qualitative perspective, with emphasis on the non-experimental cross-sectional method. The criminal type of incompatible negotiation and the authorship and participation in crimes against the public administration as established in their legal context were examined. Likewise, we carried out an exhaustive dogmatic and jurisprudential analysis of the participation of the extraneus in the crime of incompatible negotiation, based on the positions assumed by the doctrine and jurisprudence, for which consistent instruments were used such as the signing for the collection of bibliographic information (for the theoretical context) and the indirect observation related to the analysis of the pronouncements of the Supreme Court of the Republic. As a result, the research shows that in the national doctrine and jurisprudence the subject of the participation of the extraneus in the crime of incompatible negotiation there is not a single position on the subject. Thus, in the doctrine there are two clearly differentiated positions, for a sector the extraneus is going to be a non-competent public official; On the other hand, for the other sector, the extraneus can be a particular third party. With reference to the jurisprudence there are dissimilar pronouncements; there are sentences of the Supreme Court that maintain that the extraneus is an incompetent public official, others that postulate that the extraneus is a private third party; and, finally, those who propose that the extraneus is subject to the typical structure of the crime.

KEYWORDS: Corruption, incompatible negotiation, authorship, participation, extraneus and intraneus.

RESUMO

O objetivo desta pesquisa foi realizar um estudo sobre a participação do estranho no crime de negociação incompatível, com base no que vem sendo postulado na dogmática e na jurisprudência. Este estudo foi baseado na perspectiva qualitativa, com ênfase no método transversal não experimental. Examinaram-se o tipo penal de negociação incompatível e a autoria e participação em crimes contra a administração pública estabelecidos em seu contexto legal. Da mesma forma, realizamos uma exaustiva análise dogmática e jurisprudencial da participação do estranho no crime de negociação incompatível, com base nas posições assumidas pela doutrina e jurisprudência, para a qual foram utilizados instrumentos consistentes como a assinatura para o levantamento de documentos bibliográficos. informação (para o contexto teórico) e a observação indireta relacionada à análise dos pronunciamentos do Supremo Tribunal da República. Como resultado, a pesquisa mostra que na doutrina e jurisprudência nacionais a questão da participação do estranho no crime de negociação incompatível não há um posicionamento único sobre o assunto. Assim, na doutrina há duas posições claramente diferenciadas, para um setor o estranho vai ser um funcionário público não competente; Por outro lado, para o outro setor, o estranho pode ser um terceiro particular. Com referência à jurisprudência há pronunciamentos divergentes; há sentenças do STF que sustentam que o estranho é um funcionário público incompetente, outras que postulam que o estranho é um terceiro privado; e, por fim, os que propõem que o estranho esteja sujeito à estrutura típica do crime.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção, comportamento típico, negociação incompatível, autoria, participação, estranho e intraneus.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT.....	v
RESUMO.....	vi
INTRODUCCIÓN	ix
CAPITULO I. CONTEXTUALIZACIÓN INICIAL DEL OBJETIVO DE ESTUDIO	12
1.1 Descripción problematizadora del tema y contexto de estudio	12
1.2 Preguntas orientadoras.....	13
1.3 Propósitos del estudio.....	13
1.4 Importancia de la investigación.....	13
CAPITULO II. CONTEXTO TEÓRICO	15
2.1 Estudios previos vinculados con la temática de estudio.....	15
2.2 Referentes teóricos	17
Aspectos generales de la corrupción	17
Análisis dogmático del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo	37
La autoría y la participación en los delitos contra la Administración Pública	54
La participación en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo	79
La política criminal en la lucha contra la corrupción en la administración publica	86
La política criminal peruana respecto a la tipificación del art. 399° del Código Penal	88
CAPITULO III. CONTEXTO METODOLÓGICO	92
3.1 Paradigma de investigación	92
3.2 Perspectiva metodológica	92
3.3. Diseño metodológico (mencionando fases, actividades y técnicas).....	92
3.4 Delimitación de la investigación	93
3.5 Participantes y técnicas para su elección.....	93
3.6 Técnicas de recolección de evidencias	93
Observación e interpretación:.....	93
Entrevista no estructurada	94

3.7 Técnicas de sistematización de la evidencia	94
3.8 Criterios de legitimidad científica	94
CAPITULO IV. CONTEXTO EMPÍRICO O HALLAZGOS	95
CONCLUSIONES	97
REFERENCIAS.....	101

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como título: “PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA, PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ – 2023, el mismo que obedece en determinar la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

En el delito de negociación incompatible del cargo se sanciona el interés indebido del funcionario público. Este no es un interés interno del funcionario, sino que debe reflejarse en conductas objetivas que despliegue el funcionario. Se entenderá “por indebido” a aquella conducta del funcionario que se interese en provecho propio o de un tercero que sea contrario a las leyes y reglamentos del sector en el que se desempeña.

En este contexto, el delito de negociación incompatible del cargo se presenta de manera frecuente en el Perú, pero que tiene diversos problemas de aplicación. Por ejemplo, se debate si mediante conductas omisivas se puede configurar o no el delito de negociación.

Asimismo, se pregunta cuál es la delimitación de la responsabilidad en los casos en los que exista una delegación de funciones. Empero, en la presente investigación nos vamos a centrar únicamente en responder esta interrogante: ¿es posible la participación del agente público no competente y tercero particular en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo?

Como es de conocimiento en el mundo jurídico, para la configuración del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se requiere que el agente público competente se interese indebidamente en determinado contrato u operación para obtener un provecho para sí o un tercero. Casos en los que la mayoría de veces resulta beneficiado con este acto de interés indebido un tercero particular. Situación en la que se pregunta si es que este tercero particular puede ser considerado cómplice o no del delito de negociación.

Una situación distinta se da en los casos en los que, además de la intervención del funcionario o servidor público competente, se da la intervención de un funcionario público no competente. En este escenario no queda duda de que el funcionario público competente responde como autor del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Sin embargo, lo que se pregunta es si el agente

público no competente y el tercero particular pueden ser cómplices en delito contra la administración pública en su modalidad de negociación incompatible del cargo.

Ahora bien, vamos a tratar de responder a estas dos interrogantes en base a lo que se ha postulado en la dogmática y en la jurisprudencia.

En razón a ello, el trabajo de investigación está estructurado en cuatro capítulos: capítulo I: Contextualización inicial del objeto de estudio, capítulo II: Contexto teórico, capítulo III: Contexto metodológico, capítulo IV: Contexto empírico o hallazgos.

En el capítulo I “Contextualización inicial del objeto de estudio”, realizamos un estudio del problema a investigar, de los propósitos que persigue la investigación y de la importancia de la investigación. En este sentido, realizamos una descripción de la situación problemática del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Formulamos preguntas orientadoras del problema de investigación y fijamos los propósitos del estudio y la importancia de la investigación.

En el capítulo II “Contexto teórico”, indicamos los estudios vinculados con la temática de estudio y estudiamos el fenómeno de la corrupción, el impacto que ésta genera en la sociedad y en la administración pública. Este estudio comprende una revisión minuciosa de los antecedentes del tema a investigar, a fin de evitar problemas de compatibilidad y/o plagio. También analizamos el enfoque y las diversas tipologías en las cuales se manifiesta la corrupción. Asimismo, desarrollamos el estudio evolutivo del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. También comprende un estudio de la autoría y participación en los delitos contra la administración pública. Igualmente realizamos un exhaustivo análisis dogmático y jurisprudencial de la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en la cual se estudia las posiciones asumidas por la doctrina y la jurisprudencia. Y, por último, reflexionamos acerca de la política criminal contra la corrupción en el sector de la administración pública. Enfatizamos en analizar el estado actual de la política criminal peruana con respecto a la lucha contra el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Este estudio crítico comprende todo el proceso evolutivo de la criminalización de este delito y cómo ha impactado en ella la política criminal peruana. Finalizamos el capítulo manifestando nuestra postura personal de la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

En el capítulo III “Contexto metodológico”, efectuamos el estudio metodológico del problema a investigar. Este estudio metodológico comprende la perspectiva metodológica, el diseño metodológico, la delimitación de la investigación, los participantes y técnicas para la elección del estudio, las técnicas de recolección de evidencias, las técnicas de sistematización de la evidencia y los criterios de legitimidad científica.

En el capítulo IV “Contexto empírico o hallazgos”, reflexionamos acerca de la argumentación hermenéutica de las categorías emergentes.

CAPITULO I. CONTEXTUALIZACIÓN INICIAL DEL OBJETIVO DE ESTUDIO

1.1 Descripción problematizadora del tema y contexto de estudio

El fenómeno de la corrupción en la actualidad sigue vigente, para ello sólo basta observar los casos públicos que se difunden a través de los medios de comunicación, que cada vez son más en la administración pública. Es de recordar que hace muchos años, y con hincapié luego del gobierno de Fujimori, se otorgó mucha relevancia a los actos de corrupción pública.

Dentro del fenómeno de la corrupción, el tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es uno de los delitos de mayor relevancia en la sociedad. Y la criminalización de esta conducta pretende proteger a la administración pública del interés privado de sus agentes –funcionarios o servidores públicos– especialmente relacionados o vinculados por razón de su cargo a los contratos u operaciones públicas. Sin embargo, este delito tiene algunos puntos que todavía causan problemas de interpretación, situación que debe encontrarse siempre acorde a los criterios de imputación objetiva, y a la finalidad prevista por el legislador.

Debe tenerse presente que este delito podemos considerarlo como convencional, pues estaba previsto primigeniamente en el texto original del Código Penal de 1924 (artículo 345°), y luego en el Código Penal de 1863 (artículo 201°). Pese a esto, hasta la fecha, existen pocos estudios completos y serios sobre la naturaleza y los elementos objetivos y subjetivos que deben concurrir en una conducta para catalogarla como delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

Uno de los temas no tan pacíficos, en la doctrina y la jurisprudencia nacional, consiste en determinar la participación del cómplice en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Al respecto, en la doctrina hay existen posturas claramente diferenciadas, para un sector el *extraneus* va a ser un funcionario público no competente; en cambio, para el otro sector el *extraneus* puede ser un tercero particular. Con referencia a la jurisprudencia existen pronunciamientos disimiles; existen sentencias de la Corte Suprema que sostienen que el *extraneus* es un funcionario público no competente, otros que postulan que el *extraneus* es un tercero particular; y, por último,

aquellos que proponen que la participación del *extraneus* está condicionada a la estructura típica del delito.

Son temas que se pretenden aclarar y se pretende sentar una posición coherente con los lineamientos de la Convención contra la corrupción de las Naciones Unidas de 2005.

1.2 Preguntas orientadoras

¿Si el funcionario público no competente puede ser cómplice o no del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo?

¿Si el tercero particular puede ser cómplice o no en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo?

¿Si la estructura del típica del delito de negociación incompatible es determinante para validar la responsabilidad penal del cómplice?

1.3 Propósitos del estudio

- Efectuar un estudio general de la corrupción.
- Efectuar un estudio del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.
- Determinar la conducta típica en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo
- Efectuar un estudio de las posturas adoptadas en la dogmática sobre la participación del funcionario no competente en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.
- Efectuar un estudio de las posturas adoptadas en la dogmática sobre la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.
- Efectuar un estudio de las posturas asumidas en los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de la Republica referente a la participación del cómplice (*intranues*) y cómplice *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

1.4 Importancia de la investigación

La presente investigación es importante ya que se pretende responder a las preguntas de si el funcionario público no competente y ser tercero particular pueden ser cómplices o

no del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, a partir de lo que se ha postulado en la dogmática y en la jurisprudencia.

Esto responde a que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se presenta de manera frecuente en el Perú, y plantea diversos problemas de aplicación; uno de ellos es el referido a la pregunta descrita en el párrafo precedente.

De acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la corrupción es una plaga insidiosa que socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. Asimismo, en el último informe sobre Corrupción y Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– considero a la corrupción como un fenómeno caracterizado por el abuso o desviación del poder encomendado, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que daña la institucionalidad democrática, el Estado de derecho y afecta el acceso a los derechos humanos.

En el plano nacional, a su turno el Decreto Supremo N° 042-2018-PCM, que establece medidas para fortalecer la integridad pública y lucha contra la corrupción, que crea la Secretaría de Integridad Pública, indica que, se entiende por corrupción el mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido, económico, no económico o ventaja directa o indirecta por agentes públicos, privados o ciudadanos, vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales.

En este contexto, responder a la pregunta de si el funcionario público no competente y el tercero particular pueden ser cómplices o no del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, nos permitirá apreciar si la interpretación postulada en la dogmática y la jurisprudencia se enmarca en la lucha frontal contra el fenómeno de la corrupción, ya que de no ser así habría impunidad del *extraneus* en el delito en cuestión.

CAPITULO II. CONTEXTO TEÓRICO

2.1 Estudios previos vinculados con la temática de estudio

Los estudios previos vinculados con la temática de estudio al respecto son:

➤ Tesis nacionales

- ✓ “Ineficacia de la acusación fiscal por delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo e incidencia en la expedición de sentencias absolutorias de la Sala Penal de la Corte Suprema por el mismo delito en el periodo 2010 - 2015” – presentado por Wiber Jossef Vega Mendoza; para optar el título de Abogado – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega - Lima, 2017.
- ✓ “Análisis del sentido o núcleo de la prohibición penal para adecuar la tipificación de la negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en los contratos u operaciones estatales” – presentado por Maria Milagros García Baldera; para optar el título de Abogado – Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipan - Pimentel, 2018.
- ✓ “Análisis dogmático de la intervención del *extraneus* en los delitos contra la administración pública sobre la base de las teorías de título de imputación, autoría y participación” – presentado por Cristian Alcides Quispe Japura y Yoysi Mayumi Taype Condori; para optar el título de Abogado – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano - Puno, 2018.
- ✓ “La complicidad del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y su vulneración al principio de legalidad” – presentado por Ana Sofía Pajares Sánchez; para optar el título de Abogada – Facultad de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo - Lima, 2018.
- ✓ “Problemas de autoría y participación en los delitos de peculado y colusión – Distrito Fiscal de Apurímac”, presentado por Julio César Orellana

Huamánauhi, para optar el grado de doctor, en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco – 2019.

- ✓ “El principio de legalidad en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y la aplicación del principio de accesoriadad y la unidad de título de imputación en el *extraneus*” – presentado por Marco Antonio Arbildo Ramírez; para optar el grado de maestro – Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo” - Lambayeque, 2019.
- ✓ La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales, presentado por Emérito Ramiro Salinas Siccha; para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2020.
- ✓ “El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y la complicidad del *extraneus* entorno a la teoría de la unidad” – presentado por José Roberto Serquen Chaname; para optar el título de abogado – Facultad de Derecho y Educación - Pimentel, 2021.
- ✓ “La participación en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo” – presentado por Oscar Arturo Miranda Pimentel; para optar el título de abogado – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo - Trujillo, 2022.

➤ **Tesis internacionales**

- ✓ “El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en el ordenamiento jurídico peruano” – presentado por Ingrid Díaz Castillo, para optar el grado académico de doctor – Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca – España, 2016.
- ✓ “El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos” – presentado por Marta Fernández Cabrera, para optar el grado académico

de doctor – Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga – España, 2017.

- ✓ “El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en la reforma legal” – presentado por Antonia Rodríguez – Cano Fernanda Cueto, para acceder al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales – Facultad de Derecho de la Universidad de Chile – Chile, 2019.

2.2 Referentes teóricos

Aspectos generales de la corrupción

Aspectos básicos del fenómeno de la corrupción:

De acuerdo a la Real Academia Española, en las organizaciones, principalmente en las públicas, corrupción se entiende como practica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.

De otro lado, en el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021 no define la corrupción, pero a través de algunos ejemplos señala que la corrupción la vemos en la compra de voluntades políticas, de acuerdos para beneficiar ilegítimamente intereses particulares y de decisiones que no se fundamentan en el interés general sino en el interés de unos pocos. Continúa luego señalando que también vivimos la corrupción cuando somos víctimas de un mal servidor público que exige algún pago o beneficio irregular para permitirnos acceder a servicios públicos básicos que por derechos nos corresponden como la salud y la educación¹.

Probablemente la herramienta normativa interna que mejor define la corrupción es el Decreto Supremo N° 042-2018-PCM, que crea la Secretaria de Integridad Pública, según el cual se entiende por corrupción el mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido,

¹ Decreto Supremo N° 044-2018-PCM), que aprueba el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, publicado en el diario oficial El Peruano el 26 de abril del 2018, Presentación, p. 7.

económico, no económico o ventaja directa o indirecta por agentes públicos, privados o ciudadanos, vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales².

Ahora bien, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³, si bien tampoco la define, se encarga de decretar en su prefacio que la corrupción es una plaga insidiosa que socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. En el último informe sobre Corrupción y Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH- considero a la corrupción como un fenómeno caracterizado por el abuso o desviación del poder encomendado, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que daña la institucionalidad democrática, el Estado de derecho y afecta el acceso a los derechos humanos⁴.

En este punto, es necesario exponer brevemente las notas básicas, que considero características del fenómeno de la corrupción, esgrimidos por Ernesto Garzón Valdés (c.p. Gómez, 2011) y por Francisco Laporta (c.p. Gómez, 2011).

- a) Entiendo que debemos partir de la constatación, de que nos hallamos ante un fenómeno de carácter permanente, que

² Decreto Supremo N° 042-2018-PCM, que establece medidas para fortalecer la integridad pública y lucha contra la corrupción, publicado en el diario oficial El Peruano el 22 de abril del 2018. Artículo 3.- **Definiciones** (...) 3.2 Corrupción. - Mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido; económico, no económico o ventaja directa o indirecta; por agentes públicos, privados o ciudadanos; vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales.

³ La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 58/4 el 2003 y entro en vigor en diciembre del 2005. La Convención contra la Corrupción es el primer instrumento jurídicamente vinculante contra la corrupción. Presenta un conjunto amplio de normas, medidas y reglamentos que todos los Estados partes en la Convención deberían aplicar para fortalecer sus regímenes jurídicos y reglamentarios de lucha contra la corrupción. Las Naciones Unidas proporcionan asistencia a los Estados Miembros en la aplicación de la Convención, así como en el fortalecimiento de la capacidad para prevenir, detectar e investigar la corrupción, y poner en marcha programas para promover la transparencia, la integridad y la rendición de cuentas en materia de justicia penal e instituciones del Estado de Derecho.

⁴ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Informe sobre corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos. OAS/Ser.L/V/II.Doc.236, publicado el 6 de diciembre del 2019.

pone de manifiesto un hecho incontrovertible, “*que la corrupción es algo que existe siempre, cualquiera que sea el sistema político y el tiempo en el que pensemos*”.

Al margen de estas consideraciones, quiero poner de relieve que, si la corrupción es un fenómeno permanente- y acabo de afirmar que lo es- no será un fenómeno existente únicamente en los regímenes totalitarios o dictatoriales, sino, que, con seguridad existirá también en regímenes democráticos, que, no por ello dejarán de serlo.

- b) En segundo lugar, cuando hablamos de la corrupción en general, debe quedar claro que esta, se da tanto en la esfera pública como en la privada.

Al respecto, el ex Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción, Enco (2020), señala “*Por lo general, asociamos a la corrupción como un problema propio del Estado; sin embargo, tal enfoque no sería del todo correcto puesto que la corrupción responde a un problema mucho más amplio y complejo que termina involucrando a una serie de actores públicos y privados*” (p. 17).

La corrupción en el **ámbito de la Administración Pública** constituye en esencia, a decir de Transparencia Internacional, un abuso del poder público en beneficio de intereses privados⁵. Sin embargo, como bien advierte la CIDH, la corrupción no sería un problema solamente del sector público, al abuso o desviación del poder para provecho propio también se daría en el sector privado.

Como podemos notar, en el ámbito de la Administración Pública, la corrupción esta intrínsecamente

⁵ Transparencia Internacional (TI) es una organización no gubernamental que promueve medidas contra crímenes corporativos y corrupción política en el ámbito internacional. Se fundó en 1993. Pública anualmente el Índice de Percepción de Corrupción, una lista corporativa de corrupción a nivel mundial. La sede se encuentra en Berlín, Alemania, pero opera en más de 70 países.

relacionada con la utilización indebida del cargo público, específicamente de la función pública. La función pública es ejercida exclusivamente por quienes ostentan el cargo de funcionarios o servidores públicos. Todos los que trabajan para el Estado o forman parte de él, independientemente de la modalidad contractual que los sujeta, administran una cuota del poder público, cumplen una determinada función dentro de la Administración Pública. La función pública puede definirse como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado, o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. La función pública o funciones públicas están señaladas por la Constitución, la ley y los reglamentos. La realización o ejecución de las funciones públicas permite que el Estado se conecte con los ciudadanos para atender una serie de requerimientos que tienen que ver fundamentalmente con la satisfacción de necesidades de primer orden, tales como la salud, la educación, la seguridad pública, etc. A través de la función pública, el Estado concreta su finalidad constitucional, cual es prestar servicios públicos que garanticen la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad⁶.

La corrupción con respecto al ámbito privado, es de señalarse que, *“si bien existen delitos de corrupción cuya ejecución depende exclusivamente del comportamiento o conducta del servidor o funcionario público, tales como el peculado, el cohecho pasivo o el enriquecimiento ilícito, también existen delitos, aunque en menor número, donde la condición de autor recae en cualquier persona, es decir, en un particular, ejemplo: el*

⁶ Constitución Política del Perú, artículo 1.

delito de cohecho activo genérico, previsto en el artículo 397° del Código Penal". (Enco, 2020, p. 21-22)

En el caso específico del Perú, fue en el año 2018 cuando se introdujeron en el Código Penal los denominados delitos de corrupción privada. El 4 de setiembre de ese año se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1385, "Decreto Legislativo que sanciona la corrupción en el ámbito privado"⁷. De esta manera se incorporan en el Código Penal los delitos de corrupción en el sector privado que atenten contra la libre y leal competencia empresarial. La norma busca sancionar aquellas conductas que "afectan el normal desarrollo de las relaciones comerciales y la competencia leal de las empresas".

- c) Se produzca en la esfera pública o en la esfera privada, lo cierto, es que, en los fenómenos de corrupción es necesaria

⁷ Decreto Legislativo N° 1385: "Artículo 241-A.- Corrupción en el ámbito privado. El socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, que directa o indirectamente acepta, reciba o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero para realizar u omitir un acto que permita favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Será reprimido con las mismas penas previstas en el párrafo anterior quien, directa o indirectamente, prometa, ofrezca o conceda a accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, una ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para ellos o para un tercero, como contraprestación para realizar u omitir un acto que permita favorecer a éste u otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales".

"Artículo 241-B.- Corrupción al interior de entes privados. El socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, que directa o indirectamente acepta, recibe o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza para sí o para un tercero para realizar u omitir un acto en perjuicio de la persona jurídica, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Será reprimido con las mismas penas previstas en el párrafo anterior quien, directa o indirectamente, promete, ofrece o concede a accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, una ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para ellos o para un tercero, como contraprestación para realizar u omitir un acto en perjuicio de la persona jurídica. En los supuestos previstos en este artículo solo se procederá mediante ejercicio privado de la acción penal"

la presencia de una autoridad o de un decisor, entendiendo por tal, todo agente con capacidad de tomar decisiones y cuya actividad esté sujeta a determinados tipos de deberes que se adquieren –a diferencia de los deberes naturales, que valen para todos y con respecto a todos los individuos, sin que, importe el papel social que ellos desempeñen- a través, de algún acto voluntario, en virtud del cual, alguien acepta asumir un papel dentro de un sistema normativo.

Lo característico de la corrupción es que implica la violación de algún deber por parte de un decisor, y por ende un acto de deslealtad con respecto al sistema normativo relevante.

- d) Por último, todo comportamiento corrupto persigue la obtención de un beneficio para el agente decisor, el cual utiliza su poder de decisión –reconocido por el sistema normativo relevante- no para cumplir el deber posicional que había adquirido, sino para obtener un beneficio personal (extra-posiciona) (c.p. Gómez, 2011); ese poder de decisión se convierte en definitiva, en fuente de enriquecimiento privado de quienes se le ha confiado el ejercicio de una determinada función del poder, que van a ser determinantes al momento en que se pretenda definir el fenómeno de la corrupción.

Sin embargo, el tema del fenómeno de la corrupción no únicamente se contiene al ámbito puramente económico, igualmente se encuentra el **factor cultural**, alusivo no únicamente a la percepción que la gente tiene respecto de la corrupción, sino incluso del conjunto de valores, ideas, morales, estilo de vida que sociedad tiene. Otro es **factor histórico** y **político**. Dependiendo de las perspectivas que uno adopte, causas, criterios y maneras de combatir la corrupción, tendrá cada uno un distintivo que diferenciara una posición de otra.

Friedrich 1996 (c.p. Gómez, 2011), define la corrupción en los siguientes términos: “(...) *Un tipo de conducta que se desvía de al*

normalmente vigente, o que se cree prevaleciente en un contexto dado (...), está asociada con una motivación particular, esto es, la ganancia particular a expensas públicas que puede ser monetaria (...) o tomar otras formas”.

