



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

**La participación del *extraneus* en calidad de instigador
en el delito de negociación incompatible en el Perú**

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Hugo Diego LUCEN LANAZCA

ASESOR

Mg. Jorge Adalberto PÉREZ LÓPEZ

Lima, Perú

2026



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Lucen, H. (2026). *La participación del extraneus en calidad de instigador en el delito de negociación incompatible en el Perú*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Hugo Diego Lucen Lanazca
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	70237828
URL de ORCID	https://orcid.org/0009-0000-0238-2565
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Jorge Adalberto Pérez López
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08162135
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-4695-389X
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Rosa Delsa Mavila León
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06706793
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Nelson Salazar Sánchez
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	26697097
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Luisana Isell Vega Zeña
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41999854

Datos de investigación	
Línea de investigación	Derecho Penal
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	Edificio: Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Ciudad Universitaria País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lima Calle: Av. Carlos Germán Amezaga N.º 375 Latitud: -12.04318 Longitud: -77.02824
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2024-2026
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**ACTA DE EXAMEN ORAL PRESENCIAL PARA EL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO CON SUSTENTACIÓN DE TESIS**

N° 121

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores:

- 1.-PRESIDENTA. Mg. ROSA DELSA MAVILA LEÓN
- 2.- Dr. NELSON SALAZAR SANCHEZ
- 3.- Mg. LUISANA ISELL VEGA ZEÑA
- 4.- Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ (Asesor)

El bachiller postulante al Título Profesional de Abogado don:

HUGO DIEGO LUCEN LANAZCA

Procedió la sustentación de su tesis titulado:

La participación del *extraneus* en calidad de instigador en el delito de negociación incompatible en el Perú

En la redacción del examen escrito de fin de carrera, el graduando fue aprobado con la nota de:

DIECISEIS(16)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando el candidato:

Aprobado con mención Honrosa con la nota de dieciseis (16)

Y para constancia se le extiende la presente Acta, en Lima a los VEINTICINCO días del mes de AGOSTO del año 2026

Dr. NELSON SALAZAR SANCHEZ

Presidenta del Jurado
Mg. ROSA DELSA MAVILA LEÓN

Mg. LUISANA ISELL VEGA ZEÑA

Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ
(Asesor)



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE
SAN MARCOS
Universidad del Perú, Decana de América

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo, **JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ**, en mi condición de asesor acreditado mediante Dictamen de la Escuela Profesional de Derecho N° 000040-2024-EPD-FDCP/UNMSM, de fecha 6 de febrero de 2024, de la Tesis, cuyo título es: **La participación del *extraneus* en calidad de instigador en el delito de negociación incompatible en el Perú**, presentado por el bachiller **Hugo Diego LUCEN LANAZCA** para optar el Título Profesional de Abogado.

CERTIFICO que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante la plataforma PIDS, el documento evaluado cuenta con el **14%** de similitud, nivel PERMITIDO para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para obtención del Título Profesional de Abogado.

Lima, 12 de octubre del 2026.

Firma del Asesor:

Nombres y apellidos del asesor: **Jorge Adalberto Pérez López**

DNI: **08162135**

La vigencia del presente certificado corresponde a un período de noventa (90) días desde la fecha de su emisión; siempre que no haya observaciones en el texto durante el proceso de revisión por el jurado informante o surja alguna contingencia.

Dedicatoria

A mis padres y a mi abuela, por su apoyo incondicional, confianza y cariño a lo largo de mi formación profesional y personal. Este logro también les pertenece a ustedes.

Agradecimientos

Quiero expresar mi agradecimiento al Dr. Jorge Pérez López, asesor de la presente investigación, por las observaciones y orientaciones brindadas durante el desarrollo de este trabajo.

Asimismo, agradezco a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, mi alma máter, por haberme formado académica y personalmente a lo largo de estos años. La Decana de América no solo me permitió adquirir conocimientos jurídicos, sino también desarrollar una visión crítica, analítica y comprometida con la realidad social y jurídica del país. Gracias, UNMSM, por haber sido mi casa.

De igual manera, expreso mi agradecimiento a los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, cuya exigencia académica contribuyó significativamente a mi formación profesional; así como también agradezco a mis compañeros y amigos, con quienes compartí experiencias, debates y aprendizajes que enriquecieron mi etapa universitaria.

Finalmente, agradezco a mi familia, especialmente a mis padres, por su esfuerzo, confianza y acompañamiento permanente durante mi formación profesional. Asimismo, agradezco a mi enamorada, por estar presente durante el desarrollo de esta investigación, por su comprensión y apoyo incondicional a lo largo de este trayecto.

Resumen

El presente estudio analiza la viabilidad de imputar al *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible en el Perú, a partir de un análisis fenomenológico y dogmático de la estructura de este delito y de las formas de participación criminal vinculadas al artículo 399 del Código Penal. La investigación surge en el contexto del debate sobre la expansión de la responsabilidad penal del particular en casos de negociación incompatible y sobre los límites de la teoría de la unidad de imputación frente a la estructura de este delito.

El objetivo principal consiste en determinar si la imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible resulta compatible con la estructura y dinámica comisiva de este tipo penal, así como establecer si la teoría de la unidad de imputación permite justificar dogmáticamente dicha forma de participación. Para ello, se desarrolla una investigación de enfoque fenomenológico y dogmático, sustentada en el análisis crítico de la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional relevante sobre negociación incompatible, infracción de deber y participación.

La investigación concluye que la imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible no resulta compatible ni con la estructura dogmática ni con la dinámica fenomenológica de este delito, debido a que el injusto penal se agota en el indebido interesamiento funcional del funcionario público, sin requerir estructuralmente la intervención determinante de terceros para su configuración. En consecuencia, cuando la conducta del particular adquiera relevancia jurídico-penal en el contexto de una contratación pública, su tratamiento debe reconducirse hacia delitos cuya estructura sí incorpore normativamente la intervención del *extraneus*, como ocurre en la colusión o cohecho.

Palabras Claves: *Extraneus*, negociación incompatible, instigador, delitos de infracción de deber, participación criminal, teoría de la unidad de imputación, fenomenología del delito, corrupción pública.

Abstract

This study analyzes the viability of attributing criminal liability to the *extraneus* as an instigator in the offense of incompatible negotiation in Peru, based on a phenomenological and dogmatic analysis of the structure of this offense and of the forms of criminal participation linked to Article 399 of the Peruvian Criminal Code. The research arises within the context of the debate concerning the expansion of criminal liability of private individuals in cases of incompatible negotiation and the limits of the theory of unity of imputation in relation to the structure of this offense.

The main objective is to determine whether attributing liability to the *extraneus* as an instigator in the offense of incompatible negotiation is compatible with the structure and commissive dynamics of this criminal offense, as well as to establish whether the theory of unity of imputation allows for a dogmatic justification of such form of participation. To this end, the study adopts a phenomenological and dogmatic approach, supported by a critical analysis of relevant doctrine, legislation, and national jurisprudence concerning incompatible negotiation, breach of duty offenses, and criminal participation.

The research concludes that attributing liability to the *extraneus* as an instigator in the offense of incompatible negotiation is incompatible both with the dogmatic structure and the phenomenological dynamics of this offense, since the criminal wrongdoing is exhausted in the improper functional interest pursued by the

public official, without structurally requiring the determining intervention of third parties for its configuration. Consequently, when the conduct of the private individual acquires criminal relevance within the context of public procurement or state contracting, it should be redirected toward offenses whose structure expressly incorporates the intervention of the *extraneus*, such as collusion or bribery.

Keywords: Extraneus, incompatible negotiation, instigator, breach of duty offenses, criminal participation, theory of unity of imputation, phenomenology of crime, public corruption.

Índice

I. Introducción	1
II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
2.1. Presentación del tema y del problema	4
2.2. Problema principal	5
2.3. Problemas secundarios	5
III. FORMULACIÓN DE HIPOTESIS	5
3.1. Hipótesis principal	5
3.2. Hipótesis secundarias	6
IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	6
V. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	8
5.1. Objetivo general	8
5.2. Objetivos específicos	8
VI. MARCO TEÓRICO – ESTADO DE LA CUESTIÓN	9
6.1. Antecedentes del problema	9
6.1.1. Antecedentes nacionales	9
6.1.2. Antecedentes internacionales	16
6.2. Principales corrientes teóricas explicativas	20
VII. METODOLOGÍA	23
7.1. Tipo y Diseño de Investigación	23
7.2. Métodos de Investigación	24

7.3. Fuentes de información	25
7.4. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Información	26
7.5. Unidad de Análisis	26
CAPITULO I: TRATAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ	29
1.1. Panorama y percepción de la corrupción en el Perú	29
1.2. Marco Normativo y políticas anticorrupción	31
1.3. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano	36
1.4. Relevancia de la participación del <i>extraneus</i> en delitos de corrupción	42
1.5. Puente hacia el problema: riesgo de forzar la instigación en negociación incompatible	45
CAPITULO II: NATURALEZA DEL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO	49
2.1. Delitos especiales propios y la teoría de la infracción del deber	49
2.2. Estructura típica y bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible	52
2.2.1 Bien jurídico protegido.....	52
2.2.2. Naturaleza del delito.....	54
2.2.3. Tipicidad objetiva.....	55
2.2.4. Tipicidad subjetiva	58
2.3. La delimitación jurisprudencial de la participación en el delito de negociación incompatible	60

2.3.1. Posición restrictiva: Casación N.° 841-2015 Ayacucho	60
2.3.2. Posición expansiva: Casación N.° 1895-2019 Selva Central ...	61
2.3.3. Límites estructurales de la intervención del <i>extraneus</i> en un delito de infracción de deber	63
CAPITULO III: LA INSTIGACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS Y SU PROYECCIÓN EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	
3.1. Concepto y elementos dogmáticos de la instigación	66
3.1.1. Concepto	66
3.1.2. Elemento objetivo de la instigación	67
3.1.3. Elemento subjetivo de la instigación	68
3.1.4. Límites estructurales de la instigación: instigación, refuerzo psíquico y autor ya decidido	68
3.2. Diferencias entre complicidad e instigación	70
3.3. La instigación en los delitos especiales propios	72
3.4. Imposibilidad fenomenológica de la instigación en el delito de negociación incompatible	75
3.4.1. Configuración unilateral del tipo y ausencia de participación necesaria	75
3.4.2. La infracción del deber funcional como núcleo del injusto en la negociación incompatible.....	78
3.4.3. Imposibilidad fenomenológica de la instigación del <i>extraneus</i> en el delito de negociación incompatible	81

CAPITULO IV: LA TEORÍA DE LA UNIDAD DE IMPUTACIÓN Y SUS
ALCANCES EN LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS
ESPECIALES..... 98

- 4.1. Origen y fundamentos de la teoría de la unidad de imputación 98
- 4.2. La unidad de imputación en los delitos especiales 101
- 4.3. La participación del *extraneus* en los delitos especiales según la
doctrina..... 104
- 4.4. Límites de la teoría de la unidad de imputación en los delitos de
infracción de deber 107
- 4.5. Insuficiencia de la teoría de la unidad de imputación para fundamentar
la instigación en el delito de negociación incompatible 110

CAPÍTULO V: ANÁLISIS COMPARATIVO CON OTROS DELITOS DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA..... 115

- 5.1. Consideraciones para el análisis comparativo 115
- 5.2. El delito de colusión y la intervención estructural del particular 117
- 5.3. El delito de cohecho y la tipificación autónoma de la conducta del
particular..... 120
- 5.4. Diferencias estructurales con el delito de negociación incompatible
..... 124
- 5.5. Consecuencias dogmáticas para la participación del *extraneus*... 127

CAPÍTULO VI: PRÁCTICA FISCAL Y JURISPRUDENCIA NACIONAL.. 131

- 6.1. La práctica fiscal: Imputación extensiva del *extraneus* como instigador
en el delito de negociación incompatible 131

6.2. La jurisprudencia nacional: ausencia de uniformidad en la participación del <i>extraneus</i>	134
6.3. Caso “Jorge Luis Salas Arenas” (Denuncia Constitucional N.º 469): imputación de instigación y sus límites dogmáticos y fenomenológicos.....	137
6.4. Consecuencias dogmáticas y constitucionales de la imputación de instigación al <i>extraneus</i> en el delito de negociación incompatible.....	139
6.4.1. Consecuencia dogmática: desnaturalización del delito de infracción de deber	140
6.4.2. Consecuencias constitucionales: afectación de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad	141
6.4.2.1. Vulneración del principio de legalidad	141
6.4.2.2. Vulneración al principio de culpabilidad.....	144
6.4.2.3. Vulneración al principio de proporcionalidad	146
6.4.3. Síntesis de las consecuencias dogmáticas y constitucionales...	148
1. Contrastación de las hipótesis: Toma de postura	151
1.1. Contrastación de la hipótesis principal	151
1.2. Contrastación de las hipótesis secundarias	156
2. Conclusiones	159
3. Lineamientos interpretativos y recomendaciones	161
3.1. Reconducción típica de la intervención del <i>extraneus</i> en delitos contra la administración pública.....	161
3.2. Consolidación de criterios interpretativos sobre la instigación en el delito de negociación incompatible	162

3.3. Delimitación típica entre negociación incompatible, colusión y cohecho	163
4. Consecuencia de la implementación de los lineamientos interpretativos propuestos.....	164
5. Beneficios que aporta los lineamientos interpretativos propuestos..	165
5.1. Beneficios jurídicos y dogmáticos	165
5.2. Beneficios institucionales	168
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	171

I. Introducción

La corrupción se ha afirmado como una de las grandes amenazas contra la legitimidad institucional y confianza ciudadana en el Estado peruano, pues ha llevado a que delitos contra la administración pública sean el centro del debate jurídico y político, debido al impacto transversal que tienen en el desarrollo democrático en la vigencia del Estado de derecho.

Entre estos delitos, la negociación incompatible ocupa un lugar particular, ya que sanciona a los funcionarios que, en razón de su cargo, tienen un interesamiento indebido en contratos u operaciones estatales, configurándose como un delito especial propio de infracción de deber; además, el análisis dogmático de este tipo penal se ha centrado principalmente en la conducta del funcionario (*intraneus*), mientras que la intervención del particular (*extraneus*) ha recibido una menor atención.

El estudio examina la viabilidad de la imputación al *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible, ya que partimos de la deducción de que su estructura típica excluye fenomenológicamente la figura de la instigación; sin embargo, en la práctica fiscal e incluso en algunos debates políticos recientes, se ha pretendido extender este tipo participación al *extraneus*, lo cual genera inseguridad jurídica y riesgo de vulnerar principios como la legalidad, la culpabilidad y la proporcionalidad.

