



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

LA COMPLICIDAD DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y SU VULNERACIÓN AL PRINCIPIO
DE LEGALIDAD.

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTORA:

ANA SOFIA PAJARES SANCHEZ

ASESOR:

LUIS ALBERTO LEÓN REINALTT

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO PENAL

PERÚ-2018

DEDICATORIA

A mi amada madre Zoila, por su valioso y gran amor, por sus sacrificios, por haber estado conmigo en cada momento, por ser el pilar fundamental de mi vida, gracias por creer siempre en mí, Dios me permita, por lo menos, ser la mitad de la gran mujer que eres.

A mi hermano Freddy, por su cariño, su sacrificio y apoyo incondicional; gracias a ti logré formarme como profesional, todo esto, te lo debo querido hermano.

A mi padre Freddy, quien me animó a elegir esta maravillosa carrera, por su cariño y por los ánimos que me brindaste durante todos estos años.

A mi mami Sussana, quién desde el cielo, ha seguido cuidándome y guiándome en cada paso de mi vida.

A mi amiga y hermana Meyling, quien fue la persona con la que compartí todos estos años de universidad, gracias por esa amistad tan única y especial.

AGRADECIMIENTO

A Dios, quien me ha bendecido en cada trayecto y decisión en mi vida, y me otorgo las fuerzas necesarias para sobrepasar cada obstáculo.

A mi Asesor de Tesis Dr. Luis Alberto León Reinaltt, quien con sus conocimientos me oriento en el desarrollo de la presente investigación.

A mi prima Amy, quien contribuyó a la realización de la presente tesis, gracias por tu cariño y amistad, siempre has tenido las palabras precisas para darme el aliento suficiente.

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo ANA SOFIA PAJARES SANCHEZ, con Documento Nacional de Identidad N° 46966401, estudiante de la Universidad Cesar Vallejo de Trujillo, de la Carrera de DERECHO, presento la tesis titulada “LA COMPLICIDAD DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y SU VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD”, con la finalidad de cumplir con los requisitos señalados por el reglamento de nuestra facultad y cumpliendo los parámetros exigidos para tal finalidad; asimismo, DECLARO BAJO JURAMENTO que toda documentación que acompaño al presente trabajo de investigación se encuentra dentro de los límites de la veracidad y la autenticidad.

Asimismo, declaro bajo juramento que todos los datos e información consignada en la presente tesis son conforme a la verdad y autenticidad, contrastada con la realidad social.

En ese sentido, asumo la responsabilidad que al caso amerite ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de información o de documentos, de tal modo que ante cualquiera de estas premisas, me someto a lo que disponga la Universidad Cesar Vallejo en sus normas académicas y reglamentarias.

La autora.

PRESENTACIÓN

SEÑORES:

Integrantes del Jurado Calificador:

En cumplimiento a lo regulado en las normas vigentes del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad “Cesar Vallejo” de Trujillo, Facultad de Derecho, someto a vuestro criterio profesional la evaluación del presente trabajo de investigación que tiene por título “LA PUNIBILIDAD DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y SU VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD”, el cual ha sido elaborado para obtener el grado de Bachiller y Título de Abogado.

Con la entera convicción de que se le otorgará el valor justo y la aceptación adecuada y sobre todo, la apertura a sus observaciones respectivas, agradeciéndoles de manera anticipada por sus recomendaciones y apreciaciones que se brinden para enriquecer la investigación.

Trujillo, Julio del 2018.

ÍNDICE:

RESUMEN.....	10
ABSTRACT	11
1. INTRODUCCIÓN.....	12
1.1 APROXIMACIÓN TEMÁTICA	12
1.1.1 TRABAJOS PREVIOS	15
1.2 MARCO TEÓRICO	15
1.2.1 TEORÍA DEL DELITO	15
1.2.1.1 ELEMENTOS DEL DELITO:.....	15
1.2.1.1.1 LA ACCIÓN	15
1.2.1.1.2 TIPICIDAD	16
1.2.1.1.3 ANTIJURICIDAD	16
1.2.1.1.4 CULPABILIDAD	17
1.2.2 CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES:	18
1.2.2.1 Tenemos a los tipos por la relación entre la acción y el objeto de la acción:.....	18
1.2.2.1.1 Tipo de Resultado:	18
1.2.2.1.2 Tipo de Mera Actividad:	18
1.2.2.2 Tipos por el Menoscabo del Objeto de la Acción.	19
1.2.2.2.1 Tipos de Lesión:	19
1.2.2.2.2 Tipos de Peligro:	19
1.2.2.2.2.1 Tipos de Peligro Concreto:	20
1.2.2.2.2.2 Tipos de Peligro Abstracto:.....	21
1.2.2.3 Delitos de Infracción de Deber	22
1.2.3 Autoría y Participación:	22
1.2.3.1 La autoría:.....	22
1.2.3.1.1 La autoría en los delitos de dominio:	22
1.2.3.1.2 La autoría en los delitos de Infracción de deber:.....	23
1.2.3.2 La participación:	24
1.2.3.2.1 Complicidad.....	24
1.2.4 LA IMPUTACION OBJETIVA:.....	25

1.2.4.1 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER Y EL FUNDAMENTO DE SU PUNIBILIDAD.....	25
1.2.4.2 Título de imputación del extraneus en los delitos funcionariales.	26
1.2.4.2.1 A razón del Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionario.....	26
1.2.4.2.2 A razón de la modificación del artículo 25 del Código Penal.	27
1.2.5 El delito de negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano.....	27
1.2.5.1 Evolución legislativa:.....	27
1.2.5.2 EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y SUS ELEMENTOS TIPICOS.....	27
1.2.5.2.1 El delito de Negociación Incompatible como tipo de tendencia interna trascendente.	29
1.2.5.3 El bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible.	29
1.2.5.4 El delito de Negociación Incompatible como tipo de mera actividad y la intervención del extraneus en el lter Crimis.	29
1.2.6 El Principio de Legalidad.....	31
2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	32
3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO	32
4. OBJETIVOS GENERALES.....	33
5. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	33
6. DISEÑO DE INVESTIGACION.....	33
7. MÉTODOS:.....	34
8. TÉCNICAS:.....	34
9. INSTRUMENTOS:.....	34
10. RIGOR CIENTÍFICO:.....	34
11. ANÁLISIS CUALITATIVO DE LOS DATOS:.....	34
12. DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS:	36
13. DISCUSIÓN DE RESULTADOS:	39
14. CONCLUSIONES.....	44
15. RECOMENDACIÓN	45
16. REFERENCIAS.....	46

16.1 Bibliográficas.....	46
16.2 Linkografías.....	46
17. ANEXOS.....	48

RESUMEN

La tesis titulada “LA COMPLICIDAD DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y SU VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD” pretende dar a conocer sobre la problemática entorno a la falta de concertación jurisprudencial referente a la naturaleza jurídica del delito de negociación incompatible, a través del análisis de casaciones referente al mencionado delito.

Asimismo, esta investigación también se centra en determinar cuáles son los elementos típicos del delito de negociación incompatible, a través del estudio de textos dogmáticos, para la determinación de sus elementos típicos.

De igual manera, esta investigación analizara cada uno de los elementos normativos y subjetivos del delito de negociación incompatible, para fundamentar la clasificación del mismo en la doctrina.

En el presente trabajo, se desarrollará fundamentos jurídicos respecto a la imposibilidad de calificar al extraneus como cómplices en el delito de negociación incompatible sin atentar contra el principio de legalidad.

Palabras Claves: Extraneus, delito, Negociación Incompatible, Principio de Legalidad, Complicidad, mera actividad, peligro abstracto.

ABSTRACT

The thesis entitled "THE COMPRICIENCY OF THE EXTRANEUS IN THE CRIME OF INCOMPATIBLE NEGOTIATION AND ITS VULNERATION TO THE PRINCIPLE OF LEGALITY" aims to inform about the problematic environment to the lack of jurisprudential agreement regarding the legal nature of the incompatible negotiation crime, through the analysis of cassation referring to the aforementioned crime.

Likewise, this investigation also focuses on determining which are the typical elements of the incompatible negotiation crime, through the study of dogmatic texts, for the determination of its typical elements.

In the same way, this research will analyze each of the normative and subjective elements of the incompatible negotiation crime, to base the classification of the same in the doctrine.

In the present work, legal bases will be developed regarding the impossibility of qualifying the extraneus as complices in the crime of incompatible negotiation without violating the principle of legality.

Key Words: Extraneus, crime, Incompatible Negotiation, Principle of Legality, Complicity, mere activity, abstract danger.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 APROXIMACIÓN TEMÁTICA

Ocurre que en la aplicación del artículo 399° del Código Penal referente al delito de Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo, está generando incertidumbre jurídica respecto a la responsabilidad penal del tercero interviniente, es decir, de aquel sujeto o sujetos que no ostentan las cualidades especiales exigidas por el tipo (extraneus).

Para poder explicar la problemática resultante de la intervención del extraneus en el delito de negociación incompatible, es menester realizar precisiones dogmáticas de la estructura del tipo penal.

Su tipificación penal es la siguiente:

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo. El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Como se puede observar el legislador ha establecido como verbo rector del tipo penal el interesarse, sin embargo, podemos percibir que existe de igual modo, un elemento normativo del injusto, que es el termino indebidamente. A su vez, la redacción del delito de Negociación Incompatible, está constituido por un elemento subjetivo del injusto de tendencia interna trascendente (en provecho propio o de un tercero), esto quiere decir que el funcionario o servidor público al momento de interesarse de manera indebida, tiene que estar motivado para alcanzar una finalidad, un objetivo, un propósito (provecho propio o de un tercero). Este elemento subjetivo de tendencia interna trascendente del injusto, nos da a conocer que el delito se va a consumar independientemente que se logre o no el propósito, en consecuencia, estamos hablando de una consumación anticipada, porque no se necesita que el resultado se materialice (obtener provecho para sí mismo o un tercero).

A partir del análisis anterior de los elementos normativos y subjetivos del tipo, se puede afirmar que para su consumación no se necesita de un resultado separado espacio temporalmente de la conducta incriminada, por lo tanto, estamos hablando de un delito de mera actividad.

Partiendo de la concepción de que el delito de negociación incompatible es un delito de mera actividad, del cual basta con la realización de la conducta prohibida (interesarse de manera indebida en provecho de sí mismo o de un tercero) para que el tipo se consuma, ¿cómo entonces se podría atribuir la participación a título de cómplices, a los terceros intervinientes, que no son ni funcionarios ni servidores públicos (extraneus), si solo aquel obligado especial puede cometer la conducta incriminada?

Además, al ser un delito de mera actividad, no se podrá establecer una delimitación temporal que pueda definir la oportunidad de la intervención del extraneus, es decir, hasta que momento de la ejecución de dicho delito, se debe admitir la materialización de actos de participación.

En el ordenamiento jurídico se admite dos formas de participación: la complicidad y la instigación. La doctrina menciona que la complicidad se define como aquellos actos de contribución o auxilio que pueden darse antes o durante la ejecución del hecho punible, por lo tanto, no puede hablarse de complicidad después de la consumación del delito.

Para poder determinar los títulos de intervención delictiva es necesario aplicar las reglas de imputación objetiva y como el delito de negociación incompatible es considerado de mera actividad, se debe realizar una imputación objetiva del comportamiento.

Algunos autores y parte de la jurisprudencia nacional refieren que el delito de Negociación Incompatible es un delito especial propio, ya que en la redacción del tipo se indica ciertas características con el fin de realizar una restricción de los posibles autores (funcionario o servidor público), no obstante, otro sector de la doctrina y en algunas casaciones, se ha establecido que es un delito de infracción de deber, ya que la restricción de los posibles autores estará basada en la existencia de una institución del cual su fundamento de imputación del

comportamiento será el incumplimiento de un deber específico que exige una prestación positiva en el marco de una vinculación institucional.

Optando la posición de que el tipo penal de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, serán autores aquellos obligados especiales (funcionarios públicos), que posean un deber específico por razón de sus competencias en el marco de procedimientos contractuales (independientemente del dominio de hecho) y serán partícipes quienes intervengan o contribuyan a la realización de los actos de interés indebido (Teoría de la Unidad del Título de Imputación).

Sin embargo, en atención a lo establecido, el quebrantamiento de aquel deber específico por parte del obligado especial (funcionario o servidor público), no podría servir como sustento para distinguir autores de partícipes en un delito de mera actividad, ya que no existe una delimitación espacio temporal donde se pueda realizar aquel aporte o auxilio del extraneus.

Es por ello, que al no existir criterios uniformes sobre los elementos típicos normativos y subjetivos del delito de Negociación Incompatible, se está generando, en muchas ocasiones, la imputación a título de cómplices de aquellos terceros intervinientes o de aquellos extraneus beneficiados con la consumación de este delito, generándose así, una vulneración al principio de legalidad, ya que el legislador está en la obligación de precisar el contenido de sus leyes penales, pues las mismas deben propiciar certeza, deben describir con la mayor exactitud posible, las conductas prohibidas a fin de que los ciudadanos puedan conocerlas (lex certa).

La presente investigación busca establecer criterios interpretativos, para que sean aplicables a nivel nacional, referente a la imposibilidad de calificar al extraneus como cómplice del delito de negociación incompatible

1.1.1 TRABAJOS PREVIOS

TESIS: EL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

AUTOR: Ingrid Díaz Castillo, 2016 (Para obtener el grado de doctorado en derecho penal).

1.2 MARCO TEÓRICO

1.2.1 TEORÍA DEL DELITO

La teoría del delito, se ocupa de definir y explicar que es el delito en general, es decir, se encarga de definir las características de las conductas prohibidas, cuya realización implicaría la comisión de un delito.

Es así que, Villavicencio Terneros (2010) citando a Mir, menciona que “el objeto de la teoría del delito es plantear una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho Penal positivo permite atribuir al regular las conductas delictivas que estime importantes”.

De esta manera, para que una conducta pueda ser considerada como delito, tiene que ser típica, antijurídica y culpable.

1.2.1.1 ELEMENTOS DEL DELITO:

1.2.1.1.1 LA ACCIÓN

El autor Peña Cabrera Freyre, menciona que la acción debe ser entendida como:

“la conducta humana que puede manifestarse a partir de una acción u omisión, la dicción acto equivale en sentido jurídico a una variedad del hecho, esto es, el hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones de derecho” (Peña Cabrera Freyre, 2011, p.318).

