

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO

AUTOR

Valeria Leoned Villa Bazan

ASESOR

Josune Graciely Paco Armestar

<https://orcid.org/0009-0002-2531-1860>

Chiclayo, 2025

**Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del
tercero favorecido en el delito de negociación incompatible**

PRESENTADA POR
Valeria Leoned Villa Bazan

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Fátima del Carmen Pérez Burga
PRESIDENTE

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres
SECRETARIO

Josune Graciely Paco Armestar
VOCAL

Dedicatoria

A Dios, por su infinita sabiduría, por sostenerme en los momentos de duda y por iluminar cada paso de este camino. Para mi amoroso padre Luis, quien es mi mayor motivación, fuente de fortaleza y resiliencia; a mi madre y hermanas por ser mi apoyo incondicional. A mi abuela y mi tía Rafaela, las llevaré conmigo siempre. Este logro es también de ustedes, quienes han sido parte esencial de mi vida y mi formación. Gracias, desde lo más profundo de mi corazón.

Agradecimientos

A mis queridas hermanas Natalia y Stephany, quienes a diario confían en mí para verme como su ejemplo a seguir, asimismo, agradecer a mis docentes, por su entrega, paciencia y sabiduría, que dejaron huellas valiosas en mi formación. Finalmente, a mis adoradas mascotas que, con su compañía silenciosa, su ternura y fidelidad, aliviaron mis desvelos y alegraron mis días. A todos, gracias por ser parte esencial de este logro que con tanto amor comparto.

ARTICULO FINAL

INFORME DE ORIGINALIDAD

| | | | |
|-----------------------------------|-----------------------------------|----------------------------|--------------------------------------|
| 12% INDICE DE SIMILITUD | 15% FUENTES DE INTERNET | 4% PUBLICACIONES | 6% TRABAJOS DEL ESTUDIANTE |
|-----------------------------------|-----------------------------------|----------------------------|--------------------------------------|

FUENTES PRIMARIAS

| | | |
|-----------|---|---------------|
| 1 | hdl.handle.net Fuente de Internet | 6% |
| 2 | scc.pj.gob.pe Fuente de Internet | 1% |
| 3 | Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante | 1% |
| 4 | img.lpderecho.pe Fuente de Internet | 1% |
| 5 | repositorio.usmp.edu.pe Fuente de Internet | 1% |
| 6 | repositorio.upt.edu.pe Fuente de Internet | 1% |
| 7 | Submitted to Universidad Catolica de Avila Trabajo del estudiante | <1% |
| 8 | Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante | <1% |
| 9 | tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet | <1% |
| 10 | vsip.info Fuente de Internet | <1% |

Índice

| | |
|--|-----------|
| Resumen | 7 |
| Abstract | 8 |
| Introducción | 9 |
| Revisión de literatura | 12 |
| Antecedentes | 12 |
| Bases teóricas | 13 |
| Materiales y métodos | 21 |
| Resultados y discusión | 23 |
| La figura de la complicidad y su posible aplicación al delito de negociación incompatible | 23 |
| Posturas acerca de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible a través de jurisprudencia nacional | 26 |
| Aplicación de criterios jurídicos para determinar la responsabilidad penal de terceros favorecidos a fin de justificar la necesidad de estos | 29 |
| Criterios para determinar la responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible a fin de uniformizar decisiones tomadas por las distintas instancias | 30 |
| Conclusiones | 31 |
| Recomendaciones | 32 |
| Referencias | 33 |
| Anexos | 37 |

Resumen

Este trabajo tiene por finalidad Determinar los criterios de responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible, a través de la jurisprudencia nacional y la doctrina, a fin de uniformizar las decisiones tomadas por las distintas instancias y justificar la necesidad de estos en la emisión de distintos fallos en instancias judiciales; para lograr tal objetivo se ha empleado una metodología centrada en el análisis doctrinario, tanto nacional como internacional, y a su vez, se analizó las distintas jurisprudencias nacionales, mismas que nos proporcionan las posturas diversos de los magistrados, a fin de visibilizar la problemática actual respecto a la falta de uniformidad en la emisión de los referidos fallos en las distintas instancias judiciales. En ese sentido, se justifica la necesidad de establecer criterios que permitan reunir las condiciones básicas que debe poseer el tercero para que se incluya en el mismo proceso penal y de esta forma, tenga responsabilidad solidaria con el autor; ello permitirá que los procesos penales sean más céleres y eficaces, además de asegurar una lucha contra la impunidad penal de los conocidos extraneus en los delitos de corrupción de funcionarios.

Palabras clave: Tercero favorecido, Negociación Incompatible, Delitos de corrupción de funcionarios, Responsabilidad penal.

Abstract

The purpose of this work is to determine the standards of criminal liability of the favoured third party in the crime of incompatible negotiation, through national jurisprudence and doctrine, in order to standardise the decisions taken by the different instances and justify the need for these in the issuance of different rulings in judicial instances; In order to achieve this objective, a methodology centred on national and international doctrinal analysis was used, and in turn, the different national jurisprudences were analysed, which provide us with the different positions of the magistrates, in order to make visible the current problem with regard to the lack of uniformity in the issuing of the aforementioned rulings in the different judicial instances. In this sense, it justifies the need to establish criteria that allow the basic conditions to be met that the third party must possess in order to be included in the same criminal process and thus have joint and several liability with the perpetrator; this will allow criminal proceedings to be faster and more efficient, as well as ensuring a fight against the criminal impunity of the known extraneus in the crimes of corruption of public officials.

Keywords: Favored third party, Incompatible Negotiation, Crimes of Corruption of Officials, Criminal Responsibility.

Introducción

La corrupción es un fenómeno que se ha arraigado de forma negativa en el desarrollo de nuestra sociedad. Se ha podido apreciar con el incremento de investigaciones que se vienen cursando a distintos funcionario o servidores públicos por delitos de esta naturaleza. Dentro de ellos, se destaca el delito de Negociación Incompatible, regulado en el artículo 399 del Código Penal (2024) este busca sancionar a los servidores o funcionarios que se demuestren un interés de forma indebida, para beneficio propio o de un tercero, de los contratos u operaciones en las que intervenga su cargo; si bien es cierto, se menciona al tercero dentro del tipo penal como un posible beneficiario de la conducta dolosa, empero, no se establece alguna responsabilidad para estos, puesto que, este delito es considerado unilateral, lo cual implica que la sanción recaería solo en el funcionario o servidor al ser este el que defraudaría al sujeto pasivo, en este caso, el Estado.

España, cuyo modelo jurídico es igual al peruano, no recoge el delito de Negociación Incompatible bajo tal nombre. En su capítulo IX denominado “De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”, art. 439 encontramos cierta similitud a lo establecido en la regulación antes mencionada, puesto que nos dice que el funcionario público o autoridad que haga uso excesivo del cargo interviniendo en diferentes tipos de actividades, asuntos, contratos u operaciones y, siendo así, se beneficie de tales circunstancias para beneficios propios, será privado de su libertad de seis meses a dos años (Código Penal de España, 1995).

De igual manera, se tienen contextos más cercanos dentro de Latinoamérica que se ajustan y/o asimilan al vivido día a día en el contexto social actual; países como Brasil, Colombia, Argentina, Chile y entre otros, también se ven gravemente afectados por la corrupción dentro de las contrataciones públicas. Se toma como primer ejemplo dentro de países de Latinoamérica a Argentina, que dentro de su Código Penal (1984), en el título XI denominado “Delitos contra la Administración Pública”, en el capítulo VIII referido a las Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, detallado en el artículo 265; encontramos que también sancionan a los funcionarios que se interesan, en beneficio propio o de un tercero, dentro del contrato u operación en que intervengan en razón de su cargo Falcone (2020) dice que este delito es uno de las figuras más ignoradas cuando se refiere al bien jurídico “administración pública”, puesto que se encuentran inconsistencias dentro del tipo penal; mismas que, coincidentemente, también se aprecian en nuestra legislación. Por otro lado, se tiene también a la legislación colombiana, que al igual que la analizada en España, no alberga el delito de Negociación Incompatible bajo tal nombre. Dentro del Código

Penal (2000) encontramos que, en el artículo 409 denominado Interés en la celebración de contratos, hay similitud entre los conceptos encontrados en el Código Penal Argentino y en el de España.

El delito de Negociación Incompatible, o como se encuentre regulado en los distintos estados, es un problema actual con el que se tiene que lidiar dentro de la gestión pública, de otra forma, no se encontraría albergado bajo distintos nombres en los distintos países de los cuáles se ha hecho revisión, tratando así de aplicar una sanción a aquellos que incurran en el hecho penal, no obstante, este problema no es actual al igual que su denominación. En ese sentido, tampoco se menciona algo relacionado a la intervención de un tercero favorecido, o extraneus, dentro de la comisión de este delito, por tanto, se mantiene como un problema actual no solo presente en nuestra realidad nacional, sino también en el ámbito mundial.

No muchos autores han escrito sobre las causas o el origen por el que nace este delito, sin embargo, Villavicencio (2021) señala que la negociación incompatible surge en el contexto de la administración pública, cuando un funcionario o servidor público actúa en interés propio o de otros, violando así su deber de imparcialidad y objetividad, naciendo este delito en el derecho administrativo y el derecho penal con el fin de combatir los actos que ponen en peligro la confianza pública en la gestión del Estado. Además, se puede atribuir como origen a las deficiencias que existen actualmente en la legislación penal, también se debe tener en cuenta la débil supervisión y control institucional que se ejerce en los niveles que gobierno del estado, además, estos delitos enfrentan un gran problema respecto a la carga probatoria, puesto que es complicado probar la participación de tercero en la intervención en delitos de corrupción de funcionarios. Ahora bien, se menciona sobre las consecuencias actuales que trae la falta de regulación sobre la intervención del tercero favorecido en este delito, en donde podemos mencionar a la más grave de todas y es la impunidad de los terceros beneficiados, al respecto, la Red Anticorrupción Latinoamericana (s.f.) nos indica que, con el caso Odebrecht, el cual tuvo una implicación transnacional, reveló haber realizado sobornos a gran escala en al menos 12 países durante una década, con el fin de obtener ventajas en la adjudicación de contratos de obra pública. Otra consecuencia que podemos mencionar es el daño económico al Estado, la Contraloría General de la República del Perú (2024) aproximó las pérdidas que tiene el estado peruano a través de los casos de corrupción y concluyó en un valor aproximado de S/. 24 268 millones, lo que significó un nivel de incidencia del 12.7% en relación al presupuesto público del año pasado, ello se debe a que este delito tiene relación directa con las contrataciones que realiza el Estado, mismas que buscan el desarrollo de muchas poblaciones; ello también genera desconfianza en las instituciones públicas, siendo así que la

falta de sanciones para los terceros involucrados en actos de corrupción generar una percepción de injusticia y desigualdad en la aplicación de la ley.

Tomando en consideración la problemática tanto nacional como internacional, se evidencia que existe una ausencia normativa para poder incluir a estos en los procesos penales, siendo así que surge la interrogante: ¿Cuáles deberían ser los criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el Delito de Negociación Incompatible?

En base a la problemática expuesta, se plantea la hipótesis del presente trabajo de investigación: Si, para la comisión del delito de negociación incompatible, el cual es considerado un delito unilateral en relación al vínculo que mantendría el autor y la defraudación a las funciones que se le encomienda, se necesita de la participación de un tercero o extraneus que saldría beneficiado de las conductas dolosas realizadas, entonces deberán tomarse en cuenta los siguientes criterios para sancionar la participación de estos en el delito:

- **Principio de unidad del título de la imputación**, puesto que, para poder incluir al extraneus dentro del proceso y este pueda tener responsabilidad, es necesario que se le pueda imputar el mismo delito que al autor.

- **Intervención del tercero en el contrato u operación**, ya que, al ser este delito cometido por funcionarios públicos, estos tienen un rol de funciones encargadas a estos de forma específica, es ahí donde se comete el hecho punible y es necesario probar la intervención del tercero.

Este trabajo de investigación es de gran aporte para el aspecto jurídico, puesto que va a sentar bases y criterios respecto al tema tratado, que es sobre la responsabilidad del tercero favorecido en el delito de Negociación Incompatible, buscando que a futuro se puedan tener en cuenta los mismos y se de esta forma, regular este vacío legal que genera controversia y disparidad en los fallos emitidos. Por otro lado, se destaca la relevancia social y el alcance que puede tener, toda vez que, como ya se ha mencionado en líneas anteriores, es la población peruana la más afectada con la perpetración de todos los actos de corrupción desplegados por los agentes públicos. La factibilidad de este proyecto de investigación se garantiza con el acceso a fuentes documentales claves y actuales, tales como la jurisprudencia que se mencionará y explicará, así como el uso de doctrina tanto nacional como internacional, todo ello permite la realización de esta dentro del tiempo y con los recursos disponibles.

Objetivos de la investigación

El objetivo general de esta investigación es Determinar los criterios de responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible, a través de la

jurisprudencia nacional y la doctrina, a fin de uniformizar las decisiones tomadas por las distintas instancias y justificar la necesidad de estos en la emisión de distintos fallos en instancias judiciales. Para alcanzar este objetivo, se plantean los siguientes objetivos específicos: Analizar la figura de la complicidad y su posible aplicación al delito de negociación incompatible, a través de la doctrina nacional e internacional; Comparar las distintas posturas sobre responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible a través de la jurisprudencia nacional; y Fundamentar los criterios de responsabilidad penal de terceros favorecidos a través de la argumentación jurídica

Revisión de literatura

Antecedentes

En esta secuencia se analizarán los estudios que sirven de base a la presente investigación. Se comenzará con las investigaciones nacionales, haciendo énfasis en Iglesias (2023), Alcedo (2022) y Ramos (2023); posteriormente, también se hará mención del contexto internacional, teniendo como referencia a Martínez (2022) y Sierra (2020).

Empezando con los antecedentes dentro de nuestro territorio nacional, tenemos que Iglesias (2023) nos plantea que es posible configurar la figura de complicidad dentro del delito de negociación incompatible, solo en situaciones donde se pruebe el interés indirecto, pudiendo sancionar al cómplice siempre y cuando se trate de un servidor o funcionario público que no sea competente o de un tercero, es decir, el que contrata con el estado. En la misma línea, Alcedo (2022) nos aporta el estudio a detalle con respecto al rol y la responsabilidad que tendría el tercero en consecuencia a la falta de tratamiento unívoco en los tribunales, en el cual se concluye la falta de claridad establecida en la distinta jurisprudencia relacionada al delito de Negociación Incompatible y la contraposición sobre si se debería incluir, o no, al tercero favorecido dentro del proceso penal, respondiendo por el mismo delito que el autor, existiendo distintos supuestos en relación al papel del tercero y que surgen en casuística. Finalmente, Ramos (2023) nos explica que en el contexto actual se ha tomado una postura de impunidad respecto al tercero favorecido en este delito, puesto que se ha dejado en olvido lo que establece distinta jurisprudencia, ocasionando así daños al Estado, al ser este el sujeto pasivo dentro de esta clase de delitos.

Como ya es de conocimiento, el fenómeno de la corrupción no es ajeno ni lejano para el resto de los países alrededor del mundo, considerando que dentro de cada política pública se dan diversos contratos u operaciones en cada gestión. El delito de Negociación incompatible

se encuentra tipificado bajo ese nombre en el ordenamiento jurídico peruano, empero, este nombre varía dependiendo el país en el que se regule. Martínez (2022) determina que uno de los males que aqueja a su país, dentro de los delitos cometidos por funcionarios, es el delito tipificado en el art. 439, dentro del capítulo “De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”, en el que se alberga el contenido esencial del delito de Negociación Incompatible, además, nos brinda un análisis a detalle de este tipo penal y en base a eso se concluye que se refiere al delito materia de investigación en la presente.

Asimismo, Sierra (2020) evidencia cuáles son los delitos cometidos por esta empresa transnacional denominada ODEBRECHT, dentro de los cuales destaca el delito de Celebración indebida de contratos, tipificado en el art. 33 de la Ley 1474 de Colombia; con ello, podemos evidenciar la problemática en el ámbito internacional.

En síntesis, es de suma importancia el tener a otros modelos jurídicos de ejemplo para tomarlos como principales referentes y, por qué no, mejorarlos dentro de nuestra legislación vigente, teniendo en cuenta los graves y exorbitantes cifras de corrupción dentro del estado peruano, entonces es necesario buscar una solución urgente frente a esta problemática

Bases teóricas

Delito de negociación incompatible: Análisis dogmático

Para empezar a adentrarnos en la problemática propuesta en el presente trabajo de investigación, debemos centrarnos en el delito base de este, que es lo referido a la negociación incompatible. García et al (2022) nos indica que lo particular de este delito es la estrecha relación que guarda este entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, puesto que este se basa las funciones mismas que incumple el funcionario; sin embargo, ello se le podría atribuir a la naturaleza que posee este delito y dentro de la clasificación en la que se encuentra.

Con respecto a la clasificación, Carrara (1996), representante de la escuela clásica italiana, define al derecho como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso” (p.45). Siguiendo esta línea, existen diferentes criterios para clasificar a los delitos: por la forma de acción, por la forma de ejecución, por la calidad del sujeto, por el daño causado al objeto de la acción, entre otros; y es en esta última

donde vamos a encontrar al delito de negociación incompatible, sin embargo, ello no nos impide que se pueda albergar dentro de otras clasificaciones.

Sobre los delitos de peligro abstracto, Roy (2022) nos explica que estos se consuman con la puesta en peligro del bien jurídico protegido para la consumación del delito; ahora bien, llevando a un análisis respecto al delito de Negociación Incompatible, podemos apreciar que encaja dentro de esta clasificación, toda vez que se busca sancionar el interés indebido del servidor o funcionario público, es decir, no hace falta la lesión al bien jurídico tutelado, sino la exposición al peligro de este. En esa misma línea, Madrigal (2015) explica que se trata de acciones que simbolizan peligro para ciertos bienes jurídicos que buscan ser protegidos en la base legal; de esta forma se presume que es un delito “*juris et de jure*” de peligro, lo cual significa que el mismo se constituye con el solo presupuesto de los hechos.

Por otro lado, se encuentran los delitos de preparación, Cruz (2022) nos dice que estos “sancionan una frase previa a la tentativa del delito” (p.3), por lo cual podemos apreciar una semejanza sobre la clasificación de los delitos de peligro abstracto, de esta forma el autor también nos refiere que los delitos de preparación, al no ser un delito de resultado como tal, se debería incluir dentro de los delitos de peligro abstracto, en relación a la clasificación clásica normalmente aceptada por la dogmática Penal; de esta forma, se define que los delitos de preparación son aquellos que tiene como límites de protección y salvaguardia tanto a los bienes jurídicos individuales como sociales sin que exija la vulneración para dicho bien jurídico.

La tipicidad objetiva es un concepto central en el derecho penal que se refiere a la adecuación de la conducta externa de una persona a los elementos descritos en el tipo penal. Tal como sabemos, para la comisión de un delito se necesitan como mínimo a dos personas para que se pueda perpetrar el mismo, a los cuales se les denomina sujetos activos y pasivos. Salinas (2023) nos explica que, con respecto al sujeto activo del delito de negociación incompatible, al ser este un delito de carácter especial, este sujeto debe cumplir con característica propia, en este caso, el rol de funcionario o servidor público; no obstante, dicha característica no sería suficiente puesto que se debe tener participación en el contrato u operación para la configuración de este. De esta forma podemos concluir que estas características son de índole excluyentes, toda vez que, de no encajar el sujeto activo con alguna de ellas, no se constituiría el tipo penal. Por otro lado, en relación con el sujeto pasivo, teniendo en cuenta la naturaleza de este delito, se considera al Estado como representante de la administración pública.

Entendemos como bien jurídico protegido al objeto que resguarda o busca protección; en esa línea, Abanto (2003) nos explica que, en este tipo penal, el funcionario o servidor público atenta contra el correcto funcionamiento de los deberes que se le encomiendan, violando así el principio de imparcialidad que deben guiar sus acciones dentro de la intervención de un contrato u operación. En ese sentido, Requejo (2023) concuerda con lo referido por el autor antes mencionado con respecto al bien jurídico protegido general, empero, difiere con el concepto del bien jurídico protegido específico, puesto que, existe disparidad entre las opiniones de otros autores sobre el mismo tema, incluso dentro de la jurisprudencia; es por ello por lo que se puede concluir que es un tema todavía no agotado

El art. 399 de nuestro Código Penal, en el cual se encuentra albergado el delito de negociación incompatible, tiene como verbo rector al término “interesar”, palabra que, según la Real Academia de la Lengua Española (2023), nos significa atraer, cautivar, atañer, concernir. Ahora bien, este interés debe relacionarse a las funciones que le son encargadas al servidor o funcionario público, en este caso tiene vinculación con las operaciones o contratos que se realicen con el Estado. Si nos referimos al interés debido, es aquel que va acorde con lo encomendado al sujeto activo, es decir, cumple con sus deberes y no defrauda al estado, sin embargo, el interés indebido es lo que se busca sancionar en este delito, puesto que el sujeto activo, se interesa particularmente por un determinado contrato u operación. Así nos dice Zamora (2022) que el funcionario incumple sus funciones al no actuar en pro de los beneficios de la administración, sino busca su provecho propio o, en caso contrario, de un tercero; este puede ser directo, cuando el funcionario pone personalmente de manifiesto sus pretensiones particulares, o indirecto, cuando el interés se manifiesta a través de intermediarios u otros agentes estatales. Finalmente, tenemos al interés mediante actos simulados, Rojas (2007) nos explica que son aquellos actos que, a simple vista, aparentan defender los intereses públicos, sin embargo, buscan intereses particulares o personalidad, ello también es una forma indirecta de interesarse, pues el agente negocia con los contratistas, mismos que simulan tener titularidad distinta, cuando ellos forman parte de una diversa gama de actos ficticios.