Por tanto, el presente estudio busca demostrar que la instigación del *extraneus* es imposible en la negociación incompatible, pero que su intervención puede encuadrarse de manera adecuada en otros delitos, en los que la participación activa del particular sí es constitutiva del injusto. Para ello, se analizarán los fundamentos dogmáticos de los

delitos de infracción de deber, la teoría de la instigación y de la unidad de imputación; como también la *praxis* fiscal y la jurisprudencia peruana vinculada.

La investigación se sustenta en un enfoque jurídico-normativo y dogmático, mediante el análisis de doctrina, legislación y jurisprudencia nacional, con el fin de brindar una delimitación clara sobre la responsabilidad del *extraneus* en delitos funcionariales, fortaleciendo tanto la seguridad jurídica como la eficacia de la política criminal anticorrupción.

PRIMERA PARTE:

ASPECTOS METODOLÓGICOS

GENERALES

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. Presentación del tema y del problema

Con relación a los delitos contra la administración pública, la intervención del *extraneus* genera importantes debates en torno a la dogmática de la participación; por ejemplo, el delito de negociación incompatible plantea un problema concreto pues se trata de un delito especial propio de infracción de deber, reservado solamente a funcionarios o servidores, quienes desde su posición institucional son los únicos que pueden realizar la conducta típica.

En comparación a otros delitos como el cohecho o la colusión, donde la participación del *extraneus* resulta constitutiva del injusto y puede configurarse instigación o complicidad, la negociación incompatible no responde a un modelo típico de intervención bilateral; pues su consumación depende únicamente de la decisión del funcionario de interesarse indebidamente en un contrato u operación, lo que convierte en fenomenológicamente imposible la figura de la instigación por parte de un particular.

Sin embargo, se han registrado intentos de imputar al *extraneus* como instigador en este delito, con el argumento de que su influencia o presión sobre el funcionario justificaría dicha participación, pero estas posturas, lejos de resolver el problema, generan un riesgo de forzar la subsunción, pues los hechos descritos podrían encajar mejor en tipos penales como el cohecho o la colusión, en los cuales la interacción entre el funcionario y particular es indispensable para la configuración típica.

2.2. Problema principal

- a) ¿Es fenomenológicamente compatible la figura de la instigación del *extraneus* con la estructura típica del delito de negociación incompatible, considerando de que se trata de un delito especial de infracción de deber y no de participación necesaria?

2.3. Problemas secundarios

- a) ¿Resulta dogmáticamente coherente aplicar la teoría de la unidad de imputación para fundamentar la responsabilidad del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible, considerando de que se trata de un delito especial propio que no constituye participación necesaria?
- b) ¿Es dogmáticamente sostenible la imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible como mecanismo para evitar espacios de impunidad, o dicha solución desnaturaliza la estructura típica al existir tipo penales autónomos (como el cohecho o la colusión) en los que la intervención del particular integra el injusto?

III. FORMULACIÓN DE HIPOTESIS

3.1. Hipótesis principal

- H. La imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible no resulta fenomenológicamente compatible con la estructura típica de este delito, en tanto es un delito especial propio de infracción de deber y de configuración unilateral, que no constituye un delito de participación necesaria. En consecuencia, la intervención del particular no puede subsumirse adecuadamente

como instigación en este tipo penal, debiendo reconducirse, según el caso, a figuras autónomas como el cohecho o la colusión, en las cuales la interacción entre funcionario y particular sí integra la estructura típica del injusto.

3.2. Hipótesis secundarias

- H.1.** La teoría de la unidad de imputación no resulta dogmáticamente compatible con la estructura del delito de negociación incompatible para fundamentar la intervención del *extraneus* como instigador, pues es un delito especial propio de infracción de deber cuyo injusto agota con la actuación funcional del funcionario público, sin requerir estructuralmente la intervención de terceros para su configuración típica.
- H.2.** La imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible no constituye una solución dogmáticamente adecuada para evitar espacios de impunidad, pues dicha interpretación desborda la estructura típica de un delito especial propio de infracción de deber. En aquellos supuestos donde exista interacción jurídicamente relevante entre funcionario y particular, la conducta del tercero encuentra una subsunción más coherente en delitos autónomos como el cohecho o la colusión, en los cuales la intervención del *extraneus* integra estructuralmente el injusto.

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El abordaje jurídico “la participación del *extraneus* en calidad de instigador en el delito de negociación incompatible en el Perú” se justifica en tres ámbitos: dogmático, normativo-práctico y social-político criminal:

En el ámbito dogmático, resulta esencial delimitar los alcances de la intervención en los delitos de infracción de deber, pues el delito de negociación incompatible es un delito especial propio cuyo núcleo reside en la infracción personalísima del deber funcional; por lo cual, solo el funcionario público puede ser autor, pues el injusto se consume exclusivamente desde su posición institucional. Además, pretender extender la figura de la instigación al *extraneus* implica forzar la estructura típica y vulnerar principios fundamentales del Derecho penal moderno como la legalidad, culpabilidad y la proporcionalidad.

En el ámbito normativo-práctico, la negociación incompatible no admite participación necesaria, por lo que cualquier intento de encajar al *extraneus* como instigador desnaturaliza el tipo penal; sin embargo, en la *praxis* fiscal se refleja una tendencia a forzar esta imputación, mientras que en la jurisprudencia peruana se ha registrado posturas divergentes sobre la admisión de la complicidad en este delito: en algunos pronunciamientos se acepta, en otros la niega. En consecuencia, esta discrepancia refleja la dificultad de aplicar coherentemente las categorías de participación en un delito que se agota en la inobservancia del deber funcional del *intraneus*.

En el ámbito social-político criminal, la investigación aporta claridad a la lucha contra la corrupción desde un enfoque garantista; puesto que la sociedad exige sancionar a quienes intervienen indebidamente en la función pública, pero esta necesidad no puede justificar interpretaciones expansivas que vulneren las garantías del Derecho penal. En consecuencia, la solución adecuada no es forzar la instigación en la negociación incompatible, sino ubicar correctamente la conducta del particular en tipos

penales donde su participación es constitutiva del injusto, como el cohecho o la colusión; así promovemos una política criminal eficaz y respetuosa de los límites dogmáticos, garantizando tanto la efectividad en la persecución penal como la seguridad jurídica.

V. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

5.1. Objetivo general

- i) Demostrar que no es posible imputar al *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible, pues se trata de un delito especial propia de infracción de deber que no requiere participación necesaria; así como delimitar los criterios dogmáticos que permitan encuadrar correctamente su intervención en otros tipos penales, como el cohecho o la colusión.

5.2. Objetivos específicos

- i) Contextualizar el fenómeno de la corrupción en el Perú y su tratamiento normativo, destacando la relevancia de la actuación del tercero en delitos de corrupción y el riesgo de forzar la instigación en la negociación incompatible.
- ii) Analizar la naturaleza dogmática del delito de negociación incompatible en la norma sustantiva peruana, precisando su carácter de delito especial propio de infracción de deber y la ausencia de participación necesaria en su estructura.
- iii) Examinar la instigación en los delitos de infracción de deber, delimitando sus requisitos dogmáticos, diferencias con la complicidad y la imposibilidad fenomenológica de aplicarla a la negociación incompatible.

- iv) Evaluar críticamente la teoría de la unidad de imputación y sus alcances con los delitos especiales, identificando sus límites para impedir que se extienda indebidamente al *extraneus* como instigador en la negociación incompatible.
- v) Contrastar la negociación incompatible con el cohecho y la colusión, a fin de delimitar criterios de subsunción correcta de la intervención del tercero en esos tipos penales.
- vi) Analizar la práctica fiscal que viene imputando instigación en negociación incompatible y contrastarla con la jurisprudencia nacional sobre complicidad en este delito —donde existen pronunciamientos divergentes—, identificando los riesgos que generan para los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

VI. MARCO TEÓRICO – ESTADO DE LA CUESTIÓN

6.1. Antecedentes del problema

6.1.1. Antecedentes nacionales

Tesis título : “El provecho del *extraneus* en el delito de negociación incompatible: Conducta neutra o responsabilidad penal”

Autora : Fabiola Estefany Lama Quijandria

Universidad : Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión - Huacho

Grado : Tesis para obtener el título profesional de abogado

Año : 2022

Fundamentos:

Se plantea como objetivo principal determinar si el *extraneus* que obtiene un beneficio como consecuencia del aprovechamiento indebido del cargo debe asumir responsabilidad penal, o si su conducta puede considerarse como neutral en el marco de la teoría de la participación. Asimismo, esta investigación surge ante la dispersión de criterios interpretativos respecto de la intervención de terceros en este tipo penal, principalmente como partícipes.

El análisis de la tesis gira en torno a los elementos típicos del delito (el interés indebido del funcionario en una operación a su cargo y el beneficio obtenido para sí o para terceros) y propone que cuando el *extraneus* interviene activamente, su conducta no puede considerarse neutral; al contrario, sostiene que debe responder penalmente, ya sea como cómplice o como instigador, si se acredita su participación dolosa.

Conclusiones relevantes para esta investigación:

La tesis de Lama Quijandría sostiene que el *extraneus* no debe quedar exento de responsabilidad en la negociación incompatible, pues —según su planteamiento— el comportamiento del tercero puede configurarse como instigador o como cómplice del funcionario público, en la medida en que también contribuye a la afectación del bien jurídico.

Valoración crítica:

Este enfoque resulta problemático pues extiende la figura de la instigación a un delito especial propio de infracción de deber, cuya estructura dogmática excluye tal forma de participación. Al sostener que el *extraneus* podría ser instigador en la negociación incompatible, la autora fuerza una figura que no se ajusta a la fenomenología del tipo penal; sin embargo, también resulta útil, pues visibiliza la necesidad de no dejar sin sanción la intervención del *extraneus* en escenarios de corrupción.

Asimismo, muestra cómo parte de la doctrina nacional ha intentado forzar el encuadre del *extraneus* como instigador, lo cual precisamente refuerza la relevancia de esta investigación: demostrar la imposibilidad fenomenológica de la instigación en el delito de negociación incompatible y, al mismo tiempo, ofrecer criterios para reconducir la conducta del tercero hacia otros tipos penal más idóneos, como el cohecho o la colusión.

Fuente : “<https://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/20.500.14067/7081>”

Tesis título : “La complicidad del *extraneus* en el delito de negociación incompatible y su vulneración al principio de legalidad”

Autora : Pajares Sánchez, Ana Sofía

Universidad : Universidad César Vallejo

Grado : Tesis para obtener el título profesional de abogado

Año : 2018

Fundamentos:

La autora aborda la divergencia de criterios en la jurisprudencia respecto a la naturaleza del delito de negociación incompatible, centrándose particularmente en la problemática de la complicidad del *extraneus*; es así que, mediante el análisis doctrinario y jurisprudencial, especialmente de sentencias de casación, busca determinar si la inclusión del *extraneus* como cómplice vulnera el principio de legalidad penal; así como analiza los elementos normativos y subjetivos del tipo penal, proponiendo una delimitación más precisa de su estructura dogmática.

Conclusiones relevantes para esta investigación:

1. El delito en mención es caracterizado (desde una perspectiva doctrinal) como un delito de mera actividad y de peligro abstracto, lo cual implica la consumación con la sola ejecución del acto de interesamiento indebido del funcionario (*intraneus*), sin necesidad de un beneficio efectivo.
2. Existe una contradicción entre la doctrina penal peruana y la jurisprudencia; mientras la doctrina considera que no se requiere un resultado externo para la configuración del delito, la jurisprudencia tiende a exigir la producción efectiva de un riesgo o beneficio, clasificándolo como delito de peligro concreto.
3. En virtud de esta discrepancia, la autora sostiene que imputar al *extraneus* como cómplice resulta problemático y violatorio del principio de legalidad, ya que se estaría extendiendo el alcance del tipo penal más allá de sus límites normativos, sin base legal clara.

Valoración crítica:

Lo planteado por Pajares Sánchez resulta problemático porque confirma que la complicidad del *extraneus* en negociación incompatible carece de sustento firme en el tipo penal y se enfrenta a un escenario de inseguridad jurídica: la doctrina dice una cosa, la jurisprudencia otra, y en ambos casos se genera el riesgo de afectar los principios de legalidad y tipicidad.

No obstante, también resulta útil para la presente investigación, pues visibiliza cómo la discusión sobre la complicidad ha sido más explorada en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, mientras que la instigación prácticamente no aparece en sentencia, quedando relegada a la *praxis* fiscal; lo cual, esta constatación refuerza el objetivo de nuestra tesis: demostrar que la instigación del *extraneus* es fenomenológicamente inviable en negociación incompatible y que la conducta del tercero deber ser reconducida a otros tipos penal (cohecho o colusión).

Fuente: ["https://hdl.handle.net/20.500.12692/28432"](https://hdl.handle.net/20.500.12692/28432)

Tesis título : “Responsabilidad penal del *extraneus* en el delito de negociación incompatible”

Autora : Ramos Izquierdo, Nadyne Jhuzany Estephany

Universidad : Universidad Señor de Sipán

Grado : Tesis para obtener el título profesional de abogado

Año : 2023

Fundamentos:

La investigación se enfoca en el análisis del delito de negociación incompatible y en la opción de atribuir responsabilidad penal al particular por su comportamiento en esta figura delictiva contra la administración pública. Este estudio parte de la problemática identificada en decisiones judiciales que muestran una falta de claridad en torno a esta imputación, especialmente en el tratamiento jurisprudencial del máximo tribunal penal y para abordar el tema, analiza sentencias emblemáticas (Casación N.º 841-2015, Ayacucho y Casación N.º 23-2016, Ica); así como complementa su enfoque con encuestas dirigidas a 185 profesionales del Derecho, con el fin de captar la percepción práctica y teórica sobre el tema.

Asimismo, la autora sostiene que, ante la dificultad de probar la concertación exigida por la colusión, la negociación incompatible es utilizada de manera subsidiaria, dentro del cual la intervención del *extraneus* cobra relevancia práctica para evitar la impunidad; en ese sentido, se plantea que el particular debería asumir responsabilidad penal, al menos como cómplice, cuando su conducta contribuye al perjuicio del Estado.

Conclusiones relevantes para la investigación:

1. Existe una falta de fundamentación clara en los pronunciamientos de la judicatura suprema respecto a la intervención del tercero en el delito de negociación incompatible, lo cual ha favorecido escenarios de impunidad y ha debilitado la eficacia contra a la corrupción.

2. La tesis defiende que sí hay responsabilidad penal del *extraneus* en este tipo penal, sobre todo en contextos donde no puede acreditarse colusión; por tanto, propone que la negociación incompatible funcione como una figura subsidiaria que permita imputar al *extraneus*, al menos como cómplice, en base a su participación en perjuicio del Estado.