Entonces, la acción vendría a ser, la realización de aquella conducta prohibida, esto es, la realización del verbo rector descrito en el tipo penal.

1.2.1.1.2 TIPICIDAD

La tipicidad es la particularidad que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo, es decir, individualizar como prohibida por un tipo penal.

Aunado a ello, Garcia Cavero (2011) citando a Beling, concluye que:

“la tipicidad constituye un elemento fundamental del delito que se encarga de describir la parte externa del hecho delictivo” (Garcia Cavero, 2011, p. 384).

Por lo tanto, la tipicidad viene a ser aquel juicio de valoración de una determinada conducta para poder determinar si es subsumible en un tipo penal, es por ello, que en virtud del principio de taxatividad (lex certa), el tipo penal de describir con la mayor exactitud las conductas prohibidas a fin de que los ciudadanos puedan conocerlas.

Es así que, Peña Cabrera (2004), menciona: “la información contenida en la norma, acerca del modelo de conducta prohibida o de mandato a realizar por el individuo, cobra concreción solo cuando en el proceso de adecuación de esta conducta, la describe, la descripción normativa, se circunscribe objetivamente a la conducta que se prohíbe”.

1.2.1.1.3 ANTIJURICIDAD

En principio se tiene que tener en cuenta la diferencia entre anti normatividad y antijuricidad, entendiéndose la primera como la vulneración de una norma en concreto a través de una conducta típicamente relevante, es decir la infracción de una norma de mandato o prohibitiva y la antijuricidad es el choque de la conducta contra todo el ordenamiento jurídico compuesto también de preceptos permisivos (causas de justificación).

Aunado a ello, Eugenio Zaffaroni (1986) menciona que “el método según el cual se comprueba la presencia de la antijuricidad

consiste en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ninguna parte del ordenamiento jurídico (ámbito penal, civil, laboral, etc.).

En este orden de ideas, es preciso mencionar la concepción bi-dimensional de la antijuricidad, es decir la antijuricidad formal y material, la primera consiste en aquella contradicción normativa de mandato o prohibición sin que se encuentre inmersa en una causa de justificación, mientras que la concepción material, implica la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico con un sentido comunicativo de perturbación social a través del desvalor de la acción y del resultado.

1.2.1.1.4 CULPABILIDAD

La culpabilidad es un principio elemental del Derecho Penal, es aquel juicio de valoración jurídico donde se evalúan las características personales del agente que realizó la conducta prohibida, para poder así, atribuirle la autoría del injusto penal.

La culpabilidad tiene una relación funcional con el injusto, puesto que en la culpabilidad el sujeto agente tiene la capacidad de ajustar su accionar al ordenamiento jurídico y a su vez, tener una valoración de la incidencia social obtenida.

Es por ello que, Raúl Zaffaroni (1985) menciona que:

“la culpabilidad es entendida como reprochabilidad, que al sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuricidad de su conducta y que las circunstancias en que actuó no le hayan reducido su ámbito de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo”. (Raúl Zaffaroni, 1985, p.664).

De esta manera, la culpabilidad significara las condiciones personales del agente para determinar la capacidad de comprensión de la prohibición con el fin de poder establecer los

niveles de examen que permitan la aplicación de consecuencias jurídicas.

1.2.2 CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES:

1.2.2.1 Tenemos a los tipos por la relación entre la acción y el objeto de la acción:

1.2.2.1.1 Tipo de Resultado:

Son aquellos delitos, cuya configuración se efectúa cuando existe una real y concreta afectación al bien jurídico protegido por el tipo.

Menciona Claus Roxin que:

“por delitos de resultado se entiende que son aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor”, (Roxin Claus, 1997, p. 328).

De esta manera Peña Cabrera (2010) establece “el resultado lesivo es consecuencia directa de la relación entre acción y resultado, que por lo general existe una delimitación temporal separada en el tiempo y en el espacio, es por ello que se da lugar a la tentativa como la frustración”.

1.2.2.1.2 Tipo de Mera Actividad:

Como lo señala Garcia Caverro, los delitos de mera actividad o mera conducta, se consuma:

“con la realización de la acción o de la omisión, sin que sea necesario constatar un resultado temporal y espacialmente separado de la conducta”, (Garcia Caverro, 2010, p.393).

De este modo, los delitos de mera actividad, se consuman con la sola realización de la conducta típica descrita en el tipo, por lo tanto el fundamento de la lesividad reposa en la misma realización de la acción y para su consumación no se necesita de un resultado separado de la misma.

1.2.2.2 Tipos por el Menoscabo del Objeto de la Acción.

1.2.2.2.1 Tipos de Lesión:

Para Peña Cabrera (2011), la configuración de éste tipo delictivo “se requiere necesariamente que el objeto de protección resulte efectivamente dañado: lesiones, daños, etc.; esto quiere decir, que la afirmación de la realización típica presupone necesariamente la realización de un riesgo no permitido que transforme materialmente el bien jurídico objeto de afectación”.

En los delitos de lesión, Roxin Claus menciona:

“que constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado”.

1.2.2.2.2 Tipos de Peligro:

En los delitos de peligro, para su consumación se necesita la puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo, es decir, la creación de un riesgo no permitido, Esto implica, que existe una protección anticipada de los bienes jurídicos protegidos, y en atención a la naturaleza del riesgo, estos pueden clasificarse en delitos de peligro concreto o peligro abstracto.

Inicialmente, existía una tesis subjetiva del peligro, en donde el juzgador debía apreciar en cada caso en concreto, cuál de las conductas conforme a la experiencia, devenían en peligrosas, sin embargo, esto conllevaría meras apreciaciones psicológicas.

Es por ello que Corcoy Bidasolo, menciona que:

“la teoría subjetiva no ofrecía un concepto de peligro, sino más bien, una definición de juicio de peligro”, (Corcoy Bidasolo, 1999, p.33).

Posteriormente, surgieron las tesis objetivas, tal es así, que Rodríguez Montañés, menciona: “las tesis objetivas de peligro, que a diferencia de las tesis subjetivas, defendieron el carácter real

del peligro como posibilidad o probabilidad de un resultado”, (Rodríguez Montañés, 1994, p.24).

Por lo que, para definir el carácter real de peligro de una acción, es menester tener en cuenta las circunstancias del hecho, en tal sentido que, si existiere la intervención del mismo agente o de un tercero para evitar la lesividad de la acción, ésta ya haya generado un riesgo y una alta probabilidad de producción de una lesión.

Sin embargo, para la relevancia jurídico penal del peligro, no se puede tener solo en cuenta los criterios subjetivos del juzgador ni la evaluación del nivel de riesgo de las conductas, sino que es necesario tener una concepción valorativa de peligro.

De esta manera Corcoy Bidasolo, establece que “el peligro normativo se concibe como probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal, debiendo suponer dicha probabilidad una entidad rayana en la seguridad de lesión para que esté legitimada la consideración de típica de esa conducta, en ese contexto, la relevancia penal de la probabilidad de lesión al bien jurídico requerirá tomar en cuenta variables como la clase de bien jurídico afectado o la ponderación de la utilidad social de la actividad desarrollada, pues la perspectiva causal naturalista es un indicio necesario pero no suficiente para dotar de contenido al peligro”.

1.2.2.2.1 Tipos de Peligro Concreto:

En estos tipos de delitos, García Caverro, citando a Roxin, menciona que “el tipo penal exige que en el caso en concreto se hayan presentado todas las condiciones para la lesión del objeto sobre el que recae la acción, no produciéndose dicha lesión por razones fortuitas”.

Aunado a ello, Peña Cabrera (2004), establece que “el peligro es concreto cuando existe un alto grado de probabilidad de producción de un daño, o mejor dicho de una lesión según las concretas circunstancias existentes desde una valoración,

donde se verifique que en realidad el foco del riesgo generado por el autor tenía la aptitud suficiente para provocar un estado de lesión al bien jurídico objeto de afectación”.

De esta manera, Luzón Peña menciona:

”Los delitos de peligro concreto requieren un resultado de concreto peligro al bien jurídico separado espaciotemporalmente de la acción”, (Luzón Peña, 1996, p.314).

Por lo tanto la materialidad de la prohibición respecto al potencial riesgo de afectación del bien jurídico protegido por este delito, fundamenta la intervención del Derecho Penal.

1.2.2.2.2 Tipos de Peligro Abstracto:

En los delitos de peligro abstracto, solo se requiere la peligrosidad de la conducta, sin necesitar un peligro efectivo de la misma, es por ello, que Peña Cabrera (2011) establece “ en los delitos de peligro abstracto, ya no se trata en realidad de una anticipación de la consumación, a un estado previo de lesión, propio de los delitos de peligro concreto, sino la definición normativa de ciertos comportamientos socialmente peligrosos, cuya realización requiere únicamente de la verificación de un determinado estado en si riesgoso para la integridad de un bien jurídico”.

De este modo, se puede entender que la peligrosidad de la acción viene definida legislativamente, es decir, que dicha peligrosidad constituye un elemento del tipo del injusto, por lo tanto, la conducta descrita en los delitos de peligro abstracto, no solamente deben adecuarse a las descripciones típicas, sino que también deben constituir acciones antinormativa que produzcan peligrosidad contra el bien jurídico protegido por el tipo.

Siendo ello así, Aguado Correa ha señalado:

“que los delitos de peligro abstracto como los delitos de lesión y de peligro concreto, encuentran su justificación en la protección de bienes jurídicos, esencialmente, de los bienes jurídicos colectivos”, (Aguado Correa, 2014, p.69-70).

Asimismo, Luzón Peña menciona:

”Los delitos de peligro abstracto resultan ser delitos de mera actividad, en tanto se conforman con que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico”, (Luzón Peña, 1996, p.314).

1.2.2.3 Delitos de Infracción de Deber

Jakobs menciona que en los delitos de infracción de deber, su responsabilidad se fundamenta en el quebrantamiento de un deber especial, dicho deber, es parte de una institución, es decir, existe un deber específico que garantiza una relación ya existente entre el autor y el bien jurídico protegido.

De esta manera, Sanchez Vera Gómez – Trelles (2002), establece “la punibilidad se fundamenta en la infracción de un deber positivo; si, además, el autor posee el dominio del hecho sobre el suceso, ello es irrelevante para la fundamentación de su punibilidad como autor de un delito de infracción de deber”.

1.2.3 Autoría y Participación:

1.2.3.1 La autoría:

1.2.3.1.1 La autoría en los delitos de dominio:

La teoría que combina satisfactoriamente los aspectos subjetivos y objetivos para la determinación de la autoría y participación en un delito, es sin duda, la Teoría del Dominio de Hecho, esta teoría, menciona que será autor aquel que controla la toma de decisión y el desarrollo de la ejecución del hecho, por lo tanto, es aquel que tiene el control final sobre el mismo.

De esta manera, Garcia Cavero menciona:

“será autor en los delitos de peligro, aquel que realizo la conducta creadora del riesgo, y será autor en los delitos de lesión, aquel que realizo el resultado delictivo”, (Garcia Cavero, 2011, p.683).

Es así que, las formas de autoría en el Código Penal son las siguientes:

Sera autor directo, aquel que ejecute personal y materialmente el delito, y en los casos de los delitos de peligro, Garcia Cavero (2011) establece “la creación de un riesgo penalmente prohibido por un sujeto responsable no autoriza, sin más, a asumir una autoría directa, sino que es necesario que ese sujeto sea competente preferentemente por la creación de dicho riesgo y, dado el caso, por su realización en el resultado”. El autor mediato, es aquel que ejecuta el hecho utilizando un intermediario, dicho intermediario debe encontrarse en una situación de subordinación con respecto al autor mediato, si el intermediario tiene la capacidad fáctica de dominar el hecho, no habrá autoría mediata. Finalmente se define a la coautoría, como el acuerdo o concierto de voluntad donde existe una distribución de roles y ejecución conjunta, y será aplicable el Principio de Imputación Reciproca, esto quiere decir que, cuando alguno de los coautores ejecuta el hecho, todos responden por el mismo hecho ejecutorio, el cual, también es aplicable en los casos de tentativa.

1.2.3.1.2 La autoría en los delitos de Infracción de deber:

La fundamentación de la punibilidad se fundamenta, como lo establece Jakobs, en el quebrantamiento de un deber especial que pertenece a una institución, entendiéndose a esta como realidades previas ya conformadas, del cual brinda un status especial al obligado, que tiene el deber de garantizar las expectativas de protección referidas al mantenimiento de bienes jurídicos.

De esta manera el autor, ya se encuentra inmerso en un mundo ya configurado (institución), aunado a ello, Sanchez Vera Gómez – Trelles (2002), establece “ el obligado positivamente que quebranta su deber, responde siempre como autor de un delito de infracción de deber, es indiferente si junto a dicho obligado coadyuva para la producción del resultado típico un actuante, con o sin dominio del hecho, un emitente o, simplemente las fuerzas de la naturaleza, el obligado siempre responde como autor”.

1.2.3.2 La participación:

1.2.3.2.1 Complicidad

Tal y como lo establece el Art. 25 del código penal peruano, la complicidad constituye una forma de participación.

Es así que Bramont Arias (2000), menciona que “la complicidad está constituida por las contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, que son útiles para la realización de un delito, así lo actos de complicidad pueden darse en la fase de preparación del delito o durante la ejecución del mismo”.

Asimismo, Peña Cabrera (2011) establece:

“la esencia de la complicidad consiste en la ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho”, (Peña Cabrera, 2011, p.580).

Por otro lado, Garcia Cavero (2011) determina que “los actos de complicidad pueden presentarse en el momento de preparación del delito o durante su ejecución, una vez consumado el delito, solo los actos que, en unidad de acción con la ejecución del delito, ayuden al agotamiento del mismo, de esta manera, podrían dar lugar a una complicidad punible”.

No obstante, Castillo Alva, citando a Hurtado Pozo, manifiesta que “en el Perú, la complicidad es admitida solo hasta la fase de consumación, excluyendo cualquier otra extensión o aporte

posterior a dicha fase, pues de lo contrario, se infringiría el principio de legalidad; debido a que, en el tipo penal al determinar el ámbito del injusto se delimita también el ámbito de actuación penalmente relevante tanto para los autores como los partícipes”.

Por lo tanto, los actos de contribución o auxilio por parte del cómplice, no pueden darse después de la consumación del delito.

1.2.4 LA IMPUTACION OBJETIVA:

Es así que García Caveró, define a la imputación objetiva como:

“el instrumento conceptual que sirve para determinar la tipicidad objetiva de los delitos de mera actividad y de resultado, de peligro y de lesión, de acción o de omisión, dolosos y culposos”, (García Caveró, 2011, p.406).

Esta teoría de imputación objetiva requiere constatar, en principio, que la acción del sujeto agente haya creado un peligro jurídicamente desaprobado (imputación objetiva de la conducta) y, posteriormente, que el resultado es fruto de ese peligro producido (imputación objetiva del resultado).

Así mismo Villavicencio Terreros (2007), menciona que “La imputación objetiva tiene como fundamento los distintos roles asumidos por cada sujeto, estos pueden acaecer en roles generales de los ciudadanos (delitos de dominio) o de roles especiales establecidos en una institución (delitos de infracción de deber), no obstante, aquella defraudación de roles no debe estar inmersos en aquellos riesgos permitidos, de lo contrario se excluiría la imputación”.

1.2.4.1 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER Y EL FUNDAMENTO DE SU PUNIBILIDAD.

En los delitos de infracción de deber la imputación se fundamenta en el quebrantamiento de un deber positivo, este deber positivo y especial proviene de realidades previas ya conformadas, es decir en virtud de competencias institucionales.

De esta manera Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2002) menciona que “ el obligado al encontrarse en un status especial, estará ostentado de derechos y deberes del cual tienen como fin brindar una garantía de las expectativas referidas al mantenimiento de aquel bien jurídico que es responsable, de este modo la responsabilidad en virtud de una relación institucional, es inmediata; por lo tanto se convierten los delitos de dominio en delitos de infracción de deber, cuando el autor sea un obligado especial (quebrantando su deber institucional)”.

La imputación objetiva del comportamiento, García Caveró (2011), menciona precisiones de su constitución:

“Está constituida por el incumplimiento de un deber específico que exige una prestación positiva en el marco de una vinculación institucional.

La imputación debe responder a tres cuestiones:

- ✓ Quien esta institucionalmente obligado.
- ✓ Como se infringe el deber especial.
- ✓ Los límites de la competencia institucional.

1.2.4.2 Título de imputación del extraneus en los delitos funcionariales.

1.2.4.2.1 A razón del Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionario.

La ponencia que obtuvo la mayoría de votos, fue la abordada por José Antonio Caro John, donde menciona que debido a que el Código Penal Peruano, acoge la tesis de la accesoriedad de la participación, el extraneus siempre responderá en calidad de cómplice en los delitos funcionariales, debido a que los actos de complicidad, no gozan de una autonomía típica propia, porque responderán en función del delito cometido por el intraneus (sujeto público), todo ello, en virtud de la tesis de la unidad del título de imputación.

1.2.4.2.2 A razón de la modificación del artículo 25 del Código Penal.

Dicha modificación, se basa en la Teoría de la Unidad del título de imputación, esto quiere decir que responderán los agentes obligados (intraneus) como autores de los delitos funcionariales, y aquellos que intervinientes particulares (extraneus), responderán por el mismo delito como cómplices.

1.2.5 El delito de negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano.

1.2.5.1 Evolución legislativa:

El delito de negociación incompatible, fue regulado desde el Código Penal del año de 1863 en el artículo 345°, cuya redacción se ha mantenido en los códigos de los años de 1924 y 1991.

Posteriormente, como menciona Salinas Siccha, “el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en el texto original del Código Penal se encontraba regulado en el artículo 3970, sin embargo, con la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004, que modificó el texto punitivo, se le reubica al artículo 399, incrementando la penalidad para esta conducta de corrupción”.

La última modificación fue efectuada por la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, cuyo texto es el vigente actualmente.

1.2.5.2 EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y SUS ELEMENTOS TÍPICOS.

El tipo penal de Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, es un delito de infracción de deber, ya que el funcionario o servidor público (intraneus) es un obligado especial, ya que al interesarse de manera indebida está quebrantando el deber positivo institucional (la administración pública), sin embargo, existe mucha discrepancia a nivel dogmático y jurisprudencial respecto a su clasificación.

Del mismo modo Peña Cabrera, establece “siguiendo el patrón denominador de los injustos típicamente funcionales, autor del delito de negociación incompatible solo pueden serlo aquel que ostenta el pleno

ejercicio del cargo público, constituyendo un delito especial propio”, (Peña Cabrera, 2014, p. 649)

De esta manera podemos determinar que el sujeto activo de este delito solo puede ser aquel obligado especial (Funcionario o Servidor Público), que tiene deberes positivos provenientes de una institución (intraneus).

El verbo rector del tipo es el interesarse, el cual significa atañer, concernir, incumbir, compromete o importa algo; sin embargo este interés debe ser indebido, es por ello que, Castillo Alva menciona “el interesarse de manera indebida implica una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dadas las circunstancias, una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son de la administración pública”.

Interesarse de forma indirecta y a través de un acto simulado, La Ejecutoria Suprema del Exp. 066-2011 establece que “... y en este sentido, cuando se alude a interesarse de manera indirecta el agente (funcionario o servidor público) se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su interés indebido. A su vez, el acto simulado alude también a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando actuar defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales”

La resolución emitida por la Sala de Apelaciones del Exp. 23-2012 establece que “el acto simulado alude a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando actuar defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales”.

1.2.5.2.1 El delito de Negociación Incompatible como tipo de tendencia interna trascendente.

Los delitos de tendencia interna trascendente, Villavicencio Terreros (2010), citando a Politoff, establece “que se tratan de delitos cuya parte interna requiere de una intención especial, que no corresponde a la parte externa objetiva. Esta intención especial consiste en la búsqueda de un resultado diferente al exigido típicamente y que, por ende, no es exigible para su consumación del delito, debiendo entenderse solo para efectos de llenar el tipo”.

Aplicando esta definición al delito de Negociación Incompatible, debido a que en su estructura se encuentra un elemento subjetivo del tipo de tendencia interna trascendente (en provecho propio o de un tercero), podemos establecer que para su consumación, no es necesario obtener aquel provecho, por lo tanto estamos frente a una consumación anticipada, puesto que no es necesario que ese propósito se llegue a materializar.

1.2.5.3 El bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible.

Castillo Alva menciona que “el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es la transparencia con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo que se relacionan con los contratos y operaciones en las que participan en representación del Estado”.

Por su parte, Reategui Sanchez (2016), menciona que “el bien jurídico tutelado es genéricamente la administración pública, y específicamente la lealtad de los funcionarios y empleados del Estado, expuesta a través de su prescindencia e imparcialidad”.

1.2.5.4 El delito de Negociación Incompatible como tipo de mera actividad y la intervención del extraneus en el Iter Crimis.

Debido a que la estructura del tipo, no exige para su consumación de un resultado separado espacio – temporal de la conducta incriminada (interesarse de manera indebida), podemos afirmar que el delito es de

mera actividad, así como lo establece gran parte de la doctrina, por lo tanto no se podrá establecer una delimitación temporal que pueda definir la oportunidad de la intervención del extraneus, es decir hasta que momento de la ejecución de dicho delito se debe admitir la materialización de actos de participación.

Entiendo al Iter Criminis, como los pasos o fases que transita el desarrollo del delito, el cual, se desarrollan a nivel de dos fases sucesivas: la interna (ideación) y la externa (preparación, ejecución y agotamiento); por lo tanto, el Iter Criminis del delito de Negociación Incompatible, por ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, será de la siguiente manera:

Ideación	Preparación	Ejecución/Consumación	Agotamiento
----------	-------------	-----------------------	-------------

De esta manera, se puede observar, que para determinar la fase de ejecución del delito de Negociación Incompatible, basta con la realización de la conducta típica descrita en el tipo (interesarse indebidamente); y que para su consumación no es necesario obtener el provecho propio o de un tercero. Así, Reátegui Sánchez (2016), señala:

“No se exige que el sujeto activo efectivamente se haya beneficiado con la operación contractual, basta probar con el solo interés del funcionario o servidor público”.

Por lo tanto, cuando el delito de Negociación Incompatible, se encuentre en la fase de ejecución (interesarse indebidamente con la operación contractual) por parte del funcionario o servidor público, también se habrá realizado la consumación del mismo.

De esta manera, no cabe la posibilidad de intervención en calidad de cómplice del extraneus (aquel obligado especial), en el Iter Criminis del delito de Negociación Incompatible, debido a que solo el obligado especial puede cometer la conducta incriminada (intraneus), y es por

ello, que, al darse una consumación anticipada, no se puede atribuir dicha complicidad, puesto que, en el Perú, la complicidad es admitida solo hasta la fase de consumación.

1.2.6 El Principio de Legalidad.

Como lo define Villavicencio Terreros (2007), el Principio de Legalidad:

“es el principal límite de la violencia punitiva que el sistema penal del Estado ejercita, se trata de un límite típico de un Estado de Derecho, (Villavicencio Terreros, 2010, p.89).

Así mismo Roxin Claus establece que “el Principio de Legalidad sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva”, (Roxin Claus, 1997, p. 137).

El Principio de Legalidad por lo tanto va establecer una serie de garantías, así como lo señala Villavicencio Terreros (2010) “Al legislador se le exige que formule las descripciones de los delitos de la manera más precisa posible (nullum crimen sine lege certa). La ley penal debe ser redactada con la mejor precisión posible (lex certa)”.

Así mismo Villavicencio Terreros, citando a Bustos, menciona que otra garantía que proporciona el Principio de Legalidad es nullum crimen, nulla poena Sine lege scripta, este principio busca la seguridad jurídica, en los términos que es la ley, y no otra fuente, la que representa la voluntad jurídica popular de la sociedad. Esta es la fundamentación democrática representativa del Principio de Legalidad.

Entonces los tipos penales deben estar elaborados con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan determinar cuál es la conducta prohibida, exigiendo al legislador un máximo de taxatividad.

Nuestra constitución en el Artículo 2, inciso 24, literal “d”, señala que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 00156-2012-PHC/TC, ha establecido que “el subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo”.

Por lo tanto, las interpretaciones de las leyes penales deben tener como base el respeto y la no vulneración del Principio de Legalidad, para poder brindar el verdadero sentido de la ley penal a fin de aplicarlas de manera correcta a casos en concreto para obtener una solución jurídica eficaz.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿La imputación a título de complicidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, vulneraría el Principio de Legalidad?

3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La presente investigación, justifica su desarrollo metodológico al explicar a través de Dogmáticas Penales, la correcta interpretación de los elementos normativos y subjetivos del delito de negociación incompatible, para establecer así la naturaleza del tipo y con el fin de determinar los alcances de imputación del mismo.

Su relevancia se funda en los alcances de impacto jurídico y social, ya que, a través de los estudios dogmáticos y jurisprudenciales, se podrá obtener pautas generales, al momento de realizar las calificaciones de intervención delictiva (determinación de autores y partícipes) y de esta manera no generar incertidumbre jurídica y la vulneración del Principio de legalidad y sus garantías. La utilidad del estudio de la dogmática penal y de los acuerdos jurisprudenciales en el delito de negociación incompatible, traerá consigo un gran aporte para los operadores del derecho, al momento de subsumir una conducta delictiva al tipo penal idóneo y así poder determinar la calificación de intervención delictiva, de manera más acertada.

Los beneficiarios directos del presente proyecto de investigación son los Fiscales al momento de realizar su requerimiento acusatorio, ya que tendrán criterios específicos al momento de subsumir una conducta ilícita al delito de negociación incompatible y más aún, al momento de calificar la conducta del extraneus.

La viabilidad del trabajo va a depender del aporte jurídico dogmático de la presente investigación, que, en contraste con la jurisprudencia nacional y el derecho comparado, se pueda obtener criterios jurídicos más uniformes, respetando el Principio de Legalidad.

4. OBJETIVOS GENERALES.

- Determinar si la naturaleza del delito de negociación incompatible permite admitir la complicidad del extraneus sin vulnerar el principio de legalidad.

5. OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Analizar los elementos normativos y subjetivos del delito de negociación incompatible.
- Determinar porque el delito de negociación incompatible es un delito de mera actividad y de peligro abstracto.
- Analizar las casaciones referentes a posibilidad de admitir la complicidad del extraneus en el delito de negociación incompatible.

6. DISEÑO DE INVESTIGACION.

Aspectos materiales de investigación y estudio

MATERIAL DE ESTUDIO:

- ✓ Doctrina
- ✓ Legislación nacional.

MATERIAL DE INVESTIGACION:

- ✓ POBLACIÓN: se analizarán las Casaciones de la Corte Suprema de Justicia del Perú relativas al delito de Negociación Incompatible.
- ✓ MUESTRA: se analizarán 3 Casaciones de la Corte Suprema de Justicia del Perú relativas a la naturaleza jurídica del delito de negociación incompatible.

7. MÉTODOS:

Método Inductivo: mediante el estudio de las casaciones, nos permitirá describir el problema relativo a la participación del extraneus en el delito de aprovechamiento indebido de cargo, hasta la naturaleza del mismo.

Método Hermenéutico – argumentativo: Será usado en la interpretación de los textos legales, constitucionales y doctrinales relativos al delito de aprovechamiento indebido de cargo.

Método Analítico Sintético: Será aplicado en la ejecución de la presente investigación de manera global; ya que nos permitirá analizar la bibliografía necesaria y posteriormente sintetizar el tema materia del presente proyecto.

Método Exegético: Constituye el estudio lineal de las normas del texto legislativo e constitucional para comprender la naturaleza del delito de negociación incompatible y la participación del extraneus en el mismo.

8. TÉCNICAS:

Técnica de Acopio Documental: Se aplicará la obtención de la información de diferentes libros de autores nacionales y extranjeros, así como legislación nacional, publicaciones relacionadas con el tema de investigación.

Técnica de Fichaje: Será utilizada en la recolección de datos bibliográficos.

9. INSTRUMENTOS:

Fichas Bibliográficas: La información doctrinal se recolectará a través de fichas bibliográficas

Ficha de Resumen: presentan la información esencial y básica en forma condensada.

10. RIGOR CIENTÍFICO:

Persigue hacer un análisis del lenguaje penal; y, por otro lado, al impacto social; es decir, no buscar sólo una investigación dogmática, sino jurídico – social.

Para el análisis de datos del presente trabajo de investigación, se utilizará el método inductivo en las Casaciones y el método analítico sintético de la doctrina relacionada con el delito de negociación incompatible.

11. ANÁLISIS CUALITATIVO DE LOS DATOS:

Para el análisis de datos del presente trabajo de investigación, se utilizará los Método Analítico Sintético, para analizar y sintetizar la información contenida en

las casaciones, teniendo como referencia los objetivos generales y específicos, desde un método sistematizado.

✓ Aspectos Éticos.

El presente proyecto de investigación se apoya en la ética de investigación, debido que al momento de mencionar las distintas teorías dogmáticas, los pronunciamientos jurisprudenciales, se realizara las pertinentes citas bibliográficas que se encuentran tanto en el desarrollo de la presente investigación como en las referencias bibliográficas, con el fin de no transgredir el Derecho a la Propiedad Intelectual.

12. DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS:

Resultado N° 01

Elementos Normativos y Subjetivos del delito de Negociación Incompatible.

Casación N°841 – 2015 - Ayacucho	<p>En la mencionada casación, determinan que el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, de igual modo, establecen que debido a la estructura típica del mencionado delito, no permite la intervención de un tercero, porque no es un delito de participación necesaria, ya que, de otro modo, se estaría subsumiendo en otro tipo penal. De igual modo, mencionan que el delito de negociación incompatible se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular.</p> <p>La mencionada casación, establece que en la estructura del tipo, existe un elemento de tendencia interna trascendente, el cual es “para obtener un provecho propio o para un tercero”.</p>
----------------------------------	---

Resultado N°02

El delito de negociación incompatible como delito de mera actividad y peligro abstracto

Casación N°23 – 2016 - Ica	En esta casación, se determina que el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible es el
----------------------------	---

	<p>correcto funcionamiento de la administración pública, de igual modo, mencionan que el delito de negociación incompatible, es un delito especial propio, en relación a la admisibilidad de la participación en el mencionado delito, determinan que si es posible la participación de carácter doloso, y que la complicidad solo será admitida, si se demuestra que actuaron con conocimiento de que se estaba anteponiendo los intereses particulares al de la administración pública en beneficio propio o de un tercero.</p>
--	---

Resultado N°03

Posibilidad de admitir la complicidad del extraneus en el delito de negociación incompatible

<p>Casación N°231 – 2017 - Puno</p>	<p>En la mencionada casación, en principio establecen que el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible, es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, y que para su configuración no es necesario un perjuicio efectivo al patrimonio del estado, y que por esa razón constituye un delito de peligro. Aunado a ello, precisan que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro</p>
-------------------------------------	---

	<p>concreto, y que respetando el principio de lesividad, la acción debe estar a una producción real de un riesgo (resultado), debido a que el elemento de provecho propio o de tercero, es el elemento que se acusa y por lo tanto debe implicar un riesgo inminente para el Estado.</p>
--	--

13. DISCUSIÓN DE RESULTADOS:

Discusión de resultados N° 01

- Elementos típicos del delito de Negociación Incompatible.

De la revisión doctrinaria sobre los elementos típicos del delito de negociación incompatible, tenemos que, el autor Peña Cabrera, establece “siguiendo el patrón denominador de los injustos típicamente funcionales, el autor del delito de negociación incompatible solo pueden serlo aquel que ostenta el pleno ejercicio del cargo público, constituyendo un delito especial propio”, asimismo en la Casación N 841-2015 Ayacucho “califica al delito de negociación incompatible como un tipo de infracción de deber. El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber institucionalizado – normativizado- que solo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición, conforme a lo indicado, podemos establecer lo siguiente que, el sujeto activo del delito de negociación incompatible, independientemente que sea considerado como un delito de infracción de deber o un delito especial propio, será siempre el funcionario o servidor público que ostente las competencias y facultades de intervención en los procesos de contratación o adquisición.

Respecto al verbo rector interesarse establecido en el delito de negociación incompatible, el cual significa atañer, concernir, incumbir, compromete o importa algo este viene constituido de un elemento normativo del tipo, que es el interesarse indebidamente, es por ello que, Castillo Alva menciona “el interesarse de manera indebida implica una pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes del cargo y que asume dadas las circunstancias, una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son de la administración pública”, aunado a ello, la Casación N°841-2015 Ayacucho, ha establecido que, “por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que es el que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él”. Que, en ese sentido, se puede determinar que existe concordancia, a nivel doctrinal y jurisprudencial, para establecer cuál es el verbo descrito en el delito de negociación incompatible, asimismo en la mencionada

casación, establecen que el término “en provecho propio o de un tercero”, constituye un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente, para entender la implicancia de este elemento, es necesario citar al autor Villavicencio Ternero donde establece que “se tratan de delitos cuya parte interna requiere de una intención especial, que no corresponde a la parte externa objetiva. Esta intención especial consiste en la búsqueda de un resultado diferente al exigido típicamente y que, por ende, no es exigible para su consumación del delito, debiendo entenderse solo para efectos de llenar el tipo”, de esta manera, aplicando lo establecido por el autor al delito de Negociación Incompatible, debido a que en su estructura se encuentra un elemento subjetivo del tipo de tendencia interna trascendente (en provecho propio o de un tercero), tal y como se menciona a nivel jurisprudencial en la Casación N°841 – 2015 Ayacucho, podemos establecer que para su consumación, no es necesario obtener aquel provecho, no es necesario que ese propósito se llegue a materializar, para términos de consumación.

Discusión de resultados N° 02

- El delito de negociación incompatible como delito de peligro abstracto y de mera actividad.

Para el autor Peña Cabrera, establece que “ en los delitos de peligro abstracto, ya no se trata en realidad de una anticipación de la consumación, a un estado previo de lesión propio de los delitos de peligro concreto, sino la definición normativa de ciertos comportamientos socialmente peligrosos, cuya realización requiere únicamente de la verificación de un determinado estado en si riesgoso para la integridad de un bien jurídico”, por lo tanto la conducta ilícita descrita en el tipo, debe significar un estado riesgoso para la integridad de bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible, para ello es necesario mencionar lo establecido por el autor Castillo Alva “el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es la transparencia con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo que se relacionan con los contratos y operaciones en las que participan en representación del Estado”, por lo tanto al efectuar un interés indebido con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero, ya se estaría produciendo el riesgo de peligro al bien jurídico, sin la

necesidad de producirse un resultado de concreto peligro al bien jurídico separado espacio temporalmente de la acción.

Siendo así, Luzón Peña menciona que “los delitos de peligro abstracto resultan ser delitos de mera actividad, en tanto se conforman con que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico”, dicho esto, se puede determinar que los delitos de peligro abstracto están configurados a la vez como delitos de mera actividad.

En palabras de Garcia Caveró, los delitos de mera actividad o mera conducta, se consuma con la realización de la acción o de la omisión, sin que sea necesario constatar un resultado temporal y espacialmente separado de la conducta”, asimismo, el autor Peña Cabrera menciona, que en los delitos de mera actividad “no se encuentran integrados ningún resultado exterior que vaya más allá de la realización de la acción del tipo”, de esta manera podemos establecer doctrinariamente, que los delitos de mera actividad se consuman con la sola realización de la conducta típica descrita en el tipo, por lo tanto el fundamento de la lesividad reposa en la misma realización de la acción y para su consumación no se necesita de un resultado separado de la misma. Aplicando lo dicho por los autores al delito de negociación incompatible, se puede determinar que la consumación del mismo, se efectúa con la sola realización del verbo rector (interesarse indebidamente), no obstante, existe un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente, que es en provecho propio o para un tercero, del cual constituye la motivación o finalidad, que tendrá el autor para realizar la conducta típica, no siendo necesario la obtención de dicho provecho, para la consumación del tipo.

No obstante, en la Casación N° 231 – 2017 PUNO, precisan que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, y que respetando el principio de lesividad, la acción debe estar a una producción real de un riesgo (resultado), debido a que el elemento de provecho propio o de tercero, es el elemento que se acusa y por lo tanto debe implicar un riesgo inminente para el Estado, sin embargo esta posición, no tiene concordancia con lo desarrollado en la doctrina sobre la clasificación de los tipos, dicho esto, es necesario establecer el concepto de los tipos de peligro concreto, para ello, el autor Peña Cabrera establece que “el peligro es concreto cuando existe un alto grado de probabilidad de producción de un daño, o mejor dicho de una lesión según las concretas

circunstancias existentes desde una valoración, donde se verifique que en realidad el foco del riesgo generado por el autor tenía la aptitud suficiente para provocar un estado de lesión al bien jurídico objeto de afectación”, dicho esto, la postura optada en la mencionada casación, referente a que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, se estaría asumiendo también, que constituye un delito de lesión, y como ya se ha analizado, debido a la estructura típica del delito de negociación incompatible, no es necesario la producción de un resultado de concreto peligro al bien jurídico protegido, separado espacio temporalmente de la acción (interesarse de manera indebida), ya que no es exigible la producción de un provecho propio o para un tercero, para su configuración.

Discusión de Resultado N°03

- Posibilidad de admitir la complicidad del extraneus en el delito de negociación incompatible

Casación N°23 – 2016 – Ica, determinan que si es posible la participación de carácter doloso en el delito de negociación incompatible y que la complicidad solo será admitida, si se demuestra que actuaron con conocimiento de que se estaba anteponiendo los intereses particulares al de la administración pública en beneficio propio o de un tercero.

En tal sentido, se debe mencionar que en el artículo 25 del código penal, se encuentra regulada la complicidad como el que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, asimismo el autor Bramont Arias, menciona que “la complicidad está constituida por las contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, que son útiles para la realización de un delito, así lo actos de complicidad pueden darse en la fase de preparación del delito o durante la ejecución del mismo”, dicho esto, se puede asumir que los actos de contribución o auxilio por parte del cómplice, no pueden darse después de la consumación del delito.

Entonces el delito de negociación incompatible, al ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, no se podrá establecer una delimitación temporal que pueda definir la oportunidad de la intervención del extraneus, es decir, hasta que momento

de la ejecución de dicho delito, se debe admitir la materialización de actos de participación.

Por lo tanto al no ser posible jurídicamente la admisión de la complicidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, la calificación del mismo, implicaría una vulneración al Principio de Legalidad. En el mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional estableció “El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo”.

De igual modo, la Corte Interamericana este principio exige que en la elaboración de los tipos penales exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

14. CONCLUSIONES

- 1) Del estudio realizado se ha podido establecer la naturaleza jurídica de los elementos típicos del delito de negociación incompatible, tanto de sus elementos normativos como de los elementos subjetivos, todo ello en razón al análisis doctrinal y jurisprudencial aplicado al presente tipo penal.
- 2) Que, el delito de negociación incompatible, a partir del análisis doctrinal de sus elementos típicos, se ha podido determinar que es un delito de mera actividad y de peligro abstracto, ya que para su consumación, no es necesario la producción de una lesión efectiva ni un resultado de concreto peligro al bien jurídico, separado espacio temporalmente de la acción, es decir, con la realización del interés indebido por parte del intraneus, con el fin de obtener un provecho propio o de un tercero, ya se habría consumado el tipo penal, no siendo necesario la materialización de aquel provecho, debido a que este último, es un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente.
- 3) La jurisprudencia peruana, tiene una postura distinta a la establecida dogmáticamente, ya que consideran que el delito de negociación incompatible, es un delito de peligro concreto, y que para su configuración es necesario la producción real de un riesgo (resultado), es decir la producción del provecho propio o para un tercero.
- 4) Que siendo el delito de negociación incompatible un delito de mera actividad, su consumación se realizara, al momento de que el intraneus realiza la conducta típica descrita en el tipo, sin existir una delimitación espacio temporal que pueda definir la oportunidad de la intervención de aquel sujeto que no ostenta las cualidades exigidas en el tipo (extraneus), es decir hasta que momento de la ejecución de dicho delito, se debe admitir la materialización de actos de complicidad, por lo tanto, la calificación del extraneus como cómplice del delito de negociación incompatible, implicaría una vulneración al principio de legalidad.

15.RECOMENDACIÓN

Se recomienda a los integrantes del Centro de Investigaciones Judiciales del Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, tratar el tema sobre la complicidad del extraneus en delito de negociación incompatible, en razón a la naturaleza jurídica de sus elementos típicos, y que pueda ser debatido en un Pleno Jurisdiccional Nacional, con el fin de poder concertar criterios jurisprudenciales respecto a esta problemática.

16. REFERENCIAS.

16.1 Bibliográficas.

- García Cavero P. (2011). Derecho Penal Parte General. 2a Ed. Perú. Editorial Jurista Editores.
- Villavicencio Terreros T. (2007). Derecho Penal Parte General. 1ra Ed. Lima, Perú. Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles J. (2002). Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva. Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Bramont Arias L. (2000). Código Penal Anotado. 3ra Ed. Lima- Perú. Editorial San Marcos.
- Peña Cabrera Freyre A. Derecho Penal Parte Especial. 2da Ed. Lima, Perú. Editorial Idemsa.
- Roxin Claus (1997). Derecho Penal Parte General. Tomo I, Madrid, España. Editorial Civitas.
- Castillo Alva José Luis. (2015). Negociación Incompatible. Lima. Pacífico Editores.
- Luzón Peña M. (1996). Curso de Derecho Penal: Parte General. Madrid. Universitas.
- Corcoy Bidasolo M. (2004). Manual práctico de Derecho Penal, Parte Especial. 2da edición. Valencia. Tirant le Blanch.
- Mendez Rodríguez C. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Madrid. Universidad Complutense.
- Reátegui Sánchez James. (2016). El delito de Negociación Incompatible y de Patrocinio Ilegal de Intereses Privados. 1era edición. Lima. LEX & IURIS.
- Casación N° 845 – 2015 – Ayacucho.
- Casación N° 23-2016 - Ica.
- Casación N°231-2017 – Puno.

16.2 Linkografías.

- Díaz Castillo I. (2016). Tesis: “El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano”. Universidad de Salamanca. Salamanca, España, Recuperado el 02/02/ del 2017, de <http://eds.a.ebscohost.com/eds/command/detail?vid=4&sid=a15ea62b->

16c5-47ec-8ad7-

6057de188e4d%40sessionmgr4006&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1lZHM
tbGl2ZQ%3d%3d#AN=tdx.10803.397984&db=edstdx

17. ANEXOS.

- Casación N° 845 – 2015 – Ayacucho.
- Casación N° 23-2016 - Ica.
- Casación N°231-2017 – Puno.

