



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL
DE ABOGADO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA EXCLUIR
AL EXTRANEUS COMO CÓMPLICE DEL
DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

AUTOR:

ZABALETA HERNÁNDES, Maria Santos

ASESOR:

Dr. TELLO VILLANUEVA, Juan Carlos

CAJAMARCA – PERÚ

Enero 2022

A: mis padres Norbel y Teófila por haber sido mi apoyo a lo largo de toda mi carrera universitaria y a lo largo de mi vida, a mis 7 hermanos y a todas las personas especiales que me acompañaron en esta etapa, aportando a mi formación tanto profesional y como ser humano para continuar en este proceso de obtener uno de los anhelos más deseados.

AGRADECIMIENTO

En el presente trabajo agradezco a Dios por ser mi guía, a mis padres por ser mi pilar fundamental y haberme apoyado incondicionalmente, pese a las adversidades e inconvenientes que se presentaron, a mi asesor de tesis el Dr. Juan Carlos Tello Villanueva que me orientó en la investigación; y, agradezco a todos los docentes de la Facultad de Derecho de la prestigiosa Universidad Nacional de Cajamarca que, con su sabiduría, conocimiento y apoyo han contribuido en mi formación personal y profesional.

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIACIONES	- 7 -
GLOSARIO.....	- 8 -
RESUMEN	- 9 -
ABSTRACT	- 11 -
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I	16
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	16
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	16
1.1.1. Contextualización del problema.....	16
1.1.2. Planteamiento del Problema.....	19
1.1.3. Formulación del Problema.....	20
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	21
1.3.1. Objetivo General.....	21
1.3.2. Objetivos Específicos	21
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	22
1.4.1. Delimitación espacial	22
1.4.2. Delimitación temporal	22
1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	22
1.6. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN	23
1.6.1. De acuerdo al fin que persigue	23
1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación	23
A. Investigación de tipo explicativa.....	23
B. Investigación de tipo propositiva	24
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	24
1.7. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	25
1.8. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	25
1.8.1. Genéricos	25
A. Hipotético deductivo.....	25
B. Sintético	26
C. Analítico	26

1.8.2. Propios del Derecho	27
D. Dogmático.....	27
E. Hermenéutico.....	27
F. Exegético	28
1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	29
1.9.1. Técnicas de investigación.....	29
A. Recopilación documental.....	29
B. Análisis documental	29
C. Argumentación.....	30
1.9.2. Instrumentos.....	30
A. Hoja guía de recolección documental	30
1.10. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN.....	30
1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN	31
CAPÍTULO II	32
MARCO TEÓRICO.....	32
2.1. ENFOQUE IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	32
2.2. ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL PROBLEMA	35
2.2.1. Principio de legalidad.....	35
2.2.2. In dubio pro reo.....	36
2.2.3. La Teoría del Delito	37
A. Acción	37
B. Tipicidad.....	41
a) Elementos del tipo	44
C. Antijuridicidad.....	46
D. Culpabilidad	48
2.2.4. Autoría, participación y complicidad	50
2.2.5. Clasificación de los delitos.....	51
A. Delitos de infracción del deber.....	51
B. Tipos por el vínculo entre la acción y el objeto de esta.....	52
C. Tipos por el detrimento del objeto de la acción.....	52

2.2.6. Delito de negociación incompatible	54
A. Tipicidad objetiva	54
a) Interesar	54
b) Contrato y operación	55
c) Vínculo funcional	55
d) Bien jurídico	56
e) Definición de <i>intraneus</i> y <i>extraneus</i>	57
f) Sujeto activo	57
g) Sujeto pasivo	58
B. Tipicidad subjetiva	58
C. Provecho.....	59
D. Participación	59
2.3. ASPECTOS NORMATIVOS.....	60
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	61
3.1. OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN RELACIÓN A LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	63
3.2. ADECUADA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO Y LA APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE AL PROCESADO	70
CAPÍTULO IV	75
PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN.....	75
4.1. PRESENTACIÓN	75
4.2. OBJETO Y ALCANCE.....	75
4.3. ESQUEMA INTERPRETATIVO	75
4.4. ELEMENTOS QUE DEBE REPARAR EL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL 76	
4.4.1. Tipicidad Objetiva.	76
4.4.2. Tipos de delitos.....	77
4.5. MARCO ANALÍTICO REFERENCIAL PARA LA ARGUMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES ARRIBADAS	77
CONCLUSIONES.....	79
RECOMENDACIÓN	81
REFERENCIAS.....	82

LISTA DE ABREVIACIONES

Art. : Artículo

CP : Código Penal

Exp. : Expediente

CPP : Constitución Política del Perú

TC : Tribunal Constitucional

GLOSARIO

Intraneus: El *intraneus* es aquel sujeto que posee cualidades especiales y/o un deber con relación a la administración pública.

Extraneus: El *extraneus* no ostenta características calificadas especiales para cometer el delito; sin embargo, se encuentran capacitados para incidir, aunque no como autores.

RESUMEN

Los delitos cometidos por funcionarios públicos, durante mucho tiempo, han estado en tela de juicio en el ámbito peruano. Su aplicación y desarrollo dogmático han sido necesarios para afrontar el panorama de los delitos de corrupción, siendo consecuencia de la realidad y la necesidad de instaurar y materializar políticas criminales que protejan a la administración pública.

Es así que, la presente tesis se avoca a la determinación de los fundamentos jurídicos por los cuales se debe excluir la complicidad del *extraneus* en los casos en los que se configure el delito de negociación incompatible; de allí que sea necesario cumplir con los fines de examinar el principio de legalidad, desarrollar los alcances teóricos del delito de negociación incompatible, analizar el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible y realizar una propuesta de interpretación al respecto.

En cuanto a los aspectos metodológicos, fueron empleados métodos generales de investigación (hipotético deductivo, sintético y analítico) y métodos propios del Derecho (dogmático, hermenéutico y exegético); sobre las técnicas usadas, dada la naturaleza cualitativa del trabajo, se trabajó con la recopilación documental, el análisis documental y la argumentación.

Finalmente, se ha realizado un análisis de la temática en relación al principio de legalidad, entendiendo que el artículo 25 prescribe que el título de cómplice primario o secundario podrá ser admitido hasta la fase de consumación, siendo que los actos posteriores quedarían fuera de aquel concepto. Al mismo tiempo, se

discute que la protección del bien jurídico no siempre es la más adecuada en los casos en los que la norma engloba a más sujetos y supuestos, obteniendo un balance con otros semblantes como la interpretación más favorable al reo.

Palabras clave: Fundamentos jurídicos, Derecho Penal, negociación incompatible, *extraneus*.

ABSTRACT

Crimes committed by public officials have long been in question in Peru. Its application and dogmatic development have been necessary to face the panorama of corruption crimes, being a consequence of the reality and the need to establish and materialize criminal policies that protect the public administration.

Thus, this thesis focuses on the determination of the legal grounds for excluding the complicity of the extraneous in the cases in which the crime of incompatible negotiation is committed; hence, it is necessary to examine the principle of legality, develop the theoretical scope of the crime of incompatible negotiation, analyze the protected legal right in the crime of incompatible negotiation and make a proposal of interpretation in this regard.

As for the methodological aspects, general research methods (hypothetical deductive, synthetic and analytical) and legal methods (dogmatic, hermeneutic and exegetic) were used; regarding the techniques used, given the qualitative nature of the work, documentary compilation, documentary analysis and argumentation were used.

Finally, an analysis of the subject was made in relation to the principle of legality, understanding that article 25 prescribes that the title of primary or secondary accomplice may be admitted up to the phase of consummation, being that subsequent acts would be outside that concept. At the same time, it is argued that the protection of the legal right is not always the most adequate in cases in which

the rule encompasses more subjects and assumptions, obtaining a balance with other aspects such as the interpretation more favorable to the defendant.

Keywords: *Legal foundations, criminal law, incompatible negotiation, extraneous.*

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal que se maneja en la época contemporánea, se encuentra subordinado al proceso de constitucionalismo del ordenamiento jurídico peruano, mismo en el que se ha optado por fijar a la Constitución Política como fuente primordial y continente de normas supremas en relación a las de rango legal.

Es correcto, desde aquel punto de vista, intentar solventar los problemas que se encuentren en la interpretación de los tipos penales con principios, derechos e instituciones que tengan una base en la norma constitucional, lo que justamente se ha hecho en este trabajo.

Más allá de la literalidad del texto del artículo 399 del Código Penal, el problema que es abordado en el presente trabajo de investigación, tiene como base el hecho; así, el panorama fáctico de lo que se entiende por participación en el delito de negociación incompatible, es el presupuesto del que parte la realización de esta investigación, encontrado criterios confrontados acerca de si puede o no haber complicidad en el acto de interesarse indebidamente.

Al respecto, se precisa que, lejos de cuestiones vinculadas a otros delitos de corrupción de funcionario, como lo es el caso de la colusión o el peculado, el verbo rector indica que el tipo a analizar posee características de los delitos calificados como de mera actividad, además de, por supuesto, manifestar una infracción de un deber especial y configurar peligro abstracto.

Es aquella situación la que problematiza la interpretación del artículo 25, en tanto, se puede deducir que este solo es aplicable hasta la fase de consumación del hecho punible, siendo que los actos posteriores deberán quedar fuera de la norma legislada.

El ámbito de protección de la norma, debe ser, de manera urgente, delimitado, pues, en cuanto el amplio margen de argumentación e interpretación ocasiona incertidumbre e inseguridad jurídica al no haber predictibilidad suficiente en los pronunciamientos de la jurisprudencia y tampoco, preexistir un criterio unánime manejado en la solución de los casos.

Por ello, para interpretar los alcances del delito es menester desarrollar estructuras como la teoría del delito, en cuyo seno se cimienta el análisis dogmático del comportamiento típico y otros elementos relevantes para la investigación.

La hipótesis del trabajo, en otro sentido, consistió en que los fundamentos jurídicos para excluir al *extraneus* como cómplice en el delito de negociación incompatible, fueron la observancia del principio de legalidad en relación a la autoría y participación, y la adecuada protección del bien jurídico e interpretación favorable al reo.

Para corroborar lo escrito, se desplegó el siguiente desarrollo: En el primer capítulo, se especificaron los aspectos metodológicos del trabajo de investigación, tales como el problema de investigación, la justificación de la investigación, sus

objetivos generales y específicos, su delimitación, sus limitaciones, su tipología, su hipótesis, sus métodos y técnicas, y el estado de la cuestión.

En un segundo capítulo se abordó lo correlativo al marco teórico de la investigación, desarrollando el análisis dogmático del delito, al principio de *indubio pro reo*, al principio de legalidad, y la teoría del delito, entre otros temas teóricos, además de los aspectos *iusfilosóficos* y normativos que se relacionan con el problema de investigación.

Por último, el tercer capítulo se dedicó a la contrastación de la hipótesis formulada, mientras que el último capítulo desarrolló la propuesta de interpretación que busca regularizar las interpretaciones convergentes en el ordenamiento jurídico peruano.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización del problema

El principio de legalidad no puede, bajo ningún motivo, confundirse con una construcción de razones autoritarias, es decir, legalismo jurídico. Por el contrario, su fundamento, en palabras de autores como Castillo Alva (2002), tiene que ver con la democracia y la repartición de funciones dentro de un Estado en el que, como premisa básica, exista seguridad jurídica; la imparcialidad es atacada y mermada con el conocimiento previo de lo que es lícito y de lo que no es lícito, reemplazando así a los arcaicos sistemas de concentración funcional y autoritarismo.

Desde aquella perspectiva, más que justificar los excesos del soberano, el principio de legalidad posee como finalidad el fungir a manera de garantía para el procesado, que no puede ser sancionado con una pena no estipulada o diferente a la contemplada por el legislador, y, en ningún caso, puede ser ajusticiado a causa de un comportamiento que no se encuentre descrito como delito.

En este contexto, cabe verificar si todas las interpretaciones que

son manejadas por la dogmática son acordes al principio de legalidad. Así, el manejo del delito de negociación incompatible conforma un rico campo de investigación para el Derecho Penal peruano.

Al respecto, el artículo 399 del Código Penal, que contiene el texto legal del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, ha tenido un trato bastante unánime en la doctrina peruana. Algunas de las controversias subyacentes, relacionan al comportamiento con el delito de colusión, que concluyentemente posee varias similitudes con el tipo estudiado.

Existen otros aspectos, no obstante, en los que parece no haber discordia. Uno de ellos es la solución a la duda de si la negociación incompatible es un delito de daño o peligro. Taxativamente, como dice Castillo Alva (2015), el delito de negociación incompatible es uno de peligro, ya que no es exigible un resultado sino la generación de un riesgo hacia el bien jurídico; igualmente, el autor también menciona que el delito es de peligro abstracto, y no concreto (pp. 30-31).

Tampoco hay discusión en establecer al delito de negociación incompatible como un delito de infracción del deber. Abanto Vásquez (2003), establece que en los delitos contra la administración pública existe un grupo que solo puede ser realizado

por funcionarios o servidores que ostentan una posición determinada.

Lo descrito se condice con el caso de la negociación incompatible, pues, como lo mencionan Rojas (2007) y Castillo Alva (2015), no basta con que el agente sea un funcionario o servidor, sino que debe tener un vínculo por relación de su cargo con el contrato u operación a desarrollar. El interés manifestado sería contrario a los intereses de la administración pública, y, por ende, escaparía al ámbito de los deberes establecidos para el sujeto activo.

Así es interpretado en la Casación N.º 346-2019-Moquegua, en donde los jueces admiten, en su fundamento 1.2., que el delito de negociación incompatible se trata de un caso en el que solo puede responsabilizarse penalmente al sujeto con el deber funcional, excluyendo de la configuración al *extraneus*.

Por otra parte, Salinas Siccha (2009), establece que la fórmula del artículo 399, de negociación incompatible, señala a un delito de mera actividad, ya que su consumación se da tan solamente con el interés verificado del funcionario o servidor (p. 545).

Sin embargo, y pese a lo mencionado, tanto Salinas Siccha (2009), Rojas Vargas (2007), Abanto Vásquez (2003), y Castillo Alva (2015), admiten que en el delito de negociación incompatible puede darse la participación de un funcionario, servidor, o tercero no

relacionado a la administración pública, es decir, el *extraneus*.

Lo anterior es fundado, además, en la unión del nexo de imputación, ya que, de acogerse a la teoría de la ruptura, los actos del *extraneus* no podrían ser justiciables penalmente.

Tal justificación, no obstante, puede encontrar problemas con la legalidad como principio y garantía, ya que, en el artículo 25 del Código Penal, se deja entrever que la complicidad podrá ser atribuida únicamente hasta la fase de consumación del delito.

Del mismo modo, el extender el ámbito de protección de la norma a supuestos no contemplados en la Ley, además del principio antes referido, también puede afectar a una adecuada protección del bien jurídico, ya que tal accionar no significa siempre que el objeto sea correctamente protegido en el ordenamiento jurídico, debiendo aplicarse la interpretación más favorable. El Derecho Penal trata de generar el menor daño posible para generar protección de este tipo de intereses.

1.1.2. Planteamiento del Problema

Una vez explicado lo anterior, se señala que el problema manejado en la investigación versa en la consideración por lo menos mayoritaria de la doctrina peruana, de que existe complicidad en el delito de negociación incompatible que descansa en el artículo 399

del Código Penal peruano.

Tal consideración parece colisionar con el principio de legalidad, ya que la parte del Código Penal que regula la autoría y participación no realiza mención de que en los delitos de mera actividad y peligro abstracto se pueda producir tal título de imputación participativa.

De allí que exista una necesidad imperante de puntualizar y resolver este problema con capacidad de incidir sobre la práctica jurídica y la dogmática misma. Igualmente, se debe argumentar acerca de la correcta o adecuada protección del bien jurídico en el delito en cuestión.

Por lo dicho, se formula el siguiente problema de investigación:

1.1.3. Formulación del Problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para excluir al *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible?

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación científica jurídica, posee importancia, en un primer momento, para la dogmática; los fundamentos jurídicos que se buscó determinar son nuevo conocimiento dentro del campo del Derecho Penal, por lo que la argumentación desplegada tiene como destino el incremento del conocimiento teórico sobre el tipo penal de negociación incompatible establecido en el artículo 399 del Código Penal peruano.

Con relación al campo de la práctica jurídica, los fundamentos y la propuesta a la que se arribó son capaces de incidir sobre las decisiones tomadas por parte del órgano jurisdiccional, y por la motivación y argumentación de los operadores jurídicos en términos más amplios.

De aceptarse lo esbozado, también se coadyuvaría con la coherencia del ordenamiento jurídico, que, con aportes de varios juristas, ha ido modificándose en el tiempo bajo la persecución incesante de la justicia como fin supremo del discurso del Derecho.

Finalmente, la investigación también encuentra relevancia en formar un punto de partida para cuestionamientos posteriores que puedan desenvolverse dentro de la temática que se abordará en el desarrollo de la investigación.

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo General

Determinar los fundamentos jurídicos para excluir al *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a. Examinar el principio de legalidad.
- b. Desarrollar los alcances teóricos del delito de negociación incompatible.

- c. Analizar el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible.
- d. Realizar una propuesta de interpretación sobre la exclusión del *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible.

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Delimitación espacial

En relación al ámbito espacial, la investigación es aplicable para todo el territorio peruano, puesto que el delito analizado ejerce efectos en todo el país como parte del ordenamiento jurídico.

1.4.2. Delimitación temporal

Sobre el ámbito temporal de la presente investigación, este se encuentra subordinado a la vigencia del texto legal analizado, es decir, el artículo 399 del Código Penal peruano.

1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Al momento de la presentación del presente trabajo de investigación, se señala que no ha habido limitaciones que pudiesen haber influido en la ejecución.

1.6. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo al fin que persigue

La presente investigación es de corte básico de acuerdo al fin que persigue, pues, lejos de poseer características propias de la investigación aplicada, como la búsqueda de conclusiones con impacto material, se encuentra destinada a alimentar el conocimiento jurídico que circunda alrededor de la temática.

En ese sentido, el fin del trabajo es la búsqueda de fundamentos jurídicos para excluir al *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible, es decir, información sistematizada que posee impacto a nivel dogmático y argumentativo.

1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación

A. Investigación de tipo explicativa

El trabajo de investigación posee vínculo con el tipo explicativo de acuerdo a su diseño. Dado que se busca determinar los fundamentos jurídicos para excluir al *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible, se incide sobre el problema explicando a través de la argumentación, parte de sus causas y efectos.

Las investigaciones explicativas, poseen un nivel mayor a las que se centran en la simple descripción, y necesitan de más

que la observación para desenvolver su comprobación de hipótesis.

B. Investigación de tipo propositiva

Uno de los objetivos específicos de la investigación, es la realización de una propuesta de interpretación sobre la exclusión del *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible. Por ello, el trabajo tuvo una dimensión propositiva. El impacto real de la propuesta realizada, sin embargo, dependerá de factores conexos a la voluntad del operador jurídico, quien puede defender una postura contraria a la manifestada en la investigación futura.

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

La investigación, de acuerdo a la metodología y los procedimientos que se emplearon, es cualitativa. La determinación de fundamentos jurídicos para excluir al *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible, es un fin que no necesitó del uso de la estadística o mediciones de datos duros. Por el contrario, el valor sustancial del aporte se encuentra en la discusión argumentativa de varios conceptos jurídicos que se interrelacionan entre sí siguiendo un determinado camino de investigación.

1.7. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Los fundamentos jurídicos para excluir al *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible son:

- a. Observancia del principio de legalidad en relación a la autoría y participación.
- b. Adecuada protección del bien jurídico e interpretación favorable al reo.

1.8. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.8.1. Genéricos

A. Hipotético deductivo

El método hipotético deductivo, según Pérez Jacinto y Rodríguez Jiménez (2017), es un método de investigación que consiste en plantear o formular una hipótesis derivada de leyes, principios, o datos, para deducir o predecir, lo que terminará siendo sometido a un proceso de corroboración (p. 12).

De allí que también sea nombrado como método científico general. En el trabajo de investigación, a través del uso de este método se arribó a una contrastación de hipótesis encaminada por la especulación científica natural de la hipótesis, en la que se determinaron los fundamentos jurídicos para excluir al

extraneus como cómplice del delito de negociación incompatible.

B. Sintético

La síntesis puede ser referenciada como un método que permite al investigador acoplar los elementos o partes en un todo, mismo que contiene los sustancial del concepto que se está revisando.

En el trabajo, el uso de este método es acompañado del análisis, y por sí solo, coadyuvó a la obtención de la médula argumentativa de los esbozado por diferentes autores en relación a la temática manejada.

C. Analítico

El análisis es un proceso intelectual inverso a la síntesis; opera descomponiendo un todo en partes que son estudiadas de manera unitaria. De manera conjunta, con la síntesis, permite el descubrimiento de nuevo conocimiento (Pérez Jacinto y Rodríguez Jiménez, 2017, p. 9).

En el caso en concreto, el uso de este método tomó relevancia, por ejemplo, en el examen realizado sobre el tipo penal, que deviene del texto legal y debió descomponerse en múltiples partes para facilitar su comprensión.

1.8.2. Propios del Derecho

D. Dogmático

Según Bernasconi Ramírez (2007), la dogmática es una ciencia que estudia el derecho nacional, y no posee materias, descubrimiento y metodologías universales, siendo muy diferente a otras ciencias, casi como una ciencia *sui generis* (p. 10).

Para el trabajo de investigación, la dogmática se usa, sobre todo, para sustentar el análisis del delito de negociación incompatible en los elementos de la teoría del delito, que fungió como un conocimiento sistematizado previamente para descomponer el texto legal del artículo 399 del Código penal, y colegir, a la luz de otros componentes hipotéticos, argumentos o conocimientos diferentes a la literalidad del origen.

E. Hermenéutico

En términos de metodología, la hermenéutica, es la búsqueda de una verdad, su origen griego hacía referencia a la interpretación como un arte, es decir, la manera en cómo se entiende lo ya mencionado (Ruedas Marrero; Ríos Cabrera y Nieves, 2009, p. 183).

En la actualidad, la hermenéutica no es sino un camino para

que el mensaje sea obtenido siendo fiel en lo posible, a la fuente originaria de la interpretación. Por ejemplo, en el análisis dogmático de un delito, no se puede establecer nuevos elementos de manera arbitraria, pues eso sería crear texto legal; en cambio, se puede interpretar bajo diversos cánones al sentido de los elementos ya existentes.

F. Exegético

Consiste en la interpretación dirigida a buscar la intención del legislador sobre el alcance literal de la ley; en donde, descubierta esa intención y establecido el principio fundamental que consagra, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo; y sin más punto de apoyo que el raciocinio y la habilidad dialéctica (Sánchez Vásquez, 1989, p. 277).

En la presente investigación se aplicó para desentrañar la intención del legislador histórico respecto al tipo penal 399 del Código penal, que regula el delito de negociación incompatible, con la finalidad de obtener todas las consecuencias y su extensión en relación al problema objeto de estudio.

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Técnicas de investigación

A. Recopilación documental

La técnica de recopilación documental permitió que el investigador organice y obtenga bibliografía relacionada con el tema, a través de la selección de documentos específicos con varios criterios de inclusión y exclusión. En ese sentido, a fin de realizar un marco teórico que sustente la contrastación de la hipótesis, resultó necesario usar esta técnica de investigación.

B. Análisis documental

La técnica del análisis documental se refiere a una profundización metodológica sobre los conceptos y elementos hipotéticos tratados por otros autores en diversos medios documentales, como revistas, libros o sentencias. Para el trabajo de investigación que se desarrolló, la investigación necesitó del estudio y análisis de documentos que trataron, por ejemplo, al principio de legalidad, a fin de comprender teóricamente lo recabado y usarlo para la construcción de nuevo conocimiento jurídico, como es la determinación de los fundamentos jurídicos para excluir al *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible.

C. Argumentación

La técnica de la argumentación jurídica es de crucial aplicación para el desarrollo del capítulo que versa sobre la comprobación de la hipótesis; el discurso jurídico es una operación racional de índole argumentativa, por lo que, el investigador, usa aquel objeto para comunicar y desplegar los fundamentos a determinar, a través del lenguaje en un modelo estructural complejo de justificación, mismo que es supeditado al desarrollo de teorías y conceptos dogmáticos.

1.9.2. Instrumentos

A. Hoja guía de recolección documental

Las hojas guía de recopilación documental son instrumentos relacionados a la técnica de recopilación documental. En la investigación, el uso de este instrumento permitió que el investigador sistematice la información obtenida para excluir o incluir documentos de estudio y análisis.

1.10. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN

Se considera como tal al artículo 399 del Código Penal peruano, en tanto este contiene al delito de negociación incompatible.

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Se ha realizado la búsqueda de antecedentes en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI, y en los principales repositorios de tesis a nivel nacional: Repositorio Digital de Tesis PUCP; Cybertesis, repositorio de tesis digitales de la UNMSM; Repositorio Académico UPC; Cybertesis, repositorio de tesis digitales de la URP; PIRHUA, repositorio institucional; Repositorio USMP; Repositorio Institucional USIL. Es así, que se puede asegurar que, a la fecha de la presentación del presente documento, no se han encontrado tesis u otros tipos de investigaciones que se relacionen con lo planteado en este proyecto.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ENFOQUE IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN

El Estado Legal de Derecho peruano no existe más; en los últimos años la concepción del positivismo que siempre fue funcional en el legalismo de la época, si bien sigue siendo vigente, ha variado en cuanto ha tenido que acomodarse a un nuevo fenómeno filosófico y jurídico como lo es el cambio de modelo hacia el Estado Constitucional de Derecho.

Por ello, a efectos de la investigación que se realizó, conviene analizar el principio de legalidad y la protección de los bienes jurídicos a la luz del proceso de constitucionalismo del ordenamiento jurídico.

Para Ortega (2013), el constitucionalismo del ordenamiento jurídico, concebido como la impregnación del ordenamiento jurídico de la Constitución, posee ciertas características descritas por Guastini: La existencia rigidez constitucional, es decir, una Constitución que es difícil de derogar o modificar; el control constitucional de la Ley, referido como la garantía jurisdiccional de la norma suprema; la fuerza vinculante de la Constitución, que pasa a generar efectos jurídicos por su naturaleza obligatoria y vinculante; la sobre interpretación de la Constitución, en donde se busca una trascendencia de la simple literalidad; la aplicación directa de las normas constitucionales; y, finalmente, la interpretación

conforme de la Ley (pp. 605-606).

El principio de legalidad, si bien es cierto que es propio de un Estado de Derecho, posee un cimiento garantista en relación al constitucionalismo, y se interrelaciona con la norma suprema; así, la obediencia en la Ley de manera ciega no es sino una tergiversación autoritaria del concepto.

Lo anterior es afirmado teniendo en cuenta que, autores como Castillo Alva (2002), describen que el fundamento del principio de legalidad es la democracia y la repartición de poderes, en cuanto quien juzga no debe crear los delitos; la seguridad jurídica y la prohibición de arbitrariedad como fundamento axiológico; y la prevención general como concepto jurídico penal.

De igual modo, el concepto de bien jurídico se contrapone a la vigencia de la norma, y establece un objeto de protección contenido en la Constitución Política, entendiendo que la positivización de intereses poblacionales forma parte del proceso mediante el que se instaura la norma suprema; y el principio de *indubio pro reo* es una máxima que defiende al sujeto procesado del propio Derecho Penal.

Sobre el positivismo, ha quedado atrás aquella taxatividad con la que autores como García (1968) afirmaban que el derecho positivo es justo por simplemente emanar de una soberanía (p. 12). Las críticas más fuertes que saltaron a la vista podrían resumirse en la facilidad en la que un sistema autoritario podría crear Derecho “justo”, tal como ocurrió en la

segunda guerra mundial. Sin embargo, en un sistema democrático, el positivismo jurídico puede sustentar un ordenamiento jurídico en donde exista seguridad por su relación con principios como el de legalidad.

Alexy (2008), en esa misma línea, hace una diferenciación entre positivismo incluyente y excluyente, entendiendo que existe una separación entre moral y derecho para ambas posturas, pero, mientras la primera afirma que el Derecho puede o no contener a la moral, la segunda implica un purismo de Derecho libre de moral.

Por las características de la investigación y el acercamiento al paradigma constitucional que se ha venido realizando, la relación más exacta se da con el positivismo incluyente, en cuanto no muestra un rechazo para valores que podrían formar parte de la norma constitucional, siendo posible trascender la literalidad.

En ese sentido, para desarrollar aspectos como el principio de legalidad o la protección del bien jurídico, se parte de razones propias de la moral, cuyo contenido no necesariamente se encuentra expreso en algún instrumento nacional o internacional, lo que colisionaría con el positivismo excluyente, pero podría ser admitido en su vertiente incluyente.

Por esas razones, en síntesis, se afirma que la temática del presente trabajo de investigación guarda vínculo con la corriente filosófica del positivismo, toda vez que la naturaleza dogmática de la misma parte desde un texto legal codificado gracias a la actividad del legislador, empero, al

aceptarse o no razones morales para desplegar la contrastación, se puntualiza que será pertinente solo la rama incluyente de esta iusfilosofía.

2.2. ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL PROBLEMA

2.2.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad es, uno de los principios más importantes para el Derecho Penal; más que una simple máxima que incita al incuestionable estatismo de las leyes y a la obediencia indiscriminada, se debe entender que su fundamento axiológico, como lo adelantamos en el acápite anterior, se basa en la seguridad jurídica y en el detrimento de las arbitrariedades que pudiese haber en un proceso.

Para Castillo Alva (2002), el principio de legalidad es la garantía más importante en el Derecho Penal, pues permite que el agente determine su conducta conociendo la diferencia entre lo lícito y lo ilícito; no se puede imponer una sanción que no se encuentre contemplada en el Código Penal como consecuencia de un comportamiento delictivo, ni tampoco se puede considerar como punible aquella acción que no se encuentre prohibida por la norma penal (pp. 21-25).

En cuanto a sus garantías, el principio de legalidad, en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N.º 12-2006-PI/TC (2006), se mencionan a las siguientes:

a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

2.2.2. In dubio pro reo

El principio de *in dubio pro reo*, no compone un argumento que pueda usarse, primordialmente, en el Derecho Penal. Muy por el contrario, este principio parece actuar en materias probatorias o procesales, sirviendo para solucionar problemas de la aplicación del derecho en ese aspecto (Jescheck, 1981).

Mediante su contenido desarrollado por la doctrina, se puede aseverar que el principio de *in dubio pro reo* funge como una regla probatoria, en cuanto se determina que el acervo probatorio ha sido insuficiente para generar certeza en los jueces.

Para Zaffaroni (1982), este principio no solo puede aplicarse en estas ramas del Derecho, sino también en la interpretación de la materia sustantiva. Al respecto, Herrera (1992), esboza que algunos, más que un principio lo consideran como regla de valoración en sustancia.

Por supuesto, siempre que la interpretación no rompa con la semántica de la Ley ni se contradiga con la norma, los jueces y operadores en general, pueden argumentar en esta regla general para emitir sus decisiones. De allí que se asevere que puede ser de utilidad para construir un modelo de razonamiento interpretativo.

2.2.3. La Teoría del Delito

La teoría del delito es usada para estudiar al delito mismo bajo una diferenciación de diversos componentes. Bajo la definición actual de delito, como tal solo será un acto típico, antijurídico y culpable.

El uso de la teoría del delito para estudiar a los tipos penales regulados en el código penal solo es parte de una función dogmática; los operadores jurídicos, por otra parte, se encuentran obligados a utilizar la teoría del delito como una especie de teoría de la imputación, entendiendo que su uso podrá facilitar la atribución de responsabilidad en cuanto gracias a sus categorías se puede determinar la concurrencia del delito.

Dichas categorías son:

A. Acción

Se debe decir que un acto, en un inicio, se nombra como posiblemente imputable en el cimiento del comportamiento del ser humano, por lo que todo delito es siempre en su origen, ya

sea por acción u omisión, una conducta humana (Goldstein, 1993).

La acción, así, es el primer filtro para determinar la existencia de un delito; establece los requisitos mínimos y no debe confundirse con el aspecto positivo del término, es decir, el literal despliegue de un comportamiento, sino que también contiene a la vertiente negativa u omisiva. Se trata de un comportamiento de naturaleza humana, en el que convergen algunos elementos según la teoría de la acción que se defiende.

En conexidad, según Hurtado Pozo (1987), la acción posee tres diferentes teorías: La teoría causal, muy criticada en la actualidad, que describe a la voluntad como casi implícita en el movimiento humano; la teoría finalista de la acción, que parece tener mayor acogimiento en la dogmática contemporánea; y, la teoría social de la acción, que considera la relevancia sujeta a la repercusión social misma.

En cuanto a la teoría causal, esta encuentra relación con los postulados de Beling o von Lizst, quienes consideraban a la acción como un suceso caracterizado por un despliegue o ejercicio de naturaleza física, idóneo para modificar el plano fáctico de la realidad.

Los postulados denominados como causalistas, en consecuencia, se caracterizan por la poca o nula diferenciación entre la voluntad y la enervación o exteriorización física (psicomotriz), partiendo desde tesis mucho más espirituales para explicar el plano interno y dando prioridad al mero comportamiento físico. Su mayor crítica, en tanto se aclara que incluso sus defensores no manifiestan concordancia con un rechazo pleno de lo voluntario, es que nunca pudo explicar los comportamientos omisivos.

Sobre la postura mayoritaria, es decir, la que define a la acción finalista de Welzel, Donna (1996), relata que la acción, más que ser un fenómeno causal, es conexas a la voluntad del actor; en ese sentido, se puede apreciar la concurrencia de una voluntad que se dirige hacia un fin predeterminado.

El finalismo, por supuesto, bebe de varias teorías y tesis para construir su concepto de voluntad final; a diferencia de las posturas causalistas, este término no se condice con una voluntariedad, que en última instancia simplemente requiere que la acción pueda ser producto de una voluntad, sin que haya una determinación por el contenido de esta,

La carga del reproche, según autores como Peña y Almanza (2010), deviene en la capacidad de motivación que tiene el sujeto

para obrar de una manera distinta, lo que implica la existencia y distinción entre una fase subjetiva y una fase objetiva en la teoría finalista.

Tal conceptualización, cabe precisar, sirve para distinguir lo que puede o no ser estudiado dentro de la categoría del delito; si la acción hace referencia a las conductas que pueden ser elegidas libremente por el agente, es lógico establecer que no será de interés para el Derecho Penal aquella conducta que no encuentre conexidad con la voluntad dirigida hacia un fin (Mir Puig, 2008).

Así, por ejemplo, ocurre con el caso de los movimientos reflejo, que pueden ocasionar un daño fácticamente comprobable, pero sin cumplir con el requisito de la categoría de acción al ser un comportamiento exteriorizado dirigido hacia una finalidad.

En cuanto a la teoría de la acción social, esta última intenta encontrar un punto de convergencia entre consideraciones de carácter ontológicas y normativas, que, a su vez, resultan en la determinación del concepto en base a la sociedad en la que convive el sujeto.

Así, tal como Hurtado Pozo (1987) consigna, la teoría social puede rellenar los vacíos causados por las demás teorías, sobre todo en cuanto a la omisión, que no había terminado de ser solventada con la acción finalista, y que, al ser parte de una

respuesta relevante para una comunidad bajo la última perspectiva, pasa a completar el concepto ya trabajado.

Finalmente, la acción, pese a tener una predominancia de la tesis finalista en el siglo actual, no puede descartar concepciones de las otra tesis, en cuanto, por ejemplo, a la producción de resultados por hechos controlados en un inicio, siendo que incluso la teoría causalista es analizada para construir la teoría en la doctrina contemporánea desarrollada por autores como Peña y Almanza (2010).

B. Tipicidad

Un comportamiento es considerado como típico, siempre y cuando se examine que el hecho es posible de subsumir en la hipótesis típica descrita por el legislador, considerando los diversos elementos que el delito posee para su configuración. No se trata, pues, de un vistazo deliberado a las compuertas de la teoría, sino de un examen exhaustivo para descartar la ausencia de algún elemento típico.

La teoría de la tipicidad, según Plascencia Villanueva (2009), es instaurada por primera vez por la escuela alemana de Beling; en un principio este autor buscó realizar una descripción formal de los elementos típicos del delito, pero el planteamiento inicial ha ido modificándose gracias a los aportes dados por juristas como

Mayer o Mezger¹; el tipo penal deviene de lo legislado en el Código sustantivo, en donde se describe tanto la conducta como la consecuencia (pp. 91-92).

El tipo penal de la actualidad es considerado como predominantemente, pero no totalmente, descriptivo, ya que, los elementos mencionados en la dogmática poseen la siguiente tipología: Elementos objetivos, elementos subjetivos, elementos descriptivos, y, por último, elementos normativos del tipo.

En un mismo sentido, autores como Donna (1996), problematizan sobre la antijuricidad y la tipicidad, en tanto, de cierta manera, un hecho puede ser considerado como infractor de la norma penal y, por ende, contrario al ordenamiento jurídico, lo que conlleva a que ambas categorías sean confundidas al menos teóricamente.

La diferencia, cabe señalar, es que la tipicidad conlleva una evaluación del comportamiento frente a los elementos típicos de un delito, mientras que la antijuricidad no se circunscribe al tipo penal, sino que se señala como tal lo contrario a todo lo jurídico. De allí que en aquel título se desarrolle lo correspondiente a las causas de justificación.

¹ Quienes desarrollaron a la tipicidad subjetiva como parte de la categoría del delito y no como un concepto eminentemente de la culpabilidad.

En otras palabras, bajo la apreciación de Peña y Almanza (2010), mientras que la antijuricidad conlleva una valoración, la tipicidad posee un carácter eminentemente descriptivo; como se verá más adelante, es importante especificar, que, el contenido de la voluntad no es valorado en la antijuricidad, sino solo el comportamiento desplegado por el sujeto en sí.

El tipo penal, por su parte, puede ser establecido como aquel instrumento descriptivo (aunque también con otras características) que explica y describe a la conducta en el plano del deber ser, para analizar a un hecho y puntualizar si este puede o no ser de interés para el campo del Derecho Penal.

Autores como Hurtado Pozo (1987) hacen hincapié en la naturaleza descriptiva del tipo al separar, fundamentalmente, a este en dos partes: el precepto, que vendría a ser la norma dirigida hacia el ciudadano, y la consecuencia o sanción, que individualiza un marco punitivo a efectos de satisfacer las teorías de la pena.

Sobre lo último, el principio de legalidad se encuentra estrechamente relacionado con el tipo penal, siendo este la consecuencia directa de su vertiente como garantía, en cuanto permite que el ciudadano conozca los hechos prohibidos y sus consecuencias en el Derecho Penal; la finalidad informadora o

comunicativa, permite también, que el sujeto pueda motivarse por la norma penal.

En ese sentido, el tipo es la materialización de uno de los límites instaurados al *ius puniendi* estatal, que resulta limitado a reaccionar solo en aquellos casos en los que haya una infracción de una norma devenida del texto legislado previamente por el legislador, lo que se conoce como dispositivo normativo.

Bacigalupo (1996) concuerda con lo dicho por Hurtado, en cuanto concibe al tipo penal como un concepto perteneciente al ámbito legal, que describe las acciones sobre las que acaece punibilidad en una compilación, lo que en el caso peruano sería el Código Penal vigente.

a) Elementos del tipo

Los elementos del tipo, tradicionalmente, pueden ser separados en elementos de la tipicidad objetiva, elementos de la tipicidad subjetiva, elementos descriptivos y elementos normativos.

Sobre los primeros, Roxin (2010), identifica entre ellos a los siguientes: Sujeto activo, quien realiza la conducta; sujeto pasivo o afectado; bien jurídico, que es una finalidad o similar, que goza de importancia para el libre desarrollo del

individuo; conducta típica, como comportamiento explícito; y resultado y relación de causalidad.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, se pueden identificar sustancialmente dos elementos: El dolo y la culpa. Además de ello el dolo posee una clasificación, como dolo directo, de segundo grado o eventual, al igual que la culpa, que puede ser vencible o invencible según las circunstancias del caso.

Para la culpa, el Código peruano establece que se necesita de un establecimiento expreso para que el hecho sea punible; si no se consigna en el tipo este elemento, se asume que este solo puede ser configurado mediante dolo de cualquier tipo.

En lo referido a los elementos descriptivos y normativos, se puede entender por los primeros a aquellos que son capaces de ser corroborados por el juez de un modo cognoscitivo, mientras que los segundos siempre implican una valoración del operador jurídico (Roxin, 2010).

Una vez conocidos estos elementos, se puede definir, como punto final, al error de tipo; este, pues, no sería más que un desconocimiento o error sobre uno de los elementos descriptivos o normativos del tipo; cualquiera de ellos termina

con el análisis de la configuración delictiva, en tanto el hecho no habría sido típico.

C. Antijuridicidad

En la antijuridicidad se realiza un examen sobre los hechos para categorizar si es que estos se corresponden con la transgresión hacia una prohibición, o, por el contrario, encuentran alguna causal de justificación en el ordenamiento jurídico, como lo es el estado de necesidad justificante o la legítima defensa.

Para Mir Puig (2016), el simple hecho de que la conducta se adecúe al tipo penal no lo convierte automáticamente en un incumplimiento de la prohibición aludida. Muy por el contrario, se deberá realizar una constatación de que dicha conducta no haya encontrado permiso en alguna otra norma que forme parte del ordenamiento jurídico.

Desde un inicio, cuando fue concebida en el plano del Derecho Civil y posteriormente traspasada al Derecho Penal en la teoría del delito, la antijuridicidad significó una especie de colisión con el ordenamiento jurídico en su totalidad, aunque desde un punto de vista particularmente objetivo.

Para Hurtado Pozo (1987), es relevante diferencia entre la antijuridicidad y tipicidad; un acto puede encajar en el

razonamiento de subsunción que se hace en el primer filtro, empero, puede encontrar una justificación que haga imposible admitir a la conducta como ilícita, tal como ocurre en el caso de la comisión de actos controvertidos para salvaguardar o proteger bienes jurídicos.

La concepción contemporánea de antijuricidad, ostenta bases en el movimiento neoclasicista, en el que se instauró la definición de proceso o juicio de desvalor en los actos, obteniendo una diferencia tangencial con otras características o elementos del plano subjetivo, siendo que, en la primacía del finalismo, es que se percibiría la sustitución de un juicio sobre el resultado por el de un juicio sobre la acción en sí.

Hurtado (1987), en una época más cercana, considera que la tipicidad puede ser razón esencial de la antijuricidad, empero se necesita más que eso para dilucidar sobre el hecho justificado o injustificado en alguna causa.

Finalmente, la definición que parece ser más aceptable acerca de la antijuricidad, es dada por Muñoz y García (2010), quienes afirman que la contrariedad o colisión con el ordenamiento jurídico, en tanto se logre determinar que no hay causa de justificación, se interrelaciona con una premisa válida para el ordenamiento jurídico en su totalidad.

D. Culpabilidad

La culpabilidad, en un inicio, era una categoría en la que se estudiaba todo lo subjetivo del delito; en la actualidad, el examen se centra en el sujeto activo que, como se ha corroborado, cometió un acto típico y antijurídico, pero que podría ser considerado como no imputable por circunstancias relacionadas a su capacidad de orientación.

Muñoz y García (2010), describen que un sujeto inimputable es aquel con ciertas peculiaridades tanto psíquicas como físicas que entorpecen la atribución de responsabilidad al sujeto. Es decir, la falta de edad suficiente, las alteraciones de la conciencia y percepción, o la existencia de enfermedades como la esquizofrenia pudiese hacer que la justicia se encuentre imposibilitada de la imposición de una sanción penal.

Aquellas circunstancias pueden ser permanentes o corresponderse con una naturaleza transitoria, pero siempre marcan una diferencia entre lo que se le exige al ciudadano común y al procesado.

Ahora, la construcción de la categoría de la culpabilidad no ha sido una tarea pacífica, sino que su contenido ha ido modificándose conforme se formaba la teoría del delito. En un primer momento se puede concebir a la culpabilidad desde el

modelo causalista bipartito, que solo distinguía entre la parte externa e interna del delito, siendo la culpabilidad el equivalente de una relación psicológica subjetiva.

En esta primera etapa el dolo y la culpa eran los elementos medulares de la concepción, algo que, inevitablemente, cambiaría llegadas sobre la ausencia de causas de exculpación, evolucionando en una teoría normativa en la que, los elementos subjetivos aludidos al inicio seguían encontrándose en la categoría, pero convivían con otros como las mismas causas de exculpación (Mir, 2008).

Sin embargo, tras la creación y la evolución de las demás categorías del delito, tal como la teoría de la tipicidad, resultó que fue menester sustraer el dolo y la culpa, elementos que permanecieron en las concepciones normativistas y psicológicas, pero que no tenían relación en el nuevo paradigma.

Es así que el finalismo, una vertiente de la culpabilidad ciertamente aceptada hoy en día, decide prescindir de los enfoques centrales de las teorías antes desarrolladas, optando por describir a las circunstancias que se relacionan con el reproche del hecho típico y antijurídico, siendo que la imputabilidad, la ausencia de causas de exculpación y la posibilidad cognoscitiva de la antijuridicidad del hecho, son

elementos que se usan para evaluar e identificar si es que el hecho puede o no ser atribuido al autor (Mir, 2008).

2.2.4. Autoría, participación y complicidad

La problemática de la autoría y la participación deviene de la necesidad imperante por determinar el título de imputación de cada uno de los sujetos que se encuentra inmiscuido en los hechos delictivos.

Para Villavicencio Terreros (2019), se puede diferenciar al autor del partícipe a través de la teoría de dominio del hecho, siendo que existen tres tipos de autoría: La autoría directa, en la que el agente practica por sí mismo el comportamiento, de modo inmediato; la autoría mediata, en cuanto el autor se valga de otra persona para que se configure el delito; y, la coautoría, en los casos en los que más de un sujeto posee el dominio del hecho.

En cuanto al dominio del hecho, Díaz y García (1991) relatan que el concepto fue acuñado por Hegler en relación a la culpabilidad, y es hasta la intervención de Welzel y Roxin que se usa a esta teoría de la manera en la que lo hace Villavicencio.

El dominio del hecho es un concepto complejo, amplio, y ciertamente indeterminado; pero es su maleabilidad lo que permite a los operadores jurídicos establecer la autoría y la participación en el

caso en concreto. Sobre la participación, en otro sentido, es la voluntad dolosa sin el dominio del hecho, que puede ser presentada de dos maneras: Como inducción, cuando se interviene psíquicamente; y como cómplice cuando se haga un aporte material de una entidad menor que sin embargo posee cierta relevancia (Muñoz y García, 2010).

La complicidad, igualmente, puede ser primaria o secundaria según la sustancia y necesidad para la configuración del delito que recae en el aporte material.

2.2.5. Clasificación de los delitos

A. Delitos de infracción del deber

Los delitos de infracción de deber encuentran configurada su conducta en la preexistencia de algún deber especial, mismo que es quebrado por quien se encuentra con aquella obligación jurídica ocasionando un menoscabo a un bien jurídico contenido en el tipo penal.

Para Schünemann, Bernd (2018), en el caso peruano, la adopción de la teoría de los delitos de infracción de deber es principalmente discutida por los discípulos peruanos de Jakobs en el plano doctrinal, mientras que la Corte Suprema de Justicia

ha considerado a tipos como el de peculado delitos de infracción a un deber personalísimo e institucional (p. 97).

La punibilidad de este tipo penal, justamente, se relaciona con la omisión o infracción de un deber positivo preexistente al comportamiento que este exterioriza.

B. Tipos por el vínculo entre la acción y el objeto de esta

Dentro de esta tipología, los delitos pueden ser de resultado, cuando existe una real afectación del bien jurídico, es decir, un resultado dañoso, y de mera actividad.

García Caveró (2010), describe a los delitos de mera actividad como aquellos en los que el resultado no se encuentra espacial y temporalmente separado de la conducta, por lo que bastaría con la realización de la conducta activa u omisiva (p. 393).

Los delitos o tipos penales de mera actividad se contraponen a los tipos de resultado, que exigen una separación o distinción entre el comportamiento y el resultado; por ello, en los delitos de resultado cabe la tentativa.

C. Tipos por el detrimento del objeto de la acción

Los delitos, de acuerdo a la lesión causada al bien jurídico, o el menoscabo del objeto de la acción, pueden catalogarse como delitos de lesión cuando el objeto de tutela de la norma resulta en

una vulneración material del bien jurídico, y tipos de peligro cuando el comportamiento ocasiona un riesgo que pudiese afectar al bien jurídico y que no estuviese permitido. A su vez, los tipos de peligro pueden clasificarse en peligro abstracto y peligro concreto.

Sobre los tipos de lesión, Peña Cabrera (2011) los define como aquellos en los que se requiere que el comportamiento del sujeto afecte materialmente al objeto de protección, como ocurre en el caso del delito de homicidio básico y el bien jurídico de la vida.

El tipo de peligro concreto, en cambio, requiere la creación de un riesgo valorado como suficiente para la producción de una lesión, misma que es evitada por motivos de carácter meramente fortuitos.

Sobre los tipos penales de peligro abstracto, Peña Cabrera (2011), menciona que, a diferencia de los de peligro concreto en donde la lesión no se da por causas fortuitas, pero se presentan las condiciones lesivas, en esta tipología el delito es cometido por el solo comportamiento peligroso, que es acogido por la norma por el riesgo creado con respecto al objeto.

2.2.6. Delito de negociación incompatible

El delito de negociación incompatible se encuentra establecido en el artículo 399 del Código Penal peruano, como uno de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.

A. Tipicidad objetiva

a) Interesar

El comportamiento típico contenido en el artículo 399 del Código Penal hace referencia al acto de interesarse en un contrato u operación en la que el funcionario o servidor interviene con relación al cargo que ostenta; de allí que no exista una exigencia de que se lesione al patrimonio de la administración pública para la configuración del delito.

Para Fidel Rojas Vargas (2007), el interés puede manifestarse de tres maneras: El acto de interesarse de manera directa se refiere a una manifestación particular de pretensiones personales en cualquier momento de la negociación, celebración, ratificación, modificación, o incidencia sobre el contrato u operación; interesarse de manera indirecta, es realizar el comportamiento a través de un particular u otro servidor o funcionario; el interés simulado, por último, se encuadra en el camuflaje de intereses

particulares o personales para dar la apariencia de que estos son intereses de naturaleza pública (pp. 822- 823).

b) Contrato y operación

El significado del término “contrato”, se entiende devenido del Derecho privado; se trata de una palabra que da a entender una bilateralidad entre dos partes, aunque varios sujetos pueden intervenir en la celebración del acuerdo jurídico.

Para Salinas Siccha (2009), un contrato debe entenderse bajo los criterios manejados en el Derecho Privado, siendo que la noción de “operaciones”, es un término subsidiario para aquellos actos que no revistan con las características formales y bilaterales, es decir, su fundamento es la ampliación de una prohibición (pp. 538-539).

c) Vínculo funcional

El tipo penal posee como elemento al vínculo entre la operación o contrato y el funcionario o servidor público. Salinas Siccha (2009), menciona al respecto, que, es un requisito *sine qua non* que las operaciones o contratos estén a cargo del funcionario o servidor, quien, debido a las atribuciones o competencias previamente establecidas en la norma de rango legal o menor, posee un vínculo.

d) Bien jurídico

En cuanto al bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible, lo cierto es que no existe un consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia peruana; es claro que el objeto de protección de la norma se encuentra sujeto a la administración pública, pero debido a la amplitud de aquel concepto resulta equívoco no puntualizar al respecto.

De acuerdo a Castillo Alva (2015), el delito de negociación incompatible no contiene un alcance amplio e ilimitado sobre los actos administrativos en los que el funcionario interviene directa o indirectamente; decir que el bien jurídico es el normal funcionamiento de la administración pública² eliminaría todos los casos en los que no se evidencie afectación a la administración, mismo motivo por el que tampoco puede sostenerse que la conducta típica siempre afecte la imparcialidad; lo correcto, entonces, sería delimitar al objeto de tutela en la “transparencia en los procesos de contratación estatal en las operaciones y la exclusiva promoción de intereses públicos” (pp. 15-20).

² Esta postura es acogida por autores como Salinas Siccha y Rojas Vargas.

e) Definición de *intraneus* y *extraneus*

En el ámbito de los delitos contra la administración pública, la diferencia entre ambos sujetos se realiza respecto de la identificación de un deber de cuidado; primeramente, el *intraneus* será aquella persona que ostente ciertas cargas o condiciones que lo hagan individualizarse como el funcionario o servidor público idóneo para tutelar los intereses estatales.

El *extraneus*, por el contrario, en concordancia con Rojas Vargas (2007), puede ser conceptualizado como aquel externo a la administración pública, o incluso perteneciente a este ámbito, pero carente del deber de cuidado que le es exigible al *intraneus*, siendo una persona que contribuye con la configuración del delito sin tener aquella condición (pp. 194-195).

f) Sujeto activo

Dada a redacción del texto legal, es correcto considerar al delito de negociación incompatible como un delito especialísimo, que solo puede ser cometido por un sujeto con ciertas cualidades descritas por el legislador.

De aquella manera, solo podrá ser sujeto activo el funcionario o servidor público; sin embargo, no cualquier funcionario o servidor puede cometer el hecho punible, sino solamente aquel que posee a su cargo el contrato u operación (Abanto Vásquez, 2003, p. 509). Por otra parte, el sujeto activo puede interesarse de manera indirecta, por lo que no solo se admite que la conducta sea cometida por el mismo funcionario de modo directo.

g) Sujeto pasivo

Unilateralmente, la doctrina considera que el sujeto pasivo del delito de negociación incompatible es el Estado peruano.

B. Tipicidad subjetiva

El sujeto activo del delito de negociación incompatible debe obrar con dolo, es decir, con conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, por lo que el tipo no se configura mediante la imprudencia, también se puede esbozar que el error de tipo podría concurrir cuando haya error en uno o varios elementos del tipo objetivo; se discute si el delito puede o no ser cometido mediante todas las modalidades de dolo, siendo que existen posturas que aseveran que solo se puede actuar mediante dolo directo, pero, en cambio, el texto legal no excluye al dolo

eventual como sí podría suceder en otras legislaciones (Castillo Alva, 2015, pp. 101-110).

C. Provecho

La palabra provecho hace referencia a un beneficio obtenido a través de alguna acción; la regulación del interés en provecho propio o de terceros fue realizada en el año 2004, y buscó ampliar el ámbito de protección de la norma a aquellos casos en los que el funcionario o servidor no terminaba siendo beneficiado patrimonialmente por la comisión del delito, sino que tal provecho se daba para alguien más.

La discusión sobre el provecho radica en su naturaleza como elemento del tipo objetivo o, por el contrario, como elemento subjetivo con una tendencia interna trascendente.

D. Participación

Los autores, de manera mayoritaria, admiten la participación en el delito bajo escrutinio. Fidel Rojas Vargas (2007), refiere que concurren actos de aporte de dominio y control del hecho por parte de los autores, e instigación y cooperación secundaria de quienes sean terceros o funcionarios sin el deber adscrito para el autor (p. 826). En la misma línea, Castillo Alva (2015), opina que

los particulares que intervengan en los actos descritos en el tipo penal podrán ser instigadores o cómplices (p. 36).

Finalmente, Abanto Vásquez (2003), refiere que, para el caso de los partícipes, sean otros funcionarios, servidores, o particulares, se acepta la teoría de la unidad del título de imputación (p. 519).

2.3. ASPECTOS NORMATIVOS

El presente trabajo de investigación discurrirá sobre el artículo 399 del Código Penal peruano vigente, mismo que contiene al delito de negociación incompatible en los siguientes términos:

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

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En la presente investigación, la hipótesis es que los fundamentos jurídicos para excluir al *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible son: a. Observancia del principio de legalidad en relación a la autoría y participación; y, b. Adecuada protección del bien jurídico e interpretación favorable al reo. Ello en una búsqueda de una respuesta para la siguiente pregunta de investigación formulada: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para excluir al *extraneus* como cómplice del delito de negociación incompatible?

En ese sentido, para contrastar la hipótesis, una vez desplegado el marco teórico de la investigación, fueron usados métodos generales (método hipotético deductivo, método sintético, método analítico), tanto como métodos propios del Derecho (método dogmático, método hermenéutico y método exegético).

Dentro de los primeros, se puede encontrar al método hipotético deductivo, que se usa para plantear una hipótesis para especular sobre la solución del problema de investigación planteado, lo que, en este capítulo es corroborado en ayuda de los demás métodos de investigación que se fueron usando.

El método sintético, también presente en el trabajo, se emplea en el marco teórico, en cuanto permitió obtener datos generales de diversos autores; empero, en la contrastación, se empleó para identificar la raíz argumentativa de lo previamente desplegado.

Por supuesto, el método sintético se usa con compañía del método analítico, en cuanto se procedió a descomponer y unir elementos en varias partes de la argumentación jurídica, posibilitando un análisis pormenorizado de varios conceptos previamente estudiados.

El empleo del método dogmático, por su parte, es sumamente necesario para incursionar sobre el delito de negociación incompatible, mismo que fue separado en varios elementos, e interpretado en base a la doctrina y jurisprudencia sin salir del campo perteneciente al texto legal, lo que dio como fruto a la obtención de profundidad suficiente para poder conocer e identificar las razones pertinentes a la luz de la problemática.

El método hermenéutico, se empleó principalmente en la interpretación de las diversas figuras relativas a los elementos de la hipótesis, facilitando la toma de una postura en varias ocasiones, y sin desnaturalizar el mensaje que quiso dar el legislador al emitir la Ley tal y como se encuentra escrita; tampoco se excedió a los límites de la norma constitucional, para obtener consideraciones acordes a todo el ordenamiento jurídico en conjunto.

Finalmente, el método exegético sirvió para desentrañar el punto de vista del legislador histórico en apoyo con el método dogmático, logrando un desarrollo que no contradice lo legislado.

3.1. OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN RELACIÓN A LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La relación entre el principio de legalidad y el actual Estado Constitucional de Derecho, tal como se ha especificado en el marco iusfilosófico de la investigación, no se sintetiza en la obediencia taxativa y ciega de la Ley; muy por el contrario, este vínculo debe ser visto desde una perspectiva garantista, entendiendo a la legalidad como un límite para la actuación arbitraria estatal, dotando al ordenamiento jurídico penal de seguridad jurídica y reafirmando la repartición de funciones.

De allí que se puntualice la importancia de respetar a la legalidad, en cuanto se relaciona con la democracia misma, por lo que también es base de las funciones estatales; si no hubiese legalidad, los jueces, inclusive de otras materias diferentes al Derecho Penal, asumirían criterios diversos y contrarios entre sí, lo que implicaría una afectación a la dignidad humana y a la igualdad como derechos fundamentales en el Perú.

Es así que se explica la relevancia del problema escudriñado, entendiendo que no se trata de una simple toma de postura dogmática, sino que se busca coadyuvar a la unificación de posiciones asumidas en salvaguarda de uno de los hitos más importantes para el derecho, como lo es la seguridad jurídica que se manifiesta en el cumplimiento de la garantía de la legalidad.

Entonces, como se ha visto, existen muchos criterios acerca de si el *extraneus* puede o no ser considerado como cómplice en el delito de negociación incompatible, que coexisten en el sistema jurídico peruano, lo que, en sí, puede ser percibido como una afectación *per se* a la predictibilidad como condición necesaria para que el agente pueda motivarse por la norma a momento de tomar una decisión.

Es cierto que se puede identificar una posición claramente dominante en instrumentos como la Casación 841-2015, Ayacucho (2016) o la Casación 184-2020, Lima Norte (2022), que llegan a la conclusión de que, en el delito de negociación incompatible, el *extraneus* no podrá ser cómplice por ser un hecho punible solo para el facultado (funcionario o servidor) que se interese indebidamente por razón de su cargo, en detrimento de los intereses de la administración pública en cuanto a la celebración de un contrato u otras operaciones de carácter análogo.

Sin embargo, aun así, causan dudas las consideraciones defendidas en instrumentos como el Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios (2017), en donde se despliega un análisis a favor de la teoría de la unificación del título de imputación, dando como resultado que los magistrados hayan considerado que en este tipo de delitos son realizados por quienes ostentan el título o cualificación descrita en el tipo penal, empero, los *extraneus* terminan siendo cómplices en cuanto su accionar no goza de autonomía típica propia.

Más aún, la posición dominante o mayoritaria, por supuesto, no es absoluta. Sus efectos son que se juzgue a un tercero a la administración pública de manera distinta en el mismo caso o con un grado de incursión similar, optando por atribuirle la calidad de cómplice en una cuestión, mientras que en la otra se lo excluye de la responsabilidad penal por su calidad de ajeno en un delito especialísimo.

Podría interpretarse que la ruptura del título de imputación es el eje de este último punto de vista; sin embargo, y a pesar de que se puede defender el criterio también desde allí, en el presente trabajo se postula a la legalidad misma como fuente para regularizar los pronunciamientos del órgano jurisdiccional y sobrellevar el aparente vacío normativo que da pie al surgimiento de las corrientes mencionadas, por lo menos a nivel de jurisprudencia.

Es así que, en primer lugar, se debe analizar de manera dogmática al delito; en el marco teórico de la investigación ha quedado precisado, justamente, que, en cuanto al comportamiento típico de interesarse, ello no se condice con una exigencia legal de que el agente comitente del delito lesione efectivamente al patrimonio de la administración pública para advertir la infracción a la norma penal.

En realidad, tal como lo mencionaba Castillo Alva (2015), con quien se comparte punto de vista acerca del objeto de tutela del delito de negociación incompatible, sujetar la configuración del tipo penal a una vulneración o

transgresión de la administración pública, por falta de lesividad, dejaría impunes muchos casos en los que este daño no se muestre.

De hecho, una de sus diferencias con el delito de colusión del Código Penal peruano, puede encontrarse en que la jurisprudencia peruana ha considerado que la negociación incompatible resulta ser un delito preparatorio para la consumación del delito de colusión, cuya figura se correspondería con un delito de encuentro (Casación 396-2019, Ayacucho).

En ese sentido, también cabe desarrollar lo correspondiente a la tipología que presenta el delito de negociación incompatible en la búsqueda de, posteriormente, identificar si la norma recaída en el artículo 25 posee o no efectos en la medida en la que se prescinda de calificar como partícipe al sujeto no relacionado con la administración pública.

Se puntualiza, entonces, que el delito en tela de juicio es primordialmente un delito de infracción al deber, como muchos otros delitos cometidos por funcionarios públicos, en tanto, es a partir de su cargo como funcionario o servidor público que se le confiere la protección del proceso de contratación u operaciones en función a la primacía de intereses de naturaleza pública, deber que justamente es dejado de lado para la satisfacción de algún otro provecho personal o de otro que se comporta como particular.

Luego de ello, también se puede identificar que la tipología del delito de negociación incompatible, como se había mencionado antes, no requiere de un resultado que pueda ser advertido de manera separada con relación al

comportamiento desplegado del agente, razón por la que se englobaría en los delitos llamados como “de mera actividad”. De obtener resultados, como se había escrito, el hecho podría ser identificado inclusive como un delito de colusión.

Es importante resaltar que el simple comportamiento hace difícil distinguir si es que puede o no haber partícipes en esta clase de delitos, en tanto, parece irrisorio consignar una etapa en la que un *extraneus* pudiese ejercer complicidad para que se cometa el comportamiento prohibido por la Ley.

En otro sentido, el tipo aludido también puede calificarse como un delito de peligro abstracto, ya que no es necesario que exista un menoscabo a la administración pública para que se castigue por la conducta de interesarse indebidamente, sino que esta misma encarna la producción de un riesgo prohibido por el legislador.

Ello se condice con la consumación del delito de negociación incompatible, que se puede dar de manera directa, en cuanto el autor manifieste intereses por sí mismo; por interés indirecto por medio de otra persona, ya sea un funcionario, servidor o particular; o por medio de simulación cuando se pretenda encubrir el comportamiento típico. Entonces, se puede ubicar a la negociación incompatible como un delito de infracción del deber, de mera actividad y de peligro abstracto.

Ahora, y aterrizando sobre la interpretación del artículo 25 del Código Penal, que regula los supuestos de complicidad, cabe trabajar desde el

concepto clásico en el que se deslinda al cómplice del dominio del hecho, y más bien se lo vincula a un accionar de contribución a la decisión del autor, lo que no es un aspecto controvertido en la doctrina.

El mismo texto legal del aludido artículo hace mención de que el cómplice presta un auxilio o asistencia para la realización del hecho punible, diferenciando a la complicidad primaria de la secundaria en lo necesario y lo sustancial de su aporte a la configuración del comportamiento punible.

Es justamente en aquel apartado en el que se ubica el aspecto debatido, ya que la complicidad, por el principio de legalidad, se da solo en cuanto se trate de agotar la ejecución del delito, siendo improbable que luego de haber sido cometido, una persona pueda participar de este modo en la comisión. La complicidad, pues, solo encontraría admisión hasta la consumación siendo que, cualquier aporte distinto a ese recaería fuera de los actos de ayuda para que se concrete la voluntad de quien sea autor del ilícito.

Los delitos de mera actividad y de peligro abstracto, sin embargo, no requieren de un resultado diferenciado, siendo, en el caso de la negociación incompatible punible la sola acción de interesarse indebidamente; de allí que se afirme que el delito no admite complicidad del *extraneus*, que no puede aportar sino en un delito de encuentro como es el caso de la colusión, en donde sí existe concertación.

Por ello se esboza que la postura de Castillo Alva (2015) sobre la participación en el delito, es insustentable por lo menos en cuanto a la complicidad, ya que la propia estructura del tipo hace imposible que se admita algún acuerdo, lo que devendría irremediabilmente en algún otro tipo penal que subsuma las conductas.

Es por ese motivo que el principio de legalidad es vulnerado mediante la otorgación del título de cómplice al *extraneus*; en ese sentido, es menester encontrar la manifestación de esta máxima que es afectada.

Sobre la *lex scripta*, es cierto que ni el artículo 399 o el artículo 25 aclaran la situación de manera literal, siendo ello la raíz de la duda; empero, más que una inexistencia total de regulación, lo que hay, es un uso vago e indeterminado de los términos, siendo posible aplicar el derecho escrito, aunque con un gran margen de interpretación. Lo que se estaría vulnerando, pues, es la garantía de la *lex certa*, que prohíbe al legislador la instauración de textos indeterminados que no posean una delimitación clara.

La solución que se propone en el presente trabajo, es adoptar como único criterio posible el de la exclusión del *extraneus* como cómplice en el delito de negociación incompatible, lo que, finalmente, otorgaría seguridad jurídica en ese talante.

3.2. ADECUADA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO Y LA APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE AL PROCESADO

El Derecho Penal ostenta un carácter excesivamente gravoso, por lo que es solo reservado para las situaciones más lesivas para un bien jurídico, dejando de lado a la aplicación de una consecuencia jurídico penal que no sea residual o subsidiaria. Ello implica la convergencia de varios principios y normas que exigen que el Derecho Penal no sea ilimitado, tal como sucede en el caso de la presunción de inocencia, que marca un estándar probatorio fuera del cuál se debe considerar al procesado como una persona inocente.

En esta línea, el bien jurídico, en el Derecho Penal actual, es el máximo fundamento para la utilización de penas en la protección de ciertos intereses, siendo una manifestación de la lesividad; dada la aplicación subsidiaria y fragmentaria de esta materia, el bien jurídico surge también para valorar la proporcionalidad de la pena en abstracto, que el legislador puede conminar en algunos delitos.

No toda consecuencia jurídica, pues, se encuentra justificada para proteger al bien a toda costa, sino que una adecuada protección deviene únicamente en los casos en las que las medidas son percibidas ciertamente como razonables para proteger este objeto, dejando los excesos que pueden ser lesivos inclusive para los derechos humanos.

No basta, ciertamente, proteger a la sociedad y sus intereses con el Derecho Penal, sino que hay una urgencia por elegir la opción más

adecuada, en garantía de quien se encuentre siendo procesado por la supuesta comisión de un delito, entendiendo magnitud del instrumento que es usado para resolver el conflicto.

Como se ha puntualizado, en ese sentido, se considera que el delito de negociación incompatible no protege a la administración pública de manera genérica, como si es sostenido por autores como Salinas Siccha (2009), en cuanto, aquella concepción terminaría por excluir del ámbito de protección a los casos en los que no se perciba alguna lesión patrimonial o en el propio funcionamiento de la institución.

Lo correcto, en el caso en concreto, es asumir la postura del único y exclusivo impulso del interés público y la transparencia de las contrataciones u operaciones realizadas por el Estado peruano, como el bien jurídico que se pretende tutelar con la norma.

En discusión con lo escrito, se recuerda que el delito de negociación incompatible ha sido identificado como un delito de peligro abstracto, no siendo necesario que la conducta produzca una lesión *per se*, sino que bastaría con la acusación de un riesgo lo suficientemente grave como para poner al interés tutelado en peligro.

Aun así, se ha de identificar que el bien jurídico precisado es la opción dogmáticamente correcta, en la que lo particular puede primar sobre lo general por un criterio de desarrollo de los elementos del delito y diferenciación con respecto a otros tipos penales que, aunque en otros

sentidos, también pretenden salvaguardar algún aspecto correlativo a la administración pública.

Ahora, y una vez individualizado el bien jurídico protegido, cabe argumentar sobre los motivos por los que la excusión del *extraneus* del título de complicidad ayudaría en la protección del objeto de una manera mucho más adecuada.

En primer lugar, así, se debe resaltar que lo adecuado es el balance entre el uso de la consecuencia y la satisfacción de un fin, por lo que se descarta una posible interpretación que vaya en contra del procesado tan solo por proteger de una mejor manera a la transparencia y el impulso del interés público.

Sobre los efectos de la interpretación más favorable, se ha de mencionar que esta es la exclusión del *extraneus* en el proceso del que es sujeto por su posible complicidad como grado de participación. El motivo de ello, como se ha desarrollado antes, es un respeto del principio de legalidad y la tipología del delito de negociación incompatible, que imposibilita que la comisión sea una tarea acordada.

El *indubio pro reo*, es, pues, además de especificar una regla para la valoración de la prueba, también podrá aplicarse en el caso sustantivo, como o es la interpretación discutida frente a la otra menos favorable, teniendo como base a lo prescrito en el título preliminar del Código Procesal Penal sobre la interpretación restrictiva.

Bajo esta combinación de premisas, puede colegirse que la interpretación o sentido idóneo para resolver la problemática es aquel que, a la vez, brinde protección al bien jurídico protegido y también ofrezca una interpretación que sea favorable para el ajusticiado, sin perjuicio de lo primero.

La protección del bien por la pena, se puede dar en un sentido de motivación hacia el ciudadano, en cuanto se busca que el funcionario o servidor implicado en un contrato u operación no se vea imparcial o escoja sus intereses sobre los de la comunidad a la que sirve; tal motivación, como es evidente, no puede influenciar al cómplice del delito.

Lo último es afirmado tras revisar la definición de complicidad, que expone una identidad con coadyuvar en un delito ajeno, es decir, sin el dominio del hecho presente para la coautoría. Desde tal perspectiva, basta con motivar al funcionario o servidor como sujeto cualificado para que el delito no sea configurado.

Al mismo tiempo, el castigo al posible *extraneus* resulta excesivo si se considera que el agente comete el comportamiento de interesarse ya configurando el hecho punible; por ello no cabe enjuiciar a un sujeto que funja de apoyo en el delito de negociación incompatible, siendo posible la configuración de otro ilícito.

La protección adecuada del bien jurídico, en este caso, se daría con la sola precisión de que la norma penal se dirige a tipificar la conducta del *intraneus* de modo único, dejando de lado al ajeno al deber, cuya decisión

relevante no es la de cometer el comportamiento por sí mismo, sino en ayuda de otro.

Por esos motivos se considera que, lo más beneficioso para el reo en cuanto a criterios interpretativos, y la protección idónea y adecuada del bien jurídico, se logran cumplir si el operador decide no otorgar el título de imputación de complicidad al *extraneus*.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN

4.1. PRESENTACIÓN

Bajo el objeto de uniformizar las posturas que pueden ser sostenidas en el desarrollo de los varios procesos penales que acontecen en el Perú, en donde un *extraneus* es señalado como cómplice en el delito de negociación incompatible, resulta sumamente necesario establecer la siguiente posición que pretende resolver la problemática en pro de la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico peruano.

4.2. OBJETO Y ALCANCE

La propuesta formulada se encuentra dirigida a todos los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, entendiendo que se excluyen a aquellos que no vean casos de negociación incompatible. Por otra parte, el entorno internacional debe ser tomado con especial cuidado, entendiendo que el trabajo de análisis desplegado ha sido realizado sobre el tipo legal tal y como se encuentra en el Código Penal peruano.

4.3. ESQUEMA INTERPRETATIVO

Con el objeto de modificar o tener efectos en la motivación de sentencias, se propone, en este título, que el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, y los demás a nivel nacional que traten delitos de negociación incompatible, se anexasen a un marco

interpretativo en virtud a la protección del principio de legalidad, el *indubio pro reo* y una adecuada protección del bien jurídico. Para tales consideraciones, el investigador propone el siguiente esquema de análisis dogmático para interpretar si el *extraneus* puede o no ser cómplice en el delito versado.

4.4. ELEMENTOS QUE DEBE REPARAR EL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

4.4.1. Tipicidad Objetiva.

Los elementos de la tipicidad objetiva que se deben desarrollar con relación a los sujetos intervinientes como imputados en un proceso por el delito de negociación incompatible del artículo 399 del Código Penal peruano, son:

- a. Sujeto activo:** Se debe identificar a la persona que funge como autor del delito y posee la cualificación necesaria para responder por la comisión de este
- b. Bien jurídico protegido:** Se recomienda adjuntarse a la posición del autor de este trabajo y considerar al bien jurídico como la promoción exclusiva de intereses públicos y la transparencia de las operaciones o procesos de contratación con el Estado.
- c. Comportamiento típico:** Los jueces, al momento de sustentar su motivación, deben precisar sus consideraciones sobre el

interés indebido como comportamiento típico del delito de negociación incompatible.

4.4.2. Tipos de delitos

Para encontrar una mejor argumentación al momento de dar razones para tomar una decisión sobre el *extraneus* en el tipo contenido en el artículo 399 del Código Penal peruano, se debe considerar clasificar al delito de negociación incompatible, de acuerdo a la clasificación de los tipos penales desarrollada por la doctrina, como un:

- a. Tipo de mera actividad.
- b. Tipo de peligro abstracto.
- c. Tipo de infracción a un deber.

4.5. MARCO ANALÍTICO REFERENCIAL PARA LA ARGUMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES ARRIBADAS

En cuanto a las decisiones judiciales, estas, necesariamente, deberán interpretar el esquema desplegado en relación del principio de legalidad, en cuanto el artículo 25 del Código Penal parece excluir a los actos realizados luego del resultado, y la tipología del delito de negociación incompatible, así como su estructura, rechaza la complicidad.

Por otro lado, también se tendrá que diferenciar al delito cometido de un supuesto de colusión u otro delito de corrupción de funcionarios que pudiese subsumir a los acontecimientos.

Finalmente, en virtud de la protección del bien jurídico, y en uso del principio de favorabilidad al reo en la interpretación, se incumbirá emitir una decisión que excluya al *extraneus* como cómplice en el delito de negociación incompatible.

CONCLUSIONES

- A.** En observancia del principio de legalidad, se colige que no puede aplicarse la norma contenida en el artículo 25 (complicidad) del Código Penal al *extraneus* en el delito de negociación incompatible, dada su estructura típica, ser un delito de infracción al deber, de peligro abstracto y de mera actividad; por cuanto el legislador establece que, luego de la consumación, no haya complicidad en el ordenamiento jurídico peruano, entendiéndose que en la negociación incompatible el interesarse es tanto el comportamiento como el “resultado”.
- B.** Se establece que el concepto de *extraneus* hace referencia a una persona que puede o no ser funcionario o servidor público, siendo posible que un tercero sin relación alguna con el Estado o la administración pública encaje bajo esta definición; este sujeto, pues, no ostentaría ningún deber de cuidado a diferencia del *intraneus*, limitándose a coadyuvar en la configuración del delito.
- C.** Asimismo, se concluye que, si hubiese un acuerdo entre el funcionario y el *extraneus*, el delito de negociación incompatible contenido en el artículo 399 del Código Penal, no será aplicable, por cuanto el hecho se subsume en un delito de encuentro como el de colusión u otra figura penal.
- D.** En lo referido a la adecuada protección del bien jurídico, se consigna que este concepto no se refiere a una defensa “a toda costa”, sino a la que pueda tutelar el bien jurídico sin detrimento de otros derechos o intereses

jurídicos; en ese sentido, para la presente investigación, la interpretación más favorable, que excluye al *extraneus* imputado a título de complicidad en el delito de negociación incompatible, no deja desprotegido al bien jurídico del delito, siendo la mejor opción para satisfacer dicho fin.

RECOMENDACIÓN

Se recomienda asumir la propuesta de interpretación a los operadores jurídicos que intervienen en un proceso penal (sobre todo magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público); asimismo, para la teorización y desarrollo doctrinario, se recomienda a los futuros investigadores y desarrolladores de doctrina, tomar como punto de partida al presente trabajo en lo que respecta al tema abordado, ya que no se encontraron antecedentes.

REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, M., (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra.
- Alexy, R. (2008). *En torno al concepto y la naturaleza del Derecho*. Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Temis.
- Bernasconi Ramírez, A. (2007). EL CARÁCTER CIENTÍFICO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XX (1), 9-37.
<https://acortar.link/d2KbfJ>.
- Casación 184-2020, Lima Norte (2022, 26 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Casación 396-2019, Ayacucho (2020, 09 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República. <https://acortar.link/8bsxTS>.
- Casación 841-2015, Ayacucho (2016, 24 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República. <https://acortar.link/a9qhE9>.
- Castillo Alva, J. (2002). *PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*. Gaceta jurídica.
- Castillo Alva, J. L. (2015). *El delito de negociación incompatible*. Instituto Pacífico.
- Díaz y García (1991). *La autoría en derecho penal*. PPU.
- Donna, E. A. (1996). *Teoría del delito y de la pena. Tomo II*. Astrea.

- García Caveró, P. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Jurista Editores.
- García Máynez, E. (1968). *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico e Iusnaturalismo*. Fontamara.
- Goldstein, R. (1993). *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, (3ª Ed.), Astrea.
- Herrera Vásquez, R. (1992). Apuntes preliminares para la aplicación del principio "In dubio pro reo". *Derecho & Sociedad*, (5), 13-15.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Eddili.
- Jescheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Volumen I*. Bosch.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. (8ª Ed.). REPERTOR.
- Mir Puig, S. (2016). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. Bosch.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General. 4ta ed.* Editorial Tirant Lo Blanch.
- Ortega García, R. (2013). LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN MÉXICO. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVI (137), 601-646.
<https://acortar.link/9OIREz>.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2011). *Derecho Penal Parte Especial*. Idemsa.

Peña, O., & Almanza, F. (2010) *Teoría del delito: manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación – APECC.

Pérez Jacinto, A. y Rodríguez Jiménez, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, (82), 1-26. <https://acortar.link/wPVo3m>.

Plascencia Villanueva., R. (2000). *Teoría del delito*. Universidad Autónoma de México.

Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios (2017, 23, 24 y 25 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República. <https://acortar.link/0v9ryV>.

Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. GRIJLEY.

Roxin, C. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Civitas.

Ruedas Marrero, M., Ríos Cabrera, M. y Nieves, F. (2009). Hermenéutica: la roca que rompe el espejo. *Investigación y Postgrado*, 24(2), 181-201. <https://acortar.link/KyCAuE>.

Salinas Siccha, R. (2009). *Delitos contra la administración pública*. GRIJLEY.

Sánchez Vásquez, R. (1989). ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MÉTODO EXEGÉTICO JURÍDICO. *Anuario Jurídico*, XVI, 269-282. <https://acortar.link/6HQtx2>.

Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP*, (81), 93-111.

<https://acortar.link/f6nELN>.

Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N.º 12-2006-PI/TC (2006). Tribunal Constitucional. <https://acortar.link/U0RkYV>.

Villavicencio Terreros, F. (2019). *Derecho Penal Básico*. Fondo Editorial PUCP.

Zaffaroni, E. (1982). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. EDIAR.