Valoración crítica:

Este estudio resulta problemático pues extiende la complicitad del *extraneus* dentro de un delito especial propio de infracción de deber, pues genera tensiones con el principio de legalidad y desnaturaliza la estructura cerrada del tipo. Además, la idea de usar la negociación incompatible como “tipo penal subsidiario” frente a dificultades probatorias de la colusión refleja una funcionalización excesiva del derecho penal, arriesgando seguridad jurídica.

Sin embargo, también resulta útil pues aporta evidencia jurisprudencia que demuestra cómo, en la práctica, se fuerza la inclusión del *extraneus* dentro de negociación incompatible para evitar espacios de impunidad; lo cual es valioso para esta investigación, porque confirma la existencia de un problema práctico y real, pero al mismo tiempo legitima la necesidad de buscar una respuesta dogmática correcta: reconducir la intervención del particular a cohecho o colusión, evitando desnaturalizar el artículo 399 de la legislación penal sustantiva.

Fuente: “<https://hdl.handle.net/20.500.12802/11493>”

6.1.2. Antecedentes internacionales

Tesis título : Tráfico de influencias y negociaciones incompatibles

Autores : Natalia Yáñez Pérez y Patricio Neira Valencia

Universidad : Universidad De Valparaíso

Año : 2015

Fundamentos:

La investigación tiene como fundamento principal una crítica a la expansión del Derecho en materia de corrupción administrativa, pues si bien reconoce que la corrupción afecta gravemente la democracia, la probidad y la confianza en la Administración Pública, los autores consideran que la negociación incompatible y el tráfico de influencias presentan problemas dogmáticos y político criminales debido a su amplitud típica y a que son delitos de peligro abstracto.

Aunado a ello, sostienen que el bien jurídico protegido es el adecuado funcionamiento de la Administración Pública, especialmente bajo los parámetros de objetividad, imparcialidad y probidad; asimismo, afirman que los delitos analizados no requieren un perjuicio concreto al Estado para su configuración, pues basta el riesgo presumido para el bien jurídico. Además, señalan que muchas conductas vinculadas a la corrupción administrativa podrían ser abordadas desde el Derecho Administrativo sancionador, cuestionando la necesidad de una intervención penal.

Principales conclusiones relevantes para la investigación:

1. El estudio concluye que los delitos analizados protegen como bien jurídico el apropiado funcionamiento de la Administración Pública, especialmente los parámetros de objetividad, imparcialidad y probidad en el ejercicio de la función pública.
2. Sostienen que ambos delitos presentan una estructura de peligro abstracto, pues su configuración no exige la acreditación de un daño concreto al Estado; lo cual genera dificultades de interpretación, detección e investigación debido a la amplitud de sus formulaciones típicas.
3. Asimismo, concluyen que existe una tendencia expansiva del Derecho Penal en los referido a de corrupción administrativa, cuestionando la necesidad de criminalizar determinadas conductas que podrían ser adecuadamente sancionadas mediante mecanismos administrativos y de probidad, aplicando el criterio de mínima injerencia penal.

Valoración crítica:

Este antecedente resulta importante para la presente investigación pues cuestiona la ampliación del poder punitivo estatal en los delitos de negociación incompatible y tráfico de influencias, especialmente por su configuración como delitos de peligro abstracto y por la amplitud de sus formulaciones típicas; además, advierte que estos delitos presentan dificultades de interpretación y persecución penal, lo que genera riesgos de afectar principios y de ampliar excesivamente la intervención punitiva del Estado.

Asimismo, pese a que no desarrolla de manera profunda los límites dogmáticos del comportamiento del sujeto no cualificado en delitos especiales propios, este antecedente resulta útil para nuestra investigación porque refuerza una interpretación restrictiva del delito de aprovechamiento indebido del cargo y evidencia riesgos de ampliar la punibilidad mediante interpretaciones extensivas, que vulnera el principio de legalidad y mínima intervención.

Fuente:

<https://repositoriobibliotecas.uv.cl/serveruv/api/core/bitstreams/5fb4a2b0-d1b4-4e6e-9b3a-8ae47a909418/content>

Tesis título : El delito de negociación incompatible en la reforma legal

Autora : Antonia Rodríguez-Cano Fernanda Cueto

Universidad : Universidad De Chile

Grado : Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Año : 2019

Fundamentos :

Esta investigación tiene por objeto analizar las modificaciones introducidas por la Ley 21.121 (Ley de Anticorrupción) en el tratamiento de la negociación incompatible en Chile, especialmente su configuración típica, su bien jurídico protegido y la noción de autoría; asimismo, la autora expone que la reforma produjo un cambio significativo en el tipo penal, pasando de proteger

exclusivamente la correcta administración pública, a centrarse en el patrimonio administrado por el sujeto activo, lo cual redefine la naturaleza del delito como especial propio, pero ampliando el universo de posibles autores más allá del funcionario público tradicional.

Aunado a ello, se destaca que el nuevo enfoque otorga relevancia al deber de resguardo del patrimonio ajeno, lo que justifica la inclusión de otros sujetos que, sin ostentar cargos públicos formales, mantienen funciones equivalentes en términos de responsabilidad patrimonial; en consecuencia, se admite que personas con cargos similares a los públicos puedan ser consideradas autoras del delito, siempre que medie una norma legal que así lo establezca.

Principales conclusiones relevantes para la investigación:

1. La reforma al artículo 240 de la legislación penal chilena permite que la negociación incompatible no solo sea cometido por funcionarios públicos, sino también por sujetos privados que gestionen patrimonio ajeno bajo una relación funcional que implique deberes de custodia; lo cual amplía la categoría de posibles autores, sin romper con el carácter especial del tipo penal.
2. El delito es considerado de peligro abstracto y su diseño se aproxima a una forma preparatoria del delito de administración desleal, con el cual puede entrar en concurso aparente por especialidad o consunción.
3. La reforma subraya la necesidad de que los nuevos supuestos de autoría se encuentren establecidos por ley o norma con rango legal, para respetar el principio de tipicidad y los límites del Derecho penal garantista.

Valoración crítica:

Este antecedente resulta problemático porque la experiencia chilena muestra que la extensión del círculo de autores en un delito especial propio exige reforma legislativa expresa; contrariamente, en nuestro país, se intenta expandir la punibilidad del *extraneus* mediante la praxis fiscal y algunas posturas doctrinales, pero sin respaldo normativo, por lo que se evidencia un riesgo mayor de violar la legalidad y tipicidad en nuestro contexto.

Sin embargo, resulta también útil pues este antecedente comparado confirma que, cuando se quiere sancionar el comportamiento de particulares en delitos de infracción de deber, el camino correcto es modificar la ley, no reinterpretar dogmáticamente el tipo. Por consiguiente, para nuestra investigación, el ejemplo chileno refuerza la tesis de que la instigación del tercero en la negociación incompatible es inviable sin reforma legislativa y que cualquier intento de ampliación por vía interpretativa es ilegítimo.

Enlace :

["https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173270/El-delito-de-negociacion-incompatible-en-la-reforma-legal.pdf"](https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173270/El-delito-de-negociacion-incompatible-en-la-reforma-legal.pdf)

6.2. Principales corrientes teóricas explicativas**a) Teoría N.º 01:** Teoría del delito de negociación incompatible

Se emplea para analizar y sancionar las conductas en las que el funcionario, en virtud de su cargo, participa en actos de negociación que resultan incompatibles

con sus deberes funcionales, generando un conflicto de intereses; por consiguiente, la negociación incompatible se configura cuando el funcionario aprovecha indebidamente su cargo o influencia institucional con el propósito de generar una ventaja personal o para favorecer a terceros, en perjuicio de los intereses públicos.

En ese marco, el criterio esencial de esta teoría reside en que el funcionario público posee un deber de imparcialidad y lealtad hacia la administración pública, el cual debe prevalecer sobre cualquier interés personal o externo; por lo que cualquier intervención funcional orientada a beneficiar indebidamente a terceros, incluso sin pacto colusorio, vulneraría dicho deber y afectaría la integridad del servicio público.

Por tanto, el objetivo del tipo penal es garantizar una actuación objetiva, imparcial y transparente en el desempeño de las funciones públicas, especialmente en procedimientos administrativos, contrataciones o decisiones en los que el funcionario posee poder de influencia directa.

b) Teoría N.º 02: Teoría de infracción del deber

b.1. Fundamentos a favor.

La concepción basada en de infracción del deber, ampliamente reconocida en la doctrina penal alemana y adoptada por buena parte de la doctrina latinoamericana en materia de delitos especiales, sostiene que solo puede ser considerado autor quien infringe un deber jurídico específico derivado de una posición institucional

de garante; asimismo, dicho deber surge por función pública o del cargo que la persona desempeña y cuya vulneración constituye la base de la imputación penal. Con relación a la negociación incompatible, esta teoría justifica que únicamente el *intraneus* pueda ser autor del delito, pues es quien tiene la obligación institucional de actuar conforme a los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad; consecuentemente, el *extraneus*, al no estar sujeto a dicho deber funcional, no puede ser autor ni coautor, aunque haya influido en la conducta del funcionario. En ámbito doctrinal peruano, esta teoría es la más recurrente para explicar la configuración de la negociación incompatible como un delito especial propio, en el cual el tipo penal exige una cualidad específica del autor (funcionario público); no obstante, se ha sostenido que bajo la teoría de la unidad de imputación se podría extender la responsabilidad penal al particular como partícipe, lo que plantea relevantes objeciones desde el punto de vista del principio de legalidad.

b.2. Postura contraria: Teoría del dominio del hecho

En oposición al modelo del quebrantamiento del deber, dicha teoría plantea una concepción más amplia de la autoría penal, ya que puede ser considerado autor quien tiene el control funcional del hecho delictivo; es decir, quien domina el curso causal del delito, incluso sin ejecutar personalmente la conducta típica.

El criterio del dominio del hecho admite la viabilidad de que el *extraneus* sea autor o partícipe en la negociación incompatible si su intervención resulta determinante para la realización del tipo penal, aun cuando no tenga la calidad de funcionario público. Esta teoría se basa en que el dominio de la voluntad o de la acción es

suficiente para justificar la autoría, más allá de la titularidad formal del deber funcional.

En el contexto de los delitos contra la administración pública, esta teoría permitiría extender la responsabilidad penal a terceros, como empresarios o particulares, que influyen o dirigen indirectamente las decisiones del funcionario; sin embargo, su aplicación genera un serio conflicto con el principio de legalidad penal y no ha sido acogida expresamente por la legislación ni la jurisprudencia peruana, al menos concerniente a los delitos especiales.

En resumen, mientras que la teoría del quebrantamiento del deber restringe autoría a quienes ostentan un deber funcional específico, la teoría del dominio del hecho propone un modelo más amplio y flexible de imputación, que permitiría incluirlo bajo ciertas condiciones; no obstante, el derecho penal peruano se adscribe mayoritariamente a la primera, por lo que la aplicación de la segunda en estos casos podría vulnerar principios estructurales como la tipicidad, legalidad y autoría cerrada en delitos especiales.

VII. METODOLOGÍA

7.1. Tipo y Diseño de Investigación

Es de tipo jurídico-normativo y dogmático, y tiene como finalidad examinar críticamente la posibilidad de imputar al particular como instigador en el delito de negociación incompatible en el ordenamiento penal peruano; además, este tipo de investigación tiene un enfoque cualitativo, de carácter hermenéutico y teórico-analítico, centrado en el análisis sistemático de las normas penales, la doctrina especializada, la

jurisprudencia relevante y la *praxis* fiscal, con el propósito de determinar si dicha forma de participación resulta fenomenológicamente posible dentro de un modelo típico configurado como delito especial propio.

A diferencia de una investigación exegética, que se limita a la interpretación literal de las disposiciones legales, esta investigación adopta un enfoque crítico, contextual y garantista, que evalúa la coherencia del sistema penal con los principios de legalidad, tipicidad y autoría restringida, a fin de sustentarla imposibilidad fenomenológica de atribuir responsabilidad al *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible y, al mismo tiempo, promover criterios de subsunción adecuada de su conducta en otros tipos penales cuando corresponda.

7.2. Métodos de Investigación

Se han empleado los siguientes métodos para el desarrollo riguroso de la presente investigación:

- **Método dogmático-jurídico:** Aplicado para analizar la estructura normativa del delito de negociación incompatible y su relación con la teoría de la infracción de deber; con este método examinaremos los presupuestos típicos, los fundamentos de la autoría y las modalidades de participación delictiva, con especial atención a la figura de la instigación y su eventual incompatibilidad con la configuración dogmática del delito.
- **Método hermenéutico:** Permite interpretar las normas penales y los pronunciamientos jurisprudenciales desde el enfoque de los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad; así como comprender el sentido teleológico del artículo 399

de la norma sustantiva y las tensiones que surgen cuando se intenta extender la responsabilidad penal al *extraneus*.

- **Método analítico:** Facilita la descomposición del problema de investigación en naturaleza del delito de negociación incompatible, la función del deber jurídico y las diversas maneras de intervención delictiva; asimismo, su aplicación permite demostrar por qué, fenomenológicamente, la instigación no se ajusta a la estructura típica del delito especial propio.

7.3. Fuentes de información

Se fundamenta en el análisis exhaustivo de las siguientes fuentes jurídicas:

- Normas legales: Principalmente el código penal peruano; así como leyes vinculadas para contrarrestar la corrupción en el Perú.
- Jurisprudencia nacional: Sentencias emitidas por el máximo tribunal penal respecto a la negociación incompatible, intervención del tercero, instigación y delitos de infracción de deber.
- Doctrina especializada: Obras de autores nacionales y extranjeros en derecho penal general y especial, con énfasis en teorías sobre autoría, participación, unidad de imputación, dominio del hecho e infracción del deber.
- Derecho comparado: Normativa, doctrina y estudios dogmáticos del derecho penal respecto a la intervención de particulares en delitos de deber funcional; especialmente, en el delito de negociación incompatible del cargo.

7.4. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Información

Para recopilar y analizar la información necesaria, se utilizan diversas técnicas e instrumentos, entre ellos:

Análisis Documental: Consiste en la revisión exhaustiva y sistemática de documentos relevantes, como normas legales, jurisprudencia, y literatura doctrinal relacionada con la forma de intervención atribuida al *extraneus* en el delito de negociación incompatible.

Instrumento: Ficha de Análisis Documental

Se utiliza para registrar, clasificar y sintetizar la información extraída de las fuentes revisadas; además, permite organizar conceptos clave, opiniones doctrinales, fundamentos jurisprudenciales y citas relevantes, lo que facilita un tratamiento riguroso y sistemático del contenido.

7.5. Unidad de Análisis

La unidad de análisis está constituida por la teoría de la infracción de deber aplicada al delito de negociación incompatible y su vinculación con la posible intervención del particular no cualificado como instigador.

El estudio se centra en la estructura del tipo penal y su conexión con los parámetros que delimitan la autoría y la participación, especialmente la accesoriedad limitada de la participación y la autoría restringida a los sujetos cualificados; en consecuencia, desde esta perspectiva, se analiza si (fenomenológicamente) es posible que un tercero ajeno a la función pública determine al funcionario a realizar el acto de interés indebido, o si —por el contrario— su intervención debe reconducirse a otras figuras típicas, como el cohecho o la colusión.

La unidad de análisis no solo se limita a la construcción teórica del tipo, sino que abarca también la práctica fiscal y jurisprudencial nacional, a fin de examinar cómo dichas instancias interpretan el comportamiento del particular en la negociación incompatible y qué implicancias generan estas interpretaciones en los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad.

7.6. Justificación metodológica:

Los métodos dogmático y hermenéutico posibilitan interpretar las normas y categorías penales conforme a los postulados de legalidad, tipicidad y autoría restringida, asegurando que las conclusiones no se basen en criterios de conveniencia práctica, sino en fundamentos teóricos coherentes con el sistema penal.

Asimismo, el análisis documentos de fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales permite contrastar la teoría con la *praxis*, revelando cómo en la práctica fiscal se ha intentado extender de manera indebida la figura de la instigación al particular en la negociación incompatible, sin un sustento legal ni dogmático sólido.

En ese marco, la metodología elegida no solo busca verificar la imposibilidad fenomenológica de dicha imputación, sino también proponer criterios de subsunción adecuados para encauzar la responsabilidad del tercero en tipos penales compatibles con su intervención (como el cohecho o la colusión), garantizando la coherencia del sistema penal y la seguridad jurídica.

SEGUNDA PARTE:

ESTRUCTURA TEÓRICA DE LA TESIS

CAPITULO I: TRATAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

1.1. Panorama y percepción de la corrupción en el Perú

Las prácticas de corrupción en la función pública constituyen uno de los fenómenos que más desafía la tutela de los bienes jurídicos y la legitimidad del *ius puniendi*; además, es uno de los fenómenos sociales más persistentes y estructurales del Estado peruano. Desde la época colonial, la corrupción ha condicionado el desarrollo político y económico del país, generando desigualdad, debilitamiento institucional pérdida de confianza en la autoridad pública; así como el abuso de poder y el aprovechamiento del cargo público fueron prácticas frecuentes que se consolidaron en la República (Quiroz, 2013), dicha tendencia histórica se reflejó en distintos periodos de gobierno, donde se evidencia una continuidad entre la corrupción y el ejercicio del poder político.

Concretamente, Cotler & Grompone (2000) sostienen que el fenómeno ha deteriorado la moral pública y las instituciones democráticas, generando un divorcio entre la ciudadanía y el Estado; en la misma línea, Arbizu (2014) advierte que la corrupción afecta directamente la estabilidad económica y política, debilitando las políticas públicas y profundizando la desigualdad social.

Carbonell (2013) indica que la corrupción surge como producto de la búsqueda del beneficio personal derivado del ejercicio del poder, fenómeno que Aristóteles (1998) ya consideraba contrario a la virtud y la racionalidad orientada al bien común. Asimismo, Rose-Ackerman (1999) define la corrupción como el “abuso de poder conferido para obtener un beneficio personal” (p.12), donde destaca que implica la participación de al menos dos agentes (el corruptor y el corrompido), lo cual revela su carácter relacional.

De igual manera, la literatura contemporánea coincide en que la corrupción se ha convertido en un fenómeno sistemático en nuestro país; por ejemplo, Coley (2019) señala que la ausencia de una cultura de probidad en la gestión pública ha permitido que los mecanismos de control se tornen ineficaces, lo cual genera un contexto de impunidad que favorece la repetición de conductas ilícitas.

Actualmente, los indicadores de percepción confirman la persistencia del problema; ya que, de acuerdo con el Índice de Percepción de la Corrupción 2022, elaborado por Transparencia Internacional, el Perú obtuvo un puntaje de 33 puntos sobre 100 —“en una escala de 0 (altamente corrupto) a 100 (muy limpio)”—, ubicándose en el puesto 121 de 180 países, lo que refleja un nivel alto de corrupción percibida en el sector público (Transparencia Internacional, 2024). De igual modo, Proética & Ipsos (2023) muestra que el 60 % de los ciudadanos considera al Congreso de la República como la institución más corrupta, seguido del Gobierno Central (42 %) y el Poder Judicial (34 %); así como el 52.3% de los encuestados identificó la corrupción como una de las problemáticas más relevantes de contexto nacional, solo superado por la inseguridad ciudadana (CEPLAN, 2020)

El panorama mencionado anteriormente demuestra que la corrupción no solo es un fenómeno jurídico o administrativo, sino un problema estructural que daña la legitimidad del Estado y el sentido ético del servicio público; debido a lo cual, la práctica judicial y fiscal tiende a expandir el Derecho penal como instrumento de control simbólico, generando interpretaciones extensivas que (en ocasiones) desbordan los límites de la tipicidad.

En consecuencia, la corrupción en el Perú no solo plantea un problema ético o institucional, sino también una tensión estructural para el Derecho penal que busca responder a la demanda social de sanción sin transgredir sus propios límites dogmáticos; lo cual, esta expansión del *ius puniendi* se refleja en la práctica fiscal, donde se tiende a forzar la aplicación de figuras de participación delictiva, como la instigación de la persona no cualificada en el delito de negociación incompatible, con la finalidad de satisfacer exigencias de eficacia en la lucha contra la corrupción.

1.2. Marco Normativo y políticas anticorrupción

En los últimos años, las políticas de persecución de la corrupción en nuestro país evolucionaron de manera significativa, en respuesta a la creciente demanda social de transparencia y control de la población. El marco normativo que regula esta materia está ubicado principalmente en el Título XVIII del Código Penal peruano, denominado “Delitos contra la Administración Pública”, donde se agrupa las conductas que atentan contra la probidad y la legalidad del ejercicio funcional del funcionario o servidor.

El Código Penal de 1991 incorporó tipos penales como la colusión, el cohecho y la negociación incompatible, tipificados como delitos especiales propios, en los cuales la calidad de funcionario público constituye un elemento esencial de autoría; posteriormente, las reformas legislativas se orientaron a fortalecer los mecanismos de prevención y sanción de la corrupción, entre las que destacan:

- Ley N.º 28355 (2004): Norma que modificó diversos artículos de la norma sustantiva vinculados con los delitos de corrupción de funcionarios; además incrementó las penas, precisó los supuestos de autoría y participación, y amplió el ámbito de punibilidad del delito de colusión. Asimismo, su finalidad fue

endurecer la respuesta penal frente a la corrupción sistemática y reducir la discrecionalidad judicial en la imposición de penas; así como introdujo ajustes en la redacción del artículo 399, trasladando la numeración del tipo de negociación incompatible (antes artículo 388) a su ubicación actual, dentro del Capítulo II del Título XVIII.

- Ley N.º 30424 (2016): Por primera vez incorporó en el ordenamiento peruano la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delitos de corrupción, lavado de activos y cohecho activo transnacional, condicionando la responsabilidad de las empresas a la adopción de programas de cumplimiento. La mencionada norma significó un cambio estructural en la política criminal peruana, al reconocer que las organizaciones empresariales pueden ser instrumentos de corrupción pública y privada, alineando al Perú con los estándares de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- Ley N.º 30737 (2018): Promulgada en el contexto de los casos Lava Jato (Odebrecht y otros), la cual buscó garantizar la reparación civil a favor del Estado y la continuidad de las obras públicas comprometidas por empresas investigadas por corrupción; asimismo, su contenido se centra en el “pago civil por reparación a favor del Estado en casos de corrupción y delitos conexos”, estableciendo mecanismo de retención, fideicomiso y sustitución empresarial para evitar la paralización de proyectos de infraestructura; además, también reforzó la colaboración eficaz y la cooperación con el Ministerio Público en redes de corrupción.

Dentro del contexto internacional, nuestro país ha ratificado instrumentos de especial relevancia, como la Convención Interamericana contra la Corrupción (1997) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), comprometiéndose a fortalecer la cooperación internacional, la transparencia pública y los mecanismos de prevención.

De manera complementaria, se han creado instituciones especializadas para prevención y persecución penal, en el 2010 se estableció la Comisión de Alto Nivel de Anticorrupción (CAN), encargada de articular las políticas públicas en la materia; igualmente, por parte del Ministerio Público, se crearon despachos especializados como la Fiscalía Suprema Anticorrupción y las Fiscalías Supraprovinciales Corporativas Anticorrupción, responsables de la persecución penal de estos delitos.

Asimismo, se formaron equipos especiales de fiscales, entre los que destacan el Equipo Especial “Lava Jato” (2017), dedicado a los casos vinculados a la empresa Odebrecht y a la corrupción de grandes obras públicas, el Equipo Especial “Cuellos Blancos del Puerto” (2018), encargado de investigar redes de corrupción judicial y el Equipo Especial de Fiscales contra la Corrupción del Poder – EFICCOP (2021), con competencia nacional y dedicación exclusiva en investigaciones por corrupción cometida en el ejercicio del poder político e institucional (Ministerio Público, 2017, 2018, 2021, 2022, 2023); sin embargo, mediante resoluciones emitidas por la Fiscalía de la Nación, el 06 de enero de 2026, dichos equipos especiales fueron formalmente desactivados, con el propósito de una reorganización funcional del Ministerio Público.

De igual forma, en concordancia con los compromisos internacionales asumidos, nuestro país está obligado a garantizar la efectividad de las medidas anticorrupción

conforme al artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), que dispone la creación de políticas públicas de integridad basadas en los principios del Estado de derecho. En este marco internacional ha impulsado la adopción de estándares de buen gobierno, transparencia y responsabilidad penal de las personas jurídicas, promovidos también por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Actualmente, el principal instrumento de política pública es la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, aprobada mediante Decreto Supremo N.º 092-2017-PCM, que establece como objetivo general construir una cultura de integridad en la función pública y privada, fortaleciendo la transparencia, la rendición de cuenta y la ética institucional (Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, 2017); además, su implementación está a cargo de la Secretaría de Integridad Pública, que en sus informes de seguimiento advierte los desafíos pendientes en materia de prevención, control y sanción de la corrupción

Sin embargo, la multiplicación de normas y políticas anticorrupción no ha logrado traducirse en una reducción efectiva de los índices de corrupción ni en una mayor confianza ciudadana en las instituciones públicas, ya que la experiencia peruana revela que el problema no radica tanto en la ausencia de leyes, sino en su aplicación deficiente, fragmentada y muchas veces reactiva. Cabe mencionar que, en nuestro país, mayormente, las reformas penales responden a la presión social o mediática, sin una evaluación real de su eficacia ni una coherencia sistemática con los principios del Derecho penal.

En ese contexto, la persecución penal se ha convertido en la principal herramienta política del Estado frente a la deslegitimación institucional, generando lo que la doctrina denomina un “Derecho penal simbólico” (Silva, 2001) caracterizado por respuestas legislativas de alto impacto mediático, pero de bajo contenido preventivo. Adicionalmente, este fenómeno, vinculado también al populismo punitivo, ha favorecido una expansión del *ius puniendi* que desplaza el análisis dogmático hacia una lógica de resultados inmediatos, debilitando los límites del principio de legalidad.

En consecuencia, se produce un desequilibrio entre la política criminal y la dogmática penal, donde se evidencia en interpretaciones extensivas y, en ocasiones, contradictorias de la figura de negociación incompatible, que es utilizada en la *praxis* judicial y fiscal como un tipo penal subsidiario frente a la dificultad probatoria de otros tipos penales más estrictos, como la colusión; como resultado, esta práctica no solo desvirtúa la finalidad protectora del tipo penal, sino que compromete los principios de tipicidad, proporcionalidad y seguridad jurídica, pilares esenciales del Estado de derecho. En suma, el exceso de normatividad y la instrumentalización del Derecho penal como respuesta inmediata a la corrupción reflejan una tendencia a convertir la política anticorrupción en una política penal de emergencia, lo que a largo plazo erosiona la coherencia del sistema jurídico y debilita su legitimidad frente a la ciudadanía.

En definitiva, el marco normativo e institucional anticorrupción en el Perú muestra un avance formal significativo, pero su aplicación práctica evidencia tensiones entre eficacia punitiva, respecto a los principios penales y coherencia sistemática; por tanto, estas tensiones serán examinadas en los capítulos siguientes, donde la ampliación

interpretativa del poder punitivo estatal pone a prueba los límites dogmáticos de la autoría y participación.

1.3. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano

Para una adecuada comprensión de los delitos contra la Administración Pública, es pertinente iniciar con el denominado Derecho Penal de la Administración Pública, el cual Polaino-Orts (2012) define como un derecho mixto, pues comparte particularidades del Derecho penal y del Derecho administrativo; lo cual se distingue por razón de la materia (*ratione materiae*) y por razón de la persona (*ratione personae*).

En ese marco, por razón de la materia, nos referimos al contenido vinculado con la organización del Estado y con la función estatal de protección de intereses generales; mientras que, por razón de la persona, se encuentra relacionado a los agentes investidos de deberes y obligaciones especiales dentro de la Administración Pública (Polaino-Orts, 2012). Ahora bien, esta doble dimensión explica por qué el tratamiento penal de la corrupción no puede ser entendido como una mera extensión del Derecho penal común, puesto que la imputación se articula sobre la base de roles institucionales y deberes funcionales.

Asimismo, la tutela penal en los delitos contra la Administración Pública ha sido objeto de debate doctrinal; al respecto, existen diversas posturas que buscan precisar el objeto de protección: i) quienes sostienen que la protección recae en valores como la probidad, integridad y rectitud de la Administración Pública; ii) quienes afirman que se tutelan expectativas normativas sobre la conducta de los funcionarios; y iii) quienes consideran que el objeto de protección es el adecuado funcionamiento de la

Administración Pública, posición que se presenta como mayoría, tanto en ámbito doctrinal como en la *praxis* judicial (Montoya, 2015).

En el mismo sentido, Delgado (2009) señala que los delitos contra la Administración Pública están diseñados para tutelar el desempeño adecuado y eficiente de las funciones públicas, abarcando aspectos administrativos, judiciales y parlamentarios; de igual modo, Rodríguez (2016) sostiene que se protege principalmente el adecuado funcionamiento de la Administración Pública y resulta indispensable identificar el interés que se ve afectado en cada tipo penal concreto. Asimismo, Rojas (2007) indica que la tutela penal se conduce conforme a la competencia específica que desempeñan los agentes involucrados, resultando irrelevante la estructura orgánica de la entidad estatal afectada; adicionalmente, se ha sostenido que el fundamento de sancionar estas conductas radica en asegurar la asunción de deberes que posee el funcionario con la sociedad y el desarrollo colectivo (Vílchez, 2022). No obstante, sin perjuicio de ello, Montoya (2015) reconoce que la existencia de estos delitos también se relaciona con la protección del patrimonio y recursos del Estado.

En ese marco, el objeto de protección legal se proyecta sobre el correcto desempeño de los agentes encargados de gestionar operaciones estatales y, por su naturaleza, constituye un bien supraindividual; por ejemplo, Polaino-Orts (2012) sostiene que los bienes supraindividuales no se hallan a disposición de su titular, en tales circunstancias lo que se salvaguarda es un interés colectivo que resulta perjudicado ante ciertas acciones delictivas. En el mismo sentido, Carpio (2019) explica que la titularidad recae colectivamente sobre la sociedad y no puede ser asignada o controlada por individuos particulares.

Por otro lado, Montoya (2015) distingue dos teorías respecto a la titularidad del bien jurídico: una postura que afirma que el Estado es el titular y la entidad estatal afectada es el sujeto pasivo específico; otra sostiene que los ciudadanos son los titulares, pues las conductas corruptas socavan intereses colectivos y de los administrados. Siguiendo esta misma diferenciación, Rojas (2007) precisa que el sujeto pasivo genérico del bien jurídico “Administración Pública” es el Estado, mientras que el sujeto pasivo específico corresponde a la entidad directamente afectada.

De igual manera, debe señalarse que estos delitos impactan directamente en el desenvolvimiento adecuado de la Administración Pública y, de manera indirecta, representan una amenaza para la provisión de servicios públicos; así como garantía de derechos; por ello, Salinas (2014) destaca la necesidad de distinguir el propósito político-criminal de estas figuras que están orientadas a evitar que la afectación del funcionamiento estatal derive en riesgos estructurales para el Estado.

Los delitos vinculados a la Administración Pública se encuentran regulados en el Título XVIII del Código Penal, aprobado mediante el Decreto Legislativo N.º 635, el cual abarca los artículos 361 al 426, bajo la denominación de “Delitos contra la Administración Pública”, donde el legislador ha agrupado un conjunto heterogéneo de figuras delictivas a proteger el correcto funcionamiento del aparato estatal, la legalidad del ejercicio de la función pública y la confianza de los ciudadanos en las instituciones.

Desde una manera sistemática, el Título XVIII se estructura en cuatro capítulos:

- **Capítulo I:** Delitos cometidos por particulares (arts. 361-375), que comprende conductas realizadas por sujetos ajenos a la función pública, pero que inciden de manera negativa en la actuación de la Administración Pública.

- **Capítulo II:** Delitos cometidos por funcionarios públicos (arts. 376-401), que concentra los delitos denominados funcionariales o delitos de corrupción de funcionarios, caracterizados por la infracción de deberes inherente al cargo.
- **Capítulo III:** Delitos contra la administración de justicia (arts. 402-424), que si bien tutelan intereses vinculados al funcionamiento del Estado, presentan una lógica y finalidad propias.
- **Capítulo IV: Disposiciones comunes (arts. 425-426),** que contienen reglas generables aplicables a los delitos contenidos en el Título XVIII del código sustantivo, entre ellas la delimitación legal de quiénes pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos.

Por tanto, los delitos de corrupción de funcionarios no constituyen la totalidad del Título XVIII, pero sí un subconjunto central, ubicado principalmente en el Capítulo II, y estrechamente vinculado al objeto de tutela de la Administración Pública; estos delitos, también denominados delitos funcionariales, se caracterizan porque el sujeto activo ostenta una posición especial derivada del ejercicio de un cargo público y su conducta implica la vulneración de deberes funcionales que le son inherentes a su cargo (Salinas, 2021).

En ese marco, el artículo 425 del Código Penal, ubicado en el Capítulo IV, cumple una función transversal al delimitar quiénes pueden ser considerados funcionarios o servidores a efectos penales, pues comprende no solo a quienes integran el régimen de la función pública, sino también a los titulares con funciones de naturaleza política o de confianza, a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a quienes mantienen vínculos laborales o contractuales con entidades estatales; así como a

quienes administran o custodian bienes o fondos por disposición de autoridad competente.

El Capítulo II del Título XVIII (arts. 376-401) agrupa diversas figuras delictivas relevantes, entre las que se encuentran: abuso de autoridad, concusión, colusión, peculado, y los delitos de corrupción de funcionarios, en los cuales se ubica el delito de negociación incompatible, eje central de la presente investigación.

En consecuencia, se evidencia que los delitos comprendidos en el Título XVIII no presentan una estructura uniforme, puesto que existen tipos penales cuya configuración exige necesariamente la intervención de sujetos ajenos a la función pública, dando lugar a esquemas bilaterales o de participación necesaria, como ocurren en determinados delitos de corrupción; sin embargo, otros tipos penales se configuran como delitos de infracción del deber funcional de carácter unilateral, en los cuales el desvalor del injusto se encuentra íntegramente concentrando en la conducta del funcionario o servidor público, sin que la intervención de un tercero resulte estructuralmente imprescindible para la consumación del tipo, como el delito de negociación incompatible.

Precisamente, esta diversidad estructural explica que, aunque los delitos de corrupción de funcionarios se encuentren normativamente insertos dentro de un título más amplio, su análisis dogmático no puede abordarse de manera uniforme, sino que exige un tratamiento diferenciado según la estructura típica de cada figura; pues esta exigencia resulta particularmente relevante en aquellos delitos configurados como delitos especiales propios de infracción unilateral del deber funcional, en los que la delimitación de la autoría y de las formas de participación penal no solo plantea problemas dogmáticos, sino también límites derivados de la propia configuración fenomenológica

del hecho, especialmente cuando se examina la eventual intervención de terceros ajenos a la función pública.

Realizada esta precisión, corresponde mencionar, de manera introductoria, las dos teorías que han sido mayoritariamente empleadas para fundamentar los títulos de imputación penal en los delitos funcionariales: la teoría del dominio del hecho y la teoría de la infracción de deber, sin perjuicio de que su desarrollo sistemático y crítico será abordado en los posteriores capítulos.

Con relación a la primera teoría, el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal (2004) destacó la importancia de diferenciar entre autores y partícipes atendiendo el grado de proximidad al bien jurídico protegido y a la relevancia de la contribución en la realización del hecho punible; en esa línea, Montoya (2015) sostiene que, bajo este enfoque, la autoría en los delitos especiales puede fundarse en una posición de dominio, asociada a una ubicación funcional que permite incidir de manera decisiva sobre el bien jurídico desde la estructural estatal.

En cambio, la teoría de la infracción de deber parte de la premisa de que las personas desempeñan roles específicos en la sociedad, los cuales delimitan sus ámbitos de competencia y responsabilidad; en ese marco, Suárez (2000) afirma que la autoría en los delitos especiales se fundamenta en la infracción de deberes preexistentes a la normal penal, en tanto el legislador identificar al sujeto cualificado como la figura central del comportamiento típico. En la misma línea, Salinas (2021) señala que el reproche penal se vincula a la lesión de un bien jurídico específico mediante la transgresión de deberes que el Estado tiene la obligación de salvaguardar, de modo que quien carece de tales obligaciones especiales, como ocurren con el *extraneus*, no puede ser autor de

un delito especial propio, sin perjuicio de que pueda responder como partícipe en los supuestos previstos por el sistema penal.

Lo desarrollado permite establecer el marco conceptual mínimo necesario para comprender la condición del sujeto activo y la estructura especial propia de numerosos tipos penales del Título XVIII resultan determinantes al momento de evaluar la autoría y las formas de participación penal; precisamente, esta cuestión se conecta con el apartado siguiente, referido a la relevancia de la participación del *extraneus* en los delitos de corrupción, que constituye un tema importante del problema de la presente investigación.

1.4. Relevancia de la participación del *extraneus* en delitos de corrupción

El comportamiento del tercero en los delitos de corrupción de funcionarios ha adquirido una creciente relevancia tanto en la doctrina penal como en la *praxis* judicial contemporánea, en la medida en que las conductas corruptas rara vez se manifiestan como actos aislados del funcionario público, sino que suelen desarrollarse en contextos de interacción con sujetos externos a la Administración Pública; en esa línea, Montoya (2015) advierte que los fenómenos de corrupción presentan con frecuencia una dimensión relacional, en la que intervienen intereses privados que influyen directa o indirectamente en el ejercicio de la función pública.

Desde esta perspectiva, la intervención de particulares (intermediarios o terceros interesados) ha llevado a que el Derecho penal enfrente el desafío de delimitar adecuadamente los alcances de la autoría y la participación en delitos que (por su estructura normativa) han sido concebido primordialmente en función del rol del

funcionario público; en concreto, Salinas (2021) señala que este escenario ha incentivado, en la práctica, una tendencia a ampliar los títulos de imputación hacia sujetos que no ostentan deberes funcionales, con el propósito de evitar espacios de impunidad frente a hechos socialmente reprochables.

Sin embargo, esta ampliación del reproche penal no está exenta de dificultades dogmáticas pues el sistema penal exige que la imputación de responsabilidad se realice conforme a las estructuras típicas específicas de cada delito, respetando los límites derivados de la especialidad del sujeto activo y del bien jurídico tutelado. Además, Rojas (2007) sostiene que en los delitos contra la Administración Pública no resulta posible aplicar de manera indiscriminada las categorías generales de participación, pues la especialidad del deber funcional condiciona de manera decisiva la configuración del injusto penal.

Por lo tanto, en determinados delitos de corrupción, como el cohecho o la colusión, la intervención del *extraneus* se encuentra estructuralmente prevista por el propio tipo penal, ya sea mediante la tipificación autónoma de la conducta del particular o a través de esquemas de participación necesaria; en estos casos, la imputación al tercero resulta dogmáticamente coherente, pues la realización del injusto presupone una interacción funcional entre el funcionario y el particular. En la misma línea, Salinas (2014) reconoce al señalar que existen delitos funcionariales cuya configuración típica incorpora de manera expresa la actuación de sujetos no cualificados funcionalmente.

En cambio, es distinta la situación que se presenta en los delitos especiales propios de infracción unilateral del deber funcional, en los cuales el núcleo del injusto se concentra en el comportamiento del funcionario y en la transgresión de deberes

institucionales que le son exclusivos; en estos supuestos, la participación del *extraneus* plantea problemas específicos, pues la autoría en los delitos especiales propios se encuentra anclada en la titularidad del deber, lo que limita de manera estructural la posibilidad de imputar determinadas formas de intervención a sujetos no cualificados (Suárez, 2000).

Desde esta perspectiva, la relevancia de la participación del *extraneus* no se agota en un plano meramente normativo, sino que se proyecta también sobre el plano fenomenológico del hecho en situaciones concretas; ya que la estructura real de la conducta típica puede revelar que ciertos delitos que se consuman íntegramente en el ámbito de actuación del funcionario, sin requerir —ni admitir— una intervención causal o psíquica determinante por parte de terceros. En ese sentido, Polaino-Orts (2012) advierte que el análisis de la imputación no puede desligarse del rol institucional del sujeto y los límites materiales de su ámbito de competencia con relación a los delitos de infracción de deber.

En la *praxis* penal peruana, esta cuestión adquiere particular importancia debido a la práctica de reconducir hechos complejos de corrupción hacia tipos penales que presentan menores exigencias probatorias, especialmente cuando resulta difícil acreditar los elementos típicos de delitos bilaterales como la colusión o el cohecho; en particular, Montoya (2015) advierte que esta tendencia ha favorecido el uso expansivo de figuras como la negociación incompatible, acompañada de construcciones amplias de la instigación, con el propósito de incorporar penalmente al *extraneus*.

Sin embargo, esta práctica plantea un riesgo evidente pues se puede atribuir títulos de imputación incompatibles con la estructura típica y fenomenológica del delito

deteriorando la coherencia del sistema penal; por ello, la relevancia de la intervención del *extraneus* en los delitos de corrupción no se agota en su frecuencia empírica, sino que reside en los límites dogmáticos y fenomenológicos que condicionan su imputación penal.

1.5. Puente hacia el problema: riesgo de forzar la instigación en negociación incompatible

La estructura del Título XVIII del código sustantivo, así como la diversidad estructural de los delitos funcionariales, permite advertir que no toda intervención de terceros ajenos a la función pública puede ser incorporada en un juicio penal mediante los mismos títulos de imputación. Como se ha venido desarrollando, existen delitos de configuración bilateral o de participación necesario, en los que la presencia del *extraneus* forma parte del esquema típico; sin embargo, también delitos especiales propios de infracción unilateral del deber, en los cuales el núcleo del injusto se concentra en la actuación del funcionario público y en la transgresión de deberes institucionales inherentes (Suárez, 2000; Polaino-Orts, 2012; Salinas, 2021).

Desde una perspectiva dogmática general, Roxin (2016) sostiene que en los delitos de infracción de deber la autoría no se define por el dominio del hecho, sino por la titularidad de un deber institucional específico, lo que excluye, en principio, que sujetos ajenos a dicho deber puedan ocupar el mismo plano de imputación que el *intraneus*; en similar sentido, Jakobs (1997) menciona que los deberes institucionales delimitan ámbitos de competencia penalmente relevantes, de modo que la imputación debe respetar el rol que el ordenamiento asigna a cada sujeto. Por ende, estas

consideraciones resultan especialmente relevantes cuando se pretende trasladar mecánicamente categorías generales de participación (como la instigación) a delitos cuya estructura típica no las presupone.

Entonces, la distinción no es meramente normativa, sino que responde a diferencias estructurales y fenomenológicas en la forma de realización del injusto, pues en los tipos penales de intervención necesaria, la actuación del *extraneus* constituye un elemento funcional del tipo penal; pero en los delitos especial propios de infracción unilateral del deber funcional, el núcleo del injusto se concentra en el comportamiento del funcionario público, siendo la titularidad del deber infringido el criterio central de imputación (Suárez, 2000; Roxin, 2016; Salinas, 2021)

En ese marco, el problema surge cuando, frente a hechos de corrupción complejos o ante dificultades probatorias para acreditar los elementos típicos de delitos bilaterales, se recurre a interpretaciones expansivas que buscan trasladar categorías propias de los ilícitos de intervención necesaria a tipos penales que no han sido configurados bajo esa lógica; lo cual Silva (2001) denomina la “expansión del Derecho penal”, caracterizada por una flexibilización de las categorías tradicionales de imputación en respuesta a crecientes demandas de eficacia punitiva frente a fenómenos socialmente sensible, como la corrupción pública.

Además, este riesgo se intensifica con relación a la negociación incompatible cuya estructura es caracterizada doctrinalmente como un delito especial propio, centrado en la infracción unilateral del deber funcional, ya que el injusto no se construye sobre la base de un pacto o acuerdo con terceros, sino sobre la concurrencia de un interesamiento indebido del funcionario en operaciones vinculadas a su cargo, lo que condiciona los

márgenes de imputación a sujetos no cualificados (Suárez, 2000; Salinas, 2021). En la misma línea, Mir Puig (2015) señala que la participación solo resulta admisible cuando existe una contribución que encaje en la estructura típica del delito, y no cuando se fuerza dicha estructura para abarcar conductas ajenas a su lógica interna.

Desde el plano fenomenológico, la cuestión adquiere mayor complejidad, pues Polaino-Orts (2012) indica que en los delitos de infracción de deber la conducta típica se consume dentro del ámbito funcional del sujeto cualificado, de modo que la eventual influencia externa de un tercero no siempre alcanza relevancia penal en términos de determinación del hecho; en el mismo sentido, Bacigalupo (1999) advierte que la instigación presupone una relación causal-psíquica eficaz sobre la decisión del autor; sin embargo, dicha relación no puede afirmarse sin más cuando la decisión típica se encuentra normativamente anclada en deberes institucionales exclusivos del funcionario público.

En consecuencia, el núcleo del problema puede formularse de la siguiente manera: ¿es fenomenológicamente sostenible, y dogmática justificable, sostener que un *extraneus* pueda instigar a un funcionario público a infringir un deber cuya titularidad es institucionalmente exclusiva en un delito cuya consumación se agota en la esfera funcional del *intraneus*? La cuestión resulta relevante porque, como señala Rojas (2007), en los delitos especiales propios la condición de autor y su relación con el bien jurídico delimitan estructuralmente los márgenes de autoría y participación; por tanto, cualquier extensión de los títulos de imputación debe ser evaluado con especial cautela.

De esta manera, el riesgo de recurrir a la instigación en el delito de negociación incompatible plantea un desafío para la coherencia del sistema penal, dado que la

utilización expansiva de esta forma de participación podría confundir la distinción entre delitos de participación necesaria y delitos de infracción unilateral del deber, trasladando criterios propios de los primeros a tipos penales que responde a una lógica estructural distinta (Polaino-Orts, 2012; Salinas, 2021; Roxin, 2016); por tanto, la presente investigación se orienta a examinar críticamente (desde una perspectiva dogmática y, fundamentalmente, fenomenológica) los límites de la instigación en el delito de negociación incompatible; así como los criterios que permitan reconducir la intervención del tercero hacia figuras típicas estructuralmente compatibles, como el cohecho o la colusión, cuando los hechos así lo exijan.

CAPITULO II: NATURALEZA DEL DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

2.1. Delitos especiales propios y la teoría de la infracción del deber

De manera clásica, la doctrina penal diferencia las figuras delictivas comunes de aquellas de carácter especial, en función de la calidad del sujeto activo exigido por el tipo penal; los delitos de tipo común pueden ser realizados por cualquier sujeto, mientras que los delitos especiales solo pueden ser ejecutados por quienes reúnan la característica especial prevista normativamente, la cual condiciona la posibilidad misma de imputación como autor (Márques & González, 2008). Además, cabe precisar que esta distinción no es meramente descriptiva, sino que cumple una función dogmática esencial en la delimitación de la autoría.

Dentro los delitos especiales, la doctrina desarrolla una clasificación entre figuras especiales propias e impropias; y esta clasificación resulta elemental para el objeto de la presente investigación, pues constituye el inicio dogmático para definir los alcances de la responsabilidad penal del *intraneus* y del *extraneus*. En esa línea, en los delitos especiales propios, la cualidad exigida por el tipo penal es imprescindible para la configuración del injusto, de modo que su ausencia impide cualquier forma de autoría; en cambio, en los delitos impropios, la conducta realizada por un sujeto no cualificado puede encontrar subsunción en un tipo penal común equivalente (Suárez, 2000; Salinas, 2021).

Según Avelar (2012), en los delitos especiales propios, el sujeto activo adquiere una relevancia central, pues la comisión del delito solo es posible cuando el agente

ostenta una condición especial jurídicamente relevante; lo cual implica que la posición del autor frente al bien jurídico protegido no es contingente, sino estructural, ya que se encuentra vinculada a un rol institucional o funcional reconocido por el ordenamiento jurídico; por ende, la cualidad del sujeto no opera como un simple elemento objetivo del tipo, sino como un fundamento mismo del reproche penal.

Por otro lado, los delitos especiales impropios son aquellos que tienen como base un delito común, pero que se convierten en una figura más grave cuando quien realiza la conducta posee una cualidad especial, como ser funcionario público o ejercer un cargo determinado; en estos casos, la condición especial del autor agrava el injusto penal. Es en este contexto donde la doctrina ubica, de manera general, la eventual responsabilidad penal del *extraneus*, aunque no como autor del delito especial (Márques & González, 2008).

A nivel general, para comprender adecuadamente la aplicación contemporánea de los delitos especiales propios, resulta necesario introducir la controversia de la autoría y la participación; puesto que la doctrina ha superado concepciones unitarias de autoría que determinaban idéntico nivel de responsabilidad a todos los intervinientes, dando paso a una concepción diferenciada que permite graduar la imputación penal en función del rol desempeñado por cada sujeto en la realización del hecho (Roxin, 2014).

Sin embargo, en el ámbito de los delitos especiales propios, la delimitación de la autoría no se explica satisfactoriamente a partir de criterios puramente fácticos, como el control del curso causal del hecho; por el contrario, la doctrina mayoritaria ha sostenido que estos delitos encuentran su fundamento dogmático en la teoría de la infracción de deber, conforme a autor será quien infrinja un deber especial impuesto por marco

normativo en atención a su papel institucional, mientras que quien no se encuentra sujeto a dicho deber solo puede responder como partícipe.

En esa línea, (Roxin, 1997a) señala: el núcleo de la realización típica de los delitos de infracción de deber reside exclusivamente en la persona obligada, por lo que las personas que carecen del deber institucional no pueden ser considerados autores, independientemente de la relevancia empírica de su contribución al hecho; por ende, la base de la sanción penal no radica en el dominio del hecho, sino en el incumplimiento de una obligación jurídicamente preexistente al tipo penal.

De igual manera, Caro (2021) sostiene que existen tipos penales donde el control del hecho resulta irrelevante para la atribución de la autoría, pues el injusto se estructura en torno a la posición del sujeto dentro del sistema de deberes institucionales; así como los delitos funcionales, en los que solo el *intraneus* puede ser considerado autor porque infringe un deber especial de comportamiento en el ejercicio de la función pública. Asimismo, dichos deberes no se identifican con el deber general de obedecer la ley, sino con obligaciones extrapenales específicas que preceden a la configuración del tipo penal.

Aunado a ello, Salinas (2021) afirma que la autoría se encuentra estructuralmente condicionada por la titularidad del deber funcional respecto a los delitos contra la Administración Pública, lo que excluye la posibilidad de autoría del *extraneus*. García (2019) agrega que la atribución de responsabilidad penal en los delitos de infracción de deber se centra exclusivamente en la violación de un deber institucionalmente establecido, de manera que solo su titular puede ser considerado autor, aunque la intervención de terceros pueda adquirir relevancia penal bajo título distintos previstos por la ley.

En consecuencia, la teoría de la infracción de deber permite explicar por qué la autoría se encuentra cerrada estructuralmente al sujeto cualificado y no puede extenderse al *extraneus* sin desnaturalizar el injusto típico; pues esto resulta determinante para el estudio de la negociación incompatible, ya que su estructura típica se construye sobre deberes funcionales exclusivos del funcionario público. Por tanto, en los apartados siguientes, sobre esta base dogmática se examinará la estructura típica del delito y el alcance de las formas de intervención penal compatibles con la negociación incompatible.

2.2. Estructura típica y bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo 399 de la norma sustantiva, constituye una de las figuras centrales dentro del sistema de protección penal de la Administración Pública, pues su análisis dogmático exige una aproximación cuidadosa tanto a su bien jurídico protegido como a la estructura típica que lo configura, ya que de ello depende la correcta delimitación de su ámbito de aplicación y de las formas de intervención penal conforme a su diseño normativo.

2.2.1 Bien jurídico protegido

La doctrinal penal nacional es mayoritaria al sostener que se tutela el adecuado funcionamiento de la Administración Pública, entendido como el ejercicio imparcial, objetivo, transparente y leal a la función pública; esta afirmación se desprende de su ubicación sistemática dentro del Título XVIII del Código Penal (Delitos contra la

Administración Pública) y, de manera específica, dentro del Capítulo II, referido a los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Montoya (2015) señala que el bien jurídico no se identifica directamente con el patrimonio estatal ni con derechos subjetivos de derechos, sino con la lealtad funcional del servidor público frente al interés público que está llamado a tutelar; de manera similar, Rojas (2007) sostiene que el núcleo de protección se encuentra en la confianza institucional depositada en el funcionario, dicha confianza se ve quebrantada cuando el funcionario orienta su actuación hacia intereses indebidos.

Desde esta perspectiva, la negociación incompatible se diferencia del peculado o la colusión, ya que en estos últimos el perjuicio patrimonial o el acuerdo defraudatorio adquieren relevancia típica, mientras que en la negociación incompatible la afectación del bien jurídico se produce con independencia de la existencia de un daño económico concreto, bastando la desviación del ejercicio funcional hacia intereses ajenos al interés público (Salinas, 2021).

De esta manera, el bien jurídico protegido posee un carácter supraindividual e institucional, pues la lesión no se agota en una relación intersubjetiva, sino que compromete el adecuado desenvolvimiento de la Administración Pública como estructura esencial del Estado; en esa línea, Chanjan et al. (2020) precisan que la finalidad del tipo penal es impedir que el funcionario utilice su posición para interferir de manera desleal en operaciones económicas en las que interviene el Estado, afectando la imparcialidad y objetividad que deben regir en la gestión pública.

2.2.2. Naturaleza del delito

El delito de negociación incompatible se configura dogmáticamente como un delito especial propio y, a su vez, como un delito de infracción de deber, pues su injusto se estructura sobre el incumplimiento de obligaciones funcionales inherentes a la función pública; en este delito, la tipicidad no se explica por la mera producción de un resultado lesivo, sino por la ruptura del deber institucional que pesa sobre quien ejercer el cargo.

Asimismo, se trata de un delito especial propio porque únicamente es cometido por quien tenga la condición de funcionario o servidor público, conforme al artículo 425 de nuestra norma sustantiva; sin embargo, la sola calidad formal no es suficiente para la atribución de autoría. En consecuencia, lo determinante es que el sujeto intervenga en el contrato u operación en virtud de su posición funcional, es decir, que exista una vinculación directa entre sus competencias institucionales y la actividad negocial del Estado; en la misma línea, Pérez (2023) sostiene que lo decisivo, apártate de la posición funcional, es la participación jurídicamente relevante en los actos regulados por la ley en virtud del cargo desempeñado.

La negociación incompatible se presenta como una figura que sanciona el abuso funcional, entendiéndose como la instrumentalización del cargo público para anteponer intereses particulares a los intereses del Estado. En el mencionado delito, la estructura del tipo no exige necesariamente la concertación con un particular ni la producción de una afectación patrimonial efectivo para su consumación; por ende, se trata de un delito que reprime toda manifestación de parcialidad del *intraneus* cuando pretende superponer intereses propios o de terceros a los intereses comunitarios que institucionalmente debe proteger (Pérez, 2023).

Asimismo, se trata de un delito de mera actividad, ya que su consumación no depende de la obtención efectiva de un beneficio ni de la producción de un resultado lesivo adicional; pues el injusto se consume desde el momento en que el funcionario se interesa indebidamente en un contrato u operación en la que participa como consecuencia de las atribuciones inherentes al cargo, desviando su actuación de interés público hacia fines particulares (Salinas, 2021).

2.2.3. Tipicidad objetiva

a) Intervención funcional por “razón de su cargo”

El primer elemento objetivo del tipo penal es la intervención del funcionario por razón de su cargo, lo cual implica que el sujeto activo debe encontrarse funcionalmente habilitado para intervenir en contratos, operaciones o decisiones económicas en representación del Estado; por ende, no basta una mera cercanía fáctica o informal, sino que debe existir un vínculo funcional directo entre la competencia del cargo y la operación en la que se produce el interés indebido.

Dicho de otro modo, el agente público deberá estar dotado de una capacidad de decisión para llevar a cabo dichas actividades delictivas, en el que pueda ejercer un manejo de la negociación u operación que realice el Estado en estas relaciones económicas; por esta razón, se excluye a los funcionarios que desempeñan actividades de cumplimiento y que solo cumplen encargos o delegaciones, en el que el puesto que practiquen, no se posicione en un rango para delegar actividades, sino para cumplir lo dispuesto por altos mandos.

Al respecto, Salinas (2021) señala que la razón del cargo debe entenderse como el puesto o función que cumple el agente dentro de la institución estatal en la que se

desenvuelve para practicar con actos contrarios a los deberes que exige su función y en contra de los intereses del Estado; esto con la finalidad de incidir en la adopción de decisiones o influir, así como obtener un rédito económico por parte de una administración que vulnera el interés público.

Aunado a ello, a través Recurso de Nulidad N.º 1770-2011, la Corte Suprema precisa que la intervención funcional puede derivar de la ley, del reglamento o mandato legítimo siempre que permita al funcionario incidir de manera relevante en la toma de decisiones (fundamento jurídico 3.1); por tanto, quedan excluidos aquellos servidores que solo cumplen funciones materiales, ejecutivas o de mera tramitación, sin capacidad decisorio o de influencia real.

b) El verbo rector “interesarse”

El núcleo del comportamiento típico se expresa en el verbo rector “interesarse”, que implica una inclinación subjetiva del funcionario hacia la obtención de un beneficio indebido. Interesarse supone que el agente direcciona su voluntad y su actuación funcional con el propósito de favorecer intereses propios o ajenos al interés público.

A nivel doctrinal, Calderón (2016) explica que el interés se configura cuando el funcionario percibe en la operación estatal una oportunidad de beneficio, orientando su conducta para influir en el proceso decisorio; este interés no requiere exteriorizarse mediante actos concluyentes de disposición patrimonial, siendo suficiente la utilización indebida de la posición funcional.

En ese sentido, el interés generado se configura en la pretensión del funcionario en actuar indebidamente en querer negociar o participar en la operación de carácter

económica para incidir en el proceso decisorio o participar directamente como agente determinarte.

c) El provecho propio o de tercero

La configuración típica exige que el interés indebido se oriente en provecho propio o de tercero, el cual puede ser económico o de otra naturaleza, y no requiere materializarse efectivamente; a nivel doctrinal, Castillo (2015) señala que el beneficio o provecho suele vincularse a intereses personales, familiares, amicales o económicos del funcionario, aunque también puede proyectarse hacia terceros con los que mantiene una relación relevante.

De igual manera, Calderón (2016) menciona que la palabra “interesar” hace referencia a que le incumbe, compromete o importa lo que se va a transaccionar o contrato que se va a celebrar, porque ve en esa acción, la posibilidad de obtener algún beneficio personal o puede beneficiar a un ajeno (tercero), en el que producto del direccionamiento de esa operación, también obtendrá (de forma propia o indirecta) un beneficio de carácter económico.

En consecuencia, la norma sanciona la orientación subjetiva del actuar funcional, no el resultado final del proceso contractual; esto refuerza el carácter preventivo del tipo y su configuración como delito de mera actividad.

d) Modalidades del interés indebido

Dicho delito contempla tres modalidades de realización: interés directo, interés indirecto e interés mediante acto simulado; las cuáles buscan abarcar las diversas formas en la que el funcionario puede encubrir o canalizar su interés indebido, evitando que

estructuras formarles o aparentes excluyan la relevancia penal de la conducta (Montoya, 2015).

En la misma, la jurisprudencia nacional ha precisado que las modalidades pueden manifestarse de manera directa, indirecta o mediante acto simulado; tenemos al Recurso de Nulidad N.º 2770-2011-Piura, donde la Corte Suprema señala que el primer supuesto refiere a que el sujeto activo manifiesta personalmente sus intereses privados durante el desarrollo de la operación estatal; el segundo supuesto supone ejecutarlo a través de terceros en el contrato u operación; mientras que la modalidad por acto simulado consiste en aparentar que se actúa en interés de la Administración Pública cuando, en realidad, se persiguen intereses particulares o personales.

2.2.4. Tipicidad subjetiva

Es un delito eminentemente doloso, pues la estructura típica no admite su comisión culposa, en la medida en que el núcleo del injusto radica en el interesamiento indebido del funcionario en la operación o contrato en el que interviene por razón de su cargo, lo cual presupone necesariamente conocimiento y voluntad.

Desde la perspectiva subjetiva, el agente debe conocer: i) que interviene en un contrato u operación en virtud de su cargo, ii) que su actuación se encuentra vinculada a un interés personal o de tercero y iii) que dicho interés resulta indebido y contrario a los deberes de imparcialidad y probidad que rigen en la función pública. Entonces, el funcionario debe actuar con la voluntad de favorecer ese interés particular, desplazando el interés institucional que está obligado a salvaguardar; por tanto, no basta una mera irregularidad administrativa ni un error en la gestión contractual, lo determinante es la orientación consciente del funcionario hacia un beneficio indebido.

A nivel jurisprudencial, se precisa que este delito exige dolo directo, pues el sujeto activo debe actuar con la finalidad de obtener un provecho propio o para un tercero (Corte Suprema de Justicia de la República, 2012); en consecuencia, el interés indebido supone una actuación consciente orientada a favorecer intereses particulares en el marco de una relación contractual estatal, descartándose su configuración por mera negligencia o imprudencia.

Aunado a ello, la doctrina nacional sostiene que el elemento subjetivo del tipo no se agota en el conocimiento de la intervención funcional, sino que exige una dirección intencional hacia el beneficio indebido. Como menciona Salinas (2021), el interés privado constituye el eje subjetivo del injusto, pues revela la ruptura del deber de lealtad institucional que pesa sobre el funcionario; por su parte, Díaz (2016) sostiene que la modalidad de “acto simulado” refuerza la necesidad de dolo directo, ya que la simulación presupone conciencia de la ilicitud y voluntad de encubrir el interés particular bajo la apariencia de legalidad.

Desde la teoría de la infracción de deber, el dolo adquiere una dimensión específica puesto que no se trata únicamente de la voluntad de realizar el hecho típico, sino del conocimiento de que se está vulnerando un deber funcional institucionalmente asignado. En ese marco, el funcionario sabe que su cargo lo vincula a la defensa del interés público y, pese a ello, decide orientar su actuación hacia un beneficio privado; esta conciencia del deber y su deliberada transgresión constituyen el núcleo subjetivo del delito.

Además, cabe precisar que el provecho no requiere necesariamente concretarse en un resultado patrimonial efectivo, dado que el tipo penal se satisface con el interés

indebido orientado a la obtención del beneficio, siempre que exista la intervención funcional correspondiente; en consecuencia, el dolo se configura desde el momento en que el agente dirige su actuación hacia la consecución del provecho, incluso si este no llega a materializarse.

2.3. La delimitación jurisprudencial de la participación en el delito de negociación incompatible

La viabilidad de intervención penalmente relevante del sujeto no cualificado en la negociación incompatible ha sido abordada por la Corte Suprema en pronunciamientos que, aunque comparten una caracterización común del tipo (delito especial propio y de infracción de deber), concluyen en distintas posturas respecto al alcance de las reglas de participación; pues repercuten directamente en el modo en que se delimita la responsabilidad de terceros en delitos funcionariales y, especialmente, en un tipo cuya consumación se vincula a un deber funcional institucionalmente atribuido al funcionario público.

2.3.1. Posición restrictiva: Casación N.º 841-2015 Ayacucho

En la Casación N.º 841-2015 Ayacucho, la Corte Suprema parte por identificar que el aprovechamiento indebido del cargo se configura como un delito de infracción de deber, pues “implica el quebrantamiento de un deber especial —normativizado—, que solo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o adquisición” (fundamento vigésimo octavo).

A partir de esa premisa, el pronunciamiento formula un criterio decisivo para el problema de la conducta del tercero, pues dicha intervención forma parte de la estructura

típica del delito, es decir, en supuestos de “delitos de participación necesaria” que exigen “la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el *extraneus*” (fundamento jurídico vigésimo octavo).

En ese marco, la Corte Suprema analiza la estructura del artículo 399 de nuestro código sustantivo y afirma que no nos encontramos ante un delito de participación necesaria, resaltando que “la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación” y que, si tal intervención existiera con relevancia típica, se configuraría “un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros)” (fundamento trigésimo).

Asimismo, la mencionada casación introduce un criterio de subsidiariedad o residualidad del tipo, pues señala que su interpretación se enmarca en la corrupción de funcionarios y sostiene que cuando la actuación funcional genera un provecho particular para el funcionario, podría tratarse de cohecho, y cuando existe acuerdo con la parte interesada en defraudar al Estado durante una contratación estatal, se trataría de colusión (fundamento trigésimo primero); por lo tanto, la negociación incompatible se encuentra “reservada” para los supuestos en los que “el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero” (fundamento trigésimo primero).

2.3.2. Posición expansiva: Casación N.º 1895-2019 Selva Central

Mediante la Casación N.º 1895-2019 Selva Central, la Corte Suprema califica expresamente la negociación incompatible como delito especial propio y delito de infracción de deber; así como precisa que el agente debe haber ejercido funciones en una operación de contratación estatal “con base a un título habilitante y con capacidad

de decisión (facultades y competencias para intervenir en ese proceso)” (fundamento tercero).

No obstante, respecto al tema de la participación, la mencionada casación sostiene que es relevante abordar su fundamento y expone dos teorías (la de “corrupción o culpabilidad” y la de “causación o favorecimiento”), inclinándose por la segunda como más convincente (fundamento cuarto); dicha postura es clave porque permite afirmar que el partícipe responde por causar o favorecer la lesión no justificada del bien jurídico en el hecho del autor, enfatiza el nexo de contribución al hecho antijurídico.

Posteriormente, la Corte Suprema sostiene que “la participación en los delitos especiales propios no es impune” y que, en los delitos de infracción de deber, “cualquier tercero puede en principio, realizar una contribución delictiva al hecho de un obligado positivamente o inducirlo al mismo” (fundamento quinto); añade que la conducta del particular que aporta a la ejecución de un delito de infracción de deber “no es, desde luego, jurídicamente neutro”, pues también debe imputársele el suceso aun cuando carezca de la obligación especial (fundamento quinto).

Con relación al aprovechamiento indebido del cargo, el órgano jurisdiccional afirma que, aunque no esté tipificado como delito de participación necesaria, a diferencia de la colusión, “no impide la posibilidad de castigar” a quien favorezca la comisión, siempre que exista un aporte significativo y doloso, puntualizando que el cómplice debe conocer el interés indebido del agente público y actuar con finalidad de obtener un beneficio (fundamento quinto). Asimismo, precisa que el cómplice debe conocer que el funcionario se interesa indebidamente y que “no basta verificar” un aporte causal, sino

que resulta indispensable “probar y justificar su comportamiento doloso” (fundamento quinto).

2.3.3. Límites estructurales de la intervención del *extraneus* en un delito de infracción de deber

Las posiciones jurisprudenciales expuestas evidencian que la discusión no gira en torno a la naturaleza del delito de negociación incompatible, calificado de manera uniforme como delito especial propio y de infracción de deber, sino sobre los límites estructurales que impone dicha configuración al momento de aplicar las reglas generales de participación.

En efecto, si el artículo 399 del Código Penal describe una conducta cuya realización típica se funda en la infracción de un deber funcional normativamente atribuido al agente público que interviene en virtud de su cargo, el injusto penal se encuentra construido sobre una titularidad institucional exclusiva; por ende, el núcleo de la prohibición no es simplemente la producción de un resultado lesivo, sino la desviación del rol público mediante la exteriorización de un interés indebido en un contrato u operación estatal.

En ese marco, la intervención del *extraneus* plantea una cuestión sistemática específica respecto a la negociación incompatible: ¿es estructuralmente compatible atribuir responsabilidad participativa (y particularmente instigación) a quien no ostenta el deber funcional cuya infracción constituye el núcleo del injusto? La respuesta no puede derivarse únicamente de las reglas generales de participación previstas en la parte general de nuestro código penal, sino que exige examinar la configuración típica del artículo 399 y la naturaleza unilateral del deber que lo sustenta.

En la Casación N.º 841-2015 Ayacucho, la suprema corte adopta una lectura estructuralmente restrictiva al vincular la posibilidad de intervención del tercero con los denominados delitos de participación necesaria y afirmar que la negociación incompatible no presenta esa configuración típica (fundamento vigésimo octavo y trigésimo). Bajo este enfoque, el injusto se agota en la esfera funcional del funcionario, y la eventual interacción con un particular podría reconducirse a figuras autónomas como el cohecho o la colusión (fundamento trigésimo primero); en esa línea, el tipo penal aparece estructuralmente cerrado respecto de la autoría y restrictivo en cuanto a la extensión de títulos participativos.

De manera contraria, en la Casación N.º 1895-2019 Selva Central, se sostiene que la ausencia de participación necesaria no impide sancionar al tercero que contribuya dolosamente al hecho del funcionario (fundamentos cuarto y quinto); ya que la intervención del *extraneus* es concebida como un aporte relevante al injusto del autor, siempre que exista conocimiento del interés indebido y voluntad de favorecerlo.

Por consiguiente, el punto de tensión radica en precisar si la estructura del injusto permite extender la responsabilidad participativa, y particularmente la instigación, sin desnaturalizar la lógica del delito de infracción de deber. Dogmáticamente, ello supone examinar la compatibilidad entre dos planos: por un lado, el enfoque de la infracción del deber, que concentra el injusto en el quebrantamiento de un deber institucional personalísimo; y, por otro, la teoría general de la participación, que sanciona el favorecimiento doloso de un hecho antijurídico ajeno.

Asimismo, si el deber funcional constituye el fundamento exclusivo del injusto del artículo 399, la intervención del tercero debe analizarse con especial cautela, pues no

todo favorecimiento empírico equivale necesariamente a una participación jurídicamente relevante en un delito cuya estructura típica no exige su concurrencia; en caso contrario, podría generarse una extensión injustificada de la punibilidad que diluya la diferencia estructural entre los delitos que exigen concurrencia típica de dos sujetos y aquellos que se configuran a partir de la infracción personal de un deber institucional.

Por consiguiente, la delimitación de los límites estructurales de la intervención del *extraneus* (y en particular de su eventual rol como instigador) no puede resolverse únicamente desde la literalidad del artículo 399, sino que requiere una fundamentación dogmática que atienda a la naturaleza del deber infringido y a la configuración fenomenológica del tipo penal.

En ese contexto, el análisis no puede agotarse en la constatación de la naturaleza especial del delito ni en la mera aplicación de las reglas generales de participación, sino que exige determinar si la instigación resulta estructuralmente y fenomenológicamente compatible con un delito cuyo injusto se edifica sobre la infracción unilateral de un deber funcional; por lo cual, este análisis será desarrollado en el capítulo siguiente, donde se abordará de manera sistemática la instigación en los delitos de infracción de deber y sus límites dogmáticos.

CAPITULO III: LA INSTIGACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS Y SU PROYECCIÓN EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

3.1. Concepto y elementos dogmáticos de la instigación

3.1.1. Concepto

La instigación constituye una forma de participación delictiva caracterizada por la determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho punible; en nuestro ordenamiento penal, el artículo 24 de la norma penal dispone: “el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”, lo que evidencia que su núcleo normativo radica en la acción de determinar y en la exigencia de dolo.

Desde la dogmática penal, la instigación no implica ejecución material del tipo penal ni dominio del hecho, sino la creación o generación de la resolución criminal en el autor; en ese marco, Bacigalupo (1996) sostiene que determinar significa provocar en otro la decisión de cometer el delito, ya que la voluntad del autor se forme como consecuencia de la influencia ejercida como instigador; de igual manera, Jescheck & Weigend (2014) definen la inducción como el acto intencional de llevar a otro a decidir la realización de un delito doloso, sin intervenir en su ejecución.

Por su lado, Donna (2002) precisa que la instigación consiste en la motivación deliberada de otra persona para cometer un delito, influyendo sobre un individuo libre para que adopte la decisión de realizar una acción típica y antijurídica; asimismo, Mezger (1958) afirma que el instigador es quien induce en otro la determinación de cometer el

hecho, siendo indispensable que el autor lo ejecute como consecuencia de dicha determinación.

3.1.2. Elemento objetivo de la instigación

Comprende dos aspectos: i) la determinación de la resolución criminal y ii) la realización del tipo por parte del autor; respecto al primer punto, la determinación supone un influjo psíquico idóneo que provoque la decisión delictiva en el instigado. Asimismo, García (2019) señala que el instigador debe provocar la resolución criminal mediante una causalidad objetivamente imputable, pues la decisión final del autor pueda atribuirse normativamente al influjo ejercido; en la misma línea, Bacigalupo (1996) explica que la voluntad del autor debe haberse formado como resultado directo resultado director de la intervención del instigador.

Además, el influjo psíquico puede manifestarse a través de consejos, propuestas, solicitudes u otras formas de persuasión, siempre que tengan intensidad suficiente para fundamentar la imputación objetiva (Roxin, 1997b); por lo que no basta una mera aprobación moral o acompañamiento circunstancial, es necesario que la intervención haya sido causalmente relevante para la formación de la decisión delictiva.

De igual modo, Jescheck & Weigend (2014) sostienen que todos los medios de influencia psicológica son aptos para la inducción, siempre que generen la resolución delictiva; sin embargo, cuando el autor ya se encontraba plenamente decidido a cometer el delito (*omnímodo facturus*), la intervención del tercero no configura instigación consumada, pues faltaría la creación de la resolución criminal.

3.1.3. Elemento subjetivo de la instigación

En el plano subjetivo, la instigación exige dolo, así como la doctrina admite que basta el dolo eventual (Jescheck & Weigend, 2014), sin embargo, dicho dolo debe abarcar tanto la voluntad de determinar al autor como la realización del hecho principal; en consecuencia, la doctrina habla del “doble dolo” del instigador (*doppelter vorsatz*), en cuanto su intención debe dirigirse a provocar la resolución delictiva y a que el delito efectivamente se ejecute (Villavicencio, 2019).

De igual manera, Welzel (1956) señala que el dolo del instigador debe referirse a un hecho determinado y a un autor individualizable, pues no basta una incitación genérica a delinquir; en el mismo sentido, Prado y Hurtado (2011) sostienen que el instigador debe actuar con conocimiento y voluntad de determinar al instigado, comprendiendo tanto la formación de la decisión como la ejecución del hecho principal.

3.1.4. Límites estructurales de la instigación: instigación, refuerzo psíquico y autor ya decidido

La instigación presupone que la resolución delictiva del autor sea consecuencia objetivamente imputable del influjo ejercido por el instigador, donde la determinación constituye el núcleo estructural de esta forma de participación (Roxin, 1997b), por lo que su configuración exige que la voluntad criminal del autor se forme (o al menos se modifique cualitativamente) como resultado de la intervención del tercero.

En este contexto, adquiere especial relevancia el supuesto denominado *omnímodo facturus* (Jescheck & Weigend, 2014), es decir, aquel autor que ya se encontraba plenamente decidido a cometer el hecho punible antes de cualquier intervención externa. Por tanto, cuando la decisión delictiva preexiste de manera firme y

autónoma, la actuación del tercero no puede calificarse como determinación en sentido estricto, pues no crea la resolución criminal ni produce una alteración sustancial en ella; en tales casos, la dogmática discute si cabe hablar de instigación inidónea o, más propiamente, de complicidad psíquica, en la medida en que la conducta del interviniente se limita a reforzar o confirmar una voluntad ya formada.

De manera que este criterio opera como un límite estructural de la instigación, no toda influencia psicológica es jurídicamente relevante ni toda intervención motivacional equivale a determinar; por ello, lo decisivo es que la actuación del instigador haya generado, de manera imputable, la decisión de cometer el hecho punible o haya provocado una transformación cualitativa relevante en la orientación delictiva inicialmente concebida por el autor (Jescheck & Weigend, 2014).

La precisión de este límite resulta fundamental para evitar expansiones indebidas de la figura de la instigación y para diferenciarla de otras formas de participación, con ello queda delimitado el marco dogmático general de esta institución; sin embargo, esta construcción clásica ha sido elaborada principalmente a partir de delitos comunes, en los que la autoría se explica a partir del dominio del hecho. En cambio, cuando se proyecta sobre delitos especiales propios, cuyo injusto se fundamente en la infracción de un deber institucional exclusivo del sujeto cualificado, surgen interrogantes adicionales acerca de la compatibilidad estructural entre la determinación del tercero y la configuración típica del delito.

3.2. Diferencias entre complicidad e instigación

La delimitación entre instigación y complicidad constituye uno de los problemas clásicos de la teoría de la participación, pues de ella depende la correcta atribución del título de imputación al interviniente en el hecho punible; es así que la doctrina mayoritaria coincide en que ambas formas de participación se distinguen no por la intensidad del aporte, sino por su naturaleza estructural.

La instigación se caracteriza por la determinación dolosa de otro a cometer un delito, Roxin (1997b) sostiene que el núcleo de la instigación radica en provocar en el autor la resolución criminal, de modo que la decisión de cometer el hecho sea consecuencia del influjo ejercido por el instigado; en la misma línea, Jescheck & Weigend (2014) definen la inducción como la acción de llevar intencionalmente a otra persona a decidirse por la realización de un delito doloso, sin intervenir en su ejecución material.

Por su parte, la complicidad consiste en una forma de cooperación accesoria en un hecho ya decidido o en ejecución; según Bacigalupo (2007), el cómplice interviene proporcionando apoyo material o moral al autor, pero sin generar la voluntad delictiva, la contribución del cómplice facilita o favorece el hecho, aunque no constituye el núcleo de la decisión criminal; en la misma línea, (Mir Puig, 2015) subraya que el cómplice no domina el hecho ni determina la voluntad del autor, sino que se limita a colaborar en su realización.

Por tanto, la diferencia es cualitativa, ya que la instigación incide en la etapa de formación de la voluntad delictiva, mientras que la complicidad opera sobre una decisión previamente adoptada, esta distinción se refleja también en el elemento subjetivo: la instigación exige el denominado “doble dolo”; esto es, dolo de determinar y dolo respecto

al hecho principal que se ejecutará (Jescheck & Weigend, 2014; Villavicencio, 2019); en cambio, el cómplice requiere conocimiento del hecho principal y voluntad de favorecerlo, pero no la intención de crear la resolución criminal.

Ahora, esta delimitación se vuelve especialmente relevante frente al supuesto del *omnímodo facturus*: cuando el autor ya se encuentra plenamente decidido a cometer el delito, la intervención del tercero no puede calificarse como determinación, pues no crea la resolución criminal; en tales casos, la doctrina reconduce el supuesto a la complicidad psíquica, en la medida en que la conducta del interviniente solo refuerza una voluntad ya formada (Roxin, 1997b; Mir Puig, 2016).

También resulta necesario diferenciar la instigación de la autoría mediata, en esta última, el sujeto de atrás domina el hecho a través de un instrumento, lo que implica un control funcional sobre la realización del delito; en cambio, el instigador actúa sobre un sujeto libre y responsable que conserva el dominio del hecho y ejecuta el delito como propio (Roxin, 1997b). En consecuencia, la instigación no supone dominio del hecho, sino influencia determinate sobre la voluntad ajena.

Desde una perspectiva sistemática, esta distinción adquiere una dimensión particular cuando se proyecta sobre delitos especiales propios, pues en estos delitos, el injusto responde a la vulneración de deberes propios que recae exclusivamente sobre el sujeto cualificado. Conforme advierten Prado & Hurtado (2011), la participación del tercero en este tipo de delitos debe analizarse con cautela, pues el *extraneus* no ostenta el deber especial cuya infracción configura el injusto; por ello, no toda intervención psicológica podrá calificarse como instigación en sentido estricto.

Por lo tanto, la diferencia entre instigación y complicidad no solo delimita categorías dogmáticas de participación, sino que cumplen una función garantista: impide extender la figura de la instigación a supuestos en los que el tercero únicamente refuerza, facilita o acompaña una decisión ya adoptada por el autor cualificado, solo cuando la intervención genera o modifica cualitativamente la decisión del autor puede hablarse de determinación en sentido técnico; en consecuencia, esta delimitación adquiere especial relevancia cuando se proyecta sobre delitos especiales propios, en los que el injusto no se limita únicamente a la ejecución formal del tipo penal, sino en la infracción de un deber institucional exclusivo, lo que exige un análisis adicional acerca de la compatibilidad estructural entre determinación y configuración típica.

3.3. La instigación en los delitos especiales propios

El traslado de la figura de la instigación al ámbito de los delitos especiales propios plantea una problemática dogmática que no se presenta con igual intensidad en los delitos comunes, ya que en estos últimos la estructura típica se agota, por regla general, en el desarrollo de una comportamiento penalmente prohibido y el análisis de la autoría gira en torno al dominio del hecho, mientras que en los delitos especiales propios el injusto se fundamenta en la infracción de un deber institucional específico que recae exclusivamente sobre el sujeto cualificado.

La doctrina contemporánea ha sistematizado esta categoría bajo la calificación de delitos infracción de deber, Roxin (2016) sostiene que en estos delitos la autoría no se explica por el control fáctico del suceso, sino por la titularidad de una posición normativa especial frente al bien jurídico, por lo que el núcleo del injusto radica en la vulneración de ese deber institucional, así que solo quien la ostenta puede ser considerado autor; en

consecuencia, la estructura del delito aparece “cerrada” en lo que respecta a la autoría, quedando excluido el *extraneus* de dicha posibilidad.

A nivel jurisprudencial, el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116 reconoció expresamente que en los delitos funcionariales la autoría se fundamenta en el quebrantamiento del deber, desplazando el criterio del dominio del hecho (fundamento noveno); posteriormente, el Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116 reafirmó que en los delitos especiales propios solo se puede ser autor quien mantiene una vinculación normativa directa con el bien jurídico a través del deber funcional (fundamento octavo).

En ese sentido, la intervención del tercero no puede analizarse en términos de autoría, sino exclusivamente en el plano de la participación; sin embargo, afirmar la posibilidad de participación no resuelve automáticamente la cuestión de la instigación. En la dogmática se admite que el *extraneus* puede ser instigador en delitos especiales propios cuando determina dolosamente al *intraneus* a infringir su deber (Jescheck & Weigend, 2014; Villavicencio, 2019); por tanto, bajo el principio de accesoriedad limitada, el instigador puede responder por haber provocado la realización de un hecho antijurídico ajeno, aunque no comparta la cualidad especial exigida por la estructura del delito.

No obstante, esta afirmación general requiere una precisión estructural, pues en los delitos comunes, la determinación recae sobre la decisión de ejecutar una conducta típicamente prohibida; en cambio, en los delitos de infracción de deber, la determinación recae sobre la decisión de vulnerar una posición institucional específica. Es así que el objeto de la instigación no es simplemente la realización de una acción externa, sino la infracción de un deber normativo personalísimo; este desplazamiento conceptual obliga

a examinar con mayor detenimiento la compatibilidad entre la lógica clásica de la determinación y la estructura normativa del delito especial.

En efecto, si el injusto se agota en el quebrantamiento de una deber institucional exclusivo del *intraneus*, la intervención del tercero solo puede ser jurídicamente relevante en la medida en que incida de manera decisiva en la formación de la resolución de infringir ese deber; entonces, la determinación debe recaer sobre la decisión de traicionar la función pública, no meramente sobre la realización que rodeen el hecho, esto exige un estándar más riguroso que en los delitos comunes, pues el núcleo del injusto no se encuentra en el resultado externo, sino en la deslealtad funcional.

Asimismo, la cuestión adquiere mayor complejidad cuando el delito especial propio no exige participación necesaria (como el cohecho bilateral o la colusión), pues la intervención del *extraneus* forma parte de la propia configuración típica, de modo que su presencia resulta estructuralmente integrada al injusto; sin embargo, en los delitos especiales propios de ejecución unilateral, la conducta típica puede consumarse íntegramente en la esfera del *intraneus*, sin requerir la concurrencia de terceros. En estos casos, la participación del particular no forma parte necesaria de la configuración típica del delito, pues el hecho puede consumarse íntegramente mediante la actuación del funcionario; por tanto, la participación del tercero es eventual y no constitutiva del tipo penal.

En los delitos especiales propios de ejecución unilateral, la posibilidad de instigación no puede afirmarse automáticamente a partir de la teoría general de la participación; pues es necesario verificar que concurren los requisitos propios de la instigación en sentido técnico: la existencia de un influjo psíquico idóneo ejercido por el

tercero, que dicho influjo haya generado o modificado de manera relevante la resolución criminal del autor, que el hecho principal sea doloso y que el instigador haya actuado con doble dolo (con intención de determinar al autor; y con conocimiento y voluntad respecto de la realización del hecho principal); solo si se cumplen estas exigencias puede hablarse de determinación en sentido estricto.

Además de estos requisitos generales, también se debe analizar si esta determinación resulta compatible con la estructura del delito especial de que se trate; pues en los delitos de infracción de deber, el núcleo del injusto no reside simplemente en la realización de una conducta prohibida, sino en la decisión del sujeto cualificado de vulnerar un deber insititucional que le corresponde exclusivamente.

Por ello, incluso cuando exista influencia psicológica del tercero, deberá acreditarse que la resolución de infringir ese deber funcional se formó efectivamente como consecuencia de su intervención y que dicha intervención puede integrarse coherentemen en la estructura normativa del tipo penal, solo a partir de esta doble verificación (requisitos clásicos de la instigación y compatibilidad con la estructura del deber infringido) puede analizarse con rigor si un determinado delito especial admite o no la figura de la instigación.

3.4. Imposibilidad fenomenológica de la instigación en el delito de negociación incompatible

3.4.1. Configuración unilateral del tipo y ausencia de participación necesaria

A nivel doctrinal, este delito es entendido como un delito especial propio, ya que exige una cualidad específica del sujeto activo: ser funcionario o servidor que interviene por razón de su cargo en un contrato u operación (Salinas, 2021; Pérez, 2023); donde la

cualificación funcional no constituye un elemento accesorio, sino el presupuesto estructural de la autoría.

Desde la teoría de los delitos de infracción de deber, desarrollada por Roxin (1997; 2016), los delitos especiales propios se caracterizan porque el injusto se fundamenta en la vulneración de un deber institucional específico, previamente asignado por el ordenamiento jurídico; en estos casos, la autoría no se explica por el dominio del hecho en sentido causal, sino por la vulneración del deber funcional que recae exclusivamente en el *intrañeus*, solo quien ostenta dicha posición normativa puede realizar el injusto típico en calidad de autor.

En el ámbito específico de la negociación incompatible, la doctrina peruana ha precisado que el bien jurídico protegido no es directamente el patrimonio estatal, sino la imparcialidad, objetividad y lealtad en el ejercicio funcional (Salinas, 2021). Además, el núcleo típico reside en el acto de “interesarse indebidamente” en un contrato u operación en la que el funcionario interviene por razón de su cargo; como ha señalado la jurisprudencia, este interesamiento puede manifestarse de manera directa, indirecta o mediante acto simulado (Recurso de Nulidad N.º 2770-2011-Piura), lo que demuestra que el foco típico está en la conducta funcional del agente público y no en una estructura relacional necesariamente bilateral.

A diferencia de la colusión y el cohecho, cuya configuración presupone una interacción estructural entre funcionario y particular, la negociación incompatible no condiciona su configuración a una concurrencia necesaria de un tercero para su consumación porque el funcionario puede incurrir en el delito al favorecer indebidamente un interés propio o de un tercