



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PARTICULAR
FAVORECIDO EN EL DELITO DE APROVECHAMIENTO
INDEBIDO DEL CARGO**



**PRESENTADO POR
WILLIAM DAVID TRUJILLO PEÑA**

**ASESOR
LUIS ALBERTO PACHECO MANDUJANO**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ
2023**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



UNIDAD DE POSTGRADO

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PARTICULAR FAVORECIDO
EN EL DELITO DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO**

**Tesis Para Optar el Grado Académico de Maestro en Derecho en Ciencias
Penales**

Presentado por:

WILLIAM DAVID TRUJILLO PEÑA

Asesor:

MG. Luis Alberto Pacheco Mandujano

LIMA, PERÚ

2023

DEDICATORIA

A mi familia, de manera muy especial a mi esposa Rebeca e hijos Rebeca y William, por todo el apoyo y la comprensión que me brindan en este camino de la perseverancia y superación.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco de manera infinita a todas aquellas personas que coadyuvaron y aportaron sus conocimientos y consejos en este proyecto.

INDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
RESUMEN	vii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	xi
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO.....	1
1.1. Antecedentes de la investigación.....	1
1.2. Bases teóricas.....	4
1.2.1. Los actos cometidos por los autores funcionarios públicos consistentes en la infracción de un deber.....	5
1.2.2. La complicidad en los delitos de infracción de deber.....	9
1.2.3. Evolución legislativa del delito de aprovechamiento indebido del cargo	11
1.2.3.1. Código Penal de 1836.....	11
1.2.3.2. Código Penal de 1863.....	12
1.2.3.3. Código Penal de 1924.....	14
1.2.3.4. Código Penal de 1991	16
1.2.2. Ubicación sistemática y <i>nomen iuris</i>	24
1.2.3. El bien jurídico protegido	26
1.2.4. Objeto material del delito: los contratos u operaciones	32

1.2.5. Interesarse manera directa.....	37
1.2.6. Interesarse de manera indirecta	37
1.2.7. Legislación comparada.....	38
1.2.8. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito	42
1.2.8.1. Sujeto activo: funcionario o servidor público con deberes especiales	42
1.2.8.2. El Estado como sujeto pasivo del delito	44
1.2.9. Acción típica	46
1.2.9.1. El interés indebido del funcionario o servidor público.....	46
a) El interés indebido como acto unilateral del funcionario o servidor público..	46
b) El interés directo o indirecto o por acto simulado del funcionario o servidor público	54
1.2.10. Marco delictivo del delito de negociación incompatible: los contratos y operaciones	56
 CAPÍTULO II METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	 61
2.1. Tipo de investigación	61
2.2. Métodos empleados en la investigación.....	61
2.3. Niveles de elaboración de la investigación.....	62
2.4. Aspectos éticos	62
 CAPÍTULO III HIPÓTESIS	 64
3.1. Hipótesis principales	64

3.2. Hipótesis específicas.....	64
CAPÍTULO IV LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS DE	
INFRACCIÓN DE DEBER: ESPECIAL ENFASIS EN EL DELITO DE	
APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO.....	
	65
4.1. Cuestiones preliminares.....	65
4.2. Tratamiento de la complicidad del <i>extraneus</i> en delitos de infracción de deber a	
nivel nacional	67
CAPÍTULO V DISCUSIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL	
PARTICULAR FAVORECIDO EN EL DELITO DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO	
DEL CARGO SEGÚN LA CASACIÓN N° 841-2015-AYACUCHO	
	77
CONCLUSIONES.....	88
RECOMENDACIONES	91
REFERENCIAS.....	92
Bibliográficas.....	92
Electrónicas.....	96
Jurisprudenciales	98

RESUMEN

El delito de negociación incompatible (art. 399 CP) alude a una de las modalidades delictivas de corrupción que mayor impacto negativo genera en la sociedad, pues se comete en el contexto de las contrataciones y operaciones destinadas a satisfacer necesidades de la comunidad, no obstante, se han podido advertir ciertas deficiencias interpretativas en torno a su naturaleza dogmática; específicamente, si como delito de infracción de deber admite la participación de un tercero no cualificado. Al respecto, este delito es, en principio, entendido como un delito especial, cuya autoría es atribuida a un funcionario público competente. Además, es un delito de infracción de deber, pues el autor que lo comete infringe un deber especial de probidad, en tanto se trata de un funcionario con competencia en un determinado contrato u operación estatal. Sin embargo, a partir de estas consideraciones un sector de la jurisprudencia ha construido el criterio de no admitir su complicidad. Tal es el caso de la Cas. 841-2015-Ayacucho, del 24 de mayo de 2017, que dio origen a otros pronunciamientos en esta misma línea. Por ello es que en el presente trabajo se someterá a examen la validez de los fundamentos expuestos en la aludida sentencia, que opina por la no punibilidad de la complicidad del delito del art. 399 CP, por no tener en su redacción legal la presencia de un tercero interviniente (como sí lo tiene el delito de colusión) y que marcó el inicio de una postura particular a nivel jurisprudencial. En ese sentido, el problema principal formulado en este trabajo fue el siguiente: ¿la excepción creada por la Casación N° 841-2015-Ayacucho posee fundamentos jurídicos válidos para sostener razonablemente la exclusión del particular favorecido *extraneus* que brinda aporte necesario de forma dolosa al autor? En tanto que, como problemas secundarios se

formularon las siguientes preguntas: ¿Cuál debe ser el fundamento jurídico central que serviría de base para comprender razonablemente a los terceros particulares como cómplices de dicho delito en el proceso penal? y ¿qué sanción le corresponde recibir el *extraneus* que brinda aporte para la comisión del delito bajo estudio tratándose de un delito de infracción de deber? La principal hipótesis sostenida es que la Casación N° 841-2015-Ayacucho yerra en su fundamentación jurídica para validar la exclusión de la participación en el delito de aprovechamiento indebido del cargo. Como hipótesis secundarias se sostuvo que en tanto exista un aporte significativo de manera dolosa por parte de un *extraneus* a la materialización del interés indebido del autor en la contratación pública u operación, le corresponderá recibir la misma sanción penal en calidad de partícipe conforme a los alcances del art. 25 del Código Penal, a pesar de que no concurren en él los elementos especiales del autor funcionario público. Así también, que no constituye regla jurídica el asumir la exclusión de la punibilidad de la participación de los *extranei* en el delito objeto de estudio, por lo que esta afirmación debe dejarse sin efecto inaplicándose en casos futuros sometidos a decisión por el juzgador.

Palabras clave: Aprovechamiento indebido del cargo, Negociación incompatible, Partícipe, Cómplice, Infracción del deber, Delito especial propio.

ABSTRACT

The crime of improper use of the position refers to one of the criminal modalities that generates the greatest negative impact on society, since it is committed in the context of hiring and operations aimed at satisfying collective needs, however, certain interpretative deficiencies have been noted. in the jurisprudence around its dogmatic nature; specifically, if as a crime of breach of duty admits participation. Indeed, the crime of incompatible negotiation is, in principle, understood as a special crime, whose authorship can only be attributed to a competent public official or servant. In addition, it is a crime of infraction of duty, since the author who commits it infringes a special duty of probity, as an official with competence in a certain contract or state operation. However, based on these considerations, a sector of the jurisprudence has constructed the criterion of not admitting complicity in this crime, such is the case of Appeal No. 841-2015-Ayacucho, dated May 24, 2017. For this reason is that in the present work the validity of the foundations exposed in the aforementioned sentence that supports the non-punishability of the complicity of the incompatible negotiation crime will be submitted to examination, and that marked the beginning of a position at the jurisprudential level in this line, as Notice of Cassation No. 184-2020-Lima. For this, the main problem formulated was the following: does the exception created by Cassation No. 841-2015-Ayacucho have valid legal grounds to reasonably support the exclusion of the favored individual extraneous who provides the necessary contribution to the perpetrator of the crime of incompatible negotiation? As secondary problems, the following questions were formulated: What should be the central legal basis that would serve as the basis for reasonably understanding private third parties as accomplices to

NOMBRE DEL TRABAJO

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PART
ICULAR FAVORECIDO EN EL DELITO DE
APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CA
RG

AUTOR

WILLIAM DAVID TRUJILLO PEÑA

RECUENTO DE PALABRAS

25402 Words

RECUENTO DE CARACTERES

136116 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

112 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

260.8KB

FECHA DE ENTREGA

Aug 31, 2023 6:34 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Aug 31, 2023 6:36 PM GMT-5**● 16% de similitud general**

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

- 15% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 10% Base de datos de trabajos entregados
- 3% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

said crime in criminal proceedings? And what sanction does the extraneous who provides support for the commission of the crime of incompatible negotiation receive in the case of a crime of breach of duty? The main hypothesis sustained is that Cassation No. 841-2015-Ayacucho errs in its legal basis to validate the exclusion of participation in the crime of improper use of the position or incompatible negotiation. As secondary hypotheses, it was argued that as long as there is a significant contribution intentionally by an outsider to the author's undue interest in public procurement or operation, he will receive the same criminal sanction as a participant in accordance with the principle of accessory. limited, even though the special elements of the public official author do not concur in it. Likewise, it is not a legal rule to exclude the punishability of the participation of foreigners in the crime of incompatible negotiation despite having benefited from improper private interest.

Keywords: Improper use of the position, Incompatible negotiation, Participant, Accomplice, Breach of duty, Own special crime.

INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta que este delito solo puede ser cometido por un funcionario público que muestre un interés de naturaleza indebida en cualquier contrato o transacción en la que intervenga por razón de su cargo, el delito negociación incompatible es un delito especial propio y de infracción de deber. De la redacción de la norma (art. 399 CP) se desprende que para que se configure este delito no se exige que intervenga un tercero, porque no se trata de un delito de encuentro o de participación necesaria, como sí lo es, el delito de colusión. Sin duda alguna, esto ha generado diversas opiniones que afirman que el *extraneus* que interviene de manera dolosa en la comisión de este delito no respondería, en ningún caso, como partícipe. Es decir, no se admite la participación de un tercero en el delito de negociación incompatible. Al ser el delito de negociación incompatible un delito especial, solo puede tener la calidad de sujeto activo el funcionario público que tenga una relación funcional con el objeto del delito, y la configuración típica del delito de negociación incompatible no permite la intervención de un tercero, esto se ha señalado expresamente a través de la Casación N° 841-2015-Ayacucho. Aunque este pronunciamiento no tiene carácter vinculante, fue replicado en otros pronunciamientos judiciales para descartar la posibilidad de que los terceros no reciban la sanción penal que les correspondería como partícipes, generando con ello un efecto negativo: que en los procesos judiciales donde se impute a los terceros, el hecho de haberse favorecido en los contratos u operaciones de carácter público, mediante la realización de un aporte necesario y doloso para su configuración, escapen del ámbito de persecución penal. Tal criterio judicial se opone a la posición, no solo de la doctrina mayoritaria, sino también de lo concluido en el

Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, cual es que “los *extranei* responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcional realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público”. En ese orden de ideas, en el presente trabajo no se desarrollará, entonces, la posición mayoritaria asumida por la doctrina y jurisprudencia respecto a la participación de los terceros en los delitos funcionariales, porque respecto a este punto ya existe posición unánime, que incluso, el modificado artículo 25 de nuestro Código Penal la respalda; sino que se someterá a análisis la excepcionalidad planteada en la Casación N° 841-2015-Ayacucho, y si este resulta válido para amparar sus conclusiones.

La presente investigación encuentra su justificación, en el ánimo de generar uniformidad en la jurisprudencia del subsistema anticorrupción y la Corte Suprema de Justicia de la República, en aras de contribuir con la seguridad jurídica y predictibilidad en la resolución de casos penales referidos a la autoría y participación en el delito de negociación incompatible, como manifestación del principio de legalidad penal en la administración de justicia. Bajo estas consideraciones, el problema principal se representó en la pregunta: ¿la excepción creada por la Casación N° 841-2015-Ayacucho posee los fundamentos jurídicos válidos para sostener razonablemente la exclusión del *extraneus* como partícipe del delito de negociación incompatible?

El contenido de la tesis presenta los siguientes apartados: Capítulo I, correspondiente al Marco Teórico. El Capítulo II, que contiene la metodología empleada para la elaboración de este trabajo. El Capítulo III, que pertenece a las Hipótesis principal y secundarias. El capítulo IV concerniente al tratamiento de la participación del *extraneus* en los delitos de corrupción de funcionarios y en particular del delito de

negociación incompatible; y, finalmente el Capítulo V, que recoge la discusión en torno a la fundamentación sostenida en la Casación N° 841-2015-Ayacucho respecto a la exclusión de punibilidad de la participación del *extraneus* en este delito, así como la validez o invalidez de sus argumentos. Finalmente se enunciarán las principales conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

Consideramos necesario citar algunas investigaciones que abordaron de manera general el delito y su tratamiento en el sistema de justicia para entender la importancia del estudio de esta modalidad de corrupción. En ese sentido, de las investigaciones nacionales, se pudo advertir lo siguiente:

1.1.1. Antecedentes nacionales

El primer estudio de investigación examinó la participación de los *extranei* en delitos específicos. Se basó en la idea de que la participación del *extraneus* en delitos se rige por el principio de accesoriedad, en virtud del cual la conducta del *extraneus* está subordinada a la del autor, que es el responsable de la situación de acuerdo con la teoría del control del acto y que también es titular del deber especial infringido de acuerdo con la teoría de la infracción del deber. En ese sentido, la participación es una forma de extensión de la punibilidad, cuya configuración gira en torno a la conducta del autor (Luyo Clavijo, 2017).

Asimismo, se sostiene que la tesis de la ruptura del título de imputación basándose en el artículo 26 CP es fruto de una interpretación errónea, por lo que dicho artículo debe interpretarse de conformidad al artículo VII del Título Preliminar CP, referido a la responsabilidad penal (culpabilidad), mas no a la tipicidad o antijuridicidad,

siendo que, la característica de sujeto especial se encuentra en la tipicidad. (Luyo Clavijo, 2017).

Además, la teoría de la unidad del título de imputación es más correcta porque se fundamenta en el postulado fundamental de la participación: la accesoriedad. En consecuencia, el *extraneus* que colabore en la realización de un delito será considerado cómplice o instigador porque su participación en la comisión de un delito abarca todos sus aspectos siempre que sea consciente de ellos. Es aquí donde entra a tallar el elemento subjetivo de la participación, el doble dolo. (Luyo Clavijo, 2017).

El aspecto procesal referido a la probanza del dolo se entremezcla con el aspecto sustantivo en una tercera investigación, por cuanto al hablar de la probanza de la comisión de este delito inevitablemente se aludirá a la tipicidad subjetiva. Así, en la investigación titulada “La prueba del dolo en el delito de negociación incompatible”, previo a hablar del aspecto procesal, se hizo un desarrollo de la tipicidad subjetiva y, además, se citaron a distintos autores que apoyan la tesis de la participación punible en este delito, entre ellos a Abanto Vásquez (2004). (Obregón Fernández, 2018).

Un trabajo que probablemente se acerque más al problema de investigación puede encontrarse en la tesis titulada “La participación en el delito de negociación incompatible”. En ella se analizó el acierto de adoptar el criterio de la imposibilidad de punir al tercero en el delito del art. 399 CP. Así, se concluyó que al no estar prevista la complicidad del *extraneus* en el tipo penal y al tratarse de un delito especial, solo se puede responsabilizar a un funcionario o servidor público con vínculo funcional, se determinó la imposibilidad de que el Estado ejerza su potestad

sancionadora porque no se puede castigar una acción que no está regulada o prevista en la ley. Esta afirmación, sin embargo, se contradice con lo que se expresa luego (en el mismo trabajo), al reconocer que existe una disposición en el Código Penal, como es el art. 25, que sanciona al partícipe del delito, aunque no concurren en él los elementos especiales del autor. (Miranda Pimentel y Honores Yglesias, 2022).

Se argumentó que la teoría del incumplimiento del deber debería utilizarse para determinar quién es penalmente responsable como autor y partícipe en delitos en los que intervienen varias personas. Desde el punto de vista de Roxin, esta teoría puede asumirse de la siguiente manera:

Responde como autor del delito funcional quien interviene en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal, y responderá en calidad de cómplice quien también participa en la comisión del delito, pero sin infringir el deber especial, simplemente porque no es portado de él. Optando por la teoría de la unidad del título de imputación, tanto autores como partícipes responden por el mismo delito de infracción de deber realizado y en su solo proceso penal (Salinas Siccha, 2020, p. 393).

Finalmente, la investigación titulada “Determinación de la intervención del tercero beneficiado – *extraneus*, en la estructura típica del delito de negociación incompatible”, desarrolla el tema estudiado, cuyas conclusiones fueron las siguientes: en las contrataciones públicas, el *extraneus* ejecuta conductas activas y necesarias para el cumplimiento de la propia contratación y del interés indebido del funcionario público. Asimismo, sin más, se afirma que, bajo el principio de

legalidad y la aplicación sistemática de la ley penal, el *extraneus* sí puede ser parte del delito de negociación incompatible como cómplice (Velásquez Miranda, 2022).

1.1.2. Antecedentes internacionales

La legislación chilena no fue ajena a la regulación del delito sujeto a estudio. Su incorporación tuvo lugar en el año 1875 con el Código Penal de Rengifo y el ámbito de su ejecución pasó de ser en el ámbito público para también cometerse en el sector privado. Al igual que en la legislación penal peruana, “se trata de un delito especial propio, de mera actividad y de peligro abstracto, cuyo objeto de imputación es el acto, contrato u operación del cual se toma interés” (Rodríguez Cano y Cueto, 2019, p. 64). En la investigación chilena que recoge estas consideraciones, se sostuvo, además, que bajo el tenor de este delito se puede imputar bajo título de cómplice a un tercero interviniente, de acuerdo con el art. 16 CP de Chile.

En una segunda investigación se ha expuesto que la actividad contractual del Estado peruano ha sido un aspecto vulnerado por la corrupción, en razón de ello, se implementaron medidas no jurídicas (transparencia en las contrataciones, profesionalización de los funcionarios, pactos éticos y otros) para prevenir este flagelo; sin embargo, tal medida resulta aún insuficiente. Sin duda, se han planteado líneas de trabajo y podrán adherirse muchas otras que se constituyan en mecanismo eficaz contra posibles prácticas corruptas, pero lo que debe quedar claro es que el éxito de todas estas dependerá de la apertura del Estado a ser sujeto de fiscalización en todas sus instancias (Díaz Castillo, 2016).

1.2. Bases teóricas

1.2.1. Los actos cometidos por los autores funcionarios públicos consistentes en la infracción de un deber

En la dogmática moderna, la diferenciación entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber es defendida por un sector de la doctrina a partir de su formulación originaria por Roxin. La diferenciación parte del presupuesto de que las expectativas normativas que se ven garantizadas por las normas penales admiten distintos modos de defraudación, se reflejan en distintos mecanismos de imputación de la responsabilidad y, por tanto, condicionan la estructura del delito.

El presupuesto básico de la diferenciación es el siguiente: en los delitos de dominio se incumple un mandato general que incumbe a cualquier persona, y que tradicionalmente halla expresión en el aforismo *neminem laedere*. Los delitos de infracción de un deber presuponen, por el contrario, el incumplimiento de mandatos especiales de los que son destinatarios ciertos grupos de personas (Roxin, 2000).

Desde una perspectiva funcionalista, el sustrato de los delitos de dominio lo conforman el rol del ciudadano al que se hallan vinculadas expectativas que toman como referencia lo que cada uno organiza de forma individual o conjuntamente con otros. Ciertamente, la mayoría de los delitos de dominio son delitos comunes, es decir, que el sujeto activo de los mismos puede ser cualquier persona. Sin embargo, un sector de la doctrina entiende que también son delitos de dominio determinados delitos especiales, en los que lo determinante no es la existencia de una vinculación de esferas, sino la creación de riesgos desaprobados que dimanen del propio ámbito organizativo. Lo determinante en estos delitos no lo conforman un rol especial, sino una posición determinada del rol general de ciudadano (García Caveró, 1999).

La inclusión en la categoría de los delitos de dominio de determinados *delitos especiales* es rechazada por un sector de la doctrina que considera que el injusto típico de estos delitos lo conforman la infracción de un deber (Schünemann, 1979). La discusión no es meramente nominal, sino conceptual, y condiciona la propia estructura de la imputación jurídico-penal en esta clase de delitos.

Como se conoce, los delitos de infracción de un deber deben su formulación a Roxin, quien desarrolla la categoría a los efectos de establecer reglas especiales de autoría y participación en determinados delitos comisivos, de los que constituye el paradigma los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo. En lo que concierne al CP peruano, se trata de los delitos regulados en los arts. 376 al 401. Tomando como ejemplo el delito de tortura, Roxin señala que, “si alguien induce a un funcionario a realizar tortura, ostenta el dominio del hecho. No obstante, no puede ser considerado autor de la tortura. La razón estriba en que el tipo presupone un funcionario como sujeto del delito” (Roxin, 2000, p. 385). En el delito de tortura la cualidad de funcionario constituye requisito imprescindible de la autoría y, en este sentido, no puede ser equiparado al resto de los elementos típicos ordinarios.

La conclusión a extraer, tomando como referencia el postulado del que se parte, no pueda ser otra que la de considerar exclusivamente como autores de esta clase de delitos a los *intranei*. Sin embargo, la condición formal de funcionario no es lo que determina si se comete un delito, ya que cualquier delito cometido por alguien con esta condición tendría que considerarse como un delito cometido por un funcionario. Lo que importa es la obligación concreta de haber recibido un determinado encargo que cumplir. (Suárez González, 2001).

Las conclusiones dogmáticas que pueden extraerse en materia de autoría y participación son las siguientes: en cuanto a la coautoría, la asunción del dominio del hecho no se aplica en los delitos consistentes en la infracción de un deber. Lo relevante es la vulneración del deber, y ello aun cuando, en el caso concreto, no exista una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho. (Suárez González, 2001). Los principios que rigen la autoría en esta clase de delitos son también aplicables a los supuestos de autoría mediata. Mientras en los delitos de dominio es autor quien dirige, dominándolo, el acontecer causal por medio de coacción o engaño a otro, en los delitos de infracción de deber basta que aquel a quien le incumbe el deber deje de realizar la acción a alguien que se encuentra al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría (Roxin, 2000).

La diferencia entre estos supuestos y los de coautoría estriba en que la coautoría quienes cooperan para alcanzar el resultado se encuentra igualmente obligados, mientras que, en la autoría mediata, el ejecutor es, por principio, un *extraneus*. Y en esta medida, su responsabilidad solo puede venir determinada, en su caso, a título de partícipe. Partícipe es aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial que fundamenta la autoría. La participación es “intervención sin infracción de deber especial” (Roxin, 2000, p. 394).

Una concepción de estas características implica otorgar conceptualmente a los delitos de infracción de deber un ámbito amplio. Indudablemente, todos los delitos de funcionarios, propios e impropios, entran dentro de la categoría. Pero no solo estos, sino también los delitos profesionales, el abuso de confianza o administración desleal, el incumplimiento de determinadas obligaciones familiares y los incumplimientos de tareas de asistencia y guarda. En todas estas figuras delictivas, la infracción del deber resulta evidente *per se*.

Los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo son las manifestaciones de aquellos que se cometen a través de la infracción de un deber. La doctrina más moderna entiende que la administración pública, como bien jurídico protegido, en estos delitos, desempeña los cometidos que se le asignan al concepto de bien jurídico (Feijoo Sánchez, 1997).

La doctrina mayoritaria concibe a la administración pública como bien funcional, con lo que se hace referencia al "correcto funcionamiento". Por lo tanto, lo que se protege no es un concepto abstracto separado de su finalidad jurídico-social. A este respecto, se ha señalado que "el marco institucional en el que se desarrolla la actividad pública no puede aislarse de la protección penal de la actividad pública.

Las disposiciones constitucionales desarrolladas en este ámbito deben observarse si es necesario para garantizar el correcto desempeño de la función pública. La referencia a los conceptos e ideales que articulan fundamentalmente su funcionamiento es crucial precisamente por eso. Este modo de enfocar la cuestión se traduce en una negación categórica de la protección de la Administración, así como de su prestigio y dignidad, y en el reconocimiento de que el único interés merecedor de protección es la actividad pública, o los servicios que los distintos poderes del Estado ofrecen a los ciudadanos en el marco de un Estado de Derecho. En este contexto jurídico-político, la actividad pública no se justifica ni legitima por sí misma, "sino en cuanto instrumento al servicio de los ciudadanos, como actividad prestacional, dirigida a la satisfacción de intereses generales" (Morales Prats y Rodríguez Puerta, citado por Feijoo Sánchez, 1997, p. 2).

Por último, al ser la condición de funcionario un elemento esencial del tipo no basta con que el hecho sea cometido "con ocasión del cargo". Los supuestos en los que

el funcionario realice el hecho aprovechándose de la función ostentada con anterioridad, deben ser calificados como delitos de dominio en la medida en que ello sea posible (Suárez González, 2001).

1.2.2. La complicidad en los delitos de infracción de deber

La discusión moderna en realidad no tiene como centro de análisis determinar si un *extraneus* puede ser sancionado o no cuando brinda aportes (primarios o secundarios) al autor de un delito de infracción de deber, sino que el tema objeto de atención es si el partícipe *extraneus*, que indiscutiblemente recibe una sanción en tanto contribuya a la ejecución del delito, le corresponde recibir una pena atenuada o de similar intensidad que el autor, ya que si bien coopera a su realización, “lo realiza sin lesionar el deber especial extrapenal que fundamenta la autoría” (Rueda Martín, 2004, p. 503), es decir, no cuentan el “estatus de garantes a la tutela institucionalmente asegurada de un bien” (Sessano Goenaga, 2006, p. 13, citando a Jakobs, 2001).

La jurisprudencia nacional adoptó determinados criterios que resuelven aspectos vinculados a la sanción de los funcionarios y servidores públicos. Uno de los temas problemáticos satisfactoriamente resueltos por la jurisprudencia fue el de la responsabilidad penal de las personas que no ocupaban cargos públicos, pero que participaban en la comisión de delitos de corrupción (responsabilidad penal del *extraneus*). Así, la jurisprudencia validó el respecto al llamado principio de “unidad del título de imputación penal” según el cual la persona que, sin ostentar un cargo público, participa en la comisión de un acto de corrupción responde penalmente como cómplice o instigador de dicha conducta delictiva. El Acuerdo Plenario N° 2-

2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2012, en su Fundamento: “serán partícipes quienes, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única”.

A pesar de la aparente claridad de esta idea, hubo un pasaje en el desarrollo jurisprudencial que entendía, contrariamente a la unidad del título de imputación en los delitos de infracción de deber, que los *extraneus* no deberían responder penalmente por los delitos de corrupción a título de partícipes, como se puede desprender de la Casación N° 782-2015-Del Santa, del 6 de julio de 2016:

El artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que, en los delitos especiales, el estatus de autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta a él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición de particular del agente, todo aquel que no la tengo escapa del radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad. (Fundamento 10).

No obstante, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial se ha nutrido constantemente de la casuística tan enriquecedora, al punto de que este criterio cambió hasta adquirir predominancia la teoría de la unidad del título de imputación. Cabe decir que actualmente el artículo 25 del Código Penal en su tercer párrafo regula la teoría de unidad del título de imputación.

1.2.3. Evolución legislativa del delito de aprovechamiento indebido del cargo

1.2.3.1. Código Penal de 1836

El fugaz CP de 1836 -o CP de Santa Cruz- fue inspirado en el modelo español de 1822, cuya influencia, a su vez, fue “el Código de Napoleón de 1810, derivado del movimiento de la Enciclopedia y codificador francés” (Hurtado Pozo, 1979, p.45). De la lectura de su contenido, el tipo penal que se asemeja al actualmente denominado por nuestra legislación penal como delito de negociación incompatible, se ubicaba en los arts. 371 y 372 de dicho cuerpo, de la siguiente manera:

Título VI

De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos

(...)

Capítulo IV

De los funcionarios públicos que ejercen negociaciones en obligaciones incompatibles con su destino.

Art. 371. Cualquier funcionario público o comisionado en nombre del Gobierno, que abiertamente, o por medio de algún acto simulado, por interpuesta persona, tome para sí, en todo o en parte, finca o efecto, en cuya subasta, arriendo, adjudicación, embargo, secuestro, partición judicial, depósito o administración intervenga en aquel acto por razón de su cargo u oficio, **o bien entre al partir en alguna otra negociación o especulación de lucro o interés personal relativa a las normas fincas o efectos, o a cosa en que tenga igual**

intervención oficial, perderá su empleo o cargo, no podrá volver a obtener otro alguno, en el espacio de dos a seis años, ni el juez ejercer más la judicatura; y pagará una multa de seis al veinte por ciento del importe de la finca, efecto o interés de la negociación, siendo además nula cualquier adquisición que haga de esta manera. (Énfasis nuestro).

Art. 272. Iguales penas sufrirán los que interviniendo de oficio en los actos expresados con el carácter de peritos, tasadores, agrimensores, contadores o defensores judiciales, incurran en el propio delito; y así como los tutores, curadores y albaceas testamentarios que lo cometan con respecto a los bienes de sus pupilos o testamentarios. [sic]

1.2.3.2. Código Penal de 1863

Más tarde, con la aplicación del CP de 1863, el tipo penal conllevaba también la amenaza de inhabilitación y multa en función del valor de los bienes o servicios tomados en el negocio. Un aspecto que merece resaltar de los dos textos punitivos es que, “tras la comisión del ilícito, el agente público no era conminado a la pena privativa de la libertad, consecuencia ciertamente benevolente” como lo refiere Viterbo Arias (1898, p. 125).

El delito de aprovechamiento indebido de la posición se agrupaba en el CP de 1863 con figuras delictivas que, en nuestro CP actual, serían equiparables a los delitos de colusión, extorsión y cobro indebido, bajo el título *De los fraudes y exacciones legales*.

Sin mencionar los cargos relacionados con los de concusión y cobro indebido, es importante considerar qué quiso decir el legislador cuando agrupó los delitos de cooperación y aprovechamiento indebido del poder. Aunque se desconocen los criterios utilizados para agrupar los demás delitos de extorsión y cobranza indebida con los de aprovechamiento injusto del cargo y colusión, todos los indicios apuntan a la reforma de 1850 del Código Penal español de 1848 como la razón de la peculiar sistematización, que los incluyó en el Título XV denominado Fraudes y Exacciones. (artículos 323 al 328).

Según Viterbo Arias (1898), debido a la necesidad de asegurar el beneficio buscado en toda contratación pública bajo la intervención del funcionario estatal y evitar el deterioro de los ingresos o servicios públicos, se incorporó al Código Penal peruano el delito de aprovechamiento indebido de cargo. Asimismo, “que su configuración implicaba una prohibición legal infringida, como lo era la contratación de personas impedidas por ley a ocultas o bajo engaño, aun cuando tal acto no genere perjuicio económico al Estado” (Viterbo Arias, 1898, p. 488).

La redacción del tipo penal bajo estudio en este segundo texto punitivo fue la siguiente:

Sección V

De los delitos peculiares a los empleados públicos

Título X

De los fraudes y exacciones

(...)

Artículo 201. El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con inhabilitación especial en segundo grado, y multa de 10 a 50 % sobre el valor de la parte que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación o partición intervinieren, y a los guardadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias (Bramont Arias, 1966, p. 223).

1.2.3.3. Código Penal de 1924

Como señala Villavicencio (2014), por primera vez, la influencia sustancial de la experiencia codificadora suiza y, en menor medida, de las experiencias italiana, argentina y uruguayana se reflejan en este segundo Código Penal peruano, expedido el 28 de julio de 1924 y promulgado por Ley N° 4868. Hurtado Pozo (1987) aún a lo dicho el proyecto sueco de 1918, cuyo aporte fue mínimo, pero no irrelevante, pues gracias a su influencia se adoptó en nuestra legislación el sistema de días-multa. Además, afirma que los delitos contra el Estado se cometieron en un orden similar al de las iniciativas suizas.

Bramont Arias (1966) definió la versión del delito estudiada como "negociaciones incompatibles con las funciones públicas" en el artículo 345. El Anteproyecto de Código Penal de 1877 y el Proyecto de Código Penal de 1916 fueron sus precursores nacionales, como señaló el eminente académico. El artículo 178 del

Código Penal uruguayo de 1889 y el artículo 265 del código argentino de 1921 son ejemplos de fuentes extranjeras. Por su parte, Abanto Vásquez (2001), afirma que su fuente proviene, además de este último, del artículo 324 del Código Penal italiano de 1830, y artículo 175 del CP francés de 1810.

La decisión puede haberse tomado por este motivo, ya que el legislador importa con frecuencia versiones extranjeras. Hurtado Pozo (1987) apoya esta idea así:

La influencia argentina implica el mantenimiento de las disposiciones de tradición española. Esta influencia se halla presente, sobre todo, en las normas nacionales que prevén los delitos de (...), concusión (*arts. 343-345*) (...). No significa que todas estas disposiciones hayan sido simplemente importadas por el legislador peruano; buena parte de ellas ya estaba en el Código peruano derogado (p. 54)

Por otra parte, el término "funcionario" se utilizaba a veces para preceder a la expresión "empleado público", lo que indicaba que el legislador sentía la necesidad de distinguir entre ambos términos. Para Bacacorzo (2002), 'empleado público' guardaba identidad con la expresión "servidor público". Por lo tanto, puede decirse que el CP de 1924 permitía distinguir entre las expresiones "funcionario público" y "agente público" debido a la autoridad decisoria.

Sección XIV

Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales

Título II

Conclusión

(...)

El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente, se interese en cualquier clase de contrato u operación, en que deba intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días.

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

Merece la pena mencionar una norma administrativa por la singular forma en que se refiere a la conducta desviada del funcionario público y sus consiguientes efectos jurídicos en uno de sus artículos, a pesar de que antaño se pensaba que el derecho penal era una herramienta importante para regular y castigar la conducta de los empleados públicos en perjuicio del Estado.

En consecuencia, la Nueva Ley de Municipalidades, aprobada por Ley de 14 de octubre de 1892, contenía la siguiente disposición en su artículo 128: "El Funcionario Municipal que subastare o contratare cualquiera de las Dependencias Municipales, valiéndose de persona interpuesta o en cualquier otra forma Simulada o Fraudulenta, será inmediatamente sometido a juicio o separado del ejercicio de sus funciones".

1.2.3.4. Código Penal de 1991

El tercer Código Penal (CP) peruano entró en vigencia con la publicación del Decreto Legislativo N° 635, que añadió las palabras "o por acto simulado" a las ediciones anteriores del delito de aprovechamiento injusto de un cargo. Se utilizó el término "servidor público" en lugar de "empleado público". Además, se trasladó de la categoría de delitos de "concusión" al área de delitos de "corrupción de funcionarios", donde se clasificó junto con el cohecho, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito.

En la introducción a la primera edición de su obra en colaboración, Código Penal anotado, Bramont Arias (2004) señala que este CP se basó en comparaciones con otros códigos y proyectos, entre ellos los proyectos de CP español de 1980 y 1983, el CP portugués de 1982, el CP alemán de 1975, el CP portugués de 1980, el CP colombiano de 1980, el CP brasileño de 1984, y el CP colombiano de 1980, "que trataron de perfeccionar nuestro Derecho Penal, corrigiendo sus defectos" (Bramont Arias, 2004, p. 7)

El nuevo legislador ha añadido la pena de privación de libertad a estas repercusiones legales, que antes se limitaban a la inhabilitación (como en la antigua versión de 1863) y a la multa (añadida en el CP de 1924). Cabe señalar también que, de conformidad con el mismo artículo 386 del CP, el segundo párrafo que se refería a la intervención penal de peritos, árbitros y contadores dejó de aplicarse conjuntamente con el delito de aprovechamiento indebido de posición, y ahora sólo es aplicable a los delitos de colusión y patrocinio ilegal.

Título XVIII

Delitos contra la Administración Pública

(...)

Capítulo II

Delitos cometidos por funcionarios públicos

(...)

Sección IV

Corrupción de funcionarios

(...)

Artículo 397.- El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

El artículo único de la Ley N° 27074, de 26 de marzo de 1999, agregó por primera vez la palabra "indebidamente" al artículo original, quedando el texto legal regulado de la siguiente manera:

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

La iniciativa legislativa de dicha modificación la tuvo el congresista Samalvides Dongo, del partido político Cambio 90-Nueva Mayoría, quien en su proyecto de ley N° 3872/1998, advirtió que en el texto legal no se precisaba el interés específico que debía motivar al agente a perpetrar el delito, lo cual -sostuvo- no se sujetaba al

principio de legalidad en sentido estricto, por lo que propuso que su redacción fuera modificada así:

El funcionario o servidor público que en provecho propio o de un tercero, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

No obstante, conforme se advierte del resultado de la modificación, su propuesta no fue aceptada en toda su entidad, a pesar de que con la inclusión del vocablo “indebidamente” se reconoció de manera implícita que la redacción anterior no era del todo compatible con el principio de legalidad.

El artículo 1 de la Ley No. 28355, publicada el 6 de octubre de 2004, hizo una segunda revisión. Se agregó al lenguaje legal la frase "en beneficio propio o de un tercero", la cual fue trasladada al artículo 399 del CP. Además, el propio texto impuso una pena de inhabilitación y agravó la pena de privación de libertad, de la siguiente manera:

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.

El Ministerio Público, representado por la entonces Fiscal de la Nación, Nelly Calderón Navarro, tomó la iniciativa legislativa para esta reubicación y segunda modificación. La propuesta formaba parte del Proyecto de Ley No. 4851/2002-CR, también conocido como Proyecto de Ley contra la Corrupción y el Crimen Organizado, presentado el 4 de diciembre de 2002. En él se planteó una considerable reforma de normas penales y procesales en materia de corrupción y crimen organizado. El texto legal propuesto fue el siguiente:

El funcionario o servidor público que en provecho propio o de tercero, se interesa en cualquier contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo, empleo o comisión, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años.

El dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del 19 de marzo 2004, aprobó dicha propuesta solo parcialmente, precisando lo siguiente:

El proyecto de ley materia de análisis propone las siguientes modificaciones al texto legal: **i)** Se sustituya la frase ‘que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado’, por la locución ‘que en provecho propio o de tercero’; **ii)** agregar las palabras ‘empleo o comisión’ a continuación de la frase ‘por razón de su cargo’; y **iii)** agravar la penalidad prevista (párr. 11).

En cuanto a la sustitución propuesta, se indicó que no era de recibo por no ser lógica, pertinente ni recomendable, en la medida en que se estaría reduciendo el tipo a la modalidad de comisión directa, lo cual no sería congruente con el propósito del proyecto de ley. No obstante, en cuanto a la inclusión de la locución “en provecho propio o de tercero” se explicó lo siguiente: “El Código Penal colombiano

en su artículo 145 la incluye expresamente, pues habla de ‘interesarse en provecho propio o de tercero’. No obstante que nuestro texto legal no trate una fórmula similar, la doctrina nacional lo ha entendido en dicho sentido” (párr. 12).

En efecto, la doctrina nacional asume que el “interesarse por cualquier contrato u operación”, significa hacer intervenir en ellos un interés particular, ajeno a la administración, siendo por ello irrelevante si éste es para sí mismo o para un tercero. Dicho interés, dentro de los actos en que se da (contrato u operaciones) reviste naturaleza económica (provechos). Sin embargo, a fin de evitar cualquier interpretación restrictiva que limite los alcances del tipo, esta Comisión opina favorablemente a la inclusión en el texto legal de la frase aclaratoria en referencia.

En lo que corresponde al segundo aspecto de la propuesta modificatoria se indicó que “no es necesario agregar las palabras ‘empleo o comisión’ a continuación de la frase ‘por razón de su cargo’, pues esta última engloba a las anteriores” (párr. 13).

En cuanto a la agravación de la pena, se consideró que debía ser regulada en congruencia con el principio de proporcionalidad, por lo que se planteó un texto sustitutorio referido al artículo 399 del CP en los siguientes términos:

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco.

La propuesta legal de la Comisión fue ampliamente aprobada y promulgada tras el correspondiente debate parlamentario. Como se desprende del texto de la Ley N° 28355, finalmente se mejoraron los términos mínimos y máximos de la pena

privativa de libertad, así como la pena de inhabilitación. El artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013, agregó una consecuencia jurídica al lenguaje legal correspondiente al delito de negociación incompatible, quedando regulado hasta la actualidad de la siguiente manera:

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.

La iniciativa legislativa de esta nueva modificación la tuvo la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), haciéndola suya el Poder Ejecutivo -La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción fue creada mediante el D. S. N° 16-2010-PCM, y reconocida por la Ley N° 29976. Se encuentra integrada por las instituciones públicas, privadas y la sociedad civil. Conforme al art. 1 de dicha ley, la finalidad de la Comisión es “coordinar acciones y proponer políticas dirigidas a prevenir y combatir la corrupción”-. El proyecto de ley correspondiente fue presentado el 16 de julio de 2013, y fue signado con el N° 2470/2012-PE, denominándose “Ley que incorpora la pena de multa en los delitos de corrupción”. Se señaló que la finalidad principal era cumplir con uno de los objetivos específicos del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016 (Aprobado mediante D. S. N° 119-2012-PCM, del 9 de diciembre de 2012): la sanción eficaz de la corrupción en el ámbito judicial, asegurando un marco normativo que permita luchar frontalmente contra la corrupción, y adecuando la legislación penal a los estándares internacionales.

Como exposición de motivos, y partiendo de la premisa de que la corrupción amerita la máxima atención por parte de las agencias de persecución penal en los planos preventivo y represivo, se señaló lo siguiente:

De la revisión de los delitos de corrupción previstos en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del CP, se advierte que la pena de multa está tipificada únicamente para los delitos de cohecho pasivo específico y cohecho activo específico (artículos 395 y 398). El proyecto de ley se sitúa en el ámbito de la respuesta punitiva para determinadas figuras delictivas que atentan contra la Administración Pública, incorporando la pena de multa para los agentes del delito (párr. 3).

Se busca subsanar teniendo en cuenta los estándares internacionales y la tendencia de las legislaciones penales afines, una omisión que se advierte a lo largo de casi todo el Capítulo II del Título XVIII del CP. En tal sentido, Para la incorporación de la pena de multa se han tenido en cuenta los delitos de concusión, peculado (sólo sus modalidades dolosas), colusión desleal, malversación, cohecho en sus diversas formas, incluido el cohecho internacional, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

Por otro lado, con la finalidad de velar por el principio de proporcionalidad de las penas y guardar coherencia con la legislación existente, se tiene como referencia el *quantum* legal previsto en otros ilícitos como el del artículo 395 CP, que contempla penas de multa distintas en atención a la gravedad del injusto de cohecho, esto es, en función al distinto desvalor que comporta que el funcionario

solicite una ventaja económica a que sea el particular el que la ofrezca el funcionario se limite a aceptarla.

En consecuencia, respetando estos parámetros, se han planteado esos mismos niveles de multa para los delitos mencionados, atendiendo a su gravedad y a la pena conminada. Finalmente, dicha propuesta fue aprobada tanto por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, como por el Congreso de la República, haciéndose efectiva la modificación mediante la Ley N° 30111.

Actualmente, el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, (Proyecto de nuevo Código Penal, de mayo de 2016) no plantea modificaciones de tipicidad.

1.2.2. Ubicación sistemática y *nomen iuris*

Por su actual ubicación en la Sección IV, el legislador determinó que este delito se desarrolla en un contexto de corrupción: corrupción de funcionarios, junto con los tipos penales de cohecho pasivo propio, cohecho pasivo internacional, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, cohecho pasivo de auxiliares jurisdiccionales, cohecho pasivo genérico, etc.

Pero lo primero que se me ocurre es: ¿Qué entendemos por corrupción? Hay numerosas respuestas, una de ellas la aporta la definición de la Real Academia Española, que la describe como el acto de utilizar los recursos de las instituciones públicas, especialmente las públicas, en beneficio propio. En su informe de mayo, la Defensoría del Pueblo (2017) definió la corrupción como:

(...) el mal uso del poder público, entendido con el incumplimiento de los principios del buen gobierno, así como de los preceptos éticos presentes en la sociedad. Los actos de corrupción tienen el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos para quien actúa o para terceros, en perjuicio del bienestar general. (p. 6).

Dos perspectivas son utilizadas por Montoya Vivanco (2015) para explicar su definición de corrupción: en un sentido estricto, puede entenderse como actos o manifestaciones específicas del uso de funciones públicas, restringidas por el derecho administrativo o penal; en un sentido amplio, la considera como un clima de mentalidad, sentimientos y prácticas históricas comunes conocido como el "fenómeno de la corrupción" (p. 1). Respecto a esta última, coincide con Hurtado Pozo (1987), quien la considera "la visión más importante a tener en cuenta, por las repercusiones negativas que tiene en la vida general del país, y porque es la que sustenta o explica de alguna manera las manifestaciones concretas de la corrupción habitual" (p. 1).

En cuanto a su denominación, creemos que la expresión "negociación incompatible" no recoge con exactitud la esencia del presunto delito, ya que una negociación implica la participación de dos o más partes para alcanzar un resultado predeterminado, rasgo que comparten los delitos de reunión y participación necesaria. Este término que aún perdura en nuestra legislación consideramos que se debe al rezago dejado por los antiguos códigos penales (Código Penal de 1836). En cambio, dado que el agente persigue fines incompatibles con los inherentes al cargo que ostenta en la Administración Pública, preferimos utilizar los términos

"aprovechamiento indebido del cargo" o "aprovechamiento incompatible con el cargo", expresiones mucho más adecuadas al contenido del hecho ilícito.

1.2.3. El bien jurídico protegido

El bien jurídico preservado, según autores como Mir Puig (2000), es la integridad y rectitud del funcionario público, que se demuestran por su imparcialidad hacia el público en general y hacia las empresas que compiten por los contratos en particular. Salinas Siccha (2016) afirma que el bien jurídico protegido es el “deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado debido al cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración” (p. 644).

Según Rojas Vargas (2010), el objetivo general de la protección es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública, mientras que el objetivo específico es salvaguardar a la administración pública de los intereses privados de sus agentes cuando los anteponen a los propios de la organización. Además, argumenta que “también busca preservar la imagen pública de la administración” (p. 818).

Castillo Alva (2015) por el contrario, afirma que:

Lo que se busca proteger es la transparencia, la libre competencia entre los posteriores (cuando los hay) y la elección no arbitraria de los terceros en los procesos de contratación, evitando que determinados funcionarios intervengan –distorsionando, con su poder, funciones y su cargo- el proceso de contrataciones establecido en el caso concreto (p. 101).

Según este autor (Castillo Alva, 2015) que parafrasea a Abanto Vásquez, es falso afirmar que este delito salvaguarda la imparcialidad del funcionario con quien debe dirigir sus actividades como bien jurídico protegido porque:

El funcionario más que comportarse como árbitro o tercero neutral que en un contrato o en una operación equilibra los intereses particulares y del Estado, debe tomar partido de forma decidida en la defensa de un interés exclusivo: el de la administración pública o el interés estatal en el sector correspondiente. Justamente, **el funcionario que participa o interviene en un contrato o en una operación es –o por lo menos debe ser– cualquier cosa menos un funcionario imparcial.** Un planteamiento como el que se sustenta tendría que terminar castigando todos los casos en los que el funcionario no es imparcial en los procesos de contratación y trata, por ejemplo, de conjugar los intereses públicos con los privados. (p. 111) (Énfasis nuestro).

En el Expediente N° 183-2011-4-1826.JR-PE-02, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima afirma lo siguiente respecto a nuestra jurisprudencia:

El bien jurídico tutelado deriva de la exigencia de proteger el funcionamiento regular de la Administración Pública frente a los intereses privados de sus agentes, como funcionarios o cargos públicos, que priorizan sus propios intereses sobre los de la organización. Se trata de preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional

(imparcialidad, rectitud, objetividad) en la actuación funcionaria frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales (citado por Reátegui Sánchez, 2016, p. 106).

La sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte a través del R. N. N° 3144-2009-Puno dice lo siguiente:

Como es un delito de peligro no es relevante incluso que se cause un perjuicio económico, solo debe verificarse la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, que en el presente delito es el deber de lealtad, imparcialidad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber (citado por Reátegui Sánchez, 2016, p. 111).

En el pronunciamiento de la Segunda Sala Penal Transitoria, a través de la Casación N° 231-2017-Puno, se explicó:

(...) no exige que exista un perjuicio real para el patrimonio del Estado. Por el contrario, salvaguarda la transparencia y objetividad de los funcionarios y agentes en el proceso de toma de decisiones. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella. (Fundamento Décimo Segundo).

Aprovecharse indebidamente de la propia posición es ilegal para evitar conflictos entre intereses privados y públicos, “sancionando las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos que no denoten imparcialidad, transparencia y objetividad frente a los competidores de un contrato u operación económica donde

tengan que representar al Estado”. (Montoya Vivanco, 2015, p. 131). La parcialidad del funcionario o servidor público, que implica poner sus propios intereses a favor de sí mismo o de terceros en los procesos de contratación u otras operaciones a cargo del Estado bajo su intervención, es lo que se responsabiliza de este delito porque asegura los resultados que el propio Estado espera a través de sus agentes públicos, así como otros beneficios para la comunidad.

De lo señalado anteriormente arribamos a la siguiente afirmación: el bien jurídico tutelado en el delito de negociación incompatible es, en principio, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y de manera específica la imparcialidad. A diferencia de lo asumido por Castillo Alva (2015), la imparcialidad debe ser entendida como la objetividad en la conducta del funcionario al asumir una actuación funcional en el marco de las actividades económicas estatales, que evita la influencia de consideraciones personales en su comportamiento (en provecho propio o de tercero).

Este argumento se ve respaldado además por el hecho de que la configuración de este delito no exige la destrucción de bienes estatales. En consecuencia, puede establecerse plenamente por la parcialidad de un funcionario o empleado público durante el proceso de contratación o en cualquier otra operación estatal en la que participe, así como por el único acto concreto de anteponer sus propios intereses o los de terceros a los del Estado.

No existe una diferencia significativa en la legislación nacional en cuanto a la idea de que la imparcialidad de la administración pública es principalmente el bien jurídico protegido por este delito. En consecuencia, la obligación específica, cuya violación constituye este delito, no puede limitarse a la administración de la igualdad

de trato para todos, sino que también incluye la protección de los intereses económicos del Estado.

Así, a través del Exp. N° 183-2011, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, expuso:

El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la Administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público) que anteponen sus intereses a la de ella; pero esto es un bien jurídico general para los delitos contra la Administración Pública, en cambio en el delito de negociación incompatible por estar dentro de los delitos de corrupción, se tiene como bien jurídico específico la imparcialidad, rectitud y objetividad de los funcionarios. (citado por Castillo Alva, 2015, p. 108)

En este mismo sentido, mediante Recurso de Nulidad N° 2068-2012-Lima, ha puntualizado lo siguiente:

Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajena al interés de la Administración Pública. Por su propia configuración e incluso por su ubicación en la Sección V referida a los delitos de corrupción de funcionarios es un tipo penal que no protege directamente el patrimonio del Estado (...). (Fundamento Jurídico 6).

Dado que el delito se produce haya habido o no afectación real y daño al patrimonio del Estado, no se protege de forma inmediata a la Administración Pública o a un sector de la misma. Aunque el delito de abuso de posición se cuenta entre los delitos contra la administración pública, en realidad busca garantizar las obligaciones de lealtad institucional y probidad funcional más que proteger el patrimonio gestionado por el funcionario público. Aunque el delito de aprovechamiento indebido del cargo se cuenta entre los delitos contra la administración pública, en realidad busca garantizar las obligaciones de lealtad institucional y probidad funcional más que proteger el patrimonio gestionado por el funcionario público, de manera que la restricción se basa en el ejercicio indebido de la función y no en la creación de un perjuicio patrimonial al Estado. Lo incriminatorio es la amenaza esgrimida por un interés concreto que pone en peligro los objetivos exclusivos de la administración.

Es evidente que las barreras del derecho penal han avanzado en un esfuerzo por frenar los ataques al "patrimonio del Estado" por parte de funcionarios públicos que utilizan sus posiciones de autoridad mediante el uso de la amenaza como elemento disuasorio. Por ello, una parte importante de esta cuantía supone un antecedente de "fraude a la Administración Pública". En ambos supuestos, el funcionario público vulnera la imparcialidad que debe regir su conducta cuando interviene en un contrato o actividad económica en nombre de la Administración Pública, obrando en contra del buen funcionamiento de la misma.

La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha inclinado por las ideas de transparencia, imparcialidad y normal funcionamiento de la Administración Pública, bajo los siguientes términos:

El bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En ese sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente –no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública–. Que, el tipo penal para su perfección no demanda la concurrencia de un perjuicio potencial o real para el Estado, pues el interés indebido está referido esencialmente al específico deber de imparcialidad en la actuación del agente especial, quien no puede actuar en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses. (R. N. 1318- 2012, del 29 de agosto de 2012, Fundamento Décimo Segundo).

1.2.4. Objeto material del delito: los contratos u operaciones

Para interpretar el concepto de contratos y operaciones deben utilizarse los principios previstos por otras ramas del Derecho. En relación con el contrato, el artículo 1351 del Código Civil indica que: "(...) es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". El contrato administrativo es aquel en el que una de las partes es la Administración Pública y tiene por objeto un servicio o actividad pública, según el diccionario de la Real Academia.

Si combinamos las dos definiciones, podemos decir que los contratos mencionados en el artículo 399 CP son de naturaleza pública y que una de las partes es, obviamente, el Estado a través de sus instituciones. Esto implica que, si un

funcionario o empleado público realiza una transacción privada, no existirá el delito de abuso de posición porque el Estado tendría que haber intervenido en el asunto.

Las operaciones son actos dispuestos o convocados por el Estado “que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos como son las licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, entre otros”. (Rojas, 2010, p. 851). En consecuencia, cuando el legislador nacional utiliza la palabra "operación" [el subrayado es nuestro], está empleando una estrategia legislativa que no está presente, por ejemplo, en el delito de colusión y cuyo alcance abarca una serie de acciones que no pueden, por sí mismas, ser interpretadas jurídicamente como la idea de un contrato público. De ahí su carácter subsidiario.

Una similitud entre los contratos y las operaciones es que ambos tienen un componente económico. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando un funcionario público celebra un contrato con la intención de favorecer a un familiar o a un tercero en lugar de buscar una ventaja económica? Es obvio que el funcionario no obtendrá beneficios económicos de sus actividades, pero es importante recordar que las motivaciones del agente no se limitan al beneficio económico, sino que también pueden adoptar la forma de una verdad explotadora. Según Pea Cabrera Freyre (2010) a este respecto:

El interés indebido no tiene que ser necesariamente de orden económico, de obtener una ventaja en términos pecuniarios, puede ser de cualquier índole. Por ejemplo, la consecución de un puesto laboral para un familiar, de participar en un proyecto de inversión privada, de ser incluido en un proyecto político. (p. 573)

El alcance de esta infracción incluye todos los pasos de un proceso de contratación que desemboca en un acuerdo y en la selección del mejor candidato, durante el cual deben seguirse los requisitos técnicos de las bases administrativas. Son los actos irregulares que se producen en el marco de un proceso de contratación pública los que demuestran un interés desleal a favor del agente o de un tercero y no la injerencia del agente en los actos administrativos lo que se sanciona en esta infracción.

Sin embargo, la Casación N° 841-2015-Ayacucho señala que no son penalmente relevantes los errores administrativos cometidos por funcionarios o empleados públicos que puedan ser subsanados en procesos de contratación de emergencia.

1.2.4.1. Relación funcional con los contratos y operaciones estatales

La manifestación expresa de interés del funcionario o empleado público en un contrato u operación del Estado no constituye el delito de aprovechamiento indebido del cargo, sino que debe adicionarse la conexión funcional de éste con los contratos u operaciones en cuestión. En consecuencia, para confirmar la comisión de este acto ilícito, se requiere confirmar la competencia funcional del agente en relación con el contrato u operación objeto de aprovechamiento. Debido a que se trata de un delito especial o especialísimo, como prefiere referirse a él Salinas Siccha (2016), solo puede cometerlo un sujeto cualificado, como un funcionario o servidor público competente, que por razón de su cargo celebre o intervenga en contratos públicos u otras operaciones por cuenta del Estado. Los dos requisitos que debe cumplir el agente son ser funcionario o empleado público y tener una relación funcional directa con el contrato o servicio.

Desde la jurisprudencia se ha señalado que:

El tipo penal exige la concurrencia de alguna cualidad especial, por ello constituye un “delito especial propio”. Como ya se anotó solo podrán cometer este delito los funcionarios y servidores públicos que reúnan las características de relación funcional exigidas por el tipo penal (razón de su cargo), esto es, que tenga facultades y competencias internas que le permitan intervenir en cualquiera de las fases de la contratación u operación pública. (Sentencia de fecha 8 de febrero del 2013, en el Expediente N.º 183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, Considerando 6).

Mediante R. N. N.º 4832-2011-Arequipa, se expone lo siguiente:

A pesar de ser el propietario del centro quirúrgico oftalmológico y empleado público, el demandado, médico especialista empleado por el hospital, tenía interés en el cumplimiento de los contratos que el hospital nacional y su centro oftalmológico habían celebrado, también lo es que en la celebración de ambos convenios el procesado no intervino por razón de su cargo, tal como lo exige el tipo penal, debido a que la decisión de aceptar la propuesta presentada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputado son reúnen los presupuestos del tipo penal referido (citado por Enriquez Sumerinde, 2016, 82).

Además, la Corte Suprema señaló lo siguiente sobre el delito y su relación con el marco de atribuciones del funcionario o servidor público en la sentencia que dictó en la R. N. N° 253-2012:

No es suficiente para la configuración de este tipo penal que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo. (Considerando 2.2).

Sin embargo, creemos que la relación funcional que vincula a un funcionario con un contrato u operación -como el Manual de Operaciones y Funciones (MOF) o el Reglamento de Operaciones y Funciones (ROF)- no siempre debe limitarse estrictamente al contenido expreso de la ley. Aunque tales disposiciones establezcan competencias, es conocido en la casuística nacional que el trabajo realizado por los funcionarios se lleva a cabo frecuentemente de forma voluntaria a través de una orden del superior jerárquico, sin formalidad alguna que la sustente. En consecuencia, será necesario analizar juiciosamente cada caso en particular.

En la doctrina, Castillo Alva (2015), hace mención a una teoría mixta, en la cual refiere que la ley nos da los márgenes; sin embargo, eso no impide entender cuándo es que existe un encargo por parte de un superior.

1.2.5. Interesarse manera directa

De acuerdo con los hechos reseñados en cada decisión judicial, esta modalidad delictiva, poco habitual, implica que un funcionario o servidor público se interese personal y directamente en un determinado contrato u operación comercial en la que el Estado es parte sin utilizar intermediarios. Insistimos en que tal interés es incorrecto y está prohibido.

Castillo Alva (2015) señala:

Los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el delito no solo se configuran resolviendo individual y colectivamente, asesorando, preparando el expediente, aprobando o ratificando una propuesta o a través de una intervención favorable. No es necesario que el funcionario firme personalmente algún documento. La forma como puede aparecer y revelarse el interés del funcionario es a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos. (pp. 596-597)

1.2.6. Interesarse de manera indirecta

De manera similar, el interés del funcionario o servidor público es impersonal o indirecto en tanto implica la utilización de terceros para la realización de un determinado contrato u otro tipo de actividad comercial en nombre del Estado. Rojas Vargas (2007) afirma que el interés indirecto puede lograrse a través de particulares o de otros servidores públicos. Tal afirmación refuerza lo dicho por el profesor Abanto Vásquez (2001) quien sostiene que:

Entender que el interés del funcionario solamente debería referirse a él mismo, llevaría innecesariamente a hacer inaplicable precisamente en los casos más frecuentes y de mayor entidad, en los cuales el funcionario actúa para favorecer empresas con las cuales tiene vínculos que no pueden probarse. (p. 450)

1.2.7. Legislación comparada

Determinados ordenamientos jurídicos han optado por regular el delito en disquisición, aun existiendo la figura delictiva del delito de colusión como por ejemplo la legislación peruana. No obstante, nos genera especial interés conocer si en las redacciones legales de países vecinos la intervención delictiva de un tercero en el delito de negociación incompatible está incluida expresamente en este tipo penal.

- Argentina

En América Latina, la ley argentina regula este delito en el artículo 265 de su Código Penal, aprobado por Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado) en los siguientes términos:

Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

- Colombia

La ley colombiana recoge este delito en el artículo 409 de su Código Penal, aprobado por Ley 599 de 2000, con la siguiente redacción:

El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e| inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

- Chile

El Código Penal de Chile, aprobado el 12 de noviembre de 1874, regula el delito bajo estudio de la siguiente manera:

Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio:

1° El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en razón de su cargo.

- Costa Rica

El Código Penal de Costa Rica, aprobado por Ley N° 4573 del 04 de mayo de 1970, también tiene incorporada esta conducta corruptora a través de su artículo 347, con los siguientes términos:

Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo o el funcionario público que participe en una negociación comercial internacional para obtener un beneficio patrimonial para si o para un tercero. Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales. En igual forma será sancionado el negociador comercial designado por el Poder Ejecutivo para un asunto específico que, durante el primer año posterior a la fecha en que haya dejado su cargo, represente a un cliente en un asunto que fue objeto de su intervención directa en una negociación comercial internacional. No incurre en este delito el negociador comercial que acredite que habitualmente se ha dedicado a desarrollar la actividad empresarial o profesional objeto de la negociación, por lo menos un año antes de haber asumido su cargo.

En Europa, la legislación española tipifica el delito de aprovechamiento indebido de posición en el artículo 439 de su Código Penal, castigando a los infractores con

penas de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años. Además, incluye una atenuante específica en su artículo 440 al castigar a los peritos, árbitros y contadores, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hayan intervenido; y a los tutores, curadores o albaceas, sólo con multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial de tres a seis años para empleo o cargo público, profesión u oficio.

Como se aprecia, existe una serie de diferencias y trasfondos comunes en cuanto a los diseños de este delito en la legislación comparado. El elemento en común es que la comisión del delito se admite solo por razón del cargo, sin embargo, tanto en las redacciones de países vecinos como en la nuestra, el tercero interesado no se encuentra expresamente contenido en la redacción del tipo penal. Podemos describir entonces las siguientes observaciones:

- A diferencia de las legislaciones peruana y colombiana, las legislaciones argentina, costarricense y española, extienden la autoría del delito a otros sujetos (peritos, árbitros, contadores, etc.); no obstante, la norma española la prevé como circunstancia atenuante.
- En las legislaciones colombiana y española no se exige que haya una intervención efectiva del sujeto público en los contratos u operaciones, bastando para la configuración del tipo penal que se tenga el deber de intervenir, lo cual denotaría un mayor adelanto de la barrera punitiva que se observa en los diseños de las otras legislaciones, incluida la peruana.

- Solo en la legislación peruana se acompaña al verbo típico interesarse el vocablo adverbial indebidamente.
- En la legislación costarricense, a diferencia de las otras, se prevé taxativamente la conducta del sujeto público que se interesa en un negocio comercial internacional, y, asimismo, se establece que dicho sujeto debe actuar direccionado “para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero”; con lo cual, queda claro que solo habrá tipicidad si el interés irregular es de naturaleza económica.

1.2.8. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito

1.2.8.1. Sujeto activo: funcionario o servidor público con deberes especiales

El sujeto activo de este delito es el funcionario o servidor público legitimado, que actúa por razón de su cargo en el ámbito de las contrataciones u operaciones públicas. Esta afirmación hace denotar la necesaria existencia de una vinculación funcional entre el agente público y los contratos u operaciones de índole estatal. Así, la intervención legal del agente importa la competencia de éste para participar en las contrataciones o adquisiciones públicas; esto es, se le otorgan determinadas atribuciones que serán ejercidas en el proceso de contratación pública, siendo una de ellas la suscripción del contrato.

De lo anterior se desprende que es necesario para la configuración de este tipo penal que el sujeto activo del delito posea además las facultades y competencias para intervenir en contratos u operaciones, es decir, la facultad y competencia para tomar parte en una contratación y operación, además de tener la condición especial

de funcionario o empleado público; de manera que la condición del autor viene determinada no sólo por el nivel de funcionario o agente que tenga, sino también por su participación en las acciones jurídicas reguladas por la ley como consecuencia de su cargo.

La pluralidad de intervenciones, en todo proceso de contratación, se da en razón a que cada área encargada tiene una determinada competencia dentro del desarrollo del mismo –por ejemplo, el área usuaria– buscando con ello hacer más eficiente la gestión y control, las mismas que están encaminadas a que dicho proceso sea conforme a los intereses del Estado. Por ello, será considerado autor todo aquel que interviene en la contratación u operación estatal, en razón a su competencia, en cualquiera de sus fases de su realización.

Cabe destacar que la posición del autor en la estructura de la negociación o contratación es acorde con la calidad funcional que requiere esta conducta delictiva. En efecto, no cualquier funcionario o agente público podrá ser autor, en tanto carezca de autoridad o facultades para decidir sobre los contratos, tomar decisiones o gestionar operaciones, para cuyo efecto deberá mediar necesariamente una resolución que designe expresamente su cargo como responsable del proceso de contratación.

Basándose en la autoridad que le confiere su cargo, puesto o empleo en la Administración Pública, el funcionario público realiza una intervención válida. Esto sugiere que: a) ser parte en el contrato u operación es inherente a su competencia; y b) es quien está llamado a interferir por ley, reglamento o mandato legítimo.

En ese sentido, la Sala Penal de Apelaciones expone:

Solo podrán cometer este delito los funcionarios y servidores públicos que reúnen las características de la relación funcional exigidas por el

tipo penal (razón de su cargo), esto es, que tengan facultades y competencias internas que le permitan intervenir en cualquiera de las fases de la contratación u operaciones públicas. (Exp. N° 182-2011-3-1826-JR-PE-02-Lima, Considerando 2).

Por ello, de no existir tal vinculación funcional o jurídica por parte del funcionario o servidor público, aun cuando de éste se desprenda un interés en la celebración del contrato, su conducta indefectiblemente devendrá en atípica.

1.2.8.2. El Estado como sujeto pasivo del delito

El sujeto pasivo del delito es el Estado. El comportamiento ilegal del funcionario público afecta al Estado en la medida que justamente un miembro y representante del mismo es quien –contrariamente a lo esperado– infringe la ley, afectando el curso regular de la Administración Pública en el ámbito de las negociaciones para la adquisición de bienes o contratación de servicios.

1.2.8.3. La posibilidad de otros perjudicados

En el delito de aprovechamiento indebido del cargo, además de la afectación directa y evidente al Estado y sus instituciones, también es posible que tras la comisión de este delito se perjudiquen a terceros en un proceso de contratación. Basta pensar en que el integrante del Comité Especial encargado de una licitación pública muestre su interés en la etapa de calificación y evaluación de propuestas para favorecer la participación de un postor en el puntaje de su propuesta técnica, de manera que le permita acceder a la fase de evaluación de su propuesta económica y, una vez en ella, la buena pro le sea otorgada, eliminando la posibilidad de que

esta le sea adjudicada a otro postor que participa válidamente en el mismo concurso.

Respecto a la relación sujeto pasivo-perjudicado, se debe advertir que ambos conceptos jurídico-penales resultan diferenciables. Así, el sujeto pasivo no se identifica necesariamente con el perjudicado por el delito (el o los empresarios que concursan junto con el postor ganador de la buena pro).

En definitiva, “sufrir el daño o perjuicio económico no es lo mismo que personificar el interés jurídico que la ley penal protege” (Peña Cabrera, 1983, p. 162).

1.2.8.4. La intervención de los perjudicados: la reparación civil

La intervención del perjudicado en un proceso penal como parte civil se encuentra legitimada (San Martín Castro, 2003), y así lo establece el artículo 11.1 del Código Procesal Penal de 2004, pues prevé que “el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito”. La acción civil derivada de la producción de un hecho dañoso (ilícito), tendrá por objeto la restitución del bien, y de no ser posible el pago de su valor, y de ser el caso, la indemnización de daños y perjuicios, esto de acuerdo a lo previsto por el artículo 93 CP.

Si bien con el fin de proteger los intereses del Estado y no los de los particulares, se creó el delito de aprovechamiento indebido de posición, es importante señalar que la responsabilidad civil se genera por la comisión u omisión de un acto ilícito, en la medida en que cause un daño real y cierto, que se expresa típicamente como la pérdida o menoscabo de un recurso objeto de un interés jurídicamente protegido y susceptible de compensación económica a favor de un sujeto elegido.

1.2.9. Acción típica

El verbo rector del delito bajo estudio es interesarse indebidamente, y comprende tres supuestos delictivos: comisión directa, comisión indirecta o por acto simulado.

1.2.9.1. El interés indebido del funcionario o servidor público

a) El interés indebido como acto unilateral del funcionario o servidor público

La conducta rectora es la de **interesarse** en miras de un beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Ello significa que el interés que demuestra el agente en la contratación u operación debe ser particular, sin perjuicio de la concurrencia, o no, “del interés de la Administración Pública a la cual el funcionario público debe dar preeminencia en función del cargo que ocupa” (Donna, 2000, p. 317).

En ese sentido, se debe verificar en cada caso que el sujeto público al intervenir en los contratos u operaciones que le correspondía por razón de su cargo, tuvo y expresó un interés ajeno y contrario a la exclusiva defensa óptima de los intereses propios de la Administración Pública, que debe ser el único móvil que ha de guiar la actuación funcional del agente público, de conformidad con lo prescrito por el inciso f del artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225), publicada el 11 de julio de 2014, en el cual se establece que:

[e]l proceso de contratación y las decisiones que se adopten en el mismo deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo condiciones de calidad y con el

mejor uso de los recursos públicos” (principio de eficacia y eficiencia). (En el encabezado del artículo 2 de la referida ley se señala que las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en el principio de eficacia y eficiencia y otros. Los cuales sirven como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones).

De lo dicho se desprende que el interés será indebido cuando el sujeto público, facultado para intervenir en negociaciones públicas (contratos u operaciones), lo hace gestionando, a su vez, intereses privados (propios o de tercero distinto al Estado) con la finalidad de obtener ventajas o beneficios para los mismos.

El interés privado es ajeno a los intereses del Estado, pero ello no implica que deba ser excluyente o contrario a los intereses públicos. Así, Carlos Creus (1998) señala que no es indispensable que el interés particular tenga que aparecer como contrapuesto al de la Administración; “es más, se dará igualmente el delito, aunque el interés esté constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquella (por ejemplo, que el funcionario intervenga con su interés particular para otorgar, simultáneamente, ventajas a la Administración)” (p. 300). La doctrina denominó a la confluencia de intereses disímiles en el agente “como el ‘desdoblamiento del agente’, ya que éste interviene, por un lado, por su calidad y función en un contrato u operación como representante del Estado, y por el otro como particular interesado” (Donna, 2000, p. 364).

De otro lado, no se configurará el delito de aprovechamiento indebido del cargo aun cuando el Estado sufra pérdidas, en tanto se demuestre que el interés del funcionario no estuvo orientado a obtener un provecho, ya sea en provecho propio o de tercero:

Si bien realizó [el funcionario] actos tendientes a que la empresa se integre a otras entidades con la finalidad de participar en la licitación internacional en el entendido que con tal fusión, se iba a beneficiar a la municipalidad, hecho que finalmente no sucedió, no se advierte ni existe prueba objetiva que demuestre palmariamente que este se haya interesado en tal accionar en provecho propio o de tercero, pues si bien se han generado pérdidas, en desmedro de la empresa estatal, la misma que manejaba fondos públicos al constituir una empresa municipal, ello no necesariamente configura el tipo penal de negociación incompatible. (R. N. N° 1174-2007-Cusco, 18 de marzo de 2009, Considerando Séptimo).

En la doctrina se debate respecto a la naturaleza que debe tener el interés privado. Para algunos autores debe tratarse de un interés económico (En esa tendencia se encuentran Rojas Vargas, 2007, p. 822; Soler, 1951, p. 214; Creus, C., 1998, p. 300; Buompadre, 2012, p. 690; Castillo Alva, 2015, pp. 52-53). En contra de dicha tendencia se señala que el interés del funcionario público puede ser de carácter económico como de cualquier otro. Consideramos que esta segunda tendencia es conforme con el objeto de protección del tipo penal en desarrollo, ello debido a que busca garantizar que el agente público no se aproveche indebidamente de su cargo

para insertar intereses privados, ya que su actuación solo debe estar encaminada a la consecución de los intereses del Estado.

Asimismo, del propio texto del tipo penal se desprende que el interés indebido, por el cual actúa el agente público, no se restringe al carácter económico, sino que es amplio, siendo la única condición que sea contrario a los intereses del Estado. El interés indebido:

(...) no tiene que ser necesariamente de orden económico, de obtener una ventaja en términos pecuniarios, puede ser de cualquier índole, por ejemplo, la consecución de un puesto laboral para un familiar, de participar en un proyecto de inversión privada, de ser incluido en un proyecto político. Una posición contraria, podría generar espacios de impunidad (Peña Cabrera Freyre, 2016, p. 671).

Así, es de mencionar el caso del sujeto público con la debida competencia, “cuyo interés privado que lo mueve al intervenir funcionalmente en un contrato público es eliminar a la empresa de su enemigo político” (Sancinetti, 1986, p. 881-882).

En el presente caso se evidencia un escenario de interés incompatible con el cargo por parte de un funcionario competente que, sin actuar motivado por una ventaja económica, direccionó la contratación de una persona específica en un proceso de selección. Veamos:

El sentenciado O.C. se desempeñó como jefe de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto del Instituto Nacional de Investigación y Capacitación de Telecomunicaciones (Inictel) de la Universidad Nacional de Ingeniería, y en tal condición fue designado miembro del Comité de Selección encargado de las contrataciones de personal a

través de los Contratos de Administración de Servicios para el año 2009, ello mediante Resolución Directoral N° 9-2009, del 15 de enero de 2009. Del 4 al 7 de junio de 2009, se le encargó a O.C. las funciones de jefe de la Oficina de Administración del Inictel, solicitando el día 5 del indicado mes a la Dirección Ejecutiva del referido Instituto, autorización para la contratación de tres personas para laborar en el Área de Administración. En su condición de miembro del Comité de Selección participó en la Convocatoria Pública N° 13-2009-INICTEL-UNI, firmando el registro de participantes de fecha 22 de junio de 2009; el acta de instalación de la comisión y el acta denominada “Reunión de Trabajo-Convocatoria Pública N° 13-2009”, de fecha 23 de junio. En la convocatoria se presentó Eduardo Li Astengo, quien ya laboraba en Inictel, vía contratación de SNP, y formuló una declaración jurada de fecha 22 de junio del 2009, en la que consignó que no tenía vínculo de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con los funcionarios que ejercen cargos ejecutivos y de dirección de Inictel, no obstante haberse casado con Cintia Isabel Olmos, hija del sentenciado Olmos Cuello. En la referida reunión de trabajo del 23 de junio de 2009, se evaluaron los currículos de los participantes, entre ellos, el de E.L.A., quien fue el único postulante de la plaza que se le adjudicó. Quedando así evidenciado que O.C. se interesó indebidamente en forma directa en el proceso de selección de contratación CAS de su yerno. (Exp. N° 183-2011: Sala Penal de Apelaciones, citado por Castillo Alva, 2015, 189).

La acreditación de la intromisión del interés privado no depende de la simple creencia o convicción que tenga el juez respecto al mismo, sino que la decisión del juez debe estar sustentada en las pruebas actuadas y valoradas debidamente, exigiendo así que el juez justifique o dé las razones fundadas de su decisión. En ese mismo sentido, Jordi Ferrer (2007) señala que:

No importa, pues, el *iter* psicológico del juez que lo llevó a la decisión, sus creencias o juicios; la motivación debe basarse en las pruebas que justifican su decisión. Es un razonamiento fundado en los elementos de juicio disponibles en el proceso que permitan corroborar de forma suficiente la hipótesis aceptada como probada. (p. 66).

En los delitos de negociación incompatible, la infracción administrativa en el proceso de contratación u operación por parte del agente público es un indicio necesario, pero no suficiente para sustentar la condena del funcionario o servidor público, ello debido a que el Derecho Penal no interviene ante las meras infracciones, sino cuando las mismas son utilizadas para encaminarlas a la satisfacción de un interés ajeno a los del Estado. En ese mismo sentido, Castillo Alva (2015) señala que:

En muchas ocasiones la existencia de irregularidades administrativas no acredita ni prueban la existencia de un interés particular e indebido en el funcionario público, o el conjunto de funcionarios públicos que se encuentran imputados por el delito de negociación incompatible. Es necesario acudir a otra clase de pruebas (testimoniales, documentales, o de otro orden) o tomar en cuenta otros indicadores materiales que pueden sustentar de manera razonable, y más allá de

toda duda razonable, la responsabilidad penal. (p. 162)

Esto ha sido claramente reconocido por la Sala Penal de Apelaciones, a través de la siguiente sentencia:

Se atribuye a los procesados, como integrantes de la Comisión Evaluadora del Proceso de Selección para la contratación de dos médicos, el haberse interesado de manera directa e indebida, generando dolosamente condiciones necesarias para favorecer en la contratación de una postulante para dicho cargo, quien resultó ganadora de 1 de las 2 plazas requeridas. (...) 31. Si bien se ha acreditado que se cometieron irregularidades en este proceso de selección, hay que concluir que no son de contenido penal, y que pudieron evitarse con un accionar diligente que todo miembro de un comité de evaluación debe observar. (Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01, Sala Penal de Apelaciones , Considerando 31).

Un caso especial son las contrataciones ante situaciones de emergencia, ello debido a que ante dicha situación se permite que en la contratación se pueda omitir determinadas exigencias o requisitos, siempre que dentro de un plazo de 10 días se regularice. Ello se debe a que la misma situación exige y requiere una respuesta pronta y eficaz, ya sea para mitigar los efectos o prevenirlos. En ese sentido, la Ley General de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225) señala que es posible contratar directamente con un proveedor determinado "en situación de emergencia derivada de eventos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que impliquen grave peligro de ocurrencia de alguna de las anteriores, o emergencia sanitaria declarada por el órgano rector del sistema de

salud".

El Reglamento de dicha ley, en su artículo 85 inciso 2, señala los supuestos en los cuales estamos ante una situación de emergencia; asimismo, señala que, ante esos supuestos, a fin de prevenir los efectos del evento inminente y satisfacer las necesidades que el mismo generará directamente, la entidad deberá contratar de inmediato los bienes, servicios en general, consultorías u obras que sean estrictamente necesarios, sin necesidad de cumplir previamente ningún requisito formal. Sin embargo, es necesario precisar que no toda infracción administrativa será subsanable, sino solo las referidas a las formalidades del procedimiento de contratación directa, reguladas en el artículo 87 del Reglamento.

Por lo tanto, en cada caso concreto se deberá determinar qué normas administrativas se han infringido y si las mismas pueden ser subsanadas, es decir, si se encuentran dichas irregularidades dentro del ámbito de la norma permisiva (regulada en el artículo 85 inciso 2 del Reglamento); caso contrario, podrán ser consideradas como indicios (hechos acreditados) que conlleven a evidenciar el actuar en interés particular del agente público.

Un ejemplo sería si en una contratación directa, ante una situación de emergencia, se contrata con un proveedor que ha sido presidente y no ha pasado doce meses después de haber dejado el cargo, además de no haberse aprobado la contratación directa y no existir el informe que contienen el sustento técnico legal de la contratación directa. Los dos últimos son irregularidades subsanables, pero respecto a la condición del proveedor estamos ante un supuesto de infracción administrativa no considerada como una mera irregularidad que pueda ser subsanada; por lo tanto, podrá ser considerada como un indicio, pese a que se está

aún un supuesto de contratación directa por situación de emergencia, siempre que aunado con otros indicios develen la comisión del delito de negociación incompatible. Así, la Corte Suprema, mediante la Cas. N° 841, ha señalado que:

Es posible la comisión de defectos administrativos [d]entro de una contratación en situación de emergencia. En este caso, es probable que el descubrimiento de estos vicios carezca -por sí mismo- de relevancia para el Derecho Penal debido a la justificación jurídica y material de los mismos. No ocurrirá lo mismo si a tales vicios administrativos se les une un componente que les confiera connotación penal, como un acuerdo colusorio o el pago de un regalo.

b) El interés directo o indirecto o por acto simulado del funcionario o servidor público

El interés particular siempre va a estar en el ámbito interno del agente público, lo que se ha de diferenciar es la forma en que se va a exteriorizar. En una primera modalidad, el funcionario o servidor público, con competencia específica para intervenir en el proceso de contratación u operaciones, puede exteriorizar su interés indebido sin intermediarios, es decir, de manera personal. En ese mismo sentido, Rojas Vargas (2007) señala que: “el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc., de contrato u operación, o en cualquier momento de la negociación” (p. 822).

En una segunda modalidad, el interés particular del agente público se manifiesta de manera indirecta, esto es, a través de intermediarios. Así:

- El tercero aparece ante los demás como la otra parte, distinta al Estado, interesada en la negociación pública y representando intereses propios. Sin embargo, éste actúa motivado por el interés del agente público, es decir, el interés que representa verdaderamente es el del funcionario público o servidor público.
- El agente público, en razón a su competencia en el proceso de contratación, ordena a un mandatario que ejecute determinado acto. Mediante ese acto se exterioriza el interés del agente público, ello debido a que se lleva de tal manera, siguiendo la orden del agente público, que se lo direcciona para conseguir una ventaja indebida.

La tercera modalidad se da mediante acto simulado, “la ley no castiga en esta modalidad típica la simulación *in personam*, sino, más bien, la simulación *in actum*. No se castiga a quien actúa mediante persona interpuesta o disimulada” (Castillo Alva, 2005, p. 68). En este supuesto se altera premeditada y tendenciosamente la realidad, ya sea de manera directa o indirecta, siendo así mayor el grado de disvalor, lo cual, deberá tenerse en cuenta en la pena a imponer. En ese sentido, esta modalidad hace referencia a las operaciones u actos en virtud de las cuales sea crean situaciones aparentes que difieren de la realidad. Así, por ejemplo: “el agente público hace intervenir a una persona jurídica inexistente, con la cual extiende el contrato, en beneficio de él” (Creus, 1998, p. 302).

Lo antes expuesto se puede resumir a través del siguiente fragmento de la sentencia de la Corte Suprema:

Las modalidades de comisión de este ilícito pueden ser: **i)** Directamente; cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares indebidas al participar como funcionario en un contrato u otra operación estatal; **ii)** Indirectamente; cuando el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos; y, **iii)** Por acto simulado; en este supuesto los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o están vinculadas a éste; es decir, se aparente un accionar en concordancia con los intereses de la administración pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados a particulares (R. N. Nº 443-2010-San Martín, 19 de abril de 2011, citado por Castillo Alva, 201, p. 190).

1.2.10. Marco delictivo del delito de negociación incompatible: los contratos y operaciones

Los **contratos** y las **operaciones** funcionan como objetos materiales del delito de aprovechamiento indebido del cargo, y, a su vez, delimitan el círculo de posibles autores: solo los sujetos que se encuentran facultados para intervenir en las negociaciones respectivas podrán tener la calidad de autores. En ambos supuestos [contrato u operación] “es la Administración una de las partes intervinientes, de ahí

que, con razón, refiriéndose al objeto material del delito, dicen Molinario y Aguirre Obarrio, que, se trata de una negociación o un contrato con la Administración” (Fontán Balestra, 2002, p. 861). “Los actos administrativos o toda clase de actos estatales que no son ni contratos ni operaciones no pueden ser considerados como objeto de acción del delito de negociación incompatibles, por ejemplo, resoluciones de alcaldía, proyectos de ley, etc.” (Castillo Alva, 2015, p. 61).

Del mismo modo, la jurisprudencia suprema también ha advertido esta distinción entre los contratos y operaciones por parte del Estado frente a otras actividades administrativas ajenas que no forman parte del objeto material del delito. Así:

[C]ualquier contrato u operación como objeto del hecho punible, comprende aquellas situaciones en las que la Administración Pública, representada por sus funcionarios, participa o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero –sea este una persona natural o jurídica–, mientras que la operación se entiende como actos unilaterales que se produzcan entre la Administración Pública y sus administrados condicionado a que tales actos, tengan un contenido económico. Si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito por hermenéutica jurídica (R. N. N.º 1328-2011-Puno, del 9 de mayo de 2012, Fundamento 2).

Todo contrato va a implicar la concurrencia de dos partes, el Estado y los particulares (persona natural o jurídica), cada una en representación de sus intereses. Así, los agentes públicos deben intervenir, en razón a su competencia, en el proceso de contratación para conseguir y satisfacer los intereses que son propios del Estado. Ahora bien, dado que las negociaciones públicas comprenden un conjunto de etapas, cabe precisar que es posible mostrar interés por los actos objetivos de las siguientes maneras:

- i)** Durante la fase de negociación del contrato [por ejemplo, solicitando que se acepte la propuesta del licitador, ofreciendo información confidencial, rechazando las propuestas de los demás participantes, recibiendo los requisitos, preparando la solicitud de oferta, seleccionando al proveedor de acuerdo con la oferta presentada y aprobando la propuesta que se presentará a sus superiores jerárquicos]. En estas situaciones, el infractor interfiere en las negociaciones y afecta a la intención negociadora de la Administración a través de otras acciones.

- ii)** Durante la ejecución de la transacción [acelerando drásticamente los procesos, dando instrucciones a las autoridades, etc.].

- iii)** Durante el transcurso del contrato u operación [por ejemplo, pedir artículos de calidad inferior a la acordada o ampliar los plazos de ejecución].

“Aun cuando la norma habla de **cualquier clase** de contrato, debe entenderse que se trata de un contrato estatal” (Gómez Méndez / Gómez Pavajeau, 2008, p. 347). Dicho de otro modo, primero debemos abordar algunas de las modalidades de

contratación pública contempladas en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, entre las que se encuentran la licitación pública y la contratación directa, entre otras (art. 21 de la Ley N° 30225). Y, en segundo lugar, dado el tenor extensivo que se advierte del vocablo *cualquiera*, también serían contratos idóneos para la comisión del delito, los que por disposición expresa de la referida ley se encuentran excluidos de su aplicación, como según el artículo 4 de la Ley N° 30225, esto se aplica a los contratos de prestación de servicios con presidentes de directorio que trabajan a tiempo completo para empresas o entidades del Estado. También se aplica a los convenios que, a pesar de estar exceptuados de las disposiciones de la citada Ley, se encuentran sujetos a fiscalización, como es el caso de las contrataciones públicas cuyo valor no sea menor a 8 unidades impositivas tributarias. y las que por normativa expresa, distinta a la Ley N° 30225, se excluya dichos contratos de la Ley de Contrataciones del Estado y de su reglamento, siendo el caso de la Ley de Mejora de la Competitividad de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito del Perú, que en su articulado 3 señala: “Exclúyase a las cajas municipales de ahorro y crédito de la Ley de Contrataciones del Estado y de su reglamento”.

En cuanto a las **operaciones**, estas comprenden “disposiciones de carácter económico en que la Administración no actúa conjugando voluntades con otra parte, sino a título singular. [En ellas, el Estado] actúa exclusivamente como persona pública (subastas de objetos secuestrados, expropiaciones, incautaciones, comisos, etc.)” (Creus, 1998, p. 374). El tipo penal, bajo este elemento, busca evitar áreas de impunidad, al prever que en ámbitos distintos a las contrataciones también

el agente público puede aprovecharse de su cargo para satisfacer intereses particulares ajenos al del Estado.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Tipo de investigación

La presente tesis titulada “La responsabilidad penal en el delito de aprovechamiento indebido del cargo” es de naturaleza cualitativa de tipo básico y diseño descriptivo (teórico) ya que se analizaron las teorías desarrolladas sobre la materia para dar respuesta a la problemática planteada respecto a la punibilidad del partícipe en el delito previsto en el art. 399 del Código Penal. No se ha requerido efectuar labores de campo, mediante entrevistas, encuestas u otros instrumentos para abordar inicialmente la cuestión y llegar a determinadas conclusiones y recomendaciones. Solo fue necesario dar lectura a la doctrina desarrollada y contrastarla con la jurisprudencia que aborda los delitos de corrupción y de manera especial el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Por tanto, recurrimos a la teoría para dar propuestas e ideas a los problemas formulados. En concreto, se hizo un estudio de la Casación N° 841.

2.2. Métodos empleados en la investigación

El método empleado fue lógico deductivo ya que la discusión partió de conceptos básicos y generales hasta lo específico, específicamente, para fundamentar la responsabilidad penal del *extranus* en delitos de infracción de deber y sostener la invalidez del razonamiento empleado en la Casación N° 841.

2.3. Niveles de elaboración de la investigación

- Exploratorio: El primer acercamiento al problema objeto de investigación se hará a través de la doctrina y jurisprudencia nacional.
- Descriptivo: Como cuestión previa al abordaje del problema se hace una exposición de los conceptos generales y otras cuestiones vinculadas al tema sin entrar en debate, solo se plantean contenidos descriptivos para sentar las bases de la tesis.
- Explicativo: Se buscará determinar la causa del problema (de punir o no al tercero particular) a través de la interpretación de los contenidos descritos en las bases teóricas y resultados de la investigación.
- Correlacional: Se establecerá el grado de relación entre conceptos como autoría, complicidad, accesoriedad de la participación, infracción de deber, punibilidad, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo para desarrollar la investigación.

2.4. Aspectos éticos

El tema expuesto en la presente tesis fue elaborado académicamente bajo la guía de elaboración de trabajos de investigación aprobado por la Universidad de San Martín de Porres. En ese sentido, la redacción que incluye la plasmación de ideas personales, citas textuales y parafraseo de ideas ajenas, se realizó respetando los derechos de autor y otros criterios o reglas necesarios para reconocer el esfuerzo

intelectual de sus creadores. Para ello, se empleó el sistema APA de redacción (última edición), todo lo cual hace posible la publicación del trabajo en el Repositorio Académico de la Universidad.

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis principales

El *extraneus* del delito de negociación incompatible (art. 399 del CP) no debe ser excluido del ámbito de persecución penal, en tanto brinde un aporte significativo doloso para la configuración del delito cometido por el funcionario público.

3.2. Hipótesis específicas

Primera hipótesis específica:

El fundamento jurídico central del juzgador que emite la Casación N° 841-2015-Ayacucho, para no comprender en el proceso penal al tercero particular en el delito de negociación incompatible radica en asumir que en la redacción legal de este delito no se incluye la participación de un tercero.

Segunda hipótesis específica:

La Casación N° 841-2015-Ayacucho adolece de defectos de interpretación respecto a la participación en los delitos de infracción de deber, al asumir en sus fundamentos dogmáticos que la configuración típica de este delito no permite la participación de un tercero.

CAPÍTULO IV

LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER: ESPECIAL ENFASIS EN EL DELITO DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

4.1. Cuestiones preliminares

En el derecho penal se encuentran numerosos hechos punibles cuya redacción no permite que cualquiera sea el destinatario de la norma, y, por tanto, se tratarían de conductas de las que no cualquier sujeto puede ser autor. La necesidad de partir de un preconcepto de delito especial es el punto de partida de los problemas que de dicho concepto surgirán en relación a su tipicidad y las soluciones relativas a la autoría y participación. Las expresiones “delitos especiales” y “delitos de infracción de deber” no aparecen como tal en el CP, como un concepto legal. Tampoco son expresiones que hayan sido utilizadas en otros momentos de la codificación. Por tanto, se trata de un concepto elaborado por la doctrina, sobre todo a partir de la teoría de las normas, y desarrollado, en mayor o menor medida en la jurisprudencia nacional y extranjera. En lo que concierne a los delitos de infracción de deber, existe uniformidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto al sentido de los delitos de esta naturaleza, como, por ejemplo, que estos solo pueden ser cometidos por un autor que cuenta con deberes especiales de resguardo o protección. No obstante, hablar tanto de delitos especiales (propios o impropios) como de infracción del deber implica referirse a los atributos del autor del delito. Los casos que fundamentalmente han propiciado la discusión sobre estos asuntos se encuentran en aquellos referidos a los delitos contra la administración pública, por cuanto los autores del gran número de estos delitos solo pueden ser los funcionarios o servidores públicos con determinada competencia, y en el caso del

delito de negociación incompatible, con vinculación funcional para intervenir en negociaciones públicas de tipo contrato u operación. Teniéndose medianamente superados estos conceptos (existen también aspectos problemáticos en torno a la autoría en los delitos de infracción de deber, aunque no es nuestra intención abordarlos en este trabajo), los problemas de naturaleza dogmática surgen cuando en aquellos delitos interviene un particular *extraneus* (cómplice o instigador), que no cuenta con las cualidades especiales del autor, o los deberes institucionales como funcionario público.

En cuanto a la instigación, históricamente en su tratamiento en los delitos especiales se la cuestionaba conforme a sus propias circunstancias especiales, puesto que se le consideraba como una auténtica manifestación de autoría intelectual del hecho delictivo (Peñaranda Ramos, 1990). De este modo, llegaba incluso a defenderse que "la calificación aplicable al autor material y espiritual viniera determinada por las características especiales condicionadas por la personalidad del inductor" (Peñaranda Ramos, 1990, p. 192).

Más cuando la inducción pasa a concebirse como una forma de participación, se trasladan a esta categoría los mismos problemas que existían en torno a la participación del cómplice en los delitos especiales. De este modo, la naturaleza del delito cometido por el inducido va a ser determinante de la responsabilidad del instigador.

Ciertos autores consideran que las normas contenidas en los tipos penales (que exigen una cualificación especial para ser autor) van dirigidas a todos los ciudadanos y no solo a aquellos que la poseen. En ese sentido, se ha indicado que "la función de la ley penal, dado su esencial carácter de derecho público, es primordialmente la de proteger unos valores en cuya defensa participa el interés de

toda la sociedad", por lo que se ha de reconocer que tal comunidad podrá exigir a todos el respeto a aquel valor protegido por el tipo penal (Quintero Olivares, 1974; Cobo del Rosal y Vives Anton, 1996; Pérez Alonso, 1995; Berdugo, Arroyo, García, Ferré y Serrano, 1996; entre otros).

En un sentido propio, podemos decir que el partícipe no realiza formalmente el tipo penal, aunque colabore con su realización o lo haya instigado, por lo que su intervención es dependiente del acaecimiento delictivo principal (bajo el principio de accesoriadad de la participación). Ello significa que para que exista un instigador se requiere la existencia de un autor que cometa materialmente el delito.

Tomando en consideración estas condiciones dogmáticas y asimiladas por la legislación y la jurisprudencia, y considerando que nuestro objeto central de estudio es la complicidad, pasaremos a analizar específicamente a la complicidad como otra forma de intervención en los delitos de infracción de deber. Para ello, partiremos de un comentario hecho por Maurach, quien refiriéndose el art. 28 del StGB, sostuvo: "puesto que la [complicidad] es una colaboración en un hecho ajeno, también la [complicidad] de sujetos extraños en delitos especiales debe ser ilimitadamente posible" (1962, p. 420). En el mismo sentido se pronunció Jescheck (1993), quien partiendo del mismo cuerpo legal afirmó que "en los delitos especiales propios (...) la [complicidad] carece de limitación" (p. 241). Cabe mencionar que el art. 28.1 en concordancia con el art. 49.1 del StGB, la pena del *extraneus* en el delito especial propio (en el que solo se considera en el tipo como autores a personas especialmente señaladas) era la del *intraneus*, pero atenuada.

4.2. Tratamiento de la complicidad del *extraneus* en delitos de infracción de deber a nivel nacional

En el Perú, el problema de la complicidad sin embargo no era del todo claro, muy a pesar de la existencia de la Casación N° 367-2011-Lambayeque, en cuyo contenido se explicó que son susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria, aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. De su contenido se desprende la siguiente idea: “Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos. La complicidad primaria exige un aporte imprescindible, idóneo y esencial para garantizar el inicio de la consumación del delito”. (Fundamento 3.11); ya que esta interpretación no calzaba para supuestos en los que el cómplice interviene en delitos cometidos por funcionarios públicos con deberes especiales.

Para aclarar el asunto de la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deber se recurría, equivocadamente, al artículo 26 del CP y a partir de ello sostener que el CP había optado por la ruptura del título de imputación, de donde surgieron afirmaciones como que “con la teoría de la autonomía o ruptura del título de la imputación se excluye a los *extraneus* de la imputación del tipo penal del *intraneus*” (Villa Stein, 2008, p. 335). Por ejemplo, “en el caso de peculado el particular que presta un aporte necesario en la comisión delictiva, responderá como autor de un delito de hurto, pero no de peculado”. (Villavicencio Terreros, 2014, p. 505). En buena cuenta, como se expuso en el Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017, emitido en el X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, (que cita a Silva Sánchez, 2016, p. 305), “la clásica discusión teórica sobre la autoría y la participación en delitos especiales propios ha motivado complejos debates en el derecho penal contemporáneo” (Fundamento 6). La legislación nacional aportó en gran medida a contribuir con el problema: hasta antes de la promulgación del D. Leg. N° 1361, la regulación de las distintas clases

de autoría, la complicidad y la instigación (arts. 23, 24 y 25 del CP) no desarrolló reglas específicas relacionadas a los delitos especiales propios, “de allí que conexión con los aludidos debates teóricos sólo se fue asimilando a partir de su reflexión por la doctrina o de su aplicación por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República” (Montoya Vivanco, 2015, p. 54).

Ahora bien, sobre la participación del *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios públicos ha generado también distintas opiniones respecto a su punibilidad o la exclusión de su punibilidad; esto no es un asunto baladí o estrictamente teórico, pues se refiere a las implicancias y consecuencias prácticas, que conlleva el admitir la eficacia sobre dicha materia de la categoría de los delitos de infracción de deber especial. En efecto, “se reconocen tipos legales que se configuran y forman solo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus*” (característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos) (Acuerdo Plenario 3-2016, Fundamento 8). Aquí estamos claros, autor solo puede ser el funcionario público que ostenta deberes especiales y mantiene una vinculación exclusiva con el delito a partir del deber que tiene respecto a su ámbito de competencia. Precisamente la infracción de dicho deber es lo que lo convierte en autor. Sin embargo, en lo que respecta a la participación del *extraneus*, que no posee dichas condiciones ni obligaciones especiales, se han advertido planteamientos dispares:

- A) Ruptura del título de imputación. Esta teoría plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe. Sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial

concurren sujetos *intraneus* y *extraneus*, ambos deben responder por distintos títulos de imputación.

De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (*extraneus*) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Como se indicó anteriormente, la base legal que apoya esta postura se encuentra en el art. 26 del CP. (cfr. Acuerdo Plenario 3-2016, Fundamento 9).

- B) Unidad del título de imputación: Esta teoría propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe. Es decir, se sostiene que sostiene que el *extraneus*, si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien sólo colabora, no hay ningún impedimento para que los *extraneus* respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad. (Acuerdo Plenario 3-2016, Fundamento 10).

Coyunturalmente, el art. 26 del CP fue empleado para negar esta última teoría e impedir el tratamiento de un tercero como partícipe de los delitos especiales propios que ubican en su tipificación como autor exclusivo y excluyente a un funcionario público. Es así que tanto en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 (Fundamento 12), como en la Casación N° 782-2015-Santa (Fundamento 10), se ha hecho una

contradictoria aplicación del artículo 26 del CP. A partir de este escenario, el Acuerdo Plenario N° 3-2016, sirvió de solución para unificar los criterios jurisprudenciales que hasta ese momento eran dispersos, especialmente, porque la discusión teórica y práctica sobre dicha disposición legal adquirió particular relevancia, cuando se la empleaba para justificar decisiones jurisdiccionales sobre la autoría o la participación. Aunque este pronunciamiento se formuló en atención al tratamiento que las cortes de justicia le estaban dando al delito de enriquecimiento ilícito, consideramos que los criterios generales advertidos en dicho acuerdo plenario resultan útiles para abordar, al menos a nivel nacional, la participación en los delitos de infracción de deber.

Las afirmaciones más importantes en lo que respecta a la validez de utilizar el art. 26 para apoyar la teoría de la ruptura del título de imputación, en síntesis, fueron las siguientes (Fundamento 12):

- El artículo 26 y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial. Tampoco se pretendía especificar la característica o el estado concreto de la persona que, entre los delincuentes, debía actuar como único autor de la conducta tipificada.
- El autor se menciona siempre como elemento crucial de la estructura convencional en la descripción de las infracciones penales que tratan de delitos particulares propios o de infracción de deber.

- Ser funcionario público es una condición necesaria para la configuración y realización del hecho delictivo, no una circunstancia para calibrar la gravedad de la punibilidad del delito.
- Los delitos especiales cometidos por los propios funcionarios o la violación de obligaciones institucionales no responden a circunstancias particulares, sino a un determinado tipo de autor.
- En consecuencia, no existe ninguna relación político-criminal o dogmática entre los delitos especiales propios (delitos contra funcionarios públicos) y las disposiciones del artículo 26 del CP.

Ahora, en lo que respecta propiamente a la participación en los delitos de infracción de deber, se dijo lo siguiente (Fundamento 14):

- La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional.
- El término de imputación que debe darse al tercero que interfiere en un acto de enriquecimiento ilícito no es ahora objeto de debate doctrinal. Además, se ha formalizado con la adición de un párrafo final al artículo 25 del CP, en el que se establece expresamente que el cómplice responderá siempre por el hecho cometido por el autor, aunque no responda a los criterios particulares que fundamentan la tipicidad del delito cometido por éste.

- Aun cuando no se haya modificado el artículo 24 del Código sustantivo, debe utilizarse el mismo recurso jurídico previsto en el artículo 25 del CP para tratar el caso del *extraneus* iniciador de un delito de enriquecimiento ilícito.

A todo esto, en lo que respecta al delito de aprovechamiento indebido del cargo, la Corte Suprema expresaba con antelación a este acuerdo plenario una postura a favor de la sanción del *extraneus* en calidad de cómplice. Por ejemplo, en el caso “Universidad Nacional del Altiplano”, se condenó al encausado L.N.C. como cómplice al haber sido favorecido con un contrato laboral en la función pública, en la que se interesó su coimputado, aprovechando su condición de Rector de la referida universidad. Esta ejecutoria suprema estableció que la aportación del cómplice no fue mínima en la realización del tipo penal, sino necesaria para que el interés se concrete y el contrato pueda tener lugar, razón por la cual -señaló- la conducta atribuida en ambos casos es delictiva.

Asimismo, en el R.N. N° 3144-2009, del 11 de octubre de 2010, se sostuvo lo siguiente:

En materia de negociación incompatible, esto es, en el marco de contrataciones parcializadas, constituirían manifestaciones de actos de cooperación, por ejemplo, los intermediarios o del funcionario o de la empresa favorecida, los facilitadores o terceros negociadores que sirven a tales intereses, entre otros. (R. N. N° 1909-2011, Ucayali, 5 de octubre de 2012, Fundamento 3).

La Corte Suprema también dictó sentencia en otro caso en el que se declaró culpable como cómplice principal a un residente de una obra que permitió al

ayuntamiento donde ofrecía sus servicios alquilar un vehículo de su propiedad a través de un tercero. Cuando la información de la tarjeta de propiedad del volquete, en la que el residente de la obra se identificaba claramente como propietario, “se omitió intencionadamente en el contrato de alquiler del vehículo entre el residente de la obra y el tercero, se consideraron acreditados el conocimiento y la conducta dolosa” (R. N. N° 300-2014, del 21 de mayo de 2014, Sala Penal Permanente, citado por Castillo Alva, 2016, p. 122).

En ese sentido, la figura de la complicidad en el delito bajo estudio ha sido perfectamente reconocido, al sostenerse afirmaciones como la que se expuso, y así también la siguiente: “Se considera que una persona es cómplice si ayuda o colabora con un funcionario público que tiene un interés económico desproporcionado en el proceso contractual, aunque no exista un aspecto subjetivo único como el interés”. (R. N. N° 248-2013, del 23 de mayo de 2013, Sala Penal Transitoria, Fundamento 4).

Como puede advertirse, para sustentar la complicidad no es suficiente acreditar determinado aporte causal de la conducta del cómplice, sino que es indispensable, además, exigir que supere el umbral del riesgo permitido (incremento del riesgo) y que el comportamiento del cómplice sea doloso. En ese sentido, hablar de complicidad en el delito de aprovechamiento indebido del cargo, como delito de infracción de deber, requiere de un aporte esencial efectivo y un dolo conjunto, tanto de quien coopera como quien ejecuta el delito (el dolo del cómplice ayuda al dolo del autor).

El dolo es voluntad y conocimiento, voluntad de querer ayudar y conocer a través de estos actos a que se está ayudando a que se cometa un delito. Así, en nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia se ha establecido que la complicidad,

como forma de participación, es una figura concurrente en todo tipo de delito doloso, y el delito de aprovechamiento indebido lo es, la que está proscrita en los delitos culposos (imprudentes).

Ya en el año 2017, la Corte Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y Crimen Organizado mediante el Pleno realizado el 25 de noviembre, adoptó por mayoría:

El CP asume la tesis de la accesoriedad de la participación. La participación es posible cuando concurre realmente un hecho realizado por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que el *extraneus* responde en calidad de cómplice por el delito cometido por el sujeto público. Se asume de ese modo la tesis de la unidad del título de la imputación. En suma, los *extranei* responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcional realizado por quien si posee tal cualificación de sujeto público. (p. 1).

Doctrinariamente, tal posición también ha sido desarrollada. Roxin, citado por Montoya Vivanco (2015) sostiene que, el partícipe debe responder penalmente, dado que contribuye a la infracción de un deber especial de autor. La participación se caracteriza por ser una “Cooperación sin infracción de deber” (Montoya Vivanco, 2015, p. 68). Es decir, acepta que el partícipe [*extraneus*] pueda ser sancionado aplicando la teoría de la unidad del título de imputación. Esta tesis, señala Abanto Vásquez (2003), interpreta que, de acuerdo al principio de accesoriedad de la participación respecto de la autoría, “no sería posible imputarle al *extraneus*

participe un delito distinto del cometido por el autor funcionario” (Abanto Vásquez, 2003, p. 51). En igual sentido, Salinas Siccha (2011), sostiene que, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha impuesto en nuestra patria, la posición de considerar que por el principio procesal de unidad de la investigación y el principio sustantivo de la participación de “Unidad del Título de Imputación, los particulares o *extraneus* responden por la comisión de los delitos contra la administración pública como cómplices” (Salinas Siccha, 2011, p.12). Así también, Rojas Vargas (2007) sostiene que nuestro CP asume la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para la autoría, de lo cual se deriva que toda complicidad es “dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia, tesis de la unidad de la imputación” (Rojas Vargas, 2007, p. 76).

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PARTICULAR FAVORECIDO EN EL DELITO DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO SEGÚN LA CASACIÓN N° 841-2015-AYACUCHO

El delito de aprovechamiento indebido de posición, también conocido como negociación incompatible, está incluido en la lista de delitos de corrupción de funcionarios públicos en nuestro Código Penal, tal y como se puso de manifiesto en la construcción de esta tesis. Reafirmando lo desarrollado bastamente por la doctrina y jurisprudencia, se trata de un delito especial al igual que todos los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, pues solo puede ser autor de este delito el funcionario o servidor público que se interesa indebidamente por cualquier contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo. Asimismo, es reconocido como un delito de infracción de deber, dado que el funcionario o servidor público que lo comete infringe deberes especiales como el de proteger los intereses estatales en un contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.

A pesar de la claridad de estos criterios, se ha logrado sostener, sin embargo, en la jurisprudencia -ciertamente un sector reducido- que, por su redacción legal, la configuración típica de este delito excluye la posibilidad de intervención de un tercero, pues de hacerlo, configuraría de forma independiente un delito distinto, como el delito de colusión (art. 384 del CP), denominado por la doctrina como delito de convergencia o de participación necesaria.

En efecto, bajo este criterio, el delito del art. 399 CP, de acuerdo con su redacción legal, se configura con la exteriorización del interés indebido por parte del funcionario público en un contrato u operación estatal al cual tiene competencia en

virtud del cargo que ostenta, y no exige la intervención de un tercero para su consumación; dicho de otro modo, el delito de aprovechamiento indebido del cargo no es un delito de participación necesaria o de encuentro, por lo mismo que su comisión no exige como requisito *sine qua non* la existencia de un acuerdo o concertación entre el funcionario y tercero (*intraneus* y *extraneus*).

Esta lógica fue plasmada en la Casación N° 841-2015-Ayacucho de fecha 24 de mayo de 2016 (en adelante, Cas. 841), de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema al resolver un caso puesto a su conocimiento y decisión. El pronunciamiento de fondo fue delimitado en tres puntos: **1)** ¿Se configura el delito de negociación incompatible en casos de contratación por emergencia que inicialmente es defectuoso, sin embargo, posteriormente puede ser regularizado? **2)** ¿El tercero interviniente responde como instigador o cómplice en el artículo 399 del CP?; y **3)** ¿Es necesario determinar la finalidad especial -provecho- en el comportamiento ilícito del imputado?

El delito del art. 399 CP, si bien cuenta con una redacción corta y sencilla a partir de su lectura, no han sido pocas las cuestiones problemáticas que han surgido tras su aplicación a casos reales. Estos problemas han girado en torno, por ejemplo, al contenido del elemento normativo del tipo de “interés indebido” y la finalidad indebida (Casación N° 1059-2018-Huánuco), el objeto material del delito recaído en los contratos y operaciones (Casación N° 273-2020-Lima, Fundamento 11), el vínculo competencial (entre estos y el funcionario público) (Exp. 23-2012, de la Sala Penal de Apelaciones), e incluso la participación delictiva al tratarse de un delito de infracción de deber (cfr. Acuerdo Plenario N° 3-2016, del 12 de junio e 2017). Precisamente sobre esto último, la Cas. 841 cuestionó la admisibilidad de la participación del *extraneus* en el delito de aprovechamiento indebido del cargo

(delito de infracción de deber) partiendo de la lectura de su propia redacción legal. A su entender, los fundamentos que dieron lugar al tema de discusión se encuentran en los fundamentos 28 al 33, en los cuales la Sala Penal Permanente asumió la tesis de no admitir, ni dogmáticamente, ni legalmente, la participación (cómplice o instigador) de un tercero en este delito. De manera resumida las premisas de la Corte fueron las siguientes:

- Primero: La negociación incompatible es un delito de infracción de deberes.
- Segundo: La inclusión de un tercero en un delito de infracción depende en última instancia de que se incluya en la redacción del tipo. Esto se refiere a los delitos que requieren de una participación necesaria.
- Tercero: Es necesario examinar la estructura del delito para determinar el grado de injerencia habitual de terceros en el mismo.
- Cuarto: Si interviniera el tercero con quien se realiza la operación, se estaría configurando un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros), por lo que la estructura convencional de este delito no lo permite.
- Quinto: No se exige la intervención de la persona con la que se contrata porque no estamos ante un delito de participación necesaria (en alusión al delito de negociación incompatible).
- Sexto: En consecuencia, la intervención de un tercero no está permitida en la configuración del delito de negociación incompatible.

Si queremos resumir aún más estas premisas, podríamos decir que la principal afirmación de la Sala Penal Permanente fue la siguiente:

La participación en el delito de negociación incompatible depende de su redacción legal. Sin embargo, como de la estructura típica de este delito no se desprende ello, no estamos hablando de un delito de participación necesaria, en consecuencia, la configuración de este delito no permite la intervención de un tercero.

Tras emitirse este pronunciamiento, y siguiendo esta lógica -pues incluso se citó esta Cas. 841-, la resolución dictada el 26 de noviembre de 2019 por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, absolvió a un *extraneus* del delito de negociación incompatible, bajo las siguientes premisas:

- Nos encontramos ante un delito especialísimo donde la estructura típica del delito no permite la participación de un tercero, pues atribuirle a éste injerencia en el direccionamiento de la conducta de los sujetos activos del delito implicaría que la conducta se desenvuelve en un marco de concertación que se encontraría referida más bien a la materialización de un delito distinto.
- Atribuirle al tercero la calidad de instigador no haría sino forzar la figura con el solo propósito de buscar sancionar el rol que pudiera haber jugado en la negociación el procesado absuelto E.V., cuya actuación para efectos del tipo penal juzgado carece de relevancia.
- **Si bien el recurso de casación [841] estuvo orientado a tal efecto, la creación del material jurídico aborda específicamente la posibilidad de intervención del extraneus en el delito de negociación incompatible, lo cual adecuadamente ha sido interpretado por el Juzgado, pues evidentemente la norma penal no da lugar a la participación del tercero**

en la descripción fáctica del delito, por lo cual corresponde desestimar la apelación respecto a este punto.

Considerando que este análisis provino de un juzgado penal de apelaciones, guardábamos la esperanza de que la Corte Suprema mediante casación, corrigiera este planteamiento e indicara que tanto esta fundamentación como la desarrollada en la Cas. 841 eran incorrectas. Lo cierto es que no fue así, la Sala Penal Permanente mediante Casación N° 184-2020-Lima Norte, del 26 de abril de 2022, lo reafirmó, pese a existir en el ordenamiento jurídico la modificación del art. 25 del CP, tras admitir en un caso el recurso extraordinario planteado por el Ministerio Público para dilucidar **si los terceros (*extraneus*) que participan en los contratos u operaciones y que se benefician con el interés indebido de los funcionarios públicos deben responder a título de cómplices en el delito de negociación incompatible, previsto en el art. 399 del CP.**

Los principales fundamentos en esta casación fueron los siguientes:

- La postura de la Cas. 841, respecto al título de imputación en el delito de negociación incompatible, es que no admite la complicidad.
- Respecto al Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-11, referido a la intervención de un tercero en el delito de enriquecimiento ilícito, tanto como delito especial propio como de infracción de deber, si bien admite la participación como cómplice, se trata de un tipo penal distinto al de negociación incompatible.
- Según sentencia del Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de 25 de noviembre de 2017, la conclusión plenaria a la que se arriba no distingue a los delitos de encuentro de aquellos que no lo son, como es el caso del delito de negociación incompatible.

- La distinción con el tipo penal previsto en el art. 384 CP radica en que no se trata de un delito de encuentro, sino de peligro abstracto que no exige la concertación que sí está prevista y sancionada en el citado delito. Tan es así que la Casación N° 396-2019-Ayacucho ha considerado al delito de negociación incompatible como un delito preparatorio en relación con el delito de colusión.
- Se pretende que TREV [procesado], en su calidad de representante legal de (...), sea considerado como cómplice del delito de negociación incompatible al haber sido claramente beneficiado con el actuar de los sentenciados JFLG, AMGO y AECG; no obstante, el tipo penal en el que se superpone el interés de un tercero frente a los intereses de la administración pública, materializado en una concertación que resulta entre el funcionario o servidor público y el tercero, se encuentra tipificado como delito de colusión, (...). **En consecuencia, corresponde declarar infundado el presente recurso de casación.** (énfasis nuestro).

Puede advertirse entonces, que, aunque los criterios establecidos en la Cas. 841 respecto a la no participación delictiva en el delito de negociación incompatible, no tiene el carácter de doctrina jurisprudencial, fue replicado en otros pronunciamientos judiciales, cerrando con ello la posibilidad de que los *extranei*, que en muchos casos son los beneficiarios finales de este delito, no ingresen al ámbito de la persecución penal. Esto genera que, en los procesos judiciales donde se imputa a los *extranei* que brindan aportes dolosos al hecho punible del autor, se beneficien impunemente por intereses indebidos de los funcionarios públicos, al escapar del ámbito de la persecución penal tras obtener beneficios económicos

indebidos, generando con ello perjuicio no solo económico al Estado, sino que se afecte la imparcialidad en las contrataciones públicas en un marco de impunidad.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha mantenido apoyo a lo expuesto en la Cas. 841 no solo en esta sentencia, sino también en otro pronunciamiento de fecha 24 de junio de 2021, recaído en la Casación N° 1946-2019-Junín:

Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo. **El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos en que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría delito independiente³.**

³ Fundamentos jurídicos trigésimo y trigésimo primero de la Casación número 841-2015 Ayacucho, del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, Sala Penal Permanente. (énfasis nuestro) (Fundamento Quinto).

El criterio asumido en la Cas. 841, en principio, se opone a la posición asumida en el Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, celebrado en Lima los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2017, que si bien fue posterior, replicaba lo que ya había sido asumido anteladamente por un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia como se expuso en el capítulo anterior. En este Pleno **Especializado** se debatió el título de imputación penal del *extraneus*

que, junto al funcionario público, participa en la comisión de un delito contra la administración pública. El pleno adoptó por mayoría que: “los *extranei* responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcional realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público” (p. 1).

Como se puede advertir, dicho criterio judicial de la Corte Suprema está influyendo en las decisiones jurisdiccionales de las demás cortes Superiores de nuestro país en oposición a lo desarrollado por la instancia especializada y la doctrina y jurisprudencia sobre la materia; por citar otro ejemplo, en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, se resolvió un proceso judicial amparándose en dicha postura doctrinaria (Expediente N° 1635-2014-89), citando como único fundamento el criterio de la citada Cas. 841, sosteniendo como si se tratara de una regla jurídica, que no cabe la participación de los *extranei* en el delito de negociación incompatible, por ende, absuelve al acusado imputado a título de cómplice; tal sentencia de primera instancia ha sido confirmada por la Sala Penal de Apelaciones de dicha Corte, aunque por mayoría, empero, también se ampara en la misma Cas. 841 para confirmar la absolución.

La Sala Penal Permanente a través de la Cas. 841, dejó de lado que en la doctrina mayoritaria (Caro John, 2010; Montoya Vivanco, 2015; Abanto Vásquez, 2003; Salinas Siccha, 2011; Rojas Vargas, 2007, entre otros) se tenía por conocida y aplicada la teoría, de la “causación o del favorecimiento”, en la que se entiende que la participación conlleva una forma de causación de la lesión a un bien jurídico, a partir de que causa (instigación) o favorece (complicidad) la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor.

De este modo, el participante transgrede la prohibición de las normas de participación en lugar de la norma que sustenta la infracción penal específica o el incumplimiento del deber, lo que amplía el tipo penal, por lo que la participación en esta clase de delitos no es -como refiere la Corte Suprema- impune, porque cualquier tercero puede realizar una contribución delictiva al hecho de un obligado positivamente o inducirle al mismo. El comportamiento del *extraneus* que contribuye significativamente a un delito de infracción de deber no es jurídicamente neutro porque el hecho también debe atribuírsele aunque no tuviera la obligación especial derivada de la institución positiva que posee el funcionario público autor. De ahí que la participación del *extraneus* en la acción delictiva de los funcionarios públicos es siempre posible cuando se compruebe que aquel ha sido el factor desencadenante de la acción y se incorpora decisivamente en la causación del injusto. No es correcto, entonces, sostener que la participación en un delito de infracción de deber o especial propio depende siempre de su redacción legal, sostener esto resulta muy limitado y simplista.

En lo que respecta al delito bajo estudio (art. 399 CP), el que no esté tipificado en su redacción como un delito “de participación necesaria”, como lo es el delito de colusión o cohecho en sus distintas modalidades, no limita la posibilidad de castigar a toda aquella persona que esté favorecida en la comisión de este ilícito. De ser esto así, entonces los fundamentos sostenidos en el Acuerdo Plenario N° 3-2016 caerían en saco roto respecto al delito de enriquecimiento ilícito, cuya redacción tampoco incorpora textualmente la intervención de un *extraneus*, no obstante, se presentan circunstancias en las que un tercero puede perfectamente contribuir de forma determinante y dolosa en la realización del tipo penal.

La participación se basa en el hecho de que todos los miembros de la sociedad también están conectados a ellas de forma mediata, y no en la violación de una función institucional que sólo vincula al obligado. Aplicando esta lógica al delito de negociación incompatible, el cómplice tendrá que realizar un aporte significativo en la ejecución del hecho delictivo, conociendo el interés indebido del funcionario público en una operación o contrato a su cargo y con la finalidad de obtener un beneficio de ello. En consecuencia, como se ha referido en la Casación N° 1895-2019-Selva Central:

[L]o decisivo será perseguir un “interés” propio o de tercero, por ende, aunque tengan un interés claro, los que no cumplan los requisitos de autoría sólo recibirán penas de participación por cometerse un delito único. El cómplice tiene que conocer que el funcionario público se interesa indebidamente, de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico. No basta con verificar, de modo objetivo, un aporte causal del interviniente punible y que con su conducta se facilite la comisión del delito. Resulta indispensable probar y justificar su comportamiento doloso. En suma, al tratarse de un delito especial y un delito de infracción de deber, serán partícipes los sujetos que tengan algún tipo de intervención en el hecho punible, pero que no sean funcionarios ni servidores públicos o que, siéndolo, no tengan competencia en el contrato u operación del que se trate. Para ello se requiere, además, que hayan actuado de manera dolosa (Fundamento Quinto).

Por ello es que, en virtud de la jurisprudencia y la doctrina especializada, el delito de negociación incompatible, al ser un delito especial propio y de infracción de

deber, admite jurídicamente la participación punible del tercero no obligado institucionalmente o *extraneus*.

CONCLUSIONES

1. El funcionario o servidor público que muestra una conducta interesada, dirigida a beneficiarse a costa de la Administración Pública, es acreedora de sanción penal desde los inicios de la legislación penal peruana. Así, En armonía con el marco histórico en el que estuvieron vigentes, los códigos penales de 1863 y 1924, así como el efímero CP de Santa Cruz de 1836, se penalizaba al empleado público de forma singular. La aplicación de la pena privativa de libertad sólo se inició con la vigencia del CP de 1991.
2. A diferencia del delito de colusión (artículo 384 CP), el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, no requiere la intervención de un particular para su ejecución, por ello no se trata de un delito de participación necesaria.
3. El legislador utilizó de manera inadecuada la frase “negociación incompatible” para describir el delito establecido en el tipo penal 399 del CP. El artículo 1 de la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004, que incorporó, derogó, modificó y trasladó diversos tipos penales, entre ellos el de aprovechamiento indebido de posición (antes artículo 397, ahora 399), es donde se originó este desatino en la estrategia legislativa.
4. La palabra “negociación” necesariamente implica la participación de dos o más sujetos con la finalidad de arribar a un convenio o pacto. Sin perjuicio de que el interés indebido que manifiesta el funcionario público es punible,

mientras sea incompatible con los fines que persigue la Administración Pública, y en concreto la función propia del empleado.

5. Existe la posición que niega la viabilidad dogmática de admitir una participación en los delitos de infracción de un deber, pero también un sector importante que la sostiene. Un pronunciamiento en contra se encuentra en la Cas. 841.
6. La Cas. 841, sostiene que, para establecer la participación del tercero en un delito de infracción del deber, se tiene primero que identificar la estructura típica del delito. Es decir, si el delito dentro de su estructura típica abarca o no la participación de un tercero como es el delito de colusión, del art. 384 CP.
7. La redacción típica del delito de negociación incompatible, se ubica en el artículo 399 del CP. A partir de su lectura la Corte Suprema mediante la Cas. 841 considera que el delito de aprovechamiento indebido de cargo no es un delito de participación necesaria, en la cual se admita la participación de un tercero particular, por lo que no debemos hablar de la participación de un extraneus en este delito.
8. No es correcto lo sostenido en la Cas. 841, ya que no es necesario que estemos ante un delito de participación necesaria para admitir la participación y, propiamente la complicidad en los delitos de infracción de deber. Así, si bien el delito del 399 del CP no es un delito de encuentro o de

participación necesaria, si es posible que pueda darse la participación de un extraneus, que puede ser un funcionario o servidor público no competente, o un particular.

9. La complicitad en el delito del 399 CP es posible, en tanto se cumplan, dos presupuestos: que el extraneus realice un aporte significativo para la configuración del delito y que este aporte significativo se realice de manera dolosa.
10. Esta posición no solo encuentra apoyo en la doctrina y jurisprudencia. Al año siguiente de emitirse la Cas. 841, el art. 25 del CP se modificó para cerrar esta discusión: los cómplices extraneus si responden penalmente por el delito cometido por el autor especial (último párrafo de su redacción).
11. Sin embargo, la discusión persistió tras emitirse en el año 2022 la Casación N° 184-2020-Lima Norte, en cuyos fundamentos se tomó en consideración lo expuesto en la Cas. 841.
12. La lucha contra la corrupción se convierte en una decisión de política criminal que no debe aplacarse, y por este camino también debe orientarse la interpretación normativa por parte de las autoridades judiciales, en particular los juzgados especializados en corrupción y la Corte Suprema de Justicia de la República que con no poca frecuencia toma conocimiento para resolver estos casos de participación delictiva en delitos de infracción de deber.

RECOMENDACIONES

1. Ante la existencia de pronunciamientos contradictorios entre la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del 25 de noviembre de 2017, sobre la responsabilidad penal de los partícipes particulares en el delito de negociación incompatible, se hace necesario un pronunciamiento de la Corte Suprema que resulte coherente con la posición mayoritariamente asumida y que cuenta con respaldo de las Corte Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y Crimen Organizado.
2. Se recomienda que los jueces de las distintas cortes, en particular los magistrados de la Corte Suprema, reparen en lo desarrollado en el Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios que cuenta con respaldo de la doctrina mayoritaria en materia de delitos contra la administración pública, a fin de evitar que los procesos judiciales donde se imputa a los *extranei* empresarios o personas naturales que celebran contratos u operaciones con el Estado, haberse beneficiado por intereses indebidos de los funcionarios, escapen del ámbito de la persecución penal.

REFERENCIAS

Bibliográficas

Abanto Vásquez, M. (2001). Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. Lima: Palestra Editores.

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

Berdugo, I. et. Al. (1996). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Barcelona: J. M: Bosch.

Bramont Arias, L. (1966). *Código Penal anotado*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Bramont Arias, L. (2004). *Código Penal anotado*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Buompadre, J. E. (2012). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Buenos Aires: Astrea.

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

Cobo del Rosal, M. y Vives Anton, T. S. (1996). *Derecho Penal. Parte general*. (4ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Creus, C. (1998). *Derecho Penal. Parte general*. Tomo II. (6ª ed.). Buenos Aires: Astrea.

Donna, Edgardo A. (2000). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

- Enriquez Sumerinde, V. (2016). El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Gaceta Penal & Procesal Penal* (79), pp. 77-89.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Feijoo Sánchez, B. (1997). *Delitos contra la administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas (I)*. Madrid: La Ley.
- Fontan Balestra, (2002). *Derecho penal. Parte especial*. Madrid: LexisNEXIS. Abeledo Perrot.
- García Cavero, P. (1999). *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Gómez Mendez / Gómez Pavajeau, (2008). *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*. Lima: Cedys.
- Hurtado Pozo, J. (1979). *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*. Lima: Cedys.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2001). Acción y omisión en derecho penal. *Cuadernos de Política Criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jescheck, H.-H. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte general*. (J. L. Manzanares Samaniego, trad.). (4ª ed.). Granada: Comares.

- Lesch, (1995). Intervención delictiva e imputación objetiva. (Sánchez-Vera Gómez Trelles, trad.). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (48), pp. 911-972.
- Maurach, R. (1962). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo II. (J. Córdoba Roda, trad.). Barcelona: Ariel.
- Mir Puig, C. (2000). *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: Idehpucp.
- Peñaranda Ramos, E. (1990). *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid: Editorial B de F.
- Peña Cabrera, R. (1983). *Tratado de derecho penal. Volumen I. Parte general*. Lima: Sessator.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2010). *Derecho penal. Parte especial. Tomo V*. Lima: Idemsa.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). *Derecho Penal. Parte especial*. (Tomo V). (3ª ed.). Lima: Idemsa.
- Pérez Alonso, E. J. (1995). *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid: La Ley.
- Quintero Olivares, G. (1974). *Los delitos especiales y la teoría de la participación*. Barcelona: Cymys.

- Reaño Pesquiera, J. (2010). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores.
- Reátegui Sánchez, J. (2016). *El delito de negociación incompatible y patrocinio ilegal de intereses privados*. Lex & Iuris.
- Rojas Vargas, F. (2010). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. (4ª ed.). Lima: Grijley.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Madrid: Barcelona.
- Rueda Martín, M. A. (2004). Recensión a la obra Delito de infracción de deber y participación delictiva, de Sanchez Vera Gomez Trelles, J. (2002). *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2ª época (13), 501-524.
- Salazar Sánchez, N. (2004). *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*. Lima: Jurista Editores.
- Salinas Siccha, R. (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- Sancinetti, M. (1986). Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*. (Vol. XXXIX). (pp. 878-891).
- San Martín Castro, C. E. (2003). *Derecho Procesal Penal*. (Tomo I). Lima: Grijley.
- Soler, S. (1951). *Derecho Penal argentino*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.

- Suárez Gonzáles, C. (2001). “Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios”. En: Silva Sánchez J. M. y Suárez González, C. J. (Coords.). *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. (pp. 149-165). Lima: Grijley.
- Villa Stein, J. (2008). *Derecho penal. Parte general*. (3ª ed.). Lima: Grijley.
- Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho penal. Parte general*. (3ª ed.). Lima: Grijley.
- Viterbo Arias, J. (1898). *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863. (Vol. I)*. Lima: Librería e Imprenta Gil.

Electrónicas

- Bacacorzo, G. (2002). Tratado de Derecho Administrativo. (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica. Recuperado de <https://bit.ly/2MLDYIt>
- Defensoría del Pueblo (mayo, 2017). *La corrupción en el Perú. Radiografía de la corrupción en el Perú*. (Reporte de corrupción N° 1). Recuperado de <https://bit.ly/2AD4II0>
- Díaz Castillo, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca. Recuperado de <https://bit.ly/3BLqyic>
- Luyo Clavijo, C. (2017), *La participación del extraneus en los delitos especiales a la luz del proyecto de ley de nuevo Código Penal*. (Trabajo de investigación).

Universidad de San Martín de Porres: Centro de Estudios en Derecho Penal.

Recuperado de <https://bit.ly/3BLr1Ru>

Miranda Pimentel, O. A. y Honores Yglesias, C. A. (2022). *La participación en el delito de negociación incompatible*. (Tesis de titulación). Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo. Recuperado de <https://bit.ly/3Qrf3Aw>

Montoya Vivanco, Y. (2015). *Sobre la corrupción en el Perú. Algunas notas sobre sus características, causas, consecuencias y estrategias para enfrentarla*. Recuperado de <https://bit.ly/3HklfGV>

Obregón Fernández, R. M. (2018). *La prueba del dolo en el delito de negociación incompatible*. (Tesis de titulación). Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Recuperado de <https://bit.ly/3SqD9wV>

Pajares Sánchez, A. S. (2018). *La Complicidad del extraneus en el delito de Negociación Incompatible y su vulneración al Principio de Legalidad*. (Tesis de titulación). Lima: Universidad Cesar Vallejo. Recuperado de <https://bit.ly/3Ss2A14>

Rodríguez Cano, A. y Cueto, F. (2019). *El delito de negociación incompatible en la reforma legal*. (Tesis de licenciatura). Santiago: Universidad de Chile. Recuperado de <https://bit.ly/3oXbJkJ>

Salinas Siccha, R. (2016). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Problemas Actuales de Política Criminal. Anuario de Derecho Penal 2015-2016*. Recuperado de <https://bit.ly/3QlofWV>

Salinas Siccha, E. R. (2020). *La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales*. (Tesis doctoral). Lima:

Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado de <https://bit.ly/3C3bGeS>

Sessano Goenaga, J. C. (2006). Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (08-03).

<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf>

Velásquez Miranda, J. (2022). *Determinación de la intervención del tercero beneficiado – extraneus, en la estructura típica del delito de negociación incompatible*. (Tesis de titulación). Puno: Universidad Nacional del Altiplano. Recuperado de <https://bit.ly/3p3ejpA>

Jurisprudenciales

Corte Superior de Justicia de Lima (s. f.). *Exp. N° 183-2011*, Sala Penal de Apelaciones.

Corte Superior de Justicia de Lima (10, junio de 2013). *Exp. N° 00092-2011-6-1826-JR-PE-01*, Sala Penal de Apelaciones.

Corte Superior de Justicia de Lima (29, mayo de 2012). *Exp. N° 00036-2012-1-1826-JR-PE-01*, Sala Penal de Apelaciones.

Corte Suprema de Justicia de la República (25, octubre de 2002). *Recurso de Nulidad N° 4832-2001-Arequipa*, Sala Penal de Apelaciones.

Corte Suprema de Justicia de la República (18, marzo de 2009). *Recurso de Nulidad N° 1174-2007-Cusco*, Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema de Justicia de la República (11, octubre de 2010). *Recurso de Nulidad N° 3144-2009-Puno*, Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República (19, abril de 2011). *Recurso de Nulidad N° 443-2010-San Martín*, Sala Penal.

Corte Suprema de Justicia de la República (9, mayo de 2012). *Recurso de Nulidad N° 1328-2011-Puno*, Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República (29, agosto de 2012). *Recurso de Nulidad N° 1318-2012-Lima*, Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema de Justicia de la República (12, septiembre de 2012). *Recurso de Nulidad N° 2770-2011-Piura*, Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República (5, octubre de 2012). *Recurso de Nulidad N° 1909-2011-Ucayali*, Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema de Justicia de la República (13, febrero de 2013). *Recurso de Nulidad N° 253-2012-Piura*, Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República (23, mayo de 2013). *Recurso de Nulidad N° 248-2013*, Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema de Justicia de la República (15, julio de 2013). *Casación N° 367-2011-Lambayeque*, Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República (23, octubre de 2013). *Recurso de Nulidad N° 1024-2013-Ica*, Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema de Justicia de la República (21, mayo de 2014). *Recurso de Nulidad N° 300-2014*, Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República (6, julio de 2015). *Casación N° 782-2015-Del Santa*, Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República (9, noviembre de 2020). *Casación N° 396-2019-Ayacucho*, Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República (27, abril de 2021). *Recurso de Nulidad N° 1895-2019-Selva Central*, Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República (24, junio de 2021). *Casación N° 1946-2019-Junín, Afectación del principio de imputación necesaria*. Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República (26, abril de 2022). *Casación N° 184-2020-Lima Norte*, Sala Penal Permanente.