En el ámbito nacional, la corrupción es definida por Gonzalo Gómez Mendoza (2011) como *“el uso del poder público para el enriquecimiento privado, es decir, toda desviación o inconducta que, en el ejercicio del poder público, tiene como consecuencia un beneficio económico del particular”* (p. 131).

El ex Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción, Enco (2020), a su vez define a la corrupción como *“una práctica, un comportamiento contrario a la ética y al ordenamiento jurídico, que consiste en la utilización del cargo público para provecho propio o de tercero”* (p. 16).

En el Perú el tratamiento de la corrupción ha ocupado un lugar preponderante en la agenda pública, dicho interés sin duda cobró mayor incidencia después de la penosa década de los 90. Como se recordará, el 14 de setiembre del 2000 se hizo público en el Perú el famoso *Vladivideo Kouri-Montesinos*.

Como entender el fenómeno de la corrupción

Políticas administrativas

Dentro de este ámbito, se introducen las teorías, en la cual se afirma, que la forma como está organizado políticamente y constitucionalmente un país, podría contribuir en buena medida a la instauración de un sistema de corrupción, en otras palabras, en la estructura misma del sistema de gobierno, se encontrarían los elementos constitutivos de esta conducta.

En otro orden de ideas, diversas investigaciones sobre la corrupción de funcionarios, consideran, que, entre los factores explicativos se encuentra el hecho, que los funcionarios, que ocupan cargos de decisión y responsabilidad elevadas, no son

retribuidos con arreglo al puesto ocupado y la responsabilidad asumida.

Nuestro país no es ajeno a este tipo de desarrollo de la corrupción donde el sistema de gobierno impuesto, ha permitido que en estas últimas décadas el injusto penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se haya desarrollado en forma alarmante, donde las contrataciones estatales, solo depende de la voluntad de las autoridades nacionales, regionales y municipales de turno y no de calidad del bien, servicio u obra con que se pretende cubrir una necesidad pública, donde la corrupción ha pasado a ser el segundo gran flagelo de nuestra nación.

Por lo que, se ha hecho más frecuente en nuestro país, la criminalidad conocida como la corrupción política, el Dr. García (1982) nos dice respecto a este tema.

“Al desviar las tareas históricas al transgredirse los principios constitucionales que sustentan a los organismos sociales, al desconocer los mecanismos de control y al dañar los intereses de la colectividad, la criminalidad política reclama un tratamiento teórico, que aproxime al derecho y a la política en el campo del humanismo, ese terreno donde la ciencia nutre a la ética, para auspiciar una moral social que no solo provenga el delito, sino, que también, transforme a los órganos de control social y a la actividad ligada a la administración de justicia”

Igualmente, dentro de la perspectiva política administrativa, se considera que la ley misma puede dar lugar a la corrupción, sobre todo cuando no corresponde a las costumbres o necesidades de una parte importante de la población, dejando así una amplia laxitud a los agentes encargados de aplicarla.

Otro punto importante del desarrollo de la corrupción, está en su relación que tiene con la democracia, por ello, es que algunas de las condiciones fundamentales para que la corrupción en el país pueda ser estudiada y reducida, es que la democracia como sistema político debe funcionar de una manera eficiente y sistemática.

Ahora es cierto, que el desarrollo democrático exige desarrollo político, desarrollo social y desarrollo económico y no se puede hacer una separación tajante, sobre estos conceptos que están fuertemente entrelazados, pero, si es evidente, que una de las columnas de todo sistema es el marco político institucionalizado.

Habiendo expresado la importancia de un sistema político que rija a una Nación, consideramos que el mejor sistema es el democrático, porque nos permite dar algunas perspectivas políticas para el estudio y posterior freno de la corrupción política-administrativa. Para ello se hace necesario que existan ciertos presupuestos básicos que ayudaran a conseguir una nación democrática; al respecto, Francisco Morales (1996), propone:

- La independencia de los poderes del Estado.
- Que los gobiernos sean producto de elecciones libres.
- Incompatibilidad de perpetuarse o de intentar perpetuarse en el poder, más allá del término que la ley establece.
- Libertad de la persona y justicia social que se basen en el respeto a los derechos humanos fundamentales.
- Legislaciones del Estado que no solo incorpore los derechos humanos, sino que estos derechos sean protegidos por una efectiva administración de justicia.

- Aceptación de la voluntad de la mayoría, pero, al mismo tiempo, el respeto y consideración a la opinión orgánica de las minorías.
- Libertad de información y prensa.
- Establecer métodos y procedimientos institucionalizados de rendición de cuentas para la administración, que funcionen (p. 6).

No solo estas medidas hacen que el sistema democrático se ponga al servicio del ciudadano para frenar la corrupción, también la democracia es más legítima, cuando permite que, a través de métodos institucionalistas, se logre la participación ciudadana, la que permitirá ver las fallas del propio sistema, que también es importante para el fortalecimiento de la democracia, dicha participación ciudadana se puede dar, por los siguientes mecanismos:

- Examinar las actividades del gobierno.
- Examinar los gastos públicos.
- Destituir a los funcionarios que no responden a la confianza pública.
- Asegurar niveles convenientes de servicios públicos.
- Hacer legalmente responsable a sus actos, a los organismos públicos y a los funcionarios públicos (Rey, 1964, p.83).

Estos dispositivos deben ir acompañados con el compromiso del Estado a proteger legalmente a las personas o grupos sociales que denuncien abusos o corrupción y a ejercer el autocontrol en sus instituciones públicas.

Política sociológica

En este aspecto se supone que la corrupción, al dar la satisfacción a diversas necesidades, que el sistema oficial no puede

satisfacer por medios legales, constituye un elemento esencial y dinámico del mismo, ya que garantiza adaptabilidad y supervivencia.

Si bien es cierto, consideramos que la política y la economía ofrecen al derecho las coordenadas generales, sobre las cuales se mueve la norma jurídica, la sociología ofrenda los parámetros particulares, las formas específicas de manifestación de lo general, las tradiciones, las costumbres, los hábitos sociales, la idiosincrasia de cada uno, su modo de ver, ser y de vivir su estilo nacional. Cuando se dice en nuestro país, que la “rompedera de mano” y la “mordida” sin instituciones enraizadas en la cultura nacional se arriba a un tipo de generalización sociológica.

Dentro de la corrupción subyacen algunas condiciones sociales que favorecen la corrupción en el gobierno, como son:

- La corrupción tiende a propagarse en un periodo de crecimiento rápido y moderno, debido al cambio de valores, nuevas fuentes de riquezas y de poder, y la expansión del gobierno.
- Hay una tendencia a una menor corrupción, en países de más estratificación social, más polarización de clases. Estas condiciones proveen un sistema más articulado de normas y sanciones, lo cual, reduce tanto la oportunidad como las atracciones de la conducta corrupta.
- En Latinoamérica y el África Negra los países tienen un alto grado de corrupción.
- La proporción de oportunidades políticas con relación a las oportunidades económicas de un país afectan la naturaleza de la corrupción. Si las primeras pesan más que las últimas, entonces, la gente entrará en política para hacer dinero, y esto conducirá a un grado mayor de corrupción.

- Si los negocios extranjeros están generalizados, la corrupción tiende a ascender.
 - Cuando menos desarrollados estén los partidos políticos más desarrollada estará la corrupción.
- (Gómez, 2011, p. 139)

En el ámbito de la sociología también se puede concluir los estudios realizados por Carlos Franco⁸, quien, desde su perspectiva del Psicólogo Social, hace un enfoque de la influencia de las familias más poderosas económicamente en nuestro país, de lo cual, afirma que en su mayoría estas familias provienen de migrantes europeos, las cuales llegaron a nuestro país entre finales del siglo pasado y comienzos del presente, su base son los lazos familiares. El origen étnico, la base familiar de su poder y el uso económico del vínculo parental les asegura una intensa participación política en los asuntos del Estado. Franco (1990) nos dice:

“Que en el Perú existe cinco grupos económicos, liderados por un puñado de 25 familias que en el año 1984 poseía un patrimonio aproximado de 1430 millones de dólares, en 403 de las empresas más poderosas del país sometidas a su control y operaba, monopolícamente y oligopólicamente, en nueve sectores fundamentales del aparato productivo y son estas familias las que ha ocupado la cima del poder económico y social del país...” (p. 103-109)

Esto nos permite que, en algunos casos, solo un grupo de personas tienen la prerrogativa de tomar decisiones sobre el futuro de nuestro país, son ellos, los que deciden en muchas oportunidades sobre la base del dinero, los cambios en las estructuras sociales, los cargos políticos, los tributos a cobrar, las

⁸ Franco, Carlos. Investigador en el CEDEP; autor entre otros de: “Del marxismo Eurocéntrico al Marxismo Latinoamericano”. (Lima, 1981); Perú Participación Popular (Lima, 1989).

decisiones del Poder Judicial, es la corrupción, a veces imperceptible, pero, que siempre ha estado vigente durante toda nuestra historia republicana.

Cuando se habla de corrupción se habla de dos factores, aquellos que viven de la corrupción y otros, que la hacen vivir, es por ello, toda sociedad y por ende, todo ciudadano tiene cierto grado de responsabilidad del grado de corrupción, que exista dentro de su nación.

En la entrevista que se le hiciera a Peter Eigen, como Presidente de Transparencia Interna Internacional⁹, el manifestó:

“Que las grandes empresas internacionales, dicen, que no quieren coimear, pero tienen que hacerlo porque sin las coimas, es imposible conseguir contratos en las licitaciones que se ofrecen...”¹⁰

Esto nos permite inferir que los estratos gubernamentales han adoptado ya una forma de corrupción estructurada y sistematizada y aquellos, que necesariamente requieren de esa estructura corrupta para conseguir las adjudicaciones de obras públicas, lo han aceptado como algo valedero, la coima es algo natural y eso es lo más peligroso, terminar aceptando que lo corrupto es útil para conseguir los fines de supervivencia social y económica.

Por lo que, sería un riesgo para el empresario ser honesto y a la vez quedarse sin trabajo, en razón a ello, el Presidente de Transparencia Internacional manifiesta que sería una solución al problema:

⁹ Eigen, Peter; trabajo 25 años en el Banco Mundial y es actualmente Presidente de Transparencia Internacional, organismo creado para estudiar y frenar la corrupción a nivel mundial, entendida esta como un “uso y abuso del poder público en beneficio propio mas que, como el fraude convencional con los fondos del Estado”.

¹⁰ Entrevista realizada a Peter Eigen, Diario “El Comercio”. Lunes 22 de julio de 1996, p. 12; por Verónica Rojas Casale.

“El establecer un mecanismo que se conoce como Islas de Integridad, que consiste en establecer un pacto de evitar la corrupción entre las compañías, mediante la cual, estas se comprometen a no coimear y el gobierno a evitar la corrupción pasiva... la reforma administrativa también es muy importante para evitar la corrupción...”

Otro aspecto importante es el referido al rol que cumple una sociedad estratificada dentro del estudio de la corrupción, como fenómeno social, hay autores que afirman que una sociedad pobre es más corrupta que una pudiente, o que, para un pobre es más fácil aceptar la cultura de la corrupción. Sobre esto Peter Eigen manifiesta:

“Creo que los ricos son más corruptos que los pobres. Es muy fácil para una sociedad aceptar costumbres de corrupción... No hay ninguna cultura que aliente la corrupción, solo existe la posibilidad que la gente olvide cuáles son sus valores más importantes”.

Por tanto, es necesario, comprender, que la corrupción acarrea una multiplicidad de factores que la provocan, para frenar ello es importante contar con las iniciativas de organismos como Transparencia Internacional, que buscar frenar la corrupción haciendo un estudio técnico más que moral o político¹¹. Para poder hacerlo las personas que trabajan allí deben reunir dos requisitos básicos:

- a) Abstinencia Política.
- b) No investigar casos individuales.

Dentro de las perspectivas sociológicas, que se han dado para buscar frenar la corrupción se encuentran las del Dr. Ronald

¹¹ La finalidad de transparencia fundamentalmente, es la de estimular el autodiagnóstico de los países que quieren participar, preparar documentos útiles para las sociedades que quieren combatir la corrupción y por último, dar una perspectiva internacional al problema.

Wraith y Edgar Simpkins que fueron expuestos en la obra de Robert Klitgaard y son los siguientes:

- El transcurso del tiempo, durante el cual, dado un progreso económico firme, las lealtades pasaran gradualmente desde la familia, el clan y la tribu hacia la Nación-Estado.
- El aumento de la Educación, que permitirá a la gente comprender que es la política, en vez de contemplarla como una forma tribal o partidista de excitación, que contribuirá también al nacimiento de un enfoque científico de los problemas del gobierno y de la administración.
- La Evolución de una Opinión Pública, que debe seguir a la extensión de la educación que rechaza la corrupción, ya sea, porque es moralmente incorrecta o porque es científicamente más ineficiente, o por ambas causas.
- El crecimiento del Comercio y la Industria, que reforzara un elemento en la clase media que hoy en día es débil, y que, históricamente, ha sido contraria a la corrupción.
- El crecimiento adicional de la clase profesional y su decisión de aumentar sus pautas éticas aumentando la asociación.
- La difusión del poder, la riqueza y la posición social, disfrutados ahora principalmente, por la clase política, en todo el cuerpo social.
- El reconocimiento de la democracia vale la pena, de que es un concepto maduro, y que en los países en desarrollo la democracia local, debe, por definición, ser inmadura; en consecuencia, exige una continuación del control y supervisión centrales, ejercicios por la función pública.

- La elevación del prestigio y el aumento de la cantidad de contadores y auditores capaces.
- El riguroso cumplimiento de las Leyes, relativas a la inspección.
- El testimonio personal de quienes se oponen al soborno y la corrupción. (Klitgaard, 1990)

Estando a lo expuesto, si bien es cierto la corrupción está en el interior de las estructuras sociales y políticas, también, es verdad, que lo peor se encuentra en los valores de la sociedad y la única manera de superar esto, es por medio de una cultura de honestidad y principios morales, no es una utopía, cambiar la corrupción, transformar, la forma de pensar de las personas, lo técnico no tiene resultado, si los hombres, que lo llevan a cabo no tienen los suficientes valores morales, para que las medidas a realizarse de los resultados esperados.

Política económica

Permite analizar a la luz de los nuevos descubrimientos de recursos creadores de riquezas, así como los cambios tecnológicos asociados al desarrollo de las economías modernas, llevan a los hombres de negocios a ejercer presión sobre los gobiernos para modificar las reglas de juego económico. Si sus demandas resultan oficialmente insatisfechas, ellos emplearán la corrupción a fin de mantener y de incrementar su poder económico.

En este devenir la corrupción es considerada como una colaboración entre el poder político y el poder económico, es como un acelerador económico que, aun contribuyendo a las fortunas personales, puede ser económicamente beneficioso para el conjunto de la sociedad (Vásquez, 1993).

Este enfoque ha sido aplicado a países en vías de desarrollo con el fin de subrayar el hecho, que los costos de la corrupción entre personas que pertenecen al gobierno resultan inferiores a las

ventajas que pueden recibirse en el desarrollo económico de ciertas sociedades.

Conforme a estas perspectivas económicas, se estima que, en los países capitalistas, el éxito financiero es valorizado en detrimento de los valores morales tradicionales de propiedad, honestidad, favoreciendo con ello la corrupción.

En reciente enfoque, que se ha hecho a las consecuencias de la corrupción se ha llegado a establecer algunas consideraciones de los costos económicos de este mal social:

- a. LAGAY. Dinero para acelerar y pago por registros y autorizaciones gratuitos. El contribuyente que participa gana, pero, los contribuyentes en general pierden.
- b. Extorsión. Los tasadores amenazan a los contribuyentes con tasas más altas, abusando de su ignorancia o de su renuencia, respecto a someter sus casos a costosos litigiosos.
- c. Arreglo. Los tasadores y contribuyentes confabulan para reducir las obligaciones tributarias. Propagando grandes sumas. El contribuyente que participa gana, pero los contribuyentes no corruptos pierden y el gobierno deje de percibir millones en ingresos.
- d. Peculado. Los empleados hurtan los fondos recaudados.
- e. Venta de cargos. Los puestos selectos de responsabilidad en el gobierno se designan a cambio de sobornos, contribuyendo a la cultura de la corrupción. (Gómez, 2011, p. 144)

Política criminológica

En esta fase se encuentran tres enfoques.

El primero se caracteriza por concebir la delincuencia como resultado del modo de producción capitalista, siempre situando su análisis dentro de la búsqueda de una sociedad igualitaria.

El segundo que comienza en la década de los 60 con el desarrollo de los estudios de criminalidad de los negocios, se caracteriza por un enfoque, a menudo idealista, de aquellos, que ven esta forma de delincuencia como un disfuncionamiento de la economía liberal.

El tercero que ha venido a cuestionar los anteriores enfoques y que se encuentran aún, en vías de constitución, denominada “radical” se ha integrado, a partir de un cierto número de constataciones: la importancia considerable del costo social de la criminalidad económica, el rol jugado por el Estado en los diversos niveles (nacional o internacional) en el conjunto de las practicas propias a este tipo de delitos y el carácter propiamente simbólico que revista la represión en esta materia.

Por lo tanto, los cuestionamientos que se hacen al régimen liberal y sus relaciones con la criminalidad de los negocios, considerando a la corrupción, no como un disfuncionamiento, sino como un componente esencial del sistema político y económico en una sociedad clasista. (Cojica, 1967, p. 353)

En la investigación de la criminalidad económica incluyendo, la de la corrupción existen dos grandes orientaciones: el análisis de los mecanismos del paso al acto y el examen de la relación social.

En el estudio de los mecanismos empleados en materia de delincuencia económica, existe una elevada cifra negra, también se

ha demostrado que dicha delincuencia escapa a una percepción en términos de desviación delictuosa, tanto, a nivel de sus autores como a la de sus víctimas y de los agentes oficialmente encargados de reprimirlas, lo que finalmente, se traduce en que lo contenido y la existencia misma de la noción aparezcan como fuertemente problemáticas.

Dentro de las perspectivas de análisis de los mecanismos del paso al acto, el estudio clínico encaminado a explicar el tipo de criminalidad sobre el comportamiento del agente, no parecen ser lo más prometedores para la elaboración de una teoría, pues han puesto de relieve que se trata de personas con inteligencia normal escolarizadas de clase social media o alta y cuyo promedio de edad rebasa la cuarta década de la vida. Tales individuos no se perciben asimismo como delincuentes y, por tanto, no presentan sentimientos de culpabilidad y su conducta más bien parece tener justificación en factores externos; que enunciados en forma irónica por sus autores serían: Se hace uno delincuente por haber efectuado malos negocios, o bien, porque los negocios resultaban muy infructuosos.

Esta argumentación permitirá al delincuente económico aun en el caso de ser sancionado, escapar al estigma de delincuente y evitar el rechazo social de su medio.

El enfoque sobre la reacción social a esta forma de delincuencia, ha seguido dos vertientes: La primera, encaminada al análisis de la reacción social institucional de los órganos que integra el sistema de justicia, y la segunda, a través de estudios de opinión entre la colectividad, para desentrañar sus efectos e impacto entre el público.

Por otra parte, en el proceso de estudio del presente tema Gómez (2011) cita las siguientes características en materia de reacción social:

- El descubrimiento de este tipo de infracciones es lento y difícil, lo que favorece una elevada cifra negra.
- En cuanto a las denuncias, están presentas, a menudo, un carácter vago y proviene de los competidores que se ven afectados en el sector comercial y, en el público, de la pérdida de poder político del acusado o de un mecanismo del Estado para salvaguardar su legitimidad en momentos de crisis.
- Las limitaciones de la legislación y del sistema penal, en cuanto a su lentitud, falta de regulación, ambigüedades o inflación de normas, sanciones inadecuadas y de poca severidad.
- La acción represiva del sistema de justicia criminal es simbólica sobre tres planos:
 - a) En razón del pequeño número de asuntos tratados.
 - b) De la ligereza de las penas pronunciadas (multas, libertad bajo palabra).
 - c) De la selectividad de los delincuentes designados como chivos expiatorios. (p. 147)

En esta perspectiva también se encuentra la conocida, como delincuencia organizada que es la internacionalización de la corrupción de sociedades criminales que operan transnacionalmente y que amenazan con destruir el funcionamiento normal de muchas instituciones y procesos sociales básicos, condicionando en la mayoría de los casos a una inestabilidad económica, política y social.

En este tipo de delincuencia lo que se busca no es utilizar la corrupción para fines primordiales de destruir o desestabilizar el sistema, sino el objetivo de estas personas es al afán de lucro, corrompe funcionarios para lucrar, ya sea en su provecho o de

tercero (Cossio, 1968, p. 1449), este tipo de corrupción es muy peligroso para todo tipo de sistema, porque no destruye instituciones, sino que compra las conciencias de los hombres, que deben mantener en pie, dichas instituciones de la nación.

Siendo una de las características de la delincuencia organizada según lo afirmado por Benjamin Miguel Harb, *“es su infiltración en los negocios ilícitos invirtiendo, todo o parte de su capital, principalmente en operaciones de la banca o apropiándose de ella”* (c.p. Gomez,2011). Por lo que, este tipo de organizaciones criminales compran las principales acciones de las empresas con la complicidad de funcionarios del gobierno, ya sea por medio del soborno (c.p. Gomez,2011) o las influencias para que sus capitales, estén bien resguardados, tienen la seguridad jurídica del secreto bancario o de la complicidad de los políticos corruptos, y de los Magistrados para impedir cualquier tipo de problemas con la justicia, y si, por algún motivo, caen en prisión corrompen a las autoridades para conseguir un trato preferencial en los penales, creando la desigualdad con los presos comunes; la corrupción se da también en este tipo de delincuencia, tanto es así, que muchos de estos delincuentes prefieren estar en prisión, porque conocen las deficiencias de un sistema penitenciario, donde lo que dirigen son personas propensas a ser corrompidas, por la codicia del dinero y el poder, prueba de ello es uno de los casos más sonados en América, publicado en el diario “El Comercio” el 29 de Julio de 1989, que a letra dice:

“Concluye vida de lujo de barones de la droga encarcelados en México. Tenían aire acondicionado y suntuosa residencia en la prisión.”

Análisis dogmático del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

Este injusto penal recibe en la doctrina diversas denominaciones, conforme lo señala Castillo 2008 (c.p Salinas, 2021) *“En la doctrina este hecho*

punible es conocido también como “gestión desleal, infidelidad de funcionario, aprovechamiento indebido del cargo, o interés particular en acto de oficio.”

Evolución legislativa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

La fuente directa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se encuentra en el artículo 345° del Código Penal de 1924, y el artículo 201° del Código Penal de 1863. En el aludido artículo 345° se prescribe *“el funcionario o empleado público que directa e indirectamente se interesare en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos p del artículo 27, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta noventa días.*

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

Con respecto a la fuente legislativa extranjera del acotado injusto penal se ubica en los artículos 175° del Código Penal Francés de 1810 y 324° del Código Penal Español de 1850 que sirvieron de matrices para las fórmulas peruanas de 1863, 1924 y 1991 Argentina de 1922 (actualmente vigente) y Colombiana de 1936 y 1980.

Análisis comparado del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

En la mayoría de los textos legislativos, esta figura delictiva es regulada, dentro de su parte especial, en un título que agrupa a los delitos cometidos contra la Administración Pública, donde incorporan delitos que lesionan este poder estatal, por ser considerado uno de los poderes básicos del Estado. Tal regulación lo hace asumiendo el criterio doctrinal que considera que las funciones públicas que realiza un funcionario son dimanantes de la soberanía del Estado, como poder básico, por ser ese el interés preponderante objeto de protección por esta figura delictiva.

Respecto a los países que sancionan penalmente este delito, cabe resaltar que, esta figura delictiva ha sido conceptualmente reconocida como negociación ilícita, negociación prohibida, negociación ilegal o negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo con el ejercicio de funciones públicas, y que la misma ha versado doctrinalmente desde diferentes posturas teóricas, que parten de analizar al mismo teniendo en cuenta el bien jurídico que este delito en sí protege, considerando algunas posiciones doctrinales que protegen los delitos contra las Funciones Públicas o contra la Administración Pública, basándose para ello en el llamado deber del cargo.

En Europa la gran mayoría de los Estados Europeos aceptan la sanción penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en aplicación esencialmente de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Entre ellos España, Italia, Francia y Portugal.

En el Código Penal Español el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es designado como negociaciones prohibidas, el cual se encuentra expresado en el artículo 439º bajo el siguiente tenor: *“La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años”*. Como puede apreciarse, en el referido Código, el verbo rector no es el interés del funcionario el punto central de la tipicidad, sino más bien el “aprovechamiento” del funcionario dirigido directamente a los negocios o actuaciones comerciales.

