



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**“EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y LA
COMPLICIDAD DEL EXTRANEUS ENTORNO A LA TEORÍA DE
LA UNIDAD”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

JOSÉ ROBERTO SERQUÉN CHANAMÉ

ASESOR:

Dr. ENRIQUE RODAS RAMÍREZ

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Penal

Pimentel, Perú, 2021.

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a Dios a mis padres y mi hermana, por haberme guiado y brindado la fuerza y apoyo necesaria durante toda la carrera profesional.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, a mis padres y a mi hermana por haberme apoyado y, guiado durante toda la carrera profesional, también a mis maestros por los conocimientos brindados durante la carrera profesional.

INDICE DE CONTENIDOS

INDICE DE CONTENIDOS	iv
INDICE DE GRÁFICOS Y FIGURAS	v
INDICE DE ABREVIATURAS.....	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
I. INTRODUCCIÓN	9
II. DESARROLLO	4
III. METODOLOGÍA	37
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	37
3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	37
3.3. CATEGORÍAS, SUBCATEGORÍAS Y MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN (MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	38
3.4. ESCENARIO DE ESTUDIO	41
3.5. PARTICIPANTES.....	41
3.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	41
3.7. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS E INFORMACIONES	41
3.8. RIGOR CIENTÍFICO	42
IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	43
V. CONCLUSIONES	48
VI. RECOMENDACIONES	50
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51
VIII. ANEXOS.....	58

INDICE DE GRÁFICOS Y FIGURAS

GRAFICO 01: ¿ Sabe usted sobre figura jurídica de extraneus?.....	44
GRÁFICO 02: Conoce usted sobre el tipo penal del delito de negociación incompatible?	45
GRÁFICO 03: ¿C Tiene conocimiento acerca de la teoría de la unidad del título de imputación?	46
GRÁFICO 04: ¿Cree usted que existe complicidad del extraneus en torno a la teoría de unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible?	47

INDICE DE ABREVIATURAS

C° : CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERÚ

CP : CÓDIGO PENAL

CPP: CÓDIGO PROCESAL PENAL

ART. : ARTÍCULO

S/F : SIN FECHA

P. : PÁGINA

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como tema principal la complicidad del extraneus entorno a la teoría de la unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible. Los delitos contra la Administración Pública pueden ser cometidos por particulares y funcionarios públicos; sin embargo, la figura del “extraneus”, requiere también de una regulación que delimite su participación y complicidad, a efectos de una mejor administración de justicia. Para tal sustento se desarrollarán conceptos relacionados con el tema principal, entre los que se encuentra la figura jurídica del extraneus, el tipo penal de negociación incompatible, la teoría de la unidad del título de imputación y la complicidad. Se describirán las distintas posturas de la doctrina frente a la teoría de la unidad del título de imputación, se desarrollará la misma temática, pero vista desde la legislación nacional y el derecho comparado, con la finalidad de tener un estudio más amplio y detallado sobre la problemática en cuestión.

Palabras clave: extraneus, negociación incompatible, delitos contra la administración pública, teoría de la unidad del título de imputación, complicidad.

ABSTRACT

The main theme of this research work is the complicity of the extraneus around the theory of the unity of the imputation title in the offense of incompatible negotiation. Crimes against the Public Administration can be committed by individuals and public officials; However, the figure of the "extraneus" also requires a regulation that defines their participation and complicity, for the purposes of a better administration of justice. For such support, concepts related to the main issue will be developed, among which is the legal figure of the extraneus, the incompatible criminal type of negotiation, the theory of the unity of the accusation title and complicity. The different positions of the doctrine will be described in front of the theory of the unit of the title of imputation, the same subject will be developed, but seen from the national legislation and the comparative law, in order to have a broader and more detailed study on the problem in question.

Keywords: extraneus, incompatible negotiation, crimes against the public administration, theory of the unity of the accusation title, complicity.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal es considerado una de las ramas más importantes en el Derecho -en general por la utilidad que tiene para nuestra sociedad- siendo que regula de manera coercitiva las conductas ilícitas más perjudiciales que afectan los bienes jurídicos de las personas (naturales y jurídicas), favoreciendo la tutela y protección por parte del Estado.

En nuestro Código Penal, se tiene establecido que los delitos contra la Administración Pública pueden ser cometidos por particulares y funcionarios públicos; sin embargo, la figura del “extraneus”, requiere también de una regulación que delimite su participación y complicidad, a efectos de una mejor administración de justicia, siendo que el presente trabajo de investigación tiene por fin hacer un análisis de la doctrina en cuanto a la valoración de la imputación del extraneus entorno a la teoría de unidad la que manifiesta que el extraneus formaría parte del delito de negociación incompatible.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los principales problemas que aqueja hoy en día a nuestra sociedad es el problema de la corrupción de nuestros funcionarios públicos. Para nadie es un secreto que la mayoría de personas que ostentan un cargo público y nos representan ante el Estado han dejado quebrantar sus valores éticos y morales, cayendo en el juego sucio de la temible y tan conocida corrupción de servidores públicos, lo cual sin duda alguna trae consigo la comisión de los denominados delitos contra la administración pública.

Dentro de estos delitos, encontramos el de negociación incompatible, el cual se encuentra tipificado en nuestro Código Penal en el artículo 399°. Este delito no es más que el interés particular e indebido que asume un servidor o funcionario público respecto de un contrato, negociación o cualquier otra actividad que se da entre particulares con

el Estado, quien abusando del cargo que ostenta busca obtener un beneficio propio o para terceros.

En el margen de este concepto sobre el delito en mención, un tema que ha causado gran revuelo entre juristas, dogmáticos, magistrados y demás operadores del derecho, es respecto a la ubicación de la negociación incompatible en la perpetración de los delitos especiales y su punibilidad. Ello por cuanto, se plantea la interrogante sobre si es posible que un agente que no tiene la condición de funcionario o servidor público deba responder penalmente por la comisión de un delito que exige que el autor tenga dicha calidad.

Dicha interrogante en nuestro país ha sido respondida por la mayoría en forma afirmativa, por cuanto, considera que dicho tercero, el cual es denominado con el término “Extraneus” tendrá la calidad de partícipe, más no de autor, ello en atención a las teorías que al respecto se han manejado para brindar solución a la interrogante planteada, lo cual será materia de análisis en la presente investigación.

Teniendo en cuenta que la administración pública es entendida como la forma organizada más extendida del poder público en las sociedades contemporáneas, puesto que, exhibe atributos de calificación, competencia, tecnificación, infraestructura de medios, racionalidad y contenido ético-teleológico bien definidos; en donde la Constitución Política y las leyes constituyen el fundamento jurídico de su existencia.

En ese sentido, su existencia jurídica, cobra legitimidad social en la medida que se identifique claramente con la búsqueda del bien social común, teniendo en cuenta principios de igualdad, eficacia, sujeción al ordenamiento jurídico y reafirmación de los derechos de los seres humanos a convivir e interactuar, teniendo en cuenta la exaltación de su dignidad y de recibir por parte del Estado condiciones que eleven su calidad de vida.

Desde esta perspectiva, los delitos comprendidos en este título deberán estar vinculados al modelo de Estado constitucionalmente definido, situando su punto de referencia en el correcto funcionamiento

de la administración pública, es decir, verificándose la probidad, rectitud y lealtad de sus funcionarios públicos en el desarrollo de sus obligaciones propias del cargo que ostenten.

JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

La investigación propuesta tiene relevancia tanto para la sociedad, así como para nuestros operadores del derecho (jueces, abogados, etc.) y poderes del Estado; ya que, son estos los que están llamados a brindar soluciones a problemas que a diario ocurre en nuestra realidad, de esa manera, delimitar la complicitad del extraneus entorno a la teoría de la unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible.

La intención de este trabajo de investigación es describir la problemática y deficiente normatividad existente, sus alcances, fortalezas y deficiencias, a fin de que se norme y se delimite la complicitad del extraneus entorno a la teoría de la unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Para determinar si existe una posible solución a la problemática planteada, se ha creído conveniente plantear la siguiente interrogante:

¿Cómo se delimitaría la complicitad del extraneus entorno a la teoría de la unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible?

HIPÓTESIS

Si, el delito negociación incompatible valora el extraneus, entonces, este debería formar parte del delito en mención entorno a la teoría de la unidad del título de imputación.

OBJETIVOS

Los objetivos del presente trabajo son los siguientes:

Objetivo general

- Determinar la valoración del grado de punibilidad de la mutilación de parte del cuerpo en el tipo penal de lesiones graves.

Objetivos específicos

- Analizar la naturaleza jurídica de la figura del extraneus.
- Estudiar el tipo penal del delito de negociación incompatible.
- Analizar la dinámica de la teoría de la ruptura del título de imputación.
- Analizar la complicidad del extraneus entorno a la teoría de la unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible.

II. DESARROLLO

Marco Teórico

La presente investigación tiene antecedentes a nivel internacional, nacional y local, mismos que consisten en noticias, artículos de revista, proyectos de investigación y tesis; con el fin de poder dar una visión previa del trabajo de investigación que estamos realizando.

A nivel internacional, podemos mencionar los siguientes trabajos de investigación ligados al tema en desarrollo:

- La negociación incompatible, en palabras del doctor Juan Mañalich (2015) es entendido como “aquel delito donde el injusto específico consiste en el menoscabo del correcto ejercicio de la función pública, vulnerándose en ese sentido las condiciones de las cuales dependen el correcto ejercicio de la función pública, donde debe prevalecer siempre el interés general sobre el interés particular” (s.p).
- Para el derecho español, el delito de las negociaciones ilícitas o negociaciones prohibidas consiste en el aprovechamiento o

favorecimiento de una autoridad o funcionario público en su intervención sobre contratos, negociaciones u otras actividades para la obtención de su beneficio propio. Según hace referencia la doctora Martha Cabrera (2014):

En este tipo de delito el bien jurídico que se protege es el principio de imparcialidad en el funcionamiento de la Administración Pública, ya que, la orientación del funcionario público es hacia la consecución de fines de interés general más no particular (p. 75 -76).

- Para la jurisprudencia argentina según lo ha establecido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Corrección Federal, el delito de negociación incompatible ha sido calificado como el desdoblamiento de la personalidad del funcionario público dentro de la relación operacional, tanto como interesado y órgano del Estado. Siendo ello así, Becerra C. y Zamboni A. (2011) “precisan que el bien jurídico tutelado en este tipo de delito es el interés del Estado en el buen desempeño de las funciones de la administración pública” (p. 6,9).

Asimismo, a nivel nacional se tienen las siguientes investigaciones ligadas al tema en desarrollo:

- El delito de negociación incompatible, según la tesista Aguilera (2016):
“se materializa cuando el funcionario o servidor público en razón al cargo que ostenta dentro de la administración pública, se interesa por actividades, contratos o cualquier otra actividad realizada por particulares con el Estado, buscando obtener un provecho patrimonial, personal o para terceros” (p. 44).

- Por otro lado, tenemos que la tesista Ana Pajares (2018) en cuanto al tipo penal de negociación incompatible prescribe que “este delito de infracción de deber también denominado aprovechamiento indebido del cargo, consiste en el interés indebido del funcionario público respecto de actividades o negocios de interés general del Estado” (p. 27).
- El doctor Peña Cabrera, citado por Pajares (2018) ha establecido en cuanto al delito en mención que “la única persona que resultaría responsable es quien ostente el cargo público y en mérito a el, infrinja sus deberes de lealtad y probidad en el correcto desempeño de la administración pública” (p. 27-28).

A nivel local, tenemos el siguiente trabajo de investigación que identifica la problemática en torno al delito de negociación incompatible:

- Respecto al bien jurídico protegido en el delito materia de investigación, tenemos que la tesista María García (2018) citando al doctor Castillo alude:

A la transparencia por parte de todo funcionario público que debe prevalecer en cualquier proceso de contratación u operación que verse sobre intereses públicos, ya que, el funcionario o servidor público al actuar en representación del Estado debe ostentar un perfil cimentado en valores como integridad, probidad y rectitud (p. 49).

- Sobre el término extraneus, tenemos que Salcedo (2009) señala:

Que éste actúa como un tercero prestando apoyo al funcionario público para la comisión de dichos delitos. Es por ello que, del rol desempeñado por el extraneus, surge ciertas discrepancias respecto a la determinación de la pena, ya que, quien realiza directamente el delito es el funcionario público, pues en razón al cargo que ostenta infringe deberes jurídicos especiales. Sin embargo, el extraneus al actuar

como un partícipe o copartícipe, también debe responder por la comisión de algún delito en contra de los intereses del Estado (p. 22).

- Por otro lado, Benavente Hesbert y Calderón Leonardo citados por Rommel Obregon (2018) precisan que “la razón de la sanción del tipo penal del delito materia de investigación, es por la necesidad de tutelar el interés general de la administración pública, de tal manera que se garantice los derechos e intereses de los administrados” (p. 34).

Datos y hallazgos más relevantes

La Administración Pública

Sobre la administración pública, Salinas (2014) precisa que es “toda actividad que realizan los funcionarios y servidores públicos con la finalidad de materializar el objetivo final del Estado” (p. 2).

La ciencia de la administración pública, según Miguel Galindo (2000) “es aquella que tiene por finalidad la prestación de servicios públicos de manera idónea en beneficio de la comunidad, trabajando en conjunto para obtener el resultado más favorable” (p. 5-6).

Nuevamente Galindo señala:

Que la administración pública se lleva a cabo teniendo en cuenta el orden público, satisfacción de las necesidades de la comunidad y conducción del desarrollo económico y social; bajo la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas particulares determinados por el principio de legalidad (p. 6).

Según Pacheco (2013):

La administración pública es el gobierno en acción, es el ejecutivo, es el que actúa, la dimensión más viable del gobierno, y, por supuesto, tiene más experiencia que el gobierno mismo. De esta manera la administración pública se define como la acción

gubernamental que busca alcanzar los fines y objetivos del Estado (p. 18).

Del mismo modo, Escalante (2015) ha indicado:

Que cualquier administración pública es una organización, así como también lo son sus entidades que forman parte de la misma (independientes o no); las cuales tiene por finalidad satisfacer los intereses generales de su comunidad, independientemente de que su entorno esté conformado por otras unidades administrativas, en las cuales sus objetivos y decisiones se encuentren condicionados a instancias superiores (p. 122).

Continuando con Escalante (2015) se precisa:

Que la administración pública es una organización compleja, debido a su diversidad funcional y estructural, entendido ello en el sentido de que los organismos públicos si bien atienden diversas funciones, todos responden al mismo modelo administrativo, lo cual ha generado un grave problema, ya que, no existe correlación entre su estructura interna y las funciones que desempeñan (p. 127).

Por otro lado, tenemos a Guerrero & Valle (2002) quienes manifiestan:

Que la administración pública se concibe como el vínculo de unión entre el Estado y la sociedad, aquel que se hace patente y visible al actuar en pro de la sociedad a través de la administración pública. Ese vínculo se presenta en un sentido político al ejecutar la normativa, y, en un sentido económico, al estructurar las condiciones sociales y materiales indispensables para el desarrollo común (p. 33).

En cuanto a la conformación de la administración pública, Castilla (2007) manifiesta que:

Los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y todas las instituciones autónomas, municipales y otras; hacen parte de la misma, las cuales están orientadas a ofrecer servicios públicos que la

sociedad requiera para la protección o tutela de los principales derechos y necesidades (p. 6).

Por último, Suarez Gonzales citado por Aguilera (2016) contextualiza a la administración pública de la siguiente manera:

Toda actividad ejercida por los funcionarios o servidores públicos, con la finalidad de llevar a cabo el buen funcionamiento del Estado y consecuente cumplimiento de sus fines. Para este autor, no cabe la posibilidad de objetar la tutela por parte del Derecho punitivo en caso de comisión de delitos que afecten el correcto funcionamiento de la administración pública (p. 30).

Extraneus

Según palabras de Aguilera (2016) sobre los delitos especiales contra la administración pública, indica sobre el extraneus:

La responsabilidad recae sobre el agente activo, el cual es necesariamente un funcionario o servidor público, al cual en doctrina se le conoce como “Intraneus”, también cabe la posibilidad de la figura del llamado “Extraneus”, quien, si bien no tiene la calidad de funcionario público, ha participado en la comisión de un delito que ha afectado la administración pública (p. 55).

Otra definición la brinda Roxin citado por García (2018) quien precisa:

La figura central del delito de infracción del deber recae en el autor, ya que el acto criminal se encuentra vinculado por un deber especial de carácter penal. En ese sentido, podemos afirmar que al autor mediato se le conocerá con el nombre de intraneus y al partícipe o cómplice se le denominará *extraneus*, debido a que no se encuentra vinculado al deber especial del primero (p. 53).

En esa misma línea, Abanto (2004) sobre al extraneus manifiesta:

Lo que interesa al momento de determinar la autoría es verificar que efectivamente se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus (funcionario o servidor público); y, cualquier

extraneus que haya colaborado (sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos) con el intraneus, será considerado partícipe en este tipo de delitos (p. 4).

Dentro del marco de los delitos especiales, según Suarez (2002):

Debe diferenciarse si esta figura corresponde a un delito propio o impropio; además de que, en cada caso, su análisis debe partir desde dos teorías distintas, como la teoría de la ruptura de título de imputación y la teoría de la unidad del título de imputación, con las cuales se obtienen las pautas para establecer los criterios que determinarán las consecuencias jurídicas en los delitos especiales para el extraneus (p. 29).

Respecto a los delitos de la administración pública, tenemos a Valenzuela (2019) quien asegura:

Es importante tener en cuenta la teoría de los delitos de infracción de deber como la más importante para identificar los grados de participación que tienen los intervinientes; siendo así, se determinará la autoría del intraneus y la “complicidad única” del extraneus (p. 45).

También Pajares (2018) ha precisado al respecto:

Dada la estructura del tipo penal no se exige que la consumación del delito de como resultado una conducta separada en espacio y temporalidad, ya que, al ser el delito de mera actividad, no se podrá establecer hasta que momento de la ejecución de dicho delito se admitirán actos de participación del extraneus (p. 29-30).

En cuanto a la teoría de la ruptura del título de imputación, Alcocer citado por Salinas (2015) refiere que:

Tomando en cuenta el principio procesal de unidad de la investigación y los principios de la participación de unidad del título de imputación y accesoriedad, se considera al extraneus como cómplice del sujeto o agente público, quien en calidad de autor

comete algún delito especial contra la administración pública (p. 111).

Por otro lado, tenemos la postura del doctor García Caveró (citado por Salinas, 2015) según la teoría de la unidad o ruptura del título de imputación quien manifiesta:

Si un *intraneus* participa en un hecho concreto con un *extraneus*, éste responderá por un delito diferente al cometido por el *intraneus*. Es decir, si en la sustracción de los caudales públicos participa un agente público encargado de su custodia junto a un tercero, el primero responderá por el delito especial al infringir su deber funcional, en tanto, el particular a la administración responderá por la comisión de un delito común (s.p).

Luego, Pariona citado en Salinas (2014) indica lo que se entiende por los delitos de infracción del deber señalado lo siguiente:

Son aquellos en los cuales el autor del evento criminal se encuentra vinculado por un deber especial de carácter penal, es decir, es quien realiza la conducta prohibida e infringe un deber especial de carácter penal; y, el que ha participado en la comisión del delito, infringiendo o incumpliendo un deber especial que, no les alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del acto criminal (p.16).

Abanto (2004) en cuanto a la teoría de infracción de deber, teoría desarrollada por el profesor Claus Roxin señala que:

Para poder dar solución a la problemática con respecto a la autoría y participación en los delitos especiales. El profesor Claus Roxin formuló esta teoría en su célebre trabajo doctoral publicado en 1963, bajo el título Autoría y dominio del hecho. En su libro postuló que son tipos penales en los que la autoría se caracteriza por el hecho de que alguien se aprovecha de, o incumple un deber emanado de su papel social, realizando así una lesión típica de un bien jurídico", siendo irrelevante si este tenía o no dominio del

hecho en cualquiera de las formas de autoría enumeradas líneas arriba, siendo el elemento básico en la autoría de estos delitos la infracción de un deber especial (p. 3).

En los delitos de infracción de deber, según Caro (2003) quien debe responder como autor es la persona que lesiona un deber específico que lo identifica como obligado especial. Cita a modo de ejemplo:

El juez -intraneus- que encarga indebidamente a una de las partes -extraneus- la redacción de la sentencia, infringe su deber especial a título de autor, a pesar de no dominar personalmente el hecho de la redacción; y, viceversa, el extraneus tampoco responde como autor (s.p).

Concluye en ese sentido, que, podría surgir responsabilidad por parte del extraneus a título de partícipe al haber infringido un deber general de no dañar, misma que se materializó con su colaboración en la realización de un delito ajeno.

Así, Obregón (2018) nos brinda un claro ejemplo para identificar al intraneus y extraneus en el delito de negociación incompatible:

Un alcalde indica al Comité de Selección que tome interés por un determinado postor o empresa que participará en el proceso de selección para la contratación y realización de una obra pública en una determinada localidad (p. 57).

Continuando con el ejemplo precisado por Obregón (2018) respecto a la calificación penal de autoría y participación, manifiesta lo siguiente:

El alcalde vendría a ser el extraneus y el Comité de Selección el intraneus, y pese a que el alcalde es quien tiene el dominio del hecho, por su calificación de extraneus solo respondería como partícipe del delito de negociación incompatible, mientras que el comité de selección como autores, ya que estos son los que cometieron una infracción de sus deberes (p. 57).

En cuanto a los delitos especiales, Pariona citado textualmente por la tesis García (2018) indica “el castigo de los partícipes adquiere

características distintas, siguiendo la teoría de la ruptura del título de imputación (citado en Salinas, 2014, p. 19)" (p. 54).

Del mismo modo, la tesista antes mencionada, hace referencia a Salinas quien manifiesta:

Que el ilícito penal al considerar sólo al funcionario o servidor público como autor del hecho penal, es en él en quien recae la responsabilidad en calidad de *intraneus*; por lo que, el tercero o *extraneus* no puede asumir responsabilidad dentro del marco penal establecido para los delitos de infracción al deber (García, 2018, p. 54).

En cuanto a la complicidad única, García (2018) cita a Salinas quien sostiene:

Debe propiciarse que el juez al momento de aplicar la pena, el cómplice de un delito contra la administración pública de ningún modo debe de imponer una pena igual o mayor a la impuesta al actor del delito la pena para el cómplice, siendo esta menor a la pena del actor, basándose en que la conducta del actor al haber cometido el delito infringiendo un deber especial penal, es más reprochable y reprehensible que la conducta desarrolla por aquel que no infringió deber especial alguno (p. 55).

En el considerando 11-B del Acuerdo Plenario 2-2011-CJ/116, se ha establecido:

"Que la participación del *extraneus* en delitos funcionariales se encuentra supeditado a la infracción del deber especial por parte del funcionario o servidor público, por lo que, su participación no constituye una categoría autónoma y por tanto no existe configuración delictiva propia a pesar de que toma parte en la comisión de la conducta punible" (p. 3-4).

Así, se llega a la conclusión en el considerando 12 del citado Acuerdo Plenario:

“Serán partícipes los que, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber, pues el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única. Posición que guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incommunicabilidad de las circunstancias de participación. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del extraneus como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe solo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor” (p. 4).

En el Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios, por mayoría de votos se estableció:

“En cuanto a la imputación del extraneus en los delitos funcionariales que, debido a que nuestro Código Penal ha acogido la tesis de la accesoriedad de la participación, el extraneus, responderá como cómplice en los delitos funcionariales debido a que al no gozar de autonomía típica dependerán del delito cometido por el intraneus” (s.p).

Delito de negociación incompatible

Sobre el origen del delito de negociación incompatible, Sancinetti (citado en Vega, 201) indica que “en su raíz hispánica, este delito nació confundido entre los delitos de fraude y exacciones ilegales, como se sigue llamando el capítulo pertinente del Código Penal Español vigente” (p. 88).

Respecto a los antecedentes legales sobre el delito de negociación incompatible, tenemos que García (2018) cita a Rojas quien manifiesta lo siguiente:

Apareció por primera vez estipulado en el artículo 201° del código penal del año 1863, el cual indicaba que, “El funcionario o empleado público que directa e indirectamente se interese en

cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 y multa de la renta de tres o noventa días” (p. 48-49).

Siguiendo con García (2018) refiere que “en el año 1924 se modificó el artículo 201, pasando a tipificarse en el artículo 345° del código, el cual a diferencia de la tipificación principal les asigna una pena no mayor a tres años” (p. 48-49).

Nuevamente García (2018) se indica que el ilícito penal pasó a ser modificado en el año 1998 de la siguiente manera:

Encontrándose regulado en el artículo 397° del código penal, en el cual se amplió la pena, indicando que, “el funcionar o servidor público que directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene en razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años” (p. 49).

Posteriormente, se vuelve a modificar el Código Penal, con la Ley N° 28355, de fecha 06 de octubre del 2004, trasladándose el delito en mención al artículo 399° del Código Penal con el nombre de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, quedando textualmente 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 la 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” (s.p).

Finalmente, el artículo 399° del Código Penal, fue modificado por el artículo 1° de la Ley 30111, de fecha 06 de noviembre del 2013, quedando con el siguiente texto:

“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 la 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” (s.p).

Respecto a la ubicación del delito materia de investigación en nuestro Código Penal, éste se encuentra en la sección IV de los delitos de corrupción de funcionarios, el tesista Obregón (2018):

Coincide con el doctor Alva en cuanto precisa que debería tener una ubicación distinta, junto con los delitos de colusión, patrocinio ilegal y demás figuras delictivas, por cuanto se podría mejorar su tratamiento legal y coadyuvar a un mejor funcionamiento en las contrataciones estatales (p. 35).

En cuanto a lo que se entiende por el delito de negociación incompatible, tenemos que, en la doctrina chilena según refiere Rodríguez Cano y Cueto (2019) es considerado “como un delito de infracción de deber, en el cual se procede a verificar la lesión de un deber especial que surge entre la persona que administra bienes ajenos y su titular” (p.18).

De otro lado Quispe (2021) precisa:

Los tipos penales de negociaciones incompatibles o aprovechamientos indebidos de cargos, son delitos de infracciones de deberes, debido a que los funcionarios o servidores públicos (intraneus) son obligados especiales, ya que sus intereses de forma indebida quebrantan los deberes positivos institucionales (administraciones públicas) no obstante se encuentra discrepancias a niveles dogmáticos y jurisprudenciales en relación a sus clasificaciones (s.p).

Ahora, respecto a los elementos que conforman la descripción típica del delito de negociación incompatible, Chanjan (2014) señala:

Según la doctrina, existen tres elementos objetivos en la descripción típica de este delito previsto en el artículo 399° del Código penal, a saber:

- i. Interés indebido (directo, indirecto o simulado) del funcionario, en provecho propio o de un tercero;
- ii. La presencia de un contexto de contratación pública (contratos y operaciones);
- iii. La intervención del funcionario, por razón de su cargo (p. 186)

En cuanto al bien jurídico tutelado por el delito en mención, tenemos que Reátegui, citado por Quispe (2021) menciona que “los bienes jurídicos tutelados son genéricas las administraciones públicas u de forma específica las lealtades del funcionario y empleado del gobierno, expuestos por medio de sus prescindencias e imparcialidades” (s.p).

Según Castillo, citado por García (2018) el bien jurídico protegido es:

La transparencia en el proceso de contratación por parte de los funcionarios o servidores públicos, pues éstos actúan en representación y nombre del Estado, por tanto, deben mantener incólume el perfil de la administración pública, protegiendo su integridad, probidad y rectitud (p. 23).

Jurisprudencialmente también se ha establecido cuál sería el objeto de protección en la negociación incompatible. Así pues, tenemos que en el considerando 10 segundo párrafo de la Sentencia de Casación de Puno N° 231 (2017) se precisó “que lo que se protege es por un lado la transparencia e imparcialidad de los funcionarios públicos, y, por otro, el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, sin exigir que haya un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado” (s.p).

Respecto a la conducta típica en la negociación incompatible, tenemos que, según Salinas, citado por Obregón (2018), “el verbo rector es el

“interés”, el cual significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo, y; por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo” (p. 65).

Para Quispe (2021), el verbo rector del tipo:

Es el tener interés, lo cual significa comprometerse, incumbirse o interesarse indebidamente en alguna cosa. En ese sentido, refuerza lo dicho, citando a Castillo, para quien el interés deberá ser indebido y tener implicancia en las pretensiones administrativas y funcionales que son propias de los cumplimientos objetivos del deber de los cargos que asumen los funcionarios o servidores públicos (s.p).

Nuevamente Castillo (2015) señala que: “Dentro del proceso de la contratación estatal, “el interés estatal se puede presentar en la etapa de convocatoria, en la etapa de evaluación de propuestas, en la etapa de otorgamiento de la buena pro o en la etapa de la contratación” (p.41).

Para Díaz Castillo, citado por Obregón (2018) respecto al verbo rector del delito de negociación incompatible señala:

El contenido del verbo rector del delito no ha sido definido con exactitud y no ha seguido un criterio único. Por el contrario, con el desarrollo jurisprudencial realizado, este comprende conductas tan generales como la de importar algo; tener un interés distinto al de la Administración; gestionar actos que difieren con el deber encomendado al funcionario público; o realizar conductas que supongan un interés privado sobre el interés público (p. 65-66).

Así también, Enriquez (2016) sobre el interés expone:

“El interés indebido debe ser uno ilegal, no permitido que será constatado y calificado por el Juez en cada caso concreto. El interés puede aparecer en cualquier etapa del proceso de contratación pública. Asimismo, el interés no se reduce al aspecto económico patrimonial, puesto que el interés particular o personal

del funcionario se puede manifestar de diversas formas, no necesariamente tiene que ser patrimonial” (p. 80).

De otro lado, Salinas (2014) indica:

El funcionario que se interesa en el contrato u operación y realiza todos los actos necesarios para conseguir los resultados que busca, esto es, el beneficio indebido en su favor o de terceros que lógicamente tiene vínculos amicales, familiares o económicos (p. 56).

Al momento de interpretar el delito de negociación incompatible Montoya (2015) precisa que:

Podría resultar problemático el verbo rector del delito: *interesarse*. Al respecto, nos dice que el funcionario o servidor público orienta sobre los contratos u operaciones económicas del Estado intereses que no se condicen con los intereses públicos de la administración; sino, manifiesta intereses particulares que entran en colisión con el interés general que el Estado tiene sobre dichas negociaciones (p. 133).

Siguiendo con Montoya, tenemos que nos habla también acerca de la conducta mediante la cual se manifiesta el interés, admitiéndose dos formas:

- i) Abuso del cargo, el funcionario desconoce las funciones de sus subordinados y asume competencias que no son propias de su cargo, de manera tal que impone su criterio u opinión respecto de alguna decisión que claramente incida en el proceso de contratación en la que el Estado actúe como interesado.
- ii) El funcionario o servidor público que, sin tener competencia actual sobre algún contrato u operación, realice gestiones que claramente lo conlleven a viabilizar contrataciones públicas en las cuales tiene interés particular (p. 133).

Así también, respecto al verbo *interesarse*, García (2018) manifiesta que “es una pretensión de parte que excede lo estrictamente

administrativo y funcional, es decir, buscar provecho, utilidad o ganancia para que el funcionario público obtenga un beneficio” (p. 58).

Para Vega (2017), existen dos tipos de interés cuando se habla del delito de negociación incompatible, en el ámbito de la contratación pública, estos son:

- i) Interés general de la administración de procurar que la actividad contractual del Estado se realice de manera correcta, favoreciendo el bienestar social; por tanto, quienes actúen en este ámbito deben desenvolverse dentro del margen de ciertos principios éticos y morales.
- ii) Interés particular indebido, el cual se contradice con las reglas y principios de la administración pública, pues lo que busca es obtener beneficios opuesto al interés general. Este interés particular refleja una negociación incompatible con el interés general y los principios que de él se desprenden, como la transparencia en la celebración de los contratos y operaciones en donde el Estado actúa como parte (p.39).

En cuanto al ilícito penal, Castillo (2015) sostiene que se puede cometer desde la etapa de preparación hasta la ejecución, sin embargo, no podrá hablarse de delito cuando el contrato estatal se ha extinguido o se ha cumplido en su totalidad:

“Desde el aspecto objetivo el interés puede darse:

- i. En la etapa de Negociación del contrato o la operación, solicitando que se acepte la propuesta de postor, que se le brinde información privilegiada, que se rechace la propuesta de los demás participantes, recibir los requerimientos, elaborar la solicitud de requerimiento, eligiendo al proveedor de acuerdo a la cotización que presentaba, además de dar el visto bueno para que la propuesta sea elevada a sus superiores jerárquicos, interviniendo el funcionario o servidor público condicionando interesadamente la voluntad negocial de la administración;

- ii. Durante la Suscripción del contrato u operación estatal, se agiliza los trámites para que se acelere la entrega de la buena pro;
- iii. En la ejecución del contrato u operación, ampliando los plazos para el cumplimiento de las prestaciones, solicitando que se reciba productos de menor calidad o sustitución de un producto por otro a lo establecido.
- iv. En la liquidación, pago adicional por servicios, pedir que no se consigne omisiones o se formulen observaciones a la obra” (p. 60).

En ese sentido, Reategui (2017) indica que:

“El funcionario público no debe actuar con desinterés; todo lo contrario, debe actuar con interés muy marcado que es el de proteger los intereses de la administración, vale decir el interés económico administrativo. Por eso, es que necesariamente a todo funcionario que, por razón de su cargo o de sus funciones, debe intervenir en la celebración del contrato se le exige legalmente que se interese en el mismo, es decir que lleve a cabo todos los actos necesarios para garantizar que se cumpla a cabalidad los términos y exigencias legales. De modo que, si el funcionario no se interesa por el trámite y resultado del contrato que tiene a su cargo, estará incumpliendo los deberes propios del cargo, lo que le podría acarrear algún tipo de responsabilidad” (p.92).

Del mismo modo, García (2018) indica:

Siendo que el interesarse indirectamente acarrea el disvalor del acto que se mantiene cuando el agente público se interesa de manera directa como cuando actúa por intermedio de otra persona, incluso por la modalidad comisiva y la valoración objetiva de la conducta es posible afirmar que esta última forma de acción reviste mayor gravedad del injusto, en la medida que intervienen una pluralidad de agentes, se demuestra una actuación coordinada y organizada de parte del funcionario o servidor público, para realizar tan ilícito penal, realizando la actuación a

través de una tercera persona, llevando a cabo tal acción para no comprometerse, y al no encontrar pruebas fehacientes de su participación, se obtiene impunidad (p. 61).

Para Díaz (2016) la fórmula del interés indebido:

“La fórmula del interés indebido que utiliza el artículo 399° del Código Penal, respecto de su contenido, no ha sido definida con exactitud, tampoco existe un criterio único. Así, desde la óptica jurisprudencial, puede abarcar conductas tan generales como la de importar algo, tener un interés distinto a la de la administración; llevar a cabo actos que difieren con el deber encomendado al funcionario público y efectuar conductas que evidencien la preponderancia del interés privado sobre el interés público. Desde el punto de vista de la doctrina, tampoco ha habido un aporte sustancial, puesto que se asemeja la conducta con un provecho o utilidad, que el tipo penal no exige para su configuración. También que interesarse significa tomar parte en intereses ajenos como si fueran propios, con lo que se deja de lado la parte de la norma en que dice que el funcionario actúa por interés propio. Seguidamente, señala la obligación de interpretar la formula típica del delito de negociación incompatible en armonía con la Constitución Política, de modo que el interés indebido se exteriorice a través de conductas objetivas en la realidad. Así, resulta pertinente señalar los actos que evidencian un interés indebido en los contratos y operaciones públicas. De ese modo, se podrá sancionar aquellos actos del funcionario que exterioricen un interés parcializado con el que busca favorecerse o favorecer a terceros. Es ese fin que persigue el interés, el que coloca en peligro la actividad contractual del Estado” (p. 30-31).

En cuanto, al interés mediante acto simulado, Castillo (2015) señala lo siguiente “hay simulación cuando el funcionario para favorecer a una empresa en una licitación crea una tercera empresa de fachada para dar la imagen de una supuesta, pero inexistente competencia y así cumplir con las bases establecidas”. (p. 69).

Ahora bien, respecto a la tipicidad objetiva, el considerando trigésimo noveno de la Sentencia de Casación N° 67 (2017) establece:

“El elemento normativo central del ilícito penal en mención es el interés, el cual constituye el núcleo rector del tipo penal de negociación incompatible; siendo definido por la doctrina argentina, como, volcar sobre un negocio o una pretensión de parte no administrativa, es decir, la parcialidad con que un funcionario o servidor público actúa para obtener beneficios en favor del intraneus o de un tercero” (s.p).

Por otro lado, la Sentencia de Casación de Puno N° 231 (2017) en su tercer considerando establece que: “La muestra de un interés particular, ajeno a la función que cumple para la celebración de determinado contrato conlleva a la conclusión de un afán adicional al correcto desempeño de los funcionarios del Estado” (s.p).

Respecto a la tipicidad objetiva en el delito en mención, tenemos que Aguilera (2016) indica “que éste se configura cuando el agente (funcionario o servidor público) en razón del cargo que ostenta en la administración pública; se interesa particularmente, de forma directa, indirecto o por simulación, sobre cualquier contrato u operación con el Estado” (p. 46).

En cuanto a la autoría y participación en el delito de negociación incompatible, Rodríguez Cano y Cueto (2019) indican que “el autor directo en estos casos es el intraneus, quien directamente se interesa en un contrato o negocio determinado en que es parte el Estado” (p. 22).

En cuanto a la complicidad, García (2018) manifiesta que “todo aquel que sin tener el deber especial participa en la comisión de un delito que atente contra la administración pública responderá únicamente como cómplice según la teoría de la infracción del deber” (p. 54).

Respecto a la autoría en los delitos de infracción de deber, Sánchez Vera citado por Pajares (2018) ha establecido que:

El obligado positivamente que quebranta su deber, responde siempre como autor de un delito de infracción de deber, es indiferente si junto a dicho obligado coadyuva para la producción del resultado típico un actuante, con o sin dominio del hecho, un emitente o, simplemente las fuerzas de la naturaleza, el obligado siempre responde como autor (p. 24).

Por otro lado, tenemos que el doctor Salinas citado por Obregón (2018) manifiesta lo siguiente:

En el delito de negociación incompatible se entiende que la intervención del agente en la celebración de actos jurídicos por razón de su cargo que desempeña al interior de la administración pública, siendo esto determinado por cierto grupo de agentes que reúnen determinadas características (p. 53).

Así, Roxin, citado por García (2018) establece que “en los delitos de infracción de deber la autoría del funcionario o servidor público se caracteriza por el mal uso del cargo especial que ostenta, es decir, lesiona la función que desempeña el intraneus en la administración pública” (p. 52).

Aunado a ello, tenemos que Caro citado por Huaynate (2019) precisa:

En los delitos de infracción de deber responde como autor aquél que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como “obligado especial”. Por esta razón, en este grupo de delitos el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor no posee ninguna relevancia jurídica-penal a los efectos de la determinación del título de la imputación (p. 107).

La convención Interamericana contra la Corrupción prescribe en su artículo VI.I que:

“La presente convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: [...] c: La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u

omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero" (s.p).

Respecto al sujeto activo en el delito de negociación incompatible, Aguilera (2016) manifiesta "que éste puede ser un funcionario o servidor público, quien además debe poseer atribuciones o funciones relacionadas a la celebración de contratos o realización de operaciones en representación de la administración pública" (p. 45).

Además de ello Aguilera (2016) indica:

Que no será suficiente ostentar tal condición de funcionario, sino que, además para la configuración del delito, se deberá tener en cuenta que dicho sujeto público cuente con las facultades y competencias suficientes para intervenir en los contratos u operaciones estatales, de manera tal que, lo esencial no será su calidad de funcionario sino la intervención de los actos jurídicos regulados por la ley en razón de su cargo (p. 46).

A nivel internacional, tenemos que, en el ordenamiento jurídico español, según señala Díaz (2016):

Cuando se analice al sujeto activo no sólo deberá tenerse en cuenta que se trate de una persona vinculada a la actividad pública, sino que además de ello, sus funciones abarquen una participación directa en los procedimientos de contratación con el Estado (p. 345).

En cuanto a la complicidad o participación tenemos que Bramont Arias citado por Pajares (2018) menciona que:

La complicidad está constituida por las contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, que son útiles para la realización de un delito, así los actos de complicidad pueden darse en la fase de preparación, así como durante la ejecución del mismo (p. 24).

Por otro lado, en cuanto a la complicidad, García (2018) nos manifiesta "que se debe diferenciar entre complicidad primaria o secundaria, pues, es importante determinar el apoyo o auxilio que presta el partícipe al

autor en la comisión del delito de negociación incompatible, el cual es conocido como *extraneus*” (p. 54).

En cuanto al sujeto pasivo, Vega (2017) manifiesta que “son las reparticiones públicas o estatales que resultan perjudicadas en grado de peligro por los actos u omisiones del funcionario o servidor público y a quienes beneficiará la reparación civil respectiva” (p. 42).

Por otro lado, Salinas (2014) señala que “el sujeto pasivo es el Estado, ya que es el representante o titular de la administración pública en sus diversas modalidades” (p. 57).

Sobre el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible Guimaray refiere que “se busca resguardar el correcto funcionamiento de la administración pública, bien jurídico que está compuesto por una serie de principios y deberes que recaen sobre los llamados funcionarios públicos” (s.p).

Agrega además que del artículo 399° del Código Penal se desprende “que el interés estatal a proteger tiene que ver con el poder político con que cuentan los funcionarios públicos y con la prohibición explícita de que obtengan algún beneficio indebido en razón de dicho poder” (s.p).

El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible según Castillo citado por Vega (2017) es:

La transparencia en los procesos de contratación estatal, operaciones y satisfacción de intereses públicos, que son los que deben guiar la actuación del funcionario público en el desarrollo de su cargo cada vez que interviene en los contratos en representación del Estado.

Según Castillo Alva citado por Aguilera (2016) sostiene:

Que el bien jurídico protegido en el delito en mención es la transparencia con la que debe actuar un funcionario o servidor público en la realización de actos propios del cargo que se relacionan con contratos y operaciones en las que participa el Estado (p. 45).

Abanto (2004), nos señala que el bien jurídico protegido es “(...) El correcto funcionamiento de la administración pública a través de la violación de la imparcialidad que debe guiar sus actuaciones cuando tenga en un contrato u operación económica representando intereses de la administración pública” (p. 50).

En el mismo sentido, Rojas (2017) indica que “el bien jurídico específico afectado por el comportamiento del sujeto público vinculado, es la imparcialidad y objetividad (profesionalismo) que exige el desempeño funcional” (p. 34).

Así, Aguilera (2016) manifiesta que “lo que se busca proteger es el transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientando sus fines a la satisfacción del bien común” (p. 30).

Asimismo, Reátegui citado por García (2018) precisa “que el bien jurídico tutelado es la imparcialidad con la que debe actuar el funcionario o servidor público cuando intervenga en las relaciones contractuales u operaciones, vinculándolo con la protección del patrimonio estatal” (p. 50).

En ese sentido, Castillo Alva (citado por Pajares, 2018) respecto del bien jurídico protegido precisa que:

Es la transparencia con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo relacionados a los contratos y operaciones en los que participan en representación del Estado” (p. 29).

Por otro lado, el doctor Balcázar Zelada citado por Obregón (2018) acerca del bien jurídicamente protegido dentro de los delitos de administración pública, establece:

*“(...) No se protege a la Administración con mayúscula, esto es, como organización (ni su “prestigio” o su “dignidad”, como todavía se lee en algunas ocasiones), sino a la Administración con minúscula, **en sentido funcional**, como instrumento al servicio de los ciudadanos. Por este motivo el título en comento no sólo se*

tipifica conductas realizadas por autoridades, funcionarios y personas que colaboran con la Administración en el ejercicio de las funciones públicas, sino que también se recogen algunas llevadas a cabo por particulares” (p. 43).

Contraria a la posición del doctor Balcázar, Reátegui (citado por Pajares, 2018) menciona que “el bien jurídico tutelado es genéricamente la administración pública, y específicamente la lealtad de los funcionarios y empleados del Estado, expuesta a través de su prescindencia e imparcialidad” (p. 29).

El doctor Enriquez citado por Vega (2017) señala que:

El delito de negociación incompatible tiene como objeto específico de tutela la necesidad de preservar la administración pública del interés privado de sus agentes, quienes deben procurar lealtad y probidad durante el ejercicio de las funciones que desempeñan en razón del cargo (p 46).

En cuanto a la tipicidad, Quispe (2021) señala que “este elemento del delito, no es más que la particularidad que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo, es decir, individualizar como prohibida un tipo penal” (s.p).

Ahora, en cuanto a la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible, tenemos que Vega (2017) precisa que “éste constituye una infracción dolosa que admite tanto el dolo directo como el eventual, conforme se ha señalado en el artículo 12° del Código Penal” (p. 43).

En ese sentido, Enriquez (citado por Vega, 2017) sostiene lo siguiente “para la consumación del delito de negociación incompatible, se requiere evidenciar que hubo un interés indebido del funcionario o servidor público en los contratos y operaciones en que intervino por razón de su cargo” (p. 43).

Al respecto, Díaz Castillo, citado por Vega (2017) nos indica que:

Resulta necesario poder diferenciar entre peligro concreto y abstracto, para lo cual debemos tener en cuenta lo que implica un

delito de peligro; el cual no es más que aquel que implica la probabilidad de lesión del bien jurídico, que se diferencian de los delitos de lesión, que suponen su menoscabo (p. 43).

La Ejecutora suprema R.N. N.º 2068-2012 -Sala penal Transitoria (2013) ejemplifica cuándo se habla de un delito de peligro abstracto y no concreto:

“El funcionario X, lleva a cabo el proceso de contratación estatal, pero que al dar la buena pro favorece a una tercera persona, con un interés particular, siendo que esta tercera persona actuó de manera responsable, cumpliendo sus metas, no ocasionándole algún menoscabo a la administración o al Estado, es decir todo marcha adecuadamente, sin embargo la contratación no fue la correcta puesto que existieron interés incompatibles entre el funcionario o servidor público y su tarea en la administración pública, siendo este un delito de peligro y pues no de resultado” (s.p).

En cuanto al aspecto material del delito de negociación incompatible, Díaz, citado por Vega (2017), precisa:

La doctrina y jurisprudencia peruana solo analiza los elementos típicos del delito, pero no establece la relación de lesividad entre la conducta peligrosa y el bien jurídico, como fundamento de su punición. No basta la realización de la conducta interesada para señalar que pone en peligro el ciclo de contratación estatal. Es necesario que el interés esté dirigido a favorecer el interés particular sobre el público, de manera que la parcialidad del funcionario público afecte la objetividad de la actividad contractual del Estado y ponga en riesgo la mencionada actividad (p. 46).

Ilabaca citado por Vega (2017) respecto a la finalidad del delito de negociación incompatible señala:

Consiste en resguardar la imparcialidad en el ejercicio del cargo y con ello la protección a los intereses públicos que puedan verse

afectados con el pre valimiento directo o indirecto de la posición que ostentan respecto del cargo que se les ha encomendado a los sujetos activos que la ley señala (p. 47).

Para Aguilera (2016):

Lo que busca el delito de negociación incompatible es proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber especial encomendado por razón del cargo que desempeñan en la administración pública (p. 44)

Sobre la consumación y tentativa en el delito Aguilera (2016) ha manifestado que:

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo público es un delito de mera actividad o de peligro y, por tanto, se consuma con la sola verificación del interés particular del sujeto público en la celebración del contrato o realización de operaciones en representación del Estado, buscando obtener un provecho indebido a favor del agente o a favor de terceros que tienen vinculación con aquel (p. 47).

Por otro lado, Obregón (2018) cita al doctor Sume rinde quien señala:

La consumación del delito de negociación incompatible se da al verificarse el interés indebido del funcionario o servidor público en los contratos u operaciones a su cargo, es decir, cuando se evidencia que su conducta está destinada a la búsqueda de obtener un beneficio patrimonial o extra patrimonial con los resultados de aquellos, ya sean en provecho propio o de un tercero (p. 81).

Continuando con el doctor Sume rinde (citado en Obregón, 2018) respecto a la tentativa señala:

Resulta de difícil acontecimiento, puesto que como no se exige verificarse el delito que el sujeto activo o un tercero efectivamente se haya beneficiado con la operación contractual, ya que basta

con probar el interés del funcionario o servidor público, las formas imperfectas de ejecución delictiva, como la tentativa, serán casi siempre imposibles (p. 83)

Para el tesista Quispe (2021) acerca de la consumación del delito en mención, concluye lo siguiente:

Siendo un delito de mera actividad, su consumación se realizará, al momento de que el intraneus realiza la conducta típica descrita en el tipo, sin existir una delimitación espacio temporal que pueda definir la oportunidad de la intervención de aquel sujeto que no ostenta las cualidades exigidas por el tipo (extraneus), es decir hasta que momento de la ejecución de dicho delito, se debe admitir la materialización de actos de complicidad, por lo tanto, la calificación del extraneus como cómplice del delito de negociación incompatible, implicaría una vulneración al principio de legalidad (s.p).

Pajares (2018) agrega en su investigación:

La complicidad y la instigación son las dos formas de participación que regula nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina señala que la complicidad se puede concebir como aquellos actos de contribución o auxilio que pueden darse antes o durante la ejecución del hecho punible, es por esto que, no puede hablarse de complicidad después de la etapa de la consumación del delito (p. 12).

Además, el doctor Castillo (2015) indica que “el delito de negociación incompatible es un delito de peligro y no un delito de resultado o daño”. (p. 30)

Terminio (2012) señala:

En los delitos especiales se ha visto el surgimiento de un problema con respecto al grado de participación y punibilidad de las personas que no poseen características esenciales que se

solicita para la consumación de dichos delitos, siendo estos sujetos llamados extraneus; la solución a este problema se puede dar a través de dos teorías expuestas en el Derecho Penal: la Teoría de la Unidad del título de imputación y la Teoría de la ruptura del título de imputación (p. 120).

Rodríguez (2019) por su lado, afirma que “el delito de negociación incompatible y su calificación genera impunidad en el título de imputación del extraneus, en concordancia con la tesis de la ruptura del título de imputación en los delitos especiales propios e impropios” (p. 39).

Peña (2019) por su parte indica que:

En los delitos en los que se requiere una cualidad especial de la persona que realiza el comportamiento, sucede que, si la persona que realiza el acto tiene una sustancia que no se condice con tal calidad, es un extraneus, en virtud del principio de legalidad, no debe ser sancionado como escritor por tipo correspondiente (p. 24).

Una postura distinta es la de Mir Puig, “quien considera que la participación de los funcionarios es una conducta lesiva del bien jurídico, por lo que se le dará satisfacción a este tipo penal cuando el sujeto activo del mismo participa con un interés personal en un asunto en el cual advierta intervenir tan solo por intereses generales; el bien jurídico función pública queda afectado desde el momento en que el sujeto participa en un negocio o actuación, produciendo un desvío del procedimiento administrativo hacia intereses particulares” (Leyva, 2018, p. 145).

Teoría de la ruptura del título de imputación

En cuanto a esta teoría, García (citado por Aguilera, 2016) señala lo siguiente:

Los tipos penales de delitos especiales solamente se referirían al intraneus; por lo tanto, los extraneus solamente serían punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren (cada uno responde por su propio injusto). Los partidarios de esta teoría se apoyan para esta afirmación en un supuesto apoyo legal contenido en el artículo 26 del código penal referido a la comunicabilidad de circunstancias personales la cual exigiría que la “cualidad” de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) de los partícipes extraneus (p. 56).

De lo anterior, con Aguilera (2016) concluye:

Cuando el funcionario público, con dominio del hecho, comete un delito especial con ayuda de un particular, el primero será considerado como autor del delito en mención; en tanto, el segundo solo responderá como cómplice de un delito común. Agrega que; contrario sensu, cuando el “dominio del hecho” lo haya tenido el particular (extraneus) y el funcionario (intraneus) únicamente haya colaborado con aquél, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor del delito común y el segundo como partícipe del delito especial (p. 56).

Según Reaño Peschiera (citado por Aguilera, 2016) el defecto esencial de esta teoría está en lo siguiente:

Atenta contra la “accesoriedad” de la participación, pues en los casos en los cuales quien haya tenido el dominio del hecho hubiera sido el intraneus, la punibilidad del partícipe extraneus no va a depender del “hecho principal” punible (el delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el delito común). Y en sentido contrario, cuando el domino del hecho lo hubiera tenido el extraneus, el intraneus resultaría punible como partícipe de un “delito especial” que no se ha cometido en realidad, pues al extraneus se le imputa el delito común (p. 56-57).

Teoría de la unidad del título de imputación

Sobre la teoría de la unidad del título de imputación, tenemos que Ramírez citado en la Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno refiere lo siguiente:

Contiene un enfoque distinto a la teoría de la ruptura del título de imputación, en donde si bien el extraneus no puede ser autor de un delito especial, si puede ser partícipe del mismo, el cual es correcto, atendiendo a la infracción de los deberes fundamentales y dándole utilidad a la teoría de la unidad de título de imputación, la cual permite ampliar las posibilidades de establecer una responsabilidad jurídica para el extraneus (s.p)

El doctor Salinas cita a Pariona en su artículo denominado Delitos contra la Administración Pública: La Teoría de Infracción de deber en la Jurisprudencia Peruana precisando:

Desde nuestra perspectiva jurídica, la teoría de la unidad del título de imputación supera en muchos aspectos a la teoría de la ruptura de la imputación, llega a soluciones jurídicas más razonables y satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido (s.p).

Otro punto de vista nos lo brinda Adrianzén- Román (citado por Pérez, 2020) para quien “la teoría de la unidad del título de imputación “determina a los extraneus que responden en calidad de cómplices por la acción desplegada por quien sí posee tal cualificación de sujeto público” (p. 2).

Por otro lado, tenemos a Abanto Vásquez (citado por Aguilera, 2016) quien refiere:

Tanto el extraneus como el intraneus, responderían o bien por el delito común o bien por el delito especial, según quien tenga el dominio del hecho sea el extraneus o el funcionario, pero de ninguna manera pueden responder por delitos distintos (p. 59-60).

En cuanto a la teoría de la unidad del título de imputación, Ramírez (2019) sostiene que:

Esta teoría contiene un enfoque distinto a la teoría de la ruptura del título de imputación. Para aquella teoría, si bien el extraneus no puede ser autor de un delito especial, si puede ser partícipe del mismo, el cual es correcto, atendiendo a la infracción de los deberes fundamentales y dándole utilidad a la teoría de la unidad de título de imputación, la cual permite ampliar las posibilidades de establecer una responsabilidad jurídica para el extraneus—según la intervención que haya tenido en el hecho ilícito—, para la generalidad de casos de autoría y participación en los delitos especiales, por ser elementos más específicos, tratándose de la intervención de un extraneus (p. 50).

Roxin (2014), refiere que:

Para determinar la autoría es necesario, no solo estudiar la teoría del dominio del hecho —al que define como el dominio de la acción final que dará el resultado típico—, sino también, analizar los delitos de infracción de deber, ya que, después de todo, el intraneus es quien ha obtenido una obligación moral o institucional y, por ende, el extraneus no puede considerarse como autor o coautor, toda vez que en estricto sentido y tomando en cuenta la teoría del dominio del hecho, él es quien domina la acción final y sería suficiente para ser autor; sin embargo, no ostenta esa obligación de custodiar un deber (p. 26).

Salinas (2015) respecto al principio ProSocietatis relacionado a la teoría de la unidad del título de imputación ha indicado que:

Este principio contradice el principio Pro Libertates, considerando dentro de él la presunción de inocencia, es cierto también, que ante el ilícito penal de Colusión, no se está valorando la inocencia de quienes han cometido el delito, se está juzgando bajo el cimiento que ambos (intraneus y extraneus), son responsables de un ilícito penal; si la injerencia de ambos es necesaria para comisión del ilícito penal,

estos en función de protección del colectivo en general, deben responder bajo la misma responsabilidad penal, lo que se está protegiendo es la colectividad de la afectación en el bienestar de necesidades. (p. 20).

Según Espinoza (citado por Pérez, 2020) la teoría de la unidad del título de imputación contiene un enfoque contrario a la teoría de la ruptura del título de imputación, ello basado en lo siguiente:

Parte de englobar el suceso fáctico producido en un solitario tipo penal, siendo que la calificación jurídica depende de qué clase de sujeto exteriorice el dominio de la ejecución del suceso, ya sea el *intraneus* o el *extraneus*; en caso, con el primero, se procederá a encuadrar el hecho delictuoso en el tipo especial o cualificado y si recae con el secundario se optará por hacer girar la imputación penal sobre la base de un tipo penal de naturaleza ordinaria o común (p. 33-34).

Por otro lado, tenemos a Quispe y Taype (2018) quienes optan por la postura de que los delitos especiales propios no admiten la participación de terceros, por lo que, no pueden responder penalmente. En cambio, los delitos especiales impropios si admiten responsabilidad accesoria de los terceros en la comisión de los delitos contra la administración pública (p. 32).

En relación a la teoría mencionada, tenemos al artículo 25° del Código Penal Peruano, modificado por el Decreto Legislativo N° 1351, que se encuentra regulado de la siguiente forma:

“El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los

elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él" (s.p).

Al respecto, el doctor Salinas comentó acerca de dicha modificación la misma que ha sido publica por Legis Perú aludiendo lo siguiente:

“Con la modificación del artículo 25° del Código Penal se ha incorporado la teoría de infracción de deber de Roxin, asumiendo en consecuencia, el principio sustantivo de unidad del título de imputación. Esto significa que, si en la comisión de un peculado o delito de colusión participan funcionarios obligados y particulares o extraños a la administración pública, los primeros responderán a título de autores y los particulares responderán por el mismo delito a título de cómplices” (s.p).

III. METODOLOGÍA

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación del presente trabajo será cualitativa.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Desarrollado lo necesario, el presente trabajo de investigación a realizar será de naturaleza descriptiva – exploratoria puesto que además de describir de modo sistemático, la valoración del grado de punibilidad en el Teniendo estas consideraciones, en el presente trabajo de investigación a realizar será de naturaleza descriptiva - explicativa puesto que además de describir el delito de negociación incompatible y la complicidad del extraneus entorno a la teoría de la unidad, precisaremos sus antecedentes dentro de ellos sus diversos componentes temáticos; doctrinas y elaboraciones teóricas nacionales y extranjeras; y a su vez su regulación primigenia ubicada en nuestra normativa, en suma no solo abordaré el desarrollo del marco teórico normativo; sino que realizaré un análisis y discusión de la doctrina, deduciendo con esto la contrastación de las hipótesis posteriormente formuladas con los resultados de la investigación teórica - empírica es la evidencia y prueba de que esta investigación transvasa los

parámetros de una investigación descriptiva para ubicarse dentro de las investigaciones causales-explicativas.

3.3. CATEGORÍAS, SUBCATEGORÍAS Y MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN (MATRIZ DE CONSISTENCIA)

OBJETIVOS	CATEGORÍA	SUBCATEGORÍA	PREGUNTA ORIENTADORA	FUENTES	TÉCNICAS
Objetivo General: -Delimitar la complicitad del extraneus entorno a la teoría de la unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible. Objetivos Específicos: - Analizar la naturaleza jurídica de la figura del extraneus. - Estudiar el tipo penal del delito de negociación incompatible.	Extraneus	- Definición - naturaleza jurídica	¿Cómo se delimitaría la complicitad del extraneus entorno a la teoría de la unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible	- Jueces	- Encuestas
	Delito de negociación incompatible	- Naturaleza		- Fiscales	- Encuestas

- Analizar la dinámica de la teoría de la ruptura del título de imputación. - Analizar la complicidad del extraneus entorno a la teoría de la unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible	Teoría de la unidad del título de imputación	- Grado de punibilidad - análisis normativo		- Abogados	- Encuestas
---	--	--	--	------------	-------------

3.4. ESCENARIO DE ESTUDIO

El presente trabajo de estudio está en relación a la necesidad de valorar El delito de negociación incompatible y la complicidad del extraneus entorno a la teoría de la unidad, de tal forma que el investigador tiene que tener determinado el espacio geográfico, lugar a llevarse a cabo la investigación, siendo este espacio el territorio peruano.

3.5. PARTICIPANTES

La participación de los especialistas consta de 20 entrevistados, siendo todos abogados especialistas en la materia, 8 de ellos Jueces, 4 fiscales y 8 abogados litigantes con un promedio de 10 años de experiencia.

Finalmente cabe señalar que la entrevista a los especialistas se le realizó de manera telefónica, esto debido al estado de emergencia que aqueja a nuestro país y a todo el mundo.

3.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Las técnicas de recolección de datos se basarán primordialmente en el enfoque cualitativo de análisis de las teorías doctrinales y la casuística internacional y nacional.

Los instrumentos de recolección de datos consistirán en fichas técnicas que describirá y tratará de forma sistemática las variables de estudio, acorde con los indicadores señalados.

Fichas de resoluciones, Centros de Conciliación, Juzgados de Paz, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.

3.7. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS E INFORMACIONES

El procedimiento de dicho trabajo de investigación se llevó a cabo en tres etapas, respecto a la primera vemos a la planificación y estructuración del planteamiento del problema, así como la redacción del marco teórico; en cuanto a la segunda etapa, se desarrolló el marco metodológico, así como se procedió a seleccionar los instrumentos de recolección de datos y su aplicación en el campo.

3.8. RIGOR CIENTÍFICO

Éste se refiere a todos los procedimientos y técnicas que se utilizarán con el objeto de lograr el cumplimiento y respeto de las exigencias y parámetros del proceso investigativo. Por lo tanto, es necesario el proceso de recolección de la información, las cuales deberán ser reales y no pueden ser modificadas a fin de lograr la validez de la información.

IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

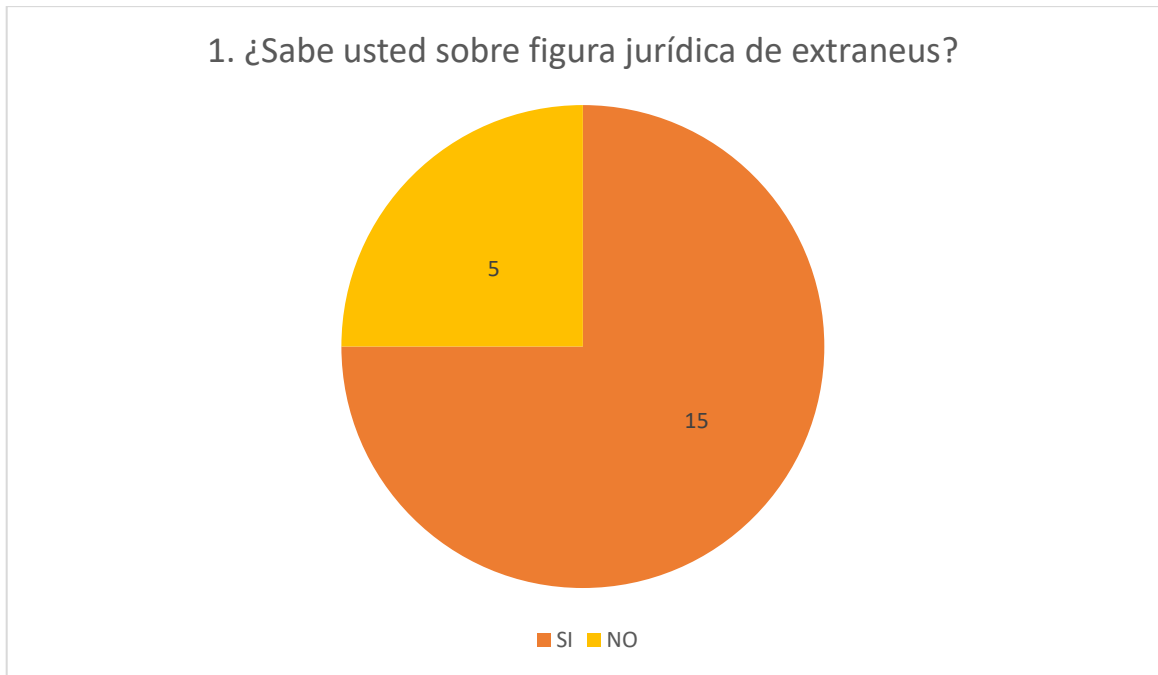
Los procedimientos de recolección de información predominante estarán basados principalmente en el enfoque cualitativo - cuantitativo de análisis de contenido de la doctrina contemporánea latente nacional en cuanto al delito de negociación incompatible y la complicidad del extraneus entorno a la teoría de la unidad; por ello es que se ha estudiado y analizado información pertinente a la materia.

Se ha realizado una encuesta teniendo como base las preguntas siguientes:

1. ¿Sabe usted sobre figura jurídica de extraneus?
2. ¿Conoce usted sobre el tipo penal del delito de negociación incompatible?
3. ¿Tiene conocimiento acerca de la teoría de la unidad del título de imputación?
4. ¿Cree usted que existe complicidad del extraneus en torno a la teoría de unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible?

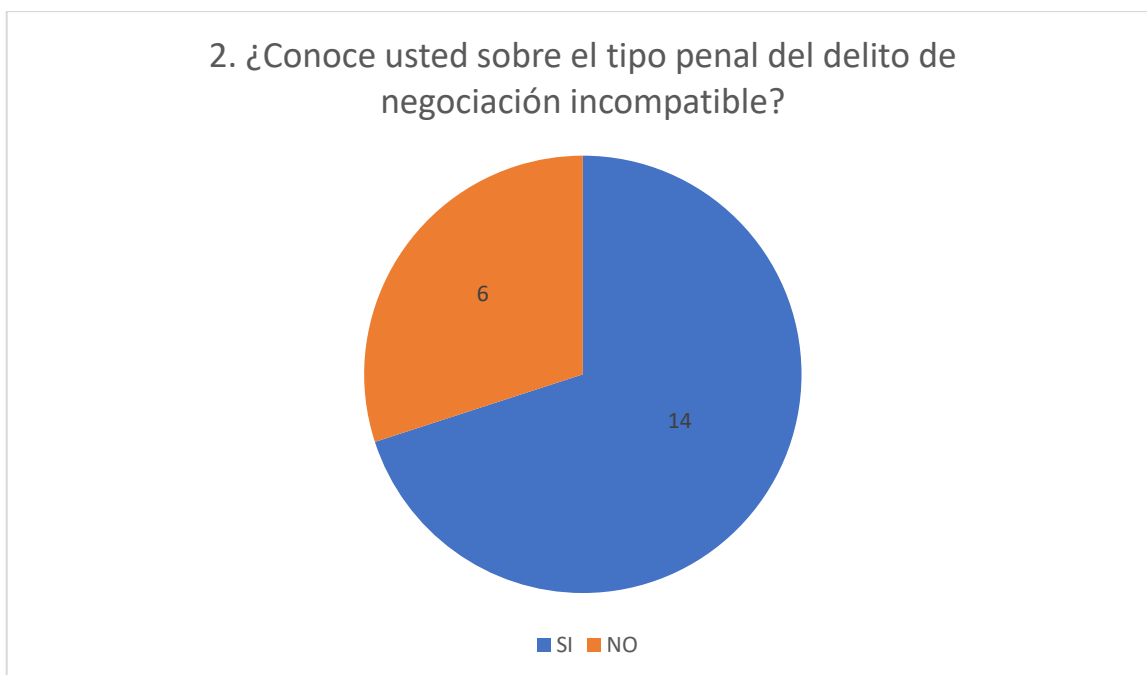
Y los resultados obtenidos para estas interrogantes han sido las siguientes, que mostraremos a través de gráficos:

GRAFICO 01



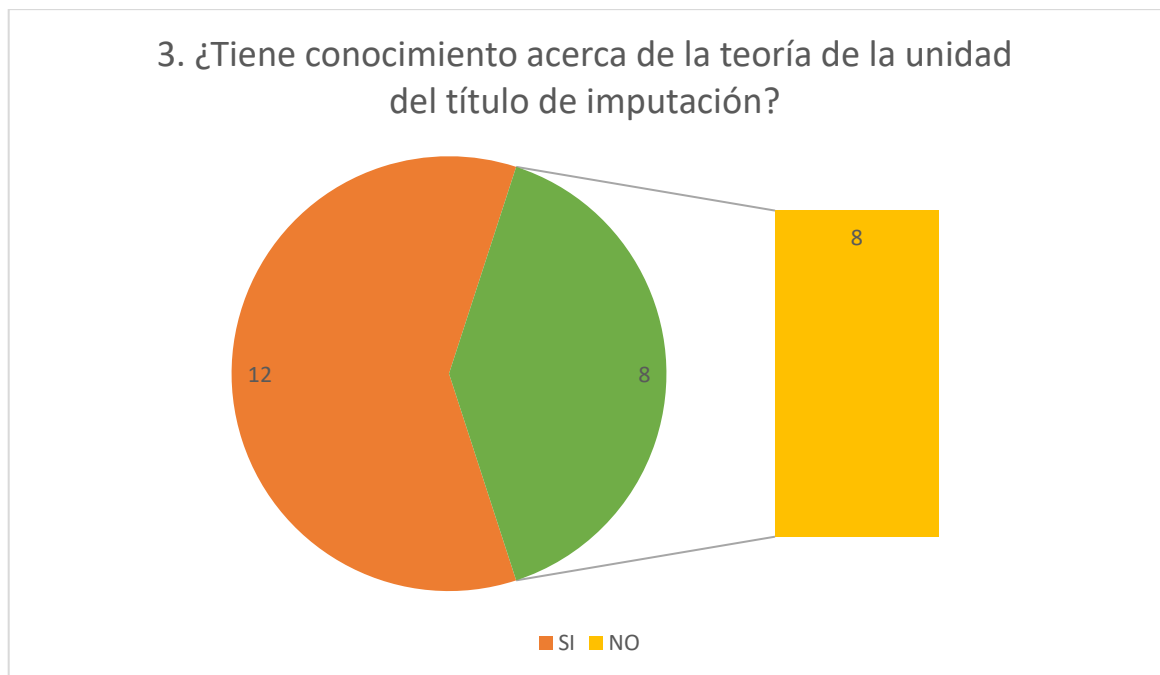
De los encuestados, 15 personas manifiestan conocer la figura jurídica del extraneus en los delitos contra la administración pública; mientras que solo 5 personas señalan no conocen acerca de la mencionada figura, debido a que se aplica en delitos especiales y no comunes.

GRÁFICO 02



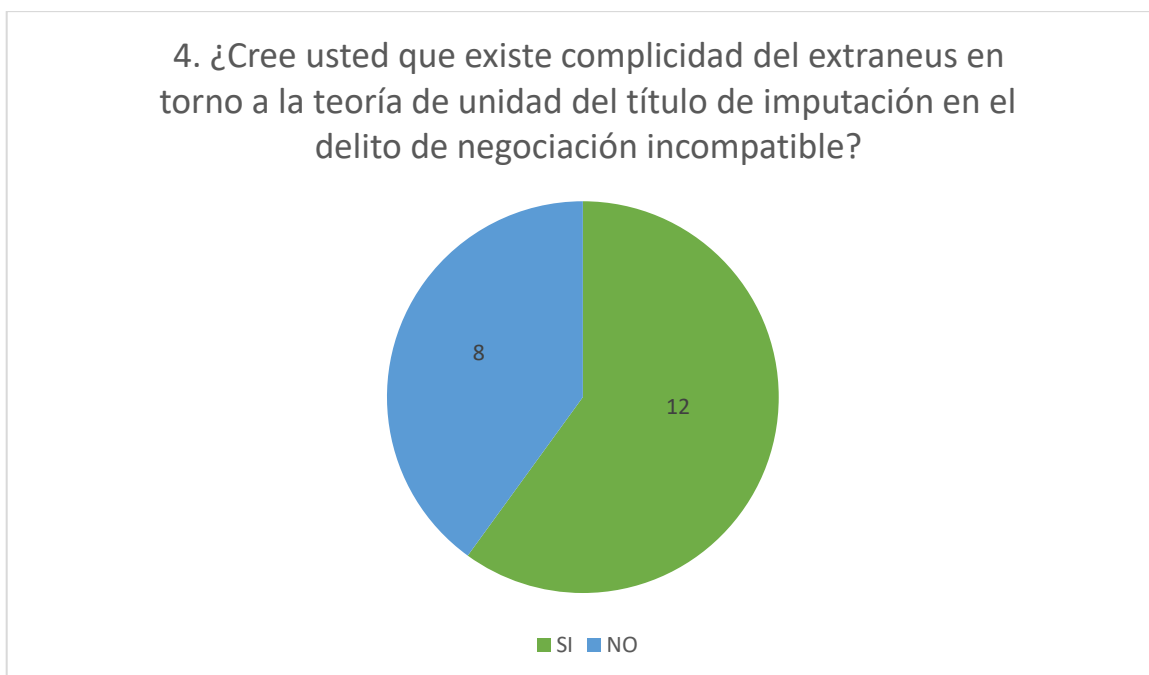
De las 20 personas encuestadas, 14 de ellas indican conocer la regulación del tipo penal de negociación incompatible en el Código Penal; no obstante 6 personas precisaron no conocer cómo se encuentra regulado el delito en mención. Esto demuestra que no todos los operadores de justicia y profesionales del derecho están familiarizados con este tema, por lo que es imprescindible fomentar mayor estudio y análisis sobre el mismo.

GRÁFICO 03



De los encuestados, 12 personas señalan tener conocimiento acerca de la teoría de la unidad del título de imputación aplicada en los delitos contra la Administración Pública, mientras que 8 de ellas manifiestan no conocer de qué se trata la mencionada teoría y su aplicación.

GRÁFICO 04



Las cifras de esta encuesta señalan que 12 de los encuestados afirman que existe complicidad del extraneus en torno a la teoría de unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible, mientras que 8 de ellas manifiestan no conocer debido a que desconocen sobre la teoría mencionada y de la figura jurídica del extraneus en el delito de negociación incompatible.

V. CONCLUSIONES

Luego de analizar el delito de negociación incompatible, respecto a la complicidad del extraneus y la teoría de la unidad, concluyo:

- El delito de negociación incompatible es aquel que lesiona el adecuado y correcto funcionamiento de la administración pública en la realización de contratos u operaciones estatales de contenido pecuniario; por cuanto, el funcionario o servidor público se aleja del fin esencial que es velar por el bien común y general de la sociedad; y, busca obtener provecho particular o para terceros con la realización de los contratos u otra actividad que tenga el Estado.
- Tomando en cuenta el análisis doctrinal del delito de negociación compatible, se ha logrado determinar que se trata de un delito de mera actividad y peligro abstracto. Esto es así, por cuanto para su consumación no se requiere la producción efectiva de menoscabo al bien jurídico protegido. Por el contrario, basta con el interés indebido del funcionario o servidor público (intraneus) de querer obtener provecho propio o de un tercero.
- La responsabilidad penal del extraneus en el delito materia de investigación, existen dos posturas que difieren entre sí. La primera es analizada tomando en cuenta la teoría de la ruptura del título de imputación, para la cual el extraneus si bien, puede participar en la realización de un delito especial y funcional, sólo responderá por la comisión de un delito común, es decir, el extraneus es ajeno a los delitos especiales y no puede responder por los mismos.
- No obstante, a raíz de la modificación del artículo 25° del Código Penal peruano, la responsabilidad penal del extraneus ha tomado otro giro, puesto que, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por defender la tesis de la unidad del título de

imputación; por el cual el llamado extraneus si es punible y debe responder por el delito especial cometido.

VI. RECOMENDACIONES

Se recomienda a los operadores de justicia, profesionales y estudiantes de derecho, así como a cualquier interesado en el tema, estudiar y analizar de forma más detallada y minuciosa el delito de negociación incompatible y la complicidad del extraneus entorno a la teoría de la unidad, con el propósito de contar con nociones más generales y completas sobre la problemática, que contribuya a dilucidar de mejor manera la teoría que es adoptada y aplicada en los delitos contra la administración pública, y de esa forma, comprender mejor acerca de la complicidad del extraneus en el delito de negociación incompatible.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abanto, M. (2004). *La autoría y participación en los delitos de infracción de deber*. Lima, Perú: La ley. Recuperado de: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>

Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116

Aguilera, C. (2016). *La teoría de la unidad del título de imputación y la persecución penal de los delitos especiales cometidos por corrupción de funcionarios públicos*. (Tesis para optar el título de abogado de la universidad Privada Antenor Orrego). Trujillo, Perú. Obtenido de: https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/2255/1/RE_DER_CLEVER.AGUILERA_TEORIA.DE.LA.UNIDAD.DEL.TITULO.DE.IMPUTACION_DATOS.pdf

Becerra, C. y Zamboni, A. (2011). *Corrupción de los funcionarios públicos en el marco del artículo 265° del Código Penal argentino*. (Revista Derecho y Cambio Social). Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/38977/40615/>

Cabrera, M. (2014). *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español*. (Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 35). Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4154>

Castilla, M. (2007). *Delitos contra la administración pública según el nuevo código PENAL*. Panamá: Alianza Ciudadana Pro Justicia-2007. Obtenido de <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1718/delitos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

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

- Caro, J. (2003). *Algunas consideraciones sobre el delito de infracción del deber*. Obtenido de: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf
- Chanjan, R. (2014). *La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso* (Tesis para optar el título de Abogado). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de Colusión y Negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano* (Tesis de doctorado). Universidad de Salamanca, Salamanca. Obtenido de: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/131865/DDPG_DiazCastillo_Tipo_injusto_de_delitos_colusion.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Enríquez, V. (2016). *El delito de negociación incompatible en el marco de la nueva Ley de contrataciones del Estado*. Gaceta Penal. Lima.
- Escalante, P. (2015). *Introducción a la administración y gestión pública*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Continental. Recuperado de: https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/2187/1/DO_FCE_319_MAI_UC0505_20162.pdf
- Espinoza, A. (2020). *La participación del «extraneus» en los delitos del deber. Comentarios al Acuerdo Plenario 3-2016*. Lima, Perú: Redacción LP.
- Galindo, M. (2000). *Teoría de la Administración Pública*. Editorial Porrúa. México, 1ª edición. Obtenido de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12816/TEORIA%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA.pdf?sequence=1>
- García, M. (2018). *Análisis del sentido o núcleo de la prohibición penal para adecuar la tipificación de la negociación incompatible en los contratos u operaciones estatales*. (Tesis para optar el título de

Abogado). Universidad Señor de Sipán. Chiclayo. Recuperado de:
<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/5932/Garc%C3%ADa%20Baldera,%20Mar%C3%ADa%20Milagros.pdf?sequence=1>

Guimaray, E. (2012). *Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible*. Lima. Recuperado de:
<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/BOLETIN-JULIO.pdf>

Huaynate, D. (2019). *El efecto regulatorio del delito de negociación incompatible en el interés indebido de los funcionarios o servidores públicos en las operaciones y contratos celebrados por razón de su cargo*. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Universidad Continental. Huancayo, 2019. Obtenido de
<https://repositorio.continental.edu.pe/handle/20.500.12394/5813>

Ilabaca, F. (2012). *Delito de negociaciones incompatibles (Memoria)*. Universidad de Chile, Santiago. Recuperado de
repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112854/de-ilabaca_f.pdf?sequence=1

LP. (2018). ¿Cuál es el título de imputación del «extraneus» que participa en un delito contra la administración pública? En LP Pasión por el Derecho. Obtenido de: <https://lpderecho.pe/cual-titulo-imputacion-extraneus-participa-delito-administracion-publica-sujeto-publico/>

Mañalich, J. (2015). *La negociación incompatible como delito de corrupción: Estructura típica y criterios de imputación*. (Artículo de la Revista de Estudios de la Justicia). Chile. Obtenido de
<https://1library.co/document/zp0lnl4q-negociacion-incompatible-delito-corrupcion-estructura-tipica-criterios-imputacion.html>

Montoya, I. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Instituto de democracia y derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de:

idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/ Uploads/2016/04/manual-sobre-delitos-contra-la-administración-publica.

Obregón, R. (2018). *La prueba del dolo en el delito de negociación incompatible*. (Tesis para optar el título de abogado). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Chiclayo. Recuperado de: <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/3195/BC-TES-TMP-1962.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Pajares, A. S. (2018). *La complicidad del extraneus en el delito de negociación incompatible y su vulneración al principio de legalidad* [tesis de licenciatura, Universidad César Vallejo]. Obtenido de Repositorio de la Universidad César Vallejo: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/28432/pajares_sa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Peña, M. (2019). *Instigador extraneus como partícipe en los delitos especiales propios en la legislación penal peruana*. (Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Peruana Los Andes). Huancayo, Perú. Obtenido de <http://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/UPLA/1176/TESIS%20NICOLAY%20MAYTA%20PE%C3%91A.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Pérez, L., Manzaneda, C., y otros. (2021). *Prevalencia de la Teoría de Unidad de Título de Imputación: Determinación de la Naturaleza Jurídica del Extraneus en el delito de Colusión*. Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno. Obtenido de <http://revistas.unap.edu.pe/rd/index.php/rd/article/view/125/121>

Pérez, L. (2020). *Fundamentos jurídicos para la prevalencia de la Teoría de la Unidad del título de imputación en la determinación de la naturaleza jurídica del extraneus en el delito de colusión*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias con mención en Derecho. Universidad Nacional de Cajamarca. Cajamarca, 2020. Obtenido de

<https://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/UNC/4052/Tesis%20Lorenzo%20P%c3%a9rez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Quispe, C. A. y Taype, Y. M. (2018). *Análisis dogmático de la intervención del extraneus en los delitos contra la administración pública sobre la base de las teorías de título de imputación, autoría y participación*. (Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Nacional del Altiplano). Puno, Perú. Obtenido de http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/8991/Quispe_Japura_Cristian_Alcides_Taype_Condori_Yoysi_Mayumi.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Quispe, P. (2021). *“El extraneus como cómplice del delito de negociación incompatible y su vulneración al principio de legalidad”*. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Universidad Privada de Trujillo. Trujillo, 2021. Obtenido de <http://repositorio.uprit.edu.pe/bitstream/handle/UPRIT/430/TESIS-%20QUISPE%20PARIONA%20ALEJANDRO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rodríguez, C. (2019). *El delito de negociación compatible en la reforma legal*. Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2019. Obtenido de <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173270/El-delito-de-negociacion-incompatible-en-la-reforma-legal.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Salcedo, R. (2009). *La participación del extraneus en delitos contra la administración pública*. (Tesis para optar el título de abogada en la Universidad Señor de Sipán). Chiclayo, Perú. Obtenido de: <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/1868/Salcedo%20-%20Tovar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Salinas, R. (2014). *Ideas centrales de los delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Ministerio Público - Fiscalía de la Nación (MPFM). Obtenido de Ministerio Público - Fiscalía de la Nación (MPFM):

https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_1_int.d.adm publica.pdf

Salinas, R. (2015). *La Teoría de Infracción de deber en los Delitos de Corrupción de funcionarios*. Problemas Actuales de Política Criminal Anuario de Derecho Penal 2015-2016. Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_04.pdf

Salinas, R. *Delitos contra la Administración Pública: La teoría de Infracción de deber en la Jurisprudencia peruana*. Obtenido de https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2_int.d.adm publica.pdf

Suárez, A. (2002). El interviniente. Revista de derecho penal y criminología. Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1078/1021>

Terminio, S. C. (2012). *Complicidad del extraneus en los delitos especiales propios* [tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador]. Obtenido de Repositorio Institucional de la Universidad de El Salvador: <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/2831/1/Complicidad%20del%20Extraneus%20en%20los%20Delitos%20Especiales%20Propios.pdf>

Valenzuela, G. A. (2019). *Autoría y participación en los delitos contra la administración pública: el problema de la intervención particular* [tesis de licenciatura, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión]. Obtenido de Repositorio UNJFSC: <http://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/UNJFSC/2878/Giovani%20Andr%C3%A9s%20Valenzuela%20Aguirre.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Vega, W. (2017). *Ineficacia de la acusación fiscal por delito de negociación incompatible e incidencia en la expedición de sentencias absolutorias de la sala penal de la corte suprema de justicia por el mismo delito en el periodo 2010-2015*. (Tesis para optar el título de

Abogado). Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima.
Recuperado de:
[http://repositorio.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/2404/
TESIS_Wiber%20Jossef%20Vega%20Mendoza.pdf?sequence=2](http://repositorio.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/2404/TESIS_Wiber%20Jossef%20Vega%20Mendoza.pdf?sequence=2)

VIII. ANEXOS

Anexo 01.- Cuestionario “El delito de negociación incompatible y la complicidad del extraneus entorno a la teoría de la unidad”

CUESTIONARIO

“El delito de negociación incompatible y la complicidad del extraneus
entorno a la teoría de la unidad”

Instrucciones:

Se le agradece responder de manera breve y coherente el siguiente cuestionario, las respuestas aportadas son de manera confidencial y anónima protegiendo el derecho a la identidad de los encuestados, teniendo como finalidad el proceso de la presente investigación.

Condición:

Juez ()

Fiscal ()

Abogado(a) ()

Preguntas:

1. ¿Sabe usted sobre figura jurídica de extraneus? marque SI o NO.

SI ()

NO ()

2. ¿Conoce usted sobre el tipo penal del delito de negociación incompatible? marque SI o NO

SI ()

NO ()

3. ¿Tiene conocimiento acerca de la teoría de la unidad del título de imputación? marque SI o NO

SI ()

NO ()

4. ¿Cree usted que existe complicidad del extraneus en torno a la teoría de unidad del título de imputación en el delito de negociación incompatible? marque SI o NO

SI ()

NO ()

Anexo 02.- Recurso de Casación N° 1059-2018 HUÁNUCO:



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 1059-2018
HUÁNUCO

EL INTERÉS INDEBIDO COMO ELEMENTO TÍPICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Sumilla. Este delito es un tipo penal especial propio y de infracción del deber. El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente los deberes funcionales (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en la actuación funcional de los agentes públicos. No se protege el patrimonio y, en ese sentido, constituye un delito de peligro abstracto, que no requiere que se ocasione un perjuicio patrimonial para el Estado.

El interés indebido implica la gestión o actos que no se corresponden con el rol de una obligación especial, el funcionario o servidor muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la Administración Pública. Con relación a la naturaleza o carácter del interés indebido, la descripción del tipo penal no lo restringe a un determinado interés. En ese aspecto, puede ser económico o de cualquier otra índole.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintitrés de junio de dos mil veintiuno

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del investigado **CARLOS ALFREDO CASABONNE STOESEL** contra la Resolución N.º 10 del tres de octubre de dos mil dieciséis¹, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco que **confirmó** la Resolución N.º 4 de primera instancia del nueve de junio de dos mil dieciséis², que declaró **infundada** la excepción de naturaleza de acción –entiéndase improcedencia de acción–³, que dedujo en la investigación que se le sigue como cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huánuco.

Intervino como ponente la jueza suprema **SUSANA CASTAÑEDA OTSU**.

¹ Foja 343 del cuaderno de casación.

² Foja 199 del cuaderno de casación.

³ Conforme con la denominación establecida en el literal b, artículo 6, del CPP.



CONSIDERANDO

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

PRIMERO. Los actos procesales previos a la resolución que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción son los siguientes:

1.1. El 25 de setiembre de 2014, la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco-Cuarto Despacho emitió la Disposición N.º 4 que dispuso formalizar y continuar con la investigación preparatoria en contra de Jesús Giles Alipázaga (alcalde de la Municipalidad Provincial de Huánuco) y los funcionarios públicos Cléver Edgardo Zevallos Fretel, Emilio Teodoro Ruiz Moncada, Benjamín Vladimir Cruz Picón, Kevin Honorio Dueñas Carbajal, Franco Liyanage Alva y Dante Salas Castro, en calidad de **autores**; y otros dieciséis investigados (entre funcionarios y servidores públicos de la citada municipalidad) y el tercero Carlos Alfredo Casabonne Stoessel, en calidad de **cómplices primarios** por el presunto delito de negociación incompatible, en agravio de la referida municipalidad, representada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Huánuco (Procuraduría).

1.2. El 21 de mayo de 2015, se emitió la Disposición N.º 7 que amplió la Disposición N.º 4, a fin de comprender a Cléver Orlando Castañeda Ramón, Napoleón Huere Rosas, Edilberto Ramón Álvarez, Tomislavo Zeceovich Acosta, Javier Ramón Dávila Figueroa, Emilio Teodoro Ruiz Moncada, Jesús Giles Alipázaga y Cléver Edgardo Zevallos Fretel, (autores) del mencionado delito. El 21 de octubre de octubre de 2015, mediante Disposición N.º 8 se amplió nuevamente la Disposición N.º 4, a fin de comprender a Dante Salas Castro (autor).

1.3. El 25 de enero de 2016, la defensa del investigado Carlos Alfredo Casabonne Stoessel dedujo excepción de improcedencia de acción.

1.4. El 9 de junio de 2016 el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Huánuco, emitió la Resolución N.º 4 que resolvió declarar **infundada** la excepción deducida⁴. Ante esta decisión, el 15 de junio de 2016 la defensa interpuso el recurso de apelación.

⁴ En la Investigación preparatoria (Expediente Incidentar N.º 01467-2014 -54-1201-JR-PE-02).



1.5. El 3 de octubre de 2016, mediante la Resolución N.º 10 la Sala Penal de Apelaciones **confirmó** la Resolución N.º 4.

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO

SEGUNDO. La defensa del investigado Casabonne Stoessel interpuso recurso de casación excepcional e invocó las causales de los incisos 1, 3 y 5, artículo 429, del Código Procesal Penal (CPP)⁵. Inició la fundamentación con la causal del inciso 5, con base en los siguientes agravios:

2.1. Con relación a la **causal del inciso 5**, la Sala Penal de Apelaciones se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida en la Casación N.º 782-2015/Áncash, que constituye doctrina jurisprudencial obligatoria, y según la cual para configuración de los delitos de negociación incompatible y enriquecimiento ilícito no se requiere la intervención de un tercero. En su caso, se consideró la intervención de su patrocinado como cómplice primario, pese a que luego se publicó también la Casación N.º 841-2015/Ayacucho, que optaron por la teoría de la ruptura del título de imputación.

2.2. En cuanto a la **causal del inciso 1**, se afectaron los derechos al debido proceso y de defensa, puesto que la Sala Superior se limitó a transcribir lo que el fiscal señaló en la citada Disposición N.º 4, sin indicar qué supuestos se le atribuyen. No se consideró que su accionar se limitó a la emisión y suscripción de la carta N.º UPC-049-2010, del 8 de abril de 2011, que remitió al presidente del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada de la Provincia de Huánuco (Cepri), en la que solicitó se deje sin efecto el Acuerdo del Concejo N.º 016-2011-MPHCO, del 29 de marzo de 2011, lo que efectuó en el ejercicio regular de un derecho (inciso 8, artículo 20, del CP).

2.3. Sobre la **causal del inciso 3**, cuestionó la errónea interpretación del interés indebido en el tipo penal de negociación incompatible, puesto que la conducta de su patrocinado se dio en el ejercicio regular de un derecho. La Sala Penal consideró que, para la configuración de este tipo penal, resulta irrelevante si las

⁵ La primera, referente a la inobservancia de las garantías constitucionales, la segunda referida a una errónea interpretación de la ley penal sustantiva y, la tercera, sobre el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.



acciones realizadas son legales o no, siempre que se advierta un interés. Por ello, acotó que si se requieren acciones concretas y todo el interés se torna subjetivo, debería tenerse en cuenta, por lo menos, el perjuicio al Estado como presupuesto de este delito, ya que nos encontramos frente a un delito de corrupción.

TERCERO. Como la Sala Penal de Apelaciones declaró inadmisibile el recurso de casación, la defensa presentó recurso de queja. La Primera Sala Penal Transitoria de esta Corte Suprema, a través de la **Queja N.º 48-2017/Huánuco** del 31 de marzo de 2017, estableció que era necesario determinar la punición del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, puesto que la Casación N.º 782-2015/Áncash no fue emitida por sus integrantes y no existía un acuerdo plenario al respecto. Además, estableció que el pronunciamiento debía comprender el ámbito del “interés indebido”, en cuanto elemento típico del indicado delito.

ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

CUARTO. Esta Sala Casatoria, mediante ejecutoria suprema del 5 de abril de 2019, estableció como motivo casacional la causal del inciso 3, artículo 429, del CPP (errónea aplicación o interpretación de la ley penal material). El pronunciamiento debe comprender **la interpretación del artículo 399 del CP circunscrito al ámbito del “interés indebido”**, en cuanto elemento típico del indicado delito⁴.

QUINTO. Luego de la admisión del recurso de casación, el expediente se puso a disposición de las partes por el plazo de diez días. Mediante decreto del treinta de abril de dos mil veintiuno se fijó fecha para la audiencia de casación el veintiuno de mayo de dos mil veintiuno. En dicha fecha se realizó la audiencia con la concurrencia de la defensa de Casabonne Stoessel, abogado José Ugaz Sánchez Moreno y el fiscal supremo adjunto, Abel Pascual Salazar Suárez. Su desarrollo consta en el acta correspondiente.

⁴ La causal del inciso 5, artículo 429, del CPP –que fue el principal agravio de la defensa– referida al apartamiento de lo establecido en la Casación N.º 782-2015/Áncash, se declaró inadmisibile, en atención a que el Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116 se pronunció al respecto, y además se consideró la modificatoria del artículo 25 del CP. También se declaró inadmisibile la causal del inciso 1 del indicado artículo.



SEXTO. Concluida la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta. Luego se efectuó la votación, en la que se obtuvo los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se programó para el día de la fecha.

CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

SOBRE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

SÉPTIMO. El delito negociación incompatible está tipificado en el artículo 399 del Código Penal y su texto literal⁷ es el siguiente:

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.

OCTAVO. Se trata de un tipo penal "**especial propio**"⁸ y de "**infracción del deber**", esto último se sustenta en que los deberes de "incumbencia institucional"⁹ y/o "especiales positivos"¹⁰ del funcionario y servidor público (agente público u obligado especial) se encuentran previstos no al interior del Código Penal o ley penal especial sino en normas extrapenales genéricas o específicas (el concepto penal de estos deberes se construye a partir del tipo penal remitiéndose a dichas normas)¹¹.

⁷ Conforme con el artículo 1 de la Ley N.º 28355, del 6 de octubre de 2004.

⁸ Porque la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, es decir, solo lo pueden cometer ciertos sujetos cualificados (el funcionario o servidor público en el delito de negociación incompatible) que ostentan un estatus jurídico especial, que se encuentran delimitados en el tipo penal y que no tenga correspondencia con un tipo legal común.

⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (Trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 1997. pp. 791-792, 993-1009, 1027 y 1028; el mismo *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 362-363 y *La competencia por organización en el delito omisivo* (Trad. de Enrique Peñaranda Ramos). Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 42-43.

¹⁰ SÁNCHEZ VERA afirma: "El derecho penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad externas de forma negativa, sino que exige, en ocasiones, el establecimiento de relaciones positivas que se basan en instituciones positivas y que encuentran su expresión en los delitos de infracción de deber" (cfr. SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 101).

¹¹ Los deberes y roles funcionales se encuentran contenidos en la Constitución, leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas, entre otros.



El **bien jurídico** que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente los deberes funcionales (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en la actuación funcional de los agentes públicos procurando un interés público frente a los intereses privados de los administrados en general y a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales. Al respecto, se debe tener en cuenta que la actividad contractual del Estado es de singular relevancia para la sociedad, ya que los contratos públicos constituyen los instrumentos a través de los cuales el Estado busca satisfacer los problemas sociales, por ello, la necesidad de que siempre se elija al mejor postor, que tiene como contrapartida que los funcionarios públicos actúen de manera imparcial. De allí que el bien jurídico no protege el patrimonio y, en ese sentido, constituye un delito de peligro abstracto, que no requiere que se ocasione un perjuicio patrimonial para el Estado¹².

Por tanto, el delito se perfecciona aun cuando el contrato u operación pueda redundar en un beneficio económico para el Estado, pues la prohibición normativa se fundamenta en la prevención de daños como consecuencia de la conducta imparcial del funcionario o servidor público. Asimismo, no es requisito necesario para su configuración que estos de modo efectivo logren obtener una ventaja¹³.

En ese sentido, la Cámara Federal de Casación Penal de la Nación de Argentina, al interpretar el artículo 265 de su Código Penal¹⁴, que constituye la

¹² Iván Meine sostiene que se precisa que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto; puesto que el comportamiento del tipo penal describe una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico, se sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico. MEINE MÉNDEZ, Iván Fabio. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 88.

¹³ Afirma Soler que: "El hecho no pierde su carácter por la circunstancia de que de él haya derivado una concreta ventaja económica, porque la prohibición se funda en la idea de prevención genérica de los daños que con mucha más frecuencia derivarían si se adoptara el criterio opuesto. SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Cuarta edición. Tomo V. Buenos Aires: Tea, 1992, pp. 246-248.

¹⁴ El artículo 265, primer párrafo, que tipifica el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prescribe: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en miras de un beneficio propio



frente comparada del artículo 399 de nuestro Código Penal, señala que al tratarse del delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública, resulta irrelevante la configuración de un perjuicio patrimonial a la Administración Pública, y que basta la parcialidad de la conducta de los funcionarios en miras del interés de una de las empresas intervinientes en el proceso de contratación, a fin de obtener un beneficio propio o de un tercero, para la configuración típica del delito en cuestión¹⁵.

NOVENO. Asimismo, este tipo penal contiene como elemento objetivo y normativo el **interés indebido**, objeto de debate y pronunciamiento, que conlleva a la gestión o actos que no se corresponden con el rol de una obligación especial, el funcionario o servidor muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la Administración. El momento del interés indebido es irrelevante, toda vez que la gestión se puede dar en cualquiera de las etapas del contrato u operación pública (preparatoria, selección, ejecución contractual y liquidación). El interés, conforme con la redacción del tipo penal, puede ser directo, indirecto o por acto simulado.

9.1. Interés directo: significa que el agente público, por razón de su cargo funcional, actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión, teniendo injerencia o absteniéndose a realizar¹⁶ los actos administrativos (objetivos y concretos) necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de tercero.

9.2. Interés indirecto: el agente utiliza un intermediario para realizar la conducta típica. Se acude a la interposición de otra persona como interesada, es decir, que ella aparezca frente a los demás como portadora de

o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

¹⁵ Cámara Federal de Casación Penal-Sala 4, Poder Judicial de la Nación de Argentina. CFP 2161/2011/2/CFC1. Registro N.º 1885/17.4, del 28 de diciembre de 2017.

¹⁶ Artículo 13 del CP. "El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada".



un interés personal sobre la realización del negocio u operación, cuando, en realidad, esta actúa motivada por el interés del agente en el desarrollo y conclusión del negocio en el cual interviene por su calidad y función¹⁷.

9.3. Acto simulado. debe entenderse como la conducta del funcionario público que aparenta la defensa de los intereses públicos; sin embargo, lo que ocurre en la realidad es que antepone los intereses privados y particulares, sobre los públicos. Es negociar los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes¹⁸.

DÉCIMO. Este Supremo Tribunal se ha pronunciado sobre este elemento normativo del delito de negociación incompatible en los términos siguientes¹⁹:

El término *interés indebido*, se debe entender como todo acto dirigido a anteponer el interés propio o de un tercero a los que se patrocina en nombre del Estado en un contrato o negocio, promoviendo así un beneficio irregular para sí mismo o para un tercero. En consecuencia, cuando un funcionario o servidor público, por razón de su cargo, participa en una contratación o negocio a nombre del Estado, tiene la obligación de desempeñarse en dicho procedimiento en forma diligente e imparcial. Si lo que busca el agente activo con su intervención irregular es beneficiarse a sí mismo o a un tercero, defrauda la confianza que se le ha conferido; tal actitud y conducta merece ser sancionadas penalmente al incurrir en el delito de negociación incompatible.

DECIMOPRIMERO. En la doctrina, Creus sostiene que el interés indebido es situarse ante el contrato u operación administrativa no solo como funcionario sino conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración –por eso se habla de un desdoblamiento del agente–. Interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada

¹⁷ DONNA, EDGAR ALBERTO. *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 321.

¹⁸ VARGAS ROJAS, FIDEL. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grilley, p. 823.

¹⁹ Cas. N.º 18-2017/Junín, del 24 de julio de 2019. Ponente: Prado Saldarriaga.



configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares del tercero²⁰.

Por su parte, Sancinetti señala que se configura cuando el funcionario realiza un acto desviado para la prosecución de un interés espurio, es decir, una injerencia orientada al beneficio, de tal modo que condiciona la voluntad negocial de la Administración al interés particular²¹.

DECIMOSEGUNDO. Con relación a la naturaleza o carácter del interés indebido, la descripción del tipo penal no lo restringe a un determinado interés. En ese aspecto, puede ser económico o de cualquier otra índole (por ejemplo, cuando actúa motivado por una enemistad política contra uno de los postores), consideración que está acorde con el bien jurídico protegido, pues como se anotó no es necesario para la configuración del delito un perjuicio o ventaja económica. Lo trascendental, entonces, es que ese interés privado sea incompatible con el de la Administración Pública²².

DECIMOTERCERO. De este modo, el interés indebido en el delito de negociación incompatible implica una infracción grave y concluyente del deber especial positivo (actuación contra la normativa extrapenal, omisión o abstención de la exigencia extrapenal, etc.), conducta que afecta el bien jurídico protegido al que nos hemos referido.

DECIMOCUARTO. Asimismo, la figura penal exige que el sujeto activo se interese "en miras" de un beneficio propio o de un tercero. Ello significa que su acción debe estar ineludiblemente dirigida subjetivamente a la obtención de un provecho por parte del autor mismo o de un tercero. El provecho debe

²⁰ CREUS, CARLOS. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 299.

²¹ SANCINETTI, MARCELO A. "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas". En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Fascículo 3. España: Boletín Oficial del Estado, 1986, pp. 880-881.

²² En ese sentido, Peña Cabrera señala que 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. PEÑA CABRERA FREYRE, A. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo V. Lima: Idemsa, 2010, p. 573.



inspirar al autor en la realización de su conducta. Lo expuesto no implica que el delito exija para su configuración la producción u obtención del beneficio, pues a pesar de no materializarse dicho provecho igual este se configura. El tipo penal se perfecciona en tales condiciones, aun cuando no se haya logrado la obtención de tal beneficio²³.

ANÁLISIS DEL CASO

DECIMOQUINTO. Como se anotó, la defensa del investigado Casabonne Stoessel dedujo la excepción de improcedencia de acción, que fue declarada infundada en las dos instancias. A efectos de resolver el recurso se tiene en cuenta, en primer lugar, la **IMPUTACIÓN FÁCTICA** (acción, modo y tiempo) contenida en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, pues en su condición de cómplice primario, su presunta participación se encuentra directamente vinculada con las imputaciones formuladas contra los funcionarios y servidores públicos de la citada municipalidad. Luego se consideran los fundamentos del juez de la investigación preparatoria contenidos en la Resolución N.º 4 y de la Sala Penal de Apelaciones consignados en la Resolución N.º 10, con relación al motivo casacional admitido, esto es, el interés indebido como elemento típico del delito de negociación incompatible.

DECIMOSEXTO. Del contenido de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, el marco de imputación fáctica es el siguiente:

i) El 3 de diciembre de 2010, Cosabonne Stoessel presentó el proyecto de iniciativa privada para la construcción del Centro Comercial y de Esparcimiento Huánuco-Puelles.

ii) En la Sesión ordinaria de Concejo Municipal de Huánuco, del 14 de diciembre de 2010, los regidores –que se indican en la disposición de formalización de la investigación preparatoria– por mayoría aprobaron el Acuerdo de Concejo N.º 089-2010-MPHCO-O, que dispuso el cambio de uso del suelo del Parque Puelles, de zona de habilitación recreacional a uso mixto (zona comercial y zona recreacional). Dio su conformidad el gerente de Promoción y Desarrollo Económico (propuesta) y el teniente alcalde (informe).

²³ TAZZA, ALEJANDRO. Código Penal de la Nación Comentado. Parte especial. Tomo III. Santa Fé: Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, pp. 279 y ss.



El aporte de los referidos regidores que votaron a favor fue necesario para conseguir este primer acto. También se verificó el interés indebido del teniente alcalde Zevallos Fretel, pues expresó la finalidad del cambio de uso del área de terreno del referido parque, mediante Informe de la Comisión de Desarrollo Urbano y Obras Públicas, que presidía, no obstante que el procedimiento regular a seguir era mediante ordenanza municipal y no con un acuerdo de concejo.

Asimismo, el secretario general no solicitó el dictamen consultivo a la Comisión de Asuntos Legales, Procuraduría y Secretaría General antes de que se convoque a sesión de Concejo donde se aprobó el citado acuerdo de concejo.

iii) El 14 de diciembre de 2010 se aprobó que se modifiquen las áreas de recreación al uso de zona comercial o mixta, sin sustento documental (informes, memorandos y dictamen de la Comisión). Al día siguiente, el 15 de diciembre del mismo mes, el alcalde suscribió el Acuerdo de Concejo N.º 089-2010-MPHCO-O.

iv) Mediante Resolución N.º 1163-2010-MPHCO-O-A, del 23 de diciembre de 2010, el alcalde aprobó la Directiva N.º 001-2010-MPHCO-A denominada "Procedimiento para la evaluación de iniciativas privadas en Proyectos de inversión presentados ante la Municipalidad Provincial de Huánuco", la cual no se encuentra justificada porque la Gerencia Municipal no solicitó opinión al gerente de Desarrollo Local respecto a la iniciativa privada de la citada empresa.

En ese sentido, existió contradicción entre los integrantes del Cepri. Emilio Teodoro Ruiz Moncada, el 29 de octubre de 2012, declaró que desconoce qué funcionario público elaboró la citada directiva y que no recuerda quién elaboró el Anexo N.º 1, que los requisitos de precalificación fueron elaborados por el presidente de la Comisión Emilio Teodoro Ruiz Moncada y por el secretario técnico, el abogado Benjamín Vladimir Cruz Picón. Este último en su declaración del 9 de noviembre de 2012, refirió que aparentemente la Directiva N.º 01-2010 fue elaborada por la gerencia general y que el Anexo N.º 1 fue elaborado por el Comité del pleno. Finalmente, Franco Liyanage Alva, en su declaración del 26 de octubre 2012, manifestó desconocer quién elaboró la referida Directiva. En su parecer, las referidas contradicciones ponen en cuestionamiento la imparcialidad con la que actuaron los miembros del Cepri.

Asimismo, en un solo día se emitieron diversos informes con inusitada celeridad con la finalidad de admitir a trámite y declarar de interés la iniciativa privada, los que no se realizaron con el debido análisis a pesar de la envergadura del proyecto.

v) El 27 de diciembre de 2010 se realizó la primera sesión consecutiva del Cepri, donde se admitió a trámite la propuesta de iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. El 28 de diciembre de 2010, se declaró de interés la iniciativa privada.

Según la Directiva N.º 001-2010-MPHCO-A, el Comité tenía dos días para la evaluación preliminar del proyecto y sesenta días hábiles, que podían ampliarse por otros veinte días hábiles, para realizar la evaluación técnica financiera del proyecto. No obstante, los miembros titulares del Cepri en solo dos días adoptaron los acuerdos. Se advirtió de la lectura del Informe N.º 23-2010-MPHCO-GDL, que



solo es un resumen de la iniciativa privada de Urbi Propiedades S. A., no contaba con fundamento técnico que sustente la posición de la Municipalidad de constituir un derecho de superficie, se limitó a señalar que cuando se admita a trámite y se declare de interés su proyecto, se le solicitará el proyecto completo en detalle. Se verificó que los integrantes del Cepri no contaron con el expediente técnico y menos se realizó una evaluación técnico financiera.

vi) El 29 de diciembre de 2010 se aprobó el Acuerdo de Concejo N.º 095-2010-MPHCO-O, en sesión ordinaria de concejo en la cual el teniente alcalde y los regidores sin debate y por unanimidad, declararon de interés el proyecto de inversión de iniciativa privada propuesta por Urbi Propiedades S. A.

vii) El 30 de diciembre de 2010, el alcalde emitió y suscribió el referido Acuerdo, que contiene la declaratoria de interés (Anexo 1): **a)** experiencia de 5 años en la operación de centros comerciales en provincia y 5 años en operación de supermercados a nivel nacional; y **b)** experiencia en desarrollo de proyectos inmobiliarios en contratos suscritos con el Estado.

Se excedió de sus atribuciones porque además de declarar de interés la propuesta presentada por Urbi Propiedades S. A., aprobó la desafectación del área total del Parque Puelles. No existió justificación para establecer los referidos requisitos técnicos, y se evidenció una vez más el interés indebido por parte de los miembros del Cepri, regidores y del alcalde, ya que al admitir los referidos requisitos solo favorecieron a Urbi Propiedades S. A. Así se impidió la libre competencia y perjudicó a otras empresas al no hacer posible que dentro del plazo de noventa días puedan presentar el mismo proyecto u otro alternativo.

viii) El 25 de marzo de 2011, Aventura Plaza S. A. presentó una carta al Cepri, en la cual manifestó su interés en participar en la ejecución del proyecto de inversión de iniciativa privada propuesta por Urbi Propiedades S. A. y que se modifique y eliminen los requisitos técnicos de la declaratoria de intereses, ya que perjudica la adecuada participación de inversionistas, estos son: **a)** experiencia en desarrollo de proyectos inmobiliarios en contratos suscritos con el Estado; **b)** reducción de cinco a tres años de experiencia de operaciones de centros comerciales; y **c)** se sustituya la experiencia en la operación de supermercados a nivel nacional por el compromiso de contar con un supermercado.

ix) El 29 de marzo de 2011 se emitió el Acuerdo de Concejo N.º 016-2011-MPHCO-E, que modificó los requisitos técnicos de la declaratoria de intereses.

x) El 8 de abril de 2011, el investigado Casabonne Stoessel presentó la Carta N.º UPC-049-2010, al presidente del Cepri, en la que solicitó se deje sin efecto el referido acuerdo de concejo.

xi) El Cepri, en sesión del 15 de abril de 2011, le dio la razón a la solicitud de Urbi Propiedades S. A. y propuso que el Concejo Municipal deje sin efecto el Acuerdo de Concejo N.º 016-2011-MPHCO-E. El mismo 15 de abril de 2011 se declaró la nulidad de este acuerdo, a través del Acuerdo de Concejo N.º 029-2011-MPHCO-E.



xii) El 3 de mayo de 2011, en el acta de reunión de Cepri, sus integrantes recomendaron al Concejo Municipal proceda a la adjudicación directa de la propuesta de iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. y a la negociación final del contrato.

Sin embargo, no consideraron en su Dictamen que los requisitos técnicos de la Declaratoria de Interés, tal como los fijaron, no posibilitaban la participación de otras empresas, como fue el caso de Aventura Plaza S. A.

xiii) El 6 de mayo de 2011 se emitió por mayoría el Acuerdo de Concejo N.º 033-2011-MPH-CO-E, suscrito por el alcalde Jesús Giles Alipázaga, que aprobó la iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. y le adjudicó el mencionado proyecto.

xiv) El 17 de mayo de 2011 se emitió el Dictamen N.º 0013-2011-MPHCO-CALPySG por la Comisión de Asuntos Legales, Procuraduría y Secretaría general, que recomendó al Concejo Municipal apruebe la versión final del contrato y se autorice al alcalde la suscripción del mismo.

xv) El 19 de mayo de 2011, se emitió por mayoría el Acuerdo de Concejo 034-2011-MPHCO-E, suscrito por el alcalde Jesús Giles Alipázaga, en el cual se aprobó la versión final del contrato y se le autorizó para que lo suscriba.

xvi) El 23 de mayo de 2011, se firmó el contrato de Constitución de Derecho Real de Superficie y Compromiso de Inversión. Intervino en representación de la Municipalidad el alcalde Jesús Giles Alipázaga y, en representación de Urbi Propiedades S. A., Ramón José Vicente Barúa Alzamora y Carlos Alfredo Casabonne Stoessel, director y gerente general, respectivamente.

xvii) El 4 de agosto de 2011, mediante Carta N.º 02-2011-INB-REG-MPHCO, se remitió un proyecto de Ordenanza dirigido al alcalde por Iván Núñez Barboza (quien en el 2010, en su condición de gerente de asesoría jurídica, recomendó se remitan los actuados al Concejo Municipal para que se cambie el uso del área del terreno del Parque Puelles) que buscaba cambiar la Ordenanza Municipal N.º 031-1999-MPHCO, que aprobó el plan director urbano para cambiar el uso de terreno del Parque Puelles.

En ese sentido, el investigado Iván Núñez Barboza con conocimiento y voluntad recomendó que se apruebe el Acuerdo de Concejo N.º 89-2010, a pesar de que no era el procedimiento para cambiar el uso del terreno del Parque Puelles. Asimismo, luego de firmado el contrato presentó un proyecto de ordenanza para que se cambie el uso de suelo del indicado parque, donde sostiene que el uso del suelo del Parque Puelles-Experiadistas como zona de habilitación recreacional ha sido aprobada mediante Ordenanza N.º 031-1999-MPHCO, por lo que conocía que la ordenanza como norma de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal debía modificarse por otra ordenanza previa consulta a la población, organizaciones públicas y privadas de la jurisdicción y no con un Acuerdo de Concejo como inicialmente recomendó.



xviii) El 11 de setiembre de 2011, se tiene el acta de audiencia pública de consulta sobre el Proyecto del Centro de Esparcimiento Huánuco Puelles convocada por el alcalde Jesús Giles Alipázaga. Por lo que se cursó el Oficio Múltiple N.º 030-2011-MPHCO-A, a las diversas instituciones públicas y privadas, citándolos para una reunión de trabajo del 13 del mismo mes, para poner en conocimiento la ejecución del referido proyecto.

xix) El 14 de setiembre de 2011 se emitió el Dictamen N.º 020-2011-MPHCO-CALySG, elaborado por los regidores Juan Elías Ollague Rojas, Joel Arteaga Calixto y Cecilia Ríos Salazar, integrantes de la Comisión de Asuntos Legales, Procuraduría y Secretaría General, en el cual se emitieron diversos informes en los que se dictaminó la aprobación del proyecto de ordenanza municipal que dispuso el cambio de uso de zona recreacional del Parque Puelles, no obstante se contradice con lo expuesto por los colegios profesionales, tal como se detallará luego.

xx) El 14 de setiembre de 2011 se emitió la Ordenanza Municipal N.º 022-2011-MPHCO, suscrita por el alcalde Jesús Giles Alipázaga, donde se ordenó modificar la Ordenanza N.º 031-1999-MPHCO, que aprueba el Plan Director Urbano, en el extremo de realizar el cambio de uso de la zona recreacional que ocupa el área del Parque Puelles, cambiando a zona de uso mixto, esto es, comercial y recreacional.

En la citada ordenanza por mayoría se ratificó el Acuerdo de Concejo N.º 033-2011-MPHCO-0 del 6 de mayo de 2011, donde se aprueba la iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. Asimismo, se le adjudicó directamente su proyecto de inversión y además el Acuerdo de Concejo N.º 034-2011-MPHCO-0 del 17 de junio de 2011, que autorizó al alcalde a suscribir el contrato con la empresa Urbi Propiedades S. A., la que se realizó como consecuencia de la aprobación del proyecto de ordenanza.

xxi) El 21 de setiembre de 2011, la Asamblea Extraordinaria del Consejo Regional de Decanos de los Colegios Profesionales de Huánuco, emitió pronunciamiento a través del cual observó y expresó su rechazo a la Ordenanza Municipal N.º 022-2011-MPHCO, pues se consignó maliciosamente que los colegios profesionales aprobaron el cambio de uso del suelo del Parque Puelles, cuando únicamente asistieron a la presentación de una reunión informativa de los posibles beneficios que ofrecería el futuro proyecto, la misma que estuvo a cargo del alcalde. En el mismo sentido se pronunciaron los decanos del Colegio de Notarios de Huánuco, Colegio de Contadores Públicos de Huánuco y del Colegio de Arquitectos e Ingenieros, quienes pusieron reparos sobre la parte técnica de la edificación.

DECIMOSÉPTIMO. Todos los actos administrativos mencionados, en consideración del fiscal provincial, son indicios concurrentes que demuestran que tanto el alcalde como los integrantes del Cepri se interesaron indebidamente de manera directa a favor de la iniciativa privada del proyecto Centro Comercial y de Esparcimiento Huánuco Puelles, presentada



por Casabonne Stoessel en su condición de director gerente de Urbi Propiedades S. A., para lo cual contaron con la participación necesaria de los regidores de dicho municipio y de otros funcionarios –cuyos nombres se precisan en la disposición de formalización de investigación preparatoria– y del mencionado Casabonne Stoessel.

Interés que se dio en provecho de la mencionada empresa, impidiendo que otras empresas como Aventura Plaza S. A. puedan presentar el mismo proyecto u otro alternativo, al haberse establecido requisitos técnicos en la declaratoria de interés que no hicieron posible la libre competencia. Agrega que no se advierte un estudio técnico financiero por parte de la Municipalidad que respalde la constitución de un derecho de superficie sobre dicho terreno a favor de la empresa Urbi Propiedades S. A. por el plazo de setenta años. De este modo, imputa que los informes y dictámenes elaborados solo sirvieron para darle formalidad a los acuerdos de concejo que se aprobaron sin debate previo, hechos que evidencian la comisión del delito de negociación incompatible.

DECIMOCTAVO. Con relación a Casabonne Stoessel, específicamente le imputa haber brindado un aporte necesario consistente en haber promovido la nulidad (se deje sin efecto) del Acuerdo de Concejo N.º 016-2011-MPHCO-E, del 29 de marzo de 2011, que modificó los requisitos técnicos de la declaratoria de interés, lo que se concretó cuando presentó la Carta N.º UPC-049-2010, del 8 de abril de 2011, al presidente del Cepri. De ese modo no se permitió la participación de otros inversionistas distintos a Urbi Propiedades S. A.

DECIMONOVENO. La defensa de Casabonne Stoessel al formular la excepción de improcedencia de acción alegó que el hecho no constituye delito, puesto que actuó en el ejercicio regular del derecho. Sostuvo que el 11 de abril de 2011, en su calidad de gerente general, cursó la carta notarial requiriendo se deje sin efecto el acuerdo del concejo y se continúe conforme con la declaratoria de interés, por lo que dicho acuerdo fue dejado sin efecto. Eso pone en evidencia de que en todo momento desarrolló conductas permitidas, ya que la única intención de la carta fue dejar sentado, de manera expresa,



ante los miembros del Cepri que había un procedimiento administrativo debidamente reglamentado.

Por tanto, no se trata de un aporte necesario para el delito de negociación incompatible, como sostiene la Fiscalía sino que se trata de un acto que realizó en el pleno ejercicio de un derecho y sin contravenir ninguna norma en la materia por la cual se le podría imputar responsabilidad penal respecto al cambio de uso del suelo del Parque Puelles, lo que es legal y conforme con los procedimientos que establece la norma especial en materia de iniciativas privadas bajo el ámbito de la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas.

VIGÉSIMO. El juez de investigación preparatoria en la Resolución N.º 4 declaró infundada la excepción deducida. Consideró que la conducta imputada por el fiscal sí constituiría delito, puesto que expuso una serie de irregularidades que tendrían como intención favorecer a la empresa representada por el investigado Casabonne Stoessel, y que si bien se alegó que su actuación se encuadró dentro del ordenamiento legal, ello debe ser evaluado en el estadio correspondiente cuando se analice su responsabilidad previa valoración de los elementos de convicción.

Esta decisión fue apelada por la defensa. Se precisa que, en los alegatos ampliatorios del recurso de apelación, la defensa sostuvo la atipicidad de la conducta, ya que con posterioridad a la Resolución N.º 4, se publicó la Casación N.º 782-2015/Áncash, en la que se optó por la teoría de la ruptura del título de imputación y estableció que para configuración del delito de negociación incompatible y enriquecimiento ilícito no se requiere la intervención de un tercero.

VIGESIMOPRIMERO. Por su parte, la Sala Penal de Apelaciones en la Resolución N.º 10, en el extremo objeto de debate y pronunciamiento, descartó la tesis de la defensa, ya que la conducta de su patrocinado no solo consistió en la remisión de una carta notarial, sino que según el titular de la acción penal se encontraría incluida dentro de un contexto al cual ya se hizo referencia. De allí que la cuestión de si la conducta del investigado fue legal o no, es un asunto



irrelevante para efectos de la excepción deducida, pues el delito de negociación incompatible no exige para su configuración necesariamente una actuación irregular en términos objetivos, sino más bien un interés indebido, o como en el caso de la complicidad primaria, un aporte necesario a la conducta que configura el delito (interés indebido del funcionario público). En ese sentido, confirmó la decisión del juez y declaró infundada la excepción deducida.

VIGESIMOSEGUNDO. De lo expuesto, este Supremo Tribunal aprecia que la imputación fáctica contra el investigado Cosabonne Stoessel contiene los presupuestos típicos del delito de negociación incompatible y en particular el referido al interés indebido, conforme con lo expuesto en los fundamentos doctrinales de la presente sentencia casatoria. En la disposición de formalización de la investigación preparatoria se han expuesto una serie de actos concretos –indicios concurrentes según el fiscal– atribuidas a los funcionarios ediles investigados (alcalde, teniente alcalde, miembros del Cepri, regidores, secretario general, gerente de Promoción y Desarrollo Económico, subgerente de Catastro y Control Urbano, gerente de Desarrollo Local, gerente de Asesoría Jurídica, entre otros) en la evaluación, calificación y realización de la declaratoria de interés de la iniciativa privada concretado en la suscripción de manera secuencial y forma célere de los acuerdos, resoluciones, informes y opiniones, que en conjunto configurarían típicamente el **interés indebido** en la contratación para favorecer el proyecto de la empresa Urbi Propiedades S. A.

En estos actos irregulares se atribuye la participación del investigado Cosabonne Stoessel, quien habría brindado un aporte necesario para la comisión del delito de negociación incompatible, al haber promovido el impedimento para la participación de otros postores como Aventura Plaza S. A., lo cual se habría concretado mediante la presentación de la Carta N.º UPC-049-2010, del 8 de abril de 2011, mediante la cual solicitó al Cepri la nulidad del Acuerdo de Concejo N.º 016-2010-MPHCO-E, el cual en la Sesión del 15 del mismo mes propuso al Concejo municipal se deje sin efecto dicho acuerdo edil, y en el mismo día el citado Concejo emitió el Acuerdo de



Concejo N.º 029-2011-MPHCO-E que, a su vez, declaró la nulidad del acuerdo anterior N.º 016-2010-MPHCO-E.

VIGESIMOTERCERO. Si bien la defensa alegó que la actuación específica de su patrocinado está acorde con el ejercicio regular del derecho, es pertinente precisar que dicha conducta no puede ser evaluada aisladamente sino como lo sostuvo la Sala Penal de Apelaciones en el contexto integral del marco de imputación fáctica, considerando el conjunto de actos ya detallados. En ese aspecto, la imputación contiene premisas fácticas de antijuridicidad de la conducta. Ahora bien, la comprobación o no de dicha antijuridicidad es un juicio que como se sostuvo en la resolución de primera instancia precisa de la evaluación de los actos de investigación y que por ahora no corresponde su análisis en este incidente de excepción de improcedencia de acción, dada la naturaleza de este medio de defensa.

VIGESIMOCUARTO. En cuanto al argumento de la defensa de que se tenga en cuenta el perjuicio económico como presupuesto del delito de negociación incompatible, carece de fundamento, pues conforme con los fundamentos doctrinales expuestos en la presente sentencia casatoria, el perjuicio económico no es una exigencia típica para la configuración de este delito.

VIGESIMOQUINTO. Por tanto, no se advierte que el juez de investigación preparatoria y la Sala Penal de Apelaciones, al momento de evaluar la excepción de improcedencia de acción, hayan interpretado erróneamente el elemento típico del delito de negociación incompatible, referido al interés indebido.

La Sala Penal de Apelaciones cuando confirmó la decisión del juez de la investigación preparatoria, ejerció las facultades de control jurisdiccional del relato fáctico y de legalidad reguladas en los artículos 409 y 419 del CPP, en conexión con el literal b, inciso 1, artículo 6, del acotado Código, y los lineamientos establecidos en la doctrina jurisprudencial al respecto. En atención a las razones expuestas, no se configuró la causal del inciso 3, artículo 429, del CPP, y así se declara.



DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. ACORDARON DECLARAR INFUNDADO el recurso de casación excepcional, por vulneración de precepto penal material, interpuesto por la defensa técnica del investigado **CARLOS ALFREDO CASABONNE STOESSEL** contra el auto de vista del tres de octubre de dos mil dieciséis, emitido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que **confirmó** el de primera instancia del nueve de junio de dos mil dieciséis, que declaró **infundada** la excepción de improcedencia de acción que dedujo, en la investigación que se le sigue a Carlos Alfredo Casabonne Stoessel como cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huánuco.

II. En consecuencia, **NO CASARON** el referido auto de vista.

III. DISPUSIERON se lea la sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en la página web del Poder Judicial, y se notifique a todas las partes apersonadas a esta Suprema Instancia.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el expediente al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Sala Suprema.

Intervino el juez supremo Bermejo Ríos por licencia del magistrado supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

BROUSSET SALAS
CASTAÑEDA OTSU
PACHECO HUANCAS
GUERRERO LÓPEZ
BERMEJO RÍOS
SYCO/wqu