



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR

Oré Ramos Warrent Jesús

ASESORES

ASESOR TEMÁTICO:

Dra. Roque Gutiérrez, Nilda Yolanda

ASESOR METODOLÓGICO:

Mg. Gamarra Ramón, José Carlos

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Penal

LIMA – PERU

2018

Página de jurado

Presidenta
Dra. Nilda Yolanda Roque Gutiérrez

Secretario
Mg. José Carlos Gamarra Ramón

Vocal
Mg. Milton Ebert Quiroz Villalobos

Declaración jurada de autenticidad

Yo, Warrent Jesús Oré Ramos, con DNI N° 76587515, a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, declaro bajo juramento que:

1. La tesis es de mi autoría.
2. He respetado las normas internacionales de cita y referencias para las fuentes consultadas, por lo tanto, la tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente.
3. La tesis no ha sido auto plagiada; es decir, no ha sido publicada ni presentada con anterioridad para obtener grado o título profesional alguno.
4. Los datos presentados en los resultados son reales; no fueron falseados, duplicados ni copiados y por tanto los resultados que se presentan en la presente tesis se constituirán en aportes a la realidad investigada.

En tal sentido de identificarse fraude plagio, auto plagio, piratería o falsificación asumo la responsabilidad y las consecuencias que de mi accionar deviene, sometiéndome a las disposiciones contenidas en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Lima, julio de 2018

Warrent Jesús Oré Ramos
DNI N° 76587515

Presentación

Señores miembros del jurado:

La presente investigación titulada “Imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible” que se pone a vuestra consideración tiene como propósito, ser uno de los antecedentes importantes que conlleven a realizar nuevas investigaciones más completas de la problemática de estudio.

Así, cumpliendo con el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, la investigación se ha organizado de la siguiente manera: En el primer capítulo, denominado Introducción, se consigna la aproximación temática, trabajos previos o antecedentes, teorías relacionadas o marco teórico y la formulación del problema, estableciendo en éste último el problema de investigación, los objetivos y los supuestos jurídicos. En el segundo capítulo, se aborda el Método empleado, en el que se sustenta el porqué de esta investigación se ha realizado bajo el enfoque cualitativo, con un tipo de estudio descriptivo a la luz del diseño de investigación de Teoría Fundamentada. Acto seguido, en el tercer capítulo, se detallan los resultados obtenidos que permitirá arribar a las conclusiones (capítulo quinto) y recomendaciones (capítulo sexto), todo ello con los respaldos bibliográficos (capítulo séptimo) y de las evidencias contenidas en el anexo del presente trabajo de investigación.

El autor

Dedicatoria:

Dedicado a Dios, ya que sin él no hubiera tenido la voluntad de seguir adelante. En segundo lugar, a mi madre que la amo mucho. Y en tercer y último lugar a la Dra. Marisol, ejemplar y destacada profesional que hace del Derecho Penal una fuente de inspiración.

Agradecimiento:

Agradecer a mi madre, de todo corazón a ella, porque fue el motor y motivo durante las noches de desvelo. Gracias madre linda por las sabias palabras en momentos agotamiento que pude haber tenido, ahora de te darás cuenta que el esfuerzo valió la pena.

ÍNDICE

Página de jurado	ii
Declaración jurada de autenticidad	iii
Presentación	iv
Dedicatoria	v
Agradecimiento	vi
Índice	vii
RESUMEN	viii
ABSTRAC	ix
I. INTRODUCCIÓN	14
1.1 Aproximación temática	15
1.2 Marco teórico	24
1.3 Formulación del problema de investigación	58
1.4 Justificación del estudio	60
1.5 Supuestos y objetivos del trabajo	63
II. METODO	67
2.1 Diseño de investigación	68
2.2 Métodos de muestreo	69
2.3 Rigor científico	73
2.4 Análisis cualitativo de datos	73
2.5 Aspectos éticos	74
III. DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS	75
IV. DISCUSIÓN	83
V. CONCLUSIONES	89
VI. RECOMENDACIONES	91
REFERENCIAS	93
ANEXOS	98

Índice de Gráficos

Gráfico N° 1: Característica de los trabajos previos.	18
Gráfico N° 2: Trabajos previos nacionales.	21
Gráfico N° 3: Trabajos previos internacionales.	23
Gráfico N° 4: La imputación objetiva según García (1998).	27
Gráfico N° 5: La imputación objetiva según De la Cuesta (1996).	34
Gráfico N° 6: Criterios en la legislación extranjera, según Sánchez-Vera (2002).	44
Gráfico N° 7: Los delitos de encuentro y convergencia.	45
Gráfico N° 8: La administración pública como bien jurídico.	46
Gráfico N° 9: Entendimiento de la administración pública.	49
Gráfico N° 10: Verbos rectores dentro del delito de negociación incompatible.	52
Gráfico N° 11: Los sujetos y su implicancia.	53
Gráfico N° 12: Criterios para delimitar la intervención del intraneus.	55
Gráfico N° 13: Concepción de Roxin y Jakobs.	56
Gráfico N° 14: Generalidades sobre los delitos de la administración pública.	58
Gráfico N° 15: Acerca del problema general y específico.	60
Gráfico N° 16: Clases de justificación.	63
Gráfico N° 17: Objetivo general y específicos.	64
Gráfico N° 18: Supuesto general y específico.	66

Índice de Cuadros

Cuadro N° 1: Caracterización de sujetos.	71
Cuadro N° 2: Matriz de consistencia.	100
Cuadro N° 3: Ficha de análisis documental.	107

Índice de Tablas

Tabla N° 01: Entrevistados responden a la pregunta 1.	119
Tabla N° 02: Entrevistados responden a la pregunta 2.	121
Tabla N° 03: Entrevistados responden a la pregunta 3.	123
Tabla N° 04: Entrevistados responden a la pregunta 4.	125
Tabla N° 05: Entrevistados responden a la pregunta 5.	127
Tabla N° 06: Entrevistados responden a la pregunta 6.	129
Tabla N° 07: Entrevistados responden a la pregunta 7.	131
Tabla N° 08: Entrevistados responden a la pregunta 8.	133
Tabla N° 09: Entrevistados responden a la pregunta 9.	135

Índice de Anexos

Anexo N° 1: Matriz de consistencia.	99
Anexo N° 2: Instrumentos.	102
Ficha de entrevista.	103
Guía de análisis documental.	107
Anexo N° 3: Ficha de validación de los instrumentos.	108
Anexo N° 4: Cuadro de respuestas.	118
Anexo N° 5: Ficha de análisis documental.	137
Anexo N° 6: Evidencia de la investigación.	145
Anexo N° 7: Cronograma.	178

RESUMEN

En el presente trabajo, se analizó sobre la problemática de tipificación referido al delito que enmarca el artículo 399 – Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo, puntualmente la conducta del extraneus en cuanto a su participación en un delito especial, siendo que los demás delitos especiales si admiten la participación del tercero. De acuerdo a la regulación nacional no se ve la posibilidad de la imputación de un delito sin la ecuación clásica de la presencia cierta de los sujetos, tanto el autor y el tercero. En ese sentido la investigación está dirigida a convertirse en un aporte doctrinario, por ende, busca poner en evidencia la falta de un criterio uniformizador en la normativa procesal penal nacional, respecto a la problemática de estudio. Es importante mencionar, que, por su naturaleza, la investigación es de tipo básico descriptivo, ya que recoge información de la realidad a fin de enriquecer el conocimiento teórico y legal, además de profundizar en el estudio de los supuestos materia de análisis.

Palabras claves:

Imputación Objetiva, Participación en el Delito, Negociación Incompatible.

ABSTRAC

In the present work, we analyzed the problem of criminalization referred to the crime that frames Article 399 - Incompatible Negotiation or Misuse of the position, punctually the conduct of the extraneus in its participation in a special crime, being that the others If we admit the participation of the third. According to the national regulation, there is no possibility of the imputation of a crime without the classical equation of the presence of the subjects, both the author and the third party. In this sense, the investigation is aimed at becoming a doctrinal contribution, in this way, seeking to highlight the lack of a uniform criterion in the national criminal procedure regulations, regarding the study problem. It is important to say that, due to its nature, the research is of a basic descriptive type, which contains information on the reality and theoretical and legal knowledge, as well as deepening the study of the alleged subject matter of analysis.

Keywords:

Objective Imputation, Participation in Crime, Incompatible Negotiation.

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Aproximación temática

Según Rodríguez (2005), la aproximación temática:

[...] ayuda a pensar acerca del propósito del estudio como una forma de conceptualizarlo y escribirlo de manera clara. Cuando se redacte la introducción, *es recomendable agregar un párrafo en el que exprese el propósito del estudio, antes de definir el problema*, éste debe ser breve y de información relacionada con él. Es necesario indicar por qué se propone el estudio, *qué es* lo que se puede satisfacer y con respecto a los resultados anticipados al estudio, indicar *cómo* está propuesto. Después de definir el propósito, un párrafo de dos o más líneas es suficiente para plantear el problema. Seleccione sus palabras con cuidado, no prometa más de lo necesario para realizar un trabajo de alto nivel en un tiempo razonable. (p. 33)

La presente investigación tiene por objeto conocer acerca de la Imputación Objetiva y Participación en el Delito de Negociación Incompatible, ante todo cabe precisar que el Delito de Negociación Incompatible es el único delito que no admite participación a distinción de los demás delitos de infracción del deber, por ejemplo: concusión, colusión, cohecho, peculado, y otros. Lo resaltante del delito de Negociación incompatible y los demás delitos especiales, es que el tercero interviniente no responde ni como cómplice ni como instigador a diferencia del resto de delitos especiales que se encuentran en el mismo nivel.

Según jurisprudencia vinculante emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, la Casación 841-2015 Ayacucho absuelve a los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala Hinojosa por el delito de negociación incompatible, demostrando que la participación del tercero no es merecedora a una pena. Mientras que, la Casación 23-2016 que tiene relación con la casación antes mencionada vuelve a confirmar que por la estructura típica de la misma de este delito no permite la intervención del particular (extraneus).

El intraneus es la persona portadora de deberes a cargo de la custodia de los bienes que confiere el Estado, sea servidor o funcionario público, que es juzgado de acuerdo a la teoría de la infracción del deber, ya que responde como autor de un delito especial. Por otro lado se encuentra el extraneus, es una persona ajena (particular o tercero) que no comete un delito de infracción del deber, pero recibe una pena acuerdo a los delitos comunes; tanto los delitos comunes y delitos especiales se encuentran regulados dentro del Código Penal.

El delito de Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es definido según el Código Penal en el Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del 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”.

Para lograr una mejor comprensión de manera detallada, se sabe por conocimiento general que en el Derecho Penal existen parámetros para determinar la responsabilidad de cada sujeto o pluralidad de sujetos (en función al número de personas que participan). Y sobre todo si se trata de un delito de convergencia o un delito de encuentro.

En los primeros existe una pluralidad de sujetos con un mismo fin, es decir todos contribuyen al mismo fin y están direccionados a cometer un menoscabo al bien jurídico, por ejemplo los delitos de rebelión, asociación ilícita, etc. Mientras que, en los segundos también tienen existe la pluralidad de personas, pero cada una de ellas lo realizan desde distintas direcciones y de manera complementaria, por ejemplo los delitos de violación sexual, homicidio, robo, hurto (por ejemplo del delito común de robo en la que el sujeto (asaltante) utiliza la fuerza para cometer el delito contra el bien jurídico a otra persona (víctima); entonces es necesaria que existan ambos sujetos en el tipo penal para haber cometido el delito contra el patrimonio).

Erróneamente se cree que para determinar la pena del particular se aplica el artículo 25 del Código Penal acerca de la complicidad primaria y complicidad secundaria, el cual contiene lo siguiente: “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”.

El artículo en mención es de correcta aplicación a la parte general donde se encuentran los delitos comunes mencionados: robo, hurto, violación, estafa, homicidio, etc. No obstante, aplicar directamente el artículo 25 para dictar una sentencia a sujetos partícipes en el delito especial de negociación incompatible viene siendo tomada como una acción descabellada por el Juez, como se aprecia en ambas casaciones mencionadas líneas atrás.

Trabajos previos

Según Arias (2006), los trabajos previos o antecedentes de la investigación:

Esta sección se refiere a los estudios previos: trabajos y tesis de grado, trabajos de ascenso, artículos e informes científicos relacionados con el problema planteado, es decir, investigaciones realizadas anteriormente y que guardan alguna vinculación con nuestro proyecto, por lo que *no deben confundirse con la historia del objeto en cuestión*. Los antecedentes reflejan los avances y el estado actual del conocimiento en un área determinada y sirven de modelo o ejemplo para futuras investigaciones. En este punto es necesario señalar, además de los autores y el año en que se realizaron los estudios, los objetivos y principales hallazgos y aportes de los mismos. (p. 106)

Es necesario indagar y ahondar más en el tema, pues el objetivo que se espera es conocer diversos trabajos de investigación que ya han sido llevados a cabo años atrás y sobre todo que dichos trabajos tengan relación con el tema que se está tratando, servirá de mucha ayuda, ya que al indagar las diversas fuentes en la que nos adentramos y tomar conciencia que los trabajos que han sido ya temas de tesis no pueden volverse a tocar y que éstos tan sólo nos servirán de ayuda o soporte para nuestro sustento en nuestra investigación.

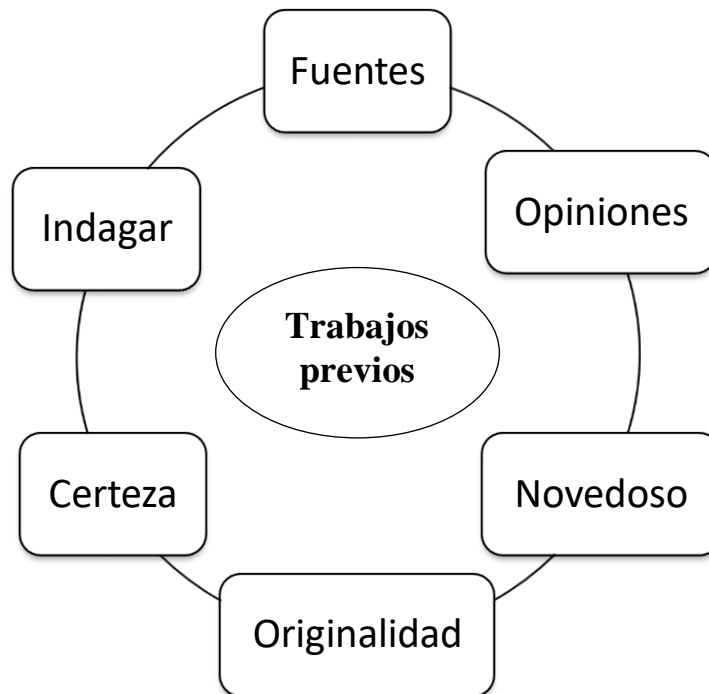
Ello implica la originalidad de nuestro proceder en la investigación en cuanto al carácter de novedoso y realista al momento de plantear un tema no tratado aún. La profundización al momento de investigar u optar por dar un entendimiento distinto e innovador es lo que respalda nuestro trabajo. Por otro lado, al consultar distintas fuentes bibliográficas, escuchar las opiniones de profesionales en el tema, permite dar al investigador certeza y claridad al momento de esbozar con responsabilidad el tema que desea esgrimir en su trabajo de investigación.

En lo sucesivo se infiere que, se debe tener como obligación el consultar múltiples fuentes de bibliografía y opiniones de expertos en el tema el cual se quiere desarrollar.

La puntualidad sobre el tema fijado y la disciplina procedente del tema trabajo de investigación y sobre los puntos críticos de un buen índice son los cimientos para que el trabajo a investigar se considere relevante y confiable. Al hacer referencia al índice se hace hincapié a la rama, por ejemplo si se desea investigar sobre Derecho Penal, se deberá especificar sobre qué tema se ha desarrollar el trabajo de investigación, desde que perspectiva, de qué campo se ocupará necesariamente, con qué fin se realizará, etc. Por lo tanto, a más información mayor será nuestra certeza en del trabajo de investigación.

En el presente trabajo de investigación la información que se recaba de las diferentes fuentes sobre tesis y artículos jurídicos y lecturas jurisprudenciales que en su totalidad son fruto de las investigaciones recabadas en las diversas bibliotecas públicas y particulares, y algunas tesis internacionales encontradas en la web que nos servirán de guía, ayuda y soporte, todo en mérito al desarrollo del tema a tratar en el presente trabajo, se encuentran relacionados a la participación del particular en delitos corrupción de funcionarios en general y algunas problemáticas que aún padece el delito de negociación incompatible en relación a la imputación objetiva del tercero.

Gráfico 1
Características de los trabajos previos



Fuente: Elaboración propia.

Antecedentes nacionales

López (2013) en su investigación: “Criterios para determinar la responsabilidad penal del extraneus en el delito de peculado”, para obtener el título profesional de Abogado en la Universidad César Vallejo, sede Lima Norte, siguiendo el método cuantitativo, concluyó:

Debemos de señalar que al no tener una adecuada regulación normativa respecto a la participación del extraneus en nuestro Código Penal, no puede ser excusa para que no se sancionen a sujetos que no reúnen los requisitos exigidos por el tipo penal, pues eso significaría una solución inaceptable. Si lo que se pretende es efectivamente evitar tal situación y sancionar al extraneus un delito especial en el que no reúne la calidad exigida, se hace necesaria una regla de punición de los extraneus en la Parte General Art. 25 de nuestro Código Penal Peruano. (p. 2)

Se infiere de la investigación de López en el año 2013, que al no haber una apropiada regulación normativa en función al acto antijurídico que comete al participar el extraneus en delitos especiales, no sería excusa suficiente para no sancionarlos o imponer una pena de acuerdo a su actuar, sino hace un llamado tanto el Poder Judicial y Ministerio Público como entes de autonomía independiente pero que van en busca de un mismo fin el de buscar una salida adecuada para la determinación no precisa pero correcta de la pena a los sujetos intervinientes. Por otro lado, también señala una deficiente política criminal en la legislación peruana al referirse al inteneus y extraneus.

Arismendiz (2015) en su investigación: “La problemática de la participación del extraneus en el delito de colusión ilegal”, en la revista Gaceta Penal & Procesal Penal, concluyó:

El delito de colusión ilegal resulta ser un delito de encuentro, el cual deberá ser considerado bajo una nueva clasificación de los delitos en virtud de competencias, es decir, tanto el *intraneus* (funcionario o servidor público) como el extraneus (interesado) participan en un solo supuesto fáctico orientado a defraudar el patrimonio del Estado, pero con injustos independientes según la naturaleza de los sujetos (*intraneus* y *extraneus*), encontrando de esta manera justificación la imputación del hecho en la lesión del rol de general (*extraneus*) y del rol especial (*intraneus*) correspondiente.

Para entender el sistema de atribución normativa en el delito de colusión ilegal, se deberá recurrir al concepto de persona, la cual deberá ser considerada el único centro de imputación jurídica del Derecho Penal, siendo ello compatible con la visión de los conceptos normativos del Derecho como subsistema del sistema general llamado sociedad, en ese sentido, se entiende como el ente portador de deberes y derechos dentro de una sociedad basada en grados de competencia comunicativa, conocidas comúnmente como roles especiales (para sujetos cualificados en razón del requisito legal de su cargo o función, los cuales tienen un deber positivo de proteger los bienes jurídicos que se

encuentran bajo su custodia) y generales (para ciudadanos comunes, sin cualificación social, los cuales tienen un deber negativo de no dañar). (p. 147)

Se colige de la investigación realizada por Arismendiz en el año 2015, se debería de tomar a los sujetos que participan en la comisión de delitos contra la administración pública como sujetos de derechos visto desde un punto de vista civil en el concepto de personas, ya que al verlo de esa manera la persona es portadora tanto de deberes y obligaciones, aludiendo a la diferencia de deber positivo y deber general.

Minaya (2015) en su investigación: “Fundamentos para la aplicación de la prescripción especial al extraneus en delitos de colusión desleal como medida para combatir las organizaciones ilícitas para delinquir en el Perú, en el año 2015”, para obtener el grado académico de Doctor en Derecho en la Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez”, de Juliaca, siguiendo el método cualitativo, concluyó:

[...] Consideramos que el delito de infracción del deber no excluye la posibilidad de intervención de particulares extraneus. Aunque no sean portadores de los deberes positivos que competen al intraneus, sí tiene la obligación de no contribuir a que tal se vea quebrantado. En los deberes institucionales, aun cuando un solo interviniente (intraneus) aporte un deber, está abierta la participación a todos los intervinientes (extraneus) la posibilidad de poner en peligro una institución por lo demás inaccesible para ellos. (p. 110)

Se denota de la investigación que realiza Minaya, que tanto intraneus como extraneus son culpables, y por lo tanto deben responder con alguna pena merecedora porque los dos actúan quebrantando las leyes para transgredir el patrimonio que conformaría parte del Estado, dichos patrimonios son puestos a disposición del funcionario o servidor público con el fin de protegerlos, pero al ingresar el extraño o particular y realizar un acto antijurídico para menoscabarlo se estaría cometiendo un ilícito que alcanzaría a ambos sujetos, por ello el autor propone como medida la prescripción especial del actuar de los extraños o particulares.

Por otro lado realiza la crítica a la unidad de título de imputación, considerándola no adecuada al momento de clasificar a los sujetos intervinientes y que debería modificarse el artículo 80 del Código Penal Peruano.

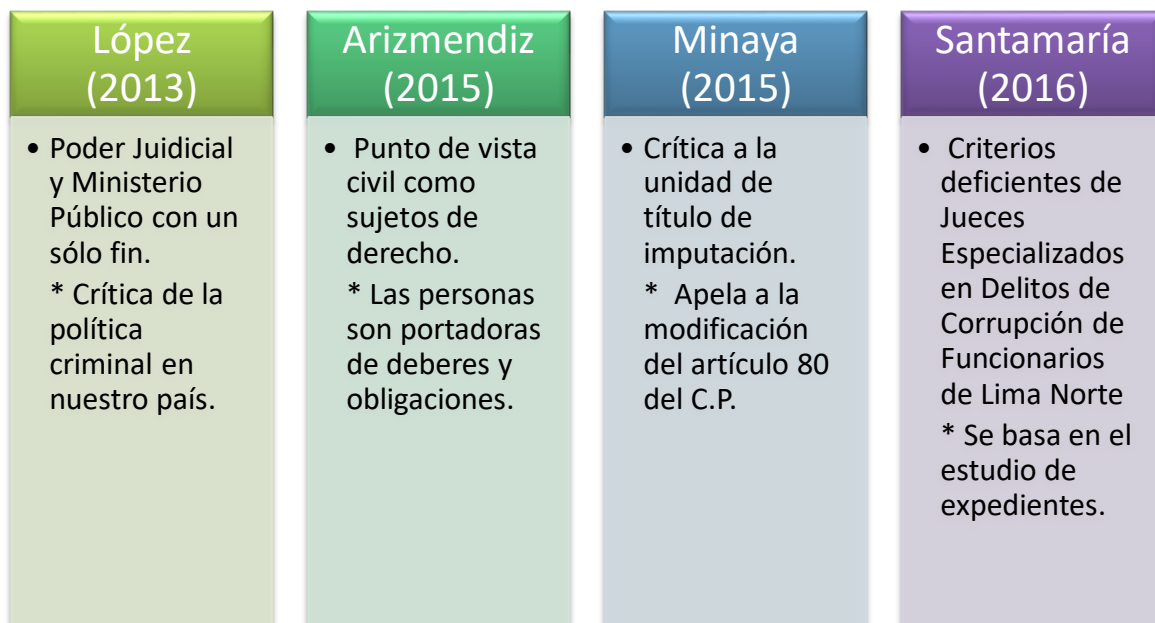
Santamaría (2016) en su investigación: “El extraneus y los delitos contra la administración pública”, para obtener el título profesional de Abogado en la Universidad César Vallejo, sede Lima Norte, siguiendo el método cualitativo, concluyó:

La responsabilidad penal del extraneus en los delitos contra la administración pública debe ser sancionada con el mismo tenor que al autor del ilícito penal cometido, a pesar que no se considere un delito autónomo, por el aspecto volitivo del sujeto. (p. 53)

Se desprende de la investigación de Santamaría en el año 2016, que la tipificación del extraneus aún preexistiría, tomando como referencia el criterio de los Jueces Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios, ya que su teoría es sustentada con lectura de determinados expedientes y constatando una falencia en la decisión que acatan los jueces al momento de juzgar a los sujetos que participan en la comisión del delito (intraneus y extraneus).

Gráfico 2

Trabajos previos nacionales



Fuente: Elaboración propia.

Antecedentes internacionales

Gómez (2003) en su investigación: “Los delitos especiales”, para obtener el título profesional de Doctor en Derecho Penal en la Universidad de Barcelona en la Facultad de Derecho del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Sociales, siguiendo el método cualitativo, concluyó:

[...] En efecto, aunque el legislador tuviera a bien disponer que el sujeto no cualificado pueda ser autor de un delito especial, lo cierto es que, a pesar de ello, tanto desde un punto de vista *ontológico* como desde un punto de vista *normativo*, debe seguir afirmándose que el castigo de la intervención en el hecho del “*extraneus*” solo se entiende partiendo de la idea de que el sujeto no cualificado se adhiere al hecho cometido por el “auténtico” autor, esto es, el “*intraneus*”. Así, por ejemplo, para que pueda decirse que un sujeto no cualificado interviene en un delito de funcionario. La intervención del “*extraneus*” en el delito especial sería, así una especie de forma *accessoria* de intervención, rasgo éste que, lejos de caracterizar a las conductas de autoría, caracteriza, antes bien, a las de participación. (pp. 114 - 115)

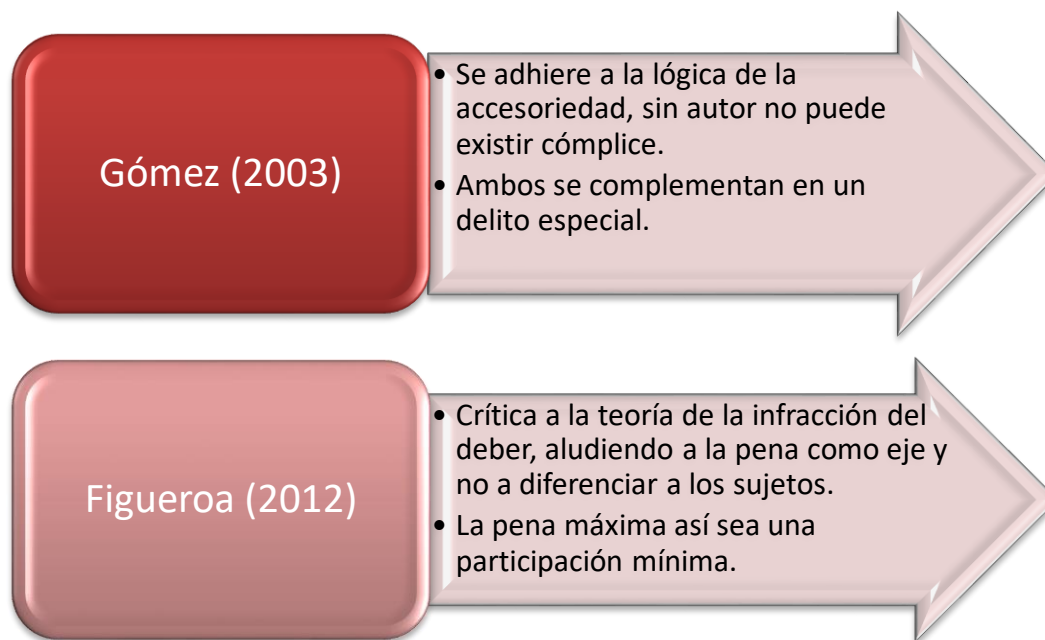
Se infiere de la investigación de Gómez en el año 2003, que sería ilógico que exista tan sólo partícipe, puesto que si no hubiera autor éste no existiría, ésta lógica es tomada porque en los delitos especiales se da la existencia de autor mediato (funcionario o servidor público) y el tercero (*extraneus*, extraño, particular), ambos se complementan y uno no puede existir sin el otro, por lo tanto apela a la conjunto de sujetos que van incurrir en el ilícito del delito especial.

Figueroa (2012) en su investigación: “La ubicación del interviniente en los delitos que protegen el bien jurídico de la administración pública”, para obtener el título profesional de Magister en Derecho Penal en la Universidad Nacional de Colombia en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, siguiendo el método cualitativo, concluyó:

El concurso de personas en la realización de la conducta delictiva ha sido tema de permanente desarrollo en la ley penal colombiana, habida consideración que en el Código Penal de 1980 sólo existían dos normas que regulaban la autoría y la participación, más una tercera donde se prescribiría lo relacionado con la comunicabilidad de circunstancias, por lo que era imposible sancionar como autor de delito especial al particular que intervenía en tal comportamiento, pues en ese evento la cualificación del tipo no era una circunstancia personal, sino una condición especial que no podía transmitirse de autores a partícipes, y por lo que en esos casos el particular recibía tratamiento de cómplice. [...] Se debe precisar que la filosofía de los delitos de infracción de deber indica que poco o nada incide en la determinación de la sanción, el mayor o menor aporte material a la realización de la conducta, porque en realidad lo que determina la sanción es el ostentar o no la calidad especial exigida y no tanto si se hizo aportes de autor o de cómplice, pues ello sólo determina con certeza que el *extraneus* no puede ser autor. (pp. 129 - 132)

Se denota de la investigación de Figueroa en el año 2012, crítica a la teoría de la infracción del deber, puesto que no se fundamenta en una justa sanción o pena que haría merecedor tanto al sujeto intreneus y extraneus sea en una participación mínima o máxima, lo que busca el autor es la máxima sanción para ambos sujetos y no incurrir en el ocio de determinar quién es autor y cómplice.

Gráfico 3
Trabajos previos internacionales



Fuente: Elaboración propia.

1.2 Marco teórico

Según **Díaz (2007)**, las teorías relacionadas al tema o marco teórico:

Algunos lo denominan *marco teórico referencial*, ya que constituye el basamento gnoseológico que posibilita la descripción y explicación de las variables, indicadores y de todos los temas y subtemas relacionados con el problema de investigación.

El marco teórico es el punto de partida para la formulación del problema y la hipótesis, elaboración de las interpretaciones y conclusiones, así como de la explicación de los resultados finales del trabajo de investigación.

Su importancia es de suma utilidad, ya que sin él no podríamos explicar y operacionalizar [sic] las variables de investigación (p. 127).

La imputación objetiva

Citando a Feijoo (2002): El criterio del alcance del tipo, desgajado del criterio del fin de protección de la norma, entendida como norma de cuidado, se ocupa de ciertas cuestiones que tienen que ver con la delimitación del alcance del tipo objetivo o con los requisitos y límites objetivos de ciertas figuras de la parte especial o de ciertos grupos de tipos como, por ejemplo, los tipos puros de resultado lesivo (homicidio, lesiones, aborto, daños, etc.). [...] El criterio del alcance del tipo que es un criterio a través del cual se canaliza una interpretación teleológica de la parte especial se puede extender a otros ámbitos. Por ejemplo, teniendo en cuenta que cierto delitos como la estafa, las amenazas condicionales (o coacciones mediante *vis compulsiva*) o los delitos realizados por intimidación (violación, robo, extorsión, etc.) son supuestos de autorías mediatas o de instrumentalizaciones específicamente tipificadas. (p. 80).

La imputación objetiva

Según García (1998): La función preventiva de la imputación objetiva, se manifiesta cuando existe una norma preventiva previa a la conducta de la persona (función de determinación). Y debe cumplir con los requisitos mínimos para no dañar el bien jurídico, es decir, la norma debe castigar al culpable sin lesionar el bien jurídico por sobre todas las cosas (función limitativa). Además, teniendo en cuenta todas las teorías que existen respecto a la imputación objetiva, la que más se adapta a las necesidades punitivas es la que se basa en la infracción de roles.

Imputación del comportamiento: O también llamada creación de un riesgo penalmente prohibido, es teniendo en cuenta el rol que cumple el ciudadano en la sociedad cuando realiza

el comportamiento lesivo, es ahí donde se le imputa la infracción por devenir en una mala conducta al infringir su deber general.

El riesgo permitido: No es más que el desvalor de la acción, quiere decir que la conducta dañosa y peligrosa debe estar regulado jurídicamente, no siendo prescindibles las conductas menores. Por ejemplo el homicidio está regulado con pena privativa de libertad, mientras que tirar un lapso no (exceder el riesgo socialmente prohibido). El objetivo es que el ser humano no cree un riesgo prohibido porque sería perjudicial penalmente, pueden generar una sanción, multa o pena privativa de la libertad.

Exclusión de la imputación del comportamiento: En este caso prevalece el infortunio, siempre y cuando el sujeto no encaje en el marco de ley penal.

El principio de confianza: Es la responsabilidad que tiene la persona como sujeto garante de deberes y obligaciones. (Por ejemplo el vínculo de madre a hijo, acentuando la obligación de dar alimento a su menor hijo, para realizar dichas labores de cuidado y alimentos se las brinda a una vecina porque la madre tiene que trabajar, sucede que la vecina maltrata al menor y no lo alimenta de manera correcta, la responsabilidad recaería sobre la vecina.

Y si la madre llegase a tomar conocimiento del maltrato, recupera la posición de garante, entonces la responsabilidad vuelve a la madre, así intervenga un tercero en los cuidados del menor, entonces la responsabilidad y obligaciones es netamente del garante mientras tenga a su cuidado un bien jurídico, se podría decir que la responsabilidad es trasladable y no tiene carácter un carácter estático.

Prohibición de regreso: Actualmente el código procesal penal, exige que tanto el “expresar el deseo” hacia una conducta delictiva no basta, también tiene que quebrantar el orden público y las buenas costumbres. Cabe resaltar que no sólo basta manifestarlo de manera verbal sino también el de llevar a cabo tal expresión quebrantando las leyes. Un claro ejemplo, “A” es conductor de una unidad de transporte público y suele trabajar hasta altas horas de la noche.

Una noche, “B” toma la unidad de “A” con la finalidad de hacer estallar una bomba, pero antes de subir al carro se lo hace saber, por lo que “A” baja del carro a pedir auxilio dejando a los pasajeros dentro de la unidad, mientras que “B” toma el control de vehículo cerrando puertas y ventanas y amenazando a las personas que se encontraban dentro de la unidad, finalmente “B” hace estallar la bomba dentro del bus dejando varios muertos.

En este claro ejemplo, no se hubiese aplicado la prohibición de regreso si es que se hubiese actuado de acuerdo al orden público y las buenas costumbres (subir al bus como un pasajero común y corriente sin lesionar ningún bien jurídico).

A pesar que “A” tenía conocimiento, siendo su función la de transportar a los pasajeros y cobrar un pasaje, y así tomando conocimiento por parte de “B” el cual iba a estallar una bomba, fue a pedir auxilio, por lo que la responsabilidad “A” no tiene importancia como autor o cómplice del acto doloso, mientras que la responsabilidad de “B” en el actuar doloso, teniendo en cuenta la intención y el actuar es reprimida con pena privativa de libertad y cumpliendo los requisitos para no estar ante una prohibición de riesgo, ya que el sujeto llevo a cabo su objetivo cumpliendo los dos requisitos.

Ámbito de competencia de la víctima: La persona debe tener en cuenta los riesgos que corre en la sociedad, debe ser consciente y tener en cuenta el sometimiento a los riesgos. Si la propia persona por ejemplo ingiere alimentos en mal estado porque el costo es mucho menor, a pesar de la advertencia del vendedor, la responsabilidad es asumida por la víctima, mientras que si una empresa que fabrica maquillaje para el rostros no da instrucciones necesarias de cómo aplicarse en el rostros y resultaría lesivo hacía el consumidor, pues la responsabilidad recaería en el representante de la empresa.

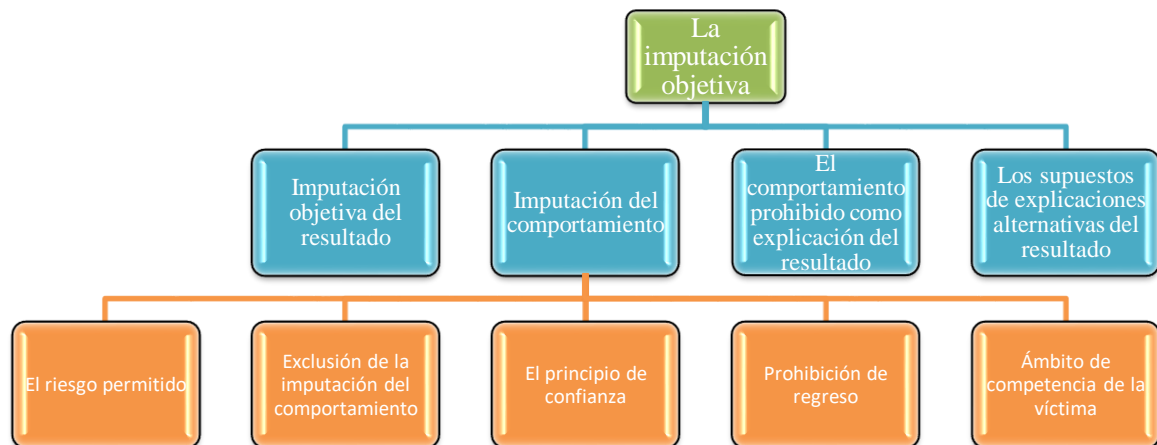
Si una guardería de niños se encarga del cuidado de los niños y en sus instalaciones no toma en cuenta un cable de electricidad dañado, los niños corren el riesgo de sufrir una lesión o la muerte al instante, en este caso la responsabilidad no recaería sobre la madre de alguno de los menores sino sobre el representante de la guardería.

Imputación objetiva del resultado: No sólo basta que el sujeto haya realizado el acto plenamente descrito en la norma (comportamiento tipificado en una norma), sino también que el resultado que describe la norma sea cometido por el autor en la realidad (consumación del resultado tipificado previamente).

El comportamiento prohibido como explicación del resultado: Cabe resaltar que tienen que cumplirse tres factores: ya que estamos en una sociedad planificada y no en una sociedad que se rige por el destino, Tanto el resultado, el comportamiento y la planificación del actuar de la persona deben de estar descritos en la norma, la planificación viene a ser un requisito de prohibición ante los terceros que están tomando conocimiento de las penas que se les puede imponer al quebrantar la norma.

Los supuestos de explicaciones alternativas del resultado: Va ver un momento en el cuál los problemas de la imputación objetiva van a surgir al presentarse conductas o sucesos. Ya que no aparecen circunstancias que se escapan de las manos, como el comportamiento prohibido de la propia víctima, la de un tercero o en simples palabras el riesgo general de la vida.

Gráfico 4
La imputación objetiva según García (1998)



Fuente: Elaboración propia.

La imputación objetiva

Según refiere Abanto (1998): Los delitos pueden calificarse en delitos de mera actividad, cuando el tipo solamente requiere la ejecución de la conducta descrita (ejemplo: el allanamiento de morada, la violación, etc.) y delitos de resultado, cuando la parte objetiva del tipo exige la causación de un resultado (ejemplo: el homicidio, las lesiones, etc.).

La “teoría de la imputación objetiva” refiere que para un determinado comportamiento pueda ser entendido como que realiza el tipo, no basta la realización material del mismo, sino que es preciso que dicha realización material sea imputable jurídicamente a aquel comportamiento. Es decir, no basta por ejemplo con haber causado, dolosa o imprudente, una muerte o una lesión corporal para que el sujeto activo haya realizado el tipo; es necesario, además, que dicho resultado típico pueda serle imputado objetivamente a él, con base en determinados criterios que serán explicados más adelante.

La teoría de la imputación objetiva no solamente ha encontrado aplicación en los delitos dolosos de comisión. Su importancia es inclusive más evidente en los delitos de omisión impropia (o de comisión por omisión), donde el tipo objetivo ni siquiera requiere una relación de causalidad propiamente dicha, sino solamente que al sujeto activo le sea imputable objetivamente el no haber impedido el resultado cuando debió haberlo hecho en virtud de su posición de garante.

Finalmente se llegó al siguiente resultado en la discusión doctrinaria: Se reconoce a la “teoría de la condición” como la única teoría válida de la causalidad. La relación causal sigue siendo elemento del tipo objetivo, pero constituye presupuesto de la imputación objetiva. Según los criterios propuestos por el alemán Claus ROXIN, el principio general en el que se basan estos criterios exige, en principio, que la acción humana haya producido un riesgo desaprobado legalmente, el cual además debe haberse realizado en el resultado y debe encontrarse comprendido por el fin de protección de la norma.

En la doctrina hay importantes autores que si bien aceptan la teoría de la imputación objetiva, le dan una connotación especial. Juan BUSTOS parte de una concepción puramente valorativa, en la cual la causalidad, como concepto naturalístico, no tiene ninguna cabida. El contenido de la tipicidad, desde la perspectiva de la norma de prohibición, está necesaria y lógicamente referida a valores, los cuales solamente se refieren a acciones y no a resultados.

Si se considera globalmente el bien jurídico protegido y su efecto material, tiene necesariamente que definirse a la tipicidad y a la antijuricidad como dos niveles muy distintos de valoración. Puesto que a la antijuricidad pertenecen todas las valoraciones (aparte de las que pertenecen al Derecho Penal) que el bien jurídico extrae del ordenamiento jurídico general, la “imputación del resultado” sólo podría ubicarse allí, mientras que en la tipicidad sólo habrá lugar para una “atribución” objetiva de la acción determinada en función de diversos criterios valorativos.

Para la ley no realiza el tipo cualquier persona que causa previsiblemente el resultado, sino sólo aquellas a las que, además, puede serles imputado el hecho como su propia obra.

Finalmente JAKOBS, con una concepción funcionalista del Derecho Penal, desconoce las virtudes del concepto “bien jurídico” y lo reemplaza por “las expectativas de comportamiento socialmente exigibles al autor” (lesión del deber en vez de lesión de bienes jurídicos). Se convierte así a todos los delitos de omisión. En la tipicidad corresponde, consecuentemente, verificar si el autor tenía una posición de garante y si su omisión de comportamiento socialmente esperado le es imputable objetivamente, en cuanto él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado. Esta posición ha merecido fuertes críticas, no por su especial concepción de la imputación objetiva, sino por su alejamiento del principio de protección de bienes jurídicos.

La doctrina alemana dominante entiende, por el contrario, que la “teoría de la imputación objetiva” es un elemento del tipo objetivo que reúne una serie de criterios normativos los cuales, luego de afirmada la causalidad en los delitos de resultado, permiten afirmar o descartar la imputación de un resultado típico a la acción del sujeto activo.

La doctrina tiende a extender la aplicación de la imputación objetiva más allá de los delitos de resultado. Según los autores, sería posible que en los delitos de mera actividad se realicen acciones corporales que impliquen la realización de la conducta típica, pese a que ello no hubiera sido posible de predecir ex-ante. Éste sería el caso, por ejemplo, de un empleado público que no cumple con un mandato legal. La imputación objetiva tendría que negarse si posteriormente se comprueba que aquél no estaba objetivamente en condiciones de seguir la orden, incluso así el lo hubiera deseado.

La concepción más garantista hasta ahora sigue siendo la de su principal impulsor, el profesor Claus ROXIN. Este autor trata de fijar los límites de la teoría de la “imputación objetiva”, haciendo referencia a criterios político-criminales, así como al “principio de culpabilidad”.

Pero, después de la crítica a la imputación objetiva se puede decir de la validez de esta teoría, según el mismo ROXIN ha dado los argumentos hasta ahora vigentes para su legitimidad: 1) La teoría de la “imputación objetiva” actúa descartando la responsabilidad penal en casos en los que una aplicación ciega de los esquemas dogmáticos-penales lo afirmaría. Es decir, mayormente actúa in bonam partem; 2) Sólo la teoría de la “imputación objetiva ofrece criterios “racionales” y por lo tanto “controlables” para la solución de casos problemáticos presentados”; y 3) En última instancia, su justificación está en una necesidad político-criminal de proteger los bienes jurídicos en función del bienestar social y de la libertad individual en un Estado de Derecho.

La imputación objetiva

Sostiene De la Cuesta (1996): Efectivamente, no es necesario recordar cómo la evolución del concepto de delito ha ido perfilándose de la mano de distintas concepciones filosóficas que daban lugar a nuevos planteamientos y formas de comprender el significado del actuar humano en el delito. Esta evolución no sólo ha acabado, sino que están adquiriendo fuerzas nuevas ó tal vez no tan nuevas sino “recicladas” teorías que a partir siempre de la cuestión básica de la atribución intentan realizar nuevas interpretaciones, cada vez más normativas del concepto y de los elementos del delito.

El término atribución debe entender aquí como relación por la cual la conducta humana y su resultado se subsumen en un tipo penal y como consecuencia de tal subsunción se decide la exigencia (o no) de las responsabilidades penales.

Efectivamente, la realidad social reclama, cada vez más, nuevas formas delictivas tipificadoras de la imprudencia y la omisión (o de la omisión imprudente), que empujan de nuevo a la doctrina a las raíces teóricas de las cuales surge la teoría del delito, en búsqueda de nuevas soluciones que expliquen y formulen la esencia y el contenido de aquél, desde el reconocimiento de la importancia que actualmente adquieren en la dogmática y en la realidad los fenómenos de la imprudencia y de la omisión.

En este orden de cosas, es preciso constatar previamente cómo en la doctrina se viene confundiendo dos términos distintos: necesidad y causalidad. Esta aclaración puede ser importante a efectos de salir del círculo cerrado a que estas cuestiones pueden conducir. Y es importante distinguir ambos conceptos porque aunque tradicionalmente a la relación de causalidad le fuera atribuido por la doctrina inspirada en la física clásica newtoniana carácter

necesario, o la prioridad de «necesidad», hoy habría quizá que plantearse la desaparición de la identificación entre causalidad y necesidad.

La consideración de la causalidad como una relación lógico-formal conlleva la exigencia de abandonar criterios de necesidad científico-naturales. La relación de causalidad pasa, entonces, de ser un elemento imprescindible y prácticamente el más importante de la tipicidad, a convertirse en un indicio prescindible, según la materia objeto de análisis y según la estructura típica; a ser un presupuesto que permita la posterior atribución de la conducta a su autor, lo que en definitiva habrá de realizarse a partir de la aplicación de los criterios de la imputación objetiva.

En cualquier caso se presupone la posibilidad de aclarar «lógicamente» por qué una determinada acción humana produjo un resultado típico. A la estructura lógico-formal que el conocimiento humano utiliza para explicar la relación entre acción y resultado se le llama causalidad; y al principio según el cual a cada resultado precede una causa que lo origina, se le denomina principio de causalidad.

La teoría de la imputación objetiva se impuso en Alemania a partir de los años 70 gracias al giro hacia una dogmática penal fundada político criminalmente, que ha permitido la superación del antiguo dogma causal. Para ello ROXIN parte de la justa observación de que la construcción sistemática y conceptual penal, conforme a la tradición continental europea (y sobre todo alemana) ha sido dependiente siempre de las tendencias filosóficas y no de las tendencias político criminales.

A estos efectos el fin de la pena es exclusivamente la prevención, tanto la general como la especial, entendiendo lo general como la prevención integradora positiva. Pero en aras de la libertad ciudadana, el principio de culpabilidad constituye el límite absoluto de todos los objetivos preventivos generales y especiales.

La teoría de la imputación objetiva debe sus presupuestos inicialmente a la teoría de la causación adecuada y a la teoría de la relevancia, por lo que esta formulación estricta de la teoría de la imputación objetiva es básicamente de aplicación a los delitos de resultado (no a los delitos de mera actividad) y en especial, a los delitos imprudentes, donde realmente el problema causal puede plantear problemas (que en los delitos dolosos podrían ser solucionados por la inexistencia del dolo, como elemento subjetivo del tipo).

Esta corriente goza de gran aceptación en España, primero, porque soluciona problemas prácticos evidentes; segundo, porque se encuadra muy bien en el esquema impuesto desde VON LISZT y BELING y, tercero, porque supone un punto de encuentro entre partidarios de la estructura causalista y partidarios de la estructura finalista del delito.

Sin embargo, la teoría de la imputación objetiva se enmarca en una visión funcionalista del Derecho Penal y responde a unos parámetros que trascienden el ámbito del tipo objetivo y se manifiestan en todas las categorías del delito. Esta corriente asigna a la teoría de la imputación objetiva una mayor implicación en la determinación del concepto de delito, desde una visión funcionalista y normativa del Derecho Penal. Junto a ello se observa una tendencia a sustituir criterios hasta ahora considerados “seguros” (ontológico-normativos de carácter científico natural) por criterios lógico-valorativos o jurídico-normativos (también valorativos).

Se realiza esta distinción de criterios ontológicos y normativos, porque, en ocasiones, la doctrina no distingue entre lo propiamente ontológico y lo nomológico. A estos efectos es preciso matizar que el conocimiento de la ley científico-natural es un conocimiento nomológico, y en ese sentido, normativo. Ahora bien, este conocimiento normativo (y consecuentemente la aplicación de un criterio normativo basado en dicho conocimiento) de carácter científico-natural (o basado en las leyes de la naturaleza) es distinto a un conocimiento (y al criterio fundamentado) lógico-valorativo o jurídico.

El conocimiento jurídico, también normativo, tiene una diferencia fundamental con el conocimiento normativo o nomológico científico natural y es que en aquél tiene una importancia el elemento valorativo del cual carece el científico-natural. En el ámbito de la teoría del delito a ambos criterios se le ha asignado funciones y ubicaciones distintas: los criterios científico-naturales fundamentarían la imputación (a través de la relación de causalidad) y los criterios jurídico-valorativos intervendrían para limitarla.

El agotamiento de la tesis del finalismo y la necesidad de acabar con la lucha de escuelas y unificar el concepto de delito, impulsó a la doctrina, bajo el influjo del funcionalismo neokantista, a profundizar en aquellas cuestiones que habían sido admitidas tanto por finalistas como por neoclásicos en un importante esfuerzo superador de las diferencias doctrinales acerca del concepto y estructura del delito.

Se impulsa de esta forma la teoría de la imputación objetiva como uno de estos puntos de encuentro, la cual, analizada bajo el prisma normativista y globalizador imperante, inicia un movimiento expansivo para extenderse a todas las formas de delito englobando unitariamente

y sistemáticamente en una única construcción todos los criterios normativos fundadores de la tipicidad en cualquiera de sus formas.

En este sentido, el esfuerzo sistematizador de la teoría de la imputación objetiva ha sido muy importante para clarificar y desarrollar el contenido de la acción de la tipicidad objetiva, que hasta esta teoría no había roto, de hecho, con un concepto de acción origen causalista, puesto que los finalistas mayoritariamente seguían admitiendo un concepto general de acción delimitado por la teoría de la condición, en muchos casos, además como elemento previo al concepto de delito.

Acción e imputación: Aunque la discusión acerca del concepto general de acción ocupó durante mucho tiempo a la doctrina y las diferencias entre las diversas posturas (sobre todo entre causalistas y finalistas) parecían irreconciliables, en la actualidad, la discusión en torno al concepto de acción ha perdido virulencia y la doctrina intenta reconducirla a términos más modestos, pero más prácticos. Por ello, la acción ha pasado, para muchos autores de ser un elemento previo a partir del cual se definía el delito, a ser el primer elemento de la tipicidad. A la doctrina penal actualmente no le interesa un concepto a priori de acción, sino «acción típica», esto es, la acción seleccionada por el legislador en el tipo de entre las conductas existentes en la realidad.

Podría decirse que en los delitos de omisión existen tantos comportamientos (positivos) típicos cuantas posibles conductas distintas a la realización de la acción esperada. Pero esta postura es insostenible, pues la omisión no requiere una acción distinta, sino de la omisión de un hacer activo ordenado y exigido. Ahora bien, del mismo modo que no toda acción es jurídico penalmente relevante, toda omisión tampoco lo es. Sólo lo son aquellas omisiones que infringen el deber de actuar en un determinado sentido.

El hecho real existe como premisa inicial lógica para el ejercicio del juicio de subsunción del hecho real en el supuesto de hecho de la norma. El concepto general de acción en la tradicional definición del delito como «acción antijurídica y culpable» es la premisa inicial lógica de descripción de lo acaecido en la realidad que da lugar al juicio de subsunción en la previsión típica. Su función entonces sería describir un proceso externo no jurídico (el hecho realizado) necesario para la existencia del delito. Pero, una vez que entran en juego criterios normativos ya estamos en el ámbito de la tipicidad.

Así, el cada vez más simplificado concepto general de acción tiene como función primordial la exclusión de aquellos movimientos corporales carentes del contenido mínimo de voluntad,

al menos respecto a la realización o abstención del comportamiento, que caracterizan la acción del hombre como acción humana.

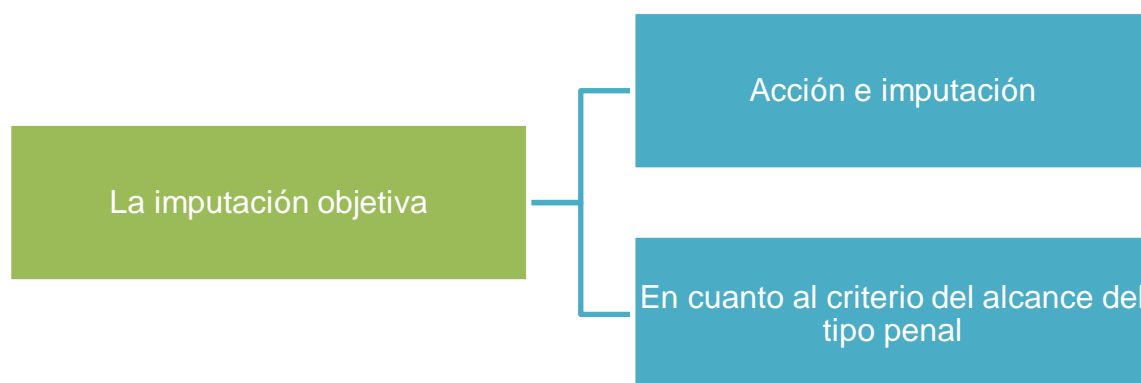
La propuesta de ROXIN, más moderada, ha sido acogida con calor en las doctrinas alemanas y española, sobre todo en cuanto a su esquema estructural que diferencia tres niveles de imputación: 1) La creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante o no permitido; 2) La realización del riesgo imputable en el resultado; y 3) El fin de protección del propio tipo penal infringido o alcance del tipo penal.

Así, si analizamos el supuesto del deportista que acepta el riesgo de lesión, consentimiento y riesgo permitido cumplen funciones distintas: el riesgo permitido delimita el ámbito del consentimiento; o dicho de otra forma: el consentimiento del jugador no abarca –destipifica– cualquier lesión, sino únicamente aquellas que han sido producidas dentro del riesgo permitido

En cuanto al criterio del alcance del tipo penal: Bajo este epígrafe se trata un innumerable número de casos en los que no existe imputación en base a diferentes consideraciones normativas que sirven a la interpretación del tipo en cuestión. Pero quizá su ubicación sistemática como tercer criterio o nivel de imputación, no sea muy correcta, pues en realidad se trata de introducir criterios de política-criminal en la interpretación de los tipos, lo cual ha de realizarse, supuestos por supuesto, en la parte especial, sin que puedan darse criterios genéricos aplicables a todos los tipos penales.

Gráfico 5

La imputación objetiva según De la Cuesta (1996):



Fuente: Elaboración propia.

Complicidad necesaria en los delitos de infracción del deber

Señala Sánchez-Vera (2002): En Alemania, país donde la punibilidad del partícipe en estos casos ya ha sido expresamente decidida *de lege lata*, se ha sostenido no obstante que el legislador habría impuesto su punibilidad de una forma ajena al sistema dogmático de participación o, más, incluso, en contra del mismo. En España, donde la situación legislativa se encuentra abierta, dichos argumentos habrán de ser tenidos en cuenta cuidadosamente.

El obligado es siempre autor, tal como ya fue expuesto, y en verdad, con independencia de si posee o no dominio del hecho. En efecto, el hecho de considerar al autor como figura central del hecho delictivo, mientras el partícipe sería tan sólo una figura al margen, presupone que se trata de un mismo hecho para todos los intervinientes, lo que quizás podría ser puesto en duda en el presente caso.

Si las circunstancias personales en los delitos de infracción de deber son, según su naturaleza, altamente personales, se deduciría que el partícipe no obligado no se le podría imputar el comportamiento del autor por el principio de accesoriedad y porque al no concurrir en él la cualificación especial positiva, tampoco podría ser autor – presumiría algo que, sencillamente, la ley no ha previsto así.

En los delitos especiales, la participación conduce a la imputación a pesar de la división de roles, ha señalado con acierto JAKOBS, por el contrario, en los delitos comunes, la participación conduce a la imputación a pesar de la división de trabajo. Por ello, en los delitos especiales o de infracción de deber, la cantidad de injusto de un extraneus partícipe será como mucho tan grande como la cantidad que el propio intraneus lleve a cabo.

Una primera posibilidad a adoptar una solución sería llevada a cabo por NAGLER en uno de sus estudios a comienzos del siglo pasado. Pues sostiene que un extraneus solo no puede infringir la norma especial, cuestión distinta, en cambio, sería si él actuase en unión con un especialmente obligado, esto es, con un intraneus. En estos casos, la admisión de una participación punible sería perfectamente defendible a la luz de lo que NAGLER denominó «normas secundarias».

No es necesario, pues, que el sujeto se halle primeramente vinculado, sino que es suficiente que lo sea de forma secundaria pero se valga de un especialmente obligado; ésta sería su forma de vincular su actividad con la norma especial. Las barreras que impedían al extraneus alcanzar

el objeto protegido desaparecen si un intraneus lesiona a su vez también su deber. La institución positiva se habría hecho, de esta forma, accesible.

Se ha criticado a esta opinión que las «normas secundarias» mencionadas por NAGLER no serían sino una hipótesis necesitada de prueba. NAGLER no habría probado de ninguna manera la existencia de esas normas secundarias que afectarían a todos los ciudadanos y en las que basaría su afirmación de la responsabilidad del extraneus partícipe en un delito especial.

Sin embargo, el reproche no parece estar justificado. Y es que, en general, hay que decir con la doctrina mayoritaria que el tipo, tal y como ha sido descrito en la parte especial, no es ejecutado por el partícipe sino por el autor, pues el partícipe quebranta un tipo penal que ha sido ampliado por las reglas de la intervención delictiva de la Parte General del Código Penal. En los delitos de infracción de deber las reglas de la participación vinculan un hecho principal con un partícipe al que, si no fuera por ellas, no incumbiría la institución positiva de que se trate.

Estamos ante una “accesoriedad” en el sentido del antiguo término latino *accedere*: el extraneus participa del delito de infracción de deber adhiriéndose a una lesión del deber ajena. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha sostenido reiteradamente: «La ley no impide la punibilidad del extraneus como partícipe en el delito propio del intraneus. Esta solución tiene una clara fundamentación normativa. El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal».

Y además, señala: «Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen sin ninguna fricción a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación, en la ilicitud del autor, es evidente que la ilicitud del hecho del autor es el resultado de la conducta del partícipe, que en forma mediata ataca al mismo bien jurídico. Si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente, pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito. Por lo tanto, cualquiera sea el fundamento de la punibilidad del partícipe, la participación en los delitos especiales propios no es impune».

Sobre los delitos propios e impropios

Como es sabido, según esta doctrina unánime los delitos de infracción de deber propios serían aquellos en los que la obligación especial positiva es determinante para la existencia del delito, de tal forma que, sin dicha obligación, no existiría delito; en este tipo de delitos no habría un delito común que se correspondiera con ellos, de manera que la conducta de una persona carente de cualidad exigida fuese también típica.

Mientras, en los delitos de infracción de deber impropios, la obligación especial positiva del autor lo único que haría, se dice, sería agravar la pena respecto de un tipo básico, de tal modo que, en verdad, si no se estuviese ligado por una institución positiva, de todas formas se cometería un subyacente delito común de dominio del hecho; existiría en suma, una correspondencia con un delito común, que sería comisible por cualquier persona, aunque no fuera la especialmente obligada.

Nunca se debe romper el título de imputación, ni para los delitos de infracción de deber impropios, ni para los propios. El partícipe extraneus en un delito de infracción de deber respondería como partícipe, siempre, del delito cometido por el intraneus. Los argumentos son variados: «la condición de funcionarios público opera en estos casos como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa», se señala una sentencia respecto de un delito de falsedad en documento público; o también: «la solución contraria infringiría la teoría de la unicidad, según la cual todos los partícipes intervienen en un solo único delito, sin que sea ilícito penar a unos subsumiendo su conducta en una figura delictiva y a otros encuadrando su comportamiento en una hipótesis legal distinta».

Si bien es cierto que el partícipe extraneus no es denominado habitualmente coautor, puesto que él no reúne la cualificación especial, puede responder, en su caso, como cooperador necesario, igual que el autor. Dice al respecto, de nuevo, esta línea jurisprudencial, a título de ejemplo: «Ello debe ser así, pues al fundirse la voluntad del extraneus con la del intraneus, bien conformando esta última a través de la inducción, bien cooperando materialmente al hecho falsario con una aportación causal necesaria al mismo, de un lado, la conducta del no cualificado, pues ambas aparecen finalmente ejecutadas para el logro del resultado típico de la falsedad documental en documento oficial, y, de otro, el extraneus asume el plus de desvalor de la conducta del funcionario sujeto activo propio, al ser consciente de que induce o coopera a que aquél quebrante los deberes ínsitos a su función».

Es de desear que dicha jurisprudencia se consolide en cuanto a los denominados delitos especiales propios y se extienda también a los llamados delitos especiales impropios —en realidad, entre ellos no caben diferencias—, por ser la única solución correcta y consecuente desde la teoría de infracción de deber.

En otras palabras: supuestos en los que el hecho principal sea un delito de infracción de deber no han de ser tratados igual que los casos en los que el hecho principal es un delito común o de dominio del hecho. Sin embargo, de seguirse la línea jurisprudencial y doctrinal que estamos analizando, el partícipe en el delito común subyacente, lo que significa que ese extraneus es penado como si la cualificación especial no hubiese existido nunca.

La disminución de la pena

En Alemania, cuando se reconoce «que dentro del marco penal del tipo del delito común ha de tenerse en cuenta el injusto superior y la culpabilidad en que incurre el partícipe en tal delito de infracción de deber (el impropio), en comparación con el inductor y el cómplice que ha participado en un delito común»; o cuando, tras una reforma legislativa operada en aquel país, se señala que «la nueva regla (mantenimiento del título de imputación con atenuación de la pena para el partícipe) no debería haberse limitado únicamente al campo de la participación en el delito especial propio, sino que debería haber sido extendida a la participación en el delito especial impropio», se están equiparando, en verdad, los delitos especiales propios e impropios.

De este modo, se está reconociendo que los denominados delitos de infracción de deber impropios poseen, en verdad, el mismo grado de injusto que los delitos de infracción de deber propios. Si los delitos de infracción de deber impropios contienen el mismo grado de injusto que los delitos de infracción de deber propios, entonces los primeros no son “impropios” o la caracterización como “impropios” es una mera etiqueta carente de todo contenido.

O, mirado desde la otra cara de la moneda: si los delitos de infracción de deber impropios no contienen el mismo grado de injusto que los delitos de infracción de deber propios, no se entiende, entonces, por qué para los autores que se citaron la “solución más armonios”, etc., habría de ser el tratamiento de ambos supuestos bajo la mismas reglas.

En efecto, en este último supuesto, el especialmente obligado sería “igualmente responsable”, pero no en la misma medida, y esto en ningún caso puede ser desdeñado. Los delitos de funcionarios están amenazados con una pena mayor que los “correspondiente” delitos

comunes. Esto también rige para otros delitos no positivados expresamente como delitos de infracción de deber.

Así, el comportamiento de la madre que ahoga con sus propias manos a su hijo (o no le salva si empujó a éste primero al agua) es más reprochable para el Derecho Penal que el comportamiento de un tercero cualquiera que hubiera obrado de la misma manera, y ello debe ser tenido en cuenta para la determinación e individualización de la pena. Por lo demás, ya vimos y acabamos de recordar las dificultades de solución que ofrecían los casos en los que, desde el punto de vista del dominio del hecho, se había prestado tan sólo ayuda.

En efecto, en estos casos, el denominado delito común subyacente se correspondería tan sólo con una participación, por lo que, de aplicarse de forma consecuente la “teoría del delito de infracción de deber impropio”, al partícipe en tal delito habría que hacerle responder no por cooperación necesaria o inducción a la autoría de un delito de infracción de deber, sino por complicidad, siempre por complicidad, con las consecuencias de pena correspondiente. Lo único relevante es que la lesión de una institución positiva siempre fundamenta la punibilidad.

Como sucede en Alemania, que aunque no se considere plausible la diferenciación entre pretendidas cualificaciones que agravan la pena (delitos de infracción de deber impropios) y otras que fundamentan la punibilidad (delitos de infracción de deber propios), lo cierto es que la misma habría de ser mantenida *de lege lata*. El § 28 del Código Penal alemán; a saber, que «ha sido formulado, desde el punto de vista de la sistemática del delito, de una manera neutral», de tal manera que «su letra de la ley deja abierta a la teoría del delito qué cualificaciones (...) corresponden».

En todo caso, de nuevo al igual que en Alemania, la preferencia de la jurisprudencia por crear delitos de infracción de deber impropios es, hasta cierto punto, históricamente comprensible. En efecto, la misma procede de una época en la que la clasificación de un delito como de infracción de deber propio o, lo que es lo mismo, la clasificación de una circunstancia como fundamentadora de la punibilidad significaba una pena para el partícipe extraneus al igual a la del autor del delito principal y sin disminución de la pena alguna por el hecho de ser extraneus.

Así, entre calificar una determinada circunstancia como fundamentadora de la punibilidad sin atenuación de la pena, y calificarla como agravadora, con la consiguiente atenuación inherente a la aplicación del marco penal del denominado delito común subyacente, se prefería esto último por razones de justicia material. Superada esta fase (pues aquí se propone, como ya adelantamos, extender la moderna jurisprudencia impulsada por BACIGALUPO a todos los

delitos de infracción de deber –se recalca: no resulta plausible distinguir entre propios e impropios–) el mantenimiento de los restos de dicha antigua jurisprudencia –le fenomenología y, con ello, superficial distinción entre ambos tipos de delitos– no encuentra justificación alguna.

Con ello, se alcanza una solución que resuelve, de una forma sistemática, las fricciones que fueron puestas de manifiesto respecto de otras opiniones. Se alcanza, en suma, una solución armoniosa a la luz de la teoría del delito de infracción de deber, sin entrar en contradicción alguna con la finalidad de la ley.

La resolución a esta cuestión ha sido ya apuntada con acierto por el Tribunal Supremo Federal alemán y por nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 12 de febrero de 197. En el caso alemán se trataba de un supuesto en el que el acusado había sido condenado, en un delito de administración desleal, “sólo” a título de partícipe y no como autor, únicamente «porque él no se encontraba unido por ningún tipo de deber especial de velar por los intereses patrimoniales de la empresa dañada».

El Tribunal Supremo alemán considera adecuada tan sólo una disminución de la pena, pues una única circunstancia concurriría a favor del acusado, a saber, la falta del deber especial; una carencia del deber positivo especial que, de no haberle faltado, le habría convertido también a él en autor del delito al haber quebrantado una confianza especial (gestión desleal). Hasta aquí, el caso sentenciado.

La resolución a esta cuestión ha sido ya apuntada con acierto por el Tribunal Supremo Federal alemán y por nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 12 de febrero de 1997. En el caso alemán se trataba de un supuesto en el que el acusado había sido condenado, en un delito de administración desleal, “sólo” a título de partícipe y no como autor, únicamente «porque él no se encontraba unido por ningún tipo de deber especial de velar por los intereses patrimoniales de la empresa dañada».

El Tribunal Supremo alemán habría venido a decir que no sería lo mismo la participación como extraneus del marido de la jueza que redacta la sentencia prevaricadora (únicamente la disminución propia del extraneus) que la de aquel que sólo ayuda a la misma con algo secundario (doble disminución: por extraneus y por su menor aporte).

De otro modo, las diferencias de gradación punitiva que existen entre la complicidad y el resto de las formas posibles de intervención en el delito se quebrarían: a la postre, el cómplice en un

delito de infracción de deber tendría la misma disminución de la pena –una única– que el cooperador necesario o el inductor o incluso que aquel que hubiese actuado con un *quantum* de cuasi-coautoría, a pesar de que para estos últimos –a diferencia de para el cómplice– el legislador no ha dispuesto, *per se*, ninguna rebaja de la pena.

Por eso la solución más correcta es la de disminuir la pena en dos ocasiones para el cómplice: una, por serlo, y otra, por no estar especialmente obligado; en cambio, para el resto de los intervinientes en un delito de infracción de deber, la rebaja de la pena será única: por no encontrarse obligado positivamente.

A esta misma acertada conclusión ha llegado la importante Sentencia de 12 de febrero de 1997 para un delito de cohecho. Se declaró probado por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria lo siguiente: El acusado Francisco, funcionario e inspector del Impuesto General Indirecto Canario del ramo de la joyería de la Consejería de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Canarias, era reglamentariamente competente para, entre otras funciones, proponer la apertura de la carpeta fiscal inspectora a los contribuyentes, para levantar las actas de inspección resultantes de sus actuaciones de comprobación y realizar por propia iniciativa actuaciones inquisitivas o de información acerca de los negocios de particulares.

Desde finales de noviembre de 1993, empezó a requerir por teléfono y luego personalmente al joyero Emiliano, a quien se le había abierto una carpeta fiscal, para que presentase la totalidad de las facturas de las compras efectuadas a fabricantes peninsulares en los tres años precedentes. Emiliano, ante la inusual y acuciante demanda de aquél, narró su preocupación a otro integrante del ramo de la joyería, M. B. T., quien le indicó que podría arreglar el cese del acoso por parte del inspector recurriendo al también acusado Mario, funcionario e inspector del Impuesto General Indirecto Canario del ramo del automóvil de la Consejería de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Tras recibir Mario en los primeros días de diciembre de ese mismo año la llamada del mencionado joyero, D. Emiliano, en la que le expuso la presión que sobre él ejercía Francisco, y, puesto de acuerdo con éste, comunicó al joyero que tenía que entregarles un millón de pesetas para solventar el “problema”, antes del día 15 de diciembre de ese año, período durante el cual cesaron repentinamente todos los requerimientos de Francisco, reanudándose los mismos al transcurrir aquella fecha sin que Emiliano hubiera abonado cantidad alguna.

Por resolución del día 13 de enero de 1994 Francisco citó al joyero Emiliano de comparecencia ante las oficinas de Inspección, lo que condujo a Emiliano a plegarse simuladamente a la

exigencia de los acusados, a instancias del Ministerio Fiscal y del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria, ante quien había denunciado los hechos, y a entregar a Mario el día 24 de enero de 1994 el millón de pesetas exigido.

La Audiencia de Instancia condenó a los acusados Francisco y Mario (según el CP de 1973) como autores responsables de un delito de cohecho, preparándose recurso de casación por parte de Mario, quien, entre otros motivos, estimaba infringido el art. 14.3 ° CP, pues la contribución de Mario al hecho se debió calificar, entiende la Defensa. Básicamente afirma la Defensa que el procesado era «un mero mandado», dado que, «no tenía poder alguno de determinación sobre la exención o no de la multa que pretendía eludirse».

El motivo se estimó parcialmente. Pues, algunos de los argumentos del Tribunal eran sin duda, la teoría del delito de infracción de deber en sus grandes líneas: La participación en el delito de cohecho no requiere que el partícipe tenga la posibilidad de infringir un deber propio del funcionario. Ello sólo se requiere para el autor, dado que la autoría presupone dicha infracción de deber, característica de los delitos especiales propios.

La jurisprudencia ha establecido en la STS núm. 52/93, de 18 de enero de 1994, que la participación en los delitos especiales propios, es decir, en aquellos que únicamente pueden ser ejecutados por quien tenga una determinada cualificación jurídica y en ningún caso por quien carezca de ella, no requiere tal cualificación jurídica y en ningún caso por quien carezca de ella, no requiere tal cualificación. Dicho con otras palabras: el no cualificado (extraneus) puede ser partícipe en el delito del cualificado (intraneus) (...).

La doctrina que la jurisprudencia viene siguiendo explícitamente desde la STS 52/93, de 18 de enero de 1994, establece, asimismo, que el partícipe extraneus en un delito especial propio debe ser condenado, de todos modos, con una pena atenuada respecto del autor intraneus. Ello se debe a que el primero no infringe personalmente el deber específico que da materialmente contenido al tipo del delito especial propio, lo que reduce el contenido de la ilicitud.

En el presente caso el Tribunal *a quo* ha condenado a ambos acusados a la misma pena, sin tomar en consideración este matiz importante que ha subrayado la jurisprudencia. Cierto es, por otra parte, que la gravedad de la ilicitud no es necesariamente el único elemento de la individualización de la pena y que no es imposible que autor y partícipe de un delito especial propio sean condenados a la misma pena, pero no es menos cierto que en el presente caso en la sentencia recurrida no se han establecido las razones que permitirían afirmar una

culpabilidad cuya magnitud justificaría que la pena del recurrente deba igualar a la del funcionario.

Como señala la sentencia, el partícipe en un delito de infracción de deber debe disfrutar de una disminución de la pena puesto que él no se encontraba especialmente obligado. Habrá que aplicar la atenuante analógica. La aplicación de una pena atenuada al partícipe es lógica: si tal atenuación no se aplicase, como ya vimos, resultaría igual participar en un delito de infracción de deber que en un delito común (de dominio).

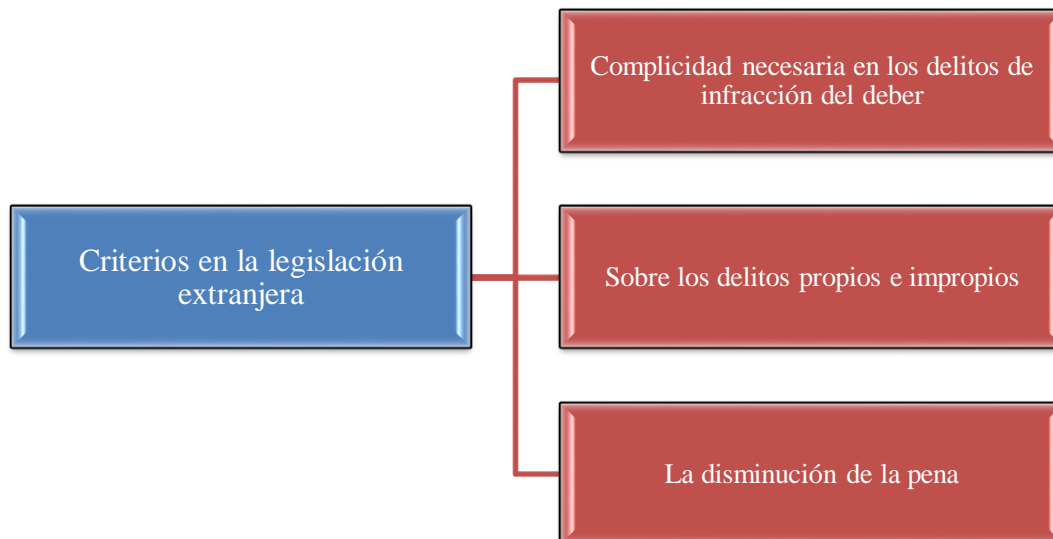
Así pues, si el aporte del partícipe hubiese sido tan pequeño que no debiera de ser calificado como cooperación necesaria sino como complicidad, tendría que haberse aminorado la pena dos veces: una, como en cualquier caso de participación en un delito de infracción de deber, porque el partícipe no estaba sujeto por el deber especial (si lo estuviese sería autor) en virtud de la circunstancia analógica, y otra, porque su aporte era de complicidad y, a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impone la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito.

En suma, si el extraneus, en sí, un *quantum* similar al de un autor –esto es, tiene dominio del hecho aunque le falte el deber especial–, sólo habrá que aminorar su pena en una ocasión, a pesar de que se le llame partícipe –sin deber, no se le puede llamar autor–. Éste sería el caso que tuvo que resolver el Tribunal Supremo Federal alemán: sólo porque el acusado no tenía el deber especial no se le pudo considerar autor del delito, por lo que únicamente podrá gozar de la disminución correspondiente a la circunstancia de que él no se encontraba vinculado como el autor del delito de infracción de deber.

El segundo supuesto es el que tuvo que resolver el Tribunal Supremo español: aquí, el *quantum* era de cooperación necesaria, por lo que tampoco procedía más que una disminución, pues el legislador no ha previsto para la cooperación necesaria, en general, disminución alguna de pena. Lo mismo regiría para un supuesto de inducción, porque, para esta forma de intervención, el legislador tampoco ha previsto disminución de la pena, la punibilidad es igual que la del autor.

Sin embargo, si el extraneus ha actuado con una contribución de cómplice, este *quantum* ha de tenerse en cuenta, pues, si no, a efectos de pena, respondería igual que en los casos anteriores. Es por ello que se menciona también la opción de doble disminución de la pena.

Gráfico 6
Criterios en la legislación extranjera, según Sánchez-Vera (2002)



Fuente: Elaboración propia.

Los delitos de convergencia

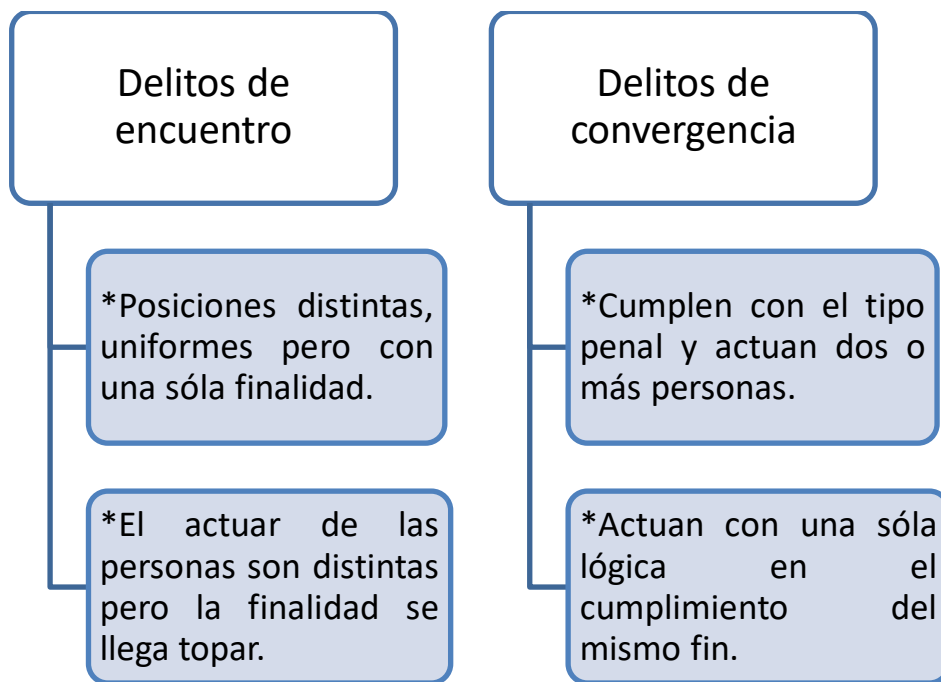
Es cuando un conjunto de dos o más personas realizan el tipo penal descrito en la norma son cometidos con un mismo fin. Por lo que al hacer referencia al conjunto de dos o más personas se debe saber que éstos van con el objetivo de menoscabar un bien jurídico, estos actos antijurídicos son direccionados de la misma manera, un ejemplo muy claro se encontraría en el delito de asociación ilícita para delinquir ubicado en el artículo 317 del Código Penal que señala a aquellas personas conformadas por dos o más intervinientes, sea ésta una organización destinadas a cometer delitos.

Los delitos de encuentro

Se dan desde posiciones distintas, de manera uniforme con una finalidad en común en el actuar de las personas que intervienen, puesto que están dirigidas a un mismo objetivo, a pesar de actuar de manera separada los fines llegan a encontrarse. Podrán situarse desde posiciones o categorías distintas pero en algún momento del acto ilícito se tendrán que topar para dar con la finalidad.

Gráfico 7

Los delitos de encuentro y convergencia



Fuente: Elaboración propia.

La administración pública como bien jurídico

En la definición de Rojas (2004), para el derecho penal la administración pública como objeto de tutela penal, es decir, como bien jurídico, significa: a) Ejercicios de funciones y servicios públicos; b) Regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal de tal ejercicio; c) Prestigio y dignidad de la función; d) Probidad y honradez de sus agentes; e) Observancia de los deberes del cargo o empleo; f) Protección del patrimonio público, de los símbolos y distintivos estatales. Debiendo estar todos estos intereses y valores públicos fundamentados a nivel constitucional.

Dichos elementos materiales y morales cohesionan el bien jurídico “administración pública” en sentido amplio y que interesa al derecho penal. Los delitos contra la administración pública lesionan o ponen en peligro cualesquiera [sic] (singular o pluralmente) de dichos valores e intereses sociales institucionalizados que el Estado ha considerado valiosos y que constituyen las condiciones ideales de funcionamiento del sistema de la administración pública para el logro de los fines del Estado.

Por lo mismo, ha dispuesto sean protegidos complementaria y subsidiariamente por el derecho penal a través de la creación de numerosas figuras penales que salvaguardan normativamente el bien jurídico “administración pública”. Se trata pues de un bien jurídico colectivo, genérico e institucionalizado. (pp. 15 – 16)

Gráfico 8
La administración pública como bien jurídico



Fuente: Adecuación propia.

El titular del bien jurídico

El sujeto pasivo y la víctima, Rojas (2004) refiere: Debe quedar claro que el titular (el sujeto de derecho lesionado) va ser siempre el Estado, puesto que a esa institución pertenece el bien jurídico protegido “administración pública”. Ya sea mediante la acción u omisión perpetuamente va a afectar al mencionado titular, que en este caso vendría a instaurarse así en un sujeto pasivo genérico.

Resumiendo, sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico agredido. Víctima, es aquel que resulta directamente agraviado. Generalmente coinciden el titular y la víctima no obstante, y por excepción se produce un desdoblamiento de ambos, siendo en este último caso diferentes el sujeto pasivo y la víctima (pp. 18 - 19).

La función pública

Es decir la actuación del Estado a través de sus órganos distribuidos en distintos sectores con el fin de lograr la justicia, la fuente de la que provienen (poder estatal), dado que las personas eligen a sus representantes para ser representados y quienes los representan están en un orden jerárquico del nomen iuris porque no cualquier persona puede impartir justicia, pues quien mejor que las autoridades que detentan el poder y al ser considerados importantes y al tener incidencia respecto al rol en una nación y los diversos órganos que conforman se han de calificar como *función pública*.

Al ser considerados como función pública dicha institución que tienen un carácter singular que se denomina derecho público, son tan sólo y únicamente funciones propias dadas por la constitución con orden de jerarquías jurídicas, constitucionales y legales, y que dentro de las mencionadas entidades u órganos laboran las personas denominadas funcionarios o servidores públicos y sus funciones son limitadas objetivamente por el derecho.

Los extraneus

Son (terceros o particulares), para Rojas (2004) en el ámbito de la función pública: Nuestra legislación nacional penal no ha contemplado la posibilidad del ejercicio excepcional de función pública por parte de un particular no vinculado formalmente con la administración pública o el Estado (por ejemplo, en el caso del que detiene o aprehende a un delincuente “*in fraganti*” que contempla el Código penal argentino (art. 240) de forma tal que le sea extendible la calidad de funcionario público, a quien ocasionalmente y en estado de necesidad cumpla de hecho una actividad que por su naturaleza amerita función pública. Requiriéndose en el Perú, a diferenciación de lo que sucede en otras legislaciones, de la observancia necesaria de formalidades y rituales (pp. 24 - 25).

Los intraneus

Son (funcionarios o servidores públicos), son las personas físicas que laboran bajo algún tipo de contrato para alguna entidad u organismo del Estado, éstos roles son dados mediante elección popular o delegación y al tener poder tomar decisiones y las efectúa con voluntad de distintas formas pero siempre con un fin estatal o social, se les considera por de suma importancia al formar parte de una jerarquía jurídica con carácter estatal dentro de un país.

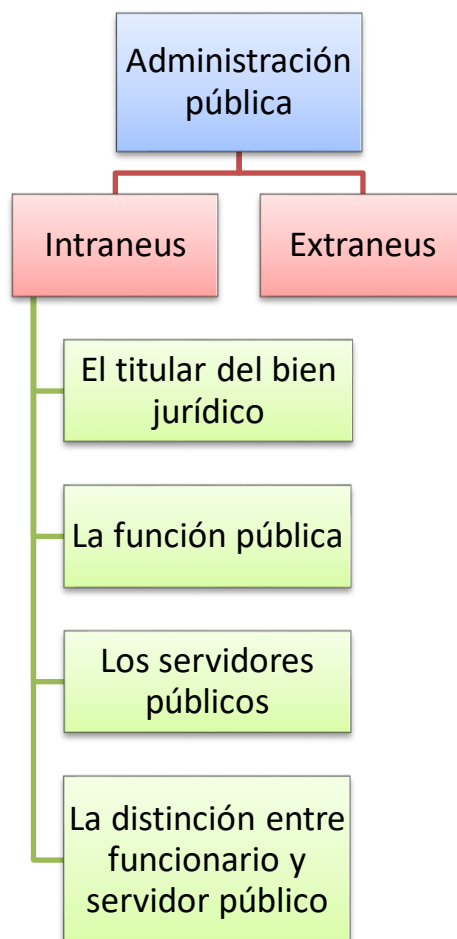
Los servidores públicos

Por orden de subordinación quién encabezaría o estaría al mando vendría ser el funcionario, es la persona que da órdenes y simplemente el servidor público las ejecuta siempre teniendo presente el marco legal que ampara a ambos cumpliendo con la buena fe y en beneficio del pueblo cumpliendo un mismo objetivo para los fines del Estado. Se podría decir que el funcionario es la persona que detenta la institución y el servidor es una persona que cumple mandatos del primero.

La distinción entre funcionario y servidor público

En el ámbito del derecho penal, para Rojas (2004) reside en el sistema de compromisos penales dejando claro que hay una distinción entre ambos, o existente para uno e irrelevante para otro. Ambos sujetos cumplen diversos roles pero con un solo objetivo, que es el de desempeñar los propósitos del Estado. La única diferencia que existiría es que el servidor no opera en delegación del Estado, tan solo trabaja para él, su voluntad se ve limitada. El servidor público no ejerce funciones públicas, a distinción del funcionario público, además, el servidor público se encuentra en circunstancias de acatamiento en correspondencia a los funcionarios.

Gráfico 9
Entendimiento de la administración pública



Fuente: Elaboración propia.

Verbos rectores dentro del delito de negociación incompatible:

- **Interesar**

Según Enríquez (2016) ostenta: [...] el referido interés no debe ser un interés simple, sino más bien un interés indebido, ilegal, no permitido, lo cual deberá ser verificado y calificado por el juez penal en cada caso concreto, según criterios legalistas. [...] Al analizar la conducta del funcionario o servidor público para este tipo de delictivo, tenemos que este agente, de manera particular, se interesa indebidamente en un contrato u operación a su cargo, que realiza el Estado con terceros, con la finalidad de obtener algún tipo de beneficio en su favor o a favor de terceros. [...]

Por lo tanto, se concluye que el verbo rector “interesarse” puede tomar lugar en cualquier etapa del proceso de contratación desde que se preparan las bases, el presupuesto, el cronograma de adjudicación, hasta que sean cumplidas total o parcialmente las cláusulas del contrato u operación. No es pues correcta la posición tomada por algunos autores, en el sentido de que este delito solo puede darse en la fase de celebración del contrato (parte final de la contratación pública). La conducta se puede dar en las tratativas y a través de otros actos, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la Administración Pública (p. 79).

Interesarse de manera directa

Dicho con palabras de Enríquez (2016): El interés indebido se muestra de forma directa cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc., del contrato público u operación en que interviene por razón de su cargo, ya sea un provecho propio o de un tercero. El funcionario o servidor público en este caso manifiesta su interés proponiendo, induciendo o tomando la decisión de aceptar, es decir, mostrando claramente su interés en obtener ciertos resultados ilícitos (p. 81).

Interesarse de manera indirecta

Empleando las palabras de Enríquez (2016): El interés indebido se muestra de forma indirecta cuando el sujeto activo no manifiesta personalmente su predisposición por una de las propuestas presentadas, pero induce a otras personas a la realización de actos administrativos enfocados al favorecimiento de sus intereses particulares (sea en provecho propio o de terceros), esto es, cuando el sujeto se interesa en el contrato u operación a través de otras personas, utilizándolas para el logro de sus fines (el caso típico es el uso de testaferros), pudiendo ser estos sujetos particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

No es necesario que los terceros reciban una determinada utilidad o ventaja. Dichos intermediarios, en especial los particulares, poseen la condición de cómplices y no de autores por más importancia y peso que tenga su aporte (p. 81).

Interesarse mediante actos simulados

A juicio de Enríquez (2016): Esta modalidad de expresión del interés indebido nos muestra que no siempre el interés se manifiesta con actos concretos y unívocos, pues en algunos casos el *intraneus* pretende encubrir su verdadero propósito, revistiendo el acto con ciertas apariencias o cubriendo su ilícita intención con el velo de un acto “simulado”; es así que el sujeto activo

actúa en la celebración de contratos u operaciones, aparentando que defiende los intereses de la Administración Pública cuando en realidad favorece intereses de la Administración Pública cuando en realidad favorece intereses particulares o personales.

Se puede decir que esta modalidad, a través de acto simulado, es también un tipo de intervención indirecta del agente activo, pues aquí se quiere dar a entender que el interesado es otro cuando en realidad es el funcionario o servidor público. En la praxis se han dado casos en que se celebran contratos con empresas inexistentes o que simulan tener una titularidad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público.

Cuando el tipo penal se refiere a terceros, no debe entenderse como que estos puedan ser cualquier persona distinta del sujeto activo, sino que necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público: Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él (pp. 81 - 82).

Los contratos u operaciones

En la opinión de Enríquez (2016): [...] Ahora bien, los términos “contratos” u “operaciones” citados por el Código Penal, no significan los mismo, aun cuando ambos constituyen actos lícitos con fines no solo económicos, sino también culturales, de servicios o de obras públicas, entre otros. Pues mientras que los “contratos” son actos bilaterales, al ser necesaria la participación de dos partes, las “operaciones” son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos (v. gr. Incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc.). [...]

Durante la ejecución de estos actos se puede poner en peligro el bien jurídico correcta Administración Pública; es por eso que ambos términos son citados por el legislador en el tipo penal, aun cuando las “operaciones” son citadas subsidiariamente, por su carácter genérico, con el fin de ampliar el número de supuestos de hecho que encierra el tipo, es decir, el número de situaciones en las que un interés indebido del agente público puede perjudicar patrimonial o extrapatrimonialmente al Estado (p. 82).

Gráfico 10

Verbos rectores dentro del delito de negociación incompatible



Fuente: Elaboración propia

La autoría mediata

Como señala Reátegui (2014): Autor mediato –siguiendo al profesor Quintero Olivares– es “quien realiza el correspondiente tipo legal utilizando como instrumento a otra persona que actúa inconscientemente de la trascendencia penal de lo que hace” [...] (p. 40). **La instigación**

Según Reátegui (2014): [...] tiene que ser a un hecho determinado y persona determinada, de ahí que la provocación jamás pueda ser instigación ni tampoco serlo la apología al delito (p. 211).

La inducción

Como señala Reátegui (2014): [...] tiene que haber dos personas en la relación delictiva: en primer lugar, el que realiza inmediatamente el influjo psicológico, y en segundo lugar, y otra persona que recibe o recepciona el influjo psicológico. El requisito fundamental es que el inductor haga nacer la idea delictiva en la mente del autor, y al final este es quien tiene el dominio del hecho, este es el autor quien tiene el curso causal del evento delictivo (p. 211).

El cómplice

Según la RAE es la persona que, sin ser autora de un delito o una falta, coopera a su ejecución con actos anteriores o simultáneos.

La complicidad primaria

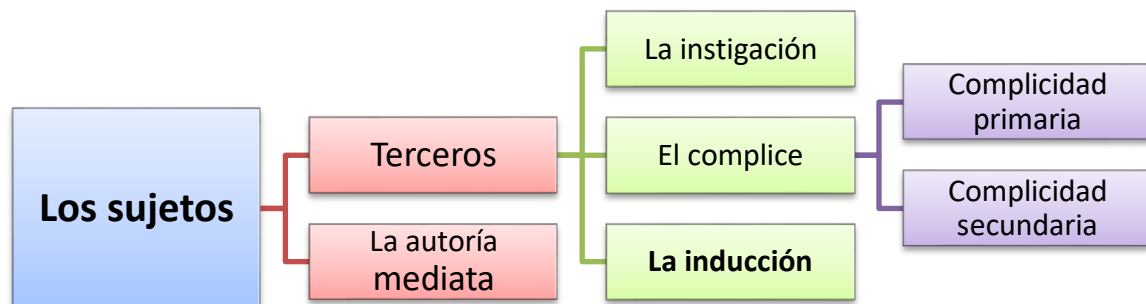
Según Reátegui (2014): [...] La calidad de cómplice primario no obedece a una razón cronológica sino sustancial; depende de la naturaleza de su aporte. [...] (p. 237).

La complicidad secundaria

En palabras de Reátegui (2014): [...] El cómplice secundario solo es caracterizable negativamente; es el que ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito. [...] (p. 237).

Gráfico 11

Los sujetos y su implicancia



Fuente: Elaboración propia

Custodiar

Según la RAE, significa: guardar algo con cuidado y vigilancia.

La participación de los particulares

En la actualidad se conoce como extraneus, que sin su intervención no podría configurarse una pena similar a la del autor (inraneus) siendo un servidor ó funcionario público el que detenta la administración de los bienes del Estado que les son conferidos a título.

Asimismo, la comisión del delito especial no sólo apela a la conducta del intraneus (funcionario o servidor público), ya que se ubica en un escenario de prevalencia en proporción con el bien

jurídico y cuando se cometa el delito especial éstos respondan como autores, pero no hay que dejar de lado la participación del extraño en la comisión del delito, el extraño es una persona común y corriente que comete infringe el deber se ciñe específicamente a la infracción del deber en relación de lesión o puesta en peligro de aquel bien jurídico que confiere el estado a la administración pública, esto es el no dañar aún cuando los sujetos no estén dentro del ratio denominado del sistema administrativo, debido a esas razones el particular o extraño responde como partícipe del delito

Criterios para delimitar la intervención del intraneus y extraneus

Tradicionalmente debido a la diversidad de delitos, estos se suelen clasificar de la siguiente manera: delitos comunes, delitos especiales, delitos de infracción de deber y delitos de dominio. Para dar un criterio se toma a dos instituciones: delito de infracción de deber y delitos de dominio, pues en los mencionados institutos no hay una disimilitud si se hiciera alusión de formalidad alguna, es debido a ello que sólo concurre una diferencia en razonamiento material.

Los delitos comunes son cometidos personas comunes y corrientes (personas que transitan en la calle sin cargo alguno), pues aquellas que si tienen un cargo (funcionarios o servidores públicos) pueden cometer delitos especiales.

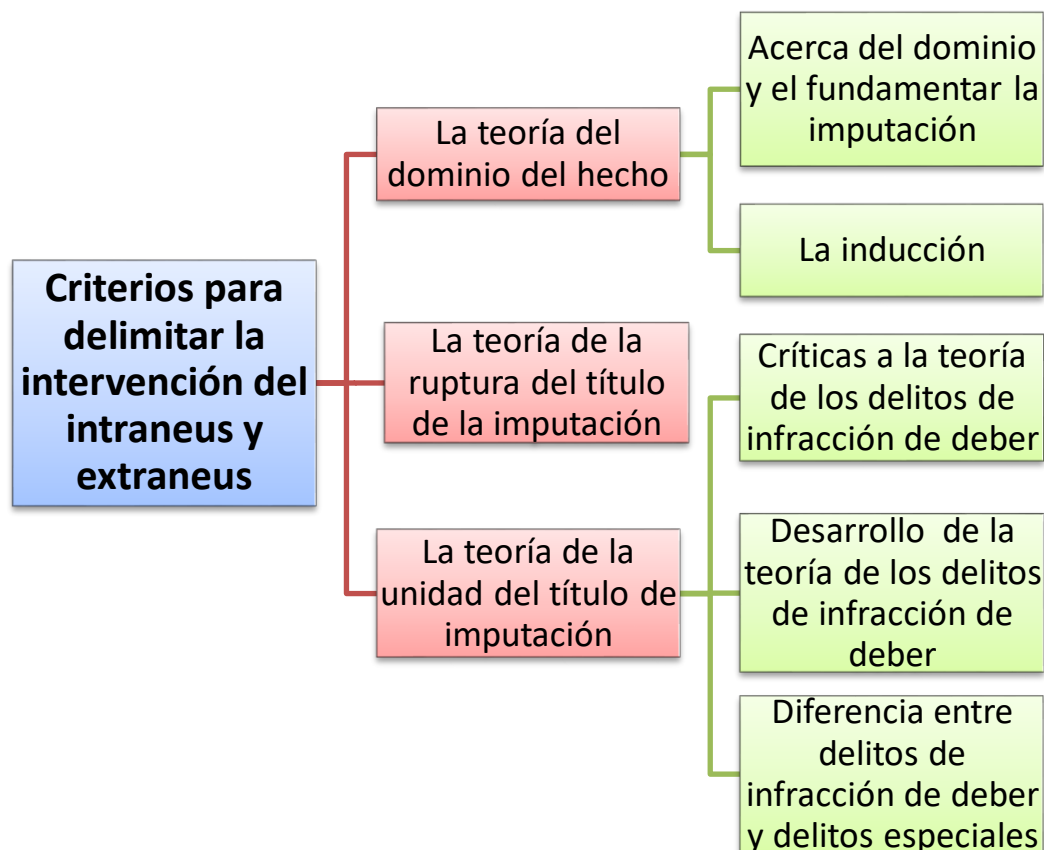
La teoría del dominio del hecho

Se ciñe en el dominio del hecho y actuando como autor del mismo, siendo este un elemento. Con ello resaltar la acción que realiza el autor mediato que tiene a su disposición el bien jurídico tutelado, tomando en cuenta los requisitos de custodia que tiene en relación con el bien. Otros autores toman el mismo criterio pero resaltan la decisión que toma y ejecuta el autor mediato presente en el dominio del hecho, se limitan los instigadores y partícipes.

