



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

LA SANCIÓN PENAL DEL TERCERO BENEFICIADO COMO CÓMPLICE  
PRIMARIO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL PERÚ

**Línea de investigación:**

**Procesos jurídicos y resolución de conflictos**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

**Autor:**

Llanque Reyes, Jean Carlos

**Asesor:**

Ambrosio Bejarano, Hugo Ramiro

Código ORCID 0000-0003-3796-2580

**Jurado:**

Navas Rondón, Carlos Vicente

Gonzales Loli, Martha Rocío

Sarmiento Albacetti, Gladys

Lima - Perú

2024



# Tesis-LLANQUE REYES, Jean.docx

## INFORME DE ORIGINALIDAD

25%

INDICE DE SIMILITUD

24%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

6%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1	<a href="http://hdl.handle.net">hdl.handle.net</a> Fuente de Internet	9%
2	<a href="http://repositorio.ucv.edu.pe">repositorio.ucv.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
3	<a href="http://idoc.pub">idoc.pub</a> Fuente de Internet	1%
4	<a href="http://qdoc.tips">qdoc.tips</a> Fuente de Internet	1%
5	<a href="http://repositorio.unfv.edu.pe">repositorio.unfv.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
6	<a href="http://scc.pj.gob.pe">scc.pj.gob.pe</a> Fuente de Internet	1%
7	<a href="http://doku.pub">doku.pub</a> Fuente de Internet	1%
8	<a href="http://repositorio.usmp.edu.pe">repositorio.usmp.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1%
9	<a href="http://repositorio.uss.edu.pe">repositorio.uss.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1%



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**

**LA SANCIÓN PENAL DEL TERCERO BENEFICIADO COMO CÓMPLICE  
PRIMARIO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL PERÚ**

**Línea de investigación:**

**Procesos Jurídicos y resolución de conflictos**

Tesis para optar el título profesional de abogado

**Autor:**

Llanque Reyes, Jean Carlos

**Asesor:**

Ambrosio Bejarano, Hugo Ramiro

(Código ORCID: 0000-0003-3796-2580)

**Jurado:**

Navas Rondón, Carlos Vicente

Gonzales Loli, Martha Rocío

Sarmiento Albacetti, Gladys Yolanda

**Lima - Perú**

**2024**

### **Dedicatoria**

*A mis padres, Santos y Lidia por educarme con buenos valores y principios y apoyarme incondicionalmente a conseguir uno de mis grandes anhelos, ser abogado.*

*A mi papá por enseñarme a no rendirme jamás y que todo problema tiene solución.*

*A papá Juan y mamá Juana por sus consejos y amor, quienes ahora desde el cielo me protegen y me acompañan.*

*A Silvana mi compañera de vida por amarme, apoyarme y creer siempre en mí; de igual modo a Gringuito por su cariño y amor sincero, siempre te amaré y recordaré.*

*A mis hermanos Eduardo, Jackeline y especialmente a Lía, a quienes adoro y quiero mucho.*

### **Agradecimiento**

*Al Padre Todopoderoso por iluminarme, bendecirme, cuidarme y guiar mi vida.*

*A la Villarreal, mi Alma Mater que me permitió formar parte de ella y ser formado en sus aulas.*

*A mi docente, asesor y amigo Dr. Hugo Ambrosio Ramiro Bejarano por brindarme sus conocimientos y guiarme pacientemente en el desarrollo de esta tesis.*

*Al Dr. Hugo Mendoza Malpartida por su apoyo en esta investigación.*

*Al Dr. Elder Miranda Aburto por orientarme en mi proyecto de tesis.*

*A los docentes de la Escuela de Derecho como Reiner Chocano y Segismundo León Valera y otros, por sus fructíferas enseñanzas.*

*A mis familiares, en especial a mi tía y madrina Austena.*

*A todos ustedes les hago presente mi afecto y gratitud.*

## INDICE

RESUMEN .....	13
ABSTRACT.....	14
I. INTRODUCCIÓN.....	15
1.1. Descripción y formulación del problema.....	17
1.1.1. Descripción del problema .....	17
1.1.2. Formulación del problema .....	20
1.1.2.1. Problema General.....	20
1.1.2.2. Problemas específicos .....	20
1.2. Antecedentes .....	21
1.2.1. A nivel nacional .....	21
1.2.2. A nivel internacional.....	24
1.3. Objetivos .....	26
1.3.1. Objetivo General .....	26
1.3.2. Objetivos Específicos.....	26
1.4. Justificación .....	27
1.4.1. Justificación teórica .....	27
1.4.2. Justificación práctica.....	27
1.4.3. Justificación metodológica.....	28
1.4.4. Justificación social .....	28
II. MARCO TEORICO .....	29

2.1. Bases teóricas sobre el tema de investigación .....	29
2.1.1. Capítulo primero: Marco normativo de la complicidad primaria .....	29
2.1.1.1. Teorías delimitadoras de la autoría y participación .....	29
A. Teoría unitaria .....	29
B. Teoría extensiva de autor .....	30
C. Teoría restrictiva de autor .....	31
2.1.1.2. Autoría en los delitos de infracción del deber .....	33
2.1.1.3. Fundamentos de la sanción de la participación.....	34
A. Teoría de la participación en la culpabilidad .....	34
B. Teoría pura de la causación .....	35
C. Teoría de la participación en lo injusto .....	35
D. Teoría de la participación como un ataque accesorio al bien jurídico .....	36
2.1.1.4. Iter criminis .....	36
2.1.1.5. Principios que rigen la participación delictiva.....	37
A. Principio de convergencia .....	37
B. Principio de accesoriedad.....	38
C. Principio de exterioridad .....	40
D. Principio de comunicabilidad.....	40
2.1.1.6. Formas de participación criminal.....	40
A. Complicidad.....	40
B. Instigación. Constituye la otra forma de participación .....	41

2.1.1.7. La complicitad primaria .....	41
A. Aporte esencial.....	41
B. Actuar doloso .....	41
C. Instante del acto de complicitad .....	41
2.1.2. Capítulo segundo: Marco Normativo del delito de negociación incompatible.....	42
2.1.2.1. La Administración Pública .....	42
2.1.2.2. Funcionarios y servidores públicos.....	43
2.1.2.3. Delitos contra la Administración Pública .....	44
2.1.2.4. Antecedentes legislativos del delito de negociación incompatible.....	45
2.1.2.5. Regulación vigente del delito de negociación incompatible.....	47
2.1.2.6. Bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible .....	48
2.1.2.7. Naturaleza: Delito de peligro abstracto.....	50
2.1.2.8. La negociación incompatible como delito de infracción del deber .....	50
2.1.2.9. Interés indebido.....	51
A. En forma directa.....	53
B. En forma indirecta .....	54
C. Por actos simulados.....	54
2.1.2.10. Objeto del interés indebido .....	54
A. Contrato.....	54
B. Operación .....	55
2.1.2.11. Sujeto activo y sujeto pasivo.....	55

2.1.2.12. El tercero beneficiado .....	55
2.1.2.13. Consumación y tentativa.....	56
2.1.2.14. Penalidad.....	56
2.1.3. Capítulo tercero: Fundamentos por las que se oponen a la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de negociación incompatible.....	57
2.1.3.1. Sentencia de casación N.º 841-2015-Ayacucho, del 24 de mayo de 2016.....	57
2.1.3.2. Sentencia de casación N.º 184-2020-Lima Norte, del 26 de abril de 2022 ....	59
III. MÉTODO .....	62
3.1. Tipo de investigación.....	62
3.2. Ámbito temporal y espacial .....	62
3.3. Variables .....	62
3.4. Población y muestra.....	63
3.5. Instrumentos.....	68
3.6. Procedimientos.....	69
3.7. Análisis de datos .....	69
3.8. Consideraciones éticas .....	70
IV. RESULTADOS .....	71
4.1. Entrevista a especialistas en Derecho Penal .....	71
4.2. Jurisprudencia de la CSJR sobre la complicidad en el delito de negociación incompatible .....	77
4.2.1. Recurso de Nulidad N° 3203-2002, del 14 de enero de 2003.....	77

4.2.2. Recurso de Nulidad N° 3144-2009-Puno, del 11 de octubre de 2010.....	78
4.2.3. Recurso de Nulidad N° 1024-2013-Ica, del 23 de octubre de 2013 .....	79
4.2.4. Sentencia de Casación N° 23-2016-Ica, del 16 de mayo de 2017 .....	80
4.2.5. Recurso de Nulidad N° 666-2016-Ancash, del 29 de mayo de 2017 .....	81
4.2.6. Sentencia de casación N° 1895-2019-Selva Central, del 27 de abril de 2021 .....	82
4.2.7. Sentencia de casación N.° 1523-2021/Ancash, del 20 de marzo de 2023 .....	84
4.3. Jurisprudencia de la CSJL sobre la complicidad en el delito negociación incompatible .....	86
4.3.1. Sentencia del 30 de enero de 2023.....	86
4.3.2. Sentencia de vista del 13 de setiembre de 2019.....	87
4.4. Acuerdos Plenarios sobre la complicidad en los delitos de infracción de deber .....	89
4.4.1. Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, del 06 de diciembre de 2011 .....	89
4.4.2. Acuerdo Plenario 03-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017.....	90
4.5. Plenos jurisdiccionales sobre la complicidad en los delitos de infracción del deber....	91
4.5.1. Pleno Jurisdiccional Nacional Superior, del 11 de diciembre de 2004.....	91
4.5.2. Pleno Jurisdiccional Especializado en delitos de corrupción de funcionarios del 25 de noviembre de 2017 .....	93
4.6. Requerimientos fiscales sobre la complicidad en el delito de negociación incompatible .....	96
4.6.1. Requerimiento fiscal mixto del 30 de julio de 2021 .....	96
4.7. Jurisprudencia de la CSJR sobre los presupuestos de la complicidad primaria .....	97

4.7.1. Recurso de Nulidad N.° 306-2004-San Martín, del 20 de julio de 2004.....	97
4.7.2. Recurso de Nulidad N.° 2308-2005-Cono Norte, del 08 de agosto de 2005 .....	97
4.7.3. Recurso de Nulidad N.° 5584-2016-Lima, del 26 de abril de 2007 .....	98
4.7.4. Sentencia de Casación N.° 102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017 .....	98
4.7.5. Recurso de Nulidad N.°1366-2018-Junin, del 13 de mayo de 2019.....	98
4.8. Doctrina sobre la complicidad del delito de negociación incompatible .....	98
4.8.1. Benavente Chorres y Calderón Valverde.....	98
4.8.2. Edward García Navarro .....	99
4.8.3. Helmut Satzger.....	100
4.8.4. James Reategui Sanchez .....	100
4.8.5. Miguel Díaz y García Conlledo .....	101
4.9. Doctrina penal sobre los elementos que configuran la complicidad primaria .....	101
4.9.1. Felipe Villavicencio Terreros .....	101
4.9.2. Enrique Bacigalupo.....	102
4.9.3. Jose Luis Castillo Alva .....	102
V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....	103
5.1. Con relación al objetivo general .....	103
5.1.1. De los especialistas entrevistados .....	103
5.1.2. De los documentos analizados .....	104
5.1.3. Posición.....	104
5.2. Con relación al primer objetivo específico .....	105

	10
5.2.1. De los especialistas entrevistados .....	105
5.2.2. De los documentos analizados .....	105
5.2.3. Posición.....	106
5.3. Con relación al segundo objetivo específico .....	106
5.3.1. De los especialistas entrevistados .....	106
5.3.2. De los documentos analizados .....	107
5.3.3. Posición.....	107
5.4. Con relación al tercer objetivo específico.....	107
5.4.1. De los especialistas entrevistados .....	107
5.4.2. De los documentos analizados .....	108
5.4.3. Posición.....	108
5.5. Con relación al cuarto objetivo específico.....	108
5.5.1. De los especialistas entrevistados .....	108
5.5.2. De los documentos analizados .....	109
5.5.3. Posición.....	109
VI. CONCLUSIONES .....	110
VII. RECOMENDACIONES .....	112
VIII. REFERENCIAS.....	114
IX. ANEXOS .....	120
Anexo A: Matriz de consistencia.....	120
Anexo B: Matriz de categorización .....	124

Anexo C: Abreviaturas .....	127
Anexo D: Instrumento de recolección de datos .....	128
Anexo E: Entrevistas.....	134

**LISTA DE TABLAS**

<b>Tabla 1:</b> Matriz de categorización .....	63
<b>Tabla 2:</b> Fiscal, profesores universitarios y abogados especialistas en derecho penal .....	64
<b>Tabla 3:</b> Jurisprudencia de la CSJR sobre la complicidad en el delito negociación incompatible .....	64
<b>Tabla 4:</b> Jurisprudencia de la CSJL sobre la complicidad en el delito negociación incompatible .....	65
<b>Tabla 5:</b> Acuerdos Plenarios sobre la complicidad en los delitos de infracción de deber ....	65
<b>Tabla 6:</b> Plenos jurisdiccionales sobre la complicidad en los delitos de infracción del deber .....	66
<b>Tabla 7:</b> Requerimientos fiscales sobre la complicidad en el delito de negociación incompatible .....	66
<b>Tabla 8:</b> Doctrina penal sobre la complicidad en el delito de negociación incompatible.....	67
<b>Tabla 9:</b> Jurisprudencia de la CSJR sobre los presupuestos de la complicidad primaria .....	67
<b>Tabla 10:</b> Doctrina penal sobre los presupuestos de la complicidad primaria .....	68

## RESUMEN

La presente tesis tuvo como objeto demostrar si era posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en el Perú, contándose para ello con dos categorías: el cómplice primario y la negociación incompatible. En cuanto a la metodología, la presente investigación tuvo un enfoque cualitativo, fue de tipo básico y con un nivel explicativo. Al finalizar la investigación se arribó a la conclusión primordial de que es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice necesario o primario del ilícito penal de negociación incompatible en nuestro país, aplicando lo dispuesto en el primer y tercer párrafo del artículo 25 del CP, ya que el tercero beneficiado en la fase preparatoria realiza una contribución esencial dolosa sin el cual el funcionario público no hubiera podido interesarse indebidamente; y de la teoría de la unidad del título de imputación, en virtud del cual, el tercero beneficiado (*extraneus*) para ser sancionado como cómplice primario de un ilícito penal de infracción del deber no requiere ostentar ningún deber jurídico extrapenal.

***Palabras claves:*** tercero beneficiado, cómplice primario, negociación incompatible, delito unilateral y de infracción del deber.

## ABSTRACT

The purpose of this thesis was to demonstrate whether it was possible to criminally sanction the third party beneficiary as a primary accomplice to the crime of incompatible negotiation or undue use of office in Peru, using two categories: the primary accomplice and the incompatible negotiation. Regarding the methodology, this research had a qualitative approach, was basic and with an explanatory level. At the end of the research, the primary conclusion was reached that it is possible to criminally sanction the third party beneficiary as a necessary or primary accomplice to the criminal offense of incompatible negotiation in our country, applying the provisions of the first and third paragraphs of article 25 of the CP, since the third party beneficiary in the preparatory phase makes an essential fraudulent contribution without which the public official would not have been able to take an undue interest; and the theory of the unity of the title of imputation, according to which, the third party benefited (extraneous) to be sanctioned as a primary accomplice of a criminal offense of breach of duty does not need to hold any extra-criminal legal duty.

**Keywords:** *beneficiary third party, primary accomplice, incompatible negotiation, unilateral crime, and breach of duty.*

## I. INTRODUCCIÓN

La doctrina penal especializada ha catalogado al ilícito penal de negociación incompatible como uno de infracción del deber, debido a que, su autoría se limita a los sujetos públicos (funcionario o servidor público) quienes ostentan deberes jurídicos de carácter especial y extrapenal, confiados por las entidades y organismos públicos que conforman la Administración Pública. Asimismo, como en su estructura típica no se ha previsto la intervención expresa de un extraneus (tercero beneficiado), se le ha calificado como un delito unilateral y no como un ilícito penal de necesaria participación o de encuentro, como si lo es el ilícito penal de la colusión simple o agravada, previsto en el artículo 384 primer y segundo párrafo del CP.

En virtud de las características mencionadas en el párrafo anterior, diversos jueces del Poder Judicial no aceptan que en la negociación incompatible se sancione penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario. A modo de ilustración, tenemos las sentencias de casación N.º 841-2015-Ayacucho y N.º 184-2020-Lima Norte, y la sentencia de vista del expediente judicial N.º 01105-2016-5-1826-JR-PE que recoge los fundamentos de las casaciones referidas. Asimismo, en la práctica jurídica se observa que diversos fiscales penales adjuntos o provinciales cuando tienen un caso por la presunta comisión del ilícito penal de negociación incompatible solo investigan, persiguen y formulan acusación penal contra el funcionario público mas no contra el extraneus (tercero beneficiado) que intervino y participó en la contratación estatal y que fue beneficiado indebidamente por el autor del referido delito.

Atendiendo a los casos mencionados, este trabajo de investigación tuvo como objeto demostrar que es posible sancionar al tercero beneficiado como cómplice primario del delito negociación, pese a que se trate de un delito de infracción del deber infracción del deber y que no sea un delito de participación necesaria o de encuentro.

Ahora bien, hay que precisar que la presente investigación está dividida en nueve capítulos. En el capítulo uno, se describe la realidad problemática y se formulan los problemas referidos a la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario del ilícito penal de negociación incompatible. Asimismo, como antecedentes se describen cinco tesis nacionales y cinco internacionales; también se describe el objetivo general y los objetivos específicos, y la justificación de esta investigación desde varias ópticas.

En el capítulo dos, se aborda y desarrolla ampliamente el marco teórico de la investigación desarrollándose las bases teóricas de las dos categorías: el cómplice primario y la negociación incompatible; y sus subcategorías. Asimismo, se describe y analizan sentencias que se oponen a la sanción del tercero beneficiado como cómplice primario de la negociación incompatible.

En el capítulo tercero, se precisa el método empleado para la investigación, señalándose que la tesis tiene un enfoque cualitativo y que es de tipo básico en el nivel explicativo. Asimismo, se precisa el espacio temporal y territorial en que se realizó la tesis. De igual manera, se establece las categorías y subcategorías, así como los participantes de la tesis. También, se señala que los instrumentos que se utilizaron para recolectar información pertinente y útil para la investigación fueron la guía de entrevista y el análisis documental. Finalmente, se precisa el procedimiento y análisis, seguida de descripción de las consideraciones éticas.

En el capítulo cuarto, se describen los resultados obtenidos de la entrevista a los especialistas en derecho penal y del análisis de la jurisprudencia de la CSJR, de la jurisprudencia de la CSJL, de los acuerdos plenarios, de los plenos jurisdiccionales y de los libros y artículos que aborden sobre las categorías de la presente tesis.

En el capítulo quinto, abarca la discusión de los resultados obtenidos, donde se interpreta la información obtenida de los participantes, vinculándolos a lo expuesto en los antecedentes y en el marco teórico.

En el capítulo sexto, se exponen las conclusiones de esta tesis, que se resumen en que se puede sancionar como cómplice primario al tercero beneficiado en el delito de negociación incompatible, en virtud del artículo 25 primer y tercer párrafo del CP, del principio de la accesoriidad de la participación criminal y de la unidad del título de imputación. En el capítulo séptimo se exponen las recomendaciones.

En el capítulo octavo, se enumera las referencias bibliográficas que comprende libros, tesis nacionales e internaciones, artículos de investigación, resoluciones judiciales, entre otros, que sirvieron para la realización y/o ejecución del presente trabajo de investigación. Y en el capítulo noveno se precisan los anexos, tales como: matriz de categorización y de consistencia, formato de guía de entrevista, y las entrevistas realizadas a los especialistas del DP.

## **1.1. Descripción y formulación del problema**

### ***1.1.1. Descripción del problema***

El Estado peruano, con el fin de luchar contra los actos ilícitos de corrupción que se generan en el interior de los organismos y entidades públicas, regula en el CP, Libro segundo, Título décimo octavo, los ilícitos penales que atentan y afectan la Administración Pública, y en el que se tipifican delitos específicos cuya autoría está reservada a los funcionarios y servidores del Estado que ejercen función pública, como los ilícitos penales de negociación incompatible, colusión desleal simple y agravada, entre otros. Es de precisar que en el delito de colusión desleal es posición unánime tanto en la dogmática y jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales penales nacionales, que no solo será sancionado el funcionario o servidor del Estado, sino también el particular interesado conocido como contratista y que suele ser

beneficiado. Sin embargo, la circunstancia expuesta sobre la colusión desleal no ocurre en el ilícito penal de negociación incompatible, puesto que, los operadores jurídicos de la justicia penal (magistrados penales, fiscales penales, procuradores públicos, abogados defensores, entre otros.) consideran que en dicho delito solo puede sancionarse al funcionario o servidor del Estado, pero en ningún caso, al tercero beneficiado (proveedor, contratista particular o público sin relación funcional) por el interés indebido del primero.

Así, a **nivel internacional** existen varios países que también regulan el ilícito penal de negociación incompatible, aunque su denominación y su estructura típica es distinta al tipo penal nacional. En España, su CP de 1995 la regula dentro de las negociaciones prohibidas y aprovechamiento indebido del cargo y cuya redacción típica sanciona con pena privativa de libertad que oscila entre los seis meses hasta los dos años, con pena de multa desde los doce hasta los veinticuatro meses, con pena de inhabilitación para cargo o puesto público y sufragio de carácter pasivo desde los dos hasta los siete años, al funcionario o autoridad del Estado que por su cargo deba intervenir en cualquier tipo de contratos, operaciones o actividades, y saque provecho de dicha situación para exigir o posibilitarse cualquier tipo de participación, directamente o mediante intermediarios, en dichos negocios. En Argentina, su CP de 1922 la regula como negociaciones incompatible con el ejercicio de las funciones públicas, cuya estructura típica consiste en que se sanciona con pena privativa de libertad de dos hasta seis años y absoluta inhabilitación desde tres hasta diez años, al funcionario público que se interesa directamente, a través de intermediarios, o por conductas simuladas, en los contratos y operaciones que interviene en virtud del cargo público que tiene. En España, se observa que el Tribunal Supremo a veces procesa penalmente a las autoridades públicas como autor y al tercero beneficiado como cómplice necesario (En el Perú equiparable al cómplice primario), mientras que, en otros solo se procesa y sanciona al funcionario público, mas no al tercero que se beneficia con su accionar ilícito. Así, en la jurisprudencia española resalta la STS 89/2020,

del 3 de marzo de 2020, donde la Sala Penal del Tribunal Supremo da cuenta del procesamiento y sanción penal del funcionario público, sin ninguna referencia de los terceros beneficiados como cómplices primarios, pese a que estos son personas conocidas e individualizadas; y la STS 60/2017, del 7 de febrero de 2017, en donde la Segunda Sala de lo Penal confirma una sentencia que había condenado al tercero beneficiado como cómplice primario. Por otro lado, en la jurisprudencia penal argentina resalta el pronunciamiento de la Sala 4 de la Cámara Federal de Casación, que revocó la decisión jurisdiccional que dio por sobreesido el proceso penal donde se procesaba a funcionarios públicos como autores y a los terceros beneficiados como cómplices necesarios del ilícito penal de negociación incompatible en el ejercicio de las funciones públicas; y dispuso que las responsabilidades penales sean dilucidadas en un juicio oral y público. En suma, podemos afirmar que el ámbito internacional los países tienen la tendencia (no absoluta) de procesar y sancionar como cómplice primario de la negociación incompatible al tercero beneficiado.

Por otra parte, **a nivel nacional**, bajo el argumento de que la negociación incompatible es distinta al ilícito penal colusión desleal simple y agravada, debido a que no se trataría de un ilícito de encuentro y que en su redacción típica no prevé la intervención de un tercero, no se puede sancionar al tercero beneficiado como cómplice primario. Esta postura es aceptada en la dogmática y pronunciamientos judiciales nacionales donde la CSJR ha señalado que no es posible que el tercero beneficiado responda penalmente como cómplice primario en el delito de negociación incompatible. Así, en la sentencia de casación penal N.º 841-2015-Ayacucho, la CSJR nos dice que, para determinar si la intervención de un tercero particular es posible en un ilícito penal de infracción del deber, primero debemos observar la estructura típica del ilícito penal, es decir, verificar si su tipo penal abarca o no la participación de un extraneus (tercero particular), como ocurre en el delito de colusión desleal. Dicha posición, actualmente ha generado que los terceros beneficiados (contratista) en una contratación con el Estado no sean

investigados, procesados ni condenados en el delito de negociación incompatible como cómplices necesarios o primarios, generándose así un gran espacio de impunidad que afecta gravemente el interés público de los peruanos, debido a que se deja sin sanción penal a quien coadyuvó a realizar el delito antes mencionado y que fue beneficiado económicamente.

Atendiendo a lo antes expuesto, tenemos que el desarrollo de este trabajo de investigación tiene como aporte i) Demostrar que en el Perú el tipo penal de negociación incompatible permite sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario, y ii) Determinar los fundamentos que respaldan dicha posición. Asimismo, en las recomendaciones se formula los presupuestos que deben de cumplirse para que el tercero beneficiado sea sancionado penalmente como cómplice primario del delito antes mencionado.

### ***1.1.2. Formulación del problema***

**1.1.2.1. Problema General.** El problema fundamental de esta investigación radica en la siguiente interrogante:

¿Es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de negociación incompatible en el Perú?

**1.1.2.2. Problemas específicos.** Los problemas específicos de esta investigación radican en las siguientes interrogantes:

**PE. 1.** ¿El tercero beneficiado realiza un aporte esencial doloso que justifique su sanción penal como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú?

**PE. 2.** ¿El tercero beneficiado actúa necesariamente en la fase preparatoria para ser sancionado penalmente como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú?

**PE. 3.** ¿Es viable la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito unilateral de negociación incompatible en el Perú?

**PE. 4.** ¿Por qué es factible la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de infracción del deber de negociación incompatible en el Perú?

## **1.2. Antecedentes**

A continuación, se presentan las siguientes tesis:

### ***1.2.1. A nivel nacional***

En este ámbito, se cuenta con los siguientes trabajos de investigación:

Obregón (2018) en su tesis “La prueba del dolo en el delito de negociación incompatible” presentado para optar el título de abogado en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, utilizó dos métodos: a) el exegético, método básico para el estudio de los preceptos legales que norman el delito de negociación incompatible y luego darle un comentario crítico, y b) el dogmático, que permitió conocer la interpretación que han realizado diversos autores sobre los preceptos normativos que tipifican el delito de negociación incompatible. El autor de la tesis llegó a varias conclusiones, entre ellas, que: a) El correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública es el objeto jurídico de protección en los delitos tipificado en título décimo octavo del Libro segundo del CP, y que en la negociación incompatible el objeto jurídico de protección jurídica es de carácter colectivo, b) En la negociación incompatible su verbo rector lo constituye el interés indebido, cuya naturaleza es de carácter subjetivo y de difícil probanza, c) La prueba indirecta puede utilizarse para probar la concurrencia del ilícito penal de negociación incompatible, cuando no existan pruebas directas, d) Para valorar si existió dolo en el imputado se debe atender el contexto y escenario en que se cometió el ilícito penal, e) Los criterios planteados por Ragués resultan válidos para probar la concurrencia del dolo en el ilícito penal de negociación incompatible, puesto que, mediante indicios y la imputación cognitiva permiten inferir que el funcionario o servidor estatal ha cometido un delito dolosamente.

Arbildo (2019) en su tesis “El principio de legalidad en el delito de negociación incompatible y la aplicación del principio de accesoriedad y la unidad de título de imputación en el extraneus” presentado para optar el grado de maestro en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, usó un enfoque de investigación cualitativa, con método descriptivo y un diseño de investigación de carácter no experimental, aplicados al campo del derecho, debido a que no se manipularon las variables de la investigación. El investigador concluyó que no hay consenso en las sentencias penales de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre la intervención de un extraneus en el delito de negociación incompatible y que se infringe el principio de legalidad si al extraneus se le aplica la unidad del título de imputación y del principio de accesoriedad.

Pajares (2018) en su tesis “La complicidad del extraneus en el delito de negociación incompatible y su vulneración al principio de legalidad” que presentó para optar el título de abogado en la Universidad Cesar Vallejo, utilizó el método inductivo para describir el problema de la investigación; el método hermenéutico y analítico sintético, el primero para interpretar textos legales y doctrinales y el segundo para analizar material bibliográfico sobre los temas que abordan la investigación. La investigadora concluyó que: a) El ilícito penal de negociación incompatible es uno de mera actividad y a su vez, un delito de peligro abstracto, debido a que su consumación no requiere que se cause lesión o siquiera se ponga a peligro concreto, el objeto jurídico de protección, b) La dogmática considera que la negociación incompatible es un delito de peligro concreto, ya que su configuración requeriría la producción u obtención de un provecho propio o de tercero, y c) Al ser un ilícito de mera actividad de negociación incompatible un delito de mera actividad no existe espacio tiempo en que pueda intervenir las persona que carece de las exigencias del tipo penal de negociación incompatible, por lo que, se contravendrá el principio de legalidad si se califica al extraneus como cómplice del hecho punible antes mencionado.

Villela (2022) en su tesis “Motivación judicial de las sentencias por indicios en los delitos por negociación incompatible en el Juzgado Penal Unipersonal de Huancayo, 2019-2020” que presentó para obtener el grado de maestro en la Universidad Cesar Vallejo, empleó la investigación del tipo básico, ya que se desarrolló y explicó las bases teóricas del ilícito penal de negociación incompatible y su relación con las decisiones judiciales condenatorias a través de la prueba por indicios. Se empleó un diseño interpretativo con un enfoque hermenéutico, ya que mediante el análisis documental se recabó información. El investigador concluyó que, aunque el Juez Penal de Huancayo emplea la prueba por indicios, al emitir sus sentencias de tipo condenatoria, realiza una escasa motivación judicial. Asimismo, que el Juez Penal de Huancayo comete injusticias, porque inobserva el carácter normativo de las reglas de la prueba por indicios. Finalmente, el investigador reconoce que pese a que existe jurisprudencia y dogmática penal donde exigen el uso de la prueba indiciaria, tal situación genera infracción de la garantía constitucional del debido proceso y del principio-derecho constitucional de presunción de inocencia.

Mesa (2021) en su tesis “Teoría de infracción de deber y principio de legalidad en extraneus en los delitos funcionariales, distrito fiscal de la provincia de Ica, años 2019-2020” para optar el grado de Doctor en la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, realizó una investigación aplicada, ya que buscó fijar la relación, divergencia, posturas y el conocimiento actual del tema estudiado; y explicativo, porque permitió responder la causa de algunos fenómenos y los efectos que esta genera. Asimismo, la investigación es no experimental, longitudinal y descriptivo, ya que se analizó las variables en su contexto real sin ninguna manipulación. El investigador concluyó que: a) Los fiscales penales especializados no están obligados a desarrollar la teoría de los ilícitos penales de infracción del deber al formular su acusación, debido a que no está regulada en nuestro ordenamiento, b) Al imputar a un extraneus el título de partícipe en los delitos funcionariales se tiene que determinar si interviene como

cómplice necesario (primario) o secundario, en función al grado de su aporte, c) Se infringe la legalidad si al extraneus se le atribuye el título de partícipe y no se precisa si es cómplice primario o secundario, d) Otros.

### ***1.2.2. A nivel internacional***

En este ámbito se cuenta con los siguientes trabajos de investigación:

Fernández (2017) en su tesis “El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos” que hizo para obtener grado de Doctor en la Universidad de Málaga, tuvo como enfoque metodológico el teleológico-funcionalista, ya que posibilitó armonizar y conjugar el derecho penal con especial atención a los principios limitadores del *ius puniendi* hacia las ciencias sociales. Al final de la investigación, entre las conclusiones a las que arribó el investigador destacan los siguientes: a) El sujeto activo ostenta como deber el de intervenir en un asunto, b) La conducta típica radica en la intervención en un negocio y/o actuación con el fin de procurarse participación en ella, c) La conducta típica es de carácter finalista, por lo que su configuración no requiere que el agente tenga participación en un asunto, sino basta que ejecute una acción con entidad suficiente para condicionar el sentido de una resolución o un informe, d) El aspecto subjetivo del delito presenta defectos, razón por la cual resulta útil que sea reconfigurado vía *lege ferenda*.

Rodríguez y Cueto (2019) en su memoria “El delito de negociación incompatible en la reforma legal” para obtener el grado de licenciado en la Universidad de Chile, realizaron una investigación con un enfoque comparativo, ya que se analiza el ilícito penal de negociación incompatible modificado en 2018 por el texto legal de la ley N° 21.121 denominada ley anticorrupción, realizando una comparación entre ambas. Las conclusiones son las siguientes: a) Que antes de la modificatoria, el delito tratado protegía solo la probidad como deber de la Administración Pública, pero, por modificaciones, también protege ahora conflictos de

intereses. b) La ley N.º 21.121 introdujo a personas particulares como nuevos agentes del ilícito penal estudiado, tales como, el director o gerente de una Sociedad Anónima; asimismo, estableció el patrimonio formaba parte su objeto de protección jurídica, d) El tipo penal actual de la negociación incompatible constituye un ilícito penal que infringe deberes, concretamente, la lealtad.

Díaz (2016) en su tesis doctoral “El tipo de injusto en los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano” que presentó a la Universidad de Salamanca utilizó el método cualitativo, ya que buscó determinar criterios de interpretación de los ilícitos penales de colusión desleal simple y la negociación incompatible para que los operadores de justicia puedan aplicarla. El investigador concluyó lo siguiente: a) La aplicación del tipo penal de negociación incompatible es problemática, debido a que es inexistente un criterio que definida al bien jurídico que protege, b) El objeto de protección jurídica en la negociación incompatible lo constituye todas las acciones de carácter contractual de los órganos y entidades del Estado, c) Que el fases de las contrataciones públicas no se afecta por el acto interesado, dado que es insuficiente para ello, d) La negociación incompatible es un ilícito penal de corte funcional, dado que su sujeto agente delictivo tiene que acreditar que posee la calidad de un funcionario estatal con funciones públicas para intervenir en las contrataciones que organiza y lleva a cabo el Estado, e) Otros.

Avelar (2011) en su tesis “Complicidad del extraneus en los delitos especiales propios” para obtener el grado de licenciado en la Universidad de El Salvador, utilizó el método Hipotético-Deductivo, ya que, habilita el proceso lógico deductivo a seguirse para operar las variables de la hipótesis formulada. El conclusiones del investigador son las siguientes: a) La sanción penal del particular (extraneus) con la misma pena del auto, en un hecho punible especial se permite en merito a la unidad título de imputación penal, b) El modificación del contenido del artículo 36 del CP tiene por objeto que el extraneus sea sancionado como

cómplice en los delitos especiales, siendo que no se les podrá exigir las características que exige el ilícito penal en mención, c) Cuando el extraneus se le atribuya un ilícito penal especial impropio pero no conozca las circunstancias que convierten al tipo en especial, debe ser sancionado por un delito común, y d) Otros.

Roca (2021) en su artículo sobre los presupuestos básicos para delimitar la punibilidad de la complicidad como forma de participación en el delito ajeno publicado en la Revista Criminalia Nueva Época, concluyó lo siguiente: a) Cualquier cooperación o contribución a la comisión del delito no genera responsabilidad penal, pensar lo contrario, significa poner en riesgo la libertad y la seguridad jurídica, b) Para delimitar la punibilidad de la conducta del cómplice se debe observar el criterio teleológico y valorativo, en consecuencia, se requiere que el cómplice incremente los riesgos para la víctima y que la conducta constituya un riesgo no permitido., c) El conocimiento especial y la voluntad del cómplice condicionan un juicio de peligrosidad en la cooperación prestada, d) Etc.

### **1.3. Objetivos**

#### ***1.3.1. Objetivo General***

Demostrar que es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de negociación incompatible en el Perú.

#### ***1.3.2. Objetivos Específicos***

**OE. 1.** Explicar que el tercero beneficiado realiza un aporte esencial doloso que justifique su sanción penal como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.

**OE. 2.** Demostrar que el tercero beneficiado actúa necesariamente en la fase preparatoria para ser sancionado penalmente como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.

**OE. 3.** Explicar que es viable la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito unilateral de negociación incompatible en el Perú.

**OE. 4.** Demostrar que es factible la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de infracción del deber de negociación incompatible en el Perú.

#### **1.4. Justificación**

En esta investigación se hizo un estudio acerca del tercero beneficiado y su intervención en la comisión del ilícito penal de negociación incompatible y más específicamente, una exploración de los fundamentos doctrinales, jurídicos y jurisprudenciales que permiten su sanción penal a título de cómplice primario del ilícito penal antes mencionado.

Por consiguiente, este trabajo de investigación se justifica de la siguiente forma:

##### ***1.4.1. Justificación teórica***

La investigación es de gran relevancia teórica, ya que existen pronunciamientos de la CSJR en los que no se acepta en el delito de negociación incompatible la intervención del tercero beneficiado como complicidad primaria; en suma, se buscó determinar los fundamentos teóricos y jurídicos que demuestren que es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario en la redacción típica vigente de la negociación incompatible.

##### ***1.4.2. Justificación práctica***

El trabajo de investigación es necesario, por cuanto permite a los operadores de justicia (jueces, fiscales, procuradores públicos y abogados) comprender a plenitud que resulta legalmente posible sancionar penalmente al tercero beneficiado bajo el título de cómplice primario en la estructura típica vigente de la negociación incompatible.

### ***1.4.3. Justificación metodológica***

La presente investigación es posible mediante un **enfoque cualitativo**, ya que, tiene por objeto demostrar que en el Perú es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado bajo el título de complicidad primaria en el delito de negociación incompatible, sin utilizar o valerse de encuestas, de la escala de Likert, de las estadísticas, sino a través de análisis de documentales y entrevistas a diversos especialistas en la materia.

### ***1.4.4. Justificación social***

Al demostrar que es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario, se coadyuvará a luchar eficazmente contra los actos y actividades de corrupción en el ámbito de la Administración Pública. De ese modo, no se dejará impune a los terceros que coadyuvan a la comisión del delito de negociación incompatible y que se benefician económicamente, dado que, a la fecha no reciben ninguna sanción penal.

## II. MARCO TEORICO

### 2.1. Bases teóricas sobre el tema de investigación

#### 2.1.1. *Capítulo primero: Marco normativo de la complicidad primaria*

**2.1.1.1. Teorías delimitadoras de la autoría y participación.** Actualmente, se observa que en la comisión de los delitos interviene no solo una persona sino varias. En esa circunstancia, surge la problemática de determinar quiénes de los concurrentes son autores o partícipes. Para resolver dicho problema, en la doctrina se han gestado dos sistemas: el unitario y el diferenciador, que se compone de dos teorías: la extensiva y la restrictiva de autor, que serán explicados más adelante.

**A. Teoría unitaria.** Para este sistema todas las personas que contribuyen causalmente a la realización de un hecho ilícito son sus autores. Por ello, se afirma que no hace una diferenciación entre los aportes causales, ya que, a todos les da la misma equivalencia respecto del resultado.

Sobre este sistema de la autoría, López (1997) señala:

Su principal consecuencia es la consideración como autor de todo el que realiza una contribución causal al hecho punible, con independencia de la intervención concreta que haya tenido en él, y al margen de la valoración jurídica de las conductas de los demás intervinientes. (p. 33)

Por otro lado, tenemos que este sistema reconoce dos formas de autoría: El autor inmediato y el autor mediato. Dentro de la segunda, diferencia entre i) Autor de la inducción, que en sí engloba a la inducción y al autor mediata en sentido estricto, y ii) Autor de apoyo, que abarca la complicidad primaria y secundaria.

Entonces, el fundamento de la autoría radica en la teoría de la equivalencia de las condiciones, y en la política criminal de que se debe castigar por igual a todos los que aportaron

a la comisión de un hecho punible. Villavicencio (2014) sostiene que “Los planteamientos de la teoría unitaria de autor se adecuan a la estructura de los tipos culposos, siendo que la participación imprudente sea considerada en todos los casos como autoría culposa” (p. 462).

**B. Teoría extensiva de autor.** También tiene su fundamento en la equivalencia de las condiciones, aunque, también se basa en la tesis subjetiva de la participación y en las leyes que distingue diversos grados de aportación al delito. En tal sentido, según este postulado, el autor será todo aquel que ha puesto una condición para la causar un delito, no obstante, que la ley exige diferenciar diversos grados de aporte al hecho punible.

Mezger (1958) partiendo de un concepto extensivo señala que autor es aquel que realiza una cooperación al hecho punible siempre y cuando dicha acción no aparezca como complicidad o instigación.

Villavicencio (2014) señala que esta teoría es criticada, debido a que, convierte a la autoría en un concepto residual, ya que será autor quien no presente las condiciones establecidas en la ley para ser considerado como cómplice o instigador.

En esta teoría era difícil distinguir entre autor y partícipe, ya que carecía de base objetiva y causal para ello, por eso con el propósito de encontrar la distinción entre la autoría y la participación en la intensidad surge la tesis subjetiva de la participación. Según esta última, quien tenía interés personal en lo ilícito tendrá la condición de autor, y quien tenga un interés ajeno la condición de partícipe.

El caso más conocido que ilustra la teoría subjetiva de la participación es el de la bañera: La hermana de una mujer que acababa de dar a luz a un hijo ilegítimo ahogó al recién nacido en interés de la madre, luego de ponerse de acuerdo con ella; a la hermana se la consideró como cómplice, y a la madre como autora, a pese a que no ejecutó el hecho personalmente.

Al respecto, Reategui (2014) señala que la tesis subjetiva de la participación fracasó en forma progresiva debido a que dejó de lado y no consideró las circunstancias y datos objetivos que rodean el hecho punible, ya que, quien lo comete solo responde como partícipe.

**C. Teoría restrictiva de autor.** La concepción del autor de esta tesis se opone a la concepción de la teoría extensiva, ya que considera que quienes causan un hecho punible no serán autores, ya que, no todo quien contribuye una condición causal realiza el tipo penal. En otras palabras, para la comisión de un delito se requiere algo más que un aporte causal.

Como consecuencia, si la ley penal no regulase tipos penales de participación estos no fueran punibles, por lo que, dichos tipos son considerados solo como causales de extensión de la pena. (Villavicencio, 2014)

Esta teoría encuentra en el plano objetivo la diferencia entre autor y partícipe, aunque para algunos casos emplea criterios subjetivos; atendiendo a ello, surgen tres subteorías que brindan un concepto restrictivo de autor, aunque con particularidades propias: la tesis objetiva-formal, la tesis objetiva-material y la tesis del dominio del hecho.

En la tesis objetiva-formal el autor es aquel que ejecuta uno o la totalidad de los actos típicos establecidos expresamente en un tipo penal determinado, y partícipe quien apoye en los actos preparatorios. Bacigalupo (1996) señala que esta teoría proviene de la dogmática alemana, donde predominó entre los años 1915 y 1935, y tuvo como seguidores a Beling, Mayer y Liszt; pero que, a pesar de ello, fue abandonada, aunque mantiene su vigencia en España y Argentina.

La crítica al concepto-objetivo formal es que no comprende a la autoría mediata ni todos los casos de coautoría, ya que, por ejemplo, al líder de un grupo criminal quien no ejecuta ningún elemento típico no se le podría considerar como autor. Según Zaffaroni (1999) en “La autoría mediata, en el caso que el interpuesto actúe sin dolo, conforme a la autoría formal-

objetiva debe considerarse un supuesto de instigación de delito culposo, lo que como veremos carece de sentido” (p. 303).

La tesis objetivo-material distingue la autoría y participación considerando la relevancia del aporte para la realización del hecho punible. Villavicencio (2014) señala “Así, autor será el individuo que aporte la condición objetiva más importante. En la relación causal, será autor quien produce la causa, y partícipe quien pone la condición” (p. 466). Comentando esta teoría, Zaffaroni (1999) señala que “Así se pretendió que era necesario distinguir entre la causa necesaria o inevitable y la causa meramente aprovechable, o entre la causa o la condición, o la causalidad que interviene físicamente de la que lo hace psíquicamente” (p. 304).

Para la tesis del dominio del hecho, aquel que tiene poder o control del final de un ilícito punible, es decir, quien conduce el curso típico del hecho y quien puede interrumpirlo será el autor, mientras que el partícipe es aquel que solo brinda auxilio en un hecho dominado por el autor. “Ciertamente se trata de una fórmula de trabajo superior a las anteriores, ya que no confunde autor con ejecutor permitiendo con ello fácilmente incluir al autor mediato y, además, llegar a una mejor comprensión de coautor” (Bustos y Hormazábal, 1999, p. 286). Esta teoría solo resulta aplicable a los hechos punibles de carácter doloso; no puede ser aplicada a los delitos de carácter culposo, debido a que en estos últimos no hay conocimiento y voluntad de realizar delitos.

En la doctrina Welzel y Roxin desarrollaron cada uno la teoría del dominio del hecho. La fórmula creada por el segundo fue la más exitosa, ya que tiene gran aceptación en la doctrina penal y la CSJR, quien emplea la teoría del dominio del hecho para precisar y detallar los tipos de autoría previstos en el artículo 23 del CP. A modo de ilustración, tenemos la ejecutoria suprema del 11 de marzo de 1999, dictada en el Recurso de Nulidad N.º 5315-98-La Libertad, donde se señaló que la autoría directa, mediata y la coautoría en los delitos dolosos se

caracterizaban por el dominio del hecho. De igual modo, tenemos la sentencia de casación N.º 367-2011-Lambayeque se adhirió expresamente a la teoría del dominio del hecho.

Actualmente, siguiendo la fórmula del dominio de hecho de Roxin, la doctrina penal reconoce tres formas de expresión del mismo: dominio de la acción que guarda relación con la autoría directa, el dominio de la voluntad que guarda relación con la autoría mediata, y dominio del hecho funcional, que guarda relación con la coautoría.

- i) El dominio de la acción sustenta la autoría inmediata, ya que el autor realiza la totalidad de los elementos subjetivos y objetivos típicos de un delito determinado.
- ii) El dominio de la voluntad sustenta la existencia del autor mediata, ya que, la voluntad de quien ejecuta materialmente el hecho punible es dominado por un hombre de atrás.
- iii) El dominio funcional del hecho sustenta la coautoría, debido a que cada coautor tiene el dominio de la parte del hecho que le compete en la división de roles y/o trabajo.

**2.1.1.2. Autoría en los delitos de infracción del deber.** En aquellos delitos cuyo fundamento de su sanción radica en la infracción de deberes jurídicos extrapenales, la teoría formulada por Roxin resulta ser insuficiente para diferenciar entre sus autores y partícipes, dado que la autoría ya no se fundamenta en el dominio o control del hecho punible.

Entonces, aquel que ostenta un deber jurídico especial no penal y lo infringe será autor en esta clase de delitos, y aquel que carece de dicho deber será un partícipe, por más que tenga el dominio del hecho. Al respecto, García (2019) desarrolla el siguiente ejemplo:

Así, el funcionario público será, por ejemplo, autor del delito de peculado tanto si se apropia directamente de los bienes (con dominio), como si no impide que otro se los

apropie (sin dominio). Si el obligado especial tuvo el poder de configurar el hecho, no es algo que interese a efectos de determinar la autoría del delito, sino la infracción del deber (en el ejemplo planteado, el deber de custodia de los caudales públicos que están encargados al funcionario público). (p. 733)

**2.1.1.3. Fundamentos de la sanción de la participación.** En la doctrina penal existe diversas teorías que fundamentan la sanción penal del partícipe.

*A. Teoría de la participación en la culpabilidad.* También conocida en la dogmática como tesis de la corrupción.

Esta teoría sostiene que la sanción penal del partícipe está justificada, porque conduce al autor del delito a cometerlo, esto es, lo influye, lo corrompe, y lo conduce hacia la culpabilidad y la pena. “De esta manera la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de culpabilidad del autor” (Bacigalupo, 1996, p. 200).

Esta teoría comprende que la culpabilidad del partícipe está en función a la del autor; en otras palabras, se entremezcla la recriminación del autor del hecho y su partícipe, lo que genera una confusión de ambas culpabilidades. (Parma, 2016)

Esta teoría se ha rechazado en la doctrina penal, ya que desconoce que, en el hecho punible del autor, la participación tiene un carácter accesorio, lo que produce una colisión con el ordenamiento jurídico penal nacional. García (2019) señala que esta teoría debe rechazarse, porque olvida que la participación requiere que exista un hecho realizado por el autor. Por otro lado, Villavicencio (2014) señala que esta tesis no es aceptada en nuestro ordenamiento jurídico donde la culpabilidad del partícipe es independiente de la del autor.

En resumen, de acuerdo con esta teoría, la sanción del partícipe (instigador o cómplice) solo sería posible si el autor del hecho punible es culpable, caso contrario, en ningún caso sería punible.

**B. Teoría pura de la causación.** “Según esta teoría, es punible la participación porque afecta en forma independiente el mismo bien jurídico que ofende el delito del autor. Siguiendo la línea de este razonamiento, la participación conlleva su propio injusto, independiente de la del autor” (Vera, 2015, p. 77).

La base de esta teoría es que el aporte del partícipe es causal de la realización de un hecho punible, por ello considera que el injusto del partícipe no deriva del injusto del autor. Sin embargo, tal razonamiento podría originar la presencia de tipos penales de participación autónoma y con ello desconocer la naturaleza accesoria de la participación.

Villavicencio (2014) criticando esta teoría señala que, en virtud de ella, se podría sancionar la participación sin que la conducta desplegada por el autor no se adecue a la estructura típica de un ilícito penal, ya que bastaría su comportamiento para fijar una relación causal con el resultado. Por su parte, Parma (2016) señala que habilitaría sancionar el aporte material del partícipe sin que el autor haya ejecutado delito alguno.

Esta teoría se ha rechazado en la doctrina penal especializada, ya que desconoce que, en el hecho principal del autor, la participación tiene un carácter accesorio, lo que produce una colisión con la legislación penal nacional; de igual modo, se corre el riesgo de sancionar penalmente a un cómplice o instigador de un hecho que no configura ningún delito.

**C. Teoría de la participación en lo injusto.** Conocida también como tesis de la causación o del favorecimiento, que se basa en la accesoriidad de la participación.

Jescheck y Weigend (2014) señalan que la punibilidad del partícipe se fundamenta en la medida que el partícipe produce una conducta típica y antijurídica mediante: i) La determinación del dolo de la conducta del autor, y ii) Apoyo material o psíquico del autor; así como en la culpabilidad del que interviene accesoriamente.

Vera (2015) comentando esta teoría señala que la participación es accesoria de un hecho punible, y que no vulnera la misma norma del autor, sino que coadyuba al injusto de este.

Entonces, según esta teoría, el partícipe no infringe las normas que recogen los tipos penales específicos, sino la prohibición del artículo 25 del CP referida a no determinar a otro a cometer un delito y no ayudar en la comisión de un delito por otro.

Bacigalupo (1996) señala que esta teoría es la brinda un fundamento adecuado a la punición del partícipe. La doctrina penal nacional mayoritaria comparte lo señalado por Bacigalupo, ya que respeta y consagra en la conducta del partícipe su accesoriidad.

***D. Teoría de la participación como un ataque accesorio al bien jurídico.*** Según esta teoría la sanción penal del partícipe se fundamenta porque realiza una conducta accesoria que en forma independiente causa lesión o pone riesgo determinado bien jurídico. Esto es, que el ataque del partícipe es autónomo del ataque del autor.

López (1997) señala que esta teoría recoge lo mejor de la teoría del favorecimiento y de la teoría pura de la causación, con lo que evita sus parcialidades y logra fundamentar la pena del partícipe en forma coherente.

**2.1.1.4. Iter criminis.** Se refiere a las fases del delito. En ella se distingue dos etapas: la interna y la externa.

La etapa interna comprende tres subetapas: la ideación, la deliberación y la resolución del delito que no son punibles; en la etapa externa se comprende cuatro subetapas, ahí se ubican los actos preparatorios (punible en forma excepcional), la tentativa, consumación y el agotamiento.

En la ideación surge la idea delictiva en la mente, y si esta se mantiene sucede la deliberación, en donde se reflexiona y se hace una autocrítica a la idea delictiva, y si finalmente el autor se decide realizarlo se estará ante la resolución.

Los actos preparatorios es la fase donde se reúnen los instrumentos y se crean condiciones necesarias para lograr la comisión del hecho punible; la tentativa es el inicio de los actos ejecutivos del hecho punible hasta antes de la consumación, donde se realiza los elementos de la descripción típica. Finalmente, tenemos el agotamiento que se da cuando el agente delictivo consigue la finalidad que motivo la comisión de ilícito penal.

**2.1.1.5. Principios que rigen la participación delictiva.** La doctrina penal ha desarrollado cuatro principios: convergencia, accesoriedad, exterioridad y de comunicabilidad.

**A. Principio de convergencia.** Según Villavicencio (2014) este principio “Supone que la voluntad de los diferentes sujetos que intervienen en la ejecución de un injusto culpable se oriente a la realización conjunta del hecho punible” (p. 497).

En otras palabras, para que una persona sea considerada partícipe debe haber concertado con el autor en cometer un ilícito penal, contrario sensu, si no existe acuerdo de voluntades en ningún caso habrá participación. El acuerdo de voluntades entre el partícipe y el autor puede ser previo o durante la ejecución de un hecho punible pero nunca luego de haberse consumado.

Cabe precisar que no es necesario que el concierto de voluntades sea expreso, ya que puede ser tácito. A modo de ejemplo, tenemos que el autor que busca dañar el vehículo de su vecino recibe de un tercero una piedra sin que lo haya solicitado. Villavicencio (2014) señala que en casos de complicidad ni siquiera se requiere que el autor conozca la cooperación o contribución que le presta el partícipe; y pone el ejemplo de la empleada que trabaja en una casa y se entera que su novio iba a hurtarla, y que con el fin de facilitar su ingreso deja la puerta abierta.

Por este principio, se excluye la participación en delitos imprudentes, ya que en estos delitos el autor actúa sin conocimiento y voluntad (dolo); tampoco se puede hablar de participación culposa en un hecho ajeno doloso. Otro efecto de este principio es que, si el dolo de uno de los intervinientes excede el acuerdo de voluntades, tal exceso no alcanza a los otros (exceso de dolo); lo mismo ocurre si uno de ellos ejecuta un delito distinto al que habían acordado (exceso cualitativo).

**B. Principio de accesoriidad.** Con la accesoriidad se busca mantener intacto la estructura típica de los hechos punibles regulados en la parte especial del Código Penal con relación a la responsabilidad de los partícipes. (Peñaranda, 1990)

Según este principio, el autor realiza un hecho principal, por ende, la actividad que realiza el partícipe es de carácter accesorio. “Accesoriidad de la participación quiere decir, entonces, dependencia del hecho de los partícipes del hecho del autor o los autores” (Bacigalupo, 1996, p. 201).

Bustos y Hormazábal (1999) señalan que “La accesoriidad significa, pues, que para la existencia de la participación es indispensable que se dé un hecho principal, que es realizado por el autor” (p. 297).

Para saber cuándo existe un hecho principal que habilita la sanción del partícipe, se realiza un análisis desde dos ópticas: una vinculada al iter críminis y la otra vinculada a la estructura del delito. La primera se conoce como accesoriidad cuantitativa y la segunda accesoriidad cualitativa.

La accesoriidad cuantitativa está referida a la etapa del iter críminis que debe arribar al hecho principal realizado por el autor para que los partícipes sean objeto de sanción penal. La doctrina mayoritaria considera que el hecho principal debe estar por lo menos en grado de tentativa, esto es, debe haberse iniciado su ejecución. Ello significa que si el hecho principal

se queda en etapa preparatoria no podrá sancionarse a los partícipes, ya que sería anterior a los actos ejecutivos del hecho punible.

La accesoriadad cualitativa tiene vinculación con los elementos constitutivos de todo hecho punible (acción típica, antijurídica y culpable) que deben cumplirse en el hecho principal para que los partícipes sean sancionados penalmente. Sobre este tipo de accesoriadad, en la doctrina se han gestado varias posiciones o criterios: accesoriadad mínima, accesoriadad máxima, hiperaccesoriadad y la accesoriadad limitada.

La accesoriadad mínima informaba que para la sanción del partícipe solo se requería que el hecho principal se típico, es decir que se adecue a la descripción del tipo penal. Esta posición llevaba al absurdo de castigar al partícipe de un hecho que no cumple con la categoría de antijuricidad en relación con el ordenamiento jurídico; por ejemplo, sancionar a la persona que ayudó a otra a ejercer su legítima defensa. (Bustos y Hormazábal, 1999)

La accesoriadad extrema establecía que la sanción del partícipe solo era posible si el hecho principal del autor era típico, antijurídico y culpable, o sea, exigía cumplir las tres categorías del delito. Lo negativo de este criterio es que daba pie a que se genere impunidad, puesto que, si una persona instigaba o ayudaba a un inimputable a cometer un hecho punible, no podía sancionársele penalmente como partícipe, debido a que, el autor carecía de culpabilidad.

La hiperaccesoriadad requiere que el autor realice un hecho principal el cual no solo debe cumplir con las categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, sino también en el de punibilidad. Este criterio generaba mayor espacio de impunidad que accesoriadad extrema, puesto que aun si el autor del hecho principal era culpable, pero concurría una excusa absoluta, el partícipe no sería sancionado penalmente.

La accesoriad limitada requería que el autor realice el hecho principal que solo debía de ser típico y antijurídico, mas no culpable ni punible, ya que consideraba que la culpabilidad era una categoría individual que no se podía transmitir a los partícipes. (Caro y Reyna, 2023) Este criterio es la que predomina en la actualidad, porque soluciona los problemas de impunidad que se presentan en la accesoriad limitada, accesoriad máxima e hiperaccesoriad.

**C. Principio de exterioridad.** Según Villavicencio (2014) el partícipe será sancionado penalmente si el hecho principal del autor se encuentra en grado de tentativa. En otras palabras, se trata en puridad de la accesoriad cuantitativa.

**D. Principio de comunicabilidad.** Este principio es regulado por el CP en su artículo 26 ubicado en la Parte General (Libro Primero), en virtud de ella, la responsabilidad y culpabilidad penal de un autor o partícipe de un delito no se modifican por más que la de los demás autores y partícipes del mismo delito se ven afectadas por circunstancias, condiciones o cualidades personales.

**2.1.1.6. Formas de participación criminal.** La doctrina penal distingue entre complicidad y la instigación.

**A. Complicidad.** Es una de las formas de participación. Cómplice es aquel que dolosamente y mediante un aporte material colabora con otro para que pueda cometer o realizar un hecho punible.

La colaboración del cómplice puede darse en dos momentos del iter criminis, en los actos preparatorios y en la fase ejecutiva pero nunca en la fase postconsumativa del delito. Es importante precisar que quien actúa como cómplice carece de dominio del hecho, ya que queda reservada al autor, y en los delitos de infracción del deber carece de las condiciones y cualidades

que posee el autor. La legislación penal diferencia entre cómplice primario y secundario, denominados en la dogmática penal como necesarios y simples, respectivamente.

**B. Instigación.** Constituye la otra forma de participación. Por la instigación se entiende a aquella conducta que realiza una persona (partícipe) dolosamente que hace nacer en otra la decisión, resolución de cometer un delito de carácter doloso.

**2.1.1.7. La complicidad primaria.** Hace referencia al cómplice primario, quien proporciona una aportación, que resulta necesaria para que el autor de un delito pueda cometerlo. Es irrelevante si el delito al que se dirige la aportación es de dominio o de infracción de deber. La existencia de la complicidad primaria requiere que concurren los siguientes presupuestos:

**A. Aporte esencial.** La complicidad primaria exige que se preste una contribución esencial o vital sin la cual no se hubiera podido cometer un delito. La esencialidad del aporte se verifica en que, si ella no concurre, el autor tendría que desistirse de cometer el delito o esperarse a que aparezca otra persona pueda prestar dicho aporte.

**B. Actuar doloso.** La complicidad primaria siempre es dolosa y este puede ser directo o eventual. En esa línea, no se admite una forma culposa de complicidad, lo contrario implicaría una contravención a nuestro ordenamiento jurídico, concretamente al CP. En ese sentido, tendrá que determinarse si sabía o no que su contribución servía para la comisión de un delito.

**C. Instante del acto de complicidad.** La precisión del momento en que un aporte o contribución puede ser considerado como complicidad primaria ha tenido en la doctrina dos posiciones. (Castillo, s.f.)

La posición mayoritaria sostiene que el aporte o contribución esencial doloso del cómplice primario debe darse en los actos preparatorios, ya que, si esto ocurre en la fase

ejecutiva del delito, se estaría ante una coautoría y no ante una complicidad primaria, ya que tendría el dominio del hecho.

Por otro lado, la minoritaria considera que excepcionalmente el aporte imprescindible puede darse durante la ejecución del delito, si ese aporte o contribución no es esencial del plan criminal. Al respecto, Castillo (s.f.) señala que tal posición doctrinal hace imposible y desconoce la distinción entre la participación y la complicidad primaria.

Al respecto, es importante aclarar que incluso en los delitos donde la distinción del autor con el partícipe no radica en el dominio del hecho, como es el caso de los delitos de infracción del deber, también la complicidad primaria solo puede ocurrir en la etapa preparatoria, por la sencilla razón de que si el aporte necesario doloso se hace en la tentativa quiere decir que tal contribución no era esencial ni imprescindible para su comisión.

### ***2.1.2. Capítulo segundo: Marco Normativo del delito de negociación incompatible***

**2.1.2.1. La Administración Pública.** Actualmente, la Administración Pública es concebida consensuadamente en la doctrina en un doble sentido. Objetivamente, según Rojas (2021a) se refiere al cúmulo de actividades que realizan los agentes del Estado que se encuentran reguladas en la Constitución, la ley, reglamentos, etc., a través del cual el Estado y las entidades estatales alcanzan sus fines. Subjetivamente, es concebida como la estructura orgánica del Estado, esto es, abarca la jerarquía, niveles, cargos y funciones específicas de funcionarios y servidores de los órganos estatales.

En esa línea, tenemos que la noción de Administración Pública comprende la estructura orgánica y funciones de las siguientes entidades: Poder Ejecutivo (incluido sus ministerios y organismos públicos descentralizados), Poder Judicial y Poder Legislativo; gobiernos regionales y locales; organismos constitucionalmente autónomos (Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo), personas jurídicas privadas que prestan servicios

públicos, así como los otros organismos, programas y proyectos del Estado que realizan actos con potestad administrativa.

**2.1.2.2. Funcionarios y servidores públicos.** Sobre el concepto de funcionario público, Rojas (2021a) señala:

Funcionario público es aquella persona física que, prestando sus servicios al Estado, se halla especialmente ligada a este (por nombramiento, delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social. (p. 73)

Al respecto, es importante precisar que el concepto de funcionario público en el derecho penal en comparación con el derecho administrativo es más amplio. Así, tenemos que el CP en su artículo 425 señala que:

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Lo establecido en el CP ha sido ratificado por la CSJR en la sentencia de casación N.º 634-2015-Lima, donde señaló que para efectos penales el termino de funcionario público incluye a las personas que desempeñan funciones públicas en el marco de los servicios públicos que el Estado ejecuta a favor de la sociedad. Asimismo, que se debe observar el listado de *numerus apertus* del artículo 425 del CP.

Por otro lado, en lo referente al concepto de servidor público, Salinas (2016) señala que es aquel que sin poder decisión presta servicios al Estado consistentes en conocimientos técnicos y profesionales en servicios de integración y facilitación que ejecutan los funcionarios públicos para alcanzar el bienestar de la colectividad. Los servidores se encuentran subordinados frente a los funcionarios públicos.

**2.1.2.3. Delitos contra la Administración Pública.** El CP en su Libro Segundo, Título décimo octavo que se compone de cuatro capítulos, típica los ilícitos penales que atentan contra el objeto jurídico de protección denominado Administración Pública, ya que afectan el buen desempeño de los órganos públicos, que tienen como finalidad satisfacer las necesidades de la colectividad.

En el capítulo II se tipifica una gama de delitos que son cometidos por funcionarios públicos, entre ellas, podemos ubicar al delito de abuso de autoridad, concusión, patrocinio ilegal, colusión simple y agravada, cohecho pasivo propio, peculado doloso y la negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo que se aborda con detalle en los siguientes subcapítulos.

**2.1.2.4. Antecedentes legislativos del delito de negociación incompatible.** La tipificación de la negociación incompatible como ilícito penal no es reciente, sino que se regula y sanciona en nuestra legislación desde hace 160 años.

Fue regulado por primera vez en el CP de 1863 artículo 201, con el *nomen iuris* negociación incompatible con el cargo en su Título décimo denominado “De los fraudes y exacciones”. En ese entonces, se sancionaba al empleado público con las penas de rehabilitación en segundo grado y multa que va desde diez hasta ciento cincuenta por ciento de valor del contrato u operación en que se hubiera interesado directa o indirectamente y que por su cargo debía intervenir. Asimismo, las penas mencionadas también se aplicaban al árbitro, contador particular y perito que interviniendo en los procesos de adjudicación, participación y tasación de bienes y cosas se interesasen en forma directa o través de intermediarios; de igual modo se sancionaba al guardador y albacea, si se interesaba en relación a los bienes que pertenecían a sus pupilos o testamentarias.

De la tipificación penal del CP de 1863 se advierte que en ese tiempo no se establecía que el interés del empleado público sea en provecho propio o de un tercero. Además, que dentro de las sanciones penales por su comisión no se establecía la privativa de libertad; y que incluso podían ser autores de este delito los contadores particulares, peritos y árbitros, situación que no ocurre en la vigente legislación penal nacional.

Cabe precisar que el artículo 201° del CP de 1863 sirvió de fuente al CP de 1924. Este último reguló en su artículo 345° al delito de negociación incompatible con una redacción similar, aunque, a diferencia del primero, incorporó como sujeto activo al funcionario público, modificó la extensión de las penas de inhabilitación y multa, y cambió el verbo rector de interesa por interesare, que tiene una connotación futura.

Con la entrada en vigor del CP de 1991 la regulación y/o tipificación del ilícito penal de negociación incompatible tuvo cambios significativos, debido a que: i) El término empleado fue cambiado por servidor, ii) El interés del funcionario podía concretarse directamente, indirectamente o través de acciones simuladas, y iii) La privación de la libertad fue establecida como sanción penal. A continuación, se cita el texto original referido delito en el CP de 1991, artículo 397.

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

Tal artículo fue modificado el 26 de marzo de 1999 por la Ley N° 27074 que insertó el término “indebidamente” y a su vez su denominación como aprovechamiento indebido del cargo. Años más tarde, la Ley N° 28355 emitido el 06 de octubre de 2004, reubicó el ilícito penal de negociación incompatible al artículo 399°, y a su vez, se incorporó la inhabilitación como pena, y se elevó el *quantum* de la privación de libertad.

Con relación a la fuente extranjera para la tipificación penal de la negociación incompatible en nuestra legislación, Rojas (2021b) sostiene que las fórmulas legales de los código penales peruanos de los años 1963, 1924 y 1991 tuvieron como base al Código Penal español de 1850 (artículo 324) y al Código Penal francés de 1810 (artículo 175). Lo señalado por el autor es correcto, dado que luego de revisar el contenido del artículo 324 del CP de España de 1950 que regula el delito de negociaciones incompatibles, se advierte que es idéntica al artículo 201 del CP peruano de 1963 ya derogado.

**2.1.2.5. Regulación vigente del delito de negociación incompatible.** El texto legal que le dio la Ley N° 28355 al delito de negociación incompatible fue modificada el 26 de noviembre de 2013 por la Ley N° 30111.

Así, en virtud de la última modificación, la negociación incompatible ostenta la siguiente estructura típica en el artículo 399 del CP.

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

Comentando la fórmula legal vigente, Salinas (2016) refiere que se configura el delito de negociación incompatible cuando en un contrato u operación un funcionario o servidor público se interesa particularmente en forma directa, indirecta o por actos simulados. Dicho de otra manera, se sanciona penalmente al funcionario público que en una operación económica donde interviene el Estado, aprovechándose de su cargo muestra un interés de carácter privado que colisiona con el interés de la colectividad.

De lo expuesto sobre el delito de negociación incompatible, se advierte que su estructura típica contiene diversos elementos, como: el bien jurídico que protege, el verbo rector, las modalidades para su comisión, el sujeto activo y pasivo, etc., los que, para una mejor comprensión, se explican separadamente en los siguientes subcapítulos.

**2.1.2.6. Bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible.** En cuanto al objeto de protección jurídica, la doctrina y jurisprudencia diferencia en la negociación incompatible dos tipos: uno genérico y otro específico.

Así, en la doctrina penal Rojas (2021b) sostiene que el funcionamiento correcto y adecuado de la Administración Pública, en el campo de los contratos y operaciones donde participa el Estado constituye el objeto genérico de protección. Dicha posición es compartida en la jurisprudencia penal de la CSJR donde la Segunda Sala Penal Transitoria en la casación N° 231-2017 Puno, señaló que el funcionamiento correcto y normal de la Administración Pública es el bien que se protege jurídicamente, y que no se exige que el Estado se vea afectado patrimonialmente. Es importante precisar que este bien jurídico no se refiere a la parte orgánica, sino a las actividades de prestación que los funcionarios y servidores realizan por la Administración Pública. (Frisancho, 2011)

Sobre el objeto de protección específico se han gestado varias posiciones en la doctrina. Una primera posición señala que se busca proteger la lealtad. (Salinas, 2016). También legalidad, probidad, prestigio y rectitud en el ejercicio de las funciones públicas. (Hugo y Huarcaya, 2018). En una segunda posición Castillo (2015) sostiene que se trata de preservar que en los contratos y operaciones públicas prime la transparencia a efectos de que sean regidos por la equidad, la igualdad de oportunidades y la libre competencia administrativa. En una tercera posición, Abanto (2003) señala que es la imparcialidad; y Peña (2016) que era la objetividad; y finalmente, Montoya (2015) señala que son los que debían regir la conducta del funcionario cuando actúa los procesos de contratación u operación representado al Estado.

Por otro lado, en la jurisprudencia penal encontramos diversos pronunciamientos de la CSJR donde se pronuncia sobre qué bien jurídico protege la negociación incompatible específicamente, encontrándose las siguientes:

- Sentencia de Casación N.º 628-2015-Lima: La Sala Penal Transitoria en el 2016 señaló que se garantiza que las decisiones que tomen los funcionarios públicos sean transparentes e imparciales.
- Sentencia de Casación N.º 841-2015-Ayacucho: La Sala Penal Permanente en el 2016 indicó que se garantiza que el patrimonio estatal sea gestionado adecuadamente.
- Recurso de Nulidad N.º 677-2016-Lima: La Sala Penal Permanente en el 2017 indicó que se protege en el proceso de las contrataciones públicas el funcionario público actúe en forma regular, con eficiencia y la eficacia.
- Sentencia de casación N.º 67-2017-Lima: La Segunda Sala Penal Transitoria en el 2017 señaló que se protege que las decisiones de los funcionarios sean tomadas con imparcialidad y que deben dirigirse a sus labores públicas que desempeñan.
- Sentencia de casación N.º 231-2017-Puno: La Segunda Sala Penal Transitoria en el 2017 señaló que se protegen las decisiones transparentes e imparciales de los funcionarios, resguardando de ese modo: i) los interés de administración estatal en lugar los interés particulares, y ii) que el funcionario sea recto e integro.

En resumen, se puede afirmar que el bien jurídico protegido específico en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo consiste en garantizar la imparcialidad, objetividad y lealtad al interés público al momento de que el funcionario o servidor público intervenga en los procesos de contratación u operación pública, en representación del Estado frente a sus proveedores particulares.

**2.1.2.7. Naturaleza: Delito de peligro abstracto.** En el ilícito penal de negociación incompatible la conducta típica recae en el interés indebido que el agente realiza para lograr un provecho propio o de tercero, en lugar de obtener y/o lograr una ventaja o beneficio para la colectividad o sociedad.

En ese sentido, lo que se sanciona penalmente es aquel el interés indebido que implique una ventaja o beneficio indebido para un tercero particular o el propio funcionario público. Cabe precisar que la sentencia de casación N.º 231-2017-Puno, la Segunda Sala Penal Transitoria en el 2017 sobre la naturaleza del provecho o beneficio, señaló que era de carácter económico, debido a que la intervención del sujeto activo (funcionario) ocurre en un contrato u operación que tiene carácter patrimonial. Por tal motivo, a pesar de que, no se requiera un perjuicio patrimonial efectivo, en la configuración típica sí es necesario que el patrimonio de la Administración Pública se ponga en riesgo, por ende, solo se sancionará la acción idónea para lograr dicho cometido.

Por ende, al configurarse la negociación incompatible sin que se produzca un afectación real al patrimonio público, se erige en un ilícito penal de peligro abstracto, toda vez que, su configuración se da con el mero interés indebido del sujeto activo, el mismo que para ser punible tiene que estar materializado en actos administrativo, como suscripción de contratos u operaciones.

**2.1.2.8. La negociación incompatible como delito de infracción del deber.** Hace más de 50 años, el término de ilícito penal de infracción del deber fue introducida a la discusión dogmática por Roxin (2000) quien ya en ese tiempo, señalaba que en algunos delitos solo podía ser autor aquel intraneus que infringía sus deberes específicos que tenía, los que eran de carácter extrapenal, debido a que se originaban en otras ramas del derecho.

Según dicho planteamiento, el autor de un hecho punible reputado como uno de infracción del deber podría responder penalmente como tal, sin que haya tenido participación o dominio del hecho. A modo de ejemplo, será autor de una administración desleal el administrador de un patrimonio ajeno que permite a un tercero llevárselos, perjudicando al propietario. (Roxin, 2016)

En nuestra doctrina nacional a los hechos punibles donde la autoría se fundamenta en el abuso o descuido un deber jurídico extrapenal especial que surge de la condición de funcionario o servidor público, que, a su vez, implican una puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos son considerados como ilícitos penales de infracción del deber. (Salinas, 2016)

Según el concepto y características esbozados sobre los hechos punibles de infracción del deber, se concluye que, el tipo penal de negociación incompatible es uno de infracción del deber, debido a que, quien responde como su autor es el funcionario o servidor público por infringir sus deberes jurídicos extrapenales que nacen del cargo que ostenta dentro de la administración estatal.

**2.1.2.9. Interés indebido.** El verbo rector del delito de negociación incompatible lo constituye el término interesarse, aunque en su descripción típica se presenta en la forma gramatical “se interesa”.

El interesarse cobra relevancia penal, porque es indebido e ilícito dado que el sujeto activo (funcionario o servidor público) pone y prefiere un interés privado por encima del interés de la colectividad en el marco de una contratación en donde participa representando al Estado por el cargo que posee.

Cabe precisar que el interesarse indebidamente puede darse en cualquiera de las fases de los procesos de selección pública: actos preparatorios, ejecución o liquidación. Según Rojas (2021b) el término “indebido” significa que las acciones que el sujeto activo realiza no están

permitidos ni autorizados que no necesariamente infrinjan o violen una norma legal. En otras palabras, interesarse significa introducir en un proceso de selección pretensiones distintas al de carácter administrativa, es decir, implica el propósito de que una contratación pública asuma una dirección con la finalidad de lograr un interés particular propio o en favor de terceros. (Creus, 1990)

En la jurisprudencia penal, la CSJR en su sentencia de casación N.º 628-2015-Lima, la Sala Penal Transitoria en el 2016 indicó que lo indebido radica en que existe una desviación de logro de los intereses de la colectividad por parte del funcionario público, a quien se le castiga por producir con su actuación un beneficio para él o un tercero; y en la sentencia de casación N.º 18-2017-Junín, la Sala Penal Transitoria en el 2019 indicó que por interés indebido se entiende a toda conducta destinada a priorizar intereses privados sobre los interés del Estado que se patrocinaba en una contratación, con la finalidad de que se obtenga un beneficio ilícito que puede ser para el propio agente público o en favor de un tercero.

Es importante precisar que el funcionario o servidor público puede exteriorizar su interés indebido por medio de los siguientes actos:

- Otorgar a un proveedor cuya cotización no cumple con las bases del proceso de contratación pública, la buena pro de los contratos y operaciones.
- Asignar puntajes a los postores que de acuerdo con su experiencia y formación académica no merecen.
- Realizar una contratación pública sin tener en cuenta la ley que regula las contrataciones del Estado y su reglamento, los que fijan los procedimientos y requisitos que exige.
- Otorgar buena pro a un postor cuya cotización del bien o servicio está por encima del valor del mercado.

- Contratar bienes o servicios con una empresa donde el funcionario público o un familiar suyo es accionista.
- Realizar fraccionamientos de las contrataciones de bienes y/o servicios para contratar a un proveedor en particular, a través de una contratación menor cuantía o iguales a 8UITs, que están exentas de la ley que regula las contrataciones del Estado con los particulares.

Por otro lado, debe quedar claro que el interesarse indebidamente no necesariamente implica afectar al patrimonio público. Por ello, es acertado afirmar que habrá negociación incompatible, así el interés indebido para favorecer intereses particulares haya resultado beneficioso económicamente para la Administración Pública. Posición contraria, plantea Abanto (2003) quien, a su juicio, si el Estado resultó beneficiado económicamente en un contrato u operación no existirá negociación incompatible.

Finalmente, debo indicar que el interés indebido de carácter particular que expresa el agente delictivo público puede ser materializado en tres modalidades:

**A. *En forma directa.*** Primera modalidad del delito de negociación incompatible.

En esta modalidad el interés del funcionario o servidor en un contrato u operación (en cualquiera de sus fases) se realiza en forma personal mediante actos propios de su cargo, infringiendo y contraviniendo los intereses de la colectividad, dado que actúa con el propósito de sacar un provecho o ventaja ilícito en su favor o de un tercero. En otras palabras, según Rojas (2021b) en la fases de la propuesta económica, la celebración, ratificación, modificación o ejecución de los contratos u operaciones o incluso en la revocación del estos, el sujeto activo puede manifestar sus intereses y fines de corte particular. A modo de ejemplo, tenemos al funcionario público que elabora las bases de una contratación pública a la imagen y semejanza de la empresa de su amigo proveedor. (Peña, 2016)

**B. En forma indirecta.** Segunda modalidad típica de la negociación incompatible.

En este caso, para obtener un provecho ilícito a su favor o de un tercero, el agente delictivo materializa su interés indebido a través de una tercera persona que en la práctica puede ser un funcionario o servidor público sin vínculo funcional o un particular. En esta modalidad se hace uso de un intermediario para influir en los funcionarios que, por razón de sus funciones, interviene y representan al Estado en los procesos de selección de carácter público. (Salinas, 2016)

**C. Por actos simulados.** Tercera modalidad en que se materializa la negociación incompatible.

En esta última modalidad, el agente aparenta que actúa defendiendo intereses que importan a la sociedad cuando lo real y verdadero es que defiende intereses personales o particulares. Esta modalidad puede darse cuando: i) Se contrata con empresas proveedoras que no existen; ii) Se contrata a sus empresas, aunque se aparenta pertenecen a personas distintas, es decir que son ajenas a él; y iii) Se realiza diversos actos ficticios enfocados a la obtención de un provecho indebido.

**2.1.2.10. Objeto del interés indebido.** Se refiere a los objetos materiales (contratos y operaciones) donde el funcionario o servidor concretan su interés indebido, ya sea en forma personal, a través de intermediarios o simuladamente.

**A. Contrato.** Por contratos se entiende a aquellos actos jurídicos que crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas de carácter patrimonial entre las entidades del Estado y su proveedores que pueden ser personas privadas naturales o jurídicas. Estos contratos versan sobre temas que interesan a la Administración Pública, tales como: suministros de equipos médicos para hospital, obras, etc.

**B. Operación.** Las operaciones comprenden a todos los actos que convoca la Administración Pública que no cumplen el carácter bilateral y demás formalidades de un contrato. Aquí, se encuentran las licitaciones, expropiaciones, embargos e incautaciones de bienes, etc.

**2.1.2.11. Sujeto activo y sujeto pasivo.** Son aquellos entre los que ha producido un conflicto manifestado en la estructura típica de un ilícito penal. (Bramont-Arias, 2005)

El sujeto activo o mejor dicho el autor en la negociación incompatible queda reservada a aquel grupo selecto de funcionarios o servidores públicos que por el cargo que ostentan dentro de la Administración Pública son competentes para participar en un contrato u operación en representación del Estado. Sobre el autor de este delito, en la dogmática penal señala que solo puede ser el funcionario o servidor que dentro su cargo la función formal de intervenir en los contratos y operaciones, es decir, no es cualquiera. (Hugo y Huarcaya, 2018)

Por otro lado, el sujeto pasivo está representada genéricamente por el Estado como representante de la Administración pública; y de forma específica por los diversos ente público y reparticiones, incluyendo a las empresas estatales. (Rojas, 2021b)

**2.1.2.12. El tercero beneficiado.** El tercero beneficiado es el sujeto que se busca beneficiar o se beneficia en un contrato u operación con el interés indebido del funcionario o servidor público en los que participa representando al Estado o las entidades que la conforman. Lo podemos ubicar en la tipificación penal de la negociación incompatible cuando el artículo 399 del CP afirma “en provecho de tercero”. Debe quedar claro que, el tercero beneficiado no solo puede ser una persona particular, sino también un sujeto público (funcionario y servidor) sin vínculo funcional (proveedores) que prestan servicios al Estado, conocidos en la doctrina penal como extraneus.

Sin embargo, el tercero beneficiado no puede ser cualquier particular o funcionario público sin vínculo funcional. Con esta expresión se hace referencia a las personas que intervienen como proveedores o postores y contratan con el Estado en contratos y operaciones públicos. En ese sentido, el término tercero beneficiado solo podrá aplicarse a quienes hayan participado en los procesos de selección que organiza el Estado (concurso público, adjudicaciones simplificadas, licitaciones, subastas, etc.) y a quienes que como consecuencia del interés indebido del sujeto activo se le ha adjudicado obras o servicios públicos. En esa línea, tanto el proveedor natural, así como los representantes legales, accionistas y gerente general de una empresa proveedora que participa en una contratación pública pueden tener la condición de tercero beneficiado.

**2.1.2.13. Consumación y tentativa.** La consumación de la negociación incompatible como ilícito penal de peligro abstracto ocurre en el momento que el funcionario o servidor público introduce (personalmente, por intermediarios o por acciones simuladas) intereses particulares en contratos y operaciones, en los que participa por el cargo que ostenta dentro de la Administración Pública. Entonces, su consumación en ningún caso exige que el agente delictivo obtenga beneficios patrimoniales propios o a favor de un tercero, ni que se cause un perjuicio de corte económico al Estado, como consecuencia, de la adjudicación de contratos u operaciones públicas. Por tal sentido, atendiendo a la naturaleza de la negociación y a las fases del inter criminis es claro que en dicho ilícito penal no es posible que exista la tentativa.

**2.1.2.14. Penalidad.** Se refiere a las clases de pena que se prevén para los autores y partícipes que cometen o incurren conjuntamente en el delito de negociación incompatible.

Luego de haber revisado la tipificación penal de la negociación incompatible, se advierte que las penas con las puede ser sancionado el sujeto activo (funcionario o servidor público) es tres tipos de pena: la privación de la libertad personal, una limitación de sus derechos y la multa, que se reconocen en el CP.

En el primero, se encuentra la pena que priva la libertad personal, y que oscila desde los cuatro hasta los seis años; en el segundo, está la inhabilitación, donde se priva el derecho de ejercer un cargo, una función o comisión pública, así provenga de elección popular y se le incapacita o impide para obtener cargo, mandato, empleo o comisión de carácter público; en el tercero, es la pena de multa que oscila entre los ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Con relación a la pena que priva de la libertad personal, Rojas (2021b) señala que ha sido incrementada y que esa tendencia está presente desde los códigos anteriores, dado que en la redacción original del CP de 1991 dicha pena oscilaba entre dos y cinco años; en el CP de 1924 era no mayor de tres años y en el CP de 1963 no existía ya que solo se sancionaba con inhabilitación y multa.

### ***2.1.3. Capítulo tercero: Fundamentos por las que se oponen a la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de negociación incompatible***

#### **2.1.3.1. Sentencia de casación N.º 841-2015-Ayacucho, del 24 de mayo de 2016.**

Esta sentencia fue expedida por la Sala Penal Permanente de la CSJR quien en el fundamento jurídico vigésimo octavo al trigésimo primero se pronunció sobre si en el artículo 399º del CP un tercero interviniente podía responder penalmente como cómplice o instigador.

En primer lugar, la citada sala señaló que el delito de negociación incompatible constituye uno ilícito de infracción del deber, ya que involucra la vulneración de un deber especial normativo, el cual solo puede quebrantar su destinatario, es decir, el funcionario o servidor público encargado de los procesos de selección pública. Asimismo, que en los delitos de infracción del deber la participación de un cómplice o instigador depende necesariamente de que la descripción típica la incluya, tal como ocurre en aquellos delitos considerados como de participación necesaria, dado que requieren la intervención del sujeto público obligado y el

extraneus para su configuración. Así, se menciona como ejemplo, al ilícito penal de peculado doloso.

En segundo lugar, luego de citar el texto normativo regulado en el artículo 399 del CP se indicó que por la estructura típica que posee la negociación incompatible no es admisible que un tercero participe con el funcionario público encargado de los contratos y operaciones, puesto que si eso ocurriese se configuraría un ilícito penal distinto (colusión, algún tipo penal de cohecho, entre otros.). Asimismo, que no se trata de un hecho punible de participación necesaria, como sí es la colusión desleal, por lo cual, no es necesaria la participación del tercero con el que se suscribe un contrato. Esto es, que la consumación de la negociación incompatible ocurriría sin que se tenga en cuenta la voluntad del tercero interesado.

En tercer lugar, que la negociación incompatible en encuentra regulado dentro de los ilícito penales que atentan contra la Administración Pública (Título XVIII), que realizan solo los funcionarios y servidores públicos (Capítulo II), y dentro de un grupo de delito que se caracterizan por la corrupción de los funcionarios (Sección IV), y que por su naturaleza tendría un carácter subsidiario, debido a que su existencia ocurriría solo cuando ninguno de los otros delitos regulados en la sección IV se presenten. Así, se señala que, si los funcionarios públicos por su interés indebido obtuvieran un beneficio, existirá algún tipo penal de cohecho, y que, si se ocurriese una concertación con el particular, podrá existir una colusión simple o agravada

De lo descrito, se concluye que los fundamentos que utiliza la sentencia de casación N.º 841-2015-Ayacucho, para oponerse a que un tercero intervenga en el delito de negociación incompatible en calidad de cómplice primario, son los siguientes:

- Es un delito que se fundamenta en la infracción de un deber, el cual solo puede ser realizado por los funcionarios o servidores que tenga a su cargo la realización de un proceso de selección pública.

- En los delitos de infracción del deber la intervención de un tercero solo puede darse cuando sea de participación necesaria, como ocurre en el caso de cohecho o de la colusión desleal, etc.
- La participación del tercero no se encuentra establecido expresamente en su descripción típica, como si lo hace el delito de colusión.

Finalmente, cabe precisar que en dicha sentencia de casación los fundamentos jurídicos vigésimo octavo al trigésimo primero no fueron establecidos como doctrina legal vinculante.

### **2.1.3.2. Sentencia de casación N.º 184-2020-Lima Norte, del 26 de abril de 2022.**

Expedida por la Sala Penal Permanente de la CSJR.

Esta casación fue interpuesta por el MP en el que cuestionaba una sentencia de vista que había decidido absolver de la imputación penal por complicidad primaria del delito de negociación incompatible (previsto y sancionado en el artículo 399º del CP), a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, quien era representante legal de la empresa proveedora Perny's E.I.R.L.

El pronunciamiento de este caso versó acerca de si en la negociación incompatible los terceros (extraneus) debían responder penalmente en calidad de cómplice, cuando en los procesos de selección que participaban que resultaban beneficiados o favorecidos por el interés particular indebido de los funcionarios del Estado.

El MP alegó que los artículos 25 y 399 del CP habían sido interpretados y aplicados erróneamente por los jueces superiores penales que emitieron la sentencia vista. Asimismo, que i) la doctrina establecida por la sentencia de casación N.º 841-2015-Ayacucho en su fundamento trigésimo, ii) los criterios establecidos el 25 de noviembre de 2017 en el Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, y iii) los fundamentos del Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116; habían sido inobservados en la sentencia de vista.

La Sala Penal Permanente de la CSJR previo a la resolución del caso, señaló que la casación referida por el MP no admitía la complicidad en la negociación incompatible dado que había indicado que su estructura típica no permitía que un tercero extraneus intervenga y que no era de participación necesaria, es decir, que la dicha casación no admitía la complicidad. Sobre el Pleno Jurisdiccional cuya conclusión fue la admisión del extraneus como cómplice en los delitos contra la Administración Pública, la Sala Penal Permanente de la CSJR indicó que no fue unánime y tampoco diferencia entre los ilícitos penales de encuentro de aquellos que no lo son, como ocurre con la negociación incompatible. Así también, sobre el acuerdo plenario citado por el MP, señala que versó sobre el delito de enriquecimiento ilícito y la participación de un tercero en dicho delito. Asimismo, que la negociación incompatible por más que era un ilícito de infracción del deber era totalmente distinto del enriquecimiento ilícito. Aunado a lo anterior, la referida Sala de la CSJR precisó que ya la sentencia de casación 396-2019-Ayacucho, había señalado la negociación incompatible no contemplaba en su tipicidad la obtención de un provecho de corte patrimonial propio o en favor de un tercero.

En virtud de lo antes señalado, la CSJR en la presente sentencia de casación concluyó que en la negociación incompatible únicamente será sancionado penalmente el sujeto público dado que es quien en los contratos y operaciones públicas priorizará indebidamente intereses particulares en su provecho o en favor de un tercero, en lugar de velar por intereses de la Administración Pública.

Finalmente, la referida Sala Penal de la CSJR declaró infundado la casación interpuesta por el MP, y confirmó la absolución del imputado, representante legal (Encinas Vilquimichi) de la empresa proveedora Perny's E.I.R.L., de los cargo de complicidad primaria pese a que indebidamente había sido beneficiado económicamente por parte de los funcionarios públicos que ya habían sido sentenciados y condenados en calidad autores del referido delito.

Como vemos, la CSJR en la presente sentencia de casación, rechaza que en la negociación incompatible pueda darse la figura de la complicidad, en virtud de los siguientes argumentos:

- No es un delito de participación necesaria
- Es un ilícito penal distinto al enriquecimiento ilícito.
- Su tipo penal no lo regula expresamente.

### III. MÉTODO

#### 3.1. Tipo de investigación

Esta tesis posee un enfoque de corte cualitativo, dado que, en su desarrollo no se empleado encuestas, escala de Likert ni estadísticas sino la técnica de análisis documental. Para Hernández (2014) la investigación cualitativa se orienta en comprender los fenómenos, los que se exploran desde la óptica de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto. Se utiliza para evaluar el modo en que los individuos perciben y experimentan los fenómenos que los rodean, profundizando sus puntos de vista, interpretaciones y significados.

Asimismo, tenemos que esta investigación es **de tipo básico**. Con relación a esta tipo de investigación, tenemos que Ochoa (1989) señala que “La investigación básica es la continua búsqueda del nuevo conocimiento, una búsqueda sistemática para para satisfacer el desafío de lo desconocido, pero sin dirección salvo la que el mismo investigador le da” (p.74).

Finalmente, se tiene que esta investigación se encuentra en al **nivel de explicativo**, ya que tiene por objeto explicar las razones por las que en el delito de negociación incompatible es factible sancionar penalmente al tercero beneficiado en calidad de cómplice primario.

#### 3.2. Ámbito temporal y espacial

El ámbito temporal se refiere al tiempo en que se realiza el trabajo de investigación, en el presente caso fue desde el mes de octubre de 2023 hasta marzo de 2024. El ámbito espacial, es la superficie terrestre en que se realiza la investigación, en el presente caso fue el territorio nacional.

#### 3.3. Variables

Considerando que esta investigación tiene un enfoque cualitativo corresponde que este subcapítulo se denomine “categorías”, conformada en este caso por el cómplice primario y la negociación incompatible, conforme se detalla en la Tabla 1.

## Operacionalización de categorías

**Tabla 1**

*Matriz de categorización*

<b>Categorías</b>	<b>Definición conceptual</b>	<b>Subcategorías</b>
Cómplice primario	El cómplice primario es aquel que en la fase preparatoria otorga un aporte esencial doloso sin el cual no se hubiera podido cometer el delito. (Villavicencio, 2014)	Aporte esencial doloso Fase preparatoria
Negociación incompatible	En la sentencia de casación N.º 1523-2021/Ancash, la Sala Penal Permanente señaló que el delito de negociación incompatible tiene como ámbito de aplicación a las operaciones o contratos del Estado, donde el funcionario público aprovechándose del cargo que tiene privilegia intereses propios o ajenos, en desmedro de los intereses de la Administración Pública. Además, constituye un delito de infracción de deber y delito unilateral, no de participación necesaria ni de encuentro como la colusión.	Delito de infracción del deber Delito unilateral

**Nota:** Elaboración propia

### 3.4. Población y muestra

Considerando que esta investigación fue realizada con un enfoque cualitativo, corresponde que este subcapítulo se denomine “participantes”.

La elección de los participantes está condicionada a que estos permitan obtener información abundante, pertinente y útil respecto al problema de la presente investigación. En este caso los participantes se conformaron por: i) Fiscal, abogados y profesores universitarios especialistas en derecho penal, y ii) Material bibliográfico de carácter nacional e internacional, y comprenderá: libros, resoluciones judiciales, artículos de investigación, etc.; conforme se detalla desde la Tabla 2 hasta la Tabla 10 que se presentan a continuación:

## Participantes

**Tabla 2**

*Fiscal, profesores universitarios y abogados especialistas en derecho penal*

<b>Código</b>	<b>Nombre de especialista</b>	<b>Institución</b>	<b>Cargo</b>
Fiscal 1	Amelia Alelí Tarrillo Díaz	Ministerio Público	Fiscal Penal
Profesor Universitario 1	Williams Alexander Robles Sevilla	Universidad San Martín de Porres	Profesor universitario
Profesor Universitario 2	Jorge Luis Perez López	Universidad Nacional Mayor de San Marcos	Profesor universitario
Abogado 1	Hugo Felix Mendoza Malpartida	Estudio Jurídico	Abogado especialista en Derecho Penal
Abogado 2	Edward García Navarro	Estudio Jurídico	Abogado especialista en Derecho Penal

**Tabla 3**

*Jurisprudencia de la CSJR sobre la complicidad en el delito negociación incompatible*

<b>Tipo de recurso</b>	<b>Fecha de emisión</b>	<b>Órgano jurisdiccional</b>
------------------------	-------------------------	------------------------------

Recurso de Nulidad N.º 3203-2002	14 de enero de 2003	-
Recurso de Nulidad N.º 3144-2009-Puno	11 de octubre de 2010	Sala Penal Permanente
Recurso de Nulidad N.º 1024-2013-Ica	23 de octubre de 2013	Sala Penal Transitoria
Sentencia de Casación N.º 23-2016-Ica	16 de mayo de 2017	Sala Penal Permanente
Recurso de Nulidad N.º 666-2016-Ancash	29 de mayo de 2017	Primera Sala Penal Transitoria
Sentencia de casación N.º 1523-2021/Ancash	20 de marzo de 2023	Sala Penal Permanente
Sentencia de casación N.º 1895-2019-Selva Central	27 de abril de 2021	Sala Penal Permanente
<b>Total:</b>		7

**Nota:** Elaboración propia.

#### **Tabla 4**

*Jurisprudencia de la CSJL sobre la complicidad en el delito negociación incompatible*

<b>Tipo de resolución</b>	<b>Fecha de emisión</b>	<b>Órgano jurisdiccional</b>
Sentencia	30 de enero de 2023	Tercer Juzgado Penal Unipersonal
Sentencia de vista	13 de setiembre de 2019	Primera Sala Penal de Apelaciones
<b>Total:</b>		2

**Nota:** Elaboración propia.

#### **Tabla 5**

*Acuerdos Plenarios sobre la complicidad en los delitos de infracción de deber*

<b>N° de Acuerdo Plenario</b>	<b>Fecha</b>
AP N.º 2-2011/CJ-116	06 de diciembre de 2011
AP N.º 3-2016/CJ-116	12 de junio de 2017
<b>Total: 2</b>	

**Nota:** Se estudia y analiza dichos acuerdos plenarios, debido a que el ilícito penal de negociación incompatible es uno de infracción del deber, por lo cual sus fundamentos jurídicos les resultan aplicable. Elaboración propia.

### **Tabla 6**

*Plenos jurisdiccionales sobre la complicidad en los delitos de infracción del deber*

<b>Pleno</b>	<b>Fecha</b>
Pleno Jurisdiccional Nacional Superior	11 de diciembre de 2004
Pleno Jurisdiccional Especializado en delitos de corrupción de funcionarios	25 de noviembre de 2017
<b>Total: 2</b>	

**Nota:** Se estudia y analiza los dos plenos jurisdiccionales debido a que el ilícito penal de negociación incompatible es uno de infracción del deber, por ende, sus fundamentos jurídicos les resultan aplicable. Elaboración propia.

### **Tabla 7**

*Requerimientos fiscales sobre la complicidad en el delito de negociación incompatible*

<b>Tipo</b>	<b>Fecha de emisión</b>	<b>Órgano jurisdiccional</b>
Requerimiento mixto	30 de enero de 2023	Primer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Callao

---

**Total:** 1

---

**Nota:** Elaboración propia.

### Tabla 8

*Doctrina penal sobre la complicidad en el delito de negociación incompatible*

<b>Autor</b>	<b>Nombre del libro</b>
Benavente Chorres y Calderón Valverde	Delitos de corrupción de funcionarios
Edward García Navarro	Derecho Penal Parte Especial (Tomo II)
Helmut Satzger	Los delitos de propia mano
James Reategui Sanchez	Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal
Miguel Díaz y García Conlledo	Autoría y participación
<b>Total:</b>	5

**Nota:** Elaboración propia.

### Tabla 9

*Jurisprudencia de la CSJR sobre los presupuestos de la complicidad primaria*

<b>Tipo de recurso</b>	<b>Fecha de emisión</b>	<b>Órgano jurisdiccional</b>
Recurso de Nulidad N.º 306-2004-San Martín	20 de junio de 2004	Sala Penal Permanente
Recurso de Nulidad N.º 2308-2005-Cono Norte	08 de agosto de 2005	Sala Penal Permanente
Recurso de Nulidad N.º 5584-2016-Lima	26 de abril de 2007	Sala Penal
Sentencia de Casación Nº 102-2016-Lima	11 de julio de 2017	Sala Penal Permanente

Recurso de Nulidad N° 29 de mayo de 2017  
1366-2018-Junín

Sala Penal Transitoria

---

**Total:** 5

---

**Nota:** Elaboración propia.

### **Tabla 10**

*Doctrina penal sobre los presupuestos de la complicidad primaria*

<b>Autor</b>	<b>Libro o artículo</b>
Felipe Villavicencio Terreros	Derecho Penal Parte General
Enrique Bacigalupo	Manual de Derecho Penal Parte General
Jose Luis Castillo Alva	La complicidad como forma de participación criminal
<b>Total:</b>	3

**Nota:** Elaboración propia.

### **3.5. Instrumentos**

Son las herramientas que se emplearon para recolectar y acopiar información y/o datos que se vinculen con los objetivos de la investigación. En una investigación cualitativa el instrumento lo representa el mismo investigador, quien a través de diversas técnicas (observación, realización de entrevistas, colección de documentos, etc.) recopila los datos. (Hernández, 2014)

En la presente investigación como primer instrumento se tiene al **análisis documental** mediante el cual se recolectó, revisó, recabó y analizó información de diversas fuentes bibliográficas que versaban sobre los temas de esta investigación: cómplice primario y el ilícito penal de negociación incompatible. Asimismo, como segundo instrumento de esta

investigación tenemos a la **guía de entrevista** conformada por una serie de preguntas, a través del cual se obtuvo información valiosa de diversos especialistas en derecho penal.

### **3.6. Procedimientos**

El procedimiento hace referencia al conjunto de acciones que se realiza para comprender el objeto de estudio y lograr los objetivos de la investigación. En esta investigación para lograr los objetivos propuestos y solucionar los problemas identificados, se realizó el siguiente procedimiento:

- Primero, se recabaron documentos físicos y digitalizados (libros, artículos, revistas, resoluciones judiciales y fiscales) sobre la negociación incompatible y la complicidad primaria. Asimismo, se elaboró una guía de entrevista con una serie de interrogantes que permitió obtener información pertinente al objetivo general y específicos de esta investigación.
- En segundo lugar, se revisó y ordenó la información y/o datos contenidos de los especialistas en derecho penal y fuentes bibliográficas.
- En cuarto lugar, se explicó las categorías de la investigación: cómplice primario y la negociación incompatible; incluido sus subcategorías. Así, como se detalló los resultados obtenidos de la entrevista a los especialistas en derecho penal y el análisis de las fuentes bibliográficas.
- En quinto lugar, se realizó un análisis y reflexión de todos los datos obtenidos para dar respuesta a las preguntas, alcanzar los objetivos y de esa forma dar solución a los problemas de la presente investigación.

### **3.7. Análisis de datos**

El análisis en esta investigación se hizo mediante una interpretación de la información obtenida de: i) Los especialistas en DP entrevistados, ii) Los diferentes libros, artículos de

investigación escritos por autores nacionales e internacionales especialistas en el derecho penal, y iii) Las sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales del Poder Judicial y las leyes promulgadas por el Poder Ejecutivo.

Finalmente, se dio respuesta y solución a los problemas (general y específicos) de la presente investigación, y se hizo recomendaciones.

### **3.8. Consideraciones éticas**

La presente investigación es respetuosa del DL N.º 822, Ley de Derecho de Autor, cuyo objeto de protección son los derechos del autor de obras literarias y artísticas, así como de sus derechohabientes, y otros derechos que se reconoce.

Asimismo, cumple la séptima edición de las normas APA (American Psychological Association), que constituyen una serie de pautas y directrices que favorecen una comunicación precisa y clara en los trabajos académicos, específicamente en la cita de fuentes de información bibliográfica.

En consecuencia, este trabajo de investigación es inédita y respeta la doctrina de los autores, ya que se los cita haciendo referencia a sus respectivos trabajos e investigaciones.

## IV. RESULTADOS

En el presente apartado se presenta la información obtenida de los participantes empleados en la presente investigación, así, se detalla la información obtenida de los especialistas en derecho penal, las resoluciones judiciales, libros, artículos, entre otros, los que en el siguiente capítulo se someten a discusión.

Recordemos que el objetivo general de esta investigación es “Demostrar que es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de negociación incompatible en el Perú”; mientras que, los objetivos específicos son: 1) Explicar que el tercero beneficiado realiza un aporte esencial doloso que justifique su sanción penal como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú, 2) Demostrar que el tercero beneficiado actúa necesariamente en la fase preparatoria para ser sancionado penalmente como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú, 3) Explicar que es viable la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito unilateral de negociación incompatible en el Perú, y 4) Demostrar que es factible la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de infracción del deber de negociación incompatible en el Perú.

En tal sentido, a continuación, se describe con profundidad los hallazgos obtenidos de los participantes antes mencionados:

### **4.1. Entrevista a especialistas en Derecho Penal**

Es importante precisar que los resultados que a continuación se exponen, son producto de una entrevista conformada por diez preguntas formuladas en base a los objetivos de esta investigación.

Con relación al **Objetivo General** que consistió en demostrar si es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario en el del delito de negociación incompatible en el Perú, se plantearon las siguientes interrogantes:

A la primera pregunta, ¿Considera usted que, bajo el principio de accesoriadad limitada, en nuestro ordenamiento jurídico penal se puede sancionar penalmente a un extraneus como partícipe de un delito contra la Administración Pública cometido por un funcionario público como es el caso de la negociación incompatible?

La Fiscal Penal entrevistada respondió afirmativamente, es decir, que en un delito contra la Administración Pública (delito de negociación incompatible, peculado, etc.) el extraneus puede ser sancionado penalmente en calidad de cómplice primario bajo el principio de accesoriadad limitada.

Los profesores universitarios entrevistados consideran que sí, pero que ya el CP en su artículo 25 ha indicado que el cómplice puede ser incluso un extraneus.

Los abogados especialistas en DP señalaron que sí, porque en la modalidad indirecta se requiere que la intervención de un extraneus, asimismo que, dicho principio solo exige que el hecho se típico y antijurídico, y quede en por los menos en grado de tentativa.

A la segunda pregunta, ¿Bajo qué artículo del Código Penal se puede sancionar al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario de un delito contra la Administración Pública como es el caso de la negociación incompatible?

La Fiscal Penal entrevistada señaló que puede realizarse bajo el artículo 25 del CP.

Por su parte, los profesores universitarios indicaron que el artículo 25 del CP puede utilizarse para que en delito de negociación incompatible sea punible el tercero beneficiado como cómplice primario.

Finalmente, los abogados especialistas en DP sostuvieron que al amparo del primer y tercer párrafo del artículo 25 del CP, se puede sancionar como cómplice primario al tercero beneficiado en el delito de negociación incompatible.

Con relación al **Primer Objetivo Específico** que consistió en explicar si el tercero beneficiado realiza un aporte esencial doloso que justifique su sanción penal como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.

A la tercera pregunta, ¿Usted considera que si el tercero beneficiado no interviniese en el proceso de contratación pública (presentando cotizaciones inválidas, ofertas sobrevaloradas, etc.) el funcionario o servidor público hubiera podido interesarse indebidamente en su favor, otorgándole la buena pro, contratándolo, etc.?

La Fiscal Penal entrevistada considera que sí, es decir, que el funcionario o servidor no podría interesarse indebidamente en favor del tercero beneficiado si este no interviene en una contratación pública.

Sobre los profesores universitarios entrevistados, uno de ellos indicó que la intervención del tercero beneficiado tendría que ser determinante para que el autor cometa el delito de negociación incompatible y el otro, que se trata de ilícito penal de participación necesaria, por ende, solo cabría complicidad primaria.

Finalmente, los abogados especialistas en DP sostuvieron que sí, es decir, que si el tercero beneficiado (proveedor) no interviniese en un proceso de selección, el interés indebido del autor no podría materializarse.

A la cuarta pregunta, ¿Usted considera que los terceros beneficiados (proveedores personas naturales o jurídicas) que intervienen en un proceso de contratación pública (presentando sus cotizaciones, propuestas, etc.) que está cargo de un funcionario público con

quien tiene un vínculo parentesco, amical o de otro tipo, actúan con dolo eventual de que tal funcionario se interesará indebidamente en su favor, en mérito a dicho vínculo?

La Fiscal Penal entrevistada consideró que si actúan con dolo eventual.

Por su parte, los profesores universitarios señalaron que podría darse bajo el dolo eventual, aunque en la mayoría la actúa actuación del tercero beneficiado sería bajo el dolo directo.

Finalmente, los abogados especialistas en DP sostuvieron que puede darse por dolo directo, aunque uno de ellos mencionó que también puede darse por el dolo eventual.

Con relación al **Segundo Objetivo Específico**, que consistió en demostrar que el tercero beneficiado actúa necesariamente en la fase preparatoria para ser sancionado penalmente como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.

A la quinta pregunta, ¿Qué fases externas del iter criminis existe o concurre en la negociación incompatible, considerando que dicho delito es uno de peligro abstracto?

La Fiscal Penal entrevistada sostuvo que solo existen: la fase preparatoria, la consumación y finalmente el agotamiento.

Los profesores universitarios por su parte indicaron que existen las siguientes fases externas: actos preparatorios, consumación y agotamiento.

Finalmente, los abogados especialistas en DP sostuvieron que en la negociación incompatible concurren los actos preparatorios, la consumación y el agotamiento; que la tentativa no es posible.

A la sexta pregunta, ¿En qué fase del iter criminis de la negociación incompatible se ubica la intervención del tercero beneficiado (extraneus) que presenta su cotización, propuesta económica, entre otros, considerando que dicho delito se configura con el interés indebido?

La Fiscal Penal entrevistada señaló que en el delito de negociación incompatible la intervención del tercero beneficiado se da en los actos preparatorios.

Por su parte, los profesores universitarios sostuvieron que la contribución del tercero beneficiado para que se consuma el delito de negociación incompatible, a través de actos de postulación debe darse en la fase de los actos preparatorios.

Finalmente, los abogados especialistas en DP indicaron que si el título del tercero beneficiado es de cómplice primario su conducta debe darse durante los actos preparatorios.

Con relación al **Tercer Objetivo Específico**, que consistió en explicar que es viable la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito unilateral de negociación incompatible en el Perú; se formularon las siguientes interrogantes:

A la séptima pregunta, ¿Usted considera que en los delitos de carácter unilateral independientemente de que sean delitos comunes o de infracción del deber, es factible que exista la complicidad primaria?

La Fiscal Penal entrevistada señaló que en un delito de carácter unilateral es factible sancionar al tercero beneficiado como cómplice primario de un delito sea común o especial.

Por su parte, los profesores universitarios sostuvieron dos ideas: la primera, que en los delitos unilaterales si puede darse, pero el tercero tiene que realizar un aporte que le permita al autor cometer o realizar el delito de negociación incompatible; la segunda, conforme lo señalado en el artículo 25 del CP sí sería posible atribuirle al tercero beneficiado.

Por último, sobre los abogados especialistas en DP, tenemos que: uno de ellos, señala que sí es factible, ya que el carácter unilateral no excluye la participación sino que no permite que un hecho punible sea cometido mediante autoría medita y coautoría; mientras que el otro, señala que es difícil determinar si la negociación incompatible es unilateral, ya que en su modo

indirecto si se requiere de la intervención de un tercero, no obstante, si considera factible que en un delito unilateral, exista complicidad primaria.

A la octava pregunta, ¿Usted considera que para sancionar penalmente al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible, su conducta o intervención debe estar fijado expresamente en la descripción típica de un delito?

La Fiscal Penal entrevistada respondió que sí es necesario que el tipo penal de negociación incompatible regule la conducta del tercero beneficiado.

Por su parte, sobre los profesores universitarios entrevistados, se advierte que: uno de ellos, señala que no es necesario, ya que la conducta del cómplice primario se sanciona si cumple con el supuesto previsto en el artículo 25 de la Parte General del CP; mientras que el otro señala que la intervención del tercero si se regula en el tipo penal de negociación incompatible y que solo falta un desarrollo dogmático y jurisprudencial.

Finalmente, los abogados especialistas en DP sostuvieron que no era necesario, ya que la complicidad primaria se rige por las reglas generales del artículo 25 del CP.

Con relación al **Cuarto Objetivo Específico** que consistió en demostrar que es factible la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de infracción del deber de negociación incompatible en el Perú; se plantearon las siguientes interrogantes:

A la pregunta novena, ¿En los delitos de infracción del deber (como es la negociación incompatible) el tercero beneficiado (extraneus) puede responder penalmente como cómplice primario, a pesar de que no tiene deberes funcionales extrapenales?

La Fiscal Penal entrevistada sostuvo que sí, es decir, que el tercero beneficiado que carece de deberes extrapenales sí puede responder en el delito de negociación incompatible como cómplice primario.

Los profesores universitarios entrevistados señalaron que sí, ya que la exigencia de los deberes funcionales es para el autor y no para el partícipe, conforme al artículo 25 del CP y en su momento por la teoría unitaria del título.

Los abogados especialistas en DP sostuvieron que sí, ya que los deberes extrapenales se exigen en la negociación incompatible solo para ser su autor, y que en esa línea no se proscriben la sanción del extraneus (tercero beneficiado).

A la décima pregunta, ¿La sanción penal del tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible contraviene el principio de legalidad y el principio de accesoriadad limitada de la participación?

La Fiscal Penal entrevistada indicó que no, es decir, que no se afecta el principio de accesoriadad limitada y que tampoco el de legalidad.

Por otra parte, los profesores universitarios sostuvieron que no, ya que la sanción del tercero beneficiado se hace en virtud de la norma general contenida en el artículo 25 del CP que regula de manera expresa la complicidad primaria.

Finalmente, respecto a los abogados especialistas en DP, tenemos que: uno de ellos que dice que no, ya que la sanción estaría amparada en el artículo 25 primer y tercer párrafo del CP y, por otro lado, señala que sería en virtud del artículo 26 del CP.

## **4.2. Jurisprudencia de la CSJR sobre la complicidad en el delito de negociación incompatible**

### ***4.2.1. Recurso de Nulidad N° 3203-2002, del 14 de enero de 2003***

La CSJR en la presente ejecutoria suprema señaló que en los delitos especiales el extraneus puede intervenir bajo el título de la complicidad por la teoría unitaria de la imputación, de manera que todos los participantes del hecho punible, autores y cómplices deben de situarse dentro de un mismo delito. En esa línea, se indicó que el argumento que la

conducta del cómplice debe enmarcarse en la tipicidad de un ilícito penal común resulta inconsistente y significa un quebrantamiento de la accesoriedad limitada y del título unitario de imputación.

#### ***4.2.2. Recurso de Nulidad N° 3144-2009-Puno, del 11 de octubre de 2010***

En este caso la Sala Penal Permanente de la CSJR tomó conocimiento del recurso de nulidad que los acusados Juan Bautista Astorga Neira y Luis Navarro Canales promovieron contra la sentencia que había declarado infundada sus excepciones de prescripción y de naturaleza de acción del delito de negociación incompatible que se les imputa, en perjuicio de la Universidad Nacional del Altiplano.

En ese caso, se atribuyó al imputado Juan Bautista Astorga Neira (Rector en la Universidad Nacional del Altiplano) haber propuesto y contratado en el cargo estructural “Servidor Profesional A” a Luis Navarro quien era esposo de su hermana. Así, desde octubre de 1999 Luis Navarro prestó servicios como investigador, y posteriormente, como director, hasta que renunció el 20 de febrero de 2004. Por los cargos que desempeñó Luis Navarro recibió como remuneración la suma de S/ 72, 000.00. Así pues, se imputa a Juan Astorga (Rector) haber contratado a su cuñado pese a que conforme lo prevé el Estatuto Universitario, primero debía convocar a concurso público y darse la elección del Consejo Universitario. Cabe precisar que, a Luis Navarro, debido a que, solicitó y suscribió contratos laborales con la Universidad Nacional del Altiplano. se le atribuyó y respondió a título de cómplice primario del ilícito penal de negociación incompatible.

Aunado a lo señalado, se advierte que la Sala Penal Permanente de la CSJR indicó que en el caso concretó el delito de negociación incompatible se consumó con la celebración del contrato, ya que fue en dicho documento el funcionario público plasmó o materializó su interés indebido de corte particular.

Lo más relevante de la Sala Penal Permanente de la CSJR en el presente recurso de nulidad (*que se vincula con los objetivos de esta tesis*) es que el considerando cuarto, segundo párrafo, señaló lo siguiente:

- i) En el delito especial propio de negociación incompatible, todo aquel que no reúna las cualidades que se exigen para ser autor, pero contribuye a su comisión es un cómplice.
- ii) El acusado Luis Navarro fue favorecido con las contrataciones públicas en los que se interesó el hermano de su esposa, en función al vínculo de parentesco. Que el aporte y/o contribución de Navarro fue necesario para que su cuñado el funcionario público concrete su interés indebido y pueda darse el contrato.

#### ***4.2.3. Recurso de Nulidad N° 1024-2013-Ica, del 23 de octubre de 2013***

En esta ejecutoria suprema el MP interpuso recurso de nulidad a fin de que la CSJR revise la sentencia del 30 de enero de 2013 que había absuelto de la acusación penal por complicidad primaria en el delito de negociación incompatible a Rómulo Alex Marañón Barraza, en agravio del Consejo Transitorio de Administración Regional de Ica.

En ese caso, el MP indicó que el imputado es primo de Augusto Javier Marañón García, quien es propietario de las empresas Efectos Trading Corp. E.I.R.L. y Efectos E.I.R.L. y fue beneficiado en la Adjudicación simplificada de Menor Cuantía con el otorgamiento de su buena pro. Asimismo, indicó que en su condición de secretario técnico de CTAR-ICA el imputado había solicitado la rebaja y desactivación de otros proyectos, mediante memorandos con la finalidad de que el proyecto “La ruta de Pisco en el Valle de Ica, sea priorizado y se le asignen recursos públicos, la que finalmente se adjudicó a una de las empresas de su primo.

La Sala Penal Transitoria de la CSJR previo a la resolución del caso penal señaló que al ser la negociación incompatible un ilícito de infracción del deber para ser su autor es

menester tener la condición de funcionario o servidor público con poder de decisión en los procesos de contratación. Es el autor de este delito quien vulnera deberes institucionales.

Finalmente, al resolver la cuestión, se decanta por confirmar la absolución debido a que: i) No existían medios de prueba que demuestren su responsabilidad penal a título de cómplice primario del ilícito penal de negociación incompatible, y ii) Los imputados como autores fueron absueltos, situación que lo sustrae de la acusación penal por complicidad primaria, toda vez que la sanción de la participación está sujeta a la existencia de un autor. No obstante, de su pronunciamiento, se advierte que la CSJR tácitamente acepta que en la negociación incompatible puede existir la complicidad primaria, toda vez que en ningún extremo de la resolución la objeta o se opone a su posibilidad.

#### ***4.2.4. Sentencia de Casación N° 23-2016-Ica, del 16 de mayo de 2017***

En esta sentencia la Sala Penal Permanente de la CSJR respecto al delito de negociación incompatible precisó las condiciones y/o requisitos que deben concurrir en una persona para que sea su autor o cómplice.

En cuanto a la autoría, indicó que, al ser la negociación incompatible un ilícito penal especial propio, la autoría está reservada para aquellos funcionarios o servidores públicos que en virtud del cargo que ostentan tienen vínculo funcional con los contratos y operaciones en los que interviene representado al Estado. El autor deja de lado los intereses públicos de la administración estatal y prioriza sus intereses particulares.

En cuanto a la complicidad primaria, previamente define a la complicidad. Así, señala que la complicidad i) Está condicionada a la acción principal del autor, dado que carece de un injusto propio; ii) Es la contribución al delito doloso cometido por otro, y iii) Es dolosa, esto es, que se conozca que el hecho al cual coopera es un injusto y tener la voluntad de hacerlo. Considerando lo expuesto, la Sala Penal Permanente de la CSJR concluye que la negociación

incompatible si admite la complicidad, aunque esta debe ser doloso. Esto es, que la persona considerada como cómplice, debe actuar con conocimiento y voluntad plena de que en desmedro de los intereses de la Administración Pública se está priorizando intereses particulares para la obtención de un beneficio propio o de un tercero.

#### ***4.2.5. Recurso de Nulidad N° 666-2016-Ancash, del 29 de mayo de 2017***

En este recurso de nulidad La Primera Sala Penal Transitoria de la CSJR se pronunció sobre un caso de delito de negociación incompatible donde se imputaba al accionista de una empresa ser cómplice primario.

El hecho del caso concreto fue que, en la Municipalidad Provincial de Pomabamba, en el año 2008 su Comité Especial Permanente integrado por los funcionarios públicos Escudero Saldarriaga, Calderón Hueza y Carrillo San Martín calificó positivamente la propuesta de la empresa proveedora G&H Contratista Generales, adjudicándole la buena pro de la obra construcción de dos aulas en la I. E. N° 84029 de Pajash, a pesar de que no cumplía con los requisitos de las bases. La empresa fue representada por su Gerente General López Herrera, aunque uno de sus socios fue Alcántara Tarazona quien era teniente alcalde la referida Municipalidad, circunstancia conocida por los miembros del comité.

En dicha ejecutoria suprema, la Primera Sala Penal Transitoria de la CSJR al emitir su pronunciamiento consideró a Alcántara Tarazona (quien fue accionista de la empresa beneficiada indebidamente) como cómplice primario, ya que sabía que su empresa en ese proceso de selección no podía participar, y que incluso en su condición de superior jerárquico de los miembros del comité, prestó ayuda para que su empresa tenga participación en ese proceso de contratación pública.

#### ***4.2.6. Sentencia de casación N° 1895-2019-Selva Central, del 27 de abril de 2021***

En esta sentencia la Sala Penal Permanente de la CSJR se pronunció sobre un caso de negociación incompatible, en el que se cuestionaba la sentencia condenatoria del postor o contratista en calidad de cómplice primario del referido delito.

El hecho del caso fue que, en el año 2012, en un proceso de Adjudicación Simplificada Directa Selectiva Luis Teodoro Javier Cabana representante de la empresa postora LJ Contratista Generales E.I.R.L. presentó su propuesta técnica que incumplía los requisitos técnicos mínimos establecidos y tuvo conocimiento que el comité evaluador se interesaría en otorgarle la buena pro. Al final, la empresa postora en mención suscribió contrato con el Estado por la suma de S/ 716, 165.52

La Sala Penal Permanente de la CSJR previo a la resolución del caso, brindó detalles de los fundamentos que emplearon las sentencia condenatorias de primera y segunda instancia. En primera instancia la sentencia condenatoria del 06 de febrero de 2019 señaló que: i) La negociación incompatible constituye un delito especial propio, cuya sanción penal se fundamenta en la infracción de un deber que ostenta el sujeto activo pero que también posee elementos de organización, por lo que es admisible la participación del particular en la comisión del hecho ilícito, ii) La estructura típica habilita la participación de un tercero, que contribuye dolosamente a la comisión del delito de negociación incompatible, iii) El particular Luis Teodoro Javier Cabana fue representante de la empresa LJ Contratistas Generales E.I.R.L. y presentó documentos que no cumplían con los requisitos establecido en la bases respectivas, conociendo que el comité evaluador se interesaría otorgándole la buena pro de la contratación. La sentencia de vista del 26 de septiembre de 2019 confirmó la de primera instancia estableciendo que: i) La complicidad se configuró, debido a que los autores vulneraron sus deberes, interesándose en su favor y otorgándole la buena pro, pese omisiones observadas, y ii) El representante legal realizó un aporte necesario al presentar al proceso de selección su

propuesta técnica que inobservaba los requisitos mínimos; así como, tuvo conocimiento de que se le entregaría la buena pro.

Asimismo, la referida Sala Penal de la CSJR brindó algunos alcances acerca de los fundamentos que se emplean en los delitos de infracción del deber para sancionar al partícipe.

Así, en primer lugar, señaló que existen dos teorías que fundamentan la sanción penal del partícipe: la corrupción o culpabilidad y el favorecimiento o la causación. Con arreglo a la primera, se castiga penalmente al partícipe por convertir a alguien en delincuente. En cambio, de acuerdo con la segunda, se examina el desvalor de la acción a partir de si favorece a la afectación injustificada que realiza el autor de un bien jurídico protegido. Cabe precisar que no es necesario que el autor del hecho punible sea culpable, sino que el favorecimiento sea a un hecho antijurídico por parte del partícipe culpable. Finalmente, la Sala Penal de la CSJR tomó partido por la segunda teoría.

En segundo lugar, que el partícipe no vulnera la norma de los delitos tipificado en la parte especial del CP, sino la prohibición establecida en las reglas de la participación que extienden la tipicidad penal; y que, en ese sentido, no es impune la participación en los delitos especiales

En tercer lugar, que en los ilícitos penales de infracción del deber los terceros pueden contribuir ilícitamente al hecho del autor obligado o inducirlo al mismo, ya que las expectativas que garantizan los delitos de infracción incumben también a quienes no están obligados positivamente. Esto es, que en los delitos de infracción de deber la conducta del extraneus que colabora con su comisión no es jurídicamente neutro.

En cuarto lugar, el hecho que la negociación incompatible no esté regulado como un hecho punible de participación necesaria como la colusión, no impide la sanción penal de toda persona que sea favorecida con su comisión, toda vez que el fundamento de la participación

delictiva no se encuentra en la vulneración de una obligación institucional, sino en el hecho de que los integrantes de la sociedad también se hallan vinculados.

En quinto lugar, que para ser considerado cómplice no basta con que realice una contribución significativa que facilite la realización de un delito, sino que conozca al funcionario público que indebidamente se interesará en un proceso de contratación pública, así como, probar y argumentar su conducta dolosa.

En sexto lugar, que al ser la negociación incompatible un delito especial y que se fundamenta en la infracción de un deber, responderá penalmente en calidad de partícipes aquellos que intervenga en el hecho ilícito pero que no sean funcionarios o servidores públicos o que siéndolo, carezca facultades para intervenir en los contratos u operaciones públicas.

Finalmente, la Sala Penal Permanente al resolver la cuestión señaló que Luis Teodoro Javier Cabana contribuyó al interés ilícito, en la medida que actuando como representante legal de la empresa postora, presentó documentos que no cumplían con los requisitos mínimos, sabiendo que al final sería favorecido, lo que evidencia un vínculo entre el particular con los funcionarios públicos.

#### ***4.2.7. Sentencia de casación N.° 1523-2021/Ancash, del 20 de marzo de 2023***

Ejecutoria suprema expedida por la Sala Penal Permanente de la CSJR donde se pronunció sobre una casación interpuesto por el MP quien cuestionaba la sentencia de segunda instancia que decidió absolver del cargo de cómplice primario del ilícito penal de negociación incompatible, al imputado Luis Beltrán Pablo Varillas, gerente general de Inversiones Raimondi S.A.C.

Al citado imputado se le atribuyó haber presentado la Carta 04-WELD-MPLL-SO-2014 del 22 de agosto de 2014 a la Municipalidad Provincial de Antonio Raimondi en la que informó que había avanzado el cien por ciento de la valorización 01 de la obra “Instalación de Sistema

de Desagüe en el Barrio de Miraflores Llamellín- Antonio Raimondi-Ancash, sabiendo que dicho avance era falso, con el cual coadyuvó a que funcionarios públicos de la referida municipalidad se interesen indebidamente y dispongan y realicen el pago irregular del cien por ciento de la obra, a pesar de que aún no había sido concluida.

En este caso el pronunciamiento giró en torno a si el imputado (extraneus) con la conducta que realizó podía ser sancionado penalmente como cómplice primario del delito de negociación incompatible, a la vista del artículo 25 del CP. La Sala Penal Permanente de la CSJR previo a resolver el caso concreto, realizó algunas precisiones sobre el delito de negociación incompatible, su naturaleza y la admisión o no de la complicidad conforme al artículo 25 del CP.

En primer lugar, señaló que la negociación incompatible tiene como su ámbito de aplicación a los contratos y operaciones que organiza el Estado, donde los intereses particulares son privilegiados por el funcionario o servidor público por encima de los intereses que importan a la Administración Pública. Asimismo, que se trata de un ilícito penal de infracción del deber y de carácter unilateral, esto es, no es de participación necesaria o no es de encuentro, como sí lo es la colusión desleal.

En segundo lugar, que el delito de negociación incompatible es de preparativo de la colusión, pero que posee una estructura típica propia, por lo que es posible un tercero intervenga a título de cómplice.

En tercer lugar, que no es de recibo señalar que como es un delito que se fundamenta en la infracción de un deber es imposible la participación de un extraneus, más aún, si luego de que artículo 25 del CP fuera reformado el cómplice primario o secundario siempre responderá con relación al delito que comete el autor, pese a que en su persona no concurren los elementos

especiales que sustentan la penalidad del tipo penal; asimismo, que la calidad especial que exige la negociación incompatible es para ser autor no para ser partícipe.

En cuarto lugar, que no se acepta el argumento de que la sanción penal del extraneus no es posible por el simple hecho de no está tipificada como un hecho punible de participación necesaria, puesto que, varios delitos que no lo son admiten la complicidad, no obstante, que se requiere un aporte significativo que permita la concreción del interés indebido del autor.

Sobre la base de lo antes señalado, la Sala Penal Permanente declaró fundada la casación interpuesta por el MP, en consecuencia, revocó la sentencia de segunda instancia y confirmó el de la primera, que había condenado a Luis Beltrán Pablo Varillas como cómplice primario del delito de negociación incompatible..

### **4.3. Jurisprudencia de la CSJL sobre la complicidad en el delito negociación incompatible**

#### ***4.3.1. Sentencia del 30 de enero de 2023***

El Juez Penal del Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la CSJL, William Alexander Lugo Villafana emitió en el expediente judicial N.º 01115-2016-5-1826-JR-PE-01, la resolución N.º 20 que contenía la sentencia que condenó como autores a Richard Loza Romero, Oscar Zúñiga Ubierna Sergio Marcelino y Ángel Alejandro Wu Huapaya y como cómplice a Juan Clímaco Miranda Carbajal, del delito de negociación incompatible (Delito contra la Administración Pública)

En el caso concreto, Miranda Carbajal fue representante legal del proveedor Consorcio Transmir Contratistas Generales, quien sabiendo que dicha empresa participó en ningún proceso de contratación pública y que no suscribió contrato con la Municipalidad Distrital de Breña, brindó servicios a dicho municipio y en consecuencia, recolectó, transportó y dio destino final a los residuos sólidos y posteriormente presentó su liquidación para que se le pague el monto de S/ 481,040.78 soles, anexando para ello una factura. Los funcionarios

públicos Wu Huapaya, Zúñiga Ubierna, Medina Valencia y Loza Romero desplegaron acciones para reconocer la deuda a favor de Miranda Carbajal y pagarla.

El Juez Penal para emitir dicho fallo condenatorio, previamente indicó que la complicidad primaria ha sido aceptada en el delito de negociación incompatible por la CSJR en las siguientes ejecutorias supremas: i) El Recurso de Nulidad N.º 1909-2011-Ucayali, del 05 de octubre de 2012, donde la Sala Penal Transitoria señaló que en el marco del delito de negociación incompatible constituyen actos de cooperación los actos de los intermediarios, de la empresa favorecida, etc., ii) El Recurso de Nulidad N.º 1024-2013-Ica, del 23 de octubre de 2023, iii) El Recurso de Nulidad N.º 1166-2012-Loreto, del 6 de noviembre de 2012 donde la Sala Penal Transitoria estableció que en el delito de negociación incompatible era posible la complicidad, siendo que luego de analizar las pruebas, concluyó que la sentencia que condenó a Aguilar Isuiza como cómplice del delito de negociación incompatible, no era nulo; iv) El Recurso de Nulidad N.º 300-2014-Cusco, del 21 de mayo de 2014, donde la Sala Penal Permanente declaró nulo la sentencia en el extremo que condenó como autor del delito de negociación incompatible a Acurio Ttito, y reformándola lo condenaron como cómplice primario.

Atendiendo a las ejecutorias supremas citadas, el juez penal concluyó que en la negociación incompatible si se admite la complicidad, ya que cuando se coopera, ayuda al autor del delito, necesariamente debe sancionarse penalmente por ser un delito de infracción de deber y de peligro, ya que, a su juicio, lo contrario significaría dejar en impunidad la conducta de apoyo a la comisión del delito mencionado.

#### ***4.3.2. Sentencia de vista del 13 de setiembre de 2019***

En el expediente judicial N.º 00133-2013-9-1826-JR-PE-03, la Primera Sala de Apelaciones de la CSJL conformada por los jueces superiores Tapia Cabañin, Rojjasi Pella y

Peña Farfán emitieron la resolución N.º 5 que contiene una sentencia de vista, donde los dos primeros por mayoría revocaron el extremo de la sentencia de primera instancia que condenaba como cómplice primario del delito de negociación incompatible a Cesar Augusto Campos Sessare y lo absolvieron de dichos cargos.

El Juez Superior Peña Farfán disconforme con la decisión mayoritaria, emitió su voto en minoría señalando que debió condenarse a Campos Sessare como cómplice primario del ilícito penal de negociación, por cuanto se había acreditado su aporte fue necesario para la materialización del interés indebido. Para arribar a dicha conclusión tomó en consideración que:

- i) El Director de Administración y Comandante que se interesó indebidamente era cuñado de Campos Sessare, esto entre el autor y el cómplice existía un vínculo de afinidad.
- ii) Con el objeto de que no se aplique la Ley de Contrataciones con el Estado, la contratación en el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú fue fraccionada, situación conocida por Sessare y que, a pesar de eso, prestó servicios a dicha institución y expidió factura, guías de remisión, entre otros., que fueron utilizados por su cuñado para pagarle las ordenes de servicio que se le habían adjudicado.
- iii) El término “indebido interés en provecho beneficio de un tercero” implica que un tercero puede participar, quien puede ser un tercero particular o un funcionario o servidor público sin vinculo funcional que presta servicios al Estado mediante una empresa.
- iv) Si bien la negociación incompatible no requiere un concierto, dado que el funcionario público puede cometerlo sin que sea reciba ayuda de un tercero, tal

situación no excluye la participación de un tercero, por lo que debe analizarse cada caso en particular.

- v) La palabra negociación implica de por sí la participación de segunda persona, que en general es el tercero beneficiado, quien suele intervenir en tramites con requisitos necesarios para el desarrollo de sus actividades.

#### **4.4. Acuerdos Plenarios sobre la complicidad en los delitos de infracción de deber**

##### ***4.4.1. Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, del 06 de diciembre de 2011***

En este acuerdo plenario intervinieron los magistrados supremos que integran las Salas Penales Permanente y Transitoria de la CSJR, quienes dieron algunos alcances sobre la autoría y participación en los delitos que cometen los funcionarios públicos contra la Administración Pública.

Así, se indicó que hay algunos ilícitos penales cuya autoría se configura con el quebrantamiento de un deber jurídico especial, esto es, que en esta clase de delitos el autor solo pueden ser los funcionarios o servidores que poseen el deber estatal de que en el ejercicio de sus funciones que le ha confiado la Administración Pública se conduzcan con probidad y lealtad. Así, sobre este tópico concluye que la responsabilidad penal de los funcionarios o servidores como autor de un hecho punible en contra la Administración Pública se justifica en la quebrantamiento de un deber, sin perjuicio de que para algunos injustos penales se requiera una vinculación funcional, como es el caso del peculado.

Por otro lado, indicó que, en los injustos penales de infracción del deber es admisible la intervención de un extraneus que no tiene deber estatal como inductor o cómplice (partícipe). Fundamenta dicha posición señalando que la situación de los extraneus se soluciona usando la teoría unitaria del título de imputación, lo que es posición homogénea y dominante en la actual jurisprudencia penal nacional. En base a la tesis en mención, señala que: i) Dos injustos penales

diferentes no pueden aplicarse a un mismo hecho, y ii) En los ilícitos de infracción del deber la participación de un extraneus es factible, pero será sancionado por el injusto penal que autor comete tras la vulneración de deberes especiales. Aunado a ello, se indica que solo será sancionado penalmente si el hecho realizado por el autor es típico y antijurídico.

En esa línea se fija como doctrina legal que no puede desconocerse que, en los injustos penales de infracción del deber (Delitos contra la Administración Pública que cometen los que carecen de deber funcionarios públicos) el interviniente que carece de deberes especiales solo responderá penalmente como inductor o cómplice, sin que tal situación, signifique una ruptura en el título de imputación.

#### ***4.4.2. Acuerdo Plenario 03-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017***

En este acuerdo plenario intervinieron los magistrados supremos que integraban las Salas Penales Permanente y Transitoria de la CSJR, quienes dieron algunos alcances sobre el autor y partícipe en los delitos de infracción del deber o delitos especiales propios.

Con relación a la autoría se señala que no puede recaer en cualquiera sino en aquellos que ostentan la condición de funcionarios o servidores públicos que tienen una condición cualificada y exclusiva con el injusto típico, ya que posee un deber estatal cuya infracción lo convierte en autor del delito funcional, independientemente del dominio del hecho.

Con relación a la participación de los extraneus que carece ese deber-obligación estatal, se precisa que la dogmática ha formulado dos posiciones contrapuestas sobre su punibilidad o no punibilidad en los ilícitos penales de infracción del deber o especiales propios, que comete el funcionario y servidor del Estado en agravio de la Administración Pública.

La primera posición acoge la tesis que rompe el título de imputación, en virtud del cual, los intraneus (funcionarios o servidores públicos) responden penalmente como autores de infracción del deber, mientras que los extraneus (personas no obligadas normativamente)

responden como un autores y/o partícipes de un hecho punible común. Dicha posición ha sido fundamentada en el texto normativo del artículo 26 del CP, creyendo que tal normativa impide que a un extraneus se le pueda imputar un delito especial propio, debiendo reconducirse a un delito común; así como en la inviabilidad de transferir al extraneus las condiciones especiales que poseen los intraneus. Esto es, que únicamente la transferencia de las cualidades en mención permitiría que al extraneus se le pueda imputar autoría o participación en los delitos funcionariales o de infracción del deber.

La segunda posición acoge la tesis unitaria del título de imputación, en virtud del cual, si bien los extraneus no pueden responder como autores, si puede hacerlo como partícipes de un ilícito penal especial, puesto que, de acuerdo con los principios del derecho penal, el partícipe es el que colabora con su comisión, de acuerdo con las reglas de la accesoriedad. Pese a no existir impedimento legal que la prohíba.

Los jueces supremos en mención se decantaron por la segunda posición, debido el artículo 26 del CP que fue utilizado para fundamentar la primera, nunca tuvo como función identificar o constituir un hecho ilícito como común o especial, y menos aún la de excluir la accesoriedad del extraneus en los delitos especiales propio como instigadores o cómplices. Así se precisa que la disposición legal del artículo 26 del CP busca impedir la menor o mayor penalidad que puede darse por circunstancias genéricas, específicas, calificadas o causales de incremento o disminución del quantum de la pena.

#### **4.5. Plenos jurisdiccionales sobre la complicidad en los delitos de infracción del deber**

##### ***4.5.1. Pleno Jurisdiccional Nacional Superior, del 11 de diciembre de 2004***

En este pleno denominado “Problemática en la aplicación de la norma penal procesal y penitenciaria” participaron los Magistrados Superiores que integraban la Salas Penales

Superiores de la República, y entre los temas que se abordaron, se encuentra el del autor y partícipe en los delitos especiales.

Sobre dicho tema, se sometió a consideración las dificultades que se originan en relación a la sanción penal de los extraneus que participan en la realización de los ilícitos penales especiales.

Ante dicha cuestión, se tomó en consideración que: i) Existen delitos que son cometidos por sujetos especiales con la participación de particulares que no tienen la cualificación que exige el tipo penal al sujeto cualificado, ii) Frente a tales situaciones, con objeto de evitar espacios de impunidad es necesario que las respuestas penales sean eficaces pero que respeten los principios que orientan la política criminal en los Estados Democráticos y de Derecho, siendo que para tal fin, es menester que los operadores de justicia cuenten con criterios que delimiten la imputación por autoría y participación en los injustos penales especiales, iii) Se deben tener en cuenta, el sistema diferenciador de la autoría y la participación, el principio de accesoriadad limitada, la estricta observancia al principio penal de legalidad, la culpabilidad, el de proporcionalidad, entre otros.

Finalmente, los Vocales Superiores acordaron unánimemente fijar pautas que el juzgador tiene que observar en los ilícitos penales especiales impropios y propios para delimitar la imputación de autores y partícipes; que son los siguientes: i) Distinguir la sanción penal que se aplica a un autor o partícipe, de acuerdo con la cercanía al bien jurídico objeto de protección, y la relevancia de sus aportes en la comisión de los delitos especiales que se traten, ii) Tener en cuenta que independientemente de si el ilícito penal es común o especial, la participación siempre será accesoria de la autoría, la que debe estar circunscrita a la esfera típica del hecho punible, iii) La punibilidad mayor de los autores en los ilícitos penales especiales se justifica por el control que poseen sobre el bien jurídico protegido, lo que no significa que los extraneus,

no sean desvalorados penalmente. Asimismo, que en los delitos especiales únicamente pueden ser aquellos que cumplan con las exigencias los injusto penales especiales.

#### ***4.5.2. Pleno Jurisdiccional Especializado en delitos de corrupción de funcionarios del 25 de noviembre de 2017***

En este pleno jurisdiccional participaron 113 jueces especializados y se abordaron cuatro temas relevantes en la comprensión de algunos delitos que atentan contra la Administración Pública. Atendiendo al objeto de la presente investigación, solo se aborda el primer tema, que versa sobre el título de imputación de los extraneus en los delitos funcionariales, en otras palabras, se buscó responder la siguiente interrogante: ¿Qué título de imputación penal corresponde al extraneus que junto al funcionario o servidor público interviene en la comisión de un injusto penal contra la Administración Pública?

Ante dicha interrogante, se plantearon dos posiciones. La primera, señalaba que el CP asumía la tesis accesoria de la participación, por lo que resulta factible la participación cuando existan hechos punibles cometidos por un autor, debido a que los partícipes carecen de autonomía típica propia o diferente a la del autor. Por ello, se asume la teoría unitaria del título de imputación por lo que, el extraneus responde penalmente como cómplice de un delito funcional cometido por alguien que tiene la calidad de funcionario público.

La segunda ponencia, señalaba que no puede atribuirse al extraneus un delito de función en condición de cómplice, dado que no tiene la calidad de funcionario público, por lo que no puede exigírsele una posición de garante. En suma, adopta la tesis que rompe el título de imputación, ya que se indicaba los funcionarios y servidores públicos eran los únicos que respondían en los delitos de función, y que si intervenía un extraneus debía de responder por el delito común o de dominio.

Los jueces especializados conformaron 11 grupos de trabajo, quienes emitieron sus conclusiones sobre el tema a desarrollar, los que se detallan a continuación:

El grupo N° 01 liderado por el Dr. Carlos Richard Carhuancho Mucha, unánimemente se adhirió a la primera ponencia (Título unitario de imputación), siendo diez votos en total, alegando que es posible la intervención del extraneus en los hechos que realiza el autor, debido a que no tiene estructura típica autónoma o distinta, de modo que, los extraneus responderán penalmente como cómplices de los delitos funcionariales. Asimismo, señalaron que el juez tenía la posibilidad de disminuir la pena del extraneus (cómplice) razonablemente, toda vez que son los funcionarios o servidores del Estado quienes infringen con mayor gravedad el bien jurídico de la Administración Pública.

El grupo N° 02 liderado por el Dr. Richard Llacsahuanga Chávez unánimemente se adhirió a la primera ponencia, siendo 12 votos en total. Manifestaron que la reforma del artículo 25° del CP ha significado la adopción legislativa del título unitario de imputación, por lo que, ahora los extraneus responderán como cómplices en los injustos penales de infracción del deber, sin importar que carezcan de la calidad especial, ya que, en virtud del carácter accesorio de la participación, el cómplice nunca tendrá la calidad de autor.

El grupo N° 03 liderado por el Dr. Oswaldo Simón Velarde Abanto adhirió unánimemente a la primera ponencia, siendo siete votos en total. Expresando que: i) Tras la reforma legislativa del artículo 26 del CP quedó claro la adopción del título unitario de la imputación y el carácter accesorio del partícipe, y ii) Antes de la modificación del referido artículo, las dos teorías ya habían sido adoptadas en la jurisprudencia, tal como sucede en el Acuerdo Plenario N.° 03-2016/CJ-116.

El grupo N° 04 liderado por la Dra. Elcira Farfán Quispe se adhirió unánimemente a la primera ponencia, siendo once votos en total. Manifestaron que es la más concorde a nuestra realidad y que se armoniza con lo desarrollado en el Acuerdo Plenario N° 03-2016/CJ-116.

El grupo N° 05 liderado por el Dr. Reynaldo Luque Mamani, unánimemente se adhirió a la primera ponencia, siendo once votos en total. Señalaron que en la jurisprudencia existían pronunciamientos (casaciones, recursos de nulidad y acuerdos plenarios) de la CSJR que apuntaban a la primera ponencia; lo que fue recogido en el artículo 25 del CP, tras su modificación a través del Decreto Legislativo N° 1351. Asimismo, indicaron que, la segunda ponencia originaría problemas en su aplicación, en el ámbito procesal, lo que podría generar espacios de impunidad.

El grupo N° 06 liderado por el Dr. Humberto Araujo Zelada, se adhirió por mayoría a la primera ponencia, siendo diez votos por la primera ponencia y una abstención. Manifestaron que, conforme al principio de legalidad, la tipificación penal establece la conducta y la condición de servidor que carece el extraneus; así como, lo que se exige es que el autor infrinja su deber.

El grupo N° 08 liderado por el Dra. Clotilde Cavero Nalvarte, unánimemente se adhirió a la primera ponencia, siendo diez votos en total. Señalaron que, al aplicarse la tesis accesoria del partícipe, la teoría de la infracción del deber es la que mejor la fundamenta, incluso, más que la tesis unitaria del dominio del hecho, por la unidad del título de imputación.

El grupo N° 08 liderado por el Dr. Máximo Belisario Torres Cruz, unánimemente se adhirió a la primera ponencia, siendo once votos en total. Señalaron dos razones: la primera, que en aquellos delitos que son cometidos por funcionarios y servidores públicos, denominado delitos de función, los extraneus responderán penalmente bajo la figura de la complicidad; la segunda, que la intervención del extraneus que colabora o auxilia en un hecho punible realizado

por un funcionario público siempre será a título de partícipe, así se aplique la teoría de la infracción del deber.

El grupo N° 09 liderado por la Dra. Ana Elizabeth Sales del Castillo se adhirió unánimemente a la primera ponencia, siendo nueve votos en total; aunque, manifestaron que la discusión debería centrarse en la complicidad sino en la categoría del partícipe por ser más general, esto es, el extraneus responderá como instigador, cómplice primario o secundario, de acuerdo, a lo señalado por el CP en sus artículos 24 y 25.

El grupo N° 10 liderado por la Dra. María del Carmen Cornejo Lopera se adhirió unánimemente a la primera ponencia, siendo once votos en total. Precisaron que, gracias al título unitario de la imputación, aquellos funcionarios y servidores públicos que carecen de vínculo funcional o el particular deberán ser sancionados penalmente como cómplices si conoce la finalidad perseguida por el autor de un delito funcional y coadyuva con su conducta de forma fundamental a obtenerla.

El grupo N° 11 liderado por el Dr. Iván Alberto Quispe Auca se adhirió por mayoría a la primera ponencia con diez votos en total y por la segunda ponencia un voto. El fundamento empleado fue similar al del grupo N° 08.

#### **4.6. Requerimientos fiscales sobre la complicidad en el delito de negociación incompatible**

##### ***4.6.1. Requerimiento fiscal mixto del 30 de julio de 2021***

El Primer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Callao, formuló requerimiento acusatorio en contra de Alcántara Uriarte, Uriarte Vásquez, Gil Aldea y Cortez Roque, en calidad de cómplices primarios del ilícito penal de negociación incompatible.

El primero fue representante legal y titular de la empresa Alexpier E.I.R.L.; el segundo fue representante legal y titular de la empresa Multiservicios Jorge Luis Vásquez E.I.R.L.; el

tercero fue representante legal y titular de la empresa Bienes y Servicios Gil E.I.R.L.; y la cuarta fue representante legal y titular de la empresa Servicios Generales Mila E.I.R.L.

A los imputados en mención, se les atribuyó el delito de negociación incompatible en calidad de cómplices primario del delito porque habrían participado en actos simulados de contrataciones de bienes y servicios por montos menores o iguales a 8 UITs, en el año 2017 y 2018, presentando cotizaciones a la Oficina de Abastecimiento de la Dirección Regional de Educación del Callao, las que fueron usadas para realizar estudios de mercado y finalmente obtener la buena pro, a pesar de que no tenían experiencia en contrataciones públicas y que sus cotizaciones carecían de sello y rúbrica de recepción por la mesa de partes u otra área de la entidad en mención.

Cabe precisar que los proveedores beneficiados con la adjudicación de bienes y servicios mantenían entre ellos vínculos de parentesco por consanguinidad y afinidad; así como, conocían al funcionario público que se habría interesado en su favor, además de que, dos de ellos eran dependientes de la DREC.

#### **4.7. Jurisprudencia de la CSJR sobre los presupuestos de la complicidad primaria**

##### ***4.7.1. Recurso de Nulidad N.° 306-2004-San Martín, del 20 de julio de 2004***

En esta ejecutoria suprema la Sala Penal Permanente de la CSJR indicó que actúa como cómplice primario, conforme al artículo 25, primer párrafo del CP, quien brinda un auxilio o aporte doloso determinante para la comisión de un delito. Esto es, que sin la contribución del cómplice de delito no se podría materializar.

##### ***4.7.2. Recurso de Nulidad N.° 2308-2005-Cono Norte, del 08 de agosto de 2005***

En esta ejecutoria la Sala Penal Permanente de la CSJR señaló que quien responde como cómplice primario de un determinado delito, debe realizar un aporte esencial para su comisión.

#### ***4.7.3. Recurso de Nulidad N.° 5584-2016-Lima, del 26 de abril de 2007***

En esta ejecutoria suprema la Sala Penal de la CSJR en su fundamento quinto señaló que la complicidad primaria se caracteriza por tener dos elementos: Intensidad objetiva de la contribución al delito y que el momento de la contribución debe ser en la etapa preparatoria del hecho punible.

#### ***4.7.4. Sentencia de Casación N.° 102-2016-Lima, del 11 de julio de 2017***

En esta ejecutoria suprema la Sala Penal Permanente de la CSJR citando a Rojas Vargas, en su fundamento décimo octavo de la sentencia de casación N.° 102-2016-Lima señaló que en los delitos funcionariales la complicidad primaria (distinta a la complicidad secundaria) se produce a través de contribuciones en la etapa preparatoria del hecho punible, y que el cómplice primario puede ser un particular o cualquier funcionario o servidor público, mientras que la complicidad primaria que se produce por aportes accesorios puede darse en la etapa preparatoria, de ejecución o de consumación del delito.

#### ***4.7.5. Recurso de Nulidad N.°1366-2018-Junin, del 13 de mayo de 2019***

En la presente ejecutoria suprema la Sala Penal Transitoria de la CSJR en su fundamento sexto indicó que la complicidad primaria debe realizarse necesariamente en la etapa preparatoria antes de la ejecución del delito, en caso contrario, será una coautoría; mientras que, la secundaria se realiza en los actos preparatorios, fase ejecutiva o consumación del hecho; y que dicho criterio estaría basado en la teoría del dominio del hecho.

### **4.8. Doctrina sobre la complicidad del delito de negociación incompatible**

#### ***4.8.1. Benavente Chorres y Calderón Valverde***

Sobre la sanción penal de los extraneus en los delitos especiales propios como es la negociación incompatible, Benavente y Calderón (2012) señalaron que: i) Desde un enfoque formal el artículo 25 cuando utiliza el término “El que” da a entender que cualquier persona

puede recibir el título de imputación de cómplice, y que no se diferencia entre ilícitos penales comunes o de infracción del deber (propios o impropios), así como tampoco se exige alguna cualidad especial para ser cómplice en un delito de infracción de deber; y ii) Desde el enfoque material, en virtud de la tesis unitaria del título de imputación puede ser partícipe de un delito especial y que ello, no quebrantaría el principio de accesoriedad que rige la participación dado que se estaría reconociendo la existencia de un autor. Además, que a diferencia la tesis de la ruptura de la imputación, los particulares no quedarían en la impunidad en caso no existe un delito común.

En cuanto al quantum de la pena, señala que considerando la diferencia entre autores y partícipes la política criminal del Perú debería fijar una menor pena para los partícipes, ya que así, se estaría respetando el principio constitucional de proporcionalidad de las penas. (Benavente y Calderón, 2012)

#### **4.8.2. Edward García Navarro**

En lo referente a la posibilidad de sancionar al tercero que se beneficia con el interés indebido como cómplice primario, García (2022) afirmó lo siguiente:

En torno a la complicidad, el autor puede recibir aportes respecto a su rol de funcionario o de particular interesado. Sobre lo primero, serán sus subordinados o asistentes quienes contribuyan a la formación o mantenimiento subrepticio del acto de función de interés, pudiendo darse un aporte esencial o no. Cobra importancia analizar la neutralidad del aporte conforme al contexto delictivo en el que se desarrolla (prohibición de regreso). Respecto al segundo, se entiende que el cómplice brinda un aporte esencial al participar como postulante o contratista interesado, ocultando el interés personal del sujeto activo.

Es importante establecer que el tercero vinculado como beneficiario, por la simple condición de serlo, no lo hace partícipe. Si percibe el beneficio del contrato o de

la operación pública tampoco resulta un cómplice, puesto que la percepción del beneficio ocurre con posterioridad a la consumación formal. Para que el tercero vinculado beneficiado sea partícipe tendrá que intervenir como postulante o contratista en el contrato o en la operación pública. (p. 1692)

Cabe resaltar que un tercero que no tiene vinculación con el sujeto activo y defiende sus intereses como postor o contratista o representa intereses que no es del funcionario público interesado no puede ser partícipe del delito de negociación incompatible. (García, 2022)

#### **4.8.3. Helmut Satzger**

Satzger (2016) señala que los delitos de propia mano son aquellos cuya tipificación penal requiere que el autor realice la acción típica inmediatamente y con sus propias manos, ya que solo en ese caso ejecuta el desvalor específico del delito concreto. Que la consecuencia más relevante es que solo será autor quien cometa personalmente la acción típica, siendo que los demás intervinientes solo pueden ser instigadores o cómplices, que no es posible la coautoría ni la autoría mediata en esta clase de ilícitos penales.

Que los delitos especiales que limitan el círculo de autores por la calidad que exigen los tipos penales, y los delitos de propia de mano, no se excluyen entre sí, toda vez que un delito especial puede ser un delito de propia mano, si el tipo penal desde el principio solo puede ser realizado por determinadas personas que no depende de la acción típica pero que, además, dichas personas tengan un vínculo funcional con bien jurídico protegido. (Satzger, 2016)

#### **4.8.4. James Reategui Sanchez**

Sobre la admisión o no de la complicidad en el delito de negociación incompatible (como ilícito de infracción del deber), Reategui (2015) señala que, en la comisión del delito de negociación incompatible y los demás delitos que atentan contra la Administración Pública, las personas particulares (extraneus) pueden intervenir. Por tanto, aquellos que contribuyeran

dolosamente a su realización, serán responsables penalmente bajo la figura de la complicidad, dado que no poseen la condición de funcionario o servidor público.

#### ***4.8.5. Miguel Díaz y García Conlledo***

En cuanto a los autores y partícipes de los delitos especiales y de propia mano, Díaz y García (2008) señala que solo puede ser autor quien reúna las características especiales personales que exige su estructura típica o quien actúe de propia mano. Sin embargo, una vez que exista el autor de dichos delitos no existe impedimento para que concurra la participación en ellos, posición contraria a aquella que no admitía la participación de persona que carecían de las cualidades del delito especial.

Asimismo, que en los delitos especiales propios existe acuerdo numeroso en que el partícipe, a pesar de que no reúna las cualidades o condiciones especiales responde penalmente por el delito que se imputa al autor. (Díaz y García, 2008)

### **4.9. Doctrina penal sobre los elementos que configuran la complicidad primaria**

#### ***4.9.1. Felipe Villavicencio Terreros***

Villavicencio (2014) señala que el cómplice primario es aquella persona que brinda un aporte esencial para que el autor pueda cometer el delito. Los presupuestos para determinar su concurrencia son: intensidad de la contribución al delito y el instante en que se presta. Primero, es importante fijar el grado del aporte para determinar si es necesario o esencial. Segundo, el aporte necesario solo podrá darse en la etapa de preparatoria del delito, ya que si se da en la fase ejecutiva tendrá dominio del hecho y en ese caso, será un coautor.

Para que el cómplice preste su aporte no se requiere que haya un acuerdo expreso con el autor, basta un acuerdo tácito, incluso en algunos casos el cómplice puede prestar su aporte sin que el autor lo sepa. Asimismo, debe actuar dolosamente siendo suficiente la concurrencia del dolo eventual. (Villavicencio, 2014)

#### ***4.9.2. Enrique Bacigalupo***

Bacigalupo (1996) indica que “El cómplice primario o cooperador necesario es el que en la etapa de preparación del hecho aporta al hecho principal una contribución sin el cual el delito no hubiera podido cometerse” (p. 210). Si el cómplice primario interviene en la etapa ejecución del delito será coautor, debido a que con su aporte esencial hubiera tenido dominio del hecho. (Bacigalupo, 1996)

#### ***4.9.3. Jose Luis Castillo Alva***

Sobre la complicidad primaria, Castillo (s.f.) señala que el cómplice primario presta su contribución en la etapa preparatoria del delito, mientras que el cómplice secundario puede darse tanto en la etapa preparatoria como en la ejecutiva. No obstante, en ambos casos la sanción penal se dará cuando el hecho del autor llegue a la tentativa o a la consumación.

## V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

La discusión de resultados es el aspecto más importante de la investigación, ya que se interpreta los hallazgos obtenidos relacionados a los problemas, objetivos e interrogantes planteadas en la investigación. (Bernal, 2010)

La entrevista a un fiscal penal, profesores universitarios y abogados especializados en derecho penal; así como, el análisis documental y doctrinal de las resoluciones judiciales de la CSJR y CSJL (emitidos por jueces supremos, superiores, entre otros), de los acuerdos plenarios (emitidos por y de plenos jurisdiccionales (emitidos por jueces superiores), de requerimientos fiscales (emitido por el Ministerio Público), de artículos y libros especializados, otorgan mayor confiabilidad y credibilidad a los resultados de la presente investigación.

En esa línea, al finalizar la investigación se obtuvo respuestas positivas respecto a este trabajo de investigación, en las que se han considerado los antecedentes, el marco teórico comparándolos con los resultados obtenidos, teniendo como eje el objetivo general y los objetivos específicos de esta tesis.

### **5.1. Con relación al objetivo general**

#### ***5.1.1. De los especialistas entrevistados***

De la primera pregunta, ¿Considera usted que bajo el principio de accesoriedad limitada, en nuestro ordenamiento jurídico penal se puede sancionar penalmente a un extraneus como partícipe de un delito contra la Administración Pública cometido por un funcionario público como es el caso de la negociación incompatible?

Los especialistas entrevistados concordaron de que al amparo del principio de accesoriedad limitada puede sancionarse penalmente a un extraneus como partícipe de un delito en un ilícito penal que atenta contra la Administración Pública, aunque alguno señala que puede hacerse en virtud del artículo 25 del CP.

De la segunda pregunta, ¿Bajo qué artículo del Código Penal se puede sancionar al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario de un delito contra la Administración Pública como es el caso de la negociación incompatible?

Los especialistas entrevistados señalaron unánimemente que bajo el artículo 25 del CP se puede sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario del ilícito penal de negociación incompatible.

### ***5.1.2. De los documentos analizados***

En la jurisprudencia de la CSJR y la CSJL, los acuerdos plenarios, los plenos jurisdiccionales, requerimiento fiscal, libros y artículos sobre la complicidad primaria y la negociación incompatible, estudiados y analizados, se advierte que el tercero suele ser el postor (persona natural) o el socio, representante legal, accionista o gerente general de una persona jurídica postora que interviene y a quien pretende beneficiar o beneficia, el funcionario público con vinculado funcionalmente con los contratos y operaciones con el Estado. Asimismo, que en virtud de la tesis de la unidad del título de imputación y el principio de accesoriedad el tercero beneficiado extraneus puede responder como cómplice primario de un delito funcional cometido por un funcionario público, como es el caso de la negociación incompatible, pero que su conducta debe subsumirse en el artículo 25 del CP.

### ***5.1.3. Posición***

Comparto la posición de los especialistas entrevistados y el contenido de los documentados analizados, toda vez que, conforme se expuso en el marco teórico tal término solo puede aplicarse a las personas naturales que intervienen como postores o proveedores, así como a los representantes, accionistas de una persona jurídica, debido a que son estos quienes, de una manera u otra, intervienen en los procesos de contratación pública y resultan beneficiados indebidamente. Asimismo, que el tercer párrafo del artículo 25 del CP precisa que

el cómplice siempre responde por el delito especial propio que comete el autor (Tesis unitaria del título de imputación), así como el cómplice solo será sancionado penalmente si el hecho del autor es típico y antijurídico y que se encuentre al menos en grado de tentativa.

## **5.2. Con relación al primer objetivo específico**

### ***5.2.1. De los especialistas entrevistados***

De la tercera pregunta, ¿Usted considera que si el tercero beneficiado no interviniese en el proceso de contratación pública (presentando cotizaciones inválidas, ofertas sobrevaloradas, etc.) el funcionario o servidor público hubiera podido interesarse indebidamente en su favor, otorgándole la buena pro, contratándolo, etc.?

Los especialistas entrevistados señalaron que el tercero beneficiado tiene que intervenir en un proceso de selección pública realizando un aporte determinante que permita al funcionario público interesarse indebidamente en su favor.

De la cuarta pregunta, ¿Usted considera que los terceros beneficiados (proveedores personas naturales o jurídicas) que intervienen en un proceso de contratación pública (presentando sus cotizaciones, propuestas, etc.) que está cargo de un funcionario público con quien tiene un vínculo parentesco, amical o de otro tipo, actúan con dolo eventual de que tal funcionario se interesará indebidamente en su favor, en mérito a dicho vínculo?

Los especialistas entrevistados mencionaron que el tercero beneficiado actuaría principalmente con dolo directo, aunque también puede ser que en algunos casos actúe con dolo eventual.

### ***5.2.2. De los documentos analizados***

En los documentos (jurisprudencia, libros, artículos, etc.), se advierte que para ser cómplice primario de cualquier delito se requiere realizar un aporte esencial de carácter doloso que coadyuve a su comisión. Asimismo, que el tercero beneficiado si dolosamente realiza un

aporte imprescindible (presentar cotizaciones, etc.) sin el cual el funcionario público no hubiera podido interesarse indebidamente (materializar su interés indebido) será sancionado penalmente por el delito de negociación incompatible en calidad de cómplice primario.

Finalmente, que uno de los motivos que emplean los jueces penales para sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario es que entre él y el funcionario público que responde como autor, existe una vinculación (familiares, amicales, etc.), por lo que dicho tercero estaría actuando con dolo directo e incluso eventual.

### ***5.2.3. Posición***

Considero acertado la posición arribada por los especialistas y lo contenido en los documentos analizados, puesto que, se cumple con los presupuestos legales para ser imputado como cómplice primario: aporte esencial y dolo. Asimismo, que en la negociación incompatible no existe concertación, por ello, el único fundamento para sostener que el tercero beneficiado prestó dolosamente un aporte esencial sin el cual el funcionario público no hubiera podido interesarse indebidamente, es justamente la existencia de un vínculo entre ambos.

## **5.3. Con relación al segundo objetivo específico**

### ***5.3.1. De los especialistas entrevistados***

De la quinta pregunta, ¿Qué fases externas del iter criminis existe o concurre en la negociación incompatible, considerando que dicho delito es uno de peligro abstracto?

Los especialistas entrevistados acordaron que las fases externas del iter criminis que concurren en el delito de negociación incompatible son: la etapa preparatoria, consumación y agotamiento del delito.

De la sexta pregunta, ¿En qué fase del iter criminis de la negociación incompatible se ubica la intervención del tercero beneficiado (extraneus) que presenta su cotización, propuesta económica, entre otros, considerando que dicho delito se configura con el interés indebido?

Los especialistas entrevistados sostuvieron unánimemente que la intervención y contribución del tercero beneficiado para que se consuma el delito de negociación incompatible ocurre en los actos preparatorios.

### ***5.3.2. De los documentos analizados***

En el análisis documental se obtuvo que en los casos donde se ha sancionado al tercero beneficiado como cómplice primario, su aporte imprescindible doloso (presentar cotizaciones, etc.) ha ocurrido en un tiempo y momento anterior a que el funcionario público a cargo de un proceso de selección pública materialice su interés indebido.

### ***5.3.3. Posición***

Respaldo la posición señalada por los especialistas entrevistados y el contenido de los documentos analizados, ya que se cumple con el presupuesto fijado en la jurisprudencia nacional, esto es, de que el aporte necesario doloso del cómplice primario tiene que realizarse en los actos preparatorios de determinado delito.

## **5.4. Con relación al tercer objetivo específico**

### ***5.4.1. De los especialistas entrevistados***

De la séptima pregunta, ¿Usted considera que en los delitos de carácter unilateral independientemente de que sean delitos comunes o de infracción del deber, es factible que exista la complicidad primaria?

Los especialistas entrevistados consideran que puede existir complicidad primaria en los delitos de carácter unilateral, sean comunes o de infracción del deber.

De la octava pregunta, ¿Usted considera que para sancionar penalmente al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible, su conducta o intervención debe estar fijado expresamente en la descripción típica de un delito?

La mayoría de los especialistas entrevistados concuerdan en que la sanción penal del tercero beneficiado en el delito de negociación incompatible como cómplice primario no requiere que su conducta se prevea expresamente en el tipo del referido delito, debido a que, su actuación se regirá por el texto normativo del artículo 25 del CP.

#### ***5.4.2. De los documentos analizados***

Del análisis documental, se ha obtenido que en los hechos punibles de encuentro o de necesaria participación no se excluye la intervención de un cómplice primario, puesto que varios delitos que no lo son, como los de infracción del deber y de propia mano admiten la complicidad primaria y secundaria; por lo que es perfectamente posible que en la negociación incompatible exista complicidad primaria por parte del tercero beneficiado.

#### ***5.4.3. Posición***

Concuerdo con lo señalado por la mayoría de los especialistas entrevistados y el contenido de los documentos analizados, ya que el cómplice primario no realiza la conducta prevista en el texto normativo del artículo 399 del CP, sino la conducta establecida en el artículo 25 del CP, esto es brindar un aporte esencial doloso para la comisión del determinado ilícito.

### **5.5. Con relación al cuarto objetivo específico**

#### ***5.5.1. De los especialistas entrevistados***

De la novena pregunta, ¿En los delitos de infracción del deber (como es la negociación incompatible) el tercero beneficiado (extraneus) puede responder penalmente como cómplice primario, a pesar de que no tiene deberes funcionales extrapenales?

Los especialistas entrevistados sostuvieron que el tercero beneficiado (extraneus) en el ilícito penal de infracción del deber de negociación incompatible puede responder en calidad de cómplice primario, ya que la exigencia de los deberes funcionales solo se requiere para ser autor.

De la décima pregunta, ¿La sanción penal del tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible contraviene el principio de legalidad y el principio de accesoriadad limitada de la participación?

Los especialistas entrevistados señalaron que la sanción del tercero beneficiado como como cómplice primario no afectan los principios de accesoriadad limitada ni la legalidad, debido a que se sustentaría en el artículo 25 del CP.

### ***5.5.2. De los documentos analizados***

En los documentos revisado y analizados se obtuvo que en los ilícitos penales de infracción del deber es posible sancionar penalmente a un extraneus como cómplice primario, por lo que en la negociación incompatible es factible que el tercero beneficiado sea sancionado penalmente como cómplice primario.

### ***5.5.3. Posición***

Concuero plenamente con la posición de los especialistas entrevistados y con el contenido de los documentos analizados, ya que como se expuso en el marco teórico el deber jurídico extrapenal se exige para ser autores, mas no, para ser partícipe (complicidad o instigación). Este extremo es relevante, ya que pone en evidencias a la sentencia de casación N° 841-2015-Ayacucho y la sentencia de casación N° 184-2020-Lima Norte, que erróneamente señalan que el tercero beneficiado no podía responder penalmente como cómplice primario, debido a que constituye un hecho punible de infracción del deber.

Asimismo, queda demuestra que lo sostenido por Pajares de que la calificación del extraneus como cómplice primario afecta el principio de legalidad es erróneo, toda vez que, la intervención del extraneus se da en los actos preparatorios, fase del inter criminis que sí existe en la negociación incompatible, por más que sea un delito de peligro abstracto.

## VI. CONCLUSIONES

**6.1.** Se demostró que es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú, en virtud de: i) La teoría unitaria del título de imputación que permite al extraneus (como el tercero beneficiado) responder penalmente como cómplice por un delito funcional; y ii) El principio de accesoriadad, que informa que el partícipe no tiene un injusto propio ni distinto del autor, por lo que responderá como cómplice primario siempre y cuando su conducta se subsuma en el artículo 25 del CP.

**6.2.** Quedó claro que el tercero beneficiado realiza un aporte esencial generalmente con dolo directo y en algunos casos con dolo eventual, que justifica su sanción penal a título de cómplice primario en el delito de negociación incompatible, debido a que, en los procesos de contratación pública participan sin estar habilitados para contratar con el Estado, presentan cotizaciones invalidas, emiten facturas por servicios no prestados, etc., los que posteriormente permiten que al funcionario público apruebe sus ofertas, les adjudique la buena pro de obras y servicios, con lo que se materializa el interés indebido. En otras palabras, si el tercero no presentase su cotización inválida, el funcionario público con vinculo funcional no podría interesarse indebidamente y adjudicarle contratos y operaciones. Asimismo, que dicho aporte esencial lo hace porque existe un vínculo de consanguinidad, afinidad, amistad u otro, por lo que no se requiere que exista pacto o acuerdo con el funcionario público que se interesará indebidamente.

**6.3.** Se demostró que el tercero beneficiado actúa necesariamente en la etapa de actos preparatorios para ser sancionado penalmente como cómplice primario en el delito de negociación incompatible, dado que, al ser dicho ilícito penal de peligro abstracto las fases externas de inter criminis que concurren en ella, únicamente son: etapa preparatoria, consumación y agotamiento; mas no la tentativa. En esa línea, si el delito de negociación

incompatible se consuma con el interés indebido del funcionario o servidor, que se materializa en actos administrativos (*aprobar las cotizaciones invalidas o adjudicarle obras irregularmente*), se advierte que, la contribución esencial del tercero beneficiado necesariamente ocurre en la fase preparatoria por ser la única fase externa anterior a la consumación.

**6.4.** Quedo claro que es viable la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario del delito unilateral de negociación incompatible en el Perú, en razón a que dicho carácter solo implica que la conducta típica será realizada personalmente por los funcionarios y servidores públicos. En esa línea, lo que impediría el carácter unilateral es que el delito sea cometido mediante autoría mediata o coautoría. No se debe olvidar que el tercero al ser cómplice primario no realiza el tipo penal especial sino lo descrito en el artículo 25 del CP.

**6.5.** Se demostró que es factible la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario del delito de infracción del deber de negociación incompatible en el Perú, ya que, la exigencia tener una categoría cualificada y ostentar deberes jurídicos extrapenales únicamente es para el autor, mas no para los partícipes (cómplice primario), debido a que ellos responden conforme a la normativa del artículo 25 del CP.

## VII. RECOMENDACIONES

**7.1.** Que los operadores de justicia (fiscalía, procuraduría pública y los jueces) interioricen y comprenda que nuestro CP recoge y adopta la teoría unitaria de la imputación y descarta la tesis que rompe la imputación unitaria; por lo que, en la negociación incompatible y demás delitos que cometen los funcionarios en contra de la Administración Pública, el extraneus puede responder penalmente como partícipe: complicidad primaria, secundaria e instigador; y que con ello no se está contraviniendo el principio de legalidad, sino que más bien, se eliminando todo espacio de impunidad.

**7.2.** Que los operadores de justicia (fiscalía, procuraduría pública y los jueces) interioricen y comprendan que el tercero beneficiado debe ser investigado, procesado, acusado y condenado en calidad de cómplice primario de ilícito penal de negociación incompatible, siempre y cuando: i) Realice un aporte esencial, materializado en la presentación de cotizaciones invalidas, propuestas sobrevaloradas, facturas ficticias, comprobantes de pago irregulares, suscripción de contratos contraviniendo las leyes, etc. ii) Actúe dolosamente, siendo suficiente el dolo eventual, por lo que deberá conocer que el funcionario público se interesará en su favor por existir un vínculo entre ellos, y iii) Que tal aporte lo haga en la etapa preparatoria del delito de la negociación incompatible, es decir, en un tiempo anterior en el que el funcionario público materializa su interés indebido. Asimismo, se deberá verificar que entre el tercero y el funcionario público exista un vínculo de parentesco, amical u otro; circunstancia que hace innecesaria que exista la probanza de una concertación o acuerdo entre ambos. Con todo eso, no se dejaría en la impunidad a aquellos que resultan contratistas que son beneficiados económicamente por contratos y operaciones producto de un interés indebido.

**7.3.** Que el MP a través de la Escuela del Ministerio Público “*Dr. Gonzalo Ortiz de Zevallos Roedel*” capacite a todos los fiscales que integran la Fiscalías Especializadas en los Delitos de Corrupción de Funcionarios, así como, al Área de Enriquecimiento Ilícito de la

Fiscalía de la Nación, mediante cursos especialización, talleres y diplomados a fin de que interioricen y adopten la posición de que el hecho que el delito de negociación incompatible sea de infracción de deber y no sea delito participación o de encuentro, no impide que el tercero beneficiado pueda responder penalmente como cómplice primario. De ese modo, si en un caso concreto se cumplen los requisitos mencionados en la segunda recomendación, deberán incluirlo en la investigación, o de ser el caso, formular acusación.

**7.4.** Que la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios solicite, inste y requiera a los despachos fiscales que integran las Fiscalías Anticorrupción que en el delito de negociación incompatible se investigue o acuse al tercero beneficiado como cómplice primario, cuando pese a que en el caso concreto se cumplía con los requisitos señalados en la *segunda recomendación*, los fiscales no lo han incorporado a la investigación o a habiéndolos investigados no se ha formulado acusación en su contra.

**7.5.** Que el Poder Judicial se realice acuerdo plenario donde establezca como doctrina legal que los criterios expuestos en la *primera, segunda y tercera recomendación*, a fin de que los jueces de investigación preparatoria cuando comprueben su concurrencia en un caso concreto, declaren infundado las excepciones de improcedencia de acción o solicitudes de sobreseimiento promovidos por el tercero beneficiado imputado como cómplice primario de la negociación incompatible y que se encuentran basados en las sentencias de casaciones N.º 841-2015-Ayacucho y N.º 184-2020-Lima Norte. De igual manera, los juzgados penales unipersonales y colegiados emitan sentencia condenatoria por el delito de negociación incompatible en contra los terceros beneficiados a título de cómplices primarios.

## VIII. REFERENCIAS

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra.
- Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116. (06 de diciembre de 2011). Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/4exFaCN>
- Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116. (12 de junio de 2017). Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/3L2Uw17>
- Arbildo, M. (2019). *El principio de legalidad en el delito de negociación incompatible y la aplicación del principio de accesoriedad y la unidad de título de imputación en el extraneus*. (Tesis para optar el grado de maestro). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
- Avelar, C. (2011). *Complicidad del extraneus en los delitos especiales propios*. [Tesis para obtener el grado de licenciado]. Universidad de El Salvador
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Temis.
- Benavente, H. y Calderón, L. (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios*. (1ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la Investigación*. (3ª ed.). PEARSON
- Bramont-Arias, L. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General*. (3ª ed.). EDILI.
- Bustos, J. y Hormazábal, H. (1999). *Lecciones de Derecho Penal*. (vol. 2). Trotta.
- Cabanellas, G. (2015). *Diccionario Jurídico Elemental*. (18ª ed.) Heliasta.
- Caro, D. y Reyna L. (2023). *Derecho Penal Parte General*. (1ª ed.). Escuela de Derecho LP.

- Castillo, J. (s.f.). La complicidad como forma de participación criminal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (9), pp. 679-712. <https://bit.ly/4eBxKON>
- Castillo, J. (2015). *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico.
- Creus, C. (1990). *Derecho Penal. Parte Especial*. (t. 2). Astrea.
- Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto en los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. [Tesis Doctoral]. Universidad de Salamanca.
- Díaz y García, M. (2008). Autoría y Participación. *Revista de Estudios de la Justicia*, (10), pp.13-61. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i10.15219>
- Expediente N.º 00133-2013-9-1826-JR-PE-03. (13 de setiembre de 2019). Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. <https://bit.ly/4eEiMY7>
- Expediente N.º 01105-2016-5-1826-JR-PE-02. (30 de enero de 2023). Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima. <https://bit.ly/3VXaK5l>
- Fernández, M. (2017). *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*. [Tesis para obtener el grado de Doctor]. Universidad de Málaga.
- Frisancho, M. (2011). *Delitos Contra la Administración Pública*. (4ª ed.). EFECAT
- García, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. (3ª ed.). Solución Ideas Editorial.
- García, E. (2022). *Derecho Penal Parte Especial*. (1ª ed., t. 2). Iustitia.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la investigación*. (6ª ed.). McGraw-Hill.
- Hugo, J. y Huarcaya, B. (2018). *Delitos contra la administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Gaceta Jurídica.
- Hurtado, J. (1987). *Manual de Derecho Penal*. (2ª ed.). EDDILI.

- Jescheck, H. y Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal Parte General. Volumen II. Traducción de la 5.a edición alemana, completamente renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete*. Para el Perú: Primera edición (octubre 2014). Instituto Pacífico.
- López, M. (1997). *La complicidad en el delito*. Tirant lo Blanch.
- Mesa, J. (2021). *Teoría de infracción de deber y principio de legalidad en extraneus en los delitos funcionariales, distrito fiscal de la provincia de Ica, años 2019-2020*. [Tesis para optar el grado de Doctor]. Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal. Libro de Estudios. Parte General*. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Momethiano, J. (2015). *Manual de Derecho Penal Parte General*. (2ª ed.). San Marcos.
- Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. IDEHPUCP.
- Muñoz, F. y García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. (8ª ed.). Tirant lo Blanch Libros.
- 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
- Ochoa, R. (1989). Investigación Pura e Investigación Aplicada. *Revista de Química*, 3(1), pp. 73-81. <https://bit.ly/4ePgZzQ>
- Pajares, A. (2018). *La complicidad del extraneus en el delito de negociación incompatible y su vulneración al principio de legalidad*. [Tesis para optar el título de abogado]. Universidad Cesar Vallejo
- Parma, C. (2016). *Teoría del delito: Límites de la autoría y participación criminal, error, delitos de peligro, escuelas, tentativa*. Ediciones Jurídicas Santiago.
- Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (25 de noviembre de 2017). <https://bit.ly/45EMW9Q>

- Pleno Jurisdiccional Nacional Superior. (11 de diciembre de 2004). <https://bit.ly/45G1AzY>
- Reategui, J. (2014). *Autoría y participación en el delito. Régimen normativo, doctrinario y jurisprudencial*. (1ª ed.) Gaceta Jurídica.
- Reategui, J. (2015). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Jurista Editores.
- Peña, A. (2016). *Derecho Penal Parte Especial*. (3ª ed., t. 5). Idemsa.
- Peñaranda, E. (1990). *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*. Tecnos.
- Recurso de Nulidad N.º 1024-2023-Ica. (23 de octubre de 2013). Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de la República. <https://bit.ly/3VEbHym>
- Recurso de Nulidad N.º 1366-2018-Junín. (13 de mayo de 2019). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/3VI6p4U>
- Recurso de Nulidad N.º 2308-2005-Cono Norte. (08 de agosto de 2005). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Recurso de Nulidad N.º 306-2004-San Martín. (20 de julio de 2004). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Recurso de Nulidad N.º 3203-2002. (14 de enero de 2003). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Recurso de Nulidad N.º 3144-2009-Puno. (11 de octubre de 2010). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Recurso de Nulidad N.º 5584-2016-Lima. (26 de abril de 2007). Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Recurso de Nulidad N.º 666-2016-Ancash. (29 de mayo de 2017). Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de la República. <https://bit.ly/4eHAOc3>

- Recurso de Nulidad N.º 677-2016-Lima. (17 de mayo de 2017). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/4eFigZX>
- Requerimiento Fiscal Mixto. (30 de julio de 2021). Primer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Callao.
- Roca, L. (2021). Presupuestos básicos para delimitar la punibilidad de la complicidad como forma de participación en el delito ajeno. *Revista Criminalia Nueva Época*, (87), pp. 429-453. <https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/91/100>
- Rodríguez, A. y Cueto, F. (2019). *El delito de negociación incompatible en la reforma legal*. [Tesis para obtener el grado de licenciado]. Universidad de Chile
- Rojas, F. (2021a). *Delitos contra la administración pública*. (t. 1). Gaceta jurídica.
- Rojas, F. (2021b). *Delitos contra la administración pública*. (t. 2). Gaceta jurídica.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. (7ª ed.). Marcial Pons.
- Roxin, C. (2016). *Teoría del delito en la discusión actual*. (t. 2). Grijley
- Salinas, R. (2016). *Delitos contra la administración pública*. (4ª ed.). Iustitia.
- Satzger, H. (2016). Los delitos de propia mano. En K. Ambos, M. Bohm y J. Zuluaga (Eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania* (pp.121-137). Gottingen University Press. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6599/24.pdf>
- Sentencia de casación N.º 102-2016-Lima (11 de julio de 2017). Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/4eBSnKF>
- Sentencia de casación N.º 1523-2021-Ancash (20 de marzo de 2023). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Sentencia de casación N.º 18-2017-Junín (24 de julio de 2019). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/4eC2rTY>

Sentencia de casación N.º 184-2020-Lima Norte (26 de abril de 2022). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia de casación N.º 1895-2019-Selva Central (27 de abril de 2021). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/3VH8FsV>

Sentencia de casación N.º 23-2016-Ica (16 de mayo de 2017). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/4cgL9dk>

Sentencia de casación N.º 231-2017-Puno (14 de setiembre de 2017). Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/45ItHfr>

Sentencia de casación N.º 628-2015-Lima (5 de mayo de 2016). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/3VFRCHZ>

Sentencia de casación N.º 67-2017-Lima (11 de julio de 2017). Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/4cjUYHM>

Sentencia de casación N.º 841-2015-Ayachucho (24 de mayo de 2017). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. <https://bit.ly/45KsSTI>

Vera, Y. (2016). *Autoría y participación*. Unijuris.

Villela, K. (2022). *Motivación judicial de las sentencias por indicios en los delitos por negociación incompatible en el Juzgado Penal Unipersonal de Huancayo, 2019-2020*. [Tesis para obtener el grado de maestro]. Universidad Cesar Vallejo

Villavicencio, F. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Quinta Reimpresión. Grijley.

Zaffaroni, E., Aliaga, A. y Slokar, A. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General*. (2ª ed.). Ediar.

Zaffaroni, E. (1999). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. (t.4). Ediar.

## IX. ANEXOS

## Anexo A: Matriz de consistencia

Título: LA SANCIÓN PENAL DEL TERCERO BENEFICIADO COMO CÓMPLICE PRIMARIO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL PERÚ					
Problemas	Objetivos	Categorías	Definición conceptual	Subcategorías	Metodología
<b>Problema general</b>	<b>Objetivo general</b>	<b>categoría 1</b>	El cómplice primario es aquel que en la <u>fase preparatoria</u> otorga un <u>aporte esencial doloso</u> sin el cual no se hubiera podido cometer el delito (Villavicencio, 2014)	<b>Subcategorías 1</b>	<p><b>Enfoque de investigación</b></p> <p>La presente investigación tiene un <u>enfoque cualitativo</u>, ya que, en el desarrollo de la investigación no se empleará encuestas, escala de Likert ni estadísticas. Para Hernández (2014) la investigación cualitativa se orienta en comprender los fenómenos, los que se exploran desde la óptica de participantes en un ambiente natural y</p>
¿Es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de negociación incompatible en el Perú?	Demostrar que es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de negociación incompatible en el Perú.	Cómplice primario		Aporte esencial doloso	
<b>Problemas específicos</b>	<b>Objetivos específicos</b>	<b>Categoría 2</b>	En la sentencia de casación N.º 1523-2021/Ancash, la Sala Penal Permanente señaló que la negociación incompatible es un delito cuyo ámbito de aplicación son las operaciones o contratos del Estado,	<b>Subcategorías 2</b>	
<b>PE. 1.</b> ¿El tercero beneficiado realiza un aporte esencial doloso que justifique su sanción penal como cómplice primario	<b>OE. 1.</b> Explicar que el tercero beneficiado realiza un aporte esencial doloso que justifique su sanción penal como	Negociación incompatible		Delito de infracción del deber	

<p>del delito de negociación incompatible en el Perú?</p> <p><b>PE. 2.</b> ¿El tercero beneficiado actúa necesariamente en la fase preparatoria para ser sancionado penalmente como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú?</p> <p><b>PE. 3.</b> ¿Es viable la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito unilateral de negociación incompatible en el Perú?</p> <p><b>PE. 4.</b> ¿Por qué es factible la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de infracción del deber</p>	<p>cómplice primario del delito de negociación incompatible.</p> <p><b>OE. 2.</b> Demostrar que el tercero beneficiado actúa necesariamente en la fase preparatoria para ser sancionado penalmente como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.</p> <p><b>OE. 3.</b> Explicar que es viable la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito unilateral de negociación incompatible en el Perú.</p> <p><b>OE. 4.</b> Demostrar que es factible la</p>		<p>en los que el funcionario público se aprovecha de su cargo para privilegiar intereses propios o ajenos, en desmedro de los intereses de la Administración Pública. Además, es un delito de infracción de deber y delito unilateral, no de participación necesaria y de encuentro como es el de colusión.</p>		<p>en relación con su contexto. Se utiliza para evaluar el modo en que los individuos perciben y experimentan los fenómenos que los rodean, profundizando sus puntos de vista, interpretaciones y significados.</p> <p><b>Tipo de investigación</b></p> <p>Asimismo, tenemos que la presente investigación es de <u>tipo básico</u>, dado que según Ochoa (1989) la investigación básica “es la continua búsqueda del nuevo conocimiento, una búsqueda sistemática para para satisfacer el desafío de lo desconocido, pero sin dirección salvo</p>
---	--	--	---	--	--

<p>de negociación incompatible en el Perú?</p>	<p>sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de infracción del deber de negociación incompatible en el Perú.</p>				<p>la que el mismo investigador le da”.</p> <p><b>Nivel de investigación</b></p> <p>Finalmente, respecto al nivel de la investigación es de <u>carácter explicativo</u>, ya que tiene por objeto explicar las razones por las que es posible sancionar al tercero beneficiado como cómplice primario del delito de negociación incompatible.</p> <p><b>Participantes</b></p> <p>Conformada por especialistas del derecho penal (Fiscal Penal, Profesores Universitarios y abogados especializados en derecho penal)</p>
--	--	--	--	--	---

					<b>Instrumentos</b> Análisis documental Guía de entrevista
--	--	--	--	--	--





		incompatible contraviene el principio de legalidad y el principio de accesoriedad limitada de la participación?
--	--	---

**Anexo C: Abreviaturas**

<b>AP</b>	Acuerdo Plenario
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CSJL</b>	Corte Superior de Justicia Lima
<b>CSJR</b>	Corte Suprema de Justicia de la República
<b>DL</b>	Decreto Legislativo
<b>DR</b>	Doctor
<b>DRA</b>	Doctora
<b>DREC</b>	Dirección Regional de Educación del Callao
<b>DP</b>	Derecho Penal
<b>MP</b>	Ministerio Público
<b>UIT</b>	Unidad Impositiva Tributaria

**Anexo D: Instrumento de recolección de datos****INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS****GUIA DE ENTREVISTA**

**TÍTULO:** *La sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.*

**INDICACIONES:** Este instrumento tiene como fin obtener su posición respecto al tema de investigación, en tal sentido, se agradece responder estas interrogantes.

**Entrevistado:**

**Cargo:**

**Institución:**

**OBJETIVO GENERAL**

**Demostrar que es posible sancionar penalmente al tercero beneficiado como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.**

**Preguntas:**

1. ¿Considera usted que bajo el principio de accesoriedad limitada, en nuestro ordenamiento jurídico penal se puede sancionar penalmente a un extraneus como partícipe de un delito contra la Administración Pública cometido por un funcionario público como es el caso de la negociación incompatible?

- 
- 
- 
- 
- 
2. ¿Bajo qué artículo del Código Penal se puede sancionar al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario de un delito contra la Administración Pública como es el caso de la negociación incompatible?

---

---

---

---

---

**OBJETIVO ESPECÍFICO N.º 1**

**Explicar que el tercero beneficiado realiza un aporte esencial doloso que justifique su sanción penal como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.**

3. ¿Usted considera que si el tercero beneficiado no interviniese en el proceso de contratación pública (*presentando cotizaciones inválidas, ofertas sobrevaloradas, etc.*) el funcionario o servidor público hubiera podido interesarse indebidamente en su favor, otorgándole la buena pro, contratándolo, etc.?

- 
- 
- 
- 
- 
4. ¿Usted considera que los terceros beneficiados (*proveedores personas naturales o jurídicas*) que intervienen en un proceso de contratación pública (*presentando sus cotizaciones, propuestas, etc.*) que está cargo de un funcionario público con quien tiene un vínculo parentesco, amical o de otro tipo, actúan con dolo eventual de que tal funcionario se interesará indebidamente en su favor, en mérito a dicho vínculo?

---

---

---

---

---

**OBJETIVO ESPECIFICO N.º 2**

**Demostrar que el tercero beneficiado actúa necesariamente en la fase preparatoria para ser sancionado penalmente como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.**

5. ¿Qué fases externas del iter criminis existe o concurre en la negociación incompatible, considerando que dicho delito es uno de peligro abstracto?

---

---

---

---

---

6. ¿En qué fase del iter criminis de la negociación incompatible se ubica la intervención del tercero beneficiado (*extraneus*) que presenta su cotización, propuesta económica, entre otros, considerando que dicho delito se configura con el interés indebido?

---

---

---

---

---

### **OBJETIVO ESPECIFICO N.º 3**

**Explicar que es viable la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice Primario en el delito unilateral de negociación incompatible en el Perú.**

7. ¿Usted considera que en los delitos de carácter unilateral independientemente de que sean delitos comunes o de infracción del deber, es factible que exista la complicidad primaria?

- 
- 
- 
- 
- 
8. ¿Usted considera que para sancionar penalmente al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible, su conducta o intervención debe estar fijado expresamente en la descripción típica de un delito?

---

---

---

---

---

**OBJETIVO ESPECIFICO N.º 4**

**Demostrar que es factible la sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario en el delito de infracción del deber de negociación incompatible en el Perú.**

9. ¿En los delitos de infracción del deber (*como es la negociación incompatible*) el tercero beneficiado (extraneus) puede responder penalmente como cómplice primario, a pesar de que no tiene deberes funcionales extrapenales?

---

---

- 10.** ¿La sanción penal del tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible contraviene el principio de legalidad y el principio de accesoriadad limitada de la participación?

---

---

---

---

---

**FIRMA DEL ENTREVISTADO**

## Anexo E: Entrevistas

### GUIA DE ENTREVISTA

**TÍTULO:** *La sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.*

**INDICACIONES:** Este instrumento tiene como fin obtener su posición respecto al tema de investigación, en tal sentido, se agradece responder estas interrogantes.

**Entrevistado:** Amelia Aleli Tarrillo Díaz

**Cargo:** Fiscal Adjunta Provincial Penal Provisional del Distrito Fiscal de Lima Norte

**Institución:** Ministerio Público

#### Preguntas:

1. ¿Considera usted que bajo el principio de accesoriedad limitada, en nuestro ordenamiento jurídico penal se puede sancionar penalmente a un extraneus como partícipe de un delito contra la Administración Pública cometido por un funcionario público como es el caso de la negociación incompatible?  
-Si.
2. ¿Bajo qué artículo del Código Penal se puede sancionar al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario de un delito contra la Administración Pública como es el caso de la negociación incompatible?  
-Artículo 25º del Código Penal.
3. ¿Usted considera que si el tercero beneficiado no interviniese en el proceso de contratación pública (*presentando cotizaciones inválidas, ofertas sobrevaloradas, etc.*) el funcionario o servidor público hubiera podido interesarse indebidamente en su favor, otorgándole la buena pro, contratándolo, etc.?  
-No.

4. ¿Usted considera que los terceros beneficiados (*proveedores personas naturales o jurídicas*) que intervienen en un proceso de contratación pública (*presentando sus cotizaciones, propuestas, etc.*) que está a cargo de un funcionario público con quien tiene un vínculo parentesco, amical o de otro tipo, actúan con dolo eventual de que tal funcionario se interesará indebidamente en su favor, en mérito a dicho vínculo?

-Sí.

5. ¿Qué fases externas del iter *criminis* existe o concurre en la negociación incompatible, considerando que dicho delito es uno de peligro abstracto?

-Los actos preparatorios, la consumación y el agotamiento.

6. ¿En qué fase del iter *criminis* de la negociación incompatible se ubica la intervención del tercero beneficiado (*extraneus*) que presenta su cotización, propuesta económica, entre otros, considerando que dicho delito se configura con el interés indebido?

-La fase preparatoria.

7. ¿Usted considera que en los delitos de carácter unilateral independientemente de que sean delitos comunes o de infracción del deber, es factible que exista la complicidad primaria?

-Sí.

8. ¿Usted considera que para sancionar penalmente al tercero beneficiado (*extraneus*) como cómplice primario del delito de negociación incompatible, su conducta o intervención debe estar fijado expresamente en la descripción típica de un delito?

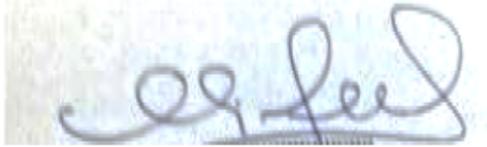
-Sí.

9. ¿En los delitos de infracción del deber (*como es la negociación incompatible*) el tercero beneficiado (*extraneus*) puede responder penalmente como cómplice primario, a pesar de que no tiene deberes funcionales extrapenales?

Sí.

10. ¿La sanción penal del tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible contraviene el principio de legalidad y el principio de accesoria limitada de la participación?

No.



**FIRMA DEL ENTREVISTADO**

## GUIA DE ENTREVISTA

TÍTULO: *La sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.*

INDICACIONES: Este instrumento tiene como fin obtener su posición respecto al tema de investigación, en tal sentido, se agradece responder estas interrogantes.

Entrevistado: WILLIAMS ALEXANDER ROBLES SEVILLA

Cargo: PROFESOR UNIVERSITARIO

Institución: UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES

Preguntas:

1. **¿Considera usted que bajo el principio de accesoriedad limitada, en nuestro ordenamiento jurídico penal se puede sancionar penalmente a un extraneus como participe de un delito contra la Administración Pública cometido por un funcionario público como es el caso de la negociación incompatible?**

En teoría podría utilizarse este principio para determinar la responsabilidad penal en los casos de que se demuestre la existencia de una vinculación fáctica evidente entre el funcionario público y el *extraneus*.

2. **¿Bajo qué artículo del Código Penal se puede sancionar al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario de un delito contra la Administración Pública como es el caso de la negociación incompatible?**

Si se sostiene la punibilidad del tercero beneficiario en el delito de negociación incompatible, tendría que utilizarse el art. 25° del Código Penal que regula la complicidad, incluso en los casos en que los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

3. **¿Usted considera que si el tercero beneficiado no interviniese en el proceso de contratación pública (*presentando cotizaciones inválidas, ofertas***

*sobrevaloradas, etc.) el funcionario o servidor público hubiera podido interesarse indebidamente en su favor, otorgándole la buena pro, contratándolo, etc.?*

Bajo la posición jurídica de considerar al tercero beneficiario como responsable en calidad de cómplice primario, su intervención tendría que ser determinante para la comisión del delito, pues de no hacerlo, el contexto de la contratación pública no existiría y por lo tanto, el delito no podría configurarse. El delito de negociación incompatible solo tendría sentido siempre que existan el funcionario que favorece mediante actos concretos y el tercero beneficiario que recibe las ganancias del actuar ilícito.

4. *¿Usted considera que los terceros beneficiados (proveedores personas naturales o jurídicas) que intervienen en un proceso de contratación pública (presentando sus cotizaciones, propuestas, etc.) que está cargo de un funcionario público con quien tiene un vínculo parentesco, amical o de otro tipo, actúan con dolo eventual de que tal funcionario se interesará indebidamente en su favor, en mérito a dicho vínculo?*

Existe una presunción a nivel administrativo regulado en la Ley del Servicio Civil, que precisamente prohíbe la contratación de familiares de funcionarios con el Estado lo que puede extenderse a estos casos; sin embargo, a mi criterio no podría ser admisible la comisión mediante dolo eventual, sino que según la regulación normativa no admite dicha interpretación. Si bien, existe una posición jurisprudencial que postula la admisibilidad de este tipo de dolo, sus fundamentos residen en razones político criminales y no racionales. En caso de que se produjese un criterio jurisprudencial dominante que considere la punibilidad del tercero beneficiario y de que tenga una relación directa con el funcionario o intraneus, en esos casos, podría ampararse la posible comisión mediante dolo eventual.

5. *¿Qué fases externas del iter criminis existe o concurre en la negociación incompatible, considerando que dicho delito es uno de peligro abstracto?*

De acuerdo al grado de desarrollo del delito de negociación incompatible, considero que solo podría actuar en los actos preparatorios, la consumación y el agotamiento.

6. **¿En qué fase del iter criminis de la negociación incompatible se ubica la intervención del tercero beneficiado (*extraneus*) que presenta su cotización, propuesta económica, entre otros, considerando que dicho delito se configura con el interés indebido?**

La contribución del tercero beneficiario para la comisión del delito solo se manifestaría en la decisión de participar en la contratación pública y realizar actos de postulación; por lo tanto, sería en la fase de actos preparatorios.

7. **¿Usted considera que en los delitos de carácter unilateral independientemente de que sean delitos comunes o de infracción del deber, es factible que exista la complicidad primaria?**

En el caso de la negociación incompatible, sería posible atribuirle responsabilidad penal conforme al art. 25° del Código Penal.

8. **¿Usted considera que para sancionar penalmente al tercero beneficiado (*extraneus*) como cómplice primario del delito de negociación incompatible, su conducta o intervención debe estar fijado expresamente en la descripción típica de un delito?**

Considero que según la redacción del tipo penal se considera ya al tercero beneficiario, por lo que, no correspondería una modificación normativa, sino el desarrollo dogmático y jurisprudencial de la responsabilidad penal.

9. **¿En los delitos de infracción del deber (*como es la negociación incompatible*) el tercero beneficiado (*extraneus*) puede responder penalmente como cómplice primario, a pesar de que no tiene deberes funcionales extrapenales?**

En este caso, el tercero beneficiario no tendría la exigencia de que tenga deberes funcionales, pues esto es solo en caso de los autores y no para los partícipes, según los alcances del art. 25° del Código Penal.

**10. ¿La sanción penal del tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible contraviene el principio de legalidad y el principio de accesoriadad limitada de la participación?**

Considero que, la propuesta de responsabilidad penal del tercero beneficiario tendría dificultades probatorias en los casos que no sea evidente la relación de consanguinidad o amistad manifiesta con el funcionario o servidor público, más no, a nivel del principio de legalidad y el principio de accesoriadad limitada de la participación, pues se aplicaría lo establecido en el art. 25° del Código Penal.



**Williams Alexander Robles Sevilla**  
**Abogado**  
**C.A.C. N° 791**

**FIRMA DEL ENTREVISTADO**

## GUIA DE ENTREVISTA

**TÍTULO:** *La sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.*

**INDICACIONES:** Este instrumento tiene como fin obtener su posición respecto al tema de investigación, en tal sentido, se agradece responder estas interrogantes.

**Entrevistado:** Jorge Pérez López

**Cargo:** Profesor universitario

**Institución:** UNMSM

**Preguntas:**

1. ¿Considera usted que, bajo el principio de accesoriedad limitada, en nuestro ordenamiento jurídico penal se puede sancionar penalmente a un extraneus como participe de un delito contra la Administración Pública cometido por un funcionario público como es el caso de la negociación incompatible?

Considero que, respecto del cómplice, ya el artículo 25 del Código Penal señala que no necesita tener las características exigidas en el tipo penal para el autor. Así que cómplice lo puede ser cualquiera, incluso un *extraneus*.

---

2. ¿Bajo qué artículo del Código Penal se puede sancionar al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario de un delito contra la Administración Pública como es el caso de la negociación incompatible?

Conforme al artículo 25 del Código Penal

---

3. ¿Usted considera que si el tercero beneficiado no interviniese en el proceso de contratación pública (*presentando cotizaciones inválidas, ofertas sobrevaloradas, etc.*) el funcionario o servidor público hubiera podido interesarse indebidamente en su favor, otorgándole la buena pro, contratándolo, etc.?

Considero que este es un tipo de participación necesaria, por ende, solo podría haber una complicidad primaria.

---

4. ¿Usted considera que los terceros beneficiados (*proveedores personas naturales o jurídicas*) que intervienen en un proceso de contratación pública (*presentando sus cotizaciones, propuestas, etc.*) que está cargo de un funcionario público con quien tiene un vínculo parentesco, amical o de otro tipo, actúan con dolo eventual de que tal funcionario se interesará indebidamente en su favor, en mérito a dicho vínculo?

La complicidad es dolosa, por lo cabría dicha posibilidad, pero en la mayoría de los casos existiría dolo directo.

---

5. ¿Qué fases externas del iter criminis existe o concurre en la negociación incompatible, considerando que dicho delito es uno de peligro abstracto?

Podrían darse los actos preparatorios y la ejecución.

---

6. ¿En qué fase del iter criminis de la negociación incompatible se ubica la intervención del tercero beneficiado (*extraneus*) que presenta su cotización, propuesta económica, entre otros, considerando que dicho delito se configura con el interés indebido?

Actos preparatorios

---

7. ¿Usted considera que en los delitos de carácter unilateral independientemente de que sean delitos comunes o de infracción del deber, es factible que exista la complicidad primaria?

Claro que sí, siempre que exista una colaboración de un tercero que sin su ayuda no pueda realizarse el delito.

---

8. ¿Usted considera que para sancionar penalmente al tercero beneficiado (*extraneus*) como cómplice primario del delito de negociación incompatible, su conducta o intervención debe estar fijado expresamente en la descripción típica de un delito?

No es necesario, pues la parte general del Código Penal ya reconoce esa circunstancia, en el artículo 25, que consiste en prestar auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado.

---

9. ¿En los delitos de infracción del deber (*como es la negociación incompatible*) el tercero beneficiado (extraneus) puede responder penalmente como cómplice primario, a pesar de que no tiene deberes funcionales extrapenales? En efecto, así lo establece el artículo 25 del Código Penal y antes de esta modificatoria que data de enero de 2017, se aplicaba la teoría de la unidad del título de imputación en la jurisprudencia peruana, en la mayoría de casos.

---

10. ¿La sanción penal del tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible contraviene el principio de legalidad y el principio de accesoriadad limitada de la participación? No, porque el artículo 25 establece este tipo de complicidad (primaria) de manera expresa y esta es una norma penal general.

---



JORGE A. PEREZ LÓPEZ  
ABOGADO  
REG. C.A.L. 36779

FIRMA DEL ENTREVISTADO

## GUIA DE ENTREVISTA

**TÍTULO:** *La sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.*

**INDICACIONES:** Este instrumento tiene como fin obtener su posición respecto al tema de investigación, en tal sentido, se agradece responder estas interrogantes.

**Entrevistado:** Hugo Felix Mendoza Malpartida.

**Cargo:** CEO y Abogado.

**Institución:** Estudio Jurídico Mendoza Malpartida & Asociados.

### Preguntas:

1. **¿Considera usted que bajo el principio de accesoriedad limitada, en nuestro ordenamiento jurídico penal se puede sancionar penalmente a un extraneus como partícipe de un delito contra la Administración Pública cometido por un funcionario público como es el caso de la negociación incompatible?**

Si, debido a que dicho principio únicamente exige que el hecho que comete un auto sea por lo menos típico y antijurídico, así como, quede por lo menos en grado de tentativa.

2. **¿Bajo qué artículo del Código Penal se puede sancionar al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario de un delito contra la Administración Pública como es el caso de la negociación incompatible?**

En virtud de los artículos 25 primer párrafo y tercer párrafo del Código Penal.

3. **¿Usted considera que si el tercero beneficiado no interviniese en el proceso de contratación pública (*presentando cotizaciones inválidas, ofertas sobrevaloradas, etc.*) el funcionario o servidor público hubiera podido interesarse indebidamente en su favor, otorgándole la buena pro, contratándolo, etc.?**

Efectivamente, ya que, si el tercero beneficiado no ingresare al proceso de contratación pública su cotización u oferta, el funcionario público con vínculo funcional, no podría materializar su interés indebido. A modo de ejemplo, si un proveedor no presenta su cotización el funcionario público por más que quiera otorgarle la buena no podría hacerlo, ya que no existiría en el proceso de contratación pública.

4. **¿Usted considera que los terceros beneficiados (*proveedores personas naturales o jurídicas*) que intervienen en un proceso de contratación pública (*presentando sus cotizaciones, propuestas, etc.*) que está cargo de un funcionario público con quien tiene un vínculo parentesco, amical o de otro tipo, actúan con dolo eventual de que tal funcionario se interesará indebidamente en su favor, en mérito a dicho vínculo?**

Considero que sí, que el tercero beneficiado puede actuar tanto por dolo eventual como dolo directo. En el primer caso, el funcionario público al ver que un conocido suyo (amigo o familiar) está participando como proveedor en un proceso de contratación pública que se encuentra a su cargo, estará motivado en favorecerlo y con ello plasmar su interés indebido en un contrato u operación. En el segundo caso, sería cuando el proveedor presenta su cotización luego de haber tomado conocimiento que el funcionario público le va a otorgar la buena pro.

5. **¿Qué fases externas del iter criminis existe o concurre en la negociación incompatible, considerando que dicho delito es uno de peligro abstracto?**

Los actos preparatorios, la consumación y el agotamiento.

6. **¿En qué fase del iter criminis de la negociación incompatible se ubica la intervención del tercero beneficiado (*extraneus*) que presenta su cotización, propuesta económica, entre otros, considerando que dicho delito se configura con el interés indebido?**

En la fase de actos preparatorios.

7. **¿Usted considera que en los delitos de carácter unilateral independientemente de que sean delitos comunes o de infracción del deber, es factible que exista la complicidad primaria?**

Sí, debe recordarse que si un delito es de carácter unilateral impide la existencia de la autoría mediata o coautoría, pero la complicidad primaria o secundaria.

8. **¿Usted considera que para sancionar penalmente al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible, su conducta o intervención debe estar fijado expresamente en la descripción típica de un delito?**

No es necesario, la participación delictiva en su modalidad de cómplice primario o secundario se rigen por las reglas del artículo 25 del Código Penal y no por el tipo penal en específico.

9. **¿En los delitos de infracción del deber (como es la negociación incompatible) el tercero beneficiado (extraneus) puede responder penalmente como cómplice primario, a pesar de que no tiene deberes funcionales extrapenales?**

Sí, debido a que los deberes extrapenales únicamente se exigen para ser autor de un delito de infracción del deber y no para ser cómplice primario.

10. **¿La sanción penal del tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible contraviene el principio de legalidad y el principio de accesoriadad limitada de la participación?**

No, ya que su sanción penal se hace conforme a lo dispuesto en el artículo 25 primer y tercer párrafo del Código Penal.



Hugo Félix Mendoza Malpartida  
ABOGADO  
Reg. CAL N° 63107

**FIRMA DEL ENTREVISTADO**

## GUIA DE ENTREVISTA

**TÍTULO:** *La sanción penal del tercero beneficiado como cómplice primario del delito de negociación incompatible en el Perú.*

**INDICACIONES:** Este instrumento tiene como fin obtener su posición respecto al tema de investigación, en tal sentido, se agradece responder estas interrogantes.

**Entrevistado:** Edward García Navarro

**Cargo:** abogado

**Institución:** Estudio Oré Guardia

### Preguntas:

1. **¿Considera usted que bajo el principio de accesoriadad limitada, en nuestro ordenamiento jurídico penal se puede sancionar penalmente a un extraneus como partícipe de un delito contra la Administración Pública cometido por un funcionario público como es el caso de la negociación incompatible?**

Sí, más aún si en la modalidad indirecta del acto de interesarse, el funcionario público requiere de un intermediario para ejecutar el delito. Nótese que el interesado que interviene en un concurso o contrato público es un extraneus y, en ese sentido, el sujeto activo se vale de él como intermediario.

2. **¿Bajo qué artículo del Código Penal se puede sancionar al tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario de un delito contra la Administración Pública como es el caso de la negociación incompatible?**

Los artículos 25 y del Código Penal.

3. **¿Usted considera que si el tercero beneficiado no interviniese en el proceso de contratación pública (*presentando cotizaciones inválidas, ofertas sobrevaloradas, etc.*) el funcionario o servidor público hubiera podido**

**interesarse indebidamente en su favor, otorgándole la buena pro, contratándolo, etc.?**

En teoría sí. Recuérdese la modalidad directa del acto de interesarse que permita que un empleado público intervenga sin intermediarios. Además, el beneficio que se percibirá por este acto delictivo le corresponde al empleado público, aunque pueda compartirlo con el particular. Es una modalidad “de papel”, ya que, por lo común, un empleado público no se expondrá como postor de un contrato público.

4. **¿Usted considera que los terceros beneficiados (*proveedores personas naturales o jurídicas*) que intervienen en un proceso de contratación pública (*presentando sus cotizaciones, propuestas, etc.*) que está cargo de un funcionario público con quien tiene un vínculo parentesco, amical o de otro tipo, actúan con dolo eventual de que tal funcionario se interesará indebidamente en su favor, en mérito a dicho vínculo?**

De plano, el dolo eventual no tiene cabida en la negociación incompatible por el interés económico que se tiene por el acto de función esperado. Sin embargo, sostengo que, en la modalidad indirecta de la negociación incompatible, puede darse el supuesto que el empleado público que tome por serio la posibilidad del beneficio indebido a un familiar o un amigo en un concurso público y aun así opta por entregarle la buena pro.

5. **¿Qué fases externas del iter criminis existe o concurre en la negociación incompatible, considerando que dicho delito es uno de peligro abstracto?**

En realidad, la figura penal es de consumación instantánea. Lógicamente, cuenta con actos preparatorios, mas no admite tentativa. Sin embargo, considero que se está ante un delito de peligro concreto, pues el interesarse -que se concreta con el acto de función- conlleva en sí el peligro real al bien jurídico protegido, empero, su emisión que acaece en un solo acto imposibilita actos de interrupción, aunque otros consideren que se puede fraccionar.

6. **¿En qué fase del iter *criminis* de la negociación incompatible se ubica la intervención del tercero beneficiado (*extraneus*) que presenta su cotización, propuesta económica, entre otros, considerando que dicho delito se configura con el interés indebido?**

La conducta del tercero se ejecuta en la etapa preparatoria del delito, más aún si su título de imputación es la de cómplice primario.

7. **¿Usted considera que en los delitos de carácter unilateral independientemente de que sean delitos comunes o de infracción del deber, es factible que exista la complicidad primaria?**

Esta pregunta se resuelve con la modalidad del acto de interesarse indirectamente. En esta forma de negociación incompatible el empleado público necesitará de terceros para poder ejercer la conducta típica. Este tercero puede, muy bien, conocer el plan criminal del sujeto activo y contribuir a su realización. De ser así, no cabe duda de que se trata de un cómplice primario. No es una concertación como sucede con la colusión, ya que en la negociación incompatible la infracción del deber le compete al empleado público y el tercero intermediario no tiene dominio en el delito. De ahí, lo complicado de afirmar que la negociación incompatible tenga un carácter exclusivamente unilateral.

8. **¿Usted considera que para sancionar penalmente al tercero beneficiado (*extraneus*) como cómplice primario del delito de negociación incompatible, su conducta o intervención debe estar fijado expresamente en la descripción típica de un delito?**

No lo considero necesario. Las reglas generales de la participación lo resuelven. No soy adepto a las técnicas legislativas casuísticas o detallistas.

9. **¿En los delitos de infracción del deber (*como es la negociación incompatible*) el tercero beneficiado (*extraneus*) puede responder penalmente como cómplice primario, a pesar de que no tiene deberes funcionales extrapenales?**

Sí. Se permite la comunicabilidad de las circunstancias especiales fundamentadoras de la incriminación de conformidad con el artículo 26 del Código Penal. Por tratarse de un delito de infracción de deber propio (fundamenta la responsabilidad, mas no la afecta, esto es, atenúa o agrava), no hay proscripción a la sanción penal del extraneus en este delito: en otras palabras, tiene vigencia la tesis de la ruptura de la unidad del título de imputación.

10. ¿La sanción penal del tercero beneficiado (extraneus) como cómplice primario del delito de negociación incompatible contraviene el principio de legalidad y el principio de accesoriadad limitada de la participación?

No, ya que lo autoriza el artículo 26 del Código Penal.



EDWARD GARCÍA NAVARRO  
CAL n.º 43180

**FIRMA DEL ENTREVISTADO**