Cuando nos referimos al objeto material de este delito, nos referimos al hecho donde recae la acción cometida por el sujeto activo, en este caso, son los contratos u operaciones del Estado; es decir, si los actos recaen en algo distintos a ellos, no se constituye como delito de Negociación incompatible. Salinas (2023) nos refiere sobre ello el considerar a los contratos en sentido técnico y de carácter económico, sin importar la forma particular ni elementos como la duración, el tiempo, sujetos intervinientes, etc. En esa misma línea, establece que los

contratos en los que forma parte el Estado tienen contenido múltiple, tales como suministro de servicios, culturales, económicos, entre otros; y con lo que respecta a las operaciones, son aquellos que no reúnen las características clásicas de contratos, estos pueden ser embargos, incautaciones, contrataciones diversas, expropiaciones, etc. Es necesario tener en cuenta cual es la base normativa para realizar todos estos actos estatales, es mediante la Ley N°30225, denominada también como “Ley de contrataciones del Estado”, en la cual se establecen los requisitos y modalidades para la realización de estos. (Congreso de la República del Perú, 2019)

Al contrario de la tipicidad objetiva se encuentra estudio de los aspectos internos de la conducta delictiva, es decir, lo referido sobre la tipicidad subjetiva, el cual se encuentra conformado por el conocimiento que tiene o no el funcionario al momento de la realización del hecho delictivo. Frisancho y Peña (2002) nos dice que es necesario el conocimiento por parte del servidor o funcionario para que se constituya el tipo penal, toda vez que el interés particular se desprende netamente del conocimiento previo que debe tener el funcionario, en ese sentido también se justificaría el interés por actos simulados y, en ese sentido, la culpa no tendría cabida en este tipo penal.

Determinación de la participación a nivel de la autoría y complicidad en los delitos especiales

Con relación a la autoría, vamos a medir el grado de participación que ha tenido el sujeto activo dentro de la comisión del delito y de esta forma, poder denominar autor al mismo. Reátegui (2014) define como autor a aquella persona que realiza el delito por propia mano y también quien efectúa el hecho empleando a un instrumento (autoría mediata o inmediata), en la cual se determinará el dominio de la voluntad.

Dexia abogados (2022) nos indica que cómplice es aquel que tiene participación con el autor para la comisión del tipo penal, sin embargo, dichos actos pueden ser o no imprescindibles para la configuración delictiva, es decir, el rol que tiene este sujeto puede no ser tan relevante, sin embargo, también se le atribuye punibilidad. En este sentido, existen requisitos que debe cumplir para que le considere como “cómplice”, dentro de los cuales resalta el dolo, que es el conocimiento de la realización del delito; la actitud colaborativa, la voluntad de contribuir en la comisión del delito para alcanzar el objetivo; y el acuerdo entre las partes, lo que refiere al consentimiento de ambos.

Según nuestro Código Penal, en el art. 25, se alberga los dos tipos de figuras en lo que respecta a la complicidad: la primaria y la secundaria; para ello, la Casación N° 367-2011-Lambayeque nos establece las diferencias que existen entre ambas. En primer lugar, se considera como cómplice primario a aquel que realiza actos esenciales para la comisión del delito, es decir, actos de carácter fundamentales; mientras que, por el contrario, el cómplice secundario es quien realiza actos no esenciales.

El tercero favorecido (extraneus) y la responsabilidad penal en los delitos especiales

Cuando hablamos sobre la comisión de un delito, existen dos sujetos dentro del mismo que tienen responsabilidad y vinculación directa, sin embargo, existen sujetos externos que pueden influir para que una de las partes llegue a cometer el tipo penal, en ese sentido, nos referimos a los terceros favorecido o también denominados “extraneus”. El Diccionario panhispánico del español jurídico (2023) define al extraneus como “persona que interviene en un delito especial y no reúne la condición personal exigida por el tipo para ser autor de dicho delito”, en el cual se hace mención directa a los delitos especiales, en los cuales el autor debe cumplir de forma obligatoria ciertos requisitos, de lo contrario pues no se considera como tal, y en esa línea, aparece la figura del extraneus.

Para poder determinar la responsabilidad del “extraneus” y que estos sean considerados dentro del proceso penal, diversos autores han mencionado teorías en las cuales su participación tendría cabida. Ramírez (2019) menciona que una de las teorías que alberga al extraneus como partícipe en delitos de carácter especial, es la teoría de la unidad de la imputación, sin embargo, no deja de hacer mención de su antagonista, la teoría de la ruptura del título de la imputación; toda vez que es importante hacer un contraste entre ambas para poder determinar cuál sería la más adecuada.

La teoría del delito es una construcción jurídica fundamental en el derecho penal que tiene como objetivo analizar y descomponer los elementos necesarios para que una conducta sea considerada como delito. En palabras de Villa (2008) nos explica que la teoría del delito se refiere a todas aquellas características que debe cumplir el delito para ser considerado como tal y, por ende, las personas que se encuentren bajo el juicio de subsunción puedan ser procedas por los mismos, a fin de recibir la sanción respectiva. Debemos tener en cuenta que, en el desarrollo de la dogmática penal, muchos juristas han desarrollado distintos sistemas que buscan explicar este fenómeno social, destacando así el sistema causalista, neocausalista, finalista y funcionalista; empero, en nuestro ordenamiento jurídico se considera al sistema

tripartito, el cual define al delito en sus tres categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y es el esquema que rige hasta nuestros días, sin afectación de las variantes que puedan surgir de este.

En esa misma línea, la teoría de la infracción del deber es un enfoque del derecho penal que se aplica principalmente en el análisis de los delitos especiales, aquellos que solo pueden ser cometidos por personas que ostentan una calidad particular, como funcionarios públicos, médicos o autoridades militares. Torres (2004) nos explica que, al mando de Claus Roxin y su teoría de dominio del hecho, quien notó en una parte de los delitos el carácter especial que debían cumplir los sujetos, más allá de determinar si es que había tenido dominio del hecho o no, puesto que era de mayor relevancia el determinar si hubo un quebrantamiento del deber especialísimo que poseía este. Frente a ello, Roxin sostiene una tesis para diferenciar la autoría en delitos de dominio del hecho y delitos de infracción del deber; con los primeros, resulta importante verificar el dominio como tal y con los segundos, la autoría se determina por la vulneración al deber que este posee, dentro de esta clasificación destaca a los servidores o funcionarios públicos y a los sujetos que tienen deber de garante frente a ciertos delitos.

La participación del extraneus en los delitos especiales plantea un reto particular en el derecho penal, frente a ello se tienen dos teorías que nos ayudan a la explicación de este suceso y son la teoría de la unidad y/o ruptura del título de imputación. El desarrollo de ambas teorías nos va a permitir medir el grado de participación de los terceros o “extraneus” en los delitos especiales, toda vez que mientras una teoría (unidad de imputación) permite que este sujeto externo sea procesado por el mismo delito que el sujeto especial; por el contrario su antagonista (teoría de ruptura de imputación) considera por bien el procesar por un delito distintos al extraneus, argumentando que este no reuniría la calidad de sujeto especial para ser procesado. En esa misma línea, Salinas (2015) nos dice que uno de los postulantes por parte de la teoría de la ruptura del título de imputación es Gunter Jakobs, representante del sistema funcionalista, el cual fundamenta que la participación de delitos especiales de infracción de deber adquiere características distintas frente a la autoría, sin embargo, esta postura es fuertemente rechazada por una gran población jurista.

Por otro lado, tenemos a la teoría de la unidad del título de imputación, según Ramírez (2019) la mencionada tiene como característica predominante al principio de accesoriedad, el cual según Alcácer (2009), concluye que la acción del partícipe es accesorio en relación a la del autor, sin embargo, existen grados de intensidad los cuales se clasifican en mínima (basta que la conducta del autor sea típica), limitada (conducta del autor debe típica y antijurídica, no necesariamente culpable) y máxima (la conducta debe ser típica, antijurídica y culpable).

Con el desarrollo de este principio, en efecto, no se busca considerar al tercero interviniente como autor del delito, sino imputársele una responsabilidad como partícipe, ya que tuvo intervención con el autor para la comisión del delito.

Análisis jurisprudencial sobre la punibilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible

En este apartado se tiene por bien el analizar la distinta jurisprudencia relevante encontrada a lo largo de los años, en las cuales se han recogido distintas opiniones de los magistrados, tanto a favor como en contra, respecto a la inclusión del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible.

Sobre las sentencias a favor, tenemos a la Casación N° 1895-2019/Selva Central, esta casación, que tiene como ponente a la Dr. Erazmo Coaguila Chávez, el cual determina que, en los delitos de infracción de deber, cualquier externo, también denominados “extraneus” puede realizar un aporte delictivo al hecho de un obligado positivamente o inducirle al mismo, toda vez que, no es acertado confirmar que las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber no incluyen también a quien no se encuentra obligado positivamente. Sentando en concreto respecto al delito de negociación incompatible, la falta de tipificación de este como un delito de participación necesaria, como lo es delito de colusión, no excluye así la posibilidad de sancionar a las personas favorecidas de este hecho delictivo; de esta forma se persigue el interés indebido de las partes, por tanto, es necesario que el cómplice tenga conocimiento que el funcionario se interesa indebidamente en el contrato u operación, buscando así un beneficio.

En esa misma línea, se tiene a la Casación N°1765-2019/Lima, al respecto, el Dr. Iván Sequerios Vargas nos explica que se ha incurrido en una interpretación errónea sobre el artículo 399 del Código Penal; sobre la naturaleza jurídico del delito especifica que el bien jurídico protegido es el recto funcionamiento de la Administración Pública, destacando la imparcialidad de los funcionarios públicos con poder de decisión, el delito es de infracción de deber, sancionando a funcionarios públicos que actúan interesadamente, destacando así que este delito se considera de peligro abstracto, puesto que no se requiere un beneficio económico específico como elementos constitutivo del delito y se sanciona al agente público que busca beneficio indebido, sin necesidad de un riesgo inminente.

Por otro lado, sobre la participación del extraneus (tercero beneficiado), se aleja de la Casación N° 841-2015/Ayacucho, sino más bien, se acerca a lo establecido por el Acuerdo

Plenario N° 2-2011/CJ116, que permite la participación de terceros como cómplices; frente a ello se debe realizar una evaluación de los acusados y verificar si es que incurrieron en el delito de negociación incompatible, verificando la participación del extraneus como cómplice.

César San Martín Castro, quien es el ponente en la Casación N°1523-2021/Áncash, nos da más alcances al respecto del delito de negociación incompatible, toda vez que clasifica al mismo como un delito de preparación que se aplica a operaciones o contratos del Estado donde el funcionario usa su cargo para privilegiar intereses particulares; además nos explica que es un delito de infracción de deber y peligro abstracto, sin exigir un daño patrimonial y es unilateral, no de participación necesaria ni de encuentro, como el delito de colusión. Con respecto a la participación de un externo como cómplice en el delito de negociación incompatible es posible, ambos delitos (colusión y negociación incompatible) están relacionados con la gestión de intereses patrimoniales de funcionarios públicos, pero difieren en la forma de afectación. La reforma del artículo 25 del Código Penal permite que el cómplice responda en referencia al hecho punible, aunque no concurren en él los elementos especiales del tipo legal. Si bien en el caso presentado no se llegó a probar la colusión, se reúnen los elementos necesarios para probar la participación significativa del sujeto activo en el delito.

En esta Casación N°1584-2021/Callao, la Dra. Fátima Altabás Kajatt hace un análisis con relación a la interpretación errónea del delito de negociación incompatible con relación a la participación delictiva de un particular (complicidad del extraneus), de acuerdo con la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal. En relación con los hechos controvertidos, se determinó que Tello Godoy, quien era el procesado por el delito referido, ganó un concurso público para un puesto, a pesar de no cumplir con los requisitos mínimos; su participación a sabiendas de no cumplir con los requisitos fue crucial para la configuración del delito, hecho que fue facilitado por Luis Felipe Polo Gálvez, quien es el funcionario público a cargo de la contratación y quien le otorgó puntaje indebidamente; en ese sentido, se comprobó que Tello Godoy contribuyó significativamente al delito de negociación incompatible, validando su complicidad.

De forma contraria se tienen a las sentencias en contra, destacando en ellas la Casación N°184-2020/Lima Norte, en donde la Dra. Norma Carbajal Chávez, quien preside esta sentencia Casatoria, nos habla sobre la admisión del recurso referido, puesto que se admitió a fin de aclarar si los externos o extraneus que tienen participación en operaciones u contratos, y que se benefician del interés indebido de los funcionarios públicos, deben ser incluidos como cómplices en el delito de negociación incompatible, conforme al artículo 399 del

Código Penal; en esa misma línea, el Ministerio Público argumentó que la sentencia de vista había realizado una interpretación errónea de los artículos 25 y 399 del Código Penal. Asimismo, mencionó que se apartaba de la doctrina jurisprudencial establecida en varias casaciones y acuerdos plenarios.

Al respecto, establece distinciones entre los delitos de negociación incompatible y el delito de colusión: Se destacó que la negociación incompatible no es un delito de encuentro (que exija concertación), sino un delito de peligro abstracto. A diferencia de la colusión, no exige una concertación entre el funcionario y un tercero, lo que implica que solo el funcionario puede ser considerado responsable en la negociación incompatible, con respecto al beneficio económico dice que no es necesario probar un beneficio económico directo para configurar el delito de negociación incompatible, ya que se trata de un delito preparatorio respecto a la colusión. La magistrada argumenta su postura en base a la Casación N° 841-2015/Ayacucho, puesto que establece que la estructura del delito de negociación incompatible no permite la intervención de un tercero, y la Casación N° 396-2019/Ayacucho considera que este delito puede clasificarse como preparatorio en relación con la colusión. Finalmente, toma como referencia la opinión de Villegas Paiva, quien fundamenta que el bien jurídico protegido es el deber de lealtad y probidad del funcionario, cuyo incumplimiento afecta la imagen de la administración pública.

Continuando, se tiene la Casación N°841-2015/Ayacucho, en donde se establece como análisis la acreditación de la Existencia de Ilícito Penal, toda vez que, la mera existencia de defectos administrativos en una contratación de emergencia no es suficiente para atribuir un ilícito penal, es imprescindible la comprobación de un elemento adicional que demuestre un quebrantamiento del deber penal, como un acuerdo colusorio o el pago de una dádiva. En ese sentido, la Sala Penal consideró que, pese a la contratación en situación de emergencia, los defectos administrativos señalados no eran suficientes para configurar el delito de negociación incompatible sin la acreditación de un elemento externo delictivo. La contratación en situaciones de emergencia tiene una regulación especial que permite ciertas flexibilidades. Sin embargo, para que los defectos administrativos en tales contrataciones sean relevantes penalmente, deben estar acompañados de un elemento externo que indique un delito, como un acuerdo colusorio o el pago de una dádiva.

Materiales y métodos

Hay a nivel científico una cantidad muy variada de tipos de paradigmas, sin embargo, entre ellos resalta el paradigma de tipo cualitativo, el cual toma como punto de inicio la ardua labor de comprender una realidad social, fundamentada en subjetividades que da pie al

entendimiento de la situación que los individuos hagan de ella. El paradigma cualitativo comprende la realización o propuesta de varias alternativas de solución o tratamiento a la situación problemática identificada, permitiendo así una nueva visión sobre la materia de la cual se ha investigado (Miranda & Ortiz, 2020). Esta investigación además ha empleado el método interpretativo, puesto que se ha buscado resaltar la necesidad del porqué es relevante el establecimiento de criterios jurídicos para poder determinar la responsabilidad penal que corresponde asignarse a los terceros favorecidos en el delito de negociación incompatible, para lo cual, se ha analizado aspectos conceptuales fundamentales sobre este tipo penal, así como también se ha analizado las diferentes posturas respecto a la materia por parte de las diferentes cortes supremas de nuestro país que imparten justicia hoy en día en materia penal.

Consecuentemente, cabe resaltar que esta investigación es de carácter documental, pues durante el desarrollo de esta, se ha analizado información ya registrada sobre el tema de estudio, ello con la intención de identificar cuáles son los criterios jurídicos que hoy en día son aplicados jurisprudencialmente para determinar si existe responsabilidad penal para los terceros favorecidos cuando se comete el delito de negociación incompatible. En la misma línea, se resalta que esta investigación es de tipo aplicada, pues la intención de la propuesta realizada en base a los conocimientos adquiridos es que esta sea puesta en práctica de manera uniforme por todos los juzgados penales del país, ello con la finalidad de que determinadas personas intervinientes en actos delictuales como en el de negociación incompatible, no queden impunes debido a que no se ha establecido respecto a él grado alguno de responsabilidad penal.

Asimismo, tenemos que en este estudio se ha realizado un análisis de tipo documental sobre diferentes tipos fuentes, entre las cuales tenemos las obras, artículos, revistas, tesis y jurisprudencias, lo cual permitió un eficiente desarrollo en el trascurso de esta investigación. A su vez, es necesario destacar que en este trabajo se han empleado diversos instrumentos de investigación, tales como la ficha del estado del arte, la ficha pico, el cuadro de realidad problemática y otras más, las cuales en conjunto han permitido la realización de una investigación en forma organizada y continua, teniéndose como punto de partida la elección de un tema específico y la identificación del aspecto problemático que existe en él. En suma, el empleo de todas las herramientas mencionadas ha permitido que se pueda obtener como resultado final la elaboración de una matriz de consistencia óptima, la cual es el instrumento fundamental de una investigación en la medida en que en ella se encuentran detallados de forma clara y concreta todos los aspectos esenciales del tema analizado, tales como la

problemática identificada, el objetivo general y los específicos, las categorías conceptuales identificadas y, por último, las hipótesis planteadas como resultado de la investigación.

Un dato importante en cuanto a esta investigación es que la misma ha sido sometida al análisis del Turnitin, el cual es un sistema anti-plagio que se ha encargado de detectar cuanta información de este trabajo es similar a la que ya se encuentra en la base de datos del propio software, permitiendo identificar aquellos puntos que son de autoría de otros investigadores, así como también qué porcentaje del trabajo es original y, por ende, propiedad de la investigadora.

Resultados y discusión

En esta sección del presente trabajo, se realizará un análisis a detalle sobre la información que se ha podido recabar producto de la investigación realizada; para ello, se tomará como referencia y guía los objetivos establecidos de forma precedente, mismos que van a estructurar de forma concreta la propuesta que se busca plantear. De esta forma se analizará de forma concisa como es que se podría aplicar la figura de la complicidad dentro del delito de negociación incompatible, por otro lado, también se revisará la jurisprudencia nacional más relevante sobre la responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de Negociación incompatible, ello a fin de poder llevar en concreto el problema a nuestro sistema jurídico y así visibilizar la disparidad en posturas que se aprecia en nuestro sistema normativo. Finalmente, se establecerán cuáles son estos criterios que permitirán determinar la responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible, ello a fin de uniformizar las decisiones tomadas por las distintas instancias jurisprudenciales.

La figura de la complicidad y su posible aplicación al delito de negociación incompatible

En este apartado, mismo que se encuentra directamente relacionado a nuestro primer objetivo en específico, refiere a la posibilidad de admitir la figura de complicidad dentro del delito de negociación incompatible, toda vez que este delito se ha clasificado como un delito unipersonal dentro de nuestra legislación peruana, eximiendo así responsabilidad de terceras personas que saldrían beneficiadas del actuar delictuoso de este funcionario y/o servidor público. Frente a lo expuesto, es pertinente hacernos la pregunta: ¿Es admisible la figura de complicidad en el delito de negociación incompatible?, para darle respuesta, usaremos el método doctrinal, mismo que nos va a permitir llevar a cabo el resultado del objetivo propuesto.

Para poder explicar la respuesta a la pregunta mencionada líneas anteriores, es necesario un análisis a fondo sobre el delito de negociación incompatible, dentro de que clasificación se encuentra, los sujetos que participan en la comisión de este, el bien jurídico protegido, la conducta punible, entre otros. Siendo así, este tipo penal se encuentra albergado en el artículo 399 de nuestro Código Penal, el cual nos detalla lo siguiente sobre este hecho delictivo:

“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.”

Podemos apreciar que para nuestro ordenamiento jurídico, el delito de Negociación Incompatible puede distinguirse como un delito de peligro abstracto, esta clase de ilícitos son aquellos que se constituyen con solo la puesta en peligro del bien jurídico, hecho que apreciamos en la tipificación del delito de negociación incompatible; además, en ese sentido, Mandujano (2023) nos dice que en esta clase de ilícitos se sanciona de la conducta peligrosa, sin que se tenga un resultado por la puesta en peligro, siendo así que en estos delitos se presume que con solo s conducta, se expone la integridad del bien jurídico protegido. De esta forma, sostenemos que el delito de Negociación Incompatible se encuentra dentro de la referida clasificación, puesto que, según lo que expresamente dice en nuestro código penal, no se espera que exista un menoscabo en los caudales del estado para que se configure el delito, sino más bien, se encuentra el delito en la desobediencia del funcionario frente a los roles que tiene por cumplir y los cuales son personalísimos.

Ahora bien, como en cada delito, es de suma importancia el análisis de los sujetos que intervienen para la consumación del hecho penal; siendo así, tenemos como sujeto activo al funcionario y/o servidor público, quien es la persona que desempeña sus funciones a nombre y salvaguarda del estado, podemos decir también que cada persona que se desarrolla en organizaciones estatales o gubernamentales, posee en su haber un rol de funciones, en los cuales se les establece las acciones que deberían cumplir para no defraudar este rol que se le encomienda. De esta forma, concluimos que el sujeto pasivo sería el Estado Peruano, quien deposita sus caudales en las distintas instituciones en función a la sociedad.

Con respecto al bien jurídico protegido en el delito de Negociación Incompatible existen muchas posturas adoptadas por distintos autores, en esa misma línea, Guimaray (2012) nos detalla que en relación a esta naturaleza del delito, podríamos concluir que se buscar proteger el interés privado de estos servidores y/o funcionarios públicos, mismos que deben estar

dotados de valores tales como la objetividad y la legalidad, estos se verán reflejados en los contratos y/o operaciones que estos realizan, pues es en donde recae la mayor responsabilidad de su rol encomendado, sin embargo, podemos decir que busca salvaguardar el buen funcionamiento de los deberes que se le encomiendan y, en ese sentido, se despliega la conducta punible que busca ser sancionada, que en este caso sería el interés indebido.

Siendo el tema propuesto en esta investigación, es necesario hablar sobre la participación de los sujetos que tienen en la comisión de este delito, en donde debemos tener en cuenta que, al ser estos funcionarios y/o servidores públicos, son el vínculo entre el estado descentralizado y el pueblo, por tanto, existen terceros que también participan de forma externa y, a los cuales también se les debe incluir en el proceso de investigación. Respecto a la autoría y la complicidad, son las medidas de participación que tienen los sujetos respecto a la comisión de los delitos; este último figura es lo que buscaremos probar en este presente trabajo.

La complicidad en el delito de negociación incompatible es una figura jurídica que puede aplicarse, aunque con ciertas limitaciones debido a la naturaleza del delito. La participación de terceros que no son funcionarios, pero que asisten o facilitan el acto delictivo, puede ser considerada complicidad siempre que se demuestre el conocimiento y voluntad de colaborar en la conducta ilegal. La jurisprudencia peruana reciente, misma que serán analizada con posterioridad, evidencian que, si bien la aplicación de la figura de complicidad en la negociación incompatible es compleja, no es imposible; ello con base a las teorías propuestas para poder determinar la admisibilidad de esta figura, nos referimos a la teoría de la Unidad y/o Ruptura del título de la imputación. Para ello, y a fin de poder establecer de forma dinámica las diferencias entre ambas, se elaborará una tabla comparativa.

Tabla 1

Diferencias entre la teoría de unidad o ruptura del título de la imputación.

| UNIDAD DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN | RUPTURA DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN |
|--|---|
| Imputación unitaria: no importa si el individuo fue autor o cómplice, pues todos son responsables del mismo hecho punible | Imputación diferenciada: se reconoce que el cómplice y el autor tienen grados distintos de responsabilidad, por lo que no pueden ser tratados de manera unitaria. |
| La participación de cada uno puede influir en la pena, pero no en el título bajo el cual son imputados. | La responsabilidad penal del cómplice es secundaria, y su conducta se valora de manera distinta a la del autor. |
| No se hace una distinción tajante entre el autor y el cómplice en términos de culpabilidad, lo que implica que la responsabilidad penal de ambos es solidaria. | Los cómplices solo responden por la conducta de facilitación, no por el hecho completo. |

Como podemos apreciar, ambas teorías tienen implicaciones distintas para el tratamiento penal respecto a la complicidad en distintos delitos; sin embargo, las dos buscan explicar la

forma en que se asigna la responsabilidad penal a los distintos participantes de un hecho delictivo.

Concluyendo con este apartado, podemos determinar distintas características sobre el delito de negociación incompatible, el análisis de este, la participación de los sujetos y las teorías que explican estas figuras. El delito de negociación incompatible se clasifica como un delito de peligro abstracto y de mano propia, de la misma forma, se ha podido identificar los sujetos: como sujeto activo es el servidor y/o funcionario público, en el sujeto pasivo tenemos al Estado y los bienes que este da en protección a los funcionarios; en efecto, podemos concluir también que la conducta que se busca sancionar con este delito es el interés indebido en los contratos u operaciones que estos sujetos realizan. Por otro lado, optaremos por la Teoría de la Unidad del título de la imputación, toda vez que esta nos permite admitir la figura de complicidad en este delito, procesando al cómplice por la misma pena del autor, aún si este tiene la condición de extraneus.

Posturas acerca de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible a través de jurisprudencia nacional

Con respecto a la jurisprudencia nacional, no es de asombrarnos que no exista uniformidad en los fallos dictaminados, ello debido a la falta de regulación al respecto, hecho que planteamos en nuestra investigación propuesta. De esta forma, apreciaremos a continuación la jurisprudencia relevante sobre la responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible, respondiendo así a nuestro segundo objetivo específico, usando el método jurisprudencial, siendo este el más adecuado para el desarrollo de este.

Tal como se explicó con anterioridad, se pueden apreciar dos posturas en la jurisprudencia, estas son las que se encuentran a favor de admitir la figura de complicidad en el delito de Negociación Incompatible, mientras que, por el contrario, tenemos a las diversas jurisprudencias que se encuentran en contra. Refiriéndonos a las primeras, es decir, las que admiten la complicidad en la Negociación Incompatible, en esa misma línea, se encuentra la Casación N°1895-2019/Selva Central, donde se definen requisitos para la configuración de este delito, siendo estos los siguientes: i) el sujeto activo ha de ser una autoridad o funcionario que interviene por razón de su cargo en un contrato u operación, ii) que el sujeto abusando o aprovechándose de las funciones públicas que ejercer, tome interés en dicho contrato, que posea naturaleza económica, y en el cual se inmiscuye para obtener un beneficio; iii) que el dolo consista en la voluntad concreta de asumir a la vez su cargo público y como interesado

en la operación, no siendo necesario que haya engaño o lucro, por tratarse de un delito de mera actividad. Además, se menciona las dos teorías que consideran para admitir esta figura y son la de “Corrupción o la culpabilidad” y la “causación o el favorecimiento”, en la primera, el cómplice es castigado por buscar la contribución de otra persona en el hecho ilícito, es decir, por convertirlo en delincuente; mientras que la segunda teoría, se evalúa el desvalor de la intervención a partir de que causa o favorece la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor. En ese sentido, dejan muy en claro que la participación o contribución del extraño o extraneus en la acción delictiva de los funcionarios públicos es siempre posible cuando se compruebe el rol importante que este ha tenido en la comisión del hecho, es decir, se debe fundamentar la participación de estos a fin de buscar el grado de participación que estos tendrían.

Continuando el desarrollo de posturas a favor, tenemos a la Casación N°1765-2019/Lima, en esta, se define al delito de Negociación Incompatible como uno de peligro abstracto, puesto que se infringe el deber con la sola exposición al peligro del bien jurídico protegido, en esa misma línea, explica que se sancionará al agente público que con su accionar incumple el deber encomendado, participando indebidamente en los contratos u operaciones que les son encomendados; todo ello lo sustentan en base a la tesis de la unidad de título de la imputación, en donde es válido la participación de terceros y de esta forma, un mismo hecho no puede ser visto bajo dos tipos penales distintos. Continuando con el desarrollo, encontramos a la Casación N°1523-2021/Anchash, la cual logra determinar y clasificar al delito de negociación incompatible como uno de preparación, puesto que se refiere a las operaciones o contratos del estado y el aprovechamiento que tiene el agente público en su participación, además, es un delito de infracción del deber y no exige el resultado de lesión patrimonial, por tanto, también sería un delito de peligro abstracto; se deja en claro de la misma forma que el delito de negociación incompatible es un delito unilateral y no de participación necesaria ni de encuentro, a diferencia del delito de colusión. En ese sentido, y considerando la naturaleza ya analizada de este delito, se admite la participación de un tercero en el título de cómplices, haciendo referencia de forma ulterior a la reforma del artículo 25 del Código Penal en el año dos mil diecisiete, en donde se establece que el “cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él”; de esta forma, solo se requiere que el particular o externo realice un aporte significativo en la ejecución del hecho delictivo, con conocimiento que auxilia al autor a concreta el interés indebido. Por tanto, el hecho de que el delito de negociación incompatible no es un delito tipificado como de participación necesaria, no

podemos decir que no cabe la sanción al extraneus, toda vez que existen varios tipos delictivos que, a pesar de no encontrar esta figura dentro de su tipificación, admiten sin problema alguno la complicidad delictiva. Finalmente, encontramos a la Casación N°1584-2021/Callao, la cual coincide con las otras sentencias mencionadas anteriormente, puesto que considera al delito de negociación incompatible como un delito de preparación, de infracción del deber y uno de peligro abstracto, todo ello en base a la naturaleza de este delito; por otro lado, se hace mención sobre el artículo 25 del Código Penal, el cual nos habla sobre las distintas formas de participación que admite nuestro código penal, encontrándose ahí a la complicidad, misma que puede ser primaria o secundaria: hablamos de un cómplice primario cuando el aporte de este es indispensable para la comisión del delito, sin embargo, no se le exige el cumplimiento acabado del supuesto de hecho previsto en el tipo penal; mientras que el cómplice secundario solo realice un aporte minúsculo, es decir, su contribución no es necesaria para la comisión del delito. En esa línea, la participación en delitos espaciales propios no es impune y por tanto, se debe probar la contribución que este ha tenido en la comisión del delito, lo importante reside en el aporte que este ha brindado, aspecto que no debe lindar con la concertación, pues esto solo lo tornaría en un acto colusorio.

De forma contraria, tenemos las sentencias que se contraponen a la postura manifestada por los magistrados a favor de la admisibilidad de la complicidad para la negociación incompatible, siendo una de estas la Casación N°841-2015/Ayacucho, en la cual nos establece que este delito es un delito de infracción de deber, lo cual significa un quebrantamiento de un deber especial, mismo que debe estar normatizado, de esta forma la participación de un tercero en un delito de infracción depende de que la misma esté incluida en la redacción típica, hecho que se aprecia en los denominados delitos de participación necesaria como es en el delito de peculado para un tercero. En esa misma línea, tenemos a la Casación N°184-2020/Lima Norte, en donde admiten de forma expresa la no admisibilidad de complicidad para el delito de negociación incompatible, toda vez que la estructura típica de este delito no permite la intervención de un tercero, puesto que, de ser así se estaría configurando un delito diferente, uno de participación necesaria.

Como hemos podido apreciar, encontramos fallos dispares en nuestra jurisprudencia nacional, sin embargo, se tiene por bien el considerar para la presente investigación el desarrollo de aquellas que admiten la figura de complicidad en la negociación incompatible como las más favorables tanto para las partes procesales como también buscando la salvaguardia de los principios de economía procesal que se busca en todo proceso penal. Las posturas a favor, muestran muchos de los argumentos propuestos con anterioridad,

coincidiendo con el apartado anterior, el delito de negociación incompatible es un delito de infracción del deber y de peligro abstracto, toda vez que no requiere el menoscabo a los bienes del estado, sino por el contrario, sanciona la conducta deshonrosa por parte del agente público; también se utiliza la teoría de la unidad de imputación, a fin de admitir la complicidad en este delito, aunque este no se encuentre explícitamente dentro de su tipo penal, no exime responsabilidad a los terceros favorecido o beneficiados.

Aplicación de criterios jurídicos para determinar la responsabilidad penal de terceros favorecidos a fin de justificar la necesidad de estos

En este apartado se enfocará en evidenciar la necesidad y relevancia de aplicar ciertos criterios que permitan a los distintos usuarios del derecho incluir al tercero favorecido o extraneus dentro del mismo proceso penal al igual que el autor del delito, debemos recalcar que este sujeto no puede ser procesado por el mismo delito puesto que no reúne las condiciones especialísimas que se necesita, sin embargo, ello no le exime de responsabilidad.

Empezando con las razones que justifican lo propuesto por este proyecto de investigación se tiene el desincentivar la participación de terceros en actos corruptos, puesto que si los terceros toman conciencia que no serán responsabilizados por aprovecharse de la actuación ilícita de un funcionario, se crea un incentivo perverso para las empresas o personas busquen activamente este tipo de oportunidades para obtener beneficios indebidos, aplicar responsabilidad a los terceros disuade su participación en estos esquemas corruptos.

En esa misma línea, se puede apreciar que existe una equidad en la sanción, ello debido a que la corrupción y los delitos contra la administración pública, como la negociación incompatible, suelen beneficiar tanto a funcionarios corruptos como a los terceros que participan en la operación, permitir que solo los funcionarios públicos sean castigados crea una situación de injusticia, en la que los verdaderos beneficiarios económicos o comerciales (los terceros) quedan impunes. Además, se contribuye en la lucha contra la corrupción, misma que requiere un enfoque integral que no solo se centre en sancionar a los funcionarios, sino que también apunte a los beneficiarios directos de los actos ilícitos, el incluir la responsabilidad del tercero favorecido hace más efectiva la persecución penal, dado que muchas veces los terceros son quienes propician o facilitan la corrupción mediante sobornos, favores o incentivos económicos.

Aunque se habla muy poco de este aspecto, se debe tener en cuenta que los delitos contra la administración pública generan daños y perjuicios de cantidades exorbitantes de dinero, por

tanto, los terceros favorecidos suelen tener ganancias económicas a costa del Estado o del interés público, admitir la responsabilidad del extraneus dentro de un mismo proceso penal facilita la posibilidad de que el Estado o las entidades públicas afectadas recuperen los daños económicos sufridos, a través de sanciones pecuniarias, multa o indemnizaciones. Por otro lado, se debe mencionar también a la Responsabilidad penal y administrativa que estarían enfrentando, en el Perú, las sanciones contra los terceros beneficiados no solo pueden ser de carácter penal, sino de tipo administrativo, ello se puede efectuar a través de inhabilitaciones para contratar con el Estado, por ejemplo, ello refuerza la necesidad de incluir criterios claros para responsabilidad a los terceros y garantizar que no puedan beneficiarse de la corrupción en el futuro.

Criterios para determinar la responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible a fin de uniformizar decisiones tomadas por las distintas instancias

Tal como ya se ha mencionado en las secciones antecedentes, el delito de negociación incompatible pertenece a la larga lista que busca sancionar a aquellos agentes públicos que defraudan los deberes que les son encomendados por el Estado, sin embargo, dentro del tipo penal no se encuentra detallada la participación de un tercero, hecho que ha generado distintas posturas por parte de diferentes magistrados. Luego de haber analizado las partes sustanciales de este delito, es decir, de haber realizado un análisis doctrinario del mismo y de haber revisado la jurisprudencia nacional al respecto, se han podido establecer los siguientes criterios que ayudarán a determinar la responsabilidad para los terceros favorecidos en el delito de negociación incompatible:

En primer lugar, se tiene al conocimiento previo de la realización del hecho delictivo, puesto que el tercero debe tener conocimiento de que el funcionario público está actuando con un interés incompatible con sus deberes. Esto implica que el tercero debe ser consciente de que la negociación o contrato en el que está participando tiene elementos ilícitos, como un conflicto de intereses o una ventaja indebida.

Es necesario también tomar en cuenta la determinación del grado de participación del cómplice, para ello, debemos hacer revisión del artículo 25 de nuestro Código Penal, el cual nos dice lo siguiente: “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor”, por tanto, es sumamente necesario el determinar el grado de participación que ha

tenido el extraneus para la comisión del delito, es decir, la contribución que este ha tenido debe ser relevante, sin embargo, no se puede calificar a este de autor por no cumplir con la condición especial que requiere la naturaleza de estos delitos. Debemos tener en cuenta que los delitos cometidos por funcionarios públicos, en su mayoría se requiere de la participación de terceros para la comisión de estos delitos, empero, no muchos de estos albergan la participación dentro sus tipos penales. Se requiere que el tercero haya tenido una participación en el hecho, es decir, que haya facilitado o colaborado directamente con el funcionario en la realización del acto ilícito. Si el tercero actúa con dolo, es decir, con la intención de beneficiarse de la conducta ilícita del funcionario, puede ser considerado cómplice o instigador del delito.

Finalmente, la obtención de un beneficio económico o de otra naturaleza a través del interés indebido o simulado por parte del sujeto activo es un criterio determinante para poder determinar la responsabilidad penal, puesto que es aquí donde recae la finalidad tanto del sujeto activo como del tercero favorecido, en primer lugar, se estaría comprobando que la actitud realizada por el agente público ha sido malintencionada y dirigida a beneficiar a un externo, y por otro lado, tenemos al tercero que se ha visto beneficiado por el funcionario. Este beneficio puede ser económico (dinero, contratos, etc.) o de otra naturaleza (favores, exoneraciones, etc.). Si el tercero se beneficia de la conducta ilícita del funcionario público, aun sin haber participado directamente en la negociación, puede ser considerado partícipe o beneficiario de un acto corrupto.

Conclusiones

El delito de negociación incompatible se considera, según el análisis doctrinal realizado, es un delito de peligro abstracto, en el cual se considera como sujeto activo al funcionario o servidor público, teniendo como sujeto pasivo al Estado, puesto que este encomienda sus caudales a estos agentes; en efecto, la conducta que se busca sancionar es el interés indebido, el cual se encuentra expresamente establecido dentro del tipo penal, siendo el objeto de este delito son los contratos u operaciones en los que se despliegan estas conductas delictivas típicas dolosas. Es necesario también mencionar que en estos delitos no se admite la co-autoría por la naturaleza de estos, sin embargo, la complicidad no está exenta de responsabilidad, siendo así que aparece el tercero favorecido o extraneus, para poder justificar su participación se considera la teoría de unidad del título de imputación.

Como se ha podido apreciar de la revisión jurisprudencial, existe bastante disparidad con relación a la emisión de fallos en distintas instancias judiciales, ello debido a la falta de

criterios que proporcionen a los usuarios del derecho un panorama más amplio y justificado sobre la admisibilidad del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible, en base a ello es que se encuentran las opiniones divididas de distintos magistrados respecto al tema; sin embargo, podemos notar también que son pocos quienes fundamentan su postura de forma negativa a la admisibilidad del extraneus en la figura de cómplice del delito mencionado anteriormente, por tanto, podemos concluir que la mayoría de magistrados optan por incluir al tercero favorecido en el mismo proceso al igual que el autor.

Es necesario, tal cual se ha hecho mención en el apartado de resultado, aplicar ciertos criterios que permitan uniformizar la emisión de estos fallos, si bien estos generan un bienestar al sistema judicial peruano, no debemos olvidar que es la comunidad misma quien ve los resultados de la eficiencia de estos procesos, devolviéndoles la seguridad en nuestro sistema que, lejos de hacer mejoras en pro del bienestar común de todos, va en decadencia con las recientes noticias actuales en las cuáles se ve inmiscuido.

Recomendaciones

Tal como hemos podido apreciar en el desarrollo de esta investigación, el tema con respecto a la inclusión del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible es sumamente amplio y en el referido solo se ha podido hablar sobre solo una parte de ello. Se recomienda a la distinta comunidad académica del derecho, tomar en cuenta las limitaciones que tuvo este trabajo, tales como la aplicación de encuestas a funcionarios y/o servidores públicos, a fin de tener una referencia de primera mano sobre estos delitos y la relación con estos; en esa misma línea, también se deberían considerar los distintos trabajos académicos en lenguas diversas, para poder obtener un panorama académico más amplio acerca de la materia de investigación.

Finalmente, se recomienda a la comunidad legisladora tener en cuenta los criterios expuestos como resultado de la investigación propuesta, a fin de lograr finalmente una regulación penal al tercero favorecido en los delitos de negociación incompatible

Referencias

- Abanto Vásquez, M. (2003). Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Lima: Palestra.
- Alcácer Guirao, R. (2009). Teoría del delito. República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura.
- Alcedo Solano, S. (2022). Análisis de aspectos problemáticos de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de negociación incompatible, en la Casación N° 23-2016/ICA [Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Retrieved 2024, from https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/23098/Alcedo_Solano_An%C3%A1lisis_aspectos_problem%C3%A1ticos1.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Asociados, A. (Productor), & Requejo Mocarro, A. (Dirección). (2023). Delito de Negociación Incompatible - análisis [Película]. Perú. <https://www.youtube.com/live/4VV0uHD-uDY>
- Carrada, F. (1996). Programa de Derecho Criminal (Vol. 1). (J. Ortega Torres, & J. Guerrero, Trads.) Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A. <https://es.scribd.com/document/283399508/Programa-de-Derecho-Criminal-Parte-1-FRAN-CESCO-CARRADA>
- Congreso de Colombia. (2000). Ley 599 de 2000. Colombia: Diario Oficial N° 44097. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf
- Congreso de la Nación Argentina. (1921). Ley 11179 - Código Penal. Argentina. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_de_la_republica_argentina.pdf
- Congreso de la República del Perú. (2019). Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado. Diario El Peruano. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=25>
- Congreso de la República del Perú. (2024). Decreto Legislativo 635 de 1991 - Código Penal. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682692>
- Contraloría General de la República del Perú. (2024). La corrupción y la inconducta funcional en el Perú, 2023. Primer encuentro de control y buen gobierno. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6113545/5384324-estimacion-de-la-corrupcion-e-inconducta-funcional-en-el-peru-2023.pdf?v=1711485755>
- Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente. (2016). Recurso de Casación N°841-2015/Ayacucho. Lima, Perú.

- Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente. (2021). Recurso de Casación N°1895-2019/Selva Central. Lima, Perú.
- Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente. (2022). Recurso de Casación N°1765-2019/Lima. Lima, Perú.
- Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente. (2022). Recurso de Casación N°184-2020/Lima Norte. Lima, Perú.
- Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente. (2023). Recurso de Casación N° 1523-2021/Ancash. Lima, Perú.
- Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente. (2023). Recurso de Casación N° 1584-2021/Callao. Lima, Perú.
- Cruz Palmera, R. (9 de Abril de 2022). La estructura de las normas en los delitos de preparación. Un estudio a propósito de la legitimidad de la intervención en materia de preparación delictiva. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología(24-11), págs. 1-37. <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-11.pdf>
- Dexia Abogados. (09 de 03 de 2022). El cómplice en derecho penal. <https://www.dexiaabogados.com/blog/complíce/>
- Falcone, R. (08 de 04 de 2020). Negociaciones incompatibles con la función pública: una perspectiva funcional. Revista Pensamiento Penal, págs. 1-34. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48718-negociaciones-incompatibles-funcion-publica-perspectiva-funcional>
- Frisancho, M., & Peña Cabrera, R. (2002). Delitos contra la Administración Pública. Doctrina, jurisprudencia y aspectos procesales. Lima, Perú: Editorial FECAT.
- García Cavero, P., Abanto Vásquez, M., Jareño Leal, Á., Benavides Schiller, A., Falcone, A., Mendoza Yana, D., . . . Ugaz Heudebert, C. (2022). Delitos contra la Administración Pública - Debates Fundamentales (1A. ed ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Guimaray, E. (Julio de 2012). Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible. Dato Anticorrupción, págs. 11-12. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/APUNTES-DE-TIPLICIDAD.pdf>
- Iglesias Spelucin, G. A. (2023). La complicidad en el delito de negociación incompatible: Análisis de la Casación 184-2020, Lima Norte [Trabajo de suficiencia profesional para optar por el título de Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio institucional, Lima, Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/195140>

- Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - IDEHPUCP. (16 de 06 de 2019). 10 claves para reconocer el delito de negociación incompatible.
<https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-negociacion-incompatible-19531/>
- Madrigal Navarro, J. (03 de 2015). Delitos de peligro abstracto. Fundamento, crítica y configuración normativa. Revista Judicial(115), págs. 169-187.
https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_115/pdfs/010delitos.pdf
- Mandujano, J. (Setiembre de 2023). Negociación incompatible: ¿delito de peligro abstracto y concreto? Revista LP Derecho, págs. 57-74.
<https://cdn-revista.lpderecho.pe/uploads/2023/09/22/Negociacion-incompatible-delito-de-peligro-abstracto-y-concreto.pdf>
- Martínez Solano, L. (2022). Mecanismos e instrumentos de prevención y lucha contra la corrupción en las administraciones públicas. [Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza]. Repositorio institucional, España. <https://zaguan.unizar.es/record/124334?ln=es>
- Miranda, S., & Ortiz, J. (Julio - Diciembre de 2020). Los paradigmas de la investigación: un acercamiento teórico para reflexionar desde el campo de la investigación educativa. Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo.
<https://www.ride.org.mx/index.php/RIDE/article/view/717/2573>
- Quiroz, A. (2019). Historia de la Corrupción en el Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
<https://documentos.memoriayciudadania.org/api/files/1499767039892xjbm50f79167uobb227ggy14i.pdf>
- Ramírez Morales, M. (14 de 10 de 2019). La responsabilidad del extraneus en el marco de los delitos especiales. Una visión del principio de unidad de título de imputación. Ciencia Jurídica, págs. 57-70.
<https://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/323/356>
- Ramos Izquierdo, N. (2023). Responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible [Tesis de licenciatura, Universidad Señor de Sipán]. Repositorio institucional, Chiclayo. <https://hdl.handle.net/20.500.12802/11493>
- Real Academia Española. (2023). Diccionario panhispánico del español jurídico.
<https://dpej.rae.es/lema/extraneus>
- Reátegui, J. (2014). Autoría y participación en el delito. Régimen normativo, doctrinario y jurisprudencia. Gaceta jurídica.

- Red Anticorrupción Latinoamericana. (s.f.). Como afecta el caso Odebrecht a los países de América Latina. <https://redanticorrupcion.com/informes/como-afecta-el-caso-odebrecht-a-los-paises-de-america-latina/>
- Rojas, F. (2007). Delitos contra la administración pública. GRIJLEY.
- Roy, L. (16 de 03 de 2022). Clasificación de los delitos de peligro. (L. Derecho, Productor) <https://lpderecho.pe/clasificacion-delitos-peligro-luis-e-roy-freyre/>
- Salinas Siccha, R. (2015). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. Problemas Actuales de Política Criminal, págs. 93-126. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_04.pdf
- Salinas Siccha, R. (2023). Delitos contra la Administración Pública (6ta ed. ed.). Editorial Iustitia.
- Sierra Nieto, D. (2020). Delitos contra la administración pública cometidos en Colombia y Brasil dentro del caso Odebrecht. [Tesis de maestría, Universidad Santo Tomás]. Repositorio Institucional, Colombia. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/23090>
- Torres Tópaga, W. (2004). Autoría en los delitos de infracción del deber. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5319427.pdf>
- Villa, J. (2008). Derecho penal - Parte General (3era ed. ed.). GRIJLEY.
- Villavicencio, F. (2021). Derecho penal básico. PUCP.
- Zamora Limo, J. (2022). Delitos contra la administración pública [charla]. Ministerio de la Producción. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3619683/Delitos%20contra%20la%20Administraci%C3%B3n%20P%C3%ABlica.pdf>

Anexos

Anexo 01. Esquema del problema de investigación jurídica

| | |
|--|---|
| Título de la investigación: | Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible |
| Problema general: | ¿Cuáles deberían ser los Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el Delito de Negociación Incompatible? |
| Causa del problema | La normativa actual no establece responsabilidad penal para aquellos terceros que resultan favorecidos cuando un funcionario o servidor público comete el delito de negociación incompatible. |
| Consecuencias del problema | A pesar de que los terceros favorecidos en el delito de negociación incompatible participan activamente en la comisión de un tipo penal, su actuar queda impune debido a la falta de tipificación de su conducta. |
| Justificación de la investigación | Sancionar aquellas conductas vinculadas directamente a la comisión del delito de negociación incompatible, con la finalidad de evitar la impunidad de aquellos terceros que resultan favorecidos. |
| Hipótesis general: | Si, para la comisión del delito de negociación incompatible se necesita de la participación de un tercero, entonces deberán tomarse en cuenta los siguientes criterios para sancionar la participación de estos en el delito: 1) El principio de unidad y/o ruptura del título de la imputación: 2) La intervención del tercero en el contrato u operación y su interés en el favorecimiento de este; y 3) El principio de accesoriadad |

Anexo 02. Esquema de la revisión de la literatura de la investigación jurídica

| | | |
|------------------------------------|--|--|
| Título de la investigación: | | Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el Delito de Negociación Incompatible |
| Problema general | | ¿Cuáles deberían ser los Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el Delito de Negociación Incompatible? |
| Literatura Nacional | Título | Aporte a la investigación |
| Abanto (2003) | Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano | Este tipo penal, el funcionario o servidor público atenta contra el correcto funcionamiento de los deberes que se le encomiendan |
| Reátegui (2014) | Vulneración del derecho a la identidad de menores nacidos mediante reproducción asistida | Define como autor a aquella persona que realiza el delito por propia mano y también quien efectúa el hecho empleando a un instrumento (autoría mediata o inmediata), en la cual se determinará el dominio de la voluntad |
| Salinas (2015) | El vacío legal del derecho de inscripción de nacimiento y la afectación del principio del interés superior del niño | Que uno de los postulantes por parte de la teoría de la ruptura del título de imputación es Gunter Jakobs, representante del sistema funcionalista, el cual fundamenta que la participación de delitos especiales de infracción de deber adquiere características distintas frente a la autoría, sin embargo, esta postura es fuertemente rechazada por una gran población jurista |
| Villa (2008) | La insuficiencia normativa en Materia Civil y sus consecuencias en el Registro de Nacimiento de los menores nacidos por sustitución gestacional | La teoría del delito se refiere a todas aquellas características que debe cumplir el delito para ser considerado como tal y, por ende, las personas que se encuentren bajo el juicio de subsunción puedan ser procedas por los mismos, a fin de recibir la sanción respectiva |
| Literatura internacional | Título | Aporte a la investigación |
| Carrada (1996) | Programa de derecho Criminal | Define al derecho como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso” |
| Cruz (2022) | La estructura de las normas en los delitos de preparación. Un estudio a propósito de la legitimidad de la intervención en materia de preparación delictiva | “Los delitos de preparación sancionan una frase previa a la tentativa del delito” |
| Ramírez (2022) | La responsabilidad del extraneus en el marco de los delitos especiales. Una visión del principio de unidad de título de imputación. | Las teorías que alberga al extraneus como participe en delitos de carácter especial, es la teoría de la unidad de la imputación, sin embargo, no deja de hacer mención a su antagonista, la teoría de la ruptura del título de la imputación; |

Anexo 03. Esquema de las bases teóricas de la investigación jurídica

- 2.1. Delito de negociación incompatible: Análisis dogmático
 - 2.1.1. Clasificación
 - a. Delito de peligro abstracto
 - b. Delito de preparación
 - 2.1.2. Tipicidad objetiva
 - a. Sujetos: activo y pasivo
 - b. Bien jurídico protegido
 - c. Conducta punible: interés debido, indebido y mediante actos simulados
 - d. Objeto material: contratos u operaciones
 - 2.1.3. Tipicidad subjetiva
- 2.2. Determinación de la participación a nivel de autoría y complicidad en los delitos especiales
 - 2.2.1. Autoría directa y mediata
 - 2.2.2. Complicidad primaria y secundaria
- 2.3. El tercero favorecido (extraneus) y la responsabilidad penal en los delitos especiales
 - 2.3.1. Nociones generales sobre el extraneus y la responsabilidad penal
 - 2.3.2. La teoría del delito y su desarrollo
 - 2.3.3. La teoría de infracción del deber y la relación con los delitos especiales
 - 2.3.4. Participación del extraneus en delitos especiales
 - a. Unidad y/o ruptura del título de imputación
- 2.4. Análisis jurisprudencial sobre la punibilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible
 - 2.4.1. Análisis de sentencias a favor
 - a. Casación N° 1895-2019/Selva Central
 - b. Casación N° 1765-2019/Lima
 - c. Casación N° 1523-2021/Áncash
 - d. Casación N° 1584-2021/Callao
 - 2.4.2. Análisis de sentencias en contra
 - a. Casación N° 184-2020/ Lima Norte
 - b. Casación N° 841-2015/Ayacucho

Anexo 04. Matriz de consistencia de la investigación jurídica

| | | | |
|---|--|--|--|
| <p>LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: Ordenamiento Jurídico TEMA: Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el Delito de Negociación Incompatible PROBLEMA: ¿Cuáles deberían ser los Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el Delito de Negociación Incompatible?</p> | | | |
| <p>TESISTA: Villa Bazan Valeria Leoned</p> | | <p>ASESOR: Dra. Josune Graciely Paco Armestar</p> | |
| <p>CATEGORÍAS CONCEPTUALES</p> | | <p>OBJETIVO GENERAL</p> | |
| <p>1. Responsabilidad Penal 2. Tercero favorecido (extraneus) 3. Delito de negociación incompatible</p> | | <p>Determinar los criterios de responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible, a través de la jurisprudencia nacional y la doctrina, a fin de uniformizar las decisiones tomadas por las distintas instancias y justificar la necesidad de estos en la emisión de distintos fallos en instancias judiciales.</p> | |
| | | <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> | |
| | | <p>Analizar la figura de la complicidad y su posible aplicación al delito de negociación incompatible, a través de la doctrina nacional e internacional</p> | <p>Comparar las distintas posturas sobre responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible a través de la jurisprudencia nacional.</p> |
| <p>HIPÓTESIS</p> | | <p>Si, para la comisión del delito de negociación incompatible se necesita de la participación de un tercero, entonces deberán tomarse en cuenta los siguientes criterios para sancionar la participación de estos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Principio de unidad y/o ruptura del título de la imputación 2. Intervención del tercero en el contrato u operación y su interés en el favorecimiento de este. | |
| <p>APORTE</p> | | <p>Establecer los Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el Delito de Negociación Incompatible, mismo que se encuentra reconocido en el art. 399 del Código Penal Peruano y se considera como un delito de infracción del deber, por lo cual, de acuerdo a la redacción del tipo penal solo tendría responsabilidad el funcionario/servidor público y no el tercero favorecido; en función a ello, existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales con criterios discrepantes, por lo que resulta necesario el estudio de ello en la presente investigación estableciendo criterios uniformes, es ahí donde radica la razón de ser de esta.</p> | |

Anexo 05. Esquema del diseño metodológico y de los métodos de la investigación jurídica

| Elementos del Diseño Metodológico | Descripción Aplicada a la Investigación |
|--|---|
| Paradigma de la investigación: | Interpretativo (González, 2021): Este tipo de paradigma permite analizar las normas jurídicas y las posturas desarrolladas a nivel jurisprudencial en nuestro país respecto a la determinación de la responsabilidad del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible. El paradigma interpretativo permite poder comprender la realidad social a través de los diversos pronunciamientos a nivel jurisprudencial en cuanto a esta materia. |
| Tipo de investigación: | Investigación aplicada (Universidad Veracruzana, s.f.): La intención de la propuesta realizada en base a los conocimientos adquiridos es que esta sea puesta en práctica de manera uniforme por todos los juzgados penales del país, ello con la finalidad de que determinadas personas intervinientes en actos delictuales como en el de negociación incompatible, no queden impunes debido a que no se ha establecido respecto a él grado alguno de responsabilidad penal. |
| Enfoque: | Cualitativo (Sánchez, 2019): El enfoque cualitativo es un método de investigación que se basa en la recolección y análisis de datos no numéricos para comprender conceptos, opiniones o experiencias, lo cual resulta fundamental para determinar el estado actual respecto a la determinación de la existencia o no de responsabilidad penal en aquellos terceros que resultan beneficiados por la comisión de otros del delito de negociación incompatible. |
| Método de investigación: | Deductivo (Aspasia, s.f.): El método deductivo es un procedimiento de investigación que se basa en un razonamiento lógico que va desde lo general a lo específico |
| Técnicas de recolección de datos: | <ul style="list-style-type: none"> - Análisis documental (Aguirre y Jaramillo, 2012): Es un proceso sistemático de revisión y examen de documentos que tienen información valiosa para el objeto de estudio. - Fichas del estado del arte (Sabino, 2002): es una revisión de las principales contribuciones teóricas y empíricas sobre un tema y señala la importancia de organizar esta revisión en fichas, lo cual facilita el análisis comparativo de los enfoques teóricos y metodológicos que se han aplicado.. - Análisis de tesis previas: Revisión de cinco tesis tanto nacionales como internacionales que abordan la realidad actual sobre la ausencia de criterios que permitan incluir al tercero favorecido como cómplice en la comisión del delito de negociación incompatible. |
| Instrumentos de análisis: | <ul style="list-style-type: none"> - Documentos legales: Códigos penales, leyes nacionales e internacionales, etc. - Tesis: Tres nacionales y dos internacionales que abordan el vacío respecto a la responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible - Libros y artículos: Trabajos de autores como Ramos (2023), Gracia et al (2022), entre otros, que analizan el delito de negociación incompatible. |

Anexo 06. Esquema del diseño metodológico y de los métodos de la investigación jurídica

| | | | |
|---|---|---|---|
| Título de la investigación: | Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el Delito de Negociación Incompatible | | |
| Problema general: | ¿Cuáles deberían ser los Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el Delito de Negociación Incompatible? | | |
| Hipótesis general: | Si, para la comisión del delito de negociación incompatible se necesita de la participación de un tercero, entonces deberán tomarse en cuenta los siguientes criterios para sancionar la participación de estos en el delito 1. Principio de unidad y/o ruptura del título de la imputación 2. Intervención del tercero en el contrato u operación y su interés en el favorecimiento del mismo. 3. Principio de accesoriedad | | |
| Objetivo general (VB + O +C + P): | Determinar los criterios de responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible, a través de la jurisprudencia nacional y la doctrina, a fin de uniformizar las decisiones tomadas por las distintas instancias y justificar la necesidad de estos en la emisión de distintos fallos en instancias judiciales. | | |
| Aporte: | Establecer los Criterios para la determinación de la responsabilidad penal del tercero favorecido en el Delito de Negociación Incompatible, mismo que se encuentra reconocido en el art. 399 del Código Penal Peruano y se considera como un delito de infracción del deber, por lo cual, de acuerdo a la redacción del tipo penal solo tendría responsabilidad el funcionario/servidor público y no el tercero favorecido; en función a ello, existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales con criterios discrepantes, por lo que resulta necesario el estudio de ello en la presente investigación estableciendo criterios uniformes, es ahí donde radica la razón de ser de esta. | | |
| Categorías conceptuales: | 1. Responsabilidad Penal 2. Tercero favorecido (extraneus) 3. Delito de negociación incompatible | | |
| Objetivos específicos (VB + O + C): | Métodos (s) a utilizar | Tesis Relacionados | Actividades por realizar para cumplir los objetivos (Esquema de Resultados) |
| Analizar la figura de la complicidad y su posible aplicación al delito de negociación incompatible, a través de la doctrina nacional e internacional | Doctrinal | Alcedo (2022) “Análisis de aspectos problemáticos de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de negociación incompatible, en la Casación N° 23-2016/ICA” | 1. Analizar el tipo penal de negociación incompatible 2. Analizar la figura de la complicidad 3. Analizar las consecuencias de la aplicación de la complicidad en el delito de negociación incompatible |
| Comparar las distintas posturas sobre responsabilidad penal del tercero favorecido en el delito de negociación incompatible a través de la jurisprudencia nacional. | Comparativo Jurisprudencial | | 1. Análisis y comparación de la jurisprudencia propuesta respecto a los distintos fallos sobre el delito de negociación incompatible |
| Fundamentar los criterios de responsabilidad penal de terceros favorecidos a través de la argumentación jurídica. | Argumentativo | Ramos (2023). “Responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible” Iglesias (2023). “La complicidad en el delito de negociación incompatible. Análisis de la Casación N°184-2020/Lima Norte” | 1. Argumentar sobre la necesidad de crear y aplicar criterios que ayuden a uniformizar la emisión de fallos judiciales en distintas instancias. |

Anexo 07. Tabla 01

| UNIDAD DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN | RUPTURA DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN |
|--|---|
| Imputación unitaria: no importa si el individuo fue autor o cómplice, pues todos son responsables del mismo hecho punible. | Imputación diferenciada: se reconoce que el cómplice y el autor tienen grados distintos de responsabilidad, por lo que no pueden ser tratados de manera unitaria. |
| La participación de cada uno puede influir en la pena, pero no en el título bajo el cual son imputados. | La responsabilidad penal del cómplice es secundaria, y su conducta se valora de manera distinta a la del autor. |
| No se hace una distinción tajante entre el autor y el cómplice en términos de culpabilidad, lo que implica que la responsabilidad penal de ambos es solidaria. | Los cómplices solo responden por la conducta de facilitación, no por el hecho completo. |