Por su parte, en el Código Penal de Italia (1930), tenemos la siguiente redacción legal: *“G.P. de Italia (1930), art. 324 (derogado por Ley 86 del 26 de abril de 1990): “El oficial público que, directamente o por interpuesta persona o mediante actos simulados, toma un interés*

privado en cualquier acto de la administración pública en la cual ejerce su propio oficio, es castigado con reclusión de 6 meses a 5 años y con la multa de 200,000 libras a 4'000.000”.

A su turno, en el Código Penal de Francia (1810) tenemos la siguiente redacción legal “*G:P- de Francia (1810), art. 175: “ Todo funcionario, oficial público o agente del gobierno que, ya abiertamente, ya por actos disimulados, ya por actos de otras personas, hubiese tomado o recibido un interés cualquiera con “motivo de las actas, adjudicaciones, empresas o arriendos cuya administración o vigilancia estuvieren en todo o en parte en su poder en el momento de celebrarse será condenado a un *mínimum de seis meses o un máximum de dos años de prisión y sufrirá además multa cuyo maximun será la cuarta parte de las resoluciones y de las indemnizaciones, y cuyo maximun será la dozava parte las mismas. Se le declarara además incapacitado durante toda su vida para ejercer ningún cargo público. La presente disposición será aplicable a todo funcionario o agente del gobierno que hubiere tomado un interés cualquiera en un negocio cuyo pago o liquidación estuviere a su cargo”.**

De otro lado, en el Código Penal de Portugal (1982), se describe el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo bajo los siguientes términos legales: (art. 427) “*El funcionario que, con intención de obtener para sí o para un tercero participación económica ilícita, lesionare en un negocio jurídico los intereses patrimoniales que en todo o en corresponden, en razón de sus funciones, administrar, fiscalizar, defender o liquidar, será penado con prisión de hasta 4 años y multa de 30 a 90”.*

En América Latina la gran mayoría de los países sancionan penalmente el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, ya sea porque lo consideran necesario en el contexto de otros instrumentos de lucha contra la corrupción y asimismo en aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Entre ellos Chile, Argentina y Colombia. En una línea diferente son muy escasos

los países que no regulan este delito, entre los cuales se encuentra Brasil, Paraguay, Venezuela, Uruguay y Panamá.

Referente a los países que regulan este injusto penal, tenemos, el País de Chile que contempla el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en su Código Penal en el artículo 240°. En el año 2009 se produjo la última modificación a este delito por la Ley 20.341. El propósito de esta Ley, entre otros, fue aumentar la sanción prevista para el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. De esta forma se sustituyó el inciso primero del artículo 240° por el siguiente: *“El empleado público que directa o indirectamente **se interesare** en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado el negocio”*. (énfasis agregado)

En el caso del Código Penal Argentino sanciona, el delito de Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, en el artículo 265°, donde el verbo rector “interés” está enfatizado directamente en términos de “beneficio particular o de tercero”. Así dicho artículo señala: *“Sera reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, que por persona interpuesta o por acto simulado, **se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero**, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo”*. (énfasis agregado)

A su turno, en el Código Penal de Colombia se encuentra tipificado en el artículo 409°, el delito de interés indebido en la celebración de contratos, en las siguientes palabras: *“El servidor público que se **interese** en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta*

(50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

El tipo objetivo del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

Conducta típica: interés indebido

En principio, debemos señalar que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se trata de un delito de infracción del deber, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 399° del Código Penal, por el cual se sanciona al funcionario o al servidor público que indebidamente se interesa en forma directa o indirecta, o por acto simulado o en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene pro razón de su cargo. De lo que se advierte que este tipo penal sanciona la conducta típica de interesarse de manera indebida, por lo que, a efectos prácticos, se desarrollara, en primer lugar, que se concibe por “interesarse” y, posteriormente, se explicara que se entiende por “indebido”.

En primer lugar, el verbo rector del tipo penal es el término “interesar” que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo.

Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Superior por ejecutoria del 13 de febrero del 2013, sostiene que, el delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el termino interesar, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros (Recurso de Nulidad N° 253-2012-Piura).

Ahora bien, “interesarse” supone *“perseguir un interés distinto al de la administración y, en consecuencia, un interés contrario al fiel y debido desempeño de las funciones públicas que el sujeto cumple, de manera que su actuación no solo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad”* (Hegglin, 2000, p. 212).

En esa misma línea, también se ha señalado que el interesarse implica la participación en un contrato o negocio en el que el funcionario público interviene por razón del cargo y se antepone una pretensión propia o particular, por lo que se logra un beneficio “a sí mismo” o a favor de un tercero (Reátegui, 2016, p. 37)

Por su parte, Montoya (2013) refiere que interesarse *“Este debe ser entendido en el sentido de que el funcionario o servidor público vuelca sobre el contrato u operación económica de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración, es decir, con el interés general. Por el contrario, este es uno particular que debe entrar en colisión o contradicción con el interés que el Estado tiene sobre dicho negocio”*. (énfasis agregado) (p. 105)

A su turno, la Corte Superior de Justicia de Lima indica *“Por interés debe entenderse cualquier acto material, que en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que le demanda el ejercicio del cargo”* (Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 30-2010 del 7 de noviembre del 2011 Caso Cofopri).

Por otro lado, se requiere que ese interés sea “indebido”, lo cual implica un desdoblamiento en la actuación del funcionario público, toda vez que en el contexto de un contrato u operación, el agente actúa desde dos posiciones distintas: por un lado, como

funcionario representante de la administración pública y, por otro, representa intereses particulares que pretenden sacar un provecho personal o a favor de un tercero, lo cual podría implicar una probable afectación al patrimonio de la administración pública (Salinas, 2011, p. 556). Al respecto, se ha criticado que este término resulta siendo muy amplio, por lo que el Juez Penal deberá considerar que es considerado lícito e ilícito en cada caso concreto (Reátegui, 2016, p. 47).

Teniendo en cuenta como dice Enco (2020) que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo:

Se trata de un delito de mera actividad. Es decir, se consuma con la sola verificación del interés particular con el que actúa el funcionario o servidor público en la celebración o realización de contratos u otras operaciones económicas. Aquel interés particular debe estar orientado a obtener un provecho en beneficio personal o de terceros, de ahí su calificación de indebido. (énfasis agregado). (p. 131-132)

Al respecto, la doctrina identifica dos formas en las que se puede evidenciar este interés indebido:

i) que exista un abuso del cargo: es decir, que el funcionario desconozca las funciones de sus subordinados, asuma competencias impropias o imponga su criterio u opinión respecto de alguna decisión que incida en el proceso de contratación o cualquier otra operación comercial en la que el Estado actúa como interesado (esta conducta no tiene que ser, necesariamente, directa respecto de la contratación u operación comercial, como bien señala el tipo penal); ii) el legislador no solo previó el único escenario en el que un determinado funcionario tenga competencia directa sobre algún proceso de contratación u operación comercial, sino que incluso prevé actos indirectos y simulados. En este

sentido, nada impide que la frase ‘en razón de su cargo’ también explique el actuar del funcionario interesado que, sin tener competencia actual en algún contrato u operación, lleve a cabo gestiones que la postre viabilizaban contrataciones públicas de su interés. En este supuesto, claro está, habrá que probar además el interés futuro del funcionario. (Guimaray, 2014, p. 11-12)

Ahora bien, la conducta típica de “interesarse indebidamente” fue materia de una demanda de inconstitucionalidad que revisó la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C.128/03. Se cuestionó que los delitos de “interés indebido en la celebración de contratos” y el delito de “interés ilícito en la celebración de contratos” establecen un derecho penal de autor y no acto, pues el “interesarse” en provecho propio o de tercero penaliza su ánimo interior y no el haber materializado exteriormente ese pensamiento en perjuicio de la función pública e, incluso, se podría llegar a interpretar que el “interesarse” implica que se pueda sancionar cualquier conducta, incluso si la actuación del funcionario se ciñe estrictamente a mandatos constitucionales y legales, en beneficio de la administración. Se señala que, en consecuencia, se estarían penalizando las ideas e intereses del funcionario público.

Por otro lado, en esa misma línea se señaló también que se vulneraba el principio de legalidad, porque la norma no explica en que consiste el interés indebido, pues solo limita a que sea en provecho propio o de un tercero, lo cual conlleva a que el juzgador pueda utilizar este término de manera discrecional o, como la denomina la parte demandante, “al capricho del operador jurídico”.

Al respecto, en relación con el primer cuestionamiento, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el verbo “interesarse” implica “dar parte a uno en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés”, así como “hacer tomar parte o

empeño a uno en los negocios o intereses ajenos como si fueran propios”. Seguidamente, el pronominal “se” significa “adquirir o mostrar interés por alguien o algo”, por lo que concluye que el tipo penal no sanciona los simples pensamientos, la personalidad o tendencias del servidor, sino el interés indebido que se manifiesta externamente a través de actuaciones concretas del servidor público (fundamento jurídico 3.4.2)

Adicionalmente, la Corte acota en el punto 4.1 que los tipos penales acusados no reprochan los pensamientos no exteriorizados del servidor público, sino el interés que esta muestra con sus actuaciones. También señala que, de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos corresponde asegurar, específicamente, a la administración, al proceso contractual en el que el servidor público interviene.

Por otro lado, en relación al segundo cuestionamiento referido a la vulneración del principio de legalidad, en el punto 4.4 se indica que la norma debe considerarse en el contexto de principios rectores del Código Penal y de los principios y normas que rigen la contratación administrativa. En este sentido, los principios constitucionales y las normas legales y reglamentarias que rigen la función pública, así como las normas de contratación son el marco estricto que debe consultar el juzgador para examinar la conducta del servidor referida al interés indebido.

De esta manera, la Corte llega a la conclusión de que el interés indebido a que aluden las normas resulta plenamente identificado, por lo que el examen que el funcionario judicial haga de la conducta del funcionario acusado, de interesarse indebidamente en provecho propio o de un tercero no se encuentra sujeto a su libre interpretación, sino al concreto marco al que se ha hecho referencia.

En el Perú, existió una situación familiar, puesto que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido

del cargo sancionaba inicialmente el “interés”. Este tipo penal se encontraba regulado en el artículo 397° del Código Penal, en el cual se sancionaba al funcionario o servidor público que, directa o indirectamente –o por acto simulado- se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene pro razón de su cargo. Como se aprecia, no se sancionaba el interés “indebido” y no fue hasta el 26 de marzo de 1999 que a través de la Ley 27074 se añadió este término que actualmente forma parte de la conducta típica.

De este modo, se ha indicado que esta modificación tuvo como objetivo establecer un límite a las conductas de funcionarios o servidores públicos que, siendo interesadas a primera vista, no formarían parte de la tipicidad objetiva del actual artículo 399° del Código Penal, toda vez que se trata de conductas que debe ser contrastadas con el sistema legal y reglamentario en el ámbito específico en el que se desempeña el funcionario o servidor público (Reátegui, 2016, p. 74).

Lo antes expuesto guarda relación con lo señalado por la Corte Suprema Constitucional de Colombia, por lo que para sancionar la conducta de “interesarse indebidamente” debe exteriorizarse este interés y, además, la ilicitud de este interés debe ser contrastada con las normas correspondientes al sector en el cual se desempeña el funcionario. En buena cuenta, no existirá interés indebido si el funcionario realiza conductas que se encuentren, por ejemplo, dentro del cumplimiento del Manual de Organización y Funciones (MOF) o del reglamento sectorial, en donde participa de las negociaciones, en la medida en que no actué con interés especial, directo o indirecto, por lo que no realizara el objeto del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, ya que habría cumplido el rol encomendado por el ordenamiento jurídico y actuado, de esta manera, dentro de los límites del riesgo permitido y, en consecuencia, su comportamiento sería atípico (Castillo, 2015, p. 56).

El interesarse indebidamente

La duda que debe surgir una vez delimitado lo que se entiende por “interés indebido” es si este debe tener un carácter patrimonial; es decir, si debe tener como finalidad perjudicar patrimonialmente a la administración pública. Al respecto, Enco (2020) precisa que “(...) *el tipo penal del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no requiere para su configuración un determinado provecho económico por parte del agente*”. (p. 130)

Por su parte, en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en el inciso dos, del artículo tres, se señala que no será necesario que los delitos produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado, por lo que, en principio el interés indebido en un contrato u operación no debe tener, necesariamente, carácter patrimonial.

Siendo esto así, el interés indebido puede manifestarse de diversas maneras, por lo que puede tratarse de un interés económico, social, político o de cualquier otra índole, toda vez que el único requisito para sancionar esta conducta típica es que sea incompatible con el ejercicio correcto de sus funciones (Castillo, 2015, p. 52-53). A mayor abundamiento, Sancinetti (1986) señala que basta cualquier interés, independientemente de su contenido, para la realización del tipo penal en comentario (p. 882), por lo que el interés indebido puede materializarse en la obtención de un puesto laboral para un familiar, en la participación en un proyecto de inversión privada o para ser incluido en algún proyecto político (Reátegui, 2016, p. 38), entre otros.

El funcionario público que actúa por razón del cargo

Finalmente, para la realización de la conducta típica se requiere que el funcionario actúe “por razón de su cargo”. Según el Recurso de Nulidad N° 253-2012 del 13 de febrero del 2013,

“[...] no es suficiente para la configuración de este tipo penal que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que es necesario que el agente cueste con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o en las operaciones; es decir, posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor, sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo” (énfasis agregado).

En esa misma línea, en la doctrina se ha señalado que se requiere de un vínculo funcional específico, toda vez que el contrato u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, por lo que se requiere que el funcionario deba –o por lo menos pueda- formalmente desplegar una actividad funcional en donde integre niveles de decisión o sirva para completar legalmente un acto determinado (Reátegui, 2016, p. 35). Aunado a ello, se ha añadido la imposibilidad de ser autor a quien no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones que ha realizado por razón del cargo. (Rojas, 2007, p. 564.)

En síntesis, se ha señalado que en el sujeto activo recae una doble condición: debe ser funcionario público y, a su vez, requiere que tenga dentro de sus atribuciones o funciones la potestad de poder celebrar contratos u operaciones como representante encomendado por la administración pública (Salinas, 2011, p. 564).

Pese a lo antes expuesto, ello no implica que el funcionario debe tener poderes de decisión –general o específica- para la concreción del contrato o de la operación, puesto que solo basta que el funcionario intervenga en razón del cargo, como, por ejemplo, ejerciendo una función de asesoría, colaboración, entre

otros (Reátegui, 2016, p. 50). Aunado a ello, el tipo penal sanciona a quien se interesa indebidamente “directa o indirectamente”; es decir, puede actuar a través de terceros, por lo que no es requisito que tenga un vínculo específico y formal, ya que bastara un vínculo genérico y material para sancionar a un funcionario por este delito.

Una interpretación contraria generaría espacios de impunidad para aquellos funcionarios que, conociendo que formalmente no tienen un deber específico “por razón de su cargo” (es decir, no tienen competencias asignadas en el MOF o ROF) puedan cometer actos de corrupción si, materialmente, ejercían funciones que se les asigno y son conocidas dentro de la estructura de la administración donde laboran.

- i. El interés indebido del funcionario de manera directa.
- ii. El interés indebido del funcionario de manera indirecta.
- iii. El interés indebido del funcionario por acto simulado.

Las modalidades específicas de la negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

El interés indebido del funcionario de manera directa

Sobre este punto, se sostiene que *“el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no es un delito de participación necesaria, por tanto, se puede afirmar la comisión de un delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo cuando se prueba que el funcionario se interesó de manera directa y unilateralmente en un contrato u operación sometido a su cargo o competencia.”* (Álvarez, 2021, p. 193).

El interesarse de manera directa debe realizarse en el marco de una actuación de interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo una injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de un tercero (Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, expediente 00183-2011).

Enco (2020) refiere, *“El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo o de aprovechamiento indebido del cargo es de comisión dolosa, requiere que el funcionario o servidor público actué con conocimiento del deber especial de lealtad que tiene para con la Administración Pública, de la probidad con la que debe actuar en el ejercicio de sus funciones al momento de celebrar contratos o realizar operaciones económicas en representación del Estado. No obstante, el conocimiento de esos deberes especiales, el sujeto actúa voluntariamente evidenciando un interés particular de obtener un provecho indebido o bien para él o bien para un tercero”*. (p. 131).

El Ministerio Público deberá probar la realización del interés indebido sobre un contrato u operación a través de las conductas objetivas desplegadas por el sujeto activo como, por ejemplo, *“[...] resolviendo, de manera individual y colectiva, la contratación de dictámenes, asesorando, preparando el expediente, aprobado o ratificando una propuesta a través de una intervención favorables, sino también se configura con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación o anulación, etc. No es necesario que el funcionario firme personalmente algún documento. La forma como puede aparecer y revelarse el interés del funcionario es a través*

de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto [...]” (Castillo, 2009, p. 40).

A mayor abundamiento, el interés directo se puede verificar cuando no se respete el procedimiento de contratación que debía aplicarse en el caso concreto, o cuando se viola algún tipo de regla en el procedimiento de contratación o se omite alguno de los pasos preestablecidos. También se podrá sancionar por este delito en aquellos casos donde no se viole alguna norma que regula la actuación del funcionario, como cuando este solicita el aceleramiento de los plazos del proceso de contratación o cuando incurre en una falta dolosa de planificación con la finalidad de posibilitar la aplicación de un procedimiento de adjudicación directa o si dejara de convocar a una nueva licitación –en el supuesto en el que se declara un concurso desierto o fracase con la finalidad de obligar a la administración a prorrogar el contrato que seguía vigente (Colombo y Honish, 2012, p. 157).

El interés indebido del funcionario de manera indirecta

En esta modalidad, el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos (Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 2641-2011). Además, no es requisito que estos terceros reciban finalmente una utilidad o ventaja por su actuación (Castillo, 2009, p. 65).

Aunado a ello, no es relevante la manera en la que el funcionario convence, influye o logra que el tercero intervenga de algún modo en el contrato u operación, ya sea a nivel de la negociación, suscripción, ejecución o liquidación del contrato, toda vez que este convencimiento puede lograrse otorgando una dádiva, un ofrecimiento

(legal o ilegal, moral o inmoral), por amistad o por simple influjo psíquico (Castillo, 2009, p. 66).

A mayor abundamiento, este interés indirecto puede manifestarse a través de una tercera persona que simula intervenir en el negocio en su propio interés, pero, en realidad, interviene con la finalidad de satisfacer los intereses del funcionario, o también el funcionario puede actuar a través de subalternos (funcionarios públicos), quienes por podrían ser autores o partícipes del delito (Colombo y Honish, 2012, p. 158).

El interés del funcionario a través del acto simulado

Finalmente, el acto simulable alude a una persona indirecta de interesarse, ya que el funcionario público actúa en la celebración de contratos u operaciones donde aparenta actuar en favor de los intereses de la administración, pero, en realidad, actúa para favorecer intereses particulares o personales (Expediente 066-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de enero del 2013). Ello ocurre cuando, por ejemplo, se realiza un contrato u operación en el que la empresa contratista simula tener una titularidad distinta a la del funcionario (o está vinculada a este), por lo que aparentan actuar a favor de los intereses de la administración cuando, en realidad, se busca prevalecer intereses particulares (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N° 2641-2011). Así, un funcionario público, para favorecer a una empresa determinada, crea una tercera empresa con la finalidad de que compitan en una licitación y, de esta manera, cumplir con las bases establecidas (Castillo, 2009, p. 69).

A mayor abundamiento, en la Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 2641-2011 del 10 de agosto del 2012 de la Sala Penal Transitoria se señaló que existe acto

simulado si “*el hecho de que los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o están vinculadas con este; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de la administración pública, cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares*”.

Ahora bien, una vez explicados los elementos del tipo objetivo del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, se desarrollará lo referido al tipo objetivo del delito de colusión simple a fin de entender sus similitudes y diferencias para, finalmente, plantear el argumento de descriminalizar el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

La autoría y la participación en los delitos contra la Administración Pública

En el caso de los delitos contra la Administración Pública estén contruidos como “delitos comunes”, es decir, en los cuales cualquier persona puede ser “autora” del delito, se deberá recurrir a las reglas establecidas por los artículos 23° al 25° del Código Penal.

Como es propio de la “teoría diferenciadora”, adoptada en nuestro Código Penal, hay que distinguir entre “autor” y “participe” (instigador y cómplice). Y estos, a su vez, se pueden distinguir con ayuda de la *teoría del dominio del hecho*: *autor* será aquel que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho (dominio de la acción, dominio de la voluntad o dominio funcional del hecho); *participe*, aquel que colabore con este en la ejecución de tales hechos, sin poseer tal dominio del hecho. El “dominio del hecho”, según la teoría dominante, se manifiesta, a su vez, de tres maneras: a) como “dominio de la acción” propia del individuo (autoría directa); b) como “dominio de la voluntad” de un tercero utilizado como “instrumento” o “intermediario humano” (autoría mediata) y c) como “dominio funcional” del hecho, el cual es ejecutado conjuntamente con otros (coautoría).

Son conocidas las discusiones en la dogmática penal para diferenciar cada una de estas formas de autoría, así como, en concreto, para diferenciar los casos de autoría de los de participación (especialmente, “complicidad primaria” y “coautoría”, y entre “complicidad primaria” y “complicidad secundaria”). Sobre el particular solamente queda remitir a la doctrina más autorizada.

Tipos de delitos especiales en los delitos contra la Administración Pública

Como buena parte de los delitos contra la Administración Pública constituyen “delitos especiales”, donde el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen la calidad exigida en el tipo penal (los *intra-neus*), cualidad que mayormente consiste en el carácter de “funcionario público” (y eventualmente también alguna determinada función pública), los demás sujetos (particulares o eventualmente otros funcionarios públicos, cuando el tipo penal exige, además, una relación específica del funcionario con la función pública concreta), al no poseer dicha cualidad no podrán ser nunca considerados como autores, así hayan tenido dominio del hecho (los *extra-neus*).

También, debe tenerse en cuenta que estos delitos especiales pueden ser “propios” o “impropios”. En los primeros, la cualidad del funcionario fundamenta el injusto penal; por lo tanto, no existe un tipo penal común similar que pueda ser aplicable al sujeto si este no reuniera la cualidad exigida en el tipo penal especial. Por ejemplo, son delitos especiales propios, el “abuso de autoridad” (artículo 376°), la “malversación de fondos” (artículo 390°), el “cohecho pasivo” (artículo 393°), el “enriquecimiento ilícito” (artículo 401°), el “prevaricato” (artículo 418°).

En cambio, en los delitos especiales “impropios”, la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava el injusto ya existente en un “delito común”, de tal manera que, si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común, por ejemplo, la “concusión” (artículo 382°), según la modalidad, en relación con los delitos de “coacciones”

(artículo 151°) o la “estafa” (artículo 196°); el “peculado” (artículo 387°), en relación con el “hurto” (artículo 185°) o la “apropiación ilícita” (artículo 190°).

Entonces, aquí se discute como deben aplicarse las reglas de “autoría y participación” en los delitos especiales, cuando participan en la ejecución de los hechos tantos sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal (los *intraneus*). Es esta “participación del *extraneus*” en los delitos especiales la que genera una serie de controversias (todavía vigentes) sobre el título de imputación que este debe tener, lo cual se reflejara también, en algunos casos, en el título de imputación del *intraneus*. La discusión y sus consecuencias se puede resumir en la siguiente exposición breve de las dos teorías rivales que parten todavía, en este terreno, del “dominio del hecho”.

- a) La teoría de la *ruptura del título de imputación*. Según ella, los tipos penales de delitos especiales solamente se refieren a los *intraneus*; por lo tanto, los *extraneus* solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren (“cada uno responde por su propio injusto”). Los partidarios de esta teoría se apoyan para esta afirmación en un supuesto apoyo legal contenido en la regla de la “comunicabilidad de circunstancias personales” (artículo 26° del Código Penal Peruano, artículo 65° del Código Penal Español), la cual exigiría que la “cualidad” de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) de los partícipes *extraneus*.

Por ejemplo, cuando un funcionario público, con dominio del hecho, se apropia de caudales que debe administrar, con ayuda de un particular, el primero será autor de “peculado” (artículo 387°), mientras que el segundo, autor o cómplice (según su dominio del hecho) de un “hurto” (artículo 185°). Al revés, cuando el “dominio del hecho” lo tenía el *extraneus* y el funcionario *intraneus* únicamente colaboro con aquel sin dominio del hecho en el apoderamiento de los

caudales, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor del “hurto” y el segundo como participe de “peculado”. En el caso de los “delitos especiales propios”, teóricamente siempre habría impunidad del *extraneus*, pues no existe un delito común subyacente aplicable a este. Por ejemplo, en el caso del particular que colabora dolosamente con el funcionario público que da una orden abusiva e idónea para perjudicar intereses de terceros (artículo 376°, segunda alternativa); o incluso, en el “cohecho pasivo propio” (artículo 393°), el sujeto que colabora (con o sin dominio del hecho) con el funcionario que acepta dádivas de un tercero para favorecerlo, no podría ser considerado ni cómplice de cohecho pasivo (faltaría un delito principal) ni, por lo general, autor de cohecho activo (cuando el sujeto no tenga dominio del hecho) o de tráfico de influencias (cuando su intermediación no reúna todos los elementos exigidos para este tipo penal). Ciertamente, en muchos casos la impunidad del *extraneus* se verá atenuada por el hecho de que el Código Penal prevé otros tipos penales autónomos o de distinta naturaleza que podrían abarcar la conducta de los *extraneus*. Por ejemplo, en el caso del “cohecho pasivo propio” (artículo 393°) uno podría considerar al colaborador del funcionario como partícipe del “cohecho activo” (artículo 398°); en el “enriquecimiento ilícito” (artículo 401°), el “testaferro” podría ser considerado autor del delito de encubrimiento real (artículo 405°), etc.

Pero, además, el defecto esencial de esta teoría está en que atenta contra la “accesoriedad” de la participación, pues, en los casos en que quien tuvo dominio del hecho fue el *intraneus*, la punibilidad del partícipe *extraneus* no va a depender del “hecho principal” punible (el delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el “delito común”). Y también, al revés, cuando el dominio del hecho

lo tiene el *extraneus*, el *intraneus* resultaría punible como participe de un “delito especial” que no se ha cometido en realidad, pues al *extraneus* se le imputa el delito común. Por último, en los casos de “delitos especiales propios”, donde no existen delitos comunes aplicables, habría siempre impunidad del *extraneus* (y, en muchos casos, también del *intraneus*).

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

Después, en los delitos especiales, propios e impropios, solamente el *intraneus* (el funcionario público, en nuestro caso) puede ser autor del delito, pero los *extraneus* (particulares u otros funcionarios) podrán ser partícipes del mismo delito (incluso cuando tengan el “dominio del

hecho”). La imputación (única) de la autoría (sobre cuya base se construirá la participación) dependerá de quien haya ejecutado los hechos con “dominio del hecho”. Si lo hizo el *intraneus* y el *extraneus* solamente colaboro; este último será “participe” del primero en el delito especial. Si el dominio del hecho lo tuvo el *extraneus* y el *intraneus* no; el delito cometido será el “común”, y el *intraneus* será participe de este delito común. Por ejemplo, en el caso de “peculado”, aplicando esta regla, en el primer caso el funcionario sería autor de peculado y el particular cómplice de peculado; en el segundo caso, el funcionario solamente sería cómplice de un delito de hurto cometido por el particular.

Aunque la teoría de la “unidad del título de imputación” es actualmente ampliamente aceptada en la doctrina, no deja tampoco de tener vacíos. Es especialmente insatisfactoria cuando se trata de fundamentar la autoría del *intraneus* que se vale de un *extraneus* doloso (y, por lo tanto, sin las características del “intermediario” de la autoría mediata común) para realizar el delito. Este caso se conoce en la doctrina como el de un “instrumento doloso no cualificado”. Esto llevaría, injustamente, a la sanción penal del *intraneus* solamente como participe del delito común en los delitos especiales impropios. Y en los delitos especiales propios tanto el *intraneus* como el *extraneus* sería atípica y, por la “accesoriedad limitada” la participación del *intraneus* también sería impune.

Además, el problema práctico de aplicar la teoría de la “unidad del título de imputación” está en que, en algunos casos llevaría a intolerables consecuencias dada la existencia, en la legislación nacional de tipos penales especiales, en los cuales la “cualidad” tiene que ver con un “vínculo de parentesco” entre el sujeto activo y la víctima y que prevén además penas o muy severas o muy benignas:

el “parricidio” (artículo 107°) y el infanticidio (artículo 110°).

Una concepción totalmente diferente para dar solución a los problemas de autoría y participación en los delitos especiales es la propugnada por Claus Roxin: la *teoría de la lesión del deber*. Este autor distingue entre “delito de dominio” y “delitos de deber”. En los primeros, el legislador presupone el “dominio” de la conducta típica por parte del autor, será por sí mismo, por intermedio de otro, o conjuntamente con otros; en cambio, en los segundos lo que interesa para la autoría es la “infracción del deber”, independientemente de si ontológicamente puede hablarse de un dominio del hecho o no.

Entonces, en todos los ejemplos propuestos anteriormente, el funcionario público sería autor del delito, pues ha infringido dolosamente su deber; los que colaborarán con él y que no sean también funcionarios públicos portadores de una específica relación de deber con la función infringida, serán partícipes del mismo delito. Y ello, sin importar quien haya tenido el dominio del hecho. Por ejemplo, el funcionario público que desde el extranjero da instrucciones a un particular para que este, al día siguiente, pase por la oficina del primero y se apodere de fondos que a este le correspondía administrar, seguirá siendo autor del delito de “peculado” (y el *extraneus* su cómplice), pese a que no tenía dominio del hecho. Y lo mismo ocurrirá con un delito especial “propio” como la “malversación” (artículo 389°), aunque la “aplicación pública diferente” de los bienes públicos la haga un tercero *extraneus* (un particular u otro funcionario sin el deber específico sobre los bienes), con pleno dominio del hecho, pero con tolerancia dolosa del funcionario público; será este el autor del delito especial y aquel el partícipe de este mismo delito; por ejemplo, cuando el ingeniero de la obra *motu proprio*,

pero con conocimiento del funcionario encargado, emplea la maquinaria destinada a una obra pública, para realizar otra obra pública durante el tiempo que aquella había sido alquilada por la administración (con lo cual se afecta la realización de la primera obra pública).

Esta teoría ha sido criticada, sin desmerecer su acierto de destacar la “infracción del deber” existente en los delitos especiales (que nadie niega ahora, pero que muchos consideran insuficiente para fundamentar la autoría), en cuanto a que iría demasiado lejos y atentaría con el “principio de legalidad” al extender mucho la “autoría” en los delitos especiales. En efecto, para esta teoría el *intraneus* siempre sería autor cuando ha infringido dolosamente su deber (incluso cuando su aporte no implicaba dominio del hecho); y esto ocurriría en contra incluso del “verbo rector” del tipo penal especial que exige determinada acción del sujeto activo (además de la cualidad) para considerarlo autor. Efectivamente, el tipo penal de “peculado doloso” (artículo 387°, primer párrafo) exige un acto de “apropiación” o “utilización” de caudales o efectos de la Administración Pública por parte del funcionario que tenía el deber especial de percibirlos, custodiarlos o administrarlos; no puede bastar cualquier actitud dolosa del funcionario; por ejemplo, solamente podría haber colaboración en un “hurto” y no en un “peculado” en aquel que entrega la llave a un *extraneus* para que este entre a la oficina de aquel y se apodere de los bienes, los venda y luego lo entregue una determinada cantidad al funcionario. En especial referencia a los delitos contra la Administración Pública se ha criticado que declarar allí punible la “infracción del deber” del funcionario público, implicaría confundir dos deberes distintos: el penal subyacente a la norma (de omitir o hacer algo para evitar el atentado contra bienes jurídicos) y el

extrapenal (en este caso los deberes basados en normas administrativas), aparte de que solamente daría relevancia al “desvalor de la acción” para la configuración del injusto de *todos* los delitos llamados “infracción del deber” (con todas las consecuencias que ello trae; por ejemplo, confusión entre consumación y tentativa).

Algún sector de la doctrina española parece coincidir con Roxin en los resultados, aunque no comparta la misma terminología. Es el caso de Santiago MIR PUIG, quien, aunándose a un sector de la doctrina alemana, se mantiene dentro de la tesis del “dominio del hecho” y la “unidad del título de imputación”, pero admite una “autoría mediata” del *intraeus* que habría empleado un instrumento doloso no cualificado (el extraño), sin importar para ello el “dominio efectivo” del instrumento (la doctrina alemana mayoritaria si exige una “dominio normativo-psicológico” efectivo), sino solamente que se constate la “pertenencia del delito” en forma de una imputación objetiva y subjetiva del resultado. Esta tesis llevaría por cierto a una considerable y dudosa ampliación de “autoría mediata” y en realidad significaría abandonar el “dominio del hecho”. Además, a diferencia de la tesis de Roxin, tampoco podría admitir la “autoría mediata” cuando se trate de “delitos especiales propios” (en el Perú: prevaricato, malversación), pues estos, en realidad, son “delitos de propia mano”, que se caracterizan precisamente por exigir una ejecución “personal” de los hechos por parte del *intraeus*.

La “participación necesaria” en los delitos contra la Administración Pública

La “participación necesaria” como problema doctrina y practico

En España (y menos en Latinoamérica) no ha merecido mucha atención el problema de la llamada “participación necesaria” (notwendige Teilnahme), salvo por breves estudios en las monografías sobre tipos penales específicos (cohecho, adulterio, usura) o por breves referencias en la parte general de algunos manuales. El problema, sin embargo, tiene una gran importancia práctica para la interpretación y aplicación de una serie de tipos penales como “cohecho”, “encubrimiento real”, etc., pues puede incluso sobre la punibilidad o impunidad del llamado “partícipe necesario” (y eventualmente los partícipes en el injusto de este).

El planteamiento del problema se puede hacer de la siguiente manera: si, como es aceptado por la amplia mayoría en la doctrina, la punibilidad del partícipe deriva de su *propia contribución* en la *realización por otro* de un injusto penal concreto, ¿habría que dudar de la punibilidad como partícipe de aquel cuya conducta no puede ser vista como una contribución autónoma, sino es ya presupuesta por el propio tipo penal como *parte necesaria* de los sucesos en los cuales se enmarca la conducta del autor?. En otras palabras: si el sujeto se limita a hacer lo que el tipo penal presupone para que pueda producirse la tipicidad de la conducta de otro descrita como punible, aunque aquel sujeto tenga dolo de partícipe e incluso resulte favorecido por los hechos realizados por el autor, ¿debería considerarse esto como una participación punible, según las reglas de la parte general (instigación o complicidad), de aquel sujeto en la conducta del autor, o sería siempre impune según estas reglas generales y solamente podría tener una sanción si esta hubiera sido prevista expresamente en tipos adicionales de la parte especial, o podría haber algún solución intermedia?, por ejemplo, en el “auxilio de morir” u “homicidio piadoso” (tratándose del que solicita a otro que lo mate, llegando esto solamente a la tentativa), los “matrimonios ilegales” (el que celebra el matrimonio ilegal,

cuando no exista un tipo penal específico para el), la “usura” (en cuanto al que pide el crédito usurario), el “favorecimiento personal” (en cuanto al delincuente que instiga a otro a que le ayude a escapar de la justicia) o en el “cohecho” (según si es propio o impropio, el sobornador o el sobornado respectivamente) y el “tráfico de influencias” (el comprador de la influencia o el funcionario cuya influencia iba a ser comprada y que de alguna manera participara en el mero tráfico, sin que exista un tipo penal específico para estos).

En algunas legislaciones se prevé de manera expresa la punición del partícipe necesario en casos de tipos aislados, por ejemplo, en el Código Peruano o en la mayoría de las legislaciones penales, sucede eso en el caso del “cohecho”, pues, aparte del “cohecho pasivo”, donde se sanciona penalmente la conducta del funcionario que acepta sobornos dentro del ejercicio de sus funciones públicas (arts. 393° y s. Código Penal Peruano; arts. 331°, 332° StGB), también se prevé la conducta del que paga dichos sobornos (art. 399 del Código Penal Peruano, arts. 333°, 334° StGB). Pero en muchos otros tipos penales, no existe un pronunciamiento expreso del legislador sobre la punibilidad del “partícipe necesario” ¿Debe deducirse de ello que este sujeto siempre deberá quedar impune?

Este tema ha merecido discusión en la doctrina extranjera desde hace mucho tiempo. En Alemania, ya desde el siglo XIX la doctrina penal había reconocido el problema poco a poco y empezado a intentar dar algunas respuestas.

El problema de la terminología

Uno de los primeros problemas es el de la terminología. Prácticamente todos los autores coinciden en que el *término* “participación necesaria” (*notwendige Teilnhme* en alemán) es equivoco, aunque se haya impuesto en la ciencia penal, pues abarca constelaciones que no tienen que ver con la verdadera

“participación”: el llamado “partícipe necesario” podría realizar conductas que materialmente equivaldrían a la “coautoría” o precisamente no debería constituir “participación” en sentido penal y quedar impunes (por ejemplo, el que solamente se beneficia con la conducta delictiva ejecutada por otro).

Ciertamente sería recomendable emplear una *terminología diferente*, una que no anticipe juicios sobre la conducta del “partícipe necesario” ni lleve a confusiones con otras clasificaciones de los delitos. Entre una variedad de sugerencias, resulta más razonable la de Maurach/Gossel/Ziff, quienes emplean el término “intervención necesaria” (*notwendige Beteiligung*) para aludir a la “necesidad” de la concurrencia de varias personas sin valorar de antemano el carácter jurídico-penal de su aporte; este aporte, en caso de ser punible, en su forma externa puede asemejarse tanto a actos de autoría como de participación o incluso a contribuciones que no alcancen los requisitos de ambas.

En Italia y España, las doctrinas dominantes prefieren hablar de “delitos plurisubjetivos” o “delitos bilaterales”, aunque el contenido de estos grupos de delitos no coincide, por lo general, con lo que la doctrina alemana conoce como “delitos de participación necesaria”; la doctrina dominante de estos países latinos excluye del concepto “delito plurisubjetivo” aquellos casos en los que, aunque sea necesaria la participación de otros para la realización de la conducta descrita, el tipo penal no ha previsto por separado la punibilidad expresa de esta otra conducta. Aunque esta terminología es aceptable, es preferible el término germano “intervención necesaria” (o participación necesaria) porque destaca el problema de la participación punible en *todos* los casos dudosos, sea que el legislador haya previsto expresamente la sanción del “partícipe necesario” (interviniente necesario) o no.

Por último, debe advertirse que, debido a la similitud de los términos empleados con otros utilizados también por la dogmática

penal en otros contextos, podría haber confusiones. Así, no debe confundirse la “participación necesaria” (complicidad primaria), ni el “delito plurisubjetivo o pluripersonal” con casos de mera comisión de delitos por varias personas (codelincuencia). Especialmente, en el medio hispanoparlante debe advertirse que no se deben confundir los “delitos de participación necesaria” (o “delitos pluripersonales”) con la *codelincuencia*. Mientras que en los primeros la pluralidad de personas y conductas constituye un elemento esencial del tipo delictivo, en la codelincuencia ello no es así: el delito es cometido por varias personas, pero el tipo penal permite que el delito pueda ser realizado por un solo individuo (por ejemplo, una estafa organizada por varias personas, un homicidio ejecutado por dos, una violación ejecutada por un grupo de personas, etc.). Pero si la pluralidad estuviera prevista ya en el tipo penal como constitutiva o agravante de injusto, entonces si se trataría de un delito de “participación necesaria”; estos casos suelen producirse, por ejemplo, bajo la modalidad de delitos de “convergencia”, en tipos penales que prevén agravaciones cuando el delito se cometiera en “banda” o por “dos o más personas”.

Los “delitos de convergencia” y los “delitos de encuentro”

En el análisis de los delitos de “intervención necesaria” (o “participación necesaria”), ya desde Freudentahl, se suele distinguir entre dos grupos: los delitos de convergencia (Konvergenzdelikte) y los delitos de encuentro (Begegnungsdelikte).

En los *delitos de convergencia*, el tipo penal exige la contribución de varias personas para la afcción del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección; por ejemplo, en Alemania, en los delitos de “motín de prisioneros” (§ 121), “atentado contra la paz social” (§ 125), “leyes corporales” cometidos por varios (§ 124, primer párrafo, N° 4); en el Perú, la “rebelión” (art. 346°), el “hurto

agravado cometido por más de dos personas” (art. 186°, numeral 6), o en los antiguos delitos de “riña” y “duelo” del Código Penal de 1924; en España, en los delitos de “violación” agravada por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180°), “abandono colectivo del servicio público” (art. 409°, segundo párrafo), “rebelión” (art. 472°), “sedición” (art. 544° del Código Penal de 1955), etc. En estos delitos no se presentan mayores problemas de punibilidad para el “partícipe necesario”, pues ya por el propio tenor de la ley no hay duda que todos los sujetos con conductas convergentes descritas en el tipo son punibles como autores, sin excluir con ello la “participación” punible de terceros según las reglas generales.

En los *delitos de encuentro*, en cambio, si bien actúan también varias personas hacia una finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria. Por ejemplo, en Alemania en la “liberación de presos” (art. 120°), los casos de abuso sexual de menores, el proxenetismo de menores de 16 años (§ 180), el encubrimiento real o (según la estricta terminología alemana) la “frustración de la persecución penal” (art. 258°), etc; en el Perú, el “favorecimiento de la prostitución” (art. 179°), la “usura” (art. 214°), los “nombramientos ilegales” (art. 381°), etc. En España, los “nombramientos ilegales” (art. 381°), el “favorecimiento de la prostitución de menores” (art. 187°), etc.

En los delitos “de encuentro” podría distinguirse aun según si el delito está expresamente penado para ambas partes (por ejemplo, en el caso peruano: el cohecho pasivo y el activo; el nombramiento ilegal y la aceptación del nombramiento), o no lo está (por ejemplo, en el Perú, en el “tráfico de influencias” o en la “usura”, donde el tipo penal solamente describe la conducta del traficante y del usurero respectivamente). Recién en este subgrupo de “delitos de encuentro no penados para todas las partes” (nicht allseitig mit Strafe bedrohten Begegnungsdelikte) se plantea con

más urgencia el problema de la punibilidad o impunidad de la “participación necesaria”.

Complicidad

a. Evolución Legislativa

Igual que al Código Penal de 1924, el Código Penal vigente distingue dos categorías de complicidad: los cómplices primarios y los cómplices secundarios. En el art. 78° del Proyecto de 1984 (setiembre); se utilizó el mismo modelo, así como en el Proyecto de octubre del mismo año. En éste, empero, el texto modificó bastante. En consecuencia, su art. 40° disponía que “el que presta al autor o autores un auxilio sin el cual el hecho punible no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor” y en el art. 41° “El que presta auxilio para la realización del hecho punible, aunque ese auxilio se limite a la prestación de ayuda posterior a su consumación, será reprimido, con la pena establecida para el delito o disminuida hasta una tercera parte”. En los Proyectos de 1985 (arts. 42° y 43°) y de 1986 (arts. 42° y 43°), se repitieron las mismas disposiciones. El art. 30° del Proyecto de 1999 (julio) prevé un texto semejante al art. 25° del Código vigente, las diferencias consisten sólo en la indicación final referente a la atenuación de la pena. En el proyecto, se establecía que la pena será “atenuada por debajo del mínimo legal”. Por el contrario, el texto del Código vigente no difiere en nada del art. 25° del Proyecto de 1991 en cuanto establece que “a los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”. El art. 23° del Anteproyecto de CP. de 2009 repite esta regla.

Las expresiones “prestar auxilio” y “prestar asistencia” utilizadas en el art. 25° son de similar significado. El legislador sólo ha querido, por cuestiones de estilo no repetir dos veces la misma palabra. En efecto, el auxilio es la ayuda, el socorro, el amparo; la asistencia, la acción de prestar socorro, favor o ayuda. Lo mismo se puede decir de las expresiones empleadas en el Código Penal de 1924 (art. 100°): “coadyuvar con auxilio o cooperación” y “prestar asistencia”.

b. Diferencia entre coautores y cómplices

De acuerdo a nuestro marco normativo penal, la complicidad consiste en ayudar dolosamente a un tercero para que ejecute un hecho punible.

Al respecto, VILLAVICENCIO (2017) describe por complicidad “la colaboración dolosa en la realización de un hecho doloso. El cómplice es la persona que contribuye no en la decisión del modo y la forma de realizar el injusto, sino que colabora en la ejecución del delito.” (p, 111).

Por su parte, BRAMONT-ARIAS (2000) precisa que el cómplice “se limita favorecer un hecho ajeno y, como el instigador, no toma parte en el dominio del hecho. Los cómplices son los cooperadores, es decir, son los que ayudan –en forma dolosa- al autor a realizar el hecho punible” (p. 331).

Al contrario de lo que sucede en el caso de la coautoría, los cómplices no tienen el dominio del hecho, pues éste pertenece, por definición, a los autores. Su participación se limita a favorecer la realización del hecho punible principal, sea de manera material (darle la llave de la casa al ladrón o el veneno al homicida), sea psíquicamente (prometerle al delincuente ayuda o reforzar su decisión de consumir el delito).

Los jueces supremos, por ejemplo, luego de exponer que el agente, conforme a la teoría del dominio del hecho, debe ser considerado como autor, explican que “no cabe inferir del hecho global que su obrar haya sido de mera complicidad secundaria, puesto que el cómplice secundario ocupa un lugar accesorio o secundario en el hecho dominado por el autor, no teniendo ninguna posibilidad objetiva de dirigir, dominar el resultado”¹².

c. Hecho Punible principal

De modo defectuoso, el articulado no señala de manera precisa que el cómplice deba favorecer la ejecución de un hecho punible doloso, como lo realiza, por ejemplo, el § 27 del Código Penal alemán. Así, se descartaría toda duda sobre la posibilidad de prestar auxilio o asistencia en la comisión de un delito culposo (p. ej., el estibador que ayuda a su empleador a acarrear explosivos sin las precauciones necesarias y causa así lesiones no queridas a terceros). Esta indecisión es, empero, atenuada por el hecho de que se define la complicidad precisamente en el contexto de la regulación de la participación, la misma que sólo concierne, por definición, al ámbito de los delitos dolosos. Únicamente existe complicidad, por lo tanto, cuando el autor comete el hecho punible principal de la manera como el cómplice acepta que se produzca. Por lo tanto “La complicidad requiere estar conectada

¹² Es del 02 de octubre de 1997, RN N° 4354-97 Callao.

necesariamente al hecho principal” (BRAMONT-ARIAS, 2000, p. 331)

d. Prestar auxilio o asistencia

BRAMONT-ARIAS (2000) describe que “el auxilio que presta el cómplice debe ser utilizado por el agente que va a cometer el delito, de lo contrario no hay nexo entre el delito y la persona que lo facilita” (p. 331). “Esta colaboración puede ser material o psicológica” (VILLAVICENCIO, 2017, p, 111). El hecho de facilitar el arma al homicida, el actuar de “campana”, el preparar la máquina para falsificar moneda, son casos de complicidad técnica. En cambio, el hecho de explicar el funcionamiento del arma o de la máquina, o el proporcionar datos sobre la víctima o dar consejos y fortalecer así al autor en su decisión delictiva, son casos de complicidad intelectual. La simple presencia en el lugar de los hechos no constituye complicidad, salvo que sirva para fortalecer la voluntad del autor de cometer el hecho punible.

La complicidad intelectual implica el conocimiento por parte el autor principal de la actividad del cómplice. La complicidad técnica puede, en cambio, darse sin que el autor principal sea consciente de la ayuda que se le brinda. Esta posible falta de entendimiento entre el autor y el cómplice constituye una diferencia frente a la coautoría. En ésta, según el criterio que hemos adoptado, siempre es necesario que exista un entendimiento común entre todos los que “toman parte en la ejecución”. Por ejemplo, quien, conociendo la intención del violador y sin que éste lo sepa, pone a la mujer en una situación de incapacidad de resistir, debe ser considerado como cómplice en caso de que el autor ejecute su acción.

e. Causalidad de la complicidad

Como se ha señalado precedentemente, el cómplice debe realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible, haciéndola posible o facilitándola. Una relación directa y efectiva debe existir entre ambos sucesos; de modo que se le pueda imputar al que presta auxilio el hecho de haber colaborado en la empresa delictuosa del autor. Sin embargo, la admisión de esta circunstancia como condición para la represión de la complicidad es bastante discutida, puesto que resulta problemático definir el criterio que permite efectuar dicha imputación.

Al respecto, Caro y Reyna (2023) afirman que:

“Se plantea entonces la necesidad de una “vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice”, lo que supone establecer la relación de causalidad entre la acción del cómplice y el hecho que se reprocha penalmente para poder afirmar la existencia de “asistencia” en el sentido que propone el artículo 25 del CP. (...). Por tal motivo es que se plantea la exigencia de recurrir al requisito de *causalidad de la complicidad*, el cual se supera cuando la acción del cómplice ha posibilitado, facilitado, incrementado o intensificado el hecho principal. Si esa vinculación causal no existe, entonces, se deberá negar la posibilidad de lograr la punición del partícipe por tratarse de una complicidad *tentada* impune.” (p. 451).

Prestar auxilio o asistencia implica claramente, según el lenguaje común, contribuir, ayudar a alguien a hacer algo en una situación determinada. Por ejemplo, el hecho de proporcionar al asesino el arma con que éste mata a la víctima, constituye un acto de complicidad. No obstante, pueden presentarse situaciones en que la relación entre el acto de colaboración y la producción del resultado no es tan directa y evidente. Por ejemplo, no cabe duda de que constituye un acto de colaboración el hecho de facilitar al ladrón, que ha de penetrar en la casa de la víctima, un instrumento moderno para que abra la puerta de la vivienda en lugar de la ganzúa que éste había decidido utilizar. Sin embargo, si el ladrón coloca dicho instrumento en el fondo de la mochila en la que transporta todo lo necesario para robar y sólo vuelve a tomar conciencia de su existencia después de haber cometido el hurto, ya que ingresó en la casa usando la ganzúa con cuyo empleo estaba más familiarizado, el acto de entregar el instrumento no utilizado es, por lo tanto, insuficiente para que se dé la complicidad, pues no ha favorecido (hecho posible o facilitado) la realización del hecho punible en la manera como realmente se ha producido. Constituye, sin embargo, una tentativa impune de prestar asistencia, salvo que se compruebe que de esa manera reforzó la decisión del autor de cometer el delito.

Estimando muy restrictiva esta concepción, también se ha recurrido al criterio del aumento del riesgo: el acto de participación constituye ya un caso de complicidad desde que, en general, es apropiado para coadyuvar a la producción del resultado pues, de esta manera, aumenta de manera importante el riesgo de la comisión del hecho punible. Sin embargo, este criterio no es conforme con la regulación legal, basada en el concepto restrictivo

de autor, porque implica el abandono del límite según el cual la complicidad requiere la consumación o, al menos, el inicio la ejecución del delito por parte del autor. Además, su admisión transformaría la complicidad en un delito de peligro abstracto, lo que contradiría el principio de legalidad.

Conforme se ha podido advertir y así lo señalan Caro y Reyna (2023), “(...) la doctrina aun no es capaz de delimitar cuál de las diversas teorías sobre la causalidad permite una solución más coherente en la determinación del nexo causal. Sin afán de tratar de eludir la problemática, creo que los aspectos problemáticos que presenta la determinación del *nexo causal* en sede de imputación objetiva son menos intensos en el ámbito de la complicidad” (p. 452)

f. Momento de la intervención del cómplice

De acuerdo a la doctrina dominante, el acto de complicidad puede tener lugar en cualquier momento durante el comportamiento del autor: desde los actos preparatorios hasta la consumación, y en algunos delitos hasta el agotamiento. Puede suceder también que el autor, en el momento en que recibe ayuda, no esté todavía del todo decidido a pasar al acto: el guardián anteriormente citado entrega la llave al futuro autor del hurto cuando éste aún está preparándolo y todavía no se ha decidido definitivamente a delinquir. Además, hay que tener en cuenta que la complicidad en el acto de agotar el hecho punible consumado sólo concierne a los delitos caracterizados por un ánimo especial (obtener un provecho, en el caso del delito de hurto o de estafa) pero no, por ejemplo, a los delitos instantáneos como el homicidio. Así lo juzgó ya la Corte Suprema, aplicando el Código Penal de 1924. En su ES del 22 de julio de 1939, afirmó que la coacusada “sólo cooperó a la última fase (oculta el cadáver) [...] de allí que no ha podido prestar intencionalmente, porque no ha existido acuerdo previo, asistencia {...} que sería el caso en que pudiera considerarse cómo cómplice...”. En decisiones basadas en el código vigente, afirma que “el acto de complicidad no puede darse después de consumado el delito, sino tan sólo en la etapa de preparación y de ejecución”.

En caso de prometerle ayuda al autor, una vez que haya cometido el delito, se habla de complicidad psicológica o intelectual¹³, por ejemplo, ayudar al ladrón, conforme a la promesa

¹³ Respecto de esta forma de complicidad, la Corte Suprema ha señalado que “El tipo de participación requiere que el sujeto, objetivamente, realice un aporte cocausal, psíquico o por medio de consejos, y/o

hecha antes de que cometiera el delito, a transportar los bienes hurtados. En este caso, el cómplice no será reprimido por el acto que ha cometido después de la ejecución de la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo. Sin embargo, si su finalidad es, además, la de ocultar dichos bienes (efectos del delito) o la de aprovecharse de los mismos o, la de hacer desaparecer las huellas en detrimento de la acción de la justicia, incurrirá también en el delito de encubrimiento real del art. 405, en concurso ideal con la complicidad de hurto¹⁴.

Si el cómplice interviene durante la ejecución de la infracción, no debe hacerlo mediante actos ejecutivos. Al respecto, la Corte Suprema sostuvo que “la complicidad supone la realización de actos de simple auxilio o cooperación mediata que no entran en la esfera de ejecución del delito y por tales que sin ellos se hubiera producido también el resultado”¹⁵.

Esta imprecisión señalada en la jurisprudencia del máximo tribunal tiene por origen el hecho de que los magistrados no percibieron que quienes coadyuvan “con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse” el hecho punible, también son cómplices y no autores. La contribución de estos “cómplices primarios” tampoco es comprendida por el tipo legal correspondiente al hecho que el autor quiere cometer y esto cuando la realización de un acto ejecutivo excluye la complicidad.

Los actos de complicidad, en algunas circunstancias si se les observa de manera separada, pueden ser calificados como actos preparatorios. Esto y el hecho de que la complicidad también pueda producirse durante la fase preparatoria de la infracción, no debe llevar a aceptar el criterio erróneo de que la diferencia entre la coautoría y la complicidad sólo reside en el momento en que se dan: complicidad durante los actos preparatorios y coautoría en la etapa ejecutiva. En efecto, durante esta última, también es posible una participación en forma de complicidad. En algunas de sus ejecutorias, la Corte Suprema admitió este criterio. Así, por ejemplo, consideró como cómplice a quien presenció la comisión del delito y le dio al autor un “palito de tejer” que éste empleó para martirizar a la víctima¹⁶.

material, mediante la ejecución de los hechos concretos. Ejecutoria Suprema del 16 de setiembre de 2004, RN N° 2270-2004 La Libertad.”

¹⁴ Arts. 404 y 405, respectivamente.

¹⁵ Ejecutoria Suprema del 25 de agosto de 1960, en AJ 1960, p. 51.

¹⁶ AJ 1959, P. 149.

g. Tentativa de complicidad

En lo tocante a la complicidad tampoco es posible, como en el caso de la instigación la represión de la tentativa de complicidad. Por ejemplo, quien busca proporcionar un insumo indispensable para la producción de cocaína, pero sin lograr ubicar a la persona interesada en hacerlo. La situación es diferente cuando el hecho punible principal sólo queda al nivel de la tentativa. En este caso, puede reprimirse la complicidad, puesto que la tentativa constituye en sí un hecho punible.

Según el art. 19, el cómplice que impide que se produzca el resultado o, al menos, que se esfuerza seriamente en impedirlo, no será punible. De este articulado resulta que la participación sólo será reprimida si se ha iniciado la ejecución de la infracción.

h. Complicidad por omisión

La complicidad igualmente puede cometerse por omisión; al respecto, BRAMONT-ARIAS (2000) indica que esto acontece “(...) cuando nos encontramos ante un caso de omisión impropia donde el sujeto tiene el deber de garante” (p. 332 - 333).

En ese sentido, para que el auxilio o a la asistencia se dé mediante una omisión, es indispensable que el participante tenga el deber de evitar la producción del resultado y carezca del dominio del hecho, que permanece por lo tanto en manos del autor. Por ejemplo, el jefe de los depósitos de una empresa que no impide que sus subordinados se apoderen indebidamente de bienes que están bajo su custodia. La omisión debe favorecer la producción del resultado, de modo que quien se abstenga debe haber podido evitar casi con seguridad dicha producción, sólo en estas condiciones se le podrá imputar una responsabilidad a título de complicidad.

Conviene reflexionar si se deben tener en cuenta o no los dos criterios admitidos para determinar el deber de garante en la omisión impropia. Si el agente crea la situación de peligro a partir de la cual se hace inminente la comisión del delito por parte del autor, entonces se trataría de complicidad. Al contrario, existiría autoría cuando quien se abstiene tiene el deber de proteger el bien amenazado por el acto del autor. Por ejemplo, el policía que observa como el ladrón está sustrayendo las mercaderías de una tienda y no hace nada para evitar la consumación del delito, será

reprimido como autor, debido a que infringe su deber de evitar el resultado (omisión impropia).

i. Complicidad en delitos especiales

La complicidad en la comisión de delitos especiales (propios e impropios) o de delitos de propia mano es posible, puesto que la calidad especial que existe el tipo legal (delitos especiales) y la necesidad de realizar personalmente la acción típica (delitos de propia mano) son requeridas para el autor, pero no para los partícipes. Conviene precisar que en el caso de los delitos especiales, la circunstancia que fundamenta la represión o que la agrava debe ser comprendida por el dolo del cómplice.

j. Intención del cómplice

Igual que en el caso de la instigación, el art. 25° estatuye expresamente que el cómplice debe prestar asistencia o auxilio dolosamente. El cómplice debe pues actuar con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su propia intervención y al del comportamiento delictuoso que el autor realiza o está a punto de realizar.

No existe pues complicidad en el dominio de los delitos culposos. Si dos o más personas ocasionan la muerte o lesionan a un tercero, mediante un comportamiento negligente, serán consideradas como autores de homicidio o de lesiones culposas (autoría causal o accesoria). Quien colabora con otro en el transporte imprudente de explosivos que estallan y causan así la muerte de alguien, no podrá ser calificado de cómplice, porque el otro no actúa con la intención de cometer una infracción y porque mediante su ayuda consistente en transportar los explosivos, ya incurre en imprevisión culpable, por no haber hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal, respondiendo, entonces, como autor imprudente.

Si el acto de participación es imprudente, el mismo que es aprovechado por el delincuente que actúa con dolo, no puede considerarse al autor de dicho acto como partícipe, puesto que sólo existe, según la ley, complicidad dolosa. De acuerdo, con las circunstancias se le podría hacer responsable como autor de un delito culposo.

k. Represión de la complicidad, cómplice primario y cómplice secundario

Por lo que se refiere a la imposición de la pena, el legislador ha distinguido dos clases de complicidad: primaria y secundaria. Es preferible, sin embargo, no calificar a la primera de complicidad necesaria, a fin de no crear una confusión con los casos de participación necesaria. Al prever que los cómplices primarios sean sancionados con la penal del autor, el legislador ha rechazado la importancia práctica de distinguir entre coautores y cómplices, prefiriendo, simplemente, la de diferenciar entre cómplices primarios y cómplices secundarios.

El art. 25 del Código vigente, de manera similar al art. 100 del Código Penal de 1924, distingue pues entre cómplice primario y secundario. Se refiere al primero, como aquel que presta el auxilio “sin el cual [el hecho punible] no se hubiere perpetrado” y a los segundos como los que “de cualquier otro modo”, hubieran dolosamente prestado asistencia”.

Al respecto, VILLAVICENCIO (2017) describe al cómplice primario como “aquel que otorga un aporte sin el cual no se hubiera podido cometer el delito” (p. 111), y al cómplice secundario como “aquel que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito” (p. 111)

Por su parte la jurisprudencia nacional se refiere a la complicidad en la sentencia casatoria 367-2011-Lambayeque, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica del 15 de julio de 2013 (publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de abril de 2014), en los siguientes términos: “Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito: es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos” (F.J.3.10). “De otro lado, la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. Es el caso de aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco la llegada de la policía” (F.J.3.11). Pero agrega más: “La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizar si la conducta –objetivamente típica- también puede ser imputada subjetivamente” (F.J.3.11).

Al diferenciar la complicidad primaria de la secundaria, han de evitarse dos extremos. Primero, el hecho de recurrir a un método hipotético consistente en la supresión *in mente* del aporte del cómplice y en el examen de lo que hubiera sucedido en tal caso. Segundo, el hecho de reducir el problema a un asunto de pura causalidad, haciendo depender la distinción de que se determine la naturaleza de la “condición” del acto de complicidad. Tampoco se ha de adoptar un criterio cronológico en relación con el momento consumativo del delito (mediato o inmediato), o un criterio relativo a la manera “directa” o “indirecta” con que se lleva a cabo la complicidad.

A través del juicio de valor que se debe efectuar, el juez tiene que concluir afirmando el carácter indispensable o no de la contribución del cómplice, para lo cual tendrá en cuenta las posibilidades que tenía el autor. Esto no significa, sin embargo, que tenga que comprobar si existía o no de un tercero dispuesto a prestar la ayuda en la que consistió la intervención del cómplice y/o si el mismo autor podía proveerse de los medios proporcionados por aquel, pues, imponerle tal tarea al juez sería exigirle algo imposible.

Bajo estas consideraciones, de acuerdo con la regulación legal vigente, que la distinción entre la “complicidad primaria” y la “complicidad secundaria” depende de la importancia del aporte del partícipe. Dicha importancia no se deduce de la misma naturaleza de la contribución del cómplice considerado independientemente, sino que deberá ser apreciada por el juez que tendrá en cuenta las circunstancias del caso particular. Una apreciación correcta de esta importancia implicaría llegar al convencimiento de que el aporte del cómplice primario fue imprescindible para el autor. Y esto, por último, no está determinado por lo que piensa el partícipe sobre el carácter indispensable o no de su acto.

1. Fijación de la pena para los cómplices

De conformidad al art. 25 pf. 1, los cómplices primarios son reprimidos con la misma pena fijada para el autor. El juez debe individualizar la sanción dentro de los márgenes penales señalados en las disposiciones de la parte especial. Este tratamiento se justifica, en la perspectiva del legislador, por la importancia de su contribución.

Sobre el particular, VILLAVICENCIO (2017) precisa “Esto no significa que deba tener idéntica pena a la del autor, sino

que simplemente debe ser sancionado dentro de los marcos penales establecidos en los tipos legales de la parte especial.” (p. 113)

Finalmente, al cómplice secundario se le impondrá, según el art. 25, pf. 2, una pena que el juez “disminuirá prudencialmente”. La atenuación obligatoria de la pena significa que no se ha admitido el “concepto unitario de sanción”.

El art. 46, inc. 7, prevé, como circunstancia agravante genérica, la pluralidad de agentes. Su fundamento es el mayor peligro que representa la ejecución en grupo del hecho punible. Esta regla ha sido interpretada en el sentido que es aplicable a todas las formas de participación criminal. Vale decir que en caso que deba sancionarse, en un mismo proceso, a autores, instigadores, cómplices primarios o secundarios no deben distinguirse los diversos grados de intervención. De esta manera, se busca en buena cuenta, aplicar este criterio no sólo al autor del hecho principal y sus eventuales instigadores, sino también a los cómplices primarios o secundarios, cuando en los tipos penales de la parte especial se prevea como circunstancia agravante específica: “el concurso de dos o más personas” (hurto agravado: art. 186, inc. 6; robo agravado: art. 189, inc. 4; robo de ganado agravado: art. 189-C, pf.2; extorsión: art. 200, pf. 7, lit. e); “participando dos o más personas” (extorsión agravada: art. 200, pf. 5, lit. b) o “intervinieren dos o más personas” (usurpación agravada, art. 204, inc. 2).

X. Técnica legislativa y distinción entre los partícipes

Con la finalidad de acentuar la represión, el legislador ha establecido disposiciones por las que deviene superflua la distinción entre cómplices primarios y secundarios, y aun entre cómplices y autores.

En ese sentido el Código vigente y en algunas normas penales complementarias se prevé como circunstancia agravante la comisión del delito “por dos o más autores”. Por ejemplo, en el art. 297, relativo al delito de tráfico de drogas, tiene importancia la circunstancia según la cual el hecho es cometido por tres o más personas. Conforme hemos expuesto, estas disposiciones deben ser interpretadas en el sentido de que la agravación procede sólo si se trata de coautores o de cómplices primarios y no de simples cómplices secundarios, puesto que admitir que debe ser comprendida cualquier persona, sin tener en cuenta su grado de participación en el hecho delictivo, implicaría, por un lado, la aceptación del sistema unitario de autoría, rechazado por nuestro

legislador y, por otro lado, el desconocimiento de los principios de legalidad y culpabilidad.

La participación en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

Como todos sabemos, para la configuración del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se requiere que un funcionario público competente se interese indebidamente en determinado contrato u operación para obtener un provecho para sí o un tercero. Casos en los que la mayoría de veces resulta beneficiado con este acto de interés indebido un tercero particular. Situación en la que se pregunta si es que este tercero particular puede ser considerado cómplice o no del delito de negociación.

Una situación distinta se da en los casos en los que, además de la intervención del funcionario público competente, se da la intervención de un funcionario público no competente. En este escenario no queda duda de que el funcionario público competente responde como autor del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Sin embargo, lo que se pregunta es si este funcionario público no competente puede ser cómplice o no del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Ahora bien, vamos a tratar de responder a estas dos interrogantes en base a lo que se ha postulado en la dogmática y en la jurisprudencia.

Según la doctrina

En la dogmática penal se han planteado dos posturas al respecto. Se considera en ambas posturas que sí es posible la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, pero la diferencia está en a quién incluimos como *extraneus* del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

El *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo va a ser un funcionario público no competente

Salinas (2021) describe que:

No solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de aprovechamiento indebido de cargo, (...). Asimismo, los funcionarios o servidores públicos que no tienen relación funcional exigible por el tipo penal y los extraños a la administración que colaboren o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices, pero solo son cómplices o instigadores. (énfasis agregado) (p. 182)

En la misma línea, Álvarez (2021), pero con algunas particularidades, indica:

Asumiendo la tesis de la unidad del título de imputación usada por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, la sola participación de un *extraneus* en un contrato u operación en la que interviene un funcionario competente con un interés indebido no es suficiente para justificar su responsabilidad penal. Debe quedar claro que **solo sería posible la complicidad de un *extraneus* cuando se trata de otro funcionario público que no sea competente, pues la intervención de un particular daría lugar a la imputación por un delito de colusión.** (énfasis agregado) (p. 159)

El *extraneus* en el delito de negociación puede ser un tercero particular

Salinas (2021) describe que:

No solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de aprovechamiento indebido de cargo, (...). Asimismo, los funcionarios o servidores públicos que no tienen relación funcional exigible por el tipo penal y **los extraños a la administración que colaboren o apoyen al sujeto publico obligado en la comisión del hecho punible** responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices, pero solo son cómplices o instigadores. (énfasis agregado) (p. 182)

Montoya 2015 (c.p. Enco, 2020) menciona *“Por su parte, en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo el tipo penal no exige una concertación, es decir, la bilateralidad no es requerida. Por el contrario, lo que se desvalora es el conflicto de intereses unilateralmente manifestado”*. Enco (2020) precisa: *“Pero esto último no implica que se registren casos en los que el particular aporte una cuota de responsabilidad penal en la ejecución del delito, por lo tanto, no se descarta que este participe del hecho delictivo a título de cómplice”*. (énfasis agregado) (p. 130)

Según la jurisprudencia

En la jurisprudencia penal se han postulado tres posturas. Se considera en dos posturas que sí es posible la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, como en el caso de la dogmática, y en una postura se sostiene que en el caso específico del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no podemos hablar de la participación de un *extraneus*.

El *extraneus* es un funcionario público no competente

Respecto a esta postura, tenemos el pronunciamiento recaído en el **Recurso de Nulidad 666-2016, Áncash**, en la cual la Corte Suprema sanciona como cómplice primario del delito de negociación a un funcionario público no competente; para mayor ilustración se transcribe una parte del fallo:

Esta negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se extiende, como cómplice primario, al teniente Alcalde Alcántara Tarazona, miembro accionista de la empresa G&H Contratistas Generales S.R.L., el mismo que como tal se prestó a esa intervención legalmente proscrita –y, por ello, completa la conducta típica-. Su condición de ser uno de los socios fundadores de la empresa, formada ese mismo año dos mil ocho – una pequeña empresa, sin duda, en la que incluso el gerente general era el otro socio-, determina tanto que el conocimiento de la participación en ese proceso de contratación pública no pueda ser negado, cuanto que estaba en condiciones de concretar la obtención de la buena pro.

El *extraneus* es un tercero particular

Referente a esta postura, tenemos el pronunciamiento emitido en el **Recurso de Nulidad 1166-2012, Loreto**, en la cual la Corte Suprema sanciona, como cómplice primario del delito negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, a un tercero particular, es decir, sanciona al contratista que se vio beneficiado con la autorización de la buena pro.

La participación del *extraneus* está condicionada a la estructura típica del delito

Con relación a esta postura, que es contraria a las anteriores posturas, tenemos la decisión adoptada en la **Casación N° 841-2015, Ayacucho**, en la cual la Corte Suprema nos dice que, para establecer la participación del tercero en un delito de infracción del deber, se tiene que ver primero la estructura típica del delito. Es decir, si el delito dentro de su estructura típica abarca o no la participación de un tercero, como lo es el delito de colusión.

En ese sentido, haciendo una referencia a lo que regule el artículo 399° del Código Penal, la Corte Suprema considera que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no es un delito de participación necesaria en la cual se admita la participación de un tercero particular. En este sentido, no podemos hablar de la participación de un *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Es así que, la Corte Suprema aclara que, en los casos en los que exista una participación o una intervención de un tercero particular, estaremos ante la configuración del delito de colusión, de cohecho, pero no del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

Sin embargo, esta jurisprudencia ha sido criticada recientemente en el año 2021 con la **Casación 1985-2019 - Selva Central**, en la cual la Corte Suprema considera que no es necesario que estemos ante un delito de participación necesaria para admitir la complicidad en los delitos de infracción del deber. Por este motivo establece que, si bien es cierto que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no es un delito de

encuentro de participación necesaria; sin embargo, si es posible que pueda darse la participación de un *extraneus*, que puede ser funcionario o servidor público no competente o un tercero particular.

Sin embargo, establece la Corte Suprema que, para hablar de una complicidad en el delito de negociación, se tiene que cumplir dos presupuestos. El primero es que el *extraneus* realice un aporte significativo para la configuración del delito; y el segundo es que este aporte significativo se realice a título de dolo ¿Qué quiere decir esto? Que el *extraneus* tiene que conocer que el funcionario público competente se está interesando indebidamente en determinado contrato de operación en razón de su cargo.

Postura personal de la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

Después de estudiar las diversas posturas acerca de la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, pasamos a señalar nuestra postura personal al respecto.

A priori, se debe resaltar que, no o hay problema admitir de forma genérica o mediata que el bien jurídico del delito materia de estudio, es preservar el normal funcionamiento de la Administración Pública, en decir el agente público se encuentra en la obligación de velar por el ros especial asignado por la razón de su cargo, y irrestricto cumplimiento de los deberes de imparcialidad y objetividad en un contrato u operación estatal.

En igual sentido, debe quedar claro, posición doctrinal y jurisprudencial que se viene aplicando en el Perú, el cual comparto es que, en delitos contra la Administración Pública, se debe aplicar la teoría de infracción de deber, aspecto que se encuentra

respaldado por los señores jueces supremos en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116.

Además, en misma doctrina legal, se admitió que, la participación del extraneus, al considerar dominante y homogénea la tesis de la unidad del título de imputación para resolver la situación de los cómplices.

Siendo así, debemos partir que, como lo ha indicado el profesor Felipe Villavicencio (2019) señala “Complicidad es que dolosamente colabora con otro para la realización de un delito doloso” (p. 520).

Es decir, en la presente investigación que, nos convoca no sería corrector afirmar que, a razón que, el delito de negociación incompatible de cargo, en su estructura del tipo penal no requiere la consumación la intervención de un tercero, no sería posible la complicidad.

Siendo ello así, debe diferenciarse que, la institución jurídica de la autoría es totalmente distinta a complicidad, por cuanto, en el primer de ello, no esta en tela de juicio que, únicamente puede ser considerado como tal, el agente público intervenga por razón del cargo especial asignado dentro su rol funcional, interesándose indebidamente en beneficios de terceros.

Situación distinta, es la del cómplice cuyo título de imputación se restringe a la cooperación en la realización del hecho punible, en tal, sentido, si bien en la estructura del tipo penal no se encuentra prevista la participación de un tercero, no obstante, el nivel de participación de los agentes públicos no competentes y el tercero particular beneficiado, si deben responder penalmente por la condición de extraneus, de conformidad a lo previsto en el artículo 25° y 26° del Código Penal.

La política criminal en la lucha contra la corrupción en la administración pública

La política criminal es un sector de la política pública, en donde se toman decisiones en relación a la prevención de aquellas conductas delictivas, que más gravemente ponen en peligro la subsistencia de la vida en sociedad. Y, *“para la adopción de estas políticas preventiva, es necesario tener en cuenta determinados criterios”* (Sánchez, 2012, p. 23), entre ellos, respetar los principios garantistas de todo Estado de derecho.

El fenómeno de la corrupción en la administración pública es algo estructural a nuestras sociedades. (Reátegui, 2014, p. 29). La influencia de la corrupción ha sobrepasado fronteras, y ha alcanzado a diversos países, y a pesar de ello, la corrupción aún sigue expandiéndose a grandes rasgos, carcomiendo los cimientos de países que gozan de un sistema político convencional como la democracia consolidada.

Uno de los rasgos de la corrupción es que éste fenómeno suele descargar todo su potencial maligno en sociedades menos desarrolladas, agudizando aún más los problemas sociales (económicos, políticos, salud, etc.). En la actualidad, ningún país es inmune a la corrupción y muchos son especialmente vulnerables como consecuencia de la debilidad de su legislación o de sus instituciones. En el Perú, la precepción ciudadana considera que la corrupción que la corrupción es un grave problema. (Reátegui, 2014, p. 33)

La corrupción generalizada y consolidada en una sociedad es una manifestación clara de la centralización y concentración de poderes, esto debido a que este fenómeno delincencial busca enquistarse en este tipo de modelo político.

En la doctrina penal nacional, Hurtado Pozo (1995), examinando diligentemente este fenómeno, identifica dos tipos de corrupción: i) la corrupción directa y ii) la corrupción institucionalizada.

Este autor menciona que la corrupción directa, tiene lugar cuando los comportamientos concretos e individuales de los autores, de las víctimas, del objeto y los móviles suelen ser identificados o determinados

claramente. Esta práctica de corrupción se evidencia en los niveles intermedios y/o inferiores de la entidad administrativa pública, y debido a que, en esta área, la función de los funcionarios y servidores, se enfoca básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios.

Y, por el contrario, clasifica a la corrupción institucionalizada, por la misma naturaleza oculta y clandestina de la misma, formando parte de la estructura institucional.

Desde el enfoque criminológico, la corrupción es una actividad delictiva sin víctima y es por esta razón que muchas veces estos hechos difícilmente serán de conocimiento por las autoridades competentes mediante una denuncia común. Esto, a razón a que, en la actual sociedad, se evidencia una ausencia de organizaciones o instancias públicas que practiquen o hayan desarrollado un enfoque sistemático contra este fenómeno.

En efecto, la corrupción, como fenómeno criminal, enquistado en la entidad estatal podemos definirla como aquella desviación de los poderes del Estado del correcto funcionamiento, basado en el interés personal o de terceros.

Dicho, en otros términos. la corrupción es entendida como *“todo acto de desviación de la obligación institucional, teniendo como sustrato fáctico, la cuestión económica, y habitualmente, en la atribución del control y aplicación de fondos públicos a cargos públicos (corrupción política) o funcionariales (corrupción funcional)”* (Cfr. Reátegui, 2014, p. 4).

En el plano sociológico, “hablar de corrupción es hablar de corrupción política”.

La política criminal peruana respecto a la tipificación del art. 399° del Código Penal

La política criminal peruana respecto del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es bastante compleja. La fuente directa de este delito se encuentra en el artículo 345° del Código Penal de 1924, y el artículo 201° del Código Penal de 1863.

La fuente legislativa extranjera de este injusto penal se ubica en los artículos 175° del Código Penal Francés de 1810 y 324° del Código Penal Español de 1850 que sirvieron de matrices para las fórmulas peruanas de 1863, 1924 y 1991 Argentina de 1922 (actualmente vigente) y Colombiana de 1936 y 1980.

Pese a que se previó en los orígenes del Código Penal de 1924, a la fecha, existen pocos estudios completos y serios sobre la naturaleza y los elementos objetivos y subjetivos que deben concurrir en una conducta para catalogarla como delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

En un sentido que todavía habrá que clarificar, el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es un delito de corrupción; al respecto, debemos destacar como manifiesta Castillo (2015):

Pese a que el legislador vigente considero pertinente ubicar al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo dentro del título de delitos de corrupción de funcionarios, junto a los delitos de tráfico de influencias, cohecho y enriquecimiento ilícito, lo cierto es que la ubicación sistemática correcta debería haber sido el agruparlo dentro de las infracciones próximas al delito de colusión, patrocinio ilegal y otras figuras delictivas que forman parte de la clase de delitos que suponen la afectación de los procesos de contratación estatal, el patrocinio de intereses particulares o el abuso del cargo que supone la exigencia para pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos. (énfasis agregado) (p. 14)

Pues no se trata de un caso de corrupción gubernamental en sentido estricto, sino de un prevalimiento y mal uso del cargo para favorecer intereses de terceros. (Reátegui, 2014, p. 495)

En este punto, Kindhäuser (2007) respecto al concepto de corrupción refiere que este no designa la afectación de un bien jurídico determinado, sino más bien un determinado modo de ataque a uno o más bienes jurídicos. (p. 2). En estos términos, por “corrupción” cabe entender, siguiendo al referido autor, una *“vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido”* (p. 6). Esto quiere decir que la existencia de una situación de corrupción presupone, en primer lugar, que una persona esté habilitada para ejercer algún poder de decisión en interés de otro(s); en segundo lugar, que el ejercicio de ese poder de decisión quede vinculado a la obtención de una ventaja indebida; y en tercer lugar, que el carácter indebido de esa ventaja se funde en la incompatibilidad entre la obtención de esa ventaja y la promoción del interés al que ha de servir el ejercicio del poder de decisión en cuestión (p. 4 y siguientes)

Sobre el particular, Mañalich (2015) expresa lo siguiente:

Aquí interesa un ámbito particular en el cual la posibilidad de corrupción, en cuanto “modo de ataque”, se presenta como especialmente amenazante, a saber: el ámbito en el cual el ejercicio del respectivo poder de decisión se corresponde con el desempeño de una función pública. Pues ello se traduce en que el ejercicio de ese poder de decisión quede legitimado por su contribución a la realización de una determinada finalidad pública, de manera tal que la vinculación de una ventaja inconexa al ejercicio de ese mismo poder de decisión tenga la potencialidad de comprometer la realización de esa misma finalidad. En tal medida, la corrupción en el desempeño de una función pública afecta el núcleo del principio de probidad administrativa, consistente en la exigencia de que la respectiva función sea ejercida dando “preeminencia del interés general sobre el interés particular” (p. 2)

Ahora bien, el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no posee un alcance amplio e ilimitado. Por ejemplo, no comprende a todos los actos administrativos en los que interviene el funcionario público por razón de su cargo, ni abarca todos los actos jurídicos en los que puede participar de manera directa o indirecta. Su alcance, en realidad, se circunscribe a los contratos administrativos y a las operaciones estatales, de contenido económico. Por tanto, el radio de acción del delito se encuentra circunscrito a un área y sistema determinado: el campo de los contratos estatales y de las operaciones en los que se ventilan intereses públicos, de carácter patrimonial.

El bien jurídico en este delito viene dado por la preservación de la transparencia en los contratos estatales y las operaciones, a fin de cautelar que el proceso de contratación estatal se rija por los principios de la libre competencia administrativa, la equidad y la igualdad de oportunidades en el proceso de contratación (Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 1674-2013, del 12 de marzo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro)). De lo que se presume que, lo que quiere evitar la norma penal es que los funcionarios, utilizando su posición y cargo, interfieran, manipulen y dirijan arbitrariamente los contratos estatales, imponiendo su voluntad, deseo o capricho por encima de los intereses públicos y estatales.

En el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en la medida que se pune al funcionario público que muestra un interés indebido, lo que se pretende es que los procesos de contratación estatal –desde su preparación, inicio, celebración y ejecución– se desarrollen con objetividad, bajo los principios constitucionales y legales que inspiran los contratos públicos, sin intervención o interferencia ilícita de un funcionario público que, valiéndose de su cargo, o su especial posición en la contratación estatal, pueda dirigir, subvertir e instrumentalizarla a su antojo, al margen de si se afecta o no el patrimonio del Estado o si, luego de la contratación, se puede verificar un perjuicio

económico (Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 117-2012 del 11 de enero del 2013 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Neyra Flores)).

CAPITULO III. CONTEXTO METODOLÓGICO

3.1 Paradigma de investigación

Según el tratamiento y análisis de la información, se trata de una *investigación cualitativa*, por cuanto los datos acumulados y recolectados, han sido sometidos a un tratamiento lógico de juicios y análisis crítico mediante el empleo de la “visión” que proporciona el modelo teórico optado o construido para tal efecto (marco teórico) (Fernández, 2009, p. 132), y en este caso, los datos se han obtenido de modo inmediato de los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de la Republica referente a la postura asumida sobre la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, sometidos estrictamente al análisis crítico.

3.2 Perspectiva metodológica

La presente investigación es de naturaleza teórico - dogmático, aplicándose el método hermenéutico, dogmático y funcional, toda vez que, se evaluó las corrientes doctrinarias de la complicidad en el delito de negociación incompatible y los pronunciamientos de la Corte Suprema respecto a la participación del extraneus en ilícito penal de aprovechamiento indebido del cargo.

Como sostiene Robles 2015 (c.p.Humpiri y Aranzamendi, 2021) *“El método hermenéutico es entendido en dos sentido: “como método hermenéutico simple” y como “método hermenéutico analítico”. El primero equivale al “método interpretativo”, aplicable a cualquier realidad y está relacionada de manera indisoluble a todas las formas de conocimiento, especialmente en las ciencias humanas y sociales, y más en concreto en aquellas centradas en la comprensión de textos. Por su parte, el “método hermenéutico analítico” incide en la idea de que en la interpretación hay dos lados que se necesitan y complementan: el analítico, que descompone la materia estudiada en sus elementos simples, y el constructivo, que construye el conjunto del edificio cognoscitivo.”*

En ese contexto el método de la investigación se basa en criterios cognitivos e intelectuales de naturaleza teórico - dogmático basado en un análisis interpretativo, analítico, funcional y dialéctico.

3.3. Diseño metodológico (mencionando fases, actividades y técnicas)

La presente investigación tiene un diseño no experimental – descriptivo, pues, el objeto de estudio radica en describir e identificar los rasgos característicos esenciales de la complicidad en el delito de negociación incompatible basados por medio de la observación, análisis e interpretación de las teorías dogmáticas más relevantes y los pronunciamientos de los señores jueces de la Corte Suprema de la República, sobre la participación del *extraneus* en el ilícito penal de negociación incompatible del cargo.

Procediendo así, a plantear una respuesta al problema jurídico planteado de la impunidad de los terceros beneficiados (*extraneus*) en un contrato u operación a cargo del Estado.

3.4 Delimitación de la investigación

En la presente investigación la **delimitación espacial** es el Perú; la **temporal** es el periodo comprendido entre los años 2009 al 2023; la **social** las posturas asumidas en los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de la Republica referente a la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; y la **conceptual** el derecho penal y la política criminal.

3.5 Participantes y técnicas para su elección

- **Participantes.** – Pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de la Republica respecto a las posturas asumidas referente a la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.
- **Técnicas.** – En la presente investigación se utilizó la técnica del análisis documental y entrevista a magistrados especializados en delitos de corrupción de funcionarios de la Región de Huánuco.

3.6 Técnicas de recolección de evidencias

Observación e interpretación:

- × Revisión de bibliografía, lecturas y demás obras relacionadas con el tema.
- × Consulta y recopilación de jurisprudencias relacionados al objeto de estudio.
- × **Ficha bibliográfica.** - Se emplearán para anotar los datos referidos a los libros que se emplearán durante el proceso de investigación.

- × **Fichas de transcripción textual.** – Para efectos de transcribir los textos entre comillas –al pie de la letra, aun con errores si los hubiera-, lo que el investigador ha considerado de vital importancia; es decir aquellos datos que contengan calidad científica y aciertos.
- × **Ficha de comentario de ideas personales.** - Esta es la más importante porque con el avance de la investigación surgirán algunas inquietudes e incertidumbres, las cuales deberán ser anotadas para luego realizar una síntesis de la investigación.

Entrevista no estructurada

Consistió en entrevistar a los magistrados especializados en delitos de corrupción de funcionarios de Huánuco, para expresen su posición y opinión jurídica respecto a la posibilidad de la existencia de complicidad de un intraneus y extraneus en la comisión del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

3.7 Técnicas de sistematización de la evidencia

La técnica empleada es el análisis documental, porque se revisó y analizo las posturas asumidas en los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de la Republica referente a la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, entre los años 2009 al 2023.; al respecto, se tiene tres posturas: a) El *extraneus* es un funcionario público no competente; b) El *extraneus* es un tercero particular; y c) La participación del *extraneus* está condicionada a la estructura típica del delito.

3.8 Criterios de legitimidad científica

Se encuentra basada en la confiabilidad y credibilidad y coherencia de la investigación a través de los datos obtenidos y analizados de las posturas asumidas en los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de la Republica referente a la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, entre los años 2009 al 2023.

CAPITULO IV. CONTEXTO EMPÍRICO O HALLAZGOS

La presente investigación nos permitió determinar que, en la doctrina y la jurisprudencia nacional el tema de la participación en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, no existe una única postura. Es así, que en la doctrina se presentan tres posturas diferentes, pues, se sostienen que, para un sector que, si es posible la participación de un tercero extraneus, en cambio, otro sector, señala que, el título de imputación de cómplice únicamente puede considerarse a un funcionario o servidor no competente y tercero que, la participación del extraneus está supeditada a la estructura típica del delito.

El ilícito penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se presenta de manera frecuente en el Perú, y tiene diversos problemas de aplicación; al respecto, en la presente investigación se responde la siguiente interrogante: ¿es posible la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo?, en base a lo que se ha postulado en la dogmática y en la jurisprudencia.

Como se ha desarrollado con antelación, para la configuración del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se requiere que un funcionario público competente se interese indebidamente en determinado contrato u operación para obtener un provecho para sí o un tercero. Casos en los que la mayoría de veces resulta beneficiado con este acto de interés indebido un tercero particular. Situación en la que se pregunta si es que este tercero particular puede ser considerado cómplice o no del delito de negociación.

Un escenario distinto se da en los casos en los que, además de la intervención del funcionario público competente, se da la intervención de un funcionario público no competente. En este escenario no queda duda de que el funcionario público competente responde como autor del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Sin embargo, lo que se pregunta es si este funcionario público no competente puede ser cómplice o no del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Ahora bien, vamos a tratar de responder a estas dos interrogantes en base a lo que se ha postulado en la dogmática y en la jurisprudencia.

El jurista Abanto (2003), en torno al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo ha expresado: “2. *Dado que el tipo que estamos analizando se ubica dentro del rubro referido a ‘corrupción de funcionarios’, siempre debe implicar algo ‘contractual’ entre funcionarios y terceros. Luego por lógica, en este delito el funcionario solo podría ‘interesarse’ típicamente por asuntos de terceros.*” (p. 520). Coincidimos con lo expresado por el mencionado jurista, quien párrafos más adelante precisa “*es imaginable que se den actos previos destinados a llegar a una concertación, que pueden ser abarcados como tentativa, por ejemplo, el funcionario cita a una de las partes para llegar a un “arreglo” y todos se reúnen en un lugar determinado* (p. 318). Lo dicho puede servir para sustentar que ha existido un interés previo, por lo que el funcionario desea, posteriormente, plasmar este interés en una reunión donde también el particular se ha interesado y es por ello que acude a esta reunión.

Es más, de la propia entrevista de los propios magistrados del Ministerio Público y Poder Judicial del subsistema de corrupción de funcionarios de la Región Huánuco, tampoco existe tampoco un criterio uniforme sobre la participación de un cómplice extraneus e intraneus, situación que, resalta aún más aun la importancia de del presente trabajo de investigación, pues, ello podría conllevar adoptarse decisiones disímiles en casos similares a los justificables, siendo lo más preocupante una posible impunidad del tercero involucrado extraneus cuando en muchas cosas ocasiones su participación fue mucho más activa para los fines ilícitos.

Bajo este contexto de discrepancia jurídicas, se extiende a la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre la participación del *cómplice necesario* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, lo que, conlleva a la emisión de archivos fiscales o absoluciones judiciales, generando con tal actuar de los operados de justicia la impunidad del cómplice extraneus e intraneus, situación que, obviamente no coadyuva a una correcta administración de justicia.

CONCLUSIONES

- ✓ El fenómeno de la corrupción es una plaga insidiosa que socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.
- ✓ El fenómeno de la corrupción es de carácter permanente, que pone de manifiesto un hecho incontrovertible, que la corrupción es algo que existe siempre, cualquiera que sea el régimen político (democrático, totalitario o dictatorial).
- ✓ Uno de los rasgos del fenómeno de la corrupción es que éste suele descargar todo su potencial maligno en sociedades menos desarrolladas, agudizando aún más los problemas sociales (económicos, políticos, salud, etc.). En la actualidad, ningún país es inmune a la corrupción y muchos son especialmente vulnerables como consecuencia de la debilidad de su legislación o de sus instituciones. En el Perú, la precepción ciudadana considera que la corrupción que la corrupción es un grave problema.
- ✓ El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en la mayoría de los textos legislativos del mundo está regulado, dentro de su parte especial, en un título que agrupa a los delitos cometidos contra la Administración Pública, donde incorporan delitos que lesionan este poder estatal, por ser considerado uno de los poderes básicos del Estado.
- ✓ Pese a que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se previó en los orígenes del Código Penal de 1924, a la fecha, existen pocos estudios completos y serios en nuestro país sobre la naturaleza y los elementos objetivos y subjetivos que deben concurrir en una conducta para catalogarla como delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.
- ✓ El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo se encuentra regulado en el artículo 399° del Código Penal, por el cual se sanciona al funcionario o al servidor público que indebidamente se interesa en forma directa o indirecta, o por acto simulado o en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene pro razón de su cargo. De lo que se advierte que este tipo penal sanciona la conducta típica de interesarse de manera indebida.
- ✓ En este delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo el bien jurídico viene determinado por la preservación de la transparencia en los

contratos estatales y las operaciones, a fin de cautelar que el proceso de contratación estatal se rija por los principios de la libre competencia administrativa, la equidad y la igualdad de oportunidades en el proceso de contratación (Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 1674-2013, del 12 de marzo del 2014 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: San Martín Castro)). De lo que se concluye que, lo que quiere evitar la norma penal es que los funcionarios, utilizando su posición y cargo, interfieran, manipulen y dirijan arbitrariamente los contratos estatales, imponiendo su voluntad, deseo o capricho por encima de los intereses públicos y estatales.

- ✓ En nuestro Código Penal se ha adoptado la “teoría diferenciadora”, a partir de lo cual hay que distinguir entre “autor” y “participe” (instigador y cómplice). Y estos, a su vez, se pueden distinguir con ayuda de la “teoría del dominio del hecho”: *autor* será aquel que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho (dominio de la acción, dominio de la voluntad o dominio funcional del hecho); *participe*, aquel que colabore con este en la ejecución de tales hechos, sin poseer tal dominio del hecho.
- ✓ Buena parte de los delitos contra la Administración Pública regulados en nuestro Código Penal constituyen “delitos especiales”, donde el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen la calidad exigida en el tipo penal (los *intraneus*), cualidad que mayormente consiste en el carácter de “funcionario público” (y eventualmente también alguna determinada función pública), los demás sujetos (particulares o eventualmente otros funcionarios públicos, cuando el tipo penal exige, además, una relación específica del funcionario con la función pública concreta), al no poseer dicha cualidad no podrán ser nunca considerados como autores, así hayan tenido dominio del hecho (los *extraneus*).
- ✓ La “participación del *extraneus*” en los delitos especiales ha generado una serie de controversias (todavía vigentes) sobre el título de imputación que este debe tener, lo cual se reflejara también, en algunos casos, en el título de imputación del *intraneus*. Esta discusión se pretende resolver a partir de dos teorías que parten todavía, en este terreno, del “dominio del hecho” a saber: a) La teoría de la *ruptura del título de imputación*. Según ella, los tipos penales de delitos especiales solamente se refieren a los *intraneus*; por lo tanto, los *extraneus* solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurran (“cada uno

responde por su propio injusto”); y, b) La teoría de la *unidad de título de imputación*. Para esta teoría, el *extraneus* si puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado como “autor” del delito especial impropio, nada impide que lo pueda ser como “cómplice” o “instigador” de ese mismo delito.

- ✓ En la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país el tema de la participación o cómplice en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no existe una única postura sobre el tema. Es así, que en la doctrina hay dos posturas claramente diferenciadas, para un sector el cómplice necesario va a ser un funcionario público no competente; en cambio, para el otro sector el *extraneus* puede ser un tercero particular. Con referencia a la jurisprudencia existen tres pronunciamientos contradictorios; pues, la Corte Suprema sostiene en oportunidades que el cómplice necesario es un funcionario público no competente, en otros pronunciamientos asumen que el *extraneus* es un tercero particular; y, por último, también señalan que, la participación del *extraneus* está supeditada a la estructura típica del delito.
- ✓ Producto de la presente investigación podemos afirmar que, la autoría es una institución jurídica distinta a la complicidad, el cual es penada en virtud al nivel de cooperación o injerencia en la comisión del ilícito penal, por lo que, consideramos que el funcionario o servidor público incompetente o el tercero particular, deben responder con el título de imputación cómplice necesario o cómplice primario por la comisión del delito de negociación incompatible de cargo, ello al amparo del artículo 25° del Código Penal.
- ✓ La participación de un *extraneus* en la comisión del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no puede dejarse impune toda vez que, en la realidad en muchas ocasiones inclusive la participación de este tercero ajeno a la Administración Activa, es mucha más activa que del propio sujeto activo claro está por el beneficio que obtendrá en el contrato u operación de la Entidad del Estado.
- ✓ En ese contexto, resulta necesario que los señores jueces supremos en cumplimiento de su deber de unificar criterios discrepantes en virtud al artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deben convocar a un Pleno Jurisdiccional, o en su defecto emitir un pleno casatorio en mérito al artículo 433° incisos 3) y 4) del Código Procesal Penal, con la finalidad

de emitir pronunciamiento que defina como doctrina legal vinculante y de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales que, en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, la participación del cómplice (extraneus) y cómplice (intraneus), debe ser sancionada siempre y cuando su participación y cooperación fuere influyente en la comisión del delito ilícito penal.

REFERENCIAS

LIBROS

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. (2ª ed.). Palestra Editores.
- Álvarez, F. (2021). *El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Estudio de los aspectos problemáticos del tipo penal*. Ideas solución editorial.
- Bramon – Arias, L (2000). *Manual de derecho penal: Parte general*. Editorial Santa Rosa.
- Caro, D y Reyna, L. (2023). *Derecho penal: parte general*. Lp Pasión por el DERECHO.
- Castillo, J. (2009). *El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo*. Jurista Editores.
- Castillo, J. (2015). *El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo*. Instituto Pacífico.
- Colombo, M & Honish, P. (2012). *Delitos en las contrataciones públicas*. Editorial Ad-Hoc.
- Enco, A. (2020). *Los delitos de corrupción en el Perú. Un enfoque desde la procuraduría pública especializada en delitos de corrupción*. Gaceta Jurídica.
- Gómez, G. (2011). *Participación y corrupción en la administración pública*. Editorial Rodhas.
- Hegglin, F. (2000). *La figura de las negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal*. Editoriales del Puerto.
- Hurtado, J. (1995). *Manual de derecho penal. Parte general 1*. (3ª ed.). Editora Jurídica Grijley.
- Klitgaard, R. (1990). *Controlando la Corrupción*.
- Montoya, Y. et al. (2013). *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).
- Reátegui, J. (2014). *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*. Jurista Editores.
- Reátegui, J. (2016). *El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses Privados*. Grupo Editorial Lex & Iuris.

- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. (4ª ed.). Editora Jurídica Grijley.
- Salinas, R. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Iustitia.
- Salinas, R. (2021). *Autoría y Participación en los Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Palestra Editores.
- Sánchez, P. (2012), *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons.
- Villavicencio, F. (2019), *Derecho penal parte general*, (Onceava reimpresión). Editora y Librería Jurídica Griley E.I.R.L.
- Villavicencio, F. (2017), *Derecho penal básico*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

ARTÍCULOS DE PUBLICACIONES PERIÓDICAS

- Terradillos, J. M. (2017). *Corrupción política: consideraciones político criminales*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad – REEPS.
- De la Mata, N. J. (2016). *La lucha contra la corrupción política*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología – RECPC 18-01.
- Cossio, R. (1968) *Propósito de Lucro en la Corrupción*. Revista Jurídica Argentina: “La Ley”, t. 131, p. 1449, Buenos Aires.
- Vásquez de Forhhani. (1993). *La Corrupción, un Obstáculo para el Desarrollo*. Revista de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Año 3. Lima-Perú.
- Franco, C. (1990. Marzo). *Los Grupos de Poder Económico en el Perú*. Revista Socialismo y Participación. N° 49.
- Rey, J. (1964). *Burocracia y Política*. Revista de la Facultad de Derecho N° 29, p. 83, Caracas.
- Morales, C. (1996. Agosto 11). *Corrupción y Democracia*. Discurso Pronunciado en el Foro Democrático, publicado en el Diario. El Comercio, revista. El Dominical.
- Cojica, J. (1967). *Reflexiones sobre Delitos Cometidos por los Detentadores del Poder*. Criminalia. Año XXCIII, México.
- Sancinetti, M. (1986). *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. T.XXXIX, fascículo III. Septiembre-diciembre. Madrid.
- Diario “El Comercio”. Lunes 22 de julio de 1996, por Verónica Rojas Casale.

- Morales Bermúdez, C. (1996. Agosto 11). *Corrupción y Democracia*. Discurso Pronunciado en el Foro Democrático, publicado en el Diario. El Comercio, revista. El Dominical.

PAGINAS WEB

- ✓ Guimaráy, E. Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatibilidad. En *Boletín Proyecto Anticorrupción*, N° 39. Idehpucp, Lima, 2014. Disponible en <http://idehpucp.pucp.pe/wp-content/2012/07/APUNTES-DE-TIPLICIDAD.pdf>.

INVESTIGACIÓN

- Fernández, C. y Ortega, D. (2009). *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. Impresiones Graficas G&M.
- Hernández R. (2014). *Método de la Investigación*. McGraw-Hill/Interamericana Editores S.A. de C.V.
- Ramos C. (2018). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Grupo Editorial Lex & Iuris S.A.C.
- Aranzamendi, L. y Humpiri, J. (2021). *Derecho & Ciencia. Ruta para hacer una tesis en derecho. Preguntas y respuestas*. Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Álvarez, S. y Cortes, J. (2020). *La tesis de investigación en derecho*. Amat Editorial.

JURISPRUDENCIA

❖ **COLOMBIA**

Sentencia de Constitucionalidad C/128-03 de Corte Constitucional, 18 de febrero del 2003.

❖ **PERÚ**

Corte Suprema

- Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, del 06 de diciembre de 2011.
- Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017.
- Recurso de Nulidad N° 4259-2008-Tumbes, del 09 de abril de 2010.
- Recurso de Nulidad N° 613-2009-Junín, del quince marzo de 2010.
- Recurso de Nulidad N° 661-2019-Lima, del 10 de marzo de 2010.

- Recurso de Nulidad N° 1069-2009-Huaura, del 23 de febrero de 2010.
- Recurso de Nulidad N° 1124-2009-Ayacucho, del 07 de junio de 2010.
- Recurso de Nulidad N° 2106-2009-Callao, del 16 de junio de 2010.
- Recurso de Nulidad N° 2232-2009-Lima, del 21 de julio de 2010.
- Recurso de Nulidad N° 4096-2009-Junín, del 19 de octubre de 2010.
- Recurso de Nulidad N° 443-2010-San Martín, del 19 de abril de 2011.
- Recurso de Nulidad N° 832-2010-Piura, del 17 de mayo de 2011.
- Recurso de Nulidad N° 578-2011-Junín, del 29 de febrero de 2012.
- Recurso de Nulidad N° 1166-2012-Loreto, del 06 de noviembre de 2013.
- Recurso de Nulidad N° 1328-2011-Puno, del 09 de mayo de 2012.
- Recurso de Nulidad N° 1909-2011-Ucayali, del 05 de octubre de 2012.
- Recurso de Nulidad N° 2079-2011-Tumbes, del 28 de noviembre de 2012.
- Recurso de Nulidad N° 2196-2011-Lambayeque, del 18 de mayo de 2012.
- Recurso de Nulidad N° 2641-2011-Lambayeque, del 10 de agosto 2012.
- Recurso de Nulidad N° 2770-2011-Piura, del 12 de setiembre de 2012.
- Recurso de Nulidad N° 3231-2011-Cajamarca, del 25 de abril de 2012.
- Recurso de Nulidad N° 3281-2011-Junín, del 24 de enero de 2013.
- Recurso de Nulidad N° 3584-2011- Tumbes, del 28 de junio de 2012.
- Recurso de Nulidad N° 4766-2001-Puno, del 12 de marzo de 2013.
- Recurso de Nulidad N° 253-2012-Piura, del 13 de febrero de 2013.
- Recurso de Nulidad N° 375-2012-Puno, del 07 de marzo de 2013.
- Recurso de Nulidad N° 1166-2012-Loreto, del 06 de noviembre de 2012.
- Recurso de Nulidad N° 2068-2012-Lima, del 19 de abril de 2013.
- Recurso de Nulidad N° 722-2013-Tacna, del 01 de agosto de 2013.
- Recurso de Nulidad N° 1024-2013-Ica, del 23 de octubre de 2013.
- Recurso de Nulidad N° 300-2014, del 21 de mayo de 2014.
- Recurso de Nulidad N° 23-2016-Ica, del 16 de mayo de 2017.
- Recurso de Nulidad N° 666–2016-Ancash, del 29 de mayo de 2017.
- Recurso de Nulidad N° 677–2016-Lima, del 17 de mayo de 2017.
- Casación N° 782-2015/Del Santa, del 06 de julio de 2016.
- Casación N° 841-2015/Ayacucho, del 24 de mayo de 2016.
- Casación N° 23-2016/Ica, del dieciséis, de mayo de 2017.

- Casación N° 102-2016/Lima, del 11 de julio de 2017.
- Casación N° 67-2017/Lima, del 11 de julio 2017.
- Casación N° 346-2019-Moquegua, del 06 de noviembre de 2019.
- Casación N° 396-2019/Ayacucho, del 09 de noviembre de 2020.
- Casación N° 934-2021-Huncavelica, del 29 de febrero de 2024.
- Casación N° 1895-2019/Selva Central, del 27 de abril de 2021.
- Casación N° 1765-2019/Lima, del 29 de marzo de 2022.
- Casación N° 184-2020/Lima Norte, del 26 de abril de 2022.
- Casación N° 1149-2021/Áncash, del 01 de marzo de 2023
- Casación N° 1523-2021/Ancash, del 20 de marzo de 2023.
- Casación N° 1584-2021-Callao, del 30 de marzo de 20

ANEXOS

PROTOCOLIZACIÓN DE TRANSCRIPCIÓN DE EVIDENCIA EMIRICA

ANEXO 1



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO
VALDIZAN

ESCUELA DE POSGRADO



TITULO: “PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA,
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023”

Guía de observación de “PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA,
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023”

INSTRUCCIONES: Este instrumento nos permite recoger datos para la presente
investigación; el presente instrumento es sobre los “Estudio dogmático y propuesta para
la despenalización del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido
del cargo”. Gracias.

❖ DATOS GENERALES:

Nº de Expediente:

Procede:

Órgano Decisor:

Denominación de la Decisión:



ANEXO 2
ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA



**A LOS SEÑORES MAGISTRADOS ESPECIALIZADOS EN DELITO DE
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE HUÁNUCO**

Título: “PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA, PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023”

Lugar de aplicación :

Fecha de aplicación :

Entrevistado :

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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



ANEXO 03:

ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA



A LOS SEÑORES MAGISTRADOS ESPECIALIZADOS EN DELITO
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE HUÁNUCO

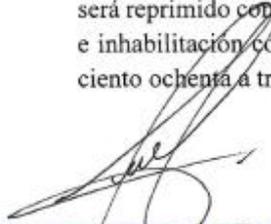
Título: "PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA,
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023"

Lugar de aplicación : JR. 28 DE JUNIO # 988 - HUÁNUCO
Fecha de aplicación : 30 DE OCTUBRE DE 2023
Entrevistado : VIRGILIO EDDO CARRIÓN CABRERA

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en f

orma 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.


Virgilio Eddo Carrion Cabrera
Fiscal Provincial
Cuatro Despacho de la Fiscalía Corporativa Especializada
en Delitos de Corrupción de Funcionarios - Huánuco



TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA



UNIVERSIDAD NACIONAL
HERMILIO VALDIZAN

ESCUELA DE POSGRADO

TITULO: “LA PARTICIPACION DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA DOGMATICA Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA”

Entrevistado : Virgilio Iván Carrión Cabrera

Cargo : Fiscal Provincial del Cuarto Despacho de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco

Fecha : 30/10/2023

Transcripción

1.- En virtud, a la casación N°841-2015 – Ayacucho, se ha establecido como doctrina jurisprudencial que el delito de negociación incompatible no podría existir o presentarse un extraneus, requerimos consultar cuál es su posición sobre el particular:

Respuesta: En respecto, mi persona ha formulado más de un caso en el cual en los hechos se ha visto que evidentemente en ese tipo de delitos podría haber la intervención de un tercero coadyuvando a la comisión del mismo, tanto más que el tipo penal del artículo N°399 del Código Penal está orientado solamente al autor, pero en este caso se ha justificado la vinculación del tercero en base de las reglas de autoría y participación.

2.- Doctor, nos podría identificar cual sería la participación o la injerencia del tercero “extraneus”, para la comisión del delito de negociación incompatible.

Respuesta: La participación podría darse en este caso, brindando un aporte o una colaboración en beneficio precisamente al autor del delito, en este caso ha habido situaciones en las cuales se ha podido advertir que el tercero brindaba determinados aportes para que el autor del delito pueda cometer el mismo, en este caso, por ejemplo, presentándose a un determinado proceso con conocimiento que no cumplía los requisitos, en fin, hay una multiplicidad de acciones que podrían; no necesariamente descartar de plano la intervención de un tercero en ese caso de delito.

3.- Nos podría identificar, de acuerdo a su experiencia y amplia trayectoria cuál es la diferencia entre autor y participe en el delito por la comisión contra la administración pública.

Respuesta: Como ya es sabido la diferente de autor y participe en ese tipo de delitos, tiene que ver obviamente con el deber, con la responsabilidad del deber que infringe el autor, en este caso este deber no tiene el participe, eso sería la principal diferencia.

4.- A su consideración doctor, existe también la posibilidad que un funcionario o servidor público que no infrinja su deber tenga la consideración de cómplice en este delito de negociación incompatible:

Respuesta: En mi opinión considero que sí, no todo funcionario por solo hecho de serlo va ser necesariamente autor de este delito, sin embargo, teniendo en cuenta que estos delitos por lo general pueden materializarse en los procesos de contratación pública, específicamente en los procesos de selección enmarcada en la Ley de Contrataciones con el Estado, estos procesos pasan por diversos funcionarios no es que se realice en un solo acto, sino que pasan por diversas áreas en ese entendido otros funcionarios sin tener la decisión final de la contratación bien pueden brindar un aporte a la realización del delito.

5.- Que opinión se merece la casación N°841-2015-Ayacucho, donde expresamente señala que no podría haber la participación de un tercero en un delito de negociación incompatible bajo el argumento que no está estipulado en el tipo penal:

Respuesta: Como bien señalaba hace un instante, esta casación que se hace referencia está orientado a un hecho concreto o caso particular, pero no necesariamente va tener trascendencia a la multiplicidad de casos que puedan darse a las investigaciones a cargo del Ministerio Público y los procesos del Poder Judicial, en ese entendido considero que ha sido muy apresurada y la emisión de esta casación, porque pudiere eventualmente limitar la apreciación de los hechos por parte del fiscal o del juez.



ANEXO 03:
ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA



**A LOS SEÑORES MAGISTRADOS ESPECIALIZADOS EN DELITO
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE HUÁNUCO**

Título: "PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA,
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023"

Lugar de aplicación : JR. 28 DE JULIO #988 - HUÁNUCO
Fecha de aplicación : 09 DE NOVIEMBRE DE 2023
Entrevistado : MARCO ANTONIO ESPÍRITU MATOS

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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

MARCO ANTONIO ESPÍRITU MATOS
FISCAL PROVINCIAL
FISCALÍA CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - HUÁNUCO



TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO
VALDIZAN

ESCUELA DE POSGRADO

TITULO: “LA PARTICIPACION DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA DOGMATICA Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA”

Entrevistado : Marco Antonio Espíritu Matos

Cargo : Fiscal Provincial del Tercer Despacho de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco

Fecha : 09/11/2023

Transcripción

1.- Señor magistrado la presente investigación académica es debido a que la Corte Suprema en reiterado pronunciamiento, incluso generado como doctrina legal en virtud a la casación N°841-2015-Ayacucho, ha señalado que no puede haber la intervención de un tercero en el delito de negociación incompatible y atendiendo a su amplia experiencia nos podría indicar su posición sobre el particular:

Respuesta: Si bien puede ser una posición respetable de los señores supremos que han señalado que usted manifiesta en la casación, sin embargo, yo no comparto dicha posición tanto que existen casaciones posteriores inclusive; que si consideran la participación del cómplice en el delito de negociación incompatible y particularmente en el trabajo diario que tengo en esta fiscalía no he tenido ningún inconveniente, es más yo siempre considero en todos los delitos de negociación de acuerdo al hecho, siempre he considerado al extraneus como cómplice de estos delitos y nunca he tenido ningún problema hasta la fecha; por contrario los magistrados siempre han considerado la participación de ese cómplice en este tipo de delitos.

2.- Nos podría indicar usted, en su amplia experiencia la diferencia entre un autor y un cómplice en un delito contra la administración pública:

Respuesta: El autor como lo dice la doctrina y la jurisprudencia, es el titular de la función es un delito de deber lo que se llama, que infringe su deber entonces él es el autor; está establecidamente delimitado que es un funcionario o servidor público pero que en el caso concreto ha infringido algún deber vinculado a sus funciones; el cómplice puede ser también pero generalmente es un tercero que tiene un aporte necesario para la consumación de este delito, generalmente es un particular o un extraneus, en algunas

ocasiones podría ser también un servidor o funcionario no vinculado que no está dentro del ámbito de sus funciones del deber infringido.

3.- Que opina de las posturas cambiantes que tiene la Corte Suprema, sobre el particular, en el entendido que ha variado la posición de la Sala Penal Permanente pero que en otras asume esta posición de que señala que no puede existir la participación de un tercero extraneus en el delito de negociación incompatible, pero esta misma sala en otras ocasiones considera que si lo puede hacer.

Respuesta: Yo considero que esa posición debe obedecer al hecho en concreto porque de repente hay hechos que efectivamente no se vislumbra una participación del extraneus favorecido, debe tenerse ahí porque en realidad depende del aporte para considerar porque es delito, por ejemplo, en el delito de homicidio puede haber cómplice en algunos casos y no en otros casos, por eso no se puede decir que en todos los delitos de homicidio puede haber un cómplice o que no puede haber un cómplice, es igualito lo que tiene que guiarse en si es el hecho; entonces de acuerdo a ello, los señores de la Corte Suprema hacen una evaluación del hecho en concreto y de ahí pueden establecer que en este caso en concreto no habría cómplice y ellos deberían de generalizar, entonces yo pienso para analizar la participación o no de un cómplice tiene que ver mucho el hecho imputado lo digo esto a manera de ejemplo, en el delito de homicidio solamente pone al autor pero en algún caso puede haber alguien que colabora o participa, en ese caso de homicidio también habrá un cómplice, de la misma forma puedo distinguir o establecer que en el delito de negociación incompatible en algunos casos puede haber alguna participación mínima o casi ninguna, en ese caso no habría cómplice pero si en ese caso el funcionario habría infringido su deber entonces ahí por ejemplo solo puede responder el autor pero en otro caso sí que de acuerdo al hecho se establece que hay un partcipe, hay un aporte sustancial, preponderante de este extraneus entonces ahí se considerará como cómplice; el que guía o genera estas controversias es el hecho y de acuerdo a ello se pretende generalizar para todos, dicen negociación incompatible no hay cómplice se puede decir, pero cuando eso no es así del todo caso.



ANEXO 03:
ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA



**A LOS SEÑORES MAGISTRADOS ESPECIALIZADOS EN DELITO
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE HUÁNUCO**

Título: "PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA,
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023"

Lugar de aplicación : J.L. 23 DE JUNIO # 988 - HUÁNUCO
Fecha de aplicación : 09 DE NOVIEMBRE DE 2023
Entrevistado : SERENIAS ROSAS VELASQUEZ

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en f

orma 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.


SERENIAS ROSAS VELASQUEZ
Magistrado Especializado
Facultad Superior de Ciencias Jurídicas
de la Universidad de Huánuco



TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO
VALDIZAN

ESCUELA DE POSGRADO

TITULO: “LA PARTICIPACION DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA DOGMATICA Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA”

Entrevistado : Jeremías Rojas Velásquez

Cargo : Fiscal Adjunto Superior de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco

Fecha : 09/11/2023

Transcripción

1.- En la casación N° 841-2015-Ayacucho, ha sostenido que en el delito de negociación incompatible no puede existir la intervención del tercero, bajo la estructura del tipo penal no podría considerarse al extraneus:

Respuesta: Para eso debemos hacer dos apreciaciones, primero desde el punto de vista de la estructura del tipo penal artículo 399 del Código Penal y luego como la dogmática nos permite entender la configuración de este ilícito penal; la figura de negociación incompatible hay que entender a partir del bien jurídico que tutela, debemos remitirnos a entender el rol que cumple la administración pública en mérito al artículo 44 de la constitución de alguna forma concretiza ese deber constitucional que tiene el Estado en buscar el bien general, entonces en la búsqueda del bien general el Estado diseña la administración pública; la pregunta es cómo debe estar diseñado la administración pública, que principios debemos cautelar en la administración pública de ahí identificados el principio de la imparcialidad, el principio de la transparencia, de la objetividad, eficiencia y la eficacia en la administración pública, todos estos principios mencionados hoy en gestión pública le llaman “Valor Público”; esta transparencia y objetividad como se protege en los delitos de negociación incompatible, en el delito funcionario o servidor público siempre debe estar orientado bajo el bienestar general, del bienestar del interés público dejando de lado intereses privados, pero que pasa si el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones que realiza en nombre del Estado se interesa indebidamente para sí o para tercero, la figura de que si el funcionario se orienta su actuar para su propio interés no habría ahí la intervención del tercero, pero si el funcionario o servidor público se interesa indebidamente con un tercero, ahí si desde el punto de vista de la semántica como está estructurado el tipo penal 399 necesariamente carece de intervención del extraneus o del tercero, esto por dos razones, uno por el principio de la

objetividad un interés indebido a favor de un tercero no viene pues a cambio de nada, generalmente este interés a favor de un tercero viene pues de la semántica del tipo penal para favorecer a un tercero, si ese tercero se favorece entonces indudablemente el tipo penal comprende al tercero, a partir de este enfoque la dogmática ha venido desarrollando, yo sé que en la jurisprudencia ha habido una posición inicial de donde se ha sentado las bases que en los delitos de negociación incompatible no hay intervención de un tercero, pero también posterior a esta casación 841-2015, ya la Corte Suprema viene tomando posesión de que si en los delitos de negociación incompatible es posible la intervención de un tercero, tanto es más cuando este tercero llega a aprovecharse de los fondos del Estado que también es posible bajo la configuración del delito de negociación incompatible, entonces a donde vamos bajo este comentario, donde ya la jurisprudencia apoyado con la dogmática ya se viene dando un ambiente pacifico donde el tercero es parte componente del delito de negociación incompatible, entonces por ahí mi apreciación de que el tercero en el delito de negociación incompatible es posible darse siempre y cuando el tipo penal se cumple el interés indebido en favor de un tercero, ahí encaja la intervención de un tercero o extraneus.

2.- Usted que considera respecto al fundamento que ha efectuado la Corte Suprema para considerar que este tipo de delito de negociación incompatible no podría existir complicidad, en efecto por la estructura del tipo penal, ahí no estaríamos hablando de una diferencia entre autoría y participación.

Respuesta: Por pronto quienes incurrn en este ilícito penal son aquellos que asumen un rol especial en la administración público y el tercero no asume un rol ni tampoco el Estado le asigna roles institucionales a un tercero, pero nosotros mirando la estructura del artículo 399 del Código Penal hay varios tipos penales, me refiero que el funcionario o servidor público que indebidamente, que en forma directa o indirecta, por un acto simulado se interese por provecho propio ahí hay un tipo penal, yo creo en esta estructura cuando dice en provecho propio ahí no interviene el tercero, pero cuando aparece este supuesto cuando nos indica en provecho de tercero ahí se da o justifica la intervención de un tercero, entonces no podríamos hablar de coautoría porque en los delitos de infracción al deber quienes incurrn en este delito quien esta encomendado por mandato de la ley, por un contrato o una vinculación que justifique con la administración pública se le asigne sus roles especiales, situación que no le alcanza al extraneus o particular.

3.- Que comentario tiene en la actualidad la Sala Penal Permanente, la misma sala viene emitiendo pronunciamientos disímiles, me refiero que en ocasiones considera en virtud a la casación N°841-2015-Ayacucho, que en el delito de negociación incompatible no puede existir la participación de terceros, sin embargo, esa misma sala en otros pronunciamientos sostienen que efectivamente si pueden existir la participación de un tercero o extraneus.

Respuesta: Es importante resaltar el pronunciamiento de la Corte Suprema, porque en temas generales nos ilustra como debemos interpretar la configuración de ilícitos penales frente a casos particulares, también debemos señalar que la Corte Suprema como

operadores del derecho progresivamente va tomando una posición, eso nos lleva a entender que en un inicio deben tener una postura, pero posteriormente pueden variar esa postura la dinámica de la jurisprudencia tiene respaldo en los casos que se da en la realidad, cuando usted menciona la casación hace ocho años se tenía esa posición, ahora la posición cambia y se va consolidando que en los delitos de colusión si es posible la intervención de un tercero, no solo también hay que resaltar que el delito de negociación incompatible clásicamente no se da entender que protege la imparcialidad de la transparencia en los contratos y operaciones, que no debe haber un interés indebido hoy hay jurisprudencias que inclusive nos indican o nos orientan de que en este tipo penal también se protege el patrimonio del Estado y donde está el fundamento, está en los casos prácticos que se da en la realidad; entonces la jurisprudencia en su momento pueden haber tenido una posición donde indican que no es posible la intervención de un tercero pero esa posición hoy a evolucionado a los casos que nos da el mundo real y es seguro que más adelante la Corte Suprema siendo la instancia última del ámbito jurisdiccional nos van a ilustrar con nuevas posiciones dogmáticas y eso es saludable a fin de que el bien jurídico que se protege tenga un pronunciamiento jurisdiccional objetiva en aras de proteger la administración pública en todo su aspecto.



ANEXO 03:
ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA



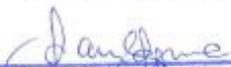
**A LOS SEÑORES MAGISTRADOS ESPECIALIZADOS EN DELITO
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE HUÁNUCO**

Título: "PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA,
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023"

Lugar de aplicación : 28 de julio 988 - segundo piso -
Fecha de aplicación : 10 de noviembre de 2023.
Entrevistado : Luz Mercedes Sánchez Figueroa.

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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


Luz Mercedes Sánchez Figueroa
Fiscal Provincial
Fiscal Provincial Corporativa Especializada
Unidad de Corrupción de Funcionarios - Huánuco
1º Despacho



TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO
VALDIZAN



ESCUELA DE POSGRADO

TITULO: “LA PARTICIPACION DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA DOGMATICA Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA”

Entrevistado : Luz Mercedes Sánchez Figueroa

Cargo : Fiscal Provincial del Primer de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco

Fecha : 10/11/2023

Transcripción

1.- Como es de su conocimiento la Sala Penal Permanente en la casación N°841-2015-Ayacucho, ha establecido que en el delito de negociación incompatible no podría existir la intervención del tercero extraneus bajo el fundamento que no forma parte de la estructura del tipo penal.

Respuesta: Yo encuentro una posición bastante respetable considerando que el delito de negociación incompatible siempre lo hemos entendido que es un delito de peligro, es un antecedente del delito de colusión que es donde se perfila mejor este tema de complicidad, de participación y autoría, yo considero que es importante ese pronunciamiento de la Corte Suprema porque pone un acento que es un delito de infracción al deber y como tal le pone una posición al agente infractor siempre desde la óptica que el infractor del deber especial y específico que puede tener ese interés directo o indirecto en privilegiar lo privado sobre el interés público, eso es maso menos, lo que se ha entendido sobre este delito; yo creo que es un razonamiento correcto porque de lo contrario no se entendería bien porque nos cuesta entender la complicidad siempre desde la óptica de la infracción al deber, sin embargo, yo también en algunos casos hay veces que tenemos que resolver, tener una posición de incluir o no incluir a los partícipes pienso, que en algunas ocasiones la conclusión es esencial, es nítida también del tercero desde el momento que ha sido una persona que ha recibido el favorecimiento que al fin al cabo a beneficiado de la actuación del agente público sí, pero en mayor de los casos no es muy fácil de hablar de complicidad bueno tampoco de otro tipo de participación pero si siendo un delito de peligro basta con los actos preparatorios calificado tal en la conducta así dicha en forma general si me parecería a veces difícil construir la participación del cómplice, principalmente del cómplice, pero no creo que esa sea una postura de la línea de interpretación sea excluyente

solamente de la complicidad, pero si en gran parte encuentro sentido no se habrá fácilmente la posibilidad de incluir al cómplice.

2.- Atendiendo a su amplia experiencia a cargo de esta fiscalía provincial, en oportunidad su despacho ha resuelto sin hacer alusión a casos personales o particulares a esta casación N°841-2015- Ayacucho.

Respuesta: Si, considerando lo que le acabo de decir que siempre le hemos entendido como un delito de infracción al deber y que el actor principal debe tener la posición del sujeto con funciones específicas, que muchas veces no puede compartirse y por otro lado, mi criterio ha sido en la casación del año 2021 en Anchas, pero dice algo así que se tiene que pagar que los funcionarios infractores fueron responsables y sentenciados, y que el aporte principal fue del tercero que presento una valorización que no se habría hecho y que el acto ilícito fue pagarle esa valorización, yo en esa casación reflexionaba así como administrado o no siéndolo hace una petición a la entidad y las áreas respectivas admiten esa petición que hay un aporte esencial de cómplice de quien pide algo cuando bien la administración podría realizar el control y denegarlo, es parte de un procedimiento administrativo, ahí por ejemplo, en esa casación no comparto que el solo hecho que el contratista presenta una valorización de trabajos no hechos o no ejecutados presenta a la administración y la administración admite el pedido y le paga, ese acto de petición es una contribución yo no lo creo eso posible precisamente porque la administración tiene sus propios controles para ayudar a pagar, en ese ejemplo no considero que tenga la condición de aporte de este delito de la petición de este contratista; por ese lado de esa revisión que hice con ese caso me quedan más dudas de que si hay lugar a la complicidad pero tampoco a todo creo que la respuesta tenga que nunca haya complicidad, pero habrá otras situaciones que el aporte tenga que ser tan esencial y de lugar a que pueda ocasionar un título de imputación como cómplice.

3.- Que opina que la misma Corte Suprema y la Sala Permanente venga brindando opiniones disímiles, en unos casos concretos señala que si pudiera existir la participación de un tercero en el delito de negociación incompatible y en fechas posteriores diga lo contrario.

Respuesta: En realidad yo siempre pienso que el derecho es cambiante por los pronunciamientos fiscales o judiciales; de hecho, que son obras humanas que también tienen que cambiar con el tiempo, es un poco difícil pienso debería ser un criterio único, pero es difícil tener un criterio único, incluso, en despachos tan chicos con el mío nuestra labor es de tratar de llegar a esa uniformidad y eso es parte también de la independencia del juez o fiscal sus propios conocimientos y su experiencia, etc; entonces es un pronunciamiento integral pero me parece eso peligroso para los que actuamos diariamente en los casos es un referente importante un razonamiento judicial porque hay muchos que han servido incluso corregir lo que antes nosotros hacíamos, siempre hay mejor a replantear a mejorar; sin embargo, soy de la idea que todo pronunciamiento judicial de cualquier jerarquía es importante y es un criterio que acudo muchas veces de digno de tener en cuenta, pero en el caso en concreto a mi apreciación personal siempre hay casos

similares pero no hay casos iguales, tengo la finalidad que nosotros también damos un sentido de orientación a la ley en el caso concreto, por supuesto que es importante la jurisprudencia pero es cambiante, en ese escenario es muy importante valorar el caso concreto y tomar como referencia pero no como un criterio absoluto que así va ser, pienso que nada tiene que ser absoluto.



ANEXO 03:
ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA



**A LOS SEÑORES MAGISTRADOS ESPECIALIZADOS EN DELITO
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE HUÁNUCO**

Título: "PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA,
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023"

Lugar de aplicación : Consejo Judicial Pisco - Areca.
Fecha de aplicación : 23-01-2024
Entrevistado : ELMER ELIAS CONTRERAS CAMPOS

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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


CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
HUÁNUCO
ELMER ELIAS CONTRERAS CAMPOS
JUEZ SUPERIOR
Sala Penal de Apelaciones Supraprovincial de Huánuco



TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA



**UNIVERSIDAD NACIONAL
HERMILIO VALDIZAN**

ESCUELA DE POSGRADO

TITULO: “LA PARTICIPACION DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA DOGMATICA Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA”

Entrevistado : Elmer Elías Contreras Campos

Cargo : Juez Superior de la Sala Penal Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Huánuco

Fecha : 23/01/2024

Transcripción

1.- Como es de su conocimiento la Corte Suprema en la casación N°841-2015-Ayacucho, ha establecido que en el delito de negociación incompatible no podría existir la participación del extraneus toda vez que bajo el argumento que bajo el tipo penal no se habría previsto. ¿Cuál es su posición señor juez?

Respuesta: Es una casación controvertida, en mi experiencia como magistrado del Juzgado de Investigación Preparatoria Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios he tenido algunos casos relacionados con la aplicación de esta casación, entonces he tenido la oportunidad de pronunciarme al respecto y he llegado a determinar de que en el caso de negociación incompatible efectivamente no es posible la aplicación de que los extraneus cometan el delito, porque desde el momento que se acredita que un extraneus ha tenido participación en la comisión del delito y ha tenido contacto con el intraneus a partir de ahí se convierte en el delito de colusión, esta casación N°841-2015-Ayacucho, si bien es cierto es bastante controvertida, sin embargo, no plantea soluciones al respecto y simplemente da la posibilidad que los imputados extraneus se les sobresea a su favor, si es que son acusados en el delito de negociación incompatible y en ese punto en muchos casos cuando ya hay elementos de convicción en la etapa de acusación que vinculan al extraneus con la comisión del hecho delictivo y efectivamente existe un grado de probanza con respecto al intraneus no se debe sobreseer la causa aun cuando el fiscal estaba acusando por negociación incompatible esta causa debía continuar, ya la Corte Suprema se ha pronunciado sobre esto pero también esta Corte Superior de Justicia de Huánuco se ha continuado a pesar que se estaba imputando el delito de negociación incompatible, se ha continuado con los juicios orales en contra de estos delitos y muchas veces el juez lo que espera es desvincularse de la acusación de negociación incompatible

y colusión, para mi está bien dada pero le falta mayor desarrollo para que este no caiga en impunidad.

2.- ¿Cuál es la diferencia entre el título de imputación de autor y de cómplice referente al delito de negociación incompatible?

Respuesta: El autor necesariamente tiene que llevar a cabo la descripción del tipo penal y la conducta del cómplice no necesita que se adecue al tipo penal de negociación incompatible, lo que se le pide al cómplice una cooperación para que el tipo penal se produzca; pero en todo caso el cómplice no necesariamente desarrollo toda la conducta del tipo penal.



ANEXO 03:
ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA



**A LOS SEÑORES MAGISTRADOS ESPECIALIZADOS EN DELITO
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE HUÁNUCO**

Título: "PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEO EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA,
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023"

Lugar de aplicación : *Complejo Judicial de Pillo Marca...*
Fecha de aplicación : *26/01/24*
Entrevistado : *Luis Pasquel Paredes*

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

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

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
HUÁNUCO
"LUIS PASQUEL PAREDES"
JUEZ
1º Juzgado Penal Unipersonal Procesando Especializado de Huánuco
Especializado en Delitos de Corrupción y Funcionarios



TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO
VALDIZAN



ESCUELA DE POSGRADO

TITULO: “LA PARTICIPACION DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA DOGMATICA Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA”

Entrevistado : Luis Pasquel Paredes

Cargo : Juez del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Supraprovincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco

Fecha : 26/01/2024

Transcripción

doctrina jurisprudencial ha señalado que en el delito de negociación incompatible no podría existir la participación del extraneus, bajo el argumento de que la estructura del tipo penal no está establecido ello. ¿Cuál es su postura?

Respuesta: En cuanto a las decisiones de la Corte Suprema no solo está que se hace referencia sino en un caso de Ica y que es de la misma sala, justamente señalo que en esencia el delito de negociación incompatible no podría considerarse al extraneus parte del delito, simplemente estaba la autoría porque no era un delito de encuentro como si lo es el delito de colusión, pero posteriormente la Corte Suprema no había una decisión uniforme, tanto es así que en su momento desarrollamos esa constancia de contrariedad; pero consideramos que sí y así lo manifestamos en algunas sentencias que el cómplice podría ser pasible de imputación y sanción en el delito de negociación incompatible, siempre y cuando que el agente participe sea un intraneus , es decir, también funcionario público o servidor, pero que estricto no tenía el vínculo con las contrataciones u operaciones estatales pero sí que habría contribuido a la consumación del delito de negociación incompatible y eso en virtud al artículo 25, obviamente antes de su modificatoria se podría decir que ya no había ningún inconveniente, pero antes de su modificatoria justamente el artículo 25 señala que aquel que contribuya de manera dolosa es factible de considerarse cómplice primario o secundario, es así que establecimos como postura apartando esta sentencia pero considerando otras sentencias; pero luego esta situación se tenía que analizar la situación del extraneus, ojo una cosa es el extraneus en esencia que tiene que ver con aquel tercero por ejemplo si hablamos de una relación contractual, nos estamos refiriendo al tercero particular, igual al proveedor representante de una empresa y otra cosa es, obviamente se considera como cómplice al intraneus, entonces como primera postura adoptamos que si podría existir la complicidad en el delito

de negociación incompatible aplicando el artículo 25, no existía ninguna posibilidad y referirnos a la estructura del delito más al cabo a la estructura del delito que era un requisito para considerar si era o no de relevancia penal para juzgarlo pero si podría uno considerar al cómplice pero no al tercero como cómplice; pero luego variamos esa posición y adicionamos que también el extraneus y el cómplice extraneus podría ser considerado como tal. En concreto, no se niega la posibilidad a lo menos a esta judicatura la complicidad en el delito de negociación incompatible. Algo peculiar la Corte Suprema había una contradicción en una misma sale en fecha y en tiempo, pero siempre adoptábamos la complicidad en el delito de negociación incompatible, pero al final la misma sala se da cuenta y en la casación N°1523-2021-Anchas, pero en esta casación zanja el tema y dice nosotros adoptamos la complicidad en el delito de negociación incompatible por los términos ya señalados en virtud al artículo 25 del Código Penal, no se podría negar una conducta delictiva de aquel partícipe que podría colaborar o en su desarrollo de actividad criminal colaborar muy bien al autor del delito principal, entonces hay un aporte no se puede negar eso ha impunidad, entonces si es factible más allá de la estructura; la estructura como tal solo es para el tema de perseguimiento de la acción penal del autor, ósea que quiere decir, sino existe un extraneus o cómplice el razonamiento es que si se le puede seguir por el delito de negociación incompatible, no es necesario que haya un cómplice como tal pero si existiera como tal no se puede extraer de la persecución penal, entonces se zanja el tema y se hace un pronunciamiento reciente la Corte Suprema en este extremo.

2.- Con su amplia experiencia nos podría precisar cuál es la diferencia para determinar a un autor o un partícipe en el delito contra la administración pública.

Respuesta: Hay una diferencia sustancial en los delitos comunes que prima ahí el dominio del hecho y obvio lo que se recoge en los delitos contra la administración pública la infracción del deber, la regla más haya de argumentos que podríamos hacer para abreviar es la infracción del deber; funcionario o servidor público del autor estamos hablando como primer vinculo cuando nosotros revisamos los tipos penales, revisamos al agente porque justamente te describe el tipo penal quién podría estar pasible inmiscuido entonces vemos funcionario o servidor público, funcionario porque tiene que ver una razón del elemento descriptivo y como elemento objetivo tenemos al autor el quien infringe el deber, infringe el deber donde el Estado le brinda las reglas, esos deberes de lealtad, nosotros nos volcamos al delito de negociación incompatible con el primo hermano de colusión tiene que ver justamente con la Ley de Contrataciones, todo concerniente al ámbito extra penal, justamente porque todo nace de violaciones, incumplimiento, transgresiones a normas administrativas de carácter penal que podrían quedarse ojo en el ámbito administrativo pero también por la gravedad y la naturaleza podría superar ese tema y lindar con el delito hasta llegar a una sanción penal, entonces el autor como tal es el que infringe un deber que justamente está inmerso de acuerdo a la estructura, la estructura tiene que ver si en algunos casos por ejemplo el delito de negociación incompatible, colusión agravada, peculado que son los tipos penales que nos acercamos más a esa premisa de decir, no solo ser servidor o funcionario público sino tener un

vínculo funcional directo con esa infracción del deber; el tema de peculado vinculo funcional de administrador el que percibe, el que custodia los caudales o efectos del Estado, colusión y negociación vínculo funcional a cargo de las contrataciones del Estado, entonces eso es el autor dentro de la administración pública en su ámbito general y el participe como tal, puede inclusive ojo tener una participación más importante que el autor paradójicamente pero sino tenía ese vínculo funcional inclusive pudiendo ser servidor o funcionario público pero no tenía ese vínculo funcional de acuerdo al tipo penal con lo que se está analizando no podría ser un autor pero si podría ser participe como cómplice, y siempre partiendo porque me da la complicidad porque tiene un aporte, el aporte es necesario para la comisión del delito, eso es lo simple al menos en el delito contra la administración pública.



ANEXO N° 03
CONSENTIMIENTO INFORMADO



ID: _____

FECHA: _____

TITULO: “PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA, PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023”

OBJETIVO: Determinar la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

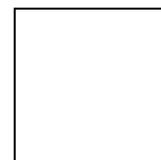
INVESTIGADOR: Mag. Rómulo Yeltsin Gabriel Espinoza

- **Consentimiento / Participación voluntaria**

Acepto participar en el estudio: He leído la información proporcionada, o me ha sido leída. He tenido la oportunidad de preguntar dudas sobre ello y se me ha respondido satisfactoriamente. Consiento voluntariamente participar en este estudio y entiendo que tengo el derecho de retirarme en cualquier momento de la intervención (tratamiento) sin que me afecte de ninguna manera.

- **Firmas del participante o responsable legal**

Huella digital si el caso lo amerita



Firma del participante: _____

Firma del investigador responsable: _____

NOTA BIOGRÁFICA

Rómulo Yeltsin Gabriel Espinoza, nació en el distrito, provincia y departamento de Huánuco, curso sus estudios de inicial, primaria y secundaria en el glorioso Colegio Semanario “San Luis Gonzaga”, seguidamente realizó estudios superiores en la Universidad de Huánuco graduándose como Abogado, estudió la maestría en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, donde optó el grado de maestro en “Gestión Pública para el Desarrollo Social” y en la misma casa superior cursó los estudios para el optar el grado de doctor en “Derecho.

En su condición de abogado colegiado prestó servicios a la Municipalidad Distrital de Amarilis y a la Municipalidad Provincia de Huánuco, para posteriormente haber laborado en la Oficina de Asesoría Jurídica de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán y actualmente se desempeña como Fiscal Adjunto de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco.

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
 "Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR

A través de la Plataforma Microsoft Teams de la Escuela de Posgrado de la UNHEVAL, siendo las 19:00 horas del día miércoles 19 de junio del 2024, se reunieron los miembros integrantes del Jurado Evaluador;

Dra. Digna Amabilia MANRIQUE DE LARA SUAREZ	PRESIDENTE
Dr. Leoncio Enrique VASQUEZ SOLIS	SECRETARIO
Dr. David Julio MARTEL ZEVALLOS	VOCAL
Dr. Amancio Ricardo ROJAS COTRINA	VOCAL
Dr. Armando PIZARRO ALEJANDRO	VOCAL

Acreditados mediante Resolución N° 01825-2024-UNHEVAL-EPG/D de fecha 18 de junio del 2024, de la tesis titulada **PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023**, presentada por el doctorando **Romulo Yeltsin GABRIEL ESPINOZA**, con el asesoramiento del **Dr. Lenin Domingo ALVARADO VARA**, se procedió a dar inicio el acto de sustentación para optar el **Grado de Doctor en Derecho**.

Concluido el acto de sustentación, cada miembro del Jurado Evaluador procedió a la evaluación del doctorando, teniendo presente los siguientes criterios:

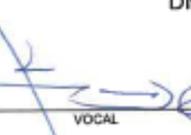
1. Presentación personal.
2. Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y/o solución a un problema social y recomendaciones.
3. Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado.
4. Dicción y dominio de escenario.

Nombres y Apellidos del Doctorando	Jurado Evaluador					Promedio Final
	Presidente	Secretario	Vocal	Vocal	Vocal	
Romulo Yeltsin GABRIEL ESPINOZA	18	18	18	18	18	18

Obteniendo en consecuencia el doctorando **Romulo Yeltsin GABRIEL ESPINOZA**, la nota de DIECIOCHO (18), equivalente a MUY BUENO, por lo que se declara APROBADO.

Calificación que se realiza de acuerdo con el Art. 171° del Reglamento de Grados y Títulos 2024 de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco.

Se da por finalizado el presente acto, siendo las 21:05 horas del día miércoles 19 de junio del 2024, firmando en señal de conformidad.

 PRESIDENTE DNI N° <u>05927959</u>	 SECRETARIO DNI N° <u>22408006</u>	
 VOCAL DNI N° <u>22421486</u>	 VOCAL DNI N° <u>04925628</u>	 VOCAL DNI N° <u>27472830</u>

Leyenda:
 19 a 20: Excelente
 17 a 18: Muy Bueno
 14 a 16: Bueno
 0 a 13: Deficiente



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN

ESCUELA DE POSGRADO



**CONSTANCIA DE SIMILITUD N° 202-2024-SOFTWARE
ANTIPLAGIO TURNITIN-UNHEVAL-EPG**

La Directora de la Escuela de Posgrado, emite la presente **CONSTANCIA DE SIMILITUD**, aplicando el software TURNITIN, a la tesis titulado **PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023**, reportando un **22%** de similitud, correspondiente al Doctorando **Romulo Yeltsin GABRIEL ESPINOZA**, considerando como asesor al **Dr. Lenin Domingo ALVARADO VARA**.

DECLARANDO (APTO)

Se expide la presente, para los trámites pertinentes.

Pillco Marca, 30 de mayo de 2024.



Dra. Digna Amabilia Manrique de Lara Suarez
DIRECTORA DE LA ESCUELA DE POSGRADO
UNHEVAL

NOMBRE DEL TRABAJO

PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023

AUTOR

ROMULO YELTSIN GABRIEL ESPINOZA

RECuento de palabras

26059 Words

RECuento de caracteres

139019 Characters

RECuento de páginas

100 Pages

Tamaño del archivo

152.7KB

Fecha de entrega

May 30, 2024 9:24 AM GMT-5

Fecha del informe

May 30, 2024 9:27 AM GMT-5

● **22% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 21% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 4% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● **Excluir del Reporte de Similitud**

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 15 palabras)

- **22% de similitud general**

Principales fuentes encontradas en las siguientes bases de datos:

- 21% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 4% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

FUENTES PRINCIPALES

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	hdl.handle.net Internet	8%
2	lpderecho.pe Internet	3%
3	repositorio.usmp.edu.pe Internet	3%
4	perso.unifr.ch Internet	2%
5	tesis.unap.edu.pe Internet	<1%
6	repositorio.unheval.edu.pe Internet	<1%
7	Carlos Hernández, Liza Carolina Escobar García. "Participación ciudad..." Crossref	<1%
8	repositorio.unu.edu.pe Internet	<1%

9	Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote on 2019-07-11 Submitted works	<1%
10	sichuanlab.com Internet	<1%
11	Claudio Nash. "Derechos Humanos y Corrupción. Un enfoque multidim... Crossref	<1%
12	qdoc.tips Internet	<1%
13	repositorio.unprg.edu.pe Internet	<1%
14	dspace.unitru.edu.pe Internet	<1%
15	doku.pub Internet	<1%
16	Universidad Nacional Federico Villarreal on 2023-11-07 Submitted works	<1%
17	dokumen.pub Internet	<1%
18	Universidad de Salamanca on 2022-07-14 Submitted works	<1%
19	Cruz, Juan Carlos Ccarita Gates, Jorge Luis Roy Tanaka, Takashi. "D... Publication	<1%
20	Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote on 2021-06-10 Submitted works	<1%

21	content.lpderecho.pe Internet	<1%
22	repositorio.uigv.edu.pe Internet	<1%
23	Guillermo Evaristo Medina Sanjinez. "Fundamentos para despenalizar l... Crossref	<1%
24	repositorio.amag.edu.pe Internet	<1%
25	Universidad Andina del Cusco on 2019-09-30 Submitted works	<1%
26	idoc.pub Internet	<1%
27	Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo on 2020-04-29 Submitted works	<1%
28	"Beneficiario efectivo : una herramienta a considerar en el contexto de ... Crossref posted content	<1%
29	Universidad Andina Nestor Caceres Velasquez on 2023-04-17 Submitted works	<1%
30	Luis Fernando Ortiz Zevallos. "Recomendaciones para implementar un ... Crossref	<1%

**AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DIGITAL Y DECLARACIÓN JURADA DEL TRABAJO
 DE INVESTIGACIÓN, TESIS, TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL O TRABAJO
 ACADÉMICO PARA OPTAR UN GRADO O TÍTULO PROFESIONAL**

1. Autorización de Publicación: (Marque con una "X" según corresponda)

Bachiller		Título Profesional		Segunda Especialidad		Maestro		Doctor	X
-----------	--	--------------------	--	----------------------	--	---------	--	--------	---

Ingrese los datos según corresponda:

Facultad/Escuela	Posgrado
Escuela/Carrera Profesional	
Programa	Derecho
Grado que otorga	Doctor en Derecho
Título que otorga	

2. Datos del (los) Autor(es): (Ingrese los datos según corresponda)

Apellidos y Nombres:	Gabriel Espinoza Romulo Yeltsin							
Tipo de Documento:	DNI		Pasaporte		C.E.		N° de Documento:	71308602
Correo Electrónico:	estudiojuridicogabriel@gmail.com							
Apellidos y Nombres:								
Tipo de Documento:	DNI		Pasaporte		C.E.		N° de documento:	
Correo Electrónico:								
Apellidos y Nombres:								
Tipo de Documento:	DNI		Pasaporte		C.E.		N° de Documento:	
Correo Electrónico:								

3. Datos del Asesor: (Ingrese los datos según corresponda)

Apellidos y Nombres:	Alvarado Vara Lenin Domingo							
Tipo de Documento:	DNI	x	Pasaporte		C.E.		N° de Documento:	22720910
ORCID ID:	0000-0001-6242-1677							

4. Datos de los Jurados: (Ingrese los datos según corresponda, primero apellidos luego nombres)

Presidente	Manrique De Lara Suarez Digna Amabilia
Secretario	Vasquez Solis Leoncio Enrique
Vocal	Martel Zevallos David Julio
Vocal	Rojas Cotrina Amancio Ricardo
Vocal	Pizarro Alejandro Armando
Accesitario	

5. Datos del Documento Digital a Publicar: (Ingrese los datos y marque con una "X" según corresponda)

Ingrese solo el año en el que sustentó su Trabajo de Investigación: (Verifique la información en el Acta de Sustentación)							2024
Modalidad de obtención del Grado Académico o Título Profesional: (Marque con X según corresponda)	Trabajo de Investigación		Tesis	X	Trabajo Académico		Trabajo de Suficiencia Profesional
Palabras claves	Corrupción			Negociación incompatible		Autoría	
Tipo de acceso: (Marque con X según corresponda)	Abierto	X	Cerrado*		Restringido*		Periodo de Embargo
(*) Sustentar razón:							

6. Declaración Jurada: (Ingrese todos los datos requeridos completos)

Soy Autor (a) (es) del Trabajo de Investigación Titulado: <i>(Ingrese el título tal y como está registrado en el Acta de Sustentación)</i>
PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, DOGMÁTICA JURÍDICA Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA, PERÚ - 2023
Mediante la presente asumo frente a la Universidad Nacional Hermilio Valdizán (en adelante LA UNIVERSIDAD), cualquier responsabilidad que pueda derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido del trabajo de investigación, así como por los derechos de la obra y/o invención presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y frente a terceros de cualquier daño que pudiera ocasionar a LA UNIVERSIDAD o a terceros, por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar causas en los trabajos de investigación presentado, asumiendo toda la carga pecuniaria que pudiera derivarse de ello. Asimismo, por la presente me comprometo a asumir además todas las cargas pecuniarías que pudiera derivar para LA UNIVERSIDAD en favor de terceros con motivos de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontraren causa en el contenido del Trabajo de Investigación. De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mis acciones se deriven, sometiénome a las acciones legales y administrativas vigentes.

7. Autorización de Publicación Digital:

A través de la presente autorizo de manera gratuita a la Universidad Nacional Hermilio Valdizán a publicar la versión digital de este trabajo de investigación en su biblioteca virtual, repositorio institucional y base de datos, por plazo indefinido, consintiendo que con dicha autorización cualquier tercero podrá acceder a dichas páginas de manera gratuita pudiendo revisarla, imprimirla o grabarla siempre y cuando se respete la autoría y sea citada correctamente.

Apellidos y Nombres	Gabriel Espinoza Rómulo Yeltsin	Firma	
Apellidos y Nombres		Firma	
Apellidos y Nombres		Firma	

FECHA: Huánuco, 12 de agosto del 2024

Nota:

- ✓ No modificar los textos preestablecidos, conservar la estructura del documento.
- ✓ Marque con una X en el recuadro que corresponde.
- ✓ Llenar este formato de forma digital, con tipo de letra calibri, tamaño de fuente 09, manteniendo la alineación del texto que observa en el modelo, sin errores gramaticales (recuerde las mayúsculas también se tildan si corresponde).
- ✓ La información que escriba en este formato debe coincidir con la información registrada en los demás archivos y/o formatos que presente, tales como: DNI, Acta de Sustentación, Trabajo de Investigación (PDF), Constancia de Similitud, Reporte de Similitud.
- ✓ Cada uno de los datos requeridos en este formato, es de carácter obligatorio según corresponda.
- ✓ Se debe de imprimir, firmar y luego escanear el documento (legible).