En la actualidad se toma en cuenta tres formas de concreción, el primero es la autoría directa, y es característico de cada tipo penal en la el autor es quien de inmediato comete el delito (sujeto activo), y en segundo lugar se encuentra la autoría mediata, que hace referencia el que utiliza a otro para la comisión de del delito considerado funcional y de dominio, es ahí donde se reparten los papeles o se fraccionan el trabajo hasta dar por terminada la acción típica y antijurídica.

Gráfico 12

Criterios para delimitar la intervención del intraneus



Fuente: Elaboración propia

La teoría de la ruptura del título de la imputación

La distinción para ambos sujetos (intraneus y extraneus) radica en la posición en la que se encuentran, uno es autor y otro es cómplice, entonces es ahí cuando se da la ruptura del título de imputación, porque quien tendría el bien a cargo “dominio del hecho” es el autor pero nunca el cómplice, todo el contexto se refiere al delito especial.

Al darse la ruptura del título de imputación serán juzgados por distintos delitos, el autor sería juzgado por un delito especial y el cómplice sería juzgado por un delito común. Los adeptos de ésta teoría se basan en la incomunicabilidad de las circunstancias personales que se encuentra en el artículo 26 del código penal.

Concepción de Roxin

En el año de 1963 dentro de su obra *Tâterschaft und Tatherrschaft*, refiriéndose a los delitos de infracción de deber luego de investigar profundamente en referencia en los delitos que son tomados como criterios diferentes a la teoría del dominio del hecho, conforme fueron pasando los años fue ampliada por *Gunter Jakobs* y sus adeptos quienes desde una óptica funcional y

viéndolos desde un aspecto normativo puro, que implementan a la teoría de los delitos de infracción del deber.

Para Roxin es autor quien tiene las características especiales en los delitos de infracción del deber. En estos delitos el partícipe se caracteriza por una participación sin infracción del deber especial.

Concepción de Jakobs

Teniendo en cuenta a Marca (2012): en lo que refiere a los delitos de infracción de deber, Jakobs señala que la autoría se funda en la infracción de un deber vinculado a instituciones positivas, entre el autor y el bien, a través de un estatus de contextos regulados, es decir a instituciones preformadas y sumo disponibles dentro de límites muy reducidos, como acontece justamente en los delitos contra la administración pública o en aquellos otros delitos en los que el sujeto cualificado tenga un deber especial con el bien jurídico.

Dicho deber hace que el ciudadano sea garante del bien jurídico, esto es, que se convierte en protector de expectativas o realidades normativas. (p. 96)

Gráfico 13

Concepción de Roxin y Jakobs



Fuente: Elaboración propia

Diferenciación entre autor y partícipe en los delitos de infracción de deber

Como dice Salazar (2015): [...] las líneas directrices de la autoría y la participación poseen una naturaleza jurídica distinta respecto de los delitos de dominio. Como ya se adelantó, en los delitos de dominio la diferencia entre autoría y participación es de índole ontológica. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber la diferencia entre la imputación de autor y partícipe es de naturaleza normativa. Esto significa que ya no son los factores cuantitativos los que determinan quien es autor y quien es partícipe, sino los elementos cualitativos.

Las características y deberes especiales que posee el agente conforman las reglas que delimitan el radio de imputación del autor en los delitos de infracción de deber, de tal manera que únicamente el sujeto que reúne dichos requisitos será autor, mientras que aquel ciudadano en quien falta uno de los institutos, a lo sumo, será partícipe.

Es la convergencia de las características peculiares y la infracción de los deberes especiales los que fundamenta la imputación del delito y de la autoría.

Ambos elementos resultan indispensables para fundamentar dicha institución, pues la ausencia de uno de ellos imposibilita la imputación como autor del delito de infracción de deber. Así, en ausencia del primer elemento, no habrá deberes positivos y, por ende, no existirá autoría de infracción de deber, pues no se ha infringido el deber positivo que constituye su fundamento.

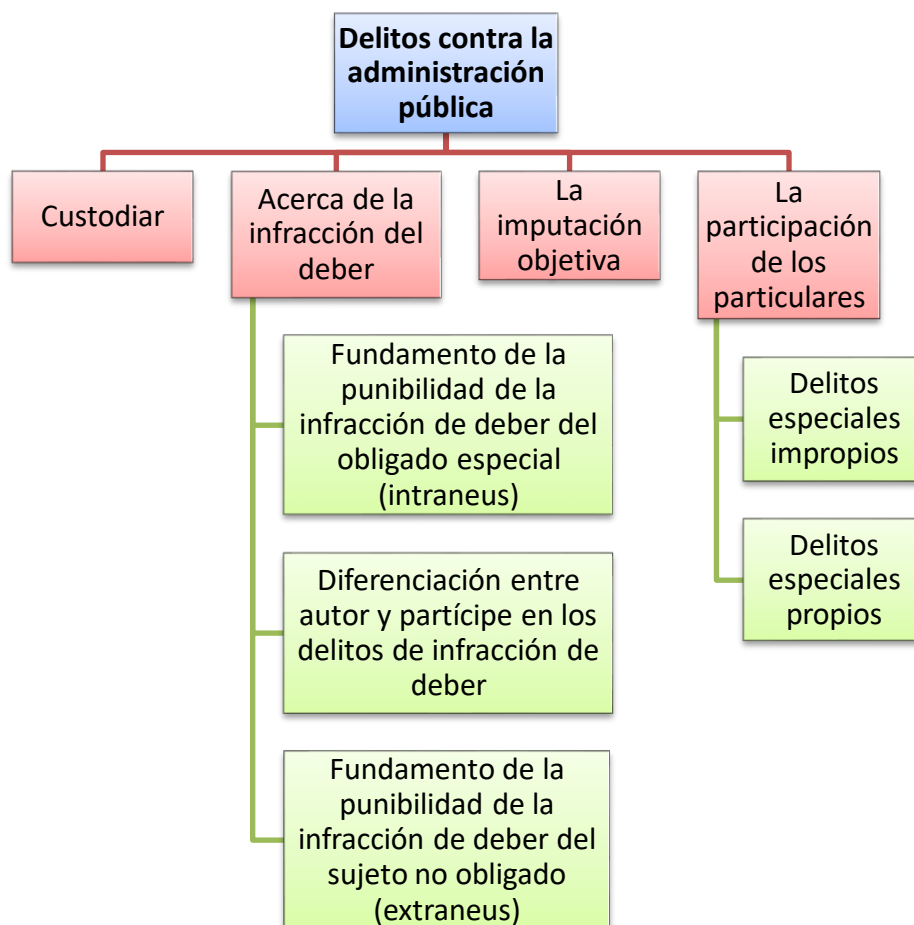
En lo que se refiere al segundo elemento, la no infracción del deber especial también excluye la imputación a título de autor, más aún, excluye la imputación en calidad de partícipe; esto se debe a que la sola calidad del sujeto especial no fundamenta ningún tipo de responsabilidad penal.

En ese contexto, la calidad de agente nos dice quiénes de entre todos los ciudadanos asequibles al Derecho Penal pueden ser autores de los delitos de infracción de deber; mientras que la infracción del deber positivo explica por qué la imputación a título de autor de los referidos injustos. Esto significa que, más allá de la tenencia o no del dominio del hecho, la cualidad que posee el agente constituye la partida de nacimiento de las instituciones positivas, y el no cumplimiento de dichas instituciones la *ratio assendi* de los delitos de infracción de deber. (p. 20)

La presente investigación ha encontrado indicios y fuentes de información con la cual se confronta con la realidad, por ende, se formula las siguientes preguntas.

Gráfico 14

Generalidades sobre los delitos de la administración pública



Fuente: Elaboración propia

1.3 Formulación del problema

Según Tamayo (1996), la formulación del problema:

“[...] consiste en la estructuración de toda la investigación en su conjunto, de tal modo que cada una de sus piezas resulte parte de un todo y que ese todo forme un cuerpo lógico de investigación” (p. 94).

Es la síntesis de lo que se va a investigar, formulado en un enunciado claro de lo que se quiere llegar a investigar a través de signos interrogantes, se podría decir “es el qué de la investigación”. Es más, las preguntas que se van a formular debe guardar relación con las variables dependientes e independientes, debiendo de contener conector lógico, lugar, año, población de la referida investigación.

La pregunta debe ser clara y con su debida colocación del signo de interrogación, permitiendo caracterizar mejor el hecho problemático. El formular el problema implicaría que la realidad sea contrastada a partir de resultados (prueba empírica), por eso se considera a la formulación del problema como eje fundamental del trabajo a investigar.

Los objetivos en este caso son alcanzables y realistas, puesto que involucra la disponibilidad del tiempo y recursos: humanos, tecnológicos y económicos, si no se llegase a cumplir dejaría mucho que desear demostrando la falta de compromiso y seriedad. En éste caso se elabora una pregunta general y dos específicas.

Problema general

¿Por qué es necesario delimitar la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible?

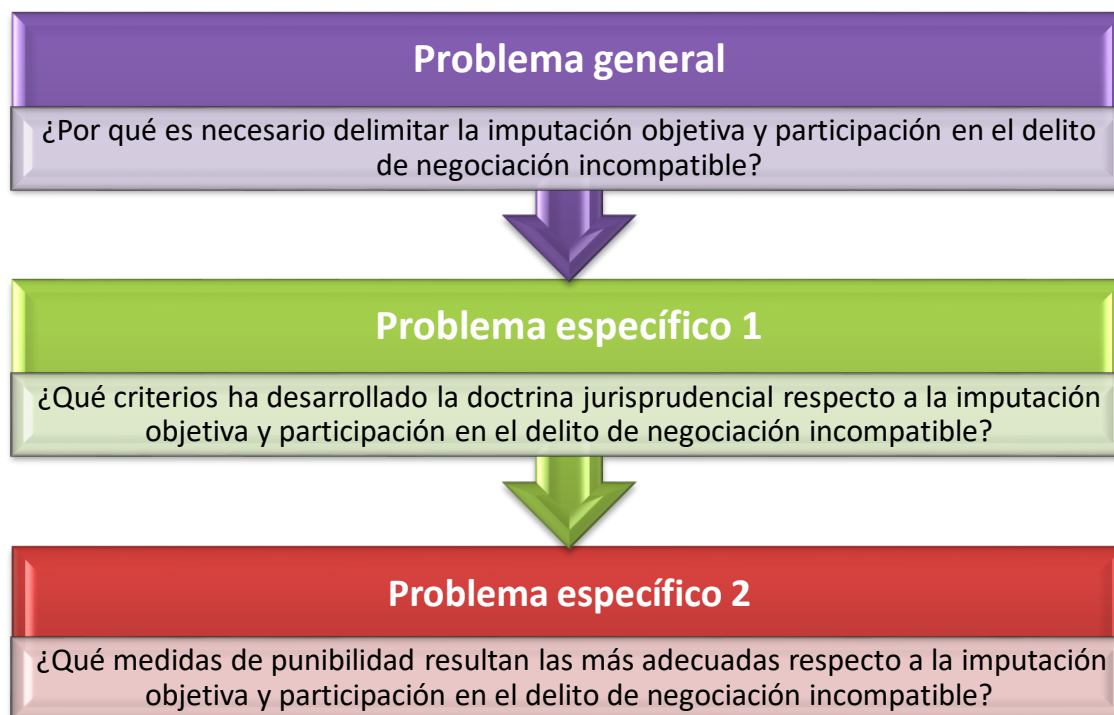
Problema específico 1

¿Qué criterios ha desarrollado la doctrina jurisprudencial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible?

Problema específico 2

¿Qué medidas de punibilidad resultan las más adecuadas respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible?

Gráfico 15
Acerca del problema general y específico



Fuente: Elaboración propia

1.4 Justificación del estudio

Según Gamio (2015), la justificación de la investigación:

Además de las preguntas y objetivos de la investigación, es necesario justificar el estudio mediante la exposición de sus razones: el ¿por qué, y/o ¿para qué del estudio?. Indica el porqué de la investigación, exponiendo sus razones con el que se demuestra que el estudio es necesario e importante.

Toda investigación debe realizarse con un propósito definido, se debe explicar por qué es conveniente la investigación y cuáles son los beneficios que se espera obtener con el esfuerzo intelectual. El investigador tiene que saber vender la idea de la investigación realizada, por lo que deberá acentuar sus argumentos en los beneficios a obtener y los usos que se le dará al conocimiento (p. 112).

Partiendo de la premisa que todo trabajo debe ser justificado, la justificación implica entender el beneficio, importancia, utilidad del trabajo de investigación no sólo para la persona que la realiza sino también para la sociedad, institución, organismo que se haya elegido. En simples palabras, demostrar por qué resulta necesario e importante.

En la presente investigación se abordará un problema de actualidad, tomando como referencia la Imputación Objetiva y Participación en el Delito de Negociación Incompatible, siendo un delito de carácter positivo (cometido tan sólo por funcionarios o servidores públicos), sopesando hasta la actualidad algunas deficiencias que contiene el tipo penal con respecto a la imputación objetiva, agregando que tanto el principio de legalidad y accesoriedad no son tomados en consideración por parte del Juez al momento de dictar la sentencia.

Tomando en cuenta la postura de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, hace mención a la jurisprudencia vinculante (Casación 841-2015 Ayacucho y la Casación 23-2016), demostrando que la participación del tercero o extraneus no es merecedora a una pena.

Cabe mencionar tomando en cuenta al extraneus (persona particular que no tiene vínculo con la Administración Pública), pues no ejerce la potestad de velar por los bienes del Estado, es simplemente una tercera persona que se beneficia; pero al cometer el ilícito es tanto el intraneus (funcionario o servidor público) persona que detenta la autoría mediata del delito y quien concurre a perjudicar al Estado es el extraneus (partícipe en el delito de infracción de deber).

Por lo cabe recurrir a las teorías expuestas por los grandes penalistas que son considerados en el Derecho Penal; Roxin y Jakobs, en sus planteamientos quien logra mayor notoriedad es Roxin, éste último es tomado en cuenta por la legislación peruana.

Debido a los criterios tomados por los jueces en aplicación a sus teorías se tratará de dilucidar a gran escala una propuesta de imputación objetiva en el tipo penal con respecto a la participación del extraneus, de modo tal para lograr tipificar la pena de manera correcta con el único motivo de salvaguardar el bien jurídico del Estado.

Esta investigación ayudará a determinar un problema de relevancia jurídica, siendo un tema de impacto político, pero que aún no se logra dilucidar de manera directa debido a las confusiones que originaría para los legisladores la teoría de infracción del deber, se espera que en un futuro no muy lejano se llegue a la claridad de la imputación penal en la participación (del extraneus) del delito especial de negociación incompatible.

Justificación teórica

Según Valderrama (2015), la justificación teórica:

Se refiere a la inquietud que surge en el investigador por profundizar en uno o varios enfoques teóricos que tratan el problema que se explica. A partir de esos enfoques, se espera avanzar en el conocimiento planteado o encontrar nuevas explicaciones que modifiquen o complementen el conocimiento inicial. Se hace importante señalar, en el diseño, los principales elementos teóricos sobre las cuales se pretende desarrollar la investigación (p. 140).

Justificación práctica

Según Valderrama (2015), la justificación práctica:

Se manifiesta en el interés del investigador por acrecentar sus conocimientos, obtener el título académico o, si es el caso, por contribuir a la solución de problemas concretos que afectan a organizaciones empresariales, públicas o privadas.

En la justificación práctica, se responde a la pregunta: ¿el resultado de la investigación ayudará a solucionar los problemas de una empresa? De igual manera, responde a la pregunta: ¿el resultado de la investigación será una solución a problemas de tipo académico, que permitirá mejorar la situación actual? (p. 141).

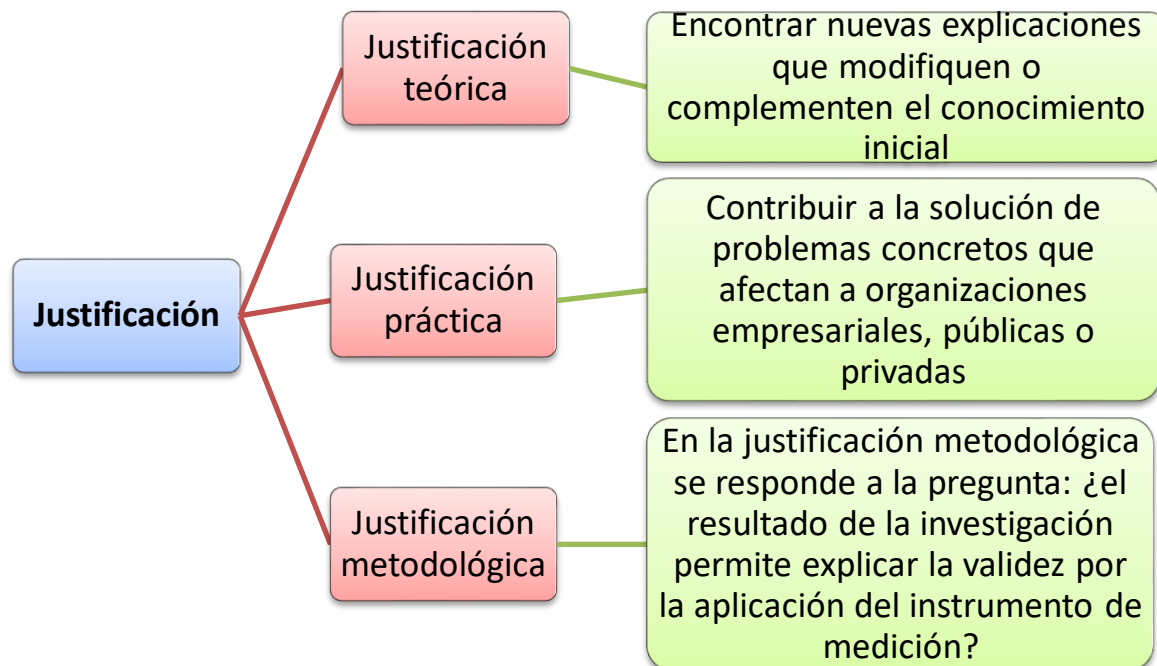
Justificación metodológica

Según Valderrama (2015), la justificación metodológica:

Hace alusión al uso de metodologías y técnicas específicas (instrumentos como encuestas, formularios o modelos matemáticos) que han de servir de aporte para el estudio de problemas similares al investigado, así como para la aplicación posterior de otros investigadores. La formulación de un software y su aplicación en la solución de problemas específicos, el empleo y la validez de modelos matemáticos, como la construcción de encuestas para obtener información, son ejemplos de elementos que, metodológicamente, son importantes en el desarrollo de un proyecto de investigación.

En la justificación metodológica se responde a la pregunta: ¿el resultado de la investigación permite explicar la validez por la aplicación del instrumento de medición? (pp. 140-141).

Gráfico 16
Clases de justificación



Fuente: Adecuación propia

1.5 Supuestos u objetivos del trabajo

Objetivos:

Según Aranzamendi (2015), los objetivos:

Un objetivo es el enunciado que se pretende alcanzar o la aspiración que orienta la acción ordenada para su consecución. Es expresado con precisión para evitar desviaciones en el proceso de investigación. Los objetivos determinarán las estrategias y procedimientos metodológicos a emplearse y, desde luego, no son intocables o absolutos (p. 211).

Vienen a ser los resultados a los que se procura llegar con la realización del trabajo de investigación y expresar las finalidades del trabajo. Son las aspiraciones que tiene el investigador a la conclusión del trabajo, por lo que debe ser claro y alcanzable, teniendo en cuenta los propósitos para la realización y búsqueda de la verdad o solucionar un problema en particular. Deberán de reunir 5 características: realistas, armonizados, concretos, sincronizados y cuantificables.

Objetivo General:

Delimitar la Imputación Objetiva y Participación en el Delito de Negociación Incompatible.

- **Objetivos específicos**

Son también llamados secundarios, accesorios, derivados. Son accesorios deducidos del objetivo general, es la suma de los objetivos específicos la que se persigue con una finalidad metodológica y operacional, sirven para pilotar las labores prácticas, como por ejemplo la preparación de instrumentos de investigación, recogidas de los datos recolectados, analizados y procesados para la preparación de las conclusiones.

- **Objetivo específico 1**

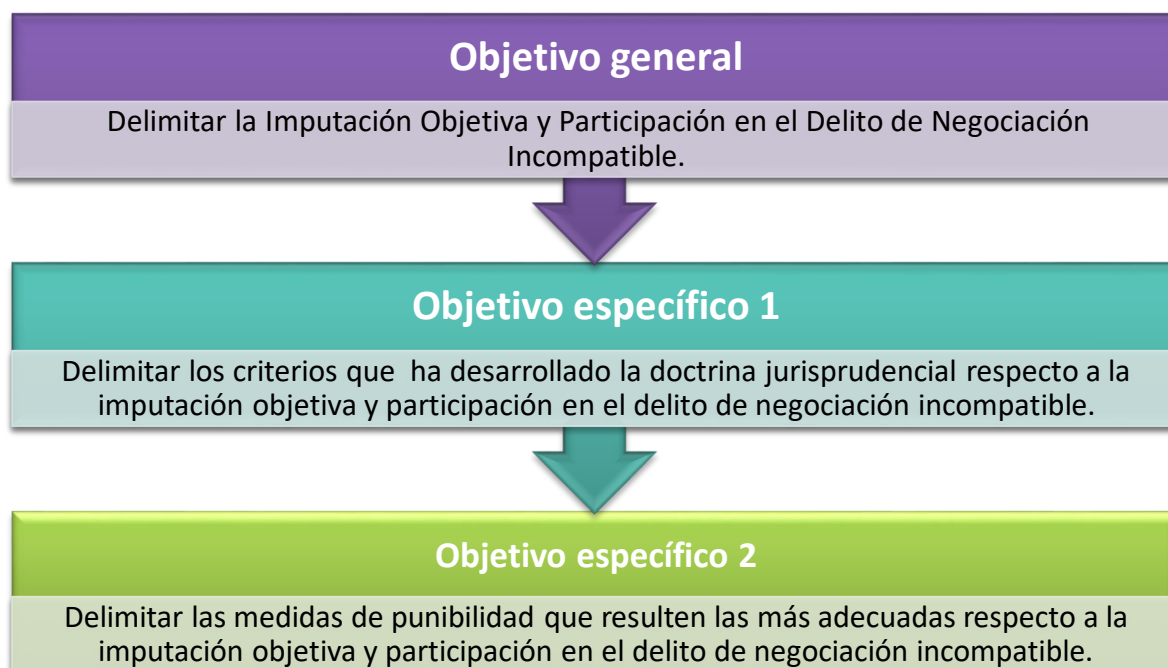
Delimitar los criterios que ha desarrollado la doctrina jurisprudencial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible.

- **Objetivo específico 2**

Delimitar las medidas de punibilidad que resulten las más adecuadas respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible.

Gráfico 17

Objetivo general y específicos



Fuente: Elaboración propia

Supuestos jurídicos

Según Aranzamendi (2015), los supuestos jurídicos:

Comprenden las bases teóricas y son parte de la misma. Constituyen los fundamentos teóricos que se tienen como dados y, por tanto, no es objeto de cuestionamiento por el investigador, más bien, deriva del mismo y de los principales enunciados del problema. Se refiere a las teorías epistemológicas o filosóficas que sirven de base del sistema y ordenamiento jurídico que son aceptados y reconocidos como tales por la comunidad académica jurídica. (p. 223)

- **Supuesto general**

La necesidad de delimitar la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible es de suma importancia, pues que generaría un vacío en la norma al no estar debidamente contemplado en las normas especiales, y se buscaría la participación de la imputación objetiva para no transgredir los principios que amparan al Derecho Penal, como son los siguientes: principio de legalidad, proporcionalidad, igualdad de armas.

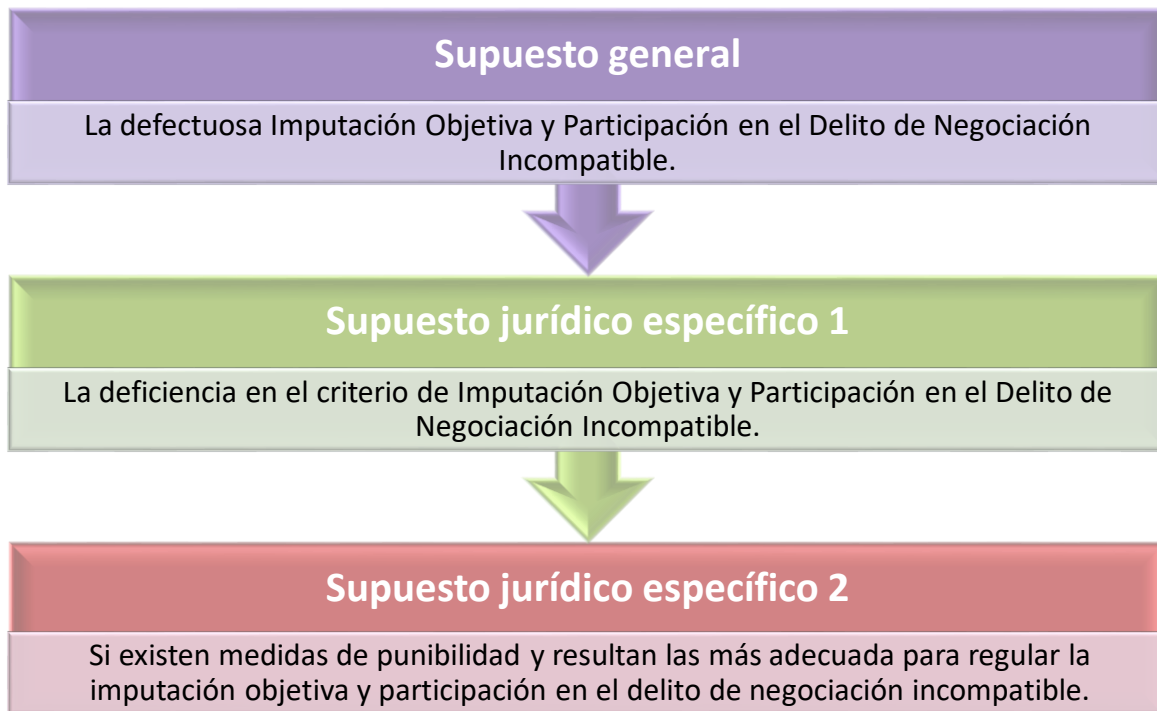
Supuesto jurídico específico 1

Delimitar los criterios que ha desarrollado la doctrina jurisprudencial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible, para llegar a conocer la evolución durante los años de vigencia del artículo que hace referencia al delito de negociación incompatible y ver posibles soluciones expuestas por grandes juristas expertos en la materia, en tal sentido si la norma cumple con la función preventiva del Derecho Penal.

Supuesto jurídico específico 2

Delimitar las medidas de punibilidad que resulten las más adecuadas respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible, conjuntamente con la política criminal que han desarrollado instituciones o autores independientes sean estos nacionales o internacionales con el fin de resguardar la Administración Pública u optar en tal sentido por la abrogación u derogación del artículo que hace referencia al delito de negociación incompatible.

Gráfico 18
Supuesto general y específicos



Fuente: Elaboración propia.

II. MÉTODO

II. Método

2.1 Diseño de investigación

El diseño de investigación es el esquema con su respectiva configuración de elementos, el esquema vendría a ser el plan y la configuración de elementos vendría a ser la estructura; las dos jugarán un rol importante en la obtención de información, su importancia radicaría en la orientación o guía de la metodología en la dirección y avance del proceso del investigador, aportando facilidad en la identificación del problema, formulación, hipótesis y resultado de los objetivos en el entorno social situado.

Teniendo en cuenta a Pineda (2017), sostiene que:

[...] El diseño de la investigación se ocupa precisamente de esa tarea: su objeto es proporcionar un modelo de verificación que permita contrastar hechos con teorías, y su forma es la de una estrategia o plan general que determina las operaciones necesarias para hacerlo. Así por ejemplo, si nuestra aproximación teórica nos lleva a suponer que la esquizofrenia tiene un origen orgánico, tendremos que elaborar un método para poder comprobar si tal afirmación se corresponde o no con la realidad. Definir qué pruebas de laboratorio, qué observaciones y análisis de conductas son los pertinentes para llegar a esa comprobación, es lo que llamamos elaborar un diseño. Resulta claro, entonces, el sentido de lo que hemos denominado momento metodológico de la investigación: en el mismo no se trata ya de definir qué vamos a investigar, sino cómo vamos a hacerlo (pp. 17-18).

En la presente investigación, la **teoría fundamentada** fue la estrategia adaptable en la que se da respuesta a las preguntas formuladas y por ende destinada a lograr los objetivos planteados.

Para Pineda (2017), la teoría fundamentada es:

[...] una investigación que no parte de marcos teóricos ni de investigaciones anteriores, sino que la teoría se construye en el propio proceso investigativo como resultado de la interpretación de los datos que se obtienen mediante la aplicación de diferentes técnicas. La idea de este tipo de investigación es realizar aportes de carácter teórico, que podría tener como fuente a la sociología. Los estudios referidos a la forma de pensar de una comunidad jurídica para entender el concepto que esta tiene sobre el castigo, pueden servir al derecho penal para tener una visión intercultural sobre la pena (p. 25).

A su vez, mantendrá el diseño de **análisis de casos**, ya que tomaremos como base los criterios de los jueces plasmados en casaciones, centrándonos en una autoridad jurisdiccional y tomando tan sólo la parte decisiva o final de la casación. En palabras de Pineda (2017), el estudio de casos:

Se trata de un examen completo o intenso de una faceta, una cuestión o quizás, los acontecimientos que tienen lugar en un marco geográfico a lo largo del tiempo, es un proceso de indagación que se caracteriza por el examen detallado, comprensivo, sistemático y, en profundidad del caso objeto de estudio. Un caso puede ser una persona, una organización, un programa de enseñanza, un acontecimiento particular, un fenómeno emblemático. La única exigencia es que posea un límite físico o social que le confiera entidad: una persona, una norma, un hecho criminal, un procedimiento, una institución jurídica, un criterio jurisdiccional, etc. [...] (pp. 25-26).

2.2 Métodos de muestreo

En primer lugar, el muestreo es un herramienta que forma parte de la investigación científica, siendo su misión la de determinar que segmento de la realidad en estudio enmarcando a la población o universo deben estudiarse con el propósito de colegir sobre dicha población. En el presente caso, al tratarse de la *investigación cualitativa*, las muestras son **no probabilísticas**, ya que el carácter cualitativo está dirigido a comprender un fenómeno con el fin de contrastar supuestos los mismos que no son tan específicos como los del enfoque cuantitativo, el investigador tiene la posibilidad de direccionar la investigación conforme a sus propias inclusive está sujeta a modificaciones y siempre van de lo particular a lo general.

No está destinado a probar hipótesis, pues éstas se forman durante el transcurso y poco a poco se van clarificando conforme se van adquiriendo datos. Se dice que se trata de un proceso inductivo (examina y detalla para luego formar perspectivas teóricas basadas en hechos observables).

En palabras de Valderrama (2015), aprecia que el enfoque cualitativo:

La tarea del investigador es esforzarse por crear nuevas teorías y leyes e incluso la aplicación de nuevos métodos al estilo de Mas Weber. Para procurar mejores desarrollos del pensamiento científico social, por ejemplo. De otro lado, tiene que describir, con la máxima profundidad posible, el objeto de su estudio o parte de determinada realidad para luego explicarlo científicamente, descubriendo y aplicando leyes y principios científicos para mejorar, enriquecer o modificar la teoría existente y poder generalizar sus resultados. El objetivo o propósito fundamental e este tipo de investigación es la producción de teoría (pp. 100-101).

Por lo tanto, **el muestreo no probabilístico** va dirigido concretamente a la percepción que puedan tener los individuos, y no al conglomerado de los individuos, también es conocido como muestreo no aleatorio, ya que son elegidas a juicio del investigador tienen carácter representativo, más no de representatividad, siendo por ello **un muestreo discrecional** (uno de los tipos del muestro no probabilístico).

En la investigación cualitativa, se estima lo siguiente:

Escenario de estudio:

El escenario involucra a todos los sujetos que aparecen en la caracterización, en el tiempo y espacio donde se desarrolla el problema de la investigación, el escenario de estudio tiene carácter limitado respecto al espacio geográfico. Un buen escenario se identifica por ser de fácil acceso y además, porque reúne la fuente de información que el investigador quiere lograr.

En el caso concreto sería en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, al tratarse de una norma en concreto abarcaría la Sala Penal Nacional.

Caracterización de sujetos

La caracterización de los sujetos está dada por los sujetos que se desenvuelven en el entorno, ya sea de manera directa o indirecta en el planteamiento del desarrollo de la investigación, por consiguiente, en el presente trabajo de investigación se procederá a realizar 8 entrevistas que serán realizadas a personas especializadas, expertos, profesionales en el ámbito del presente tema sobre la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible teniendo en cuenta las casaciones (casación 841-2015 y casación 23-2016), y se concluyó con ocho expertos. De igual forma, los sujetos que integran el contexto de estudio de la presente investigación son especialistas – profesionales en Derecho Penal. Funcionarios públicos de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y de la Fiscalía Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Perdida de Dominio, considerando que son expertos en el tema de delitos contra la administración pública se puede expresar que son personas competentes, desarrolladas, expertas en el tema, por lo que pasarán a emitir un criterio u juicio válido sobre el tema.

Cuadro N° 01
Caracterización de sujeto

N°	Sujetos	Profesión	Cargo	Perfil Profesional
1	Córdova Alcántara, Norah Ildaura	Abogada	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – Segundo Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima	<ul style="list-style-type: none"> - Universidad de San Martín de Porres. - 2000 al 2001 abogada en la AMAG. - 2001 al 2012 Fiscal Adjunta en el Ministerio Público. - 2012 hasta hoy como Fiscal Provincial.
2	Rivera Navarro, Nestor Raúl	Abogado	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – Quinto Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima	<ul style="list-style-type: none"> - Maestría y Doctorado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. - Becario del Curso de Investigación Judicial y Violencia Femicida. - Fiscal Adjunto Provincial Penal.
3	Cueva Ramos, Keeller Andy	Abogado	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – Despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima	<ul style="list-style-type: none"> - Universidad San Martín de Porres. - Asistente en Función Fiscal (5ta Fiscalía Provincial Penal del Callao). - Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Fiscal del Callao – Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Callao. - Fiscal Provincial Penal Corporativa de Mariscal Cáceres, San Martín – Tocache.
4	Medina Rodrigo, Luis Alberto	Abogado	Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Fiscal de Lima – Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima	<ul style="list-style-type: none"> - Desde el 2010 hasta el 2012 como Asistente en Función Fiscal en la ciudad de Chincha. - Maestría en Ciencias Penales en la Universidad de San Martín de Porres. - Egresado del PROFA en la Academia de la Magistratura.
5	Cornejo Gonzales, Gunther César	Abogado	Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Fiscal de Lima – Quinto Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima	<ul style="list-style-type: none"> - Asistente en Función Fiscal. - Maestría por la Universidad César Vallejo. - Docente de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad César Vallejo Lima Norte. - Abogado de la 1° Fiscalía Superior Penal de Lima Norte.
6	Rojas Gómez, Richard David	Abogado	Fiscal Adjunto Provincial Titular Especializado en Delitos de Lavado de Activos y Perdida de Dominio (Supraprovincial Corporativo)	<ul style="list-style-type: none"> - Universidad Nacional de Trujillo. - Asistente en Función Fiscal en la ciudad de Chincha. - Auditor de Sistemas Administrativos – SUNAT. - Egresado del PROFA en la Academia de la Magistratura. - Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Fiscal de Lima – Quinto

				Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima.
7	Roque Soplapuco, Paulina del Rocío	Abogada	Fiscal Adjunto Provincial– Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos	<ul style="list-style-type: none"> - Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. - Asistente en Función Fiscal. - Presidenta del Comité Especial Permanente de Bienes del Ministerio Público – Distrito Fiscal de Lambayeque.
8	Charaja Béjar, Wilder Luis	Abogado	Fiscal Adjunto Provincial Titular Penal de Lima, Distrito Judicial de Lima, en el Pool de Fiscales de Lima	<ul style="list-style-type: none"> - Maestría en la Universidad Nacional de San Agustín. - Maestría en la Pontificia Universidad Católica del Perú. - Docente en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. - Fiscal Adjunto Provincial Titular del Distrito Judicial de Lima, en el Despacho de la Vigésima Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima. - Fiscal Adjunto Provincial Penal.

Fuente: Adecuación propia.

2.3 Rigor científico

El rigor científico aporta confiabilidad al trabajo de investigación, por lo que el investigador deberá ser constante para que su trabajo alcance los niveles de calidad y contenido científico, para ello se toma como base la epistemología y una constante vigilancia de la misma, para garantizar que el trabajo desarrollado cumple con los requisitos indispensables para determinar el marco científico, desde el punto inicial que hace referencia al objeto de estudio, para luego pasar por el análisis y manifestación de los resultados.

Teniendo en cuenta la reconstrucciones teóricas, las mismas que proporcionan una correcta relación e interpretación al contrastar la respuesta de las entrevistas con el contenido de las fichas del análisis documental, por lo que una buena elaboración de las mismas daría coherencia lógica al trabajo de investigación.

2.4 Análisis cualitativo de los datos

Antes de pasar a explicar el análisis cualitativo de los datos es necesario hacer mención al tipo de estudio, de acuerdo a la naturaleza de la información que se reunió para responder el problema de la presente investigación es de **enfoque cualitativo**, del mismo modo dentro de este enfoque, **el tipo** de investigación es **orientada a la comprensión**.

Según Huamaní (2016), considera que la investigación cualitativa:

[...] se utiliza primero para descubrir y refinar preguntas de investigación. A veces, pero no necesariamente, se prueban hipótesis. Con frecuencia se basa en métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y las observaciones. Por lo regular, las preguntas e hipótesis surgen como parte del proceso de investigación, siendo éste flexible, y se mueve entre los eventos y su interpretación, entre las respuestas y el desarrollo de la teoría. Su propósito consiste en “reconstruir” la realidad, tal y como la observan los actores de un sistema social previamente definido. (p. 35)

Es decir, la investigación encaminada a la comprensión que otorgó al investigador una serie de técnicas e instrumentos, cuya intención no sólo fue la de comprobar el objeto de estudio, recolectar datos, describir e interpretar la realidad problemática, sino que proporcionó y proporcionará, con el logro de nuevos conocimientos que, tanto el investigador como quienes tengan acceso a éstos, comprendan a raíz de las casaciones anteriormente mencionadas (casación 841-2015 y casación 23-2016).

Asimismo, es de **tipo básico**, porque como señala Huamaní (2016) este tipo de investigación implica lo siguiente:

Es un tipo de investigación eminentemente teóricas, orientada a la búsqueda de nuevos conocimientos teóricos a efectos de corregir, ampliar o sustentar mejor la teoría existente. Este tipo de investigación no tiene fines prácticos inmediatos. Es conocida también como investigación Pura o Fundamental.

La tarea del investigador es esforzarse por crear nuevas teorías y leyes e incluso la aplicación de nuevos métodos al estilo de Mas Weber. Para procurar mejores desarrollos del pensamiento científico social, por ejemplo. De otro lado, tiene que describir, con la máxima profundidad posible, el objeto de su estudio o parte de determinada realidad para luego explicarlo científicamente, descubriendo y aplicando leyes y principios científicos para mejorar, enriquecer o modificar la teoría existente y poder generalizar sus resultados. El objetivo o propósito fundamental e este tipo de investigación es la producción de teoría (pp. 100-101).

Ahora bien, el **análisis cualitativo de los datos**, vendría a ser una elaboración primigenia que nos comunica acerca de una realidad considerando su grado o dimensión que estas puedan tener. Al presentarse en la realidad, se hace referencia al espacio y tiempo geográfico en donde se sitúa el fenómeno, aquellos datos no son se encuentran en términos numéricos sino que están descritos con palabras o textos, por lo tanto no están sujetos a una medición estadística.

Se puede observar que la presente investigación reúne las tres características: 1) Interpretación: Se ha utilizado la legislación con el motivo de estudiar las leyes; 2) Comparación: Utiliza el Derecho Comparado, para buscar bases y optar por posibles soluciones; y 3) Integración: El antes y el después respecto a mi tema de investigación, sobre la historia que abarca de manera parcial o completa el problema de investigación.

Al estar comprendidos en palabras o textos, se hace vinculación a diversas lecturas que luego de ser interpretadas son contrastadas con los datos procedentes de la ficha de análisis documental, para así poder divisar semejanzas o diferencias.

2.5 Aspectos éticos

En la presente investigación se ha procedido de manera correcta respetando los derechos de las personas que intervienen y coadyuvan a desarrollar el tema de análisis, contando con el consentimiento informado de los participantes, dicho de otro modo, los resultados de la presente investigación no afectará de manera directa ni indirecta los derechos de terceros.

III. DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS

III. Descripción de resultados

En este punto se hace referencia a la manera de explicar el estudio a personas que darán lectura a nuestro trabajo de investigación, así mismo esta representa la finalización del proceso de investigación. Pues el producto de información recogida debe ofrecer una respuesta al planteamiento del problema y precisamos que instrumentos se usaron, así mismo de la recolección de datos, deben ser analizados e interpretados por el investigador.

Cumplen con tres características: 1) La descripción es narrativa, 2) El soporte de las categorías, y 3) Elementos gráficos.

Tomando en cuenta la definición de Hernández (2006), con respecto a la descripción de resultados:

Los reportes cualitativos son una manera de describir el estudio a otras personas y representan la culminación del proceso de investigación. El reporte debe ofrecer una respuesta al planteamiento del problema y señalar las estrategias que se usaron para abordarlo, así como los datos que fueron recolectados, analizados e interpretados por el investigador. (p. 723).

Seguidamente, se procederá a realizar un análisis de cada pregunta, las mismas que se sitúan dentro de los objetivos, se contrastaran y discreparan las opiniones que se realizaron a los fiscales entrevistados; así también se actuaran las fichas de análisis documental, para que al concluir se pueda alcanzar un resultado final respecto a cada objetivo planteado.

Si es necesario delimitar la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible.

Cabe hacer la precisión que para obtener la información que nos acerque más a una respuesta del objetivo general, en la entrevista se elaboraron tres preguntas de las cuales se ha realizado una reducción de información sobre cada respuesta brindada por las personas entrevistadas.

En referencia a las preguntas realizadas a los fiscales se puede inferir que, en lo relativo a la necesidad de delimitar la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible, la respuesta de la Dra. Córdova; hace referencia que si bien es cierto no lesiona un deber propio, lesiona un bien jurídico, y contrastando su respuesta con la del Dr. Medina, el cual también menciona la complejidad del delito y considera que sí es factible la complicidad, por existir la aportación de un tercero y teniendo en cuenta la estructura típica del delito de Negociación Incompatible el favorecido no habría aportado a la consumación.

Así mismo, el Dr. Cornejo, refiere que el extraneus sólo puede ser responsable en procesos administrativos y que por lo tanto no puede existir la figura del cómplice, considerando dos casaciones relevantes para el tema de investigación. En el mismo sentido, el Dr. Rojas, menciona que los extraneus en el ámbito de un delito especial son sólo imputados por delitos comunes, más no por delitos especiales teniendo en cuenta la teoría de infracción de deber.

La Dra. Roque, indica que en este caso sólo son imputados los sujetos que tienen el carácter especial, dejando de lado al partícipe sin pena alguna. Del mismo modo, el Dr. Charaja, se apoya en la postura tomada por el Dr. Cornejo, mencionando las mismas casaciones, pero realiza un estudio más profundo al expresar que no es posible la complicidad o participación en el delito de Negociación Incompatible.

Sin embargo, el Dr. Rivera, menciona se aplicaría el Art. 25, segundo párrafo del Código Penal, el cual sí imputa al partícipe una pena al encontrarse en delitos especiales aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él. Por otro lado, el Dr. Cueva, menciona que el partícipe adquiriría el nombre de instigador.

En cuanto a la pregunta número dos, ¿Usted cree que el delito de negociación incompatible se encuentra bien tipificado, o tal vez puede ser un delito subsidiario?, que responde al objetivo principal, el Dr. Charaja, menciona que no se encuentra bien tipificado y refiere que el artículo 25 del C.P., pues menciona que debería de tomarse el criterio de complicidad aún cuando no se trate de un delito encuentro, además agrega que el mencionado artículo regula la teoría de la participación “como una parte”, no necesariamente está dentro de la Parte Especial, así mismo al revisar la jurisprudencia nacional no se encuentra salida alguna, pero en la legislación compara sí encontramos soluciones que puede adoptar el Código Penal Peruano. Por otro lado, la Dra. Roque, refiere que mayormente se realiza un cuestionamiento al verbo rector “interés indebido”, por lo que sugiere se realice un estudio profundo y las consecuencias de las mismas al establecerlo como delito subsidiario.

La Dra. Córdova, señala que debe entenderse como un delito de peligro concreto y de acuerdo al principio de lesividad está condicionado a la creación de un riesgo (resultado), por su parte el Dr. Rivera, señala que sí se encuentra bien tipificado como delito autónomo mientras no haya elemento de convicción para vincular al funcionario y al tercero.

El Dr. Cueva, explica que en primer lugar debe analizarse el bien jurídico protegido que en este caso es preservar normativamente la administración pública del interés privado de los

funcionarios o servidores públicos; en este caso el “interés” en el contrato u operación; lo cual diferencia del otro tipo penal; en consecuencia está bien tipificado y no es subsidiario.

Por otro lado el Dr. Medina, refiere que sí está bien tipificado; y menciona que el verbo rector “OPERACIÓN” es interpretado de distintas formas por la doctrina y jurisprudencia respecto al carácter patrimonial o no, además afirma que sí se trata de un delito subsidiario, idea que discrepa con el Dr. Cueva.

Del mismo modo, el Dr. Cornejo y el Dr. Rojas, refiere que sí se encuentra debidamente tipificado y además está de acuerdo con el Dr. Medina al afirmar el carácter subsidiario, y penar tan sólo al funcionario o servidor.

En cuanto a la pregunta número tres, ¿Considera usted que el delito de negociación incompatible debería ser derogado y subsumido por el delito de colusión?, que responde al objetivo principal, los presentes fiscales Dra. Córdova, Dr. Rivera, Dr. Cueva, Dr. Medina, Dr. Cornejo y el Dr. Rojas, mencionan que el delito de Negociación Incompatible tiene carácter autónomo y no debería ser subsumido; ya que sus verbos rectores son distintos, en el delito de colusión se va a concertar mientras que en el Negociación Incompatible es el posible favorecimiento.

Del mismo modo, la Dra. Roque, señala que debe preverse las consecuencias al derogar la norma. Por otro lado el Dr. Charaja, afirma que no debe derogarse pero que sí debería ser subsumido y señala que debería implementarse la jurisprudencia extranjera donde no rompen con el título de imputación.

Para lograr un mayor entendimiento sobre el objetivo general, respecto al uso de las fichas análisis documental, en el caso de las Casaciones 841-2015 y 23 -2016, la primera hace referencia a los procesos de contratación, que según su propia norma tienen carácter de subsanable al encontrarse en situación de emergencia, y por lo tanto no configuran el delito de negociación incompatible y el segundo es la intervención del tercero, aspecto que más importa a la presente investigación, la casación menciona que no responden ni como cómplice ni como instigador. Posteriormente plantean recurso de apelación y se da la casación 23-2016; la cual libera a los acusados en segunda instancia como cómplices.

De este modo, con respecto al objetivo general se puede inferir que, existe impunidad parcial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible, debido a que los mismos fiscales señalan como criterio la unidad el título de imputación y en

este caso optan por imputar al extraneus un delito común (por ejemplo: falsificación, estafa, etc.). El extraneus al no verse enmarcado con la misma pena, siendo proporcionales, para los magistrados y fiscales han cometido un delito común, donde se evidencia la ruptura del título de imputación, sin embargo algunos tras haber afirmado que el Ministerio Público sólo adopta la teoría del título de imputación formulada por ROXIN, se observa lo contrario al imputar un delito común, algunos fiscales incluso discrepan con el carácter subsidiario. Y en ciertos casos confunden los verbos rectores, cuando de manera textual la norma situada en el artículo 399 del Código Penal señala: “..en provecho propio o de tercero...”; siendo considerado por lo tanto un delito de merca actividad y no de resultado.

Respecto a los criterios que ha desarrollado la doctrina jurisprudencial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible.

De las preguntas realizadas mediante la entrevista, cabe resaltar que en lo referido a la pregunta número cuatro ¿Considera usted necesario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación con la finalidad de hacer efectiva la función preventiva del Derecho Penal?, el Dr. Cornejo, considera que sí, con la finalidad de imponer sanciones y lograr disuadir a las personas que tengan alguna relación con la administración pública y con ello evitar que concurren en conductas dolosas. Por otro lado, la Dra. Córdova, realiza una diferencia entre ruptura del título de imputación y función preventiva

Tanto los doctores Rivera, Cueva, Medina y Rojas, coinciden en que no debe romperse con el título de imputación, puesto que si ello pasara la conducta del funcionario o servidor público quedaría impune.

Por otro lado, el Dr. Charaja, refiere que para el delito de colusión habría complicidad porque exige necesariamente para su configuración típica según la estructura del tipo la presencia de dos personas, lo mismo pasaba en el delito de cohecho, si verificamos la figura dice: “el que solicita o el que acepta, en el caso del que solicita, digamos que el funcionario público le acepta, digamos que un particular va a entregarlo –el dinero– solicitado al funcionario, en el caso del cohecho que recibe, significa que ha habido otra persona que ha sido la que ha ofrecido sin que el funcionario haya aceptado, la mencionada casación no acepta la participación o la presencia de un tercero desde el punto de vista típico, por lo tanto, no es conducente la ruptura del título de imputación.

Respecto a la pregunta 5, la cual es: ¿Cuáles son las razones o motivos que justifiquen la exclusión de la participación en el delito de negociación incompatible?, dos doctores Córdova,

Cueva, Medina, Cornejo, Roque y Charaja, fundamentan a su manera que sí existe una participación del extraneus que no está regulada o tipificada en el artículo 399, se hace referencia a la impunidad del extraneus, inclusive menciona uno de ellos que sí puede existir el aporte a terceros no interesados que contribuyan en la idoneidad de la consumación del delito antes que el funcionario muestre su interés y señalan los límites que imponen las casaciones establecidas, y mencionan que es muy reduccionista la opinión de los magistrados en ambas casaciones.

Respecto a la pregunta 6, la cual es: ¿Considera usted que el hecho de excluir la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, debilita la función preventiva del Derecho Penal?, dos doctores Córdova, Rivera, Cueva Rojas, Roque y Charaja, fundamenta a su manera que sí, se debilitaría la función preventiva excluyendo la conducta del extraneus. Por su parte el Dr. Medina, menciona que no, pero se mantiene en la idea de que sí puede existir el aporte de terceros no interesados o extraneus en la consumación del delito de Negociación Incompatible.

En la misma pregunta, el Dr. Charaja, hace un estudio más profundo al señalar que inclusive algunos magistrados o los mismos fiscales confunden los términos de complicidad con el de la instigación, en el presente caso el instigador no es tomado en cuenta, debido al hecho complejo por tratarse de un delito especial; ya que no estamos aplicando la teoría del dominio del hecho como en los delitos comunes.

Prosiguiendo con el orden de interpretación de fichas de análisis documental, es preciso señalar que las Casaciones 841-2015 y 23 -2016, al comprobar que la ruptura del título de imputación no era la más conveniente, opto por la unidad del título de imputación formulada por ROXIN, así mismo en la legislación peruana se opta por dejar libre al extraneus sin condenarlo a una pena.

Lo expuesto en el párrafo anterior, nos lleva a la siguiente conclusión relacionada con el primer objetivo específico. Cuáles son los criterios que ha desarrollado la doctrina jurisprudencial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible. Para lograr una función preventiva de acorde con la realidad social es necesario recurrir a la legislación extranjera y adaptarla al Perú, pues en Alemania se le da una pena al extraneus sin hacer diferencias entre delitos propios o impropios, y sin romper el título de imputación.

Delimitar las medidas de punibilidad que resulten las más adecuadas respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible.

En cuanto a la pregunta siete donde se le pregunta ¿Por qué la diferencia en el tratamiento en cuanto a la participación entre un delito de negociación incompatible y un delito común de homicidio?, que responde al objetivo específico dos, los doctores Córdova, Rivera, Roque, Cueva, Medina y Cornejo, sin embargo los tres últimos doctores señalan que la teoría de la Infracción de Deber es para el delito especial y la teoría del Dominio del Hecho para el delito común, inclusive mencionan respecto al delito de homicidio, puede ser autor cualquier persona y puede darse la complicidad y otros tipos de participación, sin que ello implique la ruptura de la imputación.

Por otro lado, el Dr. Rojas, considera que no existe diferencia alguna. Mientras que, el Dr. Charaja, realiza un estudio más profundo al respecto, señalando que en todos los códigos existe una figura autónoma que regula en la Parte General y en lo concerniente a la participación, la génesis de su admisión de complicidad está en el artículo 25 del Código Penal, según el Ministerio Público se adhiere a la unidad del título de imputación siendo ROXIN el mayor exponente de la mencionada teoría.

Respecto a la pregunta ocho donde se le pregunta ¿Considera usted necesaria la aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible? Sí o No ¿Por qué?, los doctores Córdova, Rivera, Medina, Cueva, Cornejo y Charaja, responden afirmativamente a la pregunta, por su parte la Dra. Córdova, señala que la función es preventiva y represiva, por lo que no debe limitarse a la conducta del extraneus, por su parte el Dr. Medina, afirma que son los operadores de justicia quienes no aplican correctamente la tipificación del referido delito.

Hay que tomar en cuenta la posición que adopta el Dr. Cornejo y el Dr. Charaja, pues comparten una postura, al considerar: que debería ser precisa la responsabilidad del extraneus, de manera expresa, pues si bien el fundamento de la norma está referido al interés del funcionario o servidor público, siempre se da un resultado en provecho o beneficio de un tercero que se ve favorecido indebidamente.

Por su parte, el Dr. Rojas, menciona que no, dado que estamos ante un delito de infracción de deber propio de los funcionarios y/o servidores públicos como intraneus.

Respecto a la pregunta nueve donde se le pregunta ¿Tiene usted algún aporte o precisión adicional a la presente investigación?, la Dra. Córdova, por su parte menciona que al no existir un delito común que equipare al delito de negociación incompatible, considero que no puede

quedar impune, y también debería ser incluido dentro de este paquete debería de demostrar una mínima intervención.

El Dr. Cornejo, por su parte, menciona que al tratarse de una investigación que trata sobre participación del sujeto «extraneus» en la materialidad del delito de negociación incompatible, se deben presentar alternativas para que este pueda verse incorporado, siendo no solo estas alternativas de un agregado en el texto penal.

Por otro lado, el Dr. Charaja, aconseja leer la opinión el Mg. Salinas Siccha, el mismo hace referencia a las mencionadas casaciones, en el que no llegamos a acreditar al titular de la acción penal y que implica el beneficio que va a recibir el extraneus a consecuencia de la operación llevada a cabo por el servidor o funcionario público. Caso donde entraron en disputa la teoría del dominio del hecho y la de infracción del deber para determinar la autoría y la participación.

De otro modo, el Dr. Medina, menciona que debe realizarse un estudio respecto al verbo rector “OPERACIÓN”. Mientras que, la Dra. Roque, menciona que debe realizarse un estudio respecto al verbo rector “interés indebido”.

Por otra parte, el Dr. Rojas, menciona que se debe verificar, lo siguiente: 1) Aportes dentro de los actor ejecutivos del autor – intraneus (Ausencia de Imputación); 2) Ausencia de imputación necesaria cuando no existe aporte, dado que no existe acto humano que sancionar penalmente; 3) Delito subsidiario sí, alternativo no.

Rescatando las últimas opiniones de, luego de una minuciosa lectura a las respuestas de los doctores fiscales, se puede dar la imputación objetiva en el delito de negociación incompatible, como salvedad a ello se debe recurrir a legislación extranjera, toda vez que en las mencionadas casaciones excluyen a los cómplices lo cual no debería ocurrir, toda vez que se estaría dando una indebida aplicación material respecto a la imputación del extraneus, recordar que en las dos casaciones mencionadas entran en disputa tanto la teoría del dominio del hecho y la de infracción del deber para determinar la autoría y la participación.

IV. DISCUSIÓN

Este capítulo está dedicado a la discusión de los resultados, en la cual desarrollaremos las limitaciones e implicancias que el estudio realizado va a tener con el mundo real, el impacto social y la contribución en la solución de los problemas formulados.

El objetivo general fue determinar la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible, para hallar los resultados hemos aplicado una entrevista, dirigida a personal calificado de dicha institución, ya que los fiscales son quienes dirigen la investigación, esta es una facultad que tienen todos los fiscales en autonomía del Ministerio Público, ya que son quienes de primera mano conocen los hechos imputados y realizan la disposición de investigación preparatoria, tomando como referencia la respuesta de los entrevistados, podemos decir que un resultado eminente fue que la responsabilidad del extraneus sólo puede ser posible en el ámbito administrativo y penalmente en la actualidad y que parcialmente se otorga una salvedad, el de aplicar el artículo 25 del Código Penal, que no es muy desarrollada por cierto, ya que es de carácter reduccionista, por lo que al aplicarse al delito de negociación incompatible, rompería con la unidad del título de imputación, al responder el extraneus por un delito común.

Respecto a la tipificación del delito de negociación incompatible y si debería ser considerado un delito subsidiario; podemos decir que no se encuentra bien tipificado y debería de tomarse en cuenta al extraneus aún cuando no nos encontremos en un delito de encuentro, y las posibles soluciones el Código Penal Peruano debería por optar de asimilarlas de las legislaciones extranjeras, entre ellas Alemania.

Con relación a la derogación del delito de negociación incompatible o la posible subsunción al delito de colusión; podemos decir que no debería ser subsumido, ya que tienen un carácter autónomo, pues la colusión vendría a ser la acción de concertar, y la negociación incompatible se trataría de la acción de un posible favorecimiento. Al parecer la teoría de la unidad del título de imputación está dada por ROXIN en Alemania, postura a la que supuestamente se acoge el Ministerio Público, entonces si no se aplica la teoría de la ruptura del título de imputación, por qué el extraneus responde por un delito común?, no pues no se está aplicando de manera correcta y debería aplicarse jurisprudencia extranjera.

Para lograr un mayor entendimiento sobre el objetivo general, respecto al uso de las fichas análisis documental, en el caso de las Casaciones 841-2015 y 23 -2016, la primera hace referencia a los procesos de contratación, que según su propia norma tienen carácter de

subsana al encontrarse en situación de emergencia, y por lo tanto no configuran el delito de negociación incompatible y el segundo es la intervención del tercero, aspecto que más importa a la presente investigación, la casación menciona que no responden ni como cómplice ni como instigador. Posteriormente plantean recurso de apelación y se da la casación 23-2016; la cual libera a los acusados en segunda instancia como cómplices.

De este modo, con respecto al objetivo general se puede inferir que, existe impunidad parcial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible, debido a que los mismos fiscales señalan como criterio la unidad del título de imputación y en este caso optan por imputar al extraneus un delito común (por ejemplo: falsificación, estafa, etc.). El extraneus al no verse enmarcado con la misma pena, siendo proporcionales, para los magistrados y fiscales han cometido un delito común, donde se evidencia la ruptura del título de imputación, sin embargo algunos tras haber afirmado que el Ministerio Público sólo adopta la teoría del título de imputación formulada por ROXIN, se observa lo contrario al imputar un delito común, algunos fiscales incluso discrepan con el carácter subsidiario. Y en ciertos casos confunden los verbos rectores, cuando de manera textual la norma situada en el artículo 399 del Código Penal señala: “..en provecho propio o de tercero...”; siendo considerado por lo tanto un delito de mera actividad y no de resultado.

El objetivo específico uno fue delimitar los criterios que ha desarrollado la doctrina jurisprudencial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible, para hallar los resultados hemos aplicado una entrevista, dirigida a personal calificado de dicha institución, ya que los fiscales son quienes dirigen la investigación, esta es una facultad que tienen todos los fiscales en autonomía del Ministerio Público, ya que son quienes de primera mano conocen los hechos imputados y realizan la disposición de investigación preparatoria, tomando como referencia la respuesta de los entrevistados, podemos decir que no debería darse la ruptura del título de imputación, pero sí debería adecuarse la norma con la finalidad de imponer sanciones y lograr disuadir a las personas que tengan alguna relación con la administración pública y con ello evitar que concurran en conductas dolosas.

Se debilitaría la función preventiva excluyendo la conducta del extraneus, inclusive menciona uno de ellos que si puede existir el aporte a terceros no interesados que contribuyan en la idoneidad de la consumación del delito antes que el funcionario muestre su interés y señalen los límites que imponen las casaciones establecidas, y mencionan que es muy reduccionista la opinión de los magistrados en ambas casaciones.

Algunos magistrados o los mismos fiscales confunden los términos de complicidad con el de la instigación, en el presente caso el instigador no es tomado en cuenta, debido al hecho complejo por tratarse de un delito especial; ya que no estamos aplicando la teoría del dominio del hecho como en los delitos comunes. Precisamente el tema de la “imputación objetiva” y la discusión que ha motivado en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas, demuestra palpablemente cómo pueden y deben actuar teoría y práctica, doctrina y labor judicial, para tratar de dar una solución más justa a los problemas jurídico-penales concretos, así como para concretar el principio de legalidad reconocido no sólo por las leyes, sino también por los “escépticos” de la doctrina.

Pero lo que sí puede ser criticado es la falta de seguridad que en muchos casos ofrece la teoría de la imputación. Así se observa incluso aplicando las reglas de la teoría de la “imputación objetiva” puede llegarse a resultados totalmente opuestos, pues a la hora de aplicar el criterio respectivo, no siempre se tiene la misma idea sobre sus alcances. Por ejemplo, para aplicar el criterio del “aumento del riesgo”, unos parten de una evitación del resultado en caso de una conducta alternativa cuidadosa “con la probabilidad rayana en la seguridad”, otros aplican el “in dubio pro reo”, otros se contentan con la “posibilidad” de la evitación del resultado, etc.

El concepto de acción típica ha de partir de una definición de carácter normativo que permita incluir tanto la acción como la omisión, que posteriormente habrá de sufrir un proceso de desnormativación para que en ella puedan subsumirse los comportamientos reales.

Nos lleva a la siguiente conclusión relacionada con el primer objetivo específico. Cuáles son los criterios que ha desarrollado la doctrina jurisprudencial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible. Para lograr una función preventiva de acorde con la realidad social es necesario recurrir a la legislación extranjera y adaptarla al Perú, pues en Alemania se le da una pena al extraneus sin hacer diferencias entre delitos propios o impropios, y sin romper el título de imputación.

El objetivo específico dos fue delimitar las medidas de punibilidad que resulten las más adecuadas respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible., para hallar los resultados hemos aplicado una entrevista, dirigida a personal calificado de dicha institución, ya que los fiscales son quienes dirigen la investigación, esta es una facultad que tienen todos los fiscales en autonomía del Ministerio Público, ya que son quienes de primera mano conocen los hechos imputados y realizan la disposición de investigación preparatoria, tomando como referencia la respuesta de los entrevistados, podemos decir que la teoría de la Infracción de Deber es para el delito especial y la teoría del

Dominio del Hecho para el delito común, inclusive mencionan respecto al delito de homicidio, puede ser autor cualquier persona y puede darse la complicidad y otros tipos de participación, sin que ello implique la ruptura de la imputación.

La aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, debería darse cumpliendo la función es preventiva y represiva, por lo que no debe limitarse a la conducta del extraneus, por otro lado, se afirma que son los operadores de justicia quienes no aplican correctamente la tipificación del referido delito.

Hay que tomar en cuenta la posición que adopta el Dr. Cornejo y el Dr. Charaja, pues comparten una postura, al considerar: que debería ser precisa la responsabilidad del extraneus, de manera expresa, pues si bien el fundamento de la norma está referido al interés del funcionario o servidor público, siempre se da un resultado en provecho o beneficio de un tercero que se ve favorecido indebidamente.

Al no existir un delito común que equipare al delito de negociación incompatible, considero que no puede quedar impune, y también debería ser incluido dentro de este paquete debería de demostrar una mínima intervención. Al tratarse de una investigación que trata sobre participación del sujeto «extraneus» en la materialidad del delito de negociación incompatible, se deben presentar alternativas para que este pueda verse incorporado, siendo no solo estas alternativas de un agregado en el texto penal.

Por otro lado, el Dr. Charaja, aconseja leer la opinión el Mg. Salinas Siccha, el mismo hace referencia a las mencionadas casaciones, en el que no llegamos a acreditar al titular de la acción penal y que implica el beneficio que va a recibir el extraneus a consecuencia de la operación llevada a cabo por el servidor o funcionario público. Caso donde entraron en disputa la teoría del dominio del hecho y la de infracción del deber para determinar la autoría y la participación.

Luego de una minuciosa lectura a las respuestas de los doctores fiscales, se puede dar la imputación objetiva en el delito de negociación incompatible, como salvedad a ello se debe recurrir a legislación extranjera, toda vez que en las mencionadas casaciones excluyen a los cómplices lo cual no debería ocurrir, toda vez que se estaría dando una indebida aplicación material respecto a la imputación del extraneus, recordar que en las dos casaciones mencionadas entran en disputa tanto la teoría del dominio del hecho y la de infracción del deber para determinar la autoría y la participación.

Sin embargo, ha sido demostrado que este punto de vista no es el más correcto para nuestra sociedad moderna. No se pueden tener expectativas respecto de meros individuos que ni son conocidos personalmente por los otros miembros de la sociedad, ni quieren serlo. Puesto que el Derecho Penal, por el contrario, desea garantizar también contactos sociales anónimos, las expectativas no van referidas a individuos en sí –en nuestro ejemplo, no se espera no ser lesionado por un individuo concreto–, sino a individuos en su rol de sociedad.

Como se ve, las diversas soluciones que ofrece la doctrina y jurisprudencia son de los más variados, sin parecer responder, en gran medida, a principios generales, salvo lógicamente de los bienintencionados esfuerzos por encontrar una solución materialmente justa que, a la vez, sea dogmáticamente correcta. Sin embargo, no parece que esta unión se haya logrado, al menos en tanto, como se proponía una de las soluciones expuestas se imponga definitivamente y extienda a todos los delitos de infracción de deber, sin distinciones entre propios e impropios.

V. CONCLUSIONES

Primera.- En este sentido que la “imputación objetiva” resulta una construcción útil y necesaria, aunque su ubicación sistemática y, por lo tanto, su legitimidad sigan permaneciendo en la oscuridad. Ella lleva a resultados más razonables y, dentro de su inseguridad, a resultados más seguros que los basados en las teorías tradicionales vinculadas exclusivamente a la “teoría de la causalidad”. En muchos casos se presentan dudas acerca de la razonabilidad y necesidad político-criminal de hacer responsable al partícipe por el hecho delictuoso causado por él.

Segunda.- La responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible de manera textual no admite participación, inclusive algunos fiscales reconocen que el extraneus debería de ser castigado, y al aplicar el artículo 25 del Código Penal, que no es muy desarrollada por cierto, ya que es de carácter reduccionista, por lo que al aplicarse al delito de negociación incompatible. Respecto a las Casaciones 841-2015 y 23 -2016, la primera hace referencia a los procesos de contratación, que según su propia norma tienen carácter de subsanable al encontrarse en situación de emergencia, y por lo tanto no configuran el delito de negociación incompatible y el segundo es la intervención del tercero, aspecto que más importa a la presente investigación, la casación menciona que no responden ni como cómplice ni como instigador.

Tercera.- Se debilitaría la función preventiva excluyendo la conducta del extraneus, inclusive menciona uno de ellos que si puede existir el aporte a terceros no interesados que contribuyan en la idoneidad de la consumación del delito antes que el funcionario muestre su interés y señalan los límites que imponen las casaciones establecidas, y mencionan que es muy reduccionista la opinión de los magistrados en ambas casaciones.

VI. RECOMENDACIONES

Primero.- Se analizó la posibilidad de una doble disminución de la pena del extraneus partícipe en un delito de infracción de deber. La misma es posible y ya ha sido apuntada correctamente en alguna sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La doble disminución tiene lugar en su caso, de la siguiente manera: por un lado, la propia del partícipe como extraneus, esto es, como interviniente que no está obligado positivamente por una institución positiva.

Segunda.- En efecto, puesto que el aporte participativo del interviniente no tiene por qué ser de cooperación necesaria, sino que puede ser de complicidad, la aplicación de una única disminución de la pena conllevaría consecuencias que chocarían con la idea de equidad, pues se impondría la misma pena al cooperador en un delito de infracción de deber que al cómplice en tal delito, a pesar de que el Código establece expresamente que para este último es una disminución de la pena la consecuencia jurídica obligada. En otras palabras: si el aporte del partícipe ha sido tan pequeño que el mismo no debiera de ser calificado como cooperación necesaria, sino como complicidad, la pena debe disminuirse dos veces: una, como en cualquier caso de participación en un delito de infracción de deber, porque el partícipe no estaba sujeto por el deber especial (si lo estuviese, sería autor), en virtud de la circunstancia analógica, y la otra, porque su aporte era complicidad y, a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impone la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito.

Tercera: En otras palabras: si el aporte del partícipe ha sido tan pequeño que el mismo no debiera de ser calificado como cooperación necesaria, sino como complicidad, la pena debe disminuirse dos veces: una, como en cualquier caso de participación en un delito de infracción de deber, porque el partícipe no estaba sujeto por el deber especial (si lo estuviese, sería autor), en virtud de la circunstancia analógica, y la otra, porque su aporte era complicidad y, a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impone la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito. En caso de aplicarse tan sólo una disminución de la pena se produciría un agravio comparativo con el caso de la cooperación necesaria y se dejaría de tener en cuenta una de las dos circunstancias mencionadas: no se tendría en cuenta que el partícipe no estaba especialmente obligado, o no se tendría en cuenta que el aporte del partícipe tan sólo consistió en una complicidad, para la que el Código Penal establece una disminución obligatoria.

REFERENCIAS

REFERENCIAS

- Aranzamendi, L. (2015). *Investigación jurídica de la ciencia y el conocimiento científico: proyecto de investigación y redacción de la tesis*. Lima, Perú: Grijley.
- Arias, F. (2006). *El proyecto de investigación: introducción a la metodología científica*. Caracas, Venezuela: EPISTEME.
- Carrasco, S. (2017). *Metodología de la investigación científica: pautas metodológicas para diseñar y elaborar el proyecto de investigación*. Lima, Perú: San Marcos.
- Castañeda, K (2015). *Elaboración de proyecto de tesis*. Trujillo, Perú: Gráfica Real.
- Gamio, C. (2015). *Decálogo de tesis: cómo elaborar un proyecto de tesis rápido, con la rigurosidad científica moderna*. Lima, Perú: JC Impresión y Color.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2006). *Metodología de la investigación*. Iztapalapa, México D.F: McGraw-Hill.
- Huamaní, M. (2016). *Metodología de investigación científica*. Lima, Perú: I.E.P. Santo Domingo, El Predicador.
- Pineda, J. (2017). *El proyecto de tesis en derecho: la forma más sencilla y fácil de hacerlo*. Puno, Perú: Edit. Altiplano.
- Ramírez, R. (2010). *Proyecto de investigación: cómo se hace una tesis*. Lima, Perú: AMADP.
- Rodríguez, E. (2005). *Metodología de la investigación*. México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
- Sabino, C. (2002). *El proceso de investigación*. Caracas, Venezuela: FANAPO.
- Tamayo, M. (1996). *El proceso de la investigación científica*. México: D.F.: LIMUSA.
- Valderrama, S. (2015). *Pasos para elaborar proyectos de investigación científica: cuantitativa, cualitativa y mixta*. Lima, Perú: San Marcos.

Referencias Jurisprudenciales

- Abanto, M.** (1998). *Dogmática penal y política criminal. Trad.* Lima, Perú: IDEMSA.
- Abanto, M.** (2001). *Delitos contra la administración pública en el Código Penal.* Lima, Perú: Palestra.
- Arismendiz, E.** (2015). La problemática de la participación del extraneus en el delito de colusión ilegal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 71, 131-147.
- Benavente, H. y Calderón, L.** (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios.* Lima, Perú: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Castillo, J.** (2015). *El delito de negociación incompatible.* Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Castro, C.** (2009). *Corrupción y delitos contra la administración pública: especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública.* Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Delgado, L.** (2016). El delito de negociación incompatible en el Código Penal peruano. *Actualidad Penal*, 19, 198-237.
- De la Cuesta, P.** (1996). *Tipicidad e imputación objetiva.* Madrid, España: Tirant to Blanch.
- Enríquez, V.** (2016). El delito de negociación incompatible. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 79, 77-89.
- Feijoo, B.** (2002). *Imputación objetiva en Derecho Penal.* Lima, Perú: Grijley.
- Figueroa, L. C.** (2012). *La ubicación del interviniente en los delitos que protegen el bien jurídico de la administración pública.* (Tesis de magister, Universidad Nacional de Colombia). Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co/6416/1/699827.2012.pdf>.
- Frisancho, M., y Peña, A.** (1999). *Tratado de Derecho Penal: Delitos contra la administración pública.* Lima, Perú: FECAT.

- Frisancho, M.** (2017). *Delitos contra la administración pública: delitos cometidos por particulares*. Lima, Perú: Legales.
- Gimbernát, E.** (2006). *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: BdeF.
- Gómez, V.** (2003). *Los delitos especiales*. (Tesis de doctor, Universidad de Barcelona). Obtenido de <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/41556/3/TESIA.pdf>.
- Lamas, L.** (2014). Una aproximación a la teoría de la imputación objetiva. *Gaceta Penal & Procesal Penal: delitos de crimen organizado*, 139-186.
- López, L. L.** (2013). *Criterios para determinar la responsabilidad del Extraneus en el delito de peculado*. (Tesis para obtener el título profesional de Abogado). Universidad César Vallejo, Perú.
- Marca, E.** (2012). La participación en los delitos de infracción de deber: ¿impunidad del extraneus?. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 42, 85-106.
- Minaya, H.** (2015). *Fundamentos para la aplicación de la prescripción especial al extraneus en delitos de colusión desleal como medida para combatir las organizaciones ilícitas para delinquir en el Perú*. (Tesis de doctorado, Universidad Andina "NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ"). Obtenido de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sJt5ZgQDZKAJ:repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/286/TESIS.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy+%&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>.
- Nakazaki, C., Hugo, J., Peña, A.** [et al.] (2016). *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Pariona, R., Villavicencio, F., Medina, J.** [et al.] (2015). *Imputación objetiva*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Reátegui, J.** (2014). *Autoría y participación en el delito: régimen normativo y jurisdiccional*. Lima, Perú: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Reyna, L.** (2009). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Jurista.
- Rojas, F.** (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Grijley.

- Rojas, F.** (2004). *El extraneus en el delito de cohecho pasivo*. Lima, Perú: Jurista editores.
- Rosales, D.** (2015). El concepto de autor desde la perspectiva del delito como infracción del deber. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 70, 79-114.
- Roxin, C.** (2012). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Lima, Perú: Grijley.
- Salazar, N.** (2015). Imputación objetiva y participación de los extraneus de los delitos de infracción de deber. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 70, 11-78.
- Salinas, R.** (2015). El delito de negociación incompatible en nuestro sistema jurídico. *Actualidad Penal*, 17, 240-257.
- Salinas, R.** (2016). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Grijley. Grijley.
- Sánchez-Vera, J.** (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama: Madrid: MARCIAL PONS.
- Santamaría, J. A.** (2016). *El extraneus y los delitos contra la administración pública*. (Tesis para obtener el título profesional de Abogado). Universidad César Vallejo, Perú.
- Urbiola, E.** (2016). La complicidad y otras divergencias en el delito de negociación incompatible. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. 90, 139-148.

ANEXOS

Anexo 1
Matriz de consistencia

Matriz de consistencia

Cuadro N° 02. Matriz de consistencia

TÍTULO: Imputación Objetiva y Participación en el Delito de Negociación Incompatible.	
Problemas General y Específicos	<p>Problema general</p> <p>¿Por qué es necesario delimitar la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible?</p> <p>Problema específico 1</p> <p>¿Qué criterios ha desarrollado la doctrina jurisprudencial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible?</p> <p>Problema específico 2</p> <p>¿Qué medidas de punibilidad resultan las más adecuadas respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible?</p>
Objetivos	<p>Objetivo General:</p> <p>Delimitar la Imputación Objetiva y Participación en el Delito de Negociación Incompatible.</p> <p>Objetivos específicos</p> <p>Objetivo específico 1</p> <p>Delimitar los criterios que ha desarrollado la doctrina jurisprudencial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible.</p> <p>Objetivo específico 2</p> <p>Delimitar las medidas de punibilidad que resulten las más adecuadas respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible.</p>
	Supuesto general

<p>Supuestos Jurídicos</p>	<p>La necesidad de delimitar la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible es de suma importancia, para no transgredir los principios que amparan al Derecho Penal, como son los siguientes: principio de legalidad, proporcionalidad, igualdad de armas.</p> <p>Supuesto jurídico específico 1</p> <p>Delimitar los criterios que ha desarrollado la doctrina jurisprudencial respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible, para llegar a conocer la evolución durante los años de vigencia del artículo que hace referencia al delito de negociación incompatible y ver posibles soluciones expuestas por grandes juristas expertos en la materia, en tal sentido si la norma cumple con la función preventiva del Derecho Penal.</p> <p>Supuesto jurídico específico 2</p> <p>Delimitar las medidas de punibilidad que resulten las más adecuadas respecto a la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible, conjuntamente con la política criminal que han desarrollado instituciones o autores independientes sean estos nacionales o internacionales con el fin de resguardar la Administración Pública u optar en tal sentido por la abrogación u derogación del artículo que hace referencia al delito de negociación incompatible.</p>
<p>Tipo de Estudio Y Diseño de Investigación</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Básico, orientada a la comprensión, enfoque cualitativo. • Diseño de la Teoría Fundamentada y Análisis de Casos
<p>Población y Muestra</p>	<p>Técnica de la entrevista aplicada la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, aplicada a cinco (8) fiscales.</p>

Fuente: Elaboración propia

Anexo 2
Instrumentos

ANEXO 2

FICHA DE ENTREVISTA

**DIRIGIDA A LOS FISCALES PROVINCIALES ESPECIALIZADOS EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO DE LIMA**

TÍTULO:

**IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACION EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

Entrevistado:

Cargo:

**La presente investigación tiene como finalidad delimitar la imputación objetiva
y participación en el delito de negociación incompatible.**

- 1. ¿Puede existir el cómplice extraneus en el delito de negociación incompatible?
Explique.**

2. ¿Usted cree que el delito de negociación incompatible se encuentra bien tipificado, o tal vez puede ser un delito subsidiario?

3. ¿Considera usted que el delito de negociación incompatible debería ser derogado y subsumido por el delito de colusión?

4. ¿Considera usted necesario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación con la finalidad de hacer efectiva la función preventiva del Derecho Penal?

5. ¿Cuáles son las razones o motivos que justifiquen la exclusión de la participación en el delito de negociación incompatible?

6. ¿Considera usted que el hecho de excluir la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, debilita la función preventiva del Derecho Penal?

7. ¿Por qué la diferencia en el tratamiento en cuanto a la participación entre un delito de negociación incompatible y un delito común de homicidio?

8. ¿Considera usted necesaria la aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible? Sí ó No ¿Por qué?

9. Tiene usted algún aporte o precisión adicional a la presente investigación?

Guía de análisis documental

Cuadro N° 03: Ficha de análisis documental

Ficha de análisis documental
Validación de investigación
Institución (fuente):
Materia:
Fecha:
Autor:
Resumen del caso:
Discusión:
Conclusión:

Fuente: Elaboración propia

Anexo 3

Ficha de validación de los instrumentos

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: ROOVE GUTIERREZ NILDA YOLANDA
 1.2. Cargo e institución donde labora: DTC - UCV
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: ANÁLISIS DOCUMENTAL
 1.4. Autor(A) de Instrumento:

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI
—

III. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima, 28 JUNIO del 2018


 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 97960596 Telf.: 9491580

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: ROQUE GUTIERREZ NILDA YOLANDA
 1.2. Cargo e institución donde labora: DTC - UCV
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: ENTREVISTA
 1.4. Autor(A) de Instrumento:

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

OPINION DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI
-

III. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima, 28 JUNIO del 2018

[Firma]
FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 7960596 Telf: 94958851

Anexo 2: Validación de Instrumento



SOLICITO:
Validación de instrumento de
recojo de información.

Sra: Dra. Nilda Yolanda Roque Gutierrez

Yo Warrent Jesús Oré Ramos identificado con DNI N° 76587515 alumno de la EP de Derecho, a usted con el debido respeto me presento y le manifiesto:

Que siendo requisito indispensable el recojo de datos necesarios para la tesis que vengo elaborando titulada: "Imputación Objetiva y Participación en el Delito de Negociación Incompatible", solicito a Ud. Se sirva validar el instrumento que le adjunto bajo los criterios académicos correspondientes. Para este efecto adjunto los siguientes documentos:

- Instrumento
- Ficha de evaluación
- Matriz de consistencia

Por tanto:

A usted, ruego acceder mi petición.

Lima, 27 junio de 2018



.....
Warrent Jesús Oré Ramos

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres:..... GAMARRA RAMON JOSE CARLOS
 1.2. Cargo e institución donde labora:..... D.T.C.
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación:..... Análisis documental
 1.4. Autor(A) de Instrumento:.....

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												^	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												Y	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												Y	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												Y	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												Y	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si
No

III. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima,..... 23 Julio del 2015

[Firma]
FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 09919024 Telf.: 963870900

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: GAMARRA RAMON JOSE CARLOS
 1.2. Cargo e institución donde labora: D.T.C.
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: ENTREVISTA
 1.4. Autor(A) de Instrumento:

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												Y	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												Y	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												Y	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												Y	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												Y	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												Y	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												Y	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												Y	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												Y	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												Y	

OPINION DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

III. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima..... del 2018

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 99919261 Telf: 963992406

Anexo 2: Validación de Instrumento



SOLICITO:

Validación de instrumento de recojo de información.

Sr.: Dr. *Gamarra Ramón, José Carlos*

Yo Warrent Jesús Oré Ramos identificado con DNI N° 76587515 alumno de la EP de Derecho, a usted con el debido respeto me presento y le manifiesto:

Que siendo requisito indispensable el recojo de datos necesarios para la tesis que vengo elaborando titulada: "Imputación Objetiva y Participación en el Delito de Negociación Incompatible", solicito a Ud. Se sirva validar el instrumento que le adjunto bajo los criterios académicos correspondientes. Para este efecto adjunto los siguientes documentos:

- Instrumento
- Ficha de evaluación
- Matriz de consistencia

Por tanto:

A usted, ruego acceder mi petición.

Lima, 27 junio de 2018



Warrent Jesús Oré Ramos

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Solo Quiñ, Mariana Rizo
- 1.2. Cargo e institución donde labora: DTP - UCV
- 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación:
- 1.4. Autor(A) de Instrumento:

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												x	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												x	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												x	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												x	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												x	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												x	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												x	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												x	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												x	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												x	

OPINION DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si

III. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95%

 Lima, 2 de Julio del 2018

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

 DNI No. 06989925 Telf: 953526901

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Soto Quiroz Mercedes Rodolfo
- 1.2. Cargo e institución donde labora: DTP-UCV
- 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación:
- 1.4. Autor(A) de Instrumento:

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.													x
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.													x
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.													x
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.													x
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													x
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.													x
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.													x
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos													x
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.													x
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.													x

OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si
No

III. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima, 4 de Julio del 2015

SFP
FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 06919923 Telf.: 913526981

Anexo 2: Validación de Instrumento



SOLICITO:
Validación de instrumento de
recojo de información.

Sr.: Dr. Salas Quispe, Mariano Rodolfo

Yo Warrent Jesús Oré Ramos identificado con DNI N° 76587515 alumno de la EP de Derecho, a usted con el debido respeto me presento y le manifiesto:

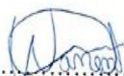
Que siendo requisito indispensable el recojo de datos necesarios para la tesis que vengo elaborando titulada: "Imputación Objetiva y Participación en el Delito de Negociación Incompatible", solicito a Ud. Se sirva validar el instrumento que le adjunto bajo los criterios académicos correspondientes. Para este efecto adjunto los siguientes documentos:

- Instrumento
- Ficha de evaluación
- Matriz de consistencia

Por tanto:

A usted, ruego acceder mi petición.

Lima, 27 junio de 2018



Warrent Jesús Oré Ramos

Anexo 4
Cuadro de respuestas

Pregunta 1 ¿Puede existir el cómplice extraneus en el delito de negociación incompatible?
Explique.

Tabla N° 01: Respuestas

Entrevistado	Cargo	Respuesta
Norah Ildaura Córdova Alcántara	Fiscal Provincial del Distrito de Lima – 1°FPCEDCF-2D	Sí, cuando en la comisión del delito existe una infraestructura organizativa y su participación. Si bien no lesiona el deber propio, si lesiona el bien jurídico.
Néstor Raúl Rivera Navarro	Fiscal Provincial del Distrito de Lima – 1°FPCEDCF-5D	Sí, en aplicación del Art. 25, segundo párrafo del Código Penal; que establece que el cómplice siempre responde en referencia al hecho cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.
Keeller Andy Cueva Ramos	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito de Lima – 2°FPCEDCF	Sí, en etapa pre ejecutiva, como instigador. El delito de Negociación Incompatible tiene como verbo rector el «interés» por parte del sujeto especial (funcionario o servidor público) en un contrato u operación a su cargo; lo cual limita la participación de terceros en fase ejecutiva; pero si puede presentarse un tercero como instigador para cometer el delito.
Luis Alberto Medina Rodrigo	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito de Lima – 1°FPCEDCF-2D	Teniendo en consideración la complejidad de este delito, consideramos que si es factible la complicidad pues es posible la aportación de un extraneus o intraneus para la consideración de un delito de Negociación Incompatible; sin embargo, no puede considerarse al favorecido como cómplice pues para dicho favorecimiento ya se habría consumado el delito de Negociación Incompatible, por lo que el favorecido ya no habría aportado a la consumación.
Gunther César Cornejo Gonzales	Fiscal Adjunto Provisional del Distrito de Lima –	Se trata de un delito especial en el que se requiere que el agente ostente la calidad o condición de servidor o funcionario público, en situaciones sólo serán responsables los extraneus por cuestiones administrativas, conforme han sido determinadas en las casaciones N° 23-

	1ºFPCEDCF-5D	2016 y anteriormente la N° 841-2015, por lo tanto no puede existir la figura del cómplice.
Richard David Rojas Gómez	Fiscal Adjunto Provincial Titular Especializado en Lavado de Activos.	Sí, los sujetos de cooperación necesaria o secundaria de acuerdo a la dogmática penal deben efectuarse durante la ejecución de los actos de inicio de comisión del ilícito penal hasta su consumación. En ese sentido, por cuestiones de política criminal debe sancionarse al partícipe extraneus cuando a través de aportes (presentación de documentos fraudulentos, proyección de resoluciones, etc) conlleven a facilitar al intraneus su interés indebido intentado en ese aporte a través del delito funcional, dado que estamos ante un delito de infracción de deber.
Paulina del Rocío Roque Soplapuco	Fiscal Adjunto Provincial- 2º FSCEDLA - 2D.	La complicidad del extraneus sí resultaría factible, teniendo en consideración que la calidad especial que exige el tipo penal es requerida para el autor pero no para el partícipe.
Wilder Luis Charaja Béjar	Fiscal Adjunto Provincial Titular Penal de Lima, DJL -Pool de Fiscales de Lima	Hay que recurrir a dos casaciones; la primera es la casación N° 841-2015 de Ayacucho y la segunda N° 23-2016, según las mencionadas casaciones, los magistrados habían establecido de que no era posible la complicidad o participación, toda vez que para ellos la complicidad requiere necesariamente que el tipo penal de encuentro ó de complicidad necesaria; pero la mayor parte de la doctrina enfoca la temática de la participación siempre tomando en cuenta la parte General del Derecho Penal.

Fuente: Elaboración propia del autor

Pregunta 2 ¿Usted cree que el delito de negociación incompatible se encuentra bien tipificado, o tal vez puede ser un delito subsidiario? Explique.

Tabla N° 02: Respuestas

Entrevistado	Cargo	Respuesta
Norah Ildaura Córdova Alcántara	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	El delito de negociación incompatible, debe entenderse como un delito de peligro concreto y de acuerdo al principio de lesividad esté acondicionado a la creación de un riesgo (resultado) (Casación 231 -2017) de fecha 14 de septiembre de 2017.
Néstor Raúl Rivera Navarro	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-5D	Se encuentra bien tipificado como delito autónomo en consecuencia que no existan elementos de convicción para acreditar una demostración ilegal entre el funcionario o servidor público con el extraneus.
Keeller Andy Cueva Ramos	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 2°FPCEDCF	Para establecer si un delito se encuentra correctamente tipificado o que se trate de un delito subsidiario, en primer lugar debe analizarse el bien jurídico protegido que en este caso es preservar normativamente la administración pública del interés privado de los funcionarios o servidores públicos; que en buena cuenta también está protegido por otros delitos, como el de colusión; en segundo lugar es analizar su verbo rector, en este caso el “interés” en el contrato u operación; lo cual diferencia del otro tipo penal; en consecuencia está bien tipificado y no es subsidiario.
Luis Alberto Medina Rodrigo	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	Sí, está bien tipificado; si bien existen elementos del tipo como “OPERACIÓN”; que sin interpretados de distintas formas por la doctrina y jurisprudencia, en el sentido que estas puede ser de contenido patrimonial para alguno y no necesariamente debe tener contenido patrimonial para otros, esto no significa que el tipo penal este mal tipificado. De otro lado no es que pueda ser un delito subsidiario; sino que es un delito subsidiario.
Gunther César	Fiscal Adjunto Provincial Provisional	Me parece que está debidamente tipificado, toda vez que si bien en la doctrina se alega que es subsidiario por cuanto en este tipo no se indica la naturaleza del contrato u operación, también es cierto que lo que se sanciona es el

Cornejo Gonzales	del Distrito Fiscal de Lima – 1ºFPCEDCF-5D	interés del funcionario o servidor público que anteponen sus intereses a la administración estatal.
Richard David Rojas Gómez	Fiscal Adjunto Provincial Titular Especializado en Lavado de Activos.	Los delitos subsidiarios por cuestiones de política criminal y por el principio elemental de legalidad material necesariamente requieren una regulación expresa. Ahora bien, tal vez considero que no podría considerarse un delito alternativo, lo cual es muy diferente a la subsidiariedad, por lo que considero que si se encuentra bien tipificado.
Paulina del Rocío Roque Soplapuco	Fiscal Adjunto Provincial– 2º FSCEDLA – 2D.	El cuestionamiento que generalmente se realiza al tipo penal de negociación incompatible es respecto a la generalidad que contiene el aspecto de «interés indebido», este aspecto señalado, también puede ser hallado en otros delitos contra la administración pública. Por lo que habría que realizar un estudio profundo los efectos que tendría establecerlo como delito subsidiario.
Wilder Luis Charaja Béjar	Fiscal Adjunto Provincial Titular Penal de Lima, DJL –Pool de Fiscales de Lima	No se encuentra bien tipificado, el punto es el artículo 25 del Código Penal. Pues debería de imputársele el grado de complicidad a aquel que no es funcionario aún cuando no se trate de un delito de encuentro; pero el mencionado artículo regula la teoría de la participación “como una parte”, no necesariamente está dentro de la Parte Especial, así mismo al revisar la jurisprudencia nacional no se encuentra salida alguna, pero en la legislación compara sí encontramos soluciones que puede adoptar el Código Penal Peruano.

Fuente: Elaboración propia del autor

Pregunta 3 ¿Considera usted que el delito de negociación incompatible debería ser derogado y subsumido por el delito de colusión?

Tabla N° 03: Respuestas

Entrevistado	Cargo	Respuesta
Norah Ildaura Córdova Alcántara	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	No, porque el delito de colusión es concertar entre un funcionario y un particular, cuando no se puede probar este choque; queda el posible favorecimiento que a ser el verbo Interesarse y Favorecer.
Néstor Raúl Rivera Navarro	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-5D	No. Debe existir como delito autónomo.
Keeller Andy Cueva Ramos	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 2°FPCEDCF	Por lo mismo que se expuso en la respuesta a la pregunta anterior, el verbo rector del delito de Negociación Incompatible y Colusión son distintos, el primero esta referido al interés indebido, en el segundo se refiere a la acción para “defraudar” al Estado; aún cuando su ámbito o cautela del bien jurídico pueda ser el mismo; las acciones consideradas como delictiva son muy distintas.
Luis Alberto Medina Rodrigo	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	No debe ser derogado; toda vez que estos delitos traen caracteres o elementos esencialmente diferentes que hacen que cada cual tenga un ámbito de reproche penal distinto; derogar el delito de Negociación Incompatible incumbiría un alto nivel de impunidad pues no se podría sancionar las conductas de funcionarios que sin necesidad de coludirse favorecen a particulares infringiendo sus deberes funcionales.
Gunther César Cornejo Gonzales	Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Fiscal de Lima –	No, pues en el delito de Colusión existe una convergencia de voluntades de defraudar entre el funcionario o servidor público y el particular “extraneus”; es por eso que se considera un delito de encuentro; mientras el de negociación incompatible sólo basta el interés del funcionario o servidor público.

	1°FPCEDCF-5D	
Richard David Rojas Gómez	Fiscal Adjunto Provincial Titular Especializado en Lavado de Activos.	No, en un delito de Estado de Derecho Constitucional donde actualmente existen diversas modalidades de actos de corrupción a niveles de criminalidad organizada, resultado necesario sancionar aquellas conductas donde no existiendo actos colusorios (al menos desde la óptica procesal), se justifica la existencia de este tipo penal y de ahí su reafirmación a través de la Ley N° 30111.
Paulina del Rocío Roque Soplapuco	Fiscal Adjunto Provincial– 2° FSCEDLA – 2D.	Teniendo en consideración lo señalado precedentemente, previamente a poderse inclinarse a una postura “derogatoria” del tipo penal de negociación incompatible habrá que tener en cuenta los efectos que tendría ello, principalmente, por ejemplo, si se genera vacíos de punibilidad.
Wilder Luis Charaja Béjar	Fiscal Adjunto Provincial Titular Penal de Lima, DJL –Pool de Fiscales de Lima	No debería ser derogado toda vez que contribuiría a la impunidad, pero sí debería ser subsumido. Debería implementarse la jurisprudencia extranjera en el presente caso; por ejemplo en Alemania de donde proviene la famosa teoría o tesis de ROXIN “unidad del título de imputación” donde no se difiere del delito de infracción del deber propio o impropio, pues la salvedad en la misma es la disminución mínima de la pena para el extraneus.

Fuente: Elaboración propia del autor

Pregunta 4 ¿Considera usted necesario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación con la finalidad de hacer efectiva la función preventiva del Derecho Penal?

Tabla N° 04: Respuestas

Entrevistado	Cargo	Respuesta
Norah Ildaura Córdova Alcántara	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	La prevención penal debe someterse a una serie de límites, tal como el Principio de Legalidad, necesidad social de la intervención penal. Dicho esto, la prevención es una cosa y la ruptura del título de imputación refiere que los extraneus no deberían responder por los delitos de corrupción. Para mí son teorías distintas.
Néstor Raúl Rivera Navarro	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-5D	No; ya que de ese modo el extraneus no sería imputado como cómplice primario; y de ese modo el extraneus no sería agente del mensaje que regulara la norma prohibitiva no existiendo función preventiva alguna.
Keeller Andy Cueva Ramos	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 2°FPCEDCF	Para los delitos de función o de Infracción del Deber, la teoría de la Ruptura del Título de Imputación, presenta más problemas que soluciones con relación a la Teoría de Unidad del Título Imputación; debido a que no se resuelve el problema del extraneus cuando no existe delito común con el que se pueda homologar delitos como cohecho, prevaricato o enriquecimiento ilícito, como tampoco plantea solución respecto a la participación del funcionario o servidor público en el delito común; lo llevaría a dejar ciertas conductas impunes que no cumplirían con la finalidad preventiva del Derecho Penal.
Luis Alberto Medina Rodrigo	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	Por el contrario, aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación no haría efectiva la función preventiva del Derecho Penal; toda vez que se daría un mensaje de impunidad a la sociedad en el sentido que no podría imputárseles a los extraneus algún grado de participación en los delitos cometidos por los funcionarios.
Gunther César	Fiscal Adjunto Provincial	En los casos que se trate de un delito especial, que se relaciona a un delito de infracción de deber, sí, puesto que de esa manera se podrían establecer sanciones que al

Cornejo Gonzales	Provisional del Distrito Fiscal de Lima – 1ºFPCEDCF-5D	disuadir a las personas que se encuentran en la administración pública o tengan relación con esta, eviten incurrir en acciones dolosas.
Richard David Rojas Gómez	Fiscal Adjunto Provincial Titular Especializado en Lavado de Activos.	No, dado que aplicar la ruptura del título de imputación en los delitos de infracción al deber conllevaría a consecuencias materiales y procesales caóticas para el sistema de justicia en nuestro país cuya vertiente es designar magistrados especializados. Por un lado material, dado, que tendríamos que aplicar un delito común y ello conllevaría a efectuar una nueva subsunción con posibilidades de aplicar distintas agravantes o concurso aparente de leyes. Y procesal, dado que existirían procesos penales distintos uno ante magistrados penales otros especializados con posibilidad de pronunciamiento
Paulina del Rocío Roque Soplapuco	Fiscal Adjunto Provincial– 2º FSCEDLA – 2D.	Considero que la función preventiva del Derecho Penal lo cumpliría, más efectivamente, por medio de la «teoría de unidad del título» dado que ésta plantea que la pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial.
Wilder Luis Charaja Béjar	Fiscal Adjunto Provincial Titular Penal de Lima, DJL –Pool de Fiscales de Lima	En tanto, ampliando la pregunta anterior, para los magistrados en el delito de colusión habría complicidad porque exige necesariamente para su configuración típica según la estructura del tipo la presencia de dos personas, lo mismo pasaba en el delito de cohecho, si verificamos la figura dice: “el que solicita o el que acepta, en el caso del que solicita, digamos que el funcionario público le acepta, digamos que un particular va a entregarlo –el dinero– solicitado al funcionario, en el caso del cohecho que recibe, significa que ha habido otra persona que ha sido la que ha ofrecido sin que el funcionario haya aceptado, la mencionada casación no acepta la participación o la presencia de un tercero desde el punto de vista típico, por lo tanto, no es conducente la ruptura del título de imputación.

Fuente: Elaboración propia del autor

Pregunta 5 ¿Cuáles son las razones o motivos que justifiquen la exclusión de la participación en el delito de negociación incompatible?

Tabla N° 05: Respuestas

Entrevistado	Cargo	Respuesta
Norah Ildaura Córdova Alcántara	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	La razón es que al ser un delito especial, sólo debe responder los funcionarios públicos por lo que el particular puede responder por un delito común pero al tratarse de este delito y no estar equivalente a un delito común quedaría impune.
Néstor Raúl Rivera Navarro	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-5D	No encuentro justificación a esa exclusión; sin embargo se sostiene que el delito de negociación incompatible sólo está dirigido al funcionario o servidor público, quien sería el único que se interesa ilegalmente en un contrato u operación, en perjuicio del Estado.
Keeller Andy Cueva Ramos	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 2°FPCEDCF	El delito de Negociación Incompatible permite la participación de otros sujetos como cómplices primarios o secundarios, orientados a facilitar o servir como intermediario al autor del delito; incluso en fase previa como ya explicó; por ende considero que no existen razones o motivos para excluir la participación en este delito.
Luis Alberto Medina Rodrigo	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	Somos de la idea que la participación del favorecido no posible; toda vez que en el momento que el funcionario se interesa en favorecer a un tercero se habría consumado el delito; no habría ningún aporte del tercero; sin embargo si puede existir el aporte a terceros no interesados que contribuyan en la idoneidad de la consumación del delito antes que el funcionario muestre su interés.
Gunther César Cornejo Gonzales	Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Fiscal de Lima –	Como se ha señalado anteriormente y lo referido en las Casaciones N° 841-2015 y 23-2016, son delitos especiales que requieren una condición especial del autor, en este caso que sean funcionarios o servidores públicos, que muestren interés en la contratación y operación del sector público.

	1°FPCEDCF-5D	
Richard David Rojas Gómez	Fiscal Adjunto Provincial Titular Especializado en Lavado de Activos.	
Paulina del Rocío Roque Soplapuco	Fiscal Adjunto Provincial- 2° FSCEDLA - 2D.	Como se ha señalado, el tipo penal especifica la calidad especial para el autor más no para el partícipe.
Wilder Luis Charaja Béjar	Fiscal Adjunto Provincial Titular Penal de Lima, DJL -Pool de Fiscales de Lima	No hay razones para excluir la participación del tercero, mucho menos que la justifiquen; en respuesta a la pregunta anterior, la mencionada casación no acepta la participación o presencia de un extraneus desde el punto de vista típico, ya que el peculado, cohecho, colusión a diferencia al caso concreto la negociación incompatible no es necesaria la participación de un tercero, por lo tanto no es un delito de encuentro o participación necesaria, por lo que se esgrime que los magistrados han hecho una interpretación reduccionista.

Fuente: Elaboración propia del autor

Pregunta 6 ¿Considera usted que el hecho de excluir la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, debilita la función preventiva del Derecho Penal?

Tabla N° 06: Respuestas

Entrevistado	Cargo	Respuesta
Norah Ildaura Córdova Alcántara	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	Sí, la prevención tiene sus límites, que se debilitaron al excluir al extraneus.
Néstor Raúl Rivera Navarro	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-5D	Sí, porque de ese modo la conducta del extraneus sería impune y se estaría cumpliendo la función preventiva del Derecho Penal.
Keeller Andy Cueva Ramos	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 2°FPCEDCF	Por supuesto que sí; en razón que estaría creando vacíos de impunidad sobre conductas con carácter delictivo o connotación penal; de allí que se busca a través de nuevas teorías como la unidad del título de imputación no dejar de sancionar conductas penalmente relativas.
Luis Alberto Medina Rodrigo	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	No debilita la responsabilidad del extraneus en caso se trate del favorecido toda que el favorecido no habría contribuido con algún aporte para la consumación del delito; por lo que no habría que hecho imputarle; pero como volvemos a repetir, sí puede existir el aporte de terceros no interesados o intraneus en la consumación del delito de Negociación Incompatible.
Gunther César Cornejo Gonzales	Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Fiscal de Lima –	No, pues existen dentro del ordenamiento penal figuras delictivas que pueden incluir en parte conductas ilícitas del que denominamos como extraneus o participar, pues en este delito puede producirse la falsedad o falsificación, estafa, apropiación, etc. Que de acuerdo a cada caso pueden ser incluidas.

	1°FPCEDCF-5D	
Richard David Rojas Gómez	Fiscal Adjunto Provincial Titular Especializado en Lavado de Activos.	Sí, por lo señalado anteriormente.
Paulina del Rocío Roque Soplapuco	Fiscal Adjunto Provincial– 2° FSCEDLA – 2D.	Ello es una de las críticas que se realiza a la «teoría de la ruptura del título», al plantear que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partícipe.
Wilder Luis Charaja Béjar	Fiscal Adjunto Provincial Titular Penal de Lima, DJL –Pool de Fiscales de Lima	Sí, inclusive algunos magistrados o los mismos fiscales confunden los términos de complicidad con el de la instigación, en el presente caso el instigador no es tomado en cuenta, debido al hecho complejo por tratarse de un delito especial; ya que no estamos aplicando la teoría del dominio del hecho como en los delitos comunes.

Fuente: Elaboración propia del autor

Pregunta 7 ¿Por qué la diferencia en el tratamiento en cuanto a la participación entre un delito de negociación incompatible y un delito común de homicidio?

Tabla N° 07: Respuestas

Entrevistado	Cargo	Respuesta
Norah Ildaura Córdova Alcántara	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, bajo la administración pública sólo funcionarios, en cambio el homicidio es un delito común, bajo la vida de cualquier persona.
Nestor Raúl Rivera Navarro	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-5D	Porque el primero es un delito de infracción de deber y el segundo es un delito de dominio del hecho.
Keeller Andy Cueva Ramos	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 2°FPCEDCF	Parte la diferencia por los siguientes aspectos; bien jurídico tutelado que son de naturaleza totalmente distintos; la condición del agente del delito, uno de ellos que requiere de un sujeto cualificado y el otro no; lo que nos lleva a tocar la tesis o teoría de la imputación a la que se debe recurrir para sancionar estos delitos; estamos hablando de la teoría de la Infracción de Deber para el delito especial y la teoría del Dominio del Hecho para el delito común.
Luis Alberto Medina Rodrigo	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	Esto se debería a las teorías que existen a estos delitos; así para el delito de Negociación Incompatible se aplica la teoría de infracción del deber y para el delito de homicidio la teoría del Dominio: lo que importa en el delito de Negociación Incompatible es que el hecho se ve dentro de las funciones atribuidas al autor que forma parte de una institución.
Gunther César Cornejo Gonzales	Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito	Por la condición particular y especial del sujeto activo, en el primero se requiere ser funcionario o servidor público, en tanto, en el delito de homicidio puede ser autor cualquier persona y puede darse la complicidad y otros

	Fiscal de Lima – 1ºFPCEDCF-5D	tipos de participación, sin que ello implique la ruptura de la imputación.
Richard David Rojas Gómez	Fiscal Adjunto Provincial Titular Especializado en Lavado de Activos.	Considero que no hay diferencia sino que es más difícil que aparezca un acto de contribución del extraneus para la consumación de este delito especial.
Paulina del Rocío Roque Soplapuco	Fiscal Adjunto Provincial– 2º FSCEDLA – 2D.	Existe una diferencia, dado que son delitos de distinta naturaleza. El primero es un delito contra la administración pública, especial; y el segundo, es un delito contra la vida el cuerpo y la salud, común.
Wilder Luis Charaja Béjar	Fiscal Adjunto Provincial Titular Penal de Lima, DJL –Pool de Fiscales de Lima	En todos los códigos existe una figura autónoma que regula en la Parte General la participación, la participación en un hecho ajeno, por ejemplo en el delito de homicidio, si acudimos a la fórmula legal, el homicidio se puede consumir sin la presencia de un tercero, es decir no es un delito de encuentro, pero sin embargo si admite complicidad, la génesis de su admisión de complicidad está en el artículo 25 del Código Penal, según el Ministerio Público se adhiere a la unidad del título de imputación siendo ROXIN el mayor exponente de la mencionada teoría.

Fuente: Elaboración propia del autor

Pregunta 8 ¿Considera usted necesaria la aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible? Sí o No ¿Por qué?

Tabla N° 08: Respuestas

Entrevistado	Cargo	Respuesta
Norah Ildaura Córdova Alcántara	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	Sí, la política criminal es la lucha contra el crimen, no debiendo ser restringida, pues la política criminal su función es preventiva y represiva, esto no debe delimitarse en la responsabilidad del extraneus.
Nestor Raúl Rivera Navarro	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-5D	Sí. Debiéndose regular sin duda alguna fue en el delito de negociación incompatible si es procedente imputar una conducta tanto al funcionario o servidor público como al extraneus.
Keeller Andy Cueva Ramos	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 2°FPCEDCF	Sí, por lo general la Política Criminal está orientada a brindar soluciones a nuevas prácticas delictivas, así como hacer más eficaces la intervención del Estado a través del Derecho Penal, con políticas razonadas y coherentes; para ello merece una mayor atención al estudio de nuevas políticas criminales que brinden mayor coherencia a la lucha contra la corrupción en general.
Luis Alberto Medina Rodrigo	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	La norma dada o el tipo penal de Negociación Incompatible en atención a la lucha contra la corrupción es parte de una buena política criminal, lo que más bien sucede es que los operadores de justicia no aplican correctamente la tipificación del referido delito.
Gunther César Cornejo Gonzales	Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Fiscal de Lima –	Si, considero que debería ser precisa la responsabilidad del extraneus, de manera expresa, pues si bien el fundamento de la norma está referido al interés del funcionario o servidor público, siempre se da un resultado en provecho o beneficio de un tercero que se ve favorecido indebidamente.

	1°FPCEDCF-5D	
Richard David Rojas Gómez	Fiscal Adjunto Provincial Titular Especializado en Lavado de Activos.	No, dado que estamos ante un delito de infracción de deber propio de los funcionarios y/o servidores públicos como intraneus.
Paulina del Rocío Roque Soplapuco	Fiscal Adjunto Provincial– 2° FSCEDLA – 2D.	
Wilder Luis Charaja Béjar	Fiscal Adjunto Provincial Titular Penal de Lima, DJL –Pool de Fiscales de Lima	Sí, ya que debería de imputársele el grado de complicidad al extraneus, toda vez que ellos podrían alegar (los magistrados) que por tratarse de un delito especial de infracción de deber y le dan un tratamiento distinto, podría ser pero no es una doctrina que no tiene muchos adeptos.

Fuente: Elaboración propia del autor

Pregunta 9 Tiene usted algún aporte o precisión adicional a la presente investigación?

Tabla N°09: Respuestas

Entrevistado	Cargo	Respuesta
Norah Ildaura Córdova Alcántara	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	Considero que al no existir un delito común que equipare al delito de negociación incompatible, considero que no puede quedar impune, y también debería ser incluido dentro de este paquete debería de demostrar una mínima intervención.
Néstor Raúl Rivera Navarro	Fiscal Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-5D	
Keeller Andy Cueva Ramos	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 2°FPCEDCF	
Luis Alberto Medina Rodrigo	Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima – 1°FPCEDCF-2D	Consideramos que se debe tratar de delimitar el significado de "OPERACIÓN" en el delito de Negociación Incompatible. Asimismo, debe tenerse presente que el interés del imputado siempre debe de manifestarse, exteriorizarse.
Gunther César Cornejo Gonzales	Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Fiscal de Lima –	Si, pues asumo que al tratarse de una investigación que trata sobre participación del sujeto «extraneus» en la materialidad del delito de negociación incompatible, se deben presentar alternativas para que este pueda verse incorporado, siendo no solo estas alternativas de un agregado en el texto penal.

	1°FPCEDCF-5D	
Richard David Rojas Gómez	Fiscal Adjunto Provincial Titular Especializado en Lavado de Activos.	Se debe verificar, lo siguiente: 1) Aportes dentro de los actor ejecutivos del autor – intraneus (Ausencia de Imputación); 2) Ausencia de imputación necesaria cuando no existe aporte, dado que no existe acto humano que sancionar penalmente; 3) Delito subsidiario sí, alternativo no.
Paulina del Rocío Roque Soplapuco	Fiscal Adjunto Provincial– 2° FSCEDLA – 2D.	Me parece necesario el estudio respecto a la configuración del delito de negociación incompatible, dado que la generalidad que implica del verbo rector «interés indebido» muchas veces permite una incursión del “ius puniendi” de forma innecesaria.
Wilder Luis Charaja Béjar	Fiscal Adjunto Provincial Titular Penal de Lima, DJL –Pool de Fiscales de Lima	Aconsejaría leer la opinión el Mg. Salinas Siccha, el mismo hace referencia a las mencionadas casaciones, en el que no llegamos a acreditar al titular de la acción penal y que implica el beneficio que va a recibir el extraneus a consecuencia de la operación llevada a cabo por el servidor o funcionario público. Caso donde entraron en disputa la teoría del dominio del hecho y la de infracción del deber para determinar la autoría y la participación.

Fuente: Elaboración propia del autor

Anexo 5

Ficha de análisis documental

Ficha de análisis documental
Validación de investigación
Institución (fuente): Casación 841-2015.
Materia: Imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible
Fecha: 24 de mayo del 2016.
Autor: Josué Pariona Pastrana (Juez de la Sala Penal Permanente – CORTE SUPREMA)
Resumen del caso: Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen -por sí solos- de relevancia para el Derecho Penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que -en el marco de una contratación en una situación de emergencia- sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa. Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal.
Informe: <ul style="list-style-type: none"> • Vigésimo segundo: La Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho ha considerado que los defectos administrativos señalados evidenciarían la comisión del delito de negociación incompatible por parte de los procesados [...].

- Vigésimo tercero: De forma coherente con los postulados anteriormente mencionados, para evaluar el valor probatorio de los defectos administrativos, primero debemos verificar en qué tipo de contratación nos encontramos. En el presente caso, nos encontramos frente a una contratación de una situación de emergencia, por lo que la valorización de los mencionados defectos es más rigurosa que en un supuesto normal de contratación.
- Vigésimo octavo: El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica un quebrantamiento de un deber especial — normativizado—, que sólo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición.
- La participación de un tercero en un delito de infracción depende fundamentalmente, de que la misma sea participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el extraneus. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos.
- Trigésimo: Como podemos observar, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria.
- La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo.
- El tercero no necesariamente debe ser la persona con la que está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado — de alguna manera— con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública.
- Trigésimo primero: El delito de negociación incompatible se enmarca dentro del título XVIII (Delitos contra la administración pública), Capítulo II (Delitos cometidos por funcionarios públicos), Sección IV (Corrupción de funcionarios). Por ende, su interpretación se da en el marco de la corrupción de funcionarios.
- Podemos observar que el mismo tiene una naturaleza subsidiaria, dado que, por su configuración típica, se presenta cuando se da otra de las conductas previstas en esta sección. Si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como un cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizará una colusión.

- El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materializa sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente.
- Trigésimo cuarto: El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva. B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna.
- Trigésimo quinto: Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública.
- En segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de interés al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio de un tercero).
- La vía a través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.
- Trigésimo sexto: El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato.
- Al respecto, como ya señalamos, no es necesario que el tercero sea quien se beneficie de la contratación, dado que el tipo penal admite la posibilidad (por su redacción abierta) de que un tercero que no sea el contratante, puede ser el beneficiado.
- El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario.

- Trigésimo sétimo: Todos los elementos antes mencionados deben ser materia de prueba en el proceso penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que a tratarse del elementos que configuran la conducta incriminada, constituye un deber del Magistrado determinar su existe o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados.

Análisis:

1. La Corte Suprema ha fijado una reciente doctrina jurisprudencial: para probar el delito de negociación incompatible penal deberá verificarse la existencia de factores externos al proceso de contratación que descarten la naturaleza meramente administrativa del error.

Comentario: Las deficiencias en los procesos de contratación directa por situación de emergencia no son suficientes para demostrar la comisión del delito de negociación incompatible (previsto en el artículo 399 del Código Penal), más aún si la ley permite subsanar estos errores en casos excepcionales, como los realizados por una situación de emergencia. A esta conclusión llegó la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 841-2015-Ayacucho, publicada en la separata de Jurisprudencia del diario oficial El Peruano el martes 28 de junio último, la cual constituye doctrina jurisprudencial en materia penal.

La Corte señaló que el fundamento de esta decisión recae en el hecho que estos procesos de contratación tienen por finalidad atender una situación de emergencia, por ello la propia Ley de Contrataciones del Estado otorga un plazo de diez días para subsanar los errores o deficiencias que pudieran presentarse. En tal sentido, la Sala Suprema ha sostenido que para probar la existencia de un ilícito penal es necesaria la comprobación de la existencia de factores externos al proceso de contratación que descarten la naturaleza meramente administrativa del error. El caso que propició esta sentencia de casación fue el siguiente: dos sujetos fueron procesados por el delito de negociación incompatible luego que suscribieran contratos con dos empresas con la finalidad de atender una situación de emergencia. El Ministerio Público sostuvo que los errores en la tramitación del proceso de contratación y la suscripción posterior de los contratos, permitía confirmar un interés particular de los funcionarios.

Por estos hechos, el Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho condenó a los procesados por el delito de negociación incompatible, en agravio del Estado, y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida. Posteriormente, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho confirmó la condena. Ante este escenario, los procesados interpusieron recurso de casación, argumentando que no es posible la configuración del delito de negociación incompatible en los casos de contratación por emergencia si se regularizaron los errores cometidos.

La Sala Penal Permanente Suprema, luego de analizar los argumentos de los recurrentes, sostuvieron que los defectos administrativos carecen de relevancia penal por sí solos y mucho menos permiten acreditar la comisión de un ilícito penal, más aún si conforme la Ley de Contrataciones del Estado, se cuenta con un plazo de 10 días para ser subsanados. Por lo tanto, dado que los procesados regularizaron los defectos administrativos en el proceso de contratación de emergencia, la Suprema sostuvo que

no podía considerarse probado la comisión del delito de negociación incompatible. Por estos motivos, revocaron la condena y absolvieron a los procesados.

Ficha de análisis documental

Validación de investigación

Institución (fuente): Casación 23-2016.

Materia: Imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible

Fecha: 16 de mayo del 2017.

Autor: Josué Pariona Pastrana (Juez de la Sala Penal Permanente – CORTE SUPREMA)

Resumen del caso: En el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones al analizar la imputación por delito de negociación incompatible, parte de la premisa de que la declaración de situación de emergencia es inexistente, al indicar que los defectos administrativos, en el proceso de exoneración y contratación de maquinaria, configuran dicho ilícito penal, cabe señalar que los defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación. En ese sentido, este Tribunal Supremo advierte que el órgano jurisdiccional de mérito, al partir del presupuesto de que la situación de emergencia resulta ficticia, no consideró que los defectos administrativos no configuran por sí solos prueba suficiente para arribar a la responsabilidad penal de los procesados; es decir, de comprobarse la idoneidad de la declaración de situación de emergencia no existiría -pese a los defectos administrativos en la contratación- el referido ilícito.

Informe:

- Mediante la sentencia citada, se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos —en Aplicación del principio de legalidad—, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal. Debemos indicar que si bien el artículo 56, cuarto párrafo, de la Ley de Contrataciones con el Estado —vigente al momento de los hechos—, precisa que "En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de proceso y del contrato, **asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.**"; en el mismo sentido, el artículo 44 de la actual Ley de Contrataciones con el Estado señala, "(...) cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, **asumen responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad, te con los contratistas que celebraron irregularmente**".
- La responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero contratado, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece en principio al cumplimiento cabal del principio de legalidad y asimismo, a que el tercero —que se beneficiara- no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiado de —alguna manera— con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública.
- Por ello, en dicho extremo, los recursos de casación planteados por los recurrente (Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinojosa, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, De La Cruz Eyzaguirre, e Ibarra Solazar) debe ser declarado infundado.

Análisis:

2. El tipo penal de negociación incompatible presenta elementos objetivos y subjetivos que lo constituyen; así, el interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionamiento público, sintetiza la tipicidad objetiva. Por otro lado, la existencia de un interés del funcionario público debe traducirse en un provecho propio o de tercero. El agente despliega su actividad en el acto o proceso de adquisición que debe arribar a un resultado; el provecho propio o de un tercero.

Comentario: Al respecto, conforme ya ha sido establecido en la Casación N° 841 - 2015, en su fundamento jurídico trigésimo sexto, 'El segundo elemento: búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de

presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público (cuando es para sí), el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario’.

En ese sentido, el provecho propio o de tercero, al ser un elemento del tipo penal del delito de negociación incompatible requiere, como cualquier otro elemento del tipo, ser materia de prueba dentro del proceso penal. Por ende, queda proscrito la presunción de su configuración, estableciéndose el deber del Ministerio Público de demostrar la existencia de este tipo penal y del Juzgador de señalar por qué, a su juicio, el mismo se presenta o no en el caso concreto.

De la revisión de autos —véase sentencia de vista a fojas dos mil seiscientos y cinco— no se advierte una motivación suficiente que sustente — más toda duda razonable— la configuración de este elemento típico; esto es, conforme a la acusación fiscal, se logró establecer el provecho indebidamente obtenido por el tercero, como consecuencia de la gestión interesada del agente. En otros términos, si producto del interés mostrado, de acuerdo con la acusación fiscal, las empresas contratadas fueron efectivamente e indebidamente beneficiadas. La Sala Penal de Apelaciones no establece de qué manera pudo configurarse la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, orientado a brindar un beneficio indebido a favor de un tercero particular, máxime si cuando en el presente caso los terceros fueron los proveedores Ferreyros S.A.A, Tracto Camiones USA, San Bartolomé S.A y Unimaq S.A., fueron objeto de sobreseimiento definitivo, sin sanción penal ni inhabilitación alguna, esto es, obtuvieron un pronunciamiento judicial de que obtuvieron un provecho debido.

Cabe señalar que la Sala Penal de Apelaciones partió de la premisa que los imputados Ocorima Nuñez, Hinojosa Viva rico y Ayala Hinostroza, infringieron sus deberes especiales de función al desplegar las conductas ilícitas detalladas en la acusación, infiriéndose de ello un interés de beneficiar a los proveedores finalmente contratados —tercero—; sin embargo, por lo expuesto lo citado por la Sala Penal de Apelaciones no resurta ser suficiente a fin de demostrar este elemento típico. En ese sentido, se advierte que la Sala de Mérito no estableció sólidamente de qué manera se configuró la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, generando un provecho al tercero particular; por tanto, corresponde declarar, en dicho extremo, los recursos de casación interpuestos por Ocoríma Nuñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza.

Anexo 6
Evidencia de la investigación

ANEXO 1 - A

GUÍA DE ENTREVISTAS

DIRIGIDA A LOS FISCALES PROVINCIALES ESPECIALIZADOS EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO DE LIMA

TÍTULO:

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACION EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Entrevistado:

NORD H. Córdova Alecutore

Cargo:

Fiscal Provincial

La presente investigación tiene como finalidad delimitar la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible.

1. ¿Puede existir el cómplice extraneus en el delito de negociación incompatible? Explique.

Si, cuando en la comisión del
delito existe una infraestructura
organizativa y de persecución.
Si bien no deviene el deber de
actuar al bien jurídico.

2. ¿Usted cree que el delito de negociación incompatible se encuentra bien tipificado, o tal vez puede ser un delito subsidiario?

El delito de Negociación Incompatible debe entenderse como un delito de peligro concreto y de acuerdo al principio de legalidad está condicionado a la creación de un riesgo (resultado) (CASAURI 234-2014) 14/9/17.

3. ¿Considera usted que el delito de negociación incompatible debería ser derogado y subsumido por el delito de colusión?

No, porque el delito de colusión es concertar entre un funcionario y un particular, cuando no se puede probar este choque; queda el posible favorecimiento que viene ser el riesgo. Interesarse, favorecer.

4. ¿Considera usted necesario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación con la finalidad de hacer efectiva la función preventiva del Derecho Penal?

La prevención penal debe promover una serie de límites, tal como el principio de legalidad, necesidad social de la intervención penal. Dicho esto, la prevención es una cosa y la ruptura del título de imputación refiere que los extráneos no deberían responder a los delitos de corrupción. Pues mi son cosas distintas.

5. ¿Cuáles son las razones o motivos que justifiquen la exclusión de la participación en el delito de negociación incompatible?

La razón es que al ser un delito especial solo debe responder los funcionarios públicos y lo que el particular puede responder a un delito común que al tratarse de este delito y no estar equivalente a un delito común que solo impone.

6. ¿Considera usted que el hecho de excluir la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, debilita la función preventiva del Derecho Penal?

Si, la prevención tiene sus límites que se debilitan al excluir al extraneus

7. ¿Por qué la diferencia en el tratamiento en cuanto a la participación entre un delito de negociación incompatible y un delito común de homicidio?

el delito de negociación incompatible es un delito de disposición de deber, b.j. la administración pública solo para honores en cambio el homicidio es un delito común b.j. la vida. cualquier persona

8. ¿Considera usted necesaria la aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible? Sí ó No ¿Por qué?

Si, la política criminal es la lucha contra el crimen, no desiendo su restringido pues la política criminal si bien es preventiva y represiva, esto no debe limitarse en la resp. del extraneus.

9. Tiene usted algún aporte o precisión adicional a la presente investigación?

Considero que al no existir un delito común que equipare al delito de negociación Incompatible, considero que no puede ser dar impune, y también debería ser incluido dentro de este delito debiendo demostrar una precisa intervención

ANEXO 1 – A

GUÍA DE ENTREVISTAS

DIRIGIDA A LOS FISCALES PROVINCIALES ESPECIALIZADOS EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO DE LIMA

TÍTULO:

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACION EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Entrevistado: NESTOR RIVERA NAVARRO

Cargo: FISCAL PRODU.

La presente investigación tiene como finalidad delimitar la imputación objetiva
y participación en el delito de negociación incompatible.

1. ¿Puede existir el cómplice extraneus en el delito de negociación
incompatible? Explique.

Si; en aplicación del Art. 25, segundo
párrafo del CP; que establece que el cómplice
siempre responde en referencia al hecho cometido
por el autor, aunque los elementos esenciales que
fundamentan la penalidad del tipo legal no con-
curran en él.

2. ¿Usted cree que el delito de negociación incompatible se encuentra bien tipificado, o tal vez puede ser un delito subsidiario?

Se encuentra bien tipificado como delito
autónomo en casos que no existan elementos
de concusión para acreditar una concusión
ilegal entre el funcionario o servidor público con
el extranjero.

3. ¿Considera usted que el delito de negociación incompatible debería ser derogado y subsumido por el delito de colusión?

NO. Debe existir como delito autónomo.

4. ¿Considera usted necesario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación con la finalidad de hacer efectiva la función preventiva del Derecho Penal?

no; ya que de ser usado el extranjero
no sería imputado como cómplice principal;
y de ser usado el extranjero no sería
agente del mensaje que regularía la
norma prohibitoria, no existiendo
función preventiva alguna.

5. ¿Cuáles son las razones o motivos que justifiquen la exclusión de la participación en el delito de negociación incompatible?

No encuentro justificación a esa exclusión; sin embargo se sostiene que el delito de negociación incompatible solo está dirigido al funcionario o servidor público, quien sería el único que se interesa ilegalmente con un contrato u operación, en perjuicio del Estado.

6. ¿Considera usted que el hecho de excluir la responsabilidad del extranjero en el delito de negociación incompatible, debilita la función preventiva del Derecho Penal?

Si, por que de ser cuando la conducta del extranjero sería impune y se estaría cumpliendo la función preventiva del Derecho penal.

7. ¿Por qué la diferencia en el tratamiento en cuanto a la participación entre un delito de negociación incompatible y un delito común de homicidio?

Porque el primero es un delito de incapacidad de dolo y el segundo es un delito de dolo en el hecho.

8. ¿Considera usted necesaria la aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible? Si ó No ¿Por qué?

Si. Debiéndose regular sin duda al finca que en el delito de negociación incompatible si es procedente imputar una conducta tanto al funcionario o servidor público como al extraneus.

9. Tiene usted algún aporte o precisión adicional a la presente investigación?

ANEXO 1 – A

GUÍA DE ENTREVISTAS

DIRIGIDA A LOS FISCALES PROVINCIALES ESPECIALIZADOS EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO DE LIMA

TÍTULO:

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACION EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Entrevistado:

Keoller Andy Cueva Ramos

Cargo:

Fiscal Adjunto Provincial - Segunda Fiscalía Anticorrupción Lima

La presente investigación tiene como finalidad delimitar la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible.

1. ¿Puede existir el cómplice extraneus en el delito de negociación incompatible? Explique.

Si, en etapa pre ejecutiva, como instigador. El delito de Negociación Incompatible tiene como verbo rector el "interés" por parte del sujeto especial (funcionario o servidor público) en un contrato u operación a su cargo; lo cual limita la participación de terceros en fase ejecutiva; pero si puede presentarse un tercero como instigador para cometer el delito.

2. ¿Usted cree que el delito de negociación incompatible se encuentra bien tipificado, o tal vez puede ser un delito subsidiario?

Para establecer si un delito se encuentra correctamente tipificado o que se trate de un delito subsidiario, en primer lugar debe analizarse el bien jurídico protegido que en este caso es preservar normativamente la administración pública del interés privado de los funcionarios y servidores públicos, que en buena cuenta también está protegido por otros delitos, como el de Colusión; en segundo lugar se analiza su verbo rector, en este caso el "interés" en el contrato u operación; lo cual diferencia de otro tipo penal; en consecuencia este bien tipificado no es subsidiario.

3. ¿Considera usted que el delito de negociación incompatible debería ser derogado y subsumido por el delito de colusión?

Por lo mismo que se expuso en la respuesta a la pregunta anterior, el verbo rector del delito (active) de Negociación Incompatible y Colusión son distintos, el primero está referido al interés indebido, en el segundo se refiere a la acción para "defraudar" al Estado; aun cuando su ámbito o cautela del bien jurídico puede ser el mismo; las acciones consideradas como delictiva son muy distintas.

4. ¿Considera usted necesario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación con la finalidad de hacer efectiva la función preventiva del Derecho Penal?

Para los delitos de función o de Infracción del Deber, la teoría de la Ruptura del título de Imputación, presenta más problemas que soluciones con relación a la Teoría de Unidad del Título Imputación; debido a que no resuelve el problema del extraneus cuando no existe delito común con el que se pueda homologar delitos como cohecho, prevaricato o enriquecimiento ilícito, como tampoco plantea una solución respecto a la participación del funcionario o servidor público en el delito común; lo llevamos a dejarse cuenta conductas impunes que no cumplen con la finalidad preventiva⁶⁸ del Derecho Penal.

5. ¿Cuáles son las razones o motivos que justifiquen la exclusión de la participación en el delito de negociación incompatible?

El delito de Negociación Incompatible permite la participación de otros sujetos como cómplices primarios o secundarios, orientados a facilitar o servir como intermediario al autor del delito; incluso en fase previa como ya se explicó; por ende considero que no existen razones o motivos para excluir la participación ~~de~~ en este delito.

6. ¿Considera usted que el hecho de excluir la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, debilita la función preventiva del Derecho Penal?

Por supuesto que sí, en razón que se estaría creando vacíos de impureza sobre conductas con carácter delictivo o connotación penal; de allí que se busca a través de nuevas teorías como la unidad del título de imputación, no dejar de sancionar conductas penalmente relevantes.

7. ¿Por qué la diferencia en el tratamiento en cuanto a la participación entre un delito de negociación incompatible y un delito común de homicidio?

Parte la diferencia por los siguientes aspectos; bien jurídicos tutelados que son de naturaleza totalmente distintos; la condición del agente del delito, uno de ellos que requiere de un sujeto cualificado y el otro no; lo que nos lleva a tocar la tesis o teoría de la imputación a la que se debe recurrir para sancionar estos delitos; estamos hablando de la teoría de la Infracción de Deber para el delito especial y la teoría del Dominio del Hecho para el delito común.

8. ¿Considera usted necesaria la aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible? Sí ó No ¿Por qué?

Si, por lo general la Política Criminal está orientado a brindar soluciones a nuevas prácticas delictivas, así como hacer más eficaces la intervención del Estado a través del Derecho Penal, con políticas razonadas y coherentes; por ello merece una mayor atención al estudio de nuevas políticas criminales que brinden mayor coherencia a la lucha contra la corrupción en general.

9. Tiene usted algún aporte o precisión adicional a la presente investigación?

Ninguna.

ANEXO 1 - A

GUÍA DE ENTREVISTAS

DIRIGIDA A LOS FISCALES PROVINCIALES ESPECIALIZADOS EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO DE LIMA

TÍTULO:

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACION EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Entrevistado: Luis Alberto Medina Rodrigo

Cargo: Fiscal Adjunto Provincial Especializado en Delitos de
Corrupción de Funcionarios

La presente investigación tiene como finalidad delimitar la imputación objetiva
y participación en el delito de negociación incompatible.

1. ¿Puede existir el cómplice extraneus en el delito de negociación
incompatible? Explique.

teniendo en consideración la complejidad de este
delito, consideramos que si es factible la complicidad
pues es posible la oportocion de un extraneus o intraneus
para la consumación de un delito de Negociación Incom-
patible; sin embargo, no puede considerarse al favorecido
como cómplice pues para dicho favorecimiento ya se había
anunciado el delito de Negociación Incompatible por lo que
el favorecido ya notaría oportado a la consumación


LUIS ALBERTO MEDINA RODRIGO
Fiscal Adjunto Provincial
Especializado en Delitos de
Corrupción de Funcionarios
del Distrito de Lima

677106

2. ¿Usted cree que el delito de negociación incompatible se encuentra bien tipificado, o tal vez puede ser un delito subsidiario?

Si está bien tipificado; si bien existen elementos del tipo como "OPERACION"; que son interpretados de distintas formas por la doctrina y jurisprudencia, en el sentido que este puede ser de contenido patrimonial para algunos y no necesariamente debe tener contenido patrimonial para otros esto no significa que el tipo está mal tipificado; De otro lado no es que pueda ser un delito Subsidiario; sino que es un delito subsidiario.

3. ¿Considera usted que el delito de negociación incompatible debería ser derogado y subsumido por el delito de colusión?

No debe ser derogado; toda vez que estos delitos tienen caracteres o elementos esencialmente diferentes que hacen que cada cual tenga un ámbito de reproche penal distinto; derogar el delito de Negociación incumbiría un alto nivel de impunidad pues no se podría sancionar las conductas de funcionarios que sin necesidad de colusión favorecen a particulares infringiendo sus deberes funcionales.

4. ¿Considera usted necesario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación con la finalidad de hacer efectiva la función preventiva del Derecho Penal?

Por el contrario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación no haría efectiva la función preventiva del Derecho Penal; toda vez que se daría un mensaje de impunidad a la sociedad en el sentido que no podría imputarse a los extraños algún grado de participación en los delitos cometidos por los funcionarios.

LUIS ALBERTO HERRERA HERRERA
Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Circuito del Poder Judicial de la Federación
Tercera Sala de lo Penal
Cuarto de lo Penal
Cuarto de lo Penal

5. ¿Cuáles son las razones o motivos que justifiquen la exclusión de la participación en el delito de negociación incompatible?

Somos de la idea que la participación del favorecido
no es posible; toda vez que en el momento que el
funcionario se interesa en favorecer a un tercero se
habría consumado el delito; no habría ningún aporte del tercero;
sin embargo si puede existir el aporte de terceros no
interesados que contribuyan con la idoneidad de la con-
sumación del delito antes que el funcionario muestra su
interés.

6. ¿Considera usted que el hecho de excluir la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, debilita la función preventiva del Derecho Penal?

No debilita la responsabilidad del extraneus en
caso se trate del favorecido toda vez que el
favorecido no habría contribuido con algún aporte
para la consumación del delito; por lo que no habría que
hecho imputarle; pero como volvemos a repetir si puede
existir el aporte de terceros no interesados o intraneus
en la consumación del delito de Negociación Incompatible

7. ¿Por qué la diferencia en el tratamiento en cuanto a la participación entre un delito de negociación incompatible y un delito común de homicidio?

Esto se debería a las teorías que existen respecto
a estos delitos; así para el delito Negociación Incom-
patible se aplica la teoría de imputación del hecho y para
el delito de homicidio la teoría del Dominio; lo que importa
en el delito de Negociación Incompatible es que el hecho
se da dentro de las funciones atribuidas al autor que forma
parte de una institución.

8. ¿Considera usted necesaria la aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible? Sí ó No ¿Por qué?

Las Normas dadas o el tipo penal de Negociación Incompatible en atención a la lucha contra la corrupción es parte de una buena política criminal, lo que más bien sucede es que los operadores de justicia no aplican correctamente ~~una~~ la tipificación del referido delito.

9. Tiene usted algún aporte o precisión adicional a la presente investigación?

Consideramos que se debe frater de delimitar el significado de "OPERACION" en el delito de Negociación incompatible; Asimismo debe tenerse presente que el interés del imputado siempre debe de manifestarse, exteriorizarse.


LUIS ALBERTO MEDINA RODRIGO
Fiscal de la Fiscalía General del Poder Judicial
Fiscal de la Fiscalía General del Poder Judicial
Santiago

ANEXO 1 – A

GUÍA DE ENTREVISTAS

DIRIGIDA A LOS FISCALES PROVINCIALES ESPECIALIZADOS EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO DE LIMA

TÍTULO:

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACION EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Entrevistado: Gunther César Cornejo Gonzales

Cargo: Fiscal Adjunto Provincial Especializado en Delitos de Corrupción
de Funcionarios de Lima.

La presente investigación tiene como finalidad delimitar la imputación objetiva
y participación en el delito de negociación incompatible.

1. ¿Puede existir el cómplice extraneus en el delito de negociación
incompatible? Explique.

Se trata de un delito especial en el que se
requiere que el agente ostente la calidad o
condición de Servidor o funcionario público, en
situaciones solo serán responsables los extraneus
por cuestiones administrativas, conforme han sido
determinadas en las casaciones N° 23-2016 y
anteriormente la N° 841-2015, por lo tanto no puede
existir la figura de cómplice

2. ¿Usted cree que el delito de negociación incompatible se encuentra bien tipificado, o tal vez puede ser un delito subsidiario?

Me parece que está debidamente tipificado, toda vez que si bien en la doctrina se alega que es subsidiario por cuanto en este tipo no se indica la naturaleza del contrato u operación, también es cierto que lo que se sanciona es el interés del funcionario o servidor público que subviene sus intereses a la administración estatal.

3. ¿Considera usted que el delito de negociación incompatible debería ser derogado y subsumido por el delito de colusión?

No, pues en el delito de Colusión existe una convergencia de voluntades de defraudar entre el Funcionario o Servidor público y el particular "Extraneus"; es por eso que se considera un delito de encuentro, mientras el de negociación incompatible solo basta el interés del funcionario o servidor público.

4. ¿Considera usted necesario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación con la finalidad de hacer efectiva la función preventiva del Derecho Penal?

En los casos que se trate de un delito especial, que se relacione a un delito de infracción de deber, sí, puesto que de esa manera se podrían establecer sanciones que al disuadir a las personas que se encuentren en la administración pública o tengan relación con esta, eviten incurrir en acciones dolosas.

5. ¿Cuáles son las razones o motivos que justifiquen la exclusión de la participación en el delito de negociación incompatible?

Como se ha señalado anteriormente y lo referido en las Casaciones N° 841-2015 y 23-2016, son delitos especiales que requieren una condición especial del autor, en este caso que sean funcionarios o servidores públicos, que muestren interés en la contrataciones y operaciones del sector público

6. ¿Considera usted que el hecho de excluir la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, debilita la función preventiva del Derecho Penal?

No, pues existen dentro del ordenamiento penal figuras delictivas que pueden incluir en parte conductas ilícitas del que denominamos como extraneus o particular, pues en este delito puede producirse la falsedad o falsificación, estafa, apropiación, etc. que de acuerdo a cada caso pueden ser incluidas

7. ¿Por qué la diferencia en el tratamiento en cuanto a la participación entre un delito de negociación incompatible y un delito común de homicidio?

Por la condición particular y especial del sujeto activo, en el primero se requiere ser funcionario o servidor público, en tanto, en el delito de homicidio puede ser autor cualquier persona y puede darse la complicidad y otros tipos de participación, sin que ello implique la ruptura de la imputación.

8. ¿Considera usted necesaria la aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible? Si ó No ¿Por qué?

Si, Considero que debería ser precisa la
responsabilidad del extraneus, de manera
expresa, pues si bien el fundamento de la
norma está referido al interés del funcionario
o servidor público, siempre se da un resultado
en provecho o beneficio de un tercero que
se ve favorecido indebidamente.

9. Tiene usted algún aporte o precisión adicional a la presente investigación?

Si, pues asumo que al tratarse de una
investigación que trata sobre participación del
sujeto "extraneus" en la materialidad del delito
de negociación incompatible, se deben presentar
alternativas para que este pueda verse incorpo-
rado, siendo no solo estas alternativas de
un agregado en el texto penal.


GURTHER DESAR CORNEJO GONZALES
FISCAL ADJUNTO PROVINCIAL TITULAR
Primera Fiscalía Provincial Corporativa
Especializada en Delitos de Corrupción
de Funcionarios de Lima

ANEXO 1 - A

GUÍA DE ENTREVISTAS

DIRIGIDA A LOS FISCALES PROVINCIALES ESPECIALIZADOS EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO DE LIMA

TÍTULO:

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACION EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Entrevistado:

RICHARD DAVID ROJAS GONZALEZ

Cargo: FISCAL ADJUNTO PROVINCIAL TITULAR

La presente investigación tiene como finalidad delimitar la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible.

1. ¿Puede existir el cómplice extraneus en el delito de negociación incompatible? Explique.

SI. LOS ACTOS DE COOPERACIÓN NECESARIA O SECUNDARIO
DE ACUERDO A LA DOCTRINA PENAL DEBEN EFECTUARSE
DURANTE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DE INICIO DE
COMISIÓN DEL HECHO PENAL HASTA SU CONSUMACIÓN.
EN ESTE SENTIDO POR CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL
DEBE DIFERENCIARSE AL PARTICIPE EXTRANEUS CUANDO A
TRAVÉS DE APORTE (PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS FALSIFICADOS,
PROYECCIÓN DE RESOLUCIONES, ETC) CONVIENE A FUNCIONARIO
AL INTRANEUS Y SU INTERÉS INHERENTE EXISTENTE EN ESTE
APORTE PI TRAVÉS DEL ACTO FUNCIONARIAL DADO
QUE ESTAMOS PUNTE UN DELITO DE INFRAACCIÓN DE DEBER.

2. ¿Usted cree que el delito de negociación incompatible se encuentra bien tipificado, o tal vez puede ser un delito subsidiario?

LOS DELITOS SUBSIDIARIOS POR CUANTOS DE POLÍTICA CRIMINAL
Y POR EL PRINCIPIO ELEMENTAL DE LEGALIDAD MATERIAL
NECESARIAMENTE REQUIERE UNA REGULACIÓN EXPRESA, PERO
BIEN, TALVEZ CONSIDERO QUE NO PODRÍA CONSIDERARSE
UN DELITO POTENCIAL, LO CUAL ES MUY DIFERENTE
A LA SUBSIDIARIEDAD, POR LO QUE CONSIDERO QUE
SI SE ENCUENTRA BIEN TIPIFICADO.

3. ¿Considera usted que el delito de negociación incompatible debería ser derogado y subsumido por el delito de colusión?

NO. EN UN ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
ONDE ACTUALMENTE EXISTEN DIVERSAS MODALIDADES
DE ACTOS DE CORRUPCIÓN A NIVELES DE ORGANIZACIÓN
ORGANIZADA, RESULTA NECESARIO CONVENCER
AQUELLAS CONDUCTAS ONDE NO EXISTIENDO ACTOS
COLUSIONARIOS (AL MENOS DESDE LA ÓPTICA PROCESAL), PERO
SE JUSTIFICA LA EXISTENCIA DE ESTE TIPO PENAL Y
DE SU REAFIRMACIÓN A TRAVÉS DE LA LEY N.º 30133.

4. ¿Considera usted necesario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación con la finalidad de hacer efectiva la función preventiva del Derecho Penal?

NO. DADO QUE APLICAR LA RUPTURA DEL TÍTULO
DE IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN
AL DEBER CONLLEVARIA A CONSECUENCIAS MATERIALES
Y PROCESALES CAÓTICAS PARA EL SISTEMA DE
JUSTICIA EN NUESTRO PAÍS CUYO SENTIMIENTO ES
DESIGNAR MAGISTRADOS ESPECIALIZADOS. POR
UN LADO MATERIAL, DADO QUE TENDRÍAMOS QUE
APLICAR UN DELITO COMÚN Y ELLO CONLLEVARIA
A EFECTUAR UNA NUEVA SUBSIDIARIEDAD CON POSIBILIDADES
DE APLICAR DISTINTAS GRAVANTES O CONCURSO APARENTE DE
LEYES.
Y PROCESAL DADO QUE EXISTIRÍAN PROCESOS PENALES DISTINTOS
UNO ANTE MAGISTRADOS PENALES Y OTROS ESPECIALIZADOS COMO

5. ¿Cuáles son las razones o motivos que justifiquen la exclusión de la participación en el delito de negociación incompatible?

NINGUNO

6. ¿Considera usted que el hecho de excluir la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, debilita la función preventiva del Derecho Penal?

SI, POR LO SEÑALADO ANTERIORMENTE.

7. ¿Por qué la diferencia en el tratamiento en cuanto a la participación entre un delito de negociación incompatible y un delito común de homicidio?

CONSIDERO QUE NO HAY DIFERENCIA SINO QUE ES MÁS DIFÍCIL QUE APAREZCA UN ACTO DE CONTRIBUCIÓN DEL EXTRANEUS PARA LA CONSUMACIÓN DE ESTE DELITO ESPECIAL

8. ¿Considera usted necesaria la aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible? Sí ó No ¿Por qué?

NO. DADO QUE ESTADOS ANTE UN DELITO DE
INFRACIÓN SE DEBE PROPIO DE LOS
FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS
COMO INTRANEUS.

9. Tiene usted algún aporte o precisión adicional a la presente investigación?

SE DEBE VERIFICAR:

- APORTES DENTRO DE LOS ACTOS EJECUTIVOS
DEL AUTÓNOMO - INTRANEUS (AUSENCIA DE IMPUTACIÓN
NECESARIA)
- AUSENCIA DE IMPUTACIÓN NECESARIO CUANDO
NO EXISTE APORTE, DADO QUE NO EXISTE ACTO
AUTÓNOMO QUE SANCIONAN PENALMENTE.
- DELITO SUBSIDIARIO SI, ALTERNATIVO NO.

ANEXO 1 - A

GUÍA DE ENTREVISTAS

DIRIGIDA A LOS FISCALES PROVINCIALES ESPECIALIZADOS EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO DE LIMA

TÍTULO:

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACION EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Entrevistado:

Paulina del R. Roque Soplapuco

Cargo:

fiscal Adjunta - Segunda fiscalia supra provincial
Cooperativa Especializada en delitos de lavado de activos

La presente investigación tiene como finalidad delimitar la imputación objetiva
y participación en el delito de negociación incompatible.

1. ¿Puede existir el cómplice extraneus en el delito de negociación
incompatible? Explique.

La complicidad del extraneus sí resultaría
factible, teniendo en consideración que la
calidad especial que exige el tipo penal es
requerida para el autor pero no para el
participe.

2. ¿Usted cree que el delito de negociación incompatible se encuentra bien tipificado, o tal vez puede ser un delito subsidiario?

El cuestionamiento que generalmente se realiza al tipo penal de negociación incompatible es respecto a la generalidad que contiene el aspecto de "interés indebido", este aspecto señalado, también puede ser hallado en otros delitos contra la administración pública. Por lo que habría que realizar un estudio profundo los efectos que tendría establecerlo como delito subsidiario.

3. ¿Considera usted que el delito de negociación incompatible debería ser derogado y subsumido por el delito de colusión?

Teniendo en consideración lo señalado precedentemente, previamente a poderse inclinarse a una postura "derogatoria" del tipo penal de negociación incompatible habría que tener en cuenta los efectos que tendría ello, principalmente, por ejemplo, si se genera vacíos de posibilidad.

4. ¿Considera usted necesario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación con la finalidad de hacer efectiva la función preventiva del Derecho Penal?

Considero que la función preventiva del Derecho Penal lo cumpliría, más efectivamente, por medio de la "teoría de unidad de título", dado que ésta plantea que la pena al participe se determina a partir del marco penal del delito especial.

5. ¿Cuáles son las razones o motivos que justifiquen la exclusión de la participación en el delito de negociación incompatible?

Como se ha señalado, el tipo penal especializa la calidad especial para el autor mas no para el partcipe.

6. ¿Considera usted que el hecho de excluir la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible, debilita la función preventiva del Derecho Penal?

Ello es una de las criticas que se realiza a la "teoria de la ruptura del titulo", al plantear que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partcipe.

7. ¿Por qué la diferencia en el tratamiento en cuanto a la participación entre un delito de negociación incompatible y un delito común de homicidio?

existe una diferencia, dado q' son delitos de distinta naturaleza. El primero es un delito contra la administración pública, especial; y el segundo, es un delito contra la vida el cuerpo y la salud, común.

8. ¿Considera usted necesaria la aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible? Sí ó No ¿Por qué?

Sí, porque al establecer que para cometer el delito se requiere la calidad especial, no desnaturaliza el tipo penal en análisis. Asimismo, permite la punición del partícipe que no requiere la calidad especial.

9. Respecto a los Delitos Especiales, ¿Considera usted que la teoría de la unidad del título de imputación, es de uso preferente respecto a la teoría de los delitos de infracción del deber? Sí ó No ¿Por qué?

Son cuestiones diferentes. La teoría de la unidad del título se centra en analizar si la pena del partícipe se determina a partir de un marco penal del delito especial. En tanto que el concepto de la teoría de los delitos de infracción de deber es amplio, abarca o estudia la infracción del deber especial encomendada.

10. Tiene usted algún aporte o precisión adicional a la presente investigación?

me parece necesaria el estudio respecto a la configuración del delito de negociación incompatible, dado que la generalidad que implica el verbo rector «interés indebido» muchos veces permite una invasión del «IUS PUNIENDI» de forma innecesaria.

ANEXO 1 – A

GUÍA DE ENTREVISTAS

DIRIGIDA A LOS FISCALES PROVINCIALES ESPECIALIZADOS EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO DE LIMA

TÍTULO:

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACION EN EL DELITO DE
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Entrevistado:

Wilder Charaja Bejar

Cargo:

Fiscal Adjunto Provincial Titular

La presente investigación tiene como finalidad delimitar la imputación objetiva y participación en el delito de negociación incompatible.

1. ¿Puede existir el cómplice extraneus en el delito de negociación incompatible? Explique.

Hay que recurrir a dos casos: la primera en la N° 841-2015 de Ayacucho y la segunda N° 23-2016 según los mencionados casos, los magistrados habían establecido de que no era posible la complicidad o participación, toda vez que para ella la complicidad requiere conocimiento que el tipo penal de encuentro o de complicidad reservan para la mayor parte de la doctrina por ser la temática de la participación siempre tomando en cuenta la parte General del Derecho Penal.

2. ¿Usted cree que el delito de negociación incompatible se encuentra bien tipificado, o tal vez puede ser un delito subsidiario?

No se encuentra bien tipificado; el punto es el Artículo 25 del Código Penal. Pasa debería de imputarse al grado de complicidad lo cual, que no es funcionario aún cuando se trate de un delito de embeulso, pero el mencionado artículo regula la teoría de la participación "como una parte", no necesariamente está dentro de la Parte Especial, así mismo al revisar la jurisprudencia nacional no se encuentran salidas alguna, pero en legislación comparada si encontramos relaciones que puede adoptar el Código Penal Paraguayo.

3. ¿Considera usted que el delito de negociación incompatible debería ser derogado y subsumido por el delito de colusión?

No debería ser derogado toda vez que contribuiría a impunidad, pero sí debería ser subsumido. Debería implementarse la jurisprudencia extinguida en el presente caso; por ejemplo en Alemania de donde proviene la famosa teoría o tesis de ROXIN "unidad del título de imputación" donde no se discute del delito de incumplimiento del deber propio o impropio, pues la solución en la misma es la disminución mínima de la pena para el autor.

4. ¿Considera usted necesario aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación con la finalidad de hacer efectiva la función preventiva del Derecho Penal?

En tanto, ampliando la pregunta anterior, para los magistrados en el delito de colusión habría complicidad porque exige necesariamente para la configuración típica según la estructura del tipo la presencia de dos personas, lo mismo pasa en el delito de cohecho, si revisamos la ley dice: "el que solicita o el que acepta, en el caso del que solicita, digamos que el funcionario público le acepta, digamos que no particular se a embeulso - el dinero - solicitado, al fundamentar en el caso del cohecho que recibe significa que ha habido otra persona que ha sido la q ha pedido sin que el funcionario haya aceptado, la mencionada cohecho no acepta la participación o la presencia de un tercero desde el punto de vista típico, por lo tanto, no se conduce la ruptura del título de imputación."

5. ¿Cuáles son las razones o motivos que justifiquen la exclusión de la participación en el delito de negociación incompatible?

No hay razones para excluir la participación del tercero, mucho menos que la justifiquen; en respecto a la pregunta anterior, la mencionada función no acepta la participación o presencia de un extraño desde el punto de vista legal, ya que el resultado, cobro, calificación depende al caso concreto la negociación incompatible no es necesaria la presencia de un tercero, por lo tanto, no es un delito de encuentro o participación necesaria, por lo que se sugiere que los magistrados han hecho una interpretación reduccionista.

6. ¿Considera usted que el hecho de excluir la responsabilidad del extraño en el delito de negociación incompatible, debilita la función preventiva del Derecho Penal?

Sí, inclusive algunos magistrados o los mismos fiscales cumplen los términos de complicidad con el de la investigación, en el momento en que el investigador no es tomado en cuenta, debido al hecho complejo por tratarse de un delito especial; ya que no estamos aplicando la teoría del dominio del hecho como en los delitos comunes.

7. ¿Por qué la diferencia en el tratamiento en cuanto a la participación entre un delito de negociación incompatible y un delito común de homicidio?


En todos los códigos existe una figura autónoma que regula en la Parte General la participación, la participación en un hecho ajeno, por ejemplo en el delito de homicidio, si atendiendo a la fórmula legal al homicidio se puede cometer sin la presencia de un tercero, es decir, no es un delito de encuentro, pero sin embargo sí admite complicidad y la génesis de su admisión de complicidad está en el artículo 25 del Código Penal, según el Ministerio Público redhórese a la unidad del título de imputación siendo BOLIN el mayor exponente de la mencionada teoría.

8. ¿Considera usted necesaria la aplicación de una buena política criminal respecto a la responsabilidad del extraneus en el delito de negociación incompatible? Sí ó No ¿Por qué?

Sí ya que debería de imputarse el grado de culpabilidad al extraneus, toda vez que ellos podrían alegar (los magistrados que por tener de un delito especial de imprecisión de deber y le dan un tratamiento distinto) podría ser pero no es una doctrina que no tiene muchos adeptos.

9. Tiene usted algún aporte o precisión adicional a la presente investigación?

Acompararía leer la opinión del Mg. Salinas Siccha y el mismo hace referencia en las memorandas caso común, en el que no llegamos a acreditar al titular de la cuenta penal y que implica el beneficio de recibir el extraneus a consecuencia de la operación llevada a cabo por el fundamento. Caso de de estar en disputa la fecha del dominio del hecho y la imprecisión de deber para determinar la autoría y la participación.


Mg. Wilder Luis Charaja Béjar
Fiscal Adjunto Provincial Titular
Distrito Fiscal de Lima

Anexo 7
Cronograma

Cronograma de actividades para el desarrollo del proyecto de investigación

En el cronograma de ejecución se toma en cuenta el tiempo de presentación oral ante algún jurado experto en el tema, se tomará en cuenta aspectos relevantes que se despliegan en el trabajo.

Desde el punto de vista de Carrasco (2017), el cronograma de ejecución:

Es la distribución secuencial y racional de las actividades teóricas y metodológicas que se llevarán a cabo en el proceso de investigación, en un tiempo determinado, por el investigador.

En la distribución del tiempo para cada actividad, es recomendable ponderar el carácter, complejidad y duración de los mismos. Esto evitará el desorden lógico generado por el desatino en la proyección temporal, que requiere cada actividad en el proceso de investigación.

El cronograma de actividades puede detallarse de diversas formas, pero recomendamos emplear un cuadro de doble entrada que contenga en las dos primeras columnas el número de orden de las actividades y el nombre de dichas actividades, y en la tercera columna, el tiempo de distribución y duración de cada actividad expresados en meses [...] (p. 351).

Tabla N° 10: Cronograma de actividades

Actividades	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m	Se m
1. Definición del tema	■								■						■	
2. Presentación del Esquema de proyecto de investigación	■															
3. Asignación de los temas de investigación	■	■														
4. Pautas para la búsqueda de información	■	■														
5. Planteamiento del problema y fundamentación teórica		■														
6. Justificación, hipótesis y objetivos de la investigación			■													
7. Diseño, tipo y nivel de investigación				■												
8. Variables, operacionalización					■											
9. Presenta el diseño Metodológico						■										

10. JORNADA DE INVESTIGACIÓN N.º 1 Presentación del																		
11. Población y																		
12. Técnicas e instrumentos de obtención de datos, métodos de análisis y aspectos administrativos. Designación del																		
13. Presenta el Proyecto de																		
14. Presenta el Proyecto de investigación con																		
15. JORNADA DE INVESTIGACIÓN N.º 2: Sustentación del Proyecto de																		

Fuente: Elaboración propia.



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI)
"César Acuña Peralta"

FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS TESIS

1. DATOS PERSONALES

Apellidos y Nombres: (solo los datos del que autoriza)

D.N.I. : 76597915
Domicilio : Jr. Quilca #449, Cercada de Lima, Lima
Teléfono : Fijo : Móvil : 952373597
E-mail : warrent.ramos@hotmail.com

2. IDENTIFICACIÓN DE LA TESIS

Modalidad:

[] Tesis de Pregrado

Facultad : DERECHO
Escuela : DERECHO
Carrera : DERECHO
Título : ABOGADO

[] Tesis de Post Grado

[] Maestría

[] Doctorado

Grado :
Mención :

3. DATOS DE LA TESIS

Autor (es) Apellidos y Nombres:

Ore. Ramos, Warrent Jesús

Título de la tesis:

Imputación objetiva y participación en el delito de
negociación incompatible

Año de publicación : 2018

4. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DE LA TESIS EN VERSIÓN ELECTRÓNICA:

A través del presente documento, autorizo a la Biblioteca UCV-Lima Norte, a publicar en texto completo mi tesis.

Firma : [Signature]

Fecha : 21/11/18



Impugnación objetiva y participación en el delito de negociación incompañable

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR

Oro Ramos Warrant Jesús

ASESORES

ASESOR TEMÁTICO:

Dr. Nilda Roque Gutiérrez Yohanda

ASESOR METODOLÓGICO:

Mg. Joss Carlos Gamarrá Ramón

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Penal

LIMA - PERU

2018

Resumen de coincidencias X

15 %

1	Entregado a ESADE Trabajo de estudiante	1 %
2	Entregado a Universidad... Trabajo de estudiante	1 %
3	www.alfonsozamborano... Fuente de internet	1 %
4	tdk.cat Fuente de internet	1 %
5	www.docstoc.com Fuente de internet	<1 %
6	Entregado a Universidad... Trabajo de estudiante	<1 %
7	paginas.ufm.edu Fuente de internet	<1 %
8	es.scribd.com Fuente de internet	<1 %
9	andalucajunitas.es Fuente de internet	<1 %
10	cidpe.com.ar Fuente de internet	<1 %
11	sofnets.com Fuente de internet	<1 %
12	pt.scribd.com Fuente de internet	<1 %
13	arapajoe.es	<1 %


	ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS	Código : F06-PP-PR-02.02 Versión : 09 Fecha : 23-03-2018 Página : 1 de 1
---	--	---

Yo, NILDA YOLANDA ROQUE GUTIERREZ
docente de la Facultad DERECHO y Escuela Profesional de DERECHO
de la Universidad César Vallejo LIMA NORTE (precisar filial o sede),
revisor(a) de la tesis titulada

"Imputación objetiva y participación en el delito de negociación insompatible"
del (de la) estudiante Marcel Jesús Ore Ramos
....., constato que la investigación tiene un índice de similitud de 15. % verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin.

El/la suscrito (a) analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo.

Lugar y fecha 28 JUNIO 2018


.....
Firma

Nombres y apellidos del (de la) docente

DNI: 17960596

Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Responsable de SGC	Aprobó	Vicerrectorado de Investigación
---------	----------------------------	--------	--------------------	--------	---------------------------------



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

AUTORIZACIÓN DE LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

CONSTE POR EL PRESENTE EL VISTO BUENO QUE OTORGA EL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN DE
ESCUELA DE DERECHO

A LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE PRESENTA:

WARRENT JESUS ORE RAMOS

INFORME TÍTULADO:

IMPUTACION OBJETIVA Y PARTICIPACION EN EL DELITO DE

NEGOCIACION INCOMPATIBLE

PARA OBTENER EL TÍTULO O GRADO DE: ABOGADO

SUSTENTADO EN FECHA: 09/07/18 FECHA DE SUSTENTACIÓN 09/07/18

NOTA O MENCIÓN: 16



[Handwritten Signature]

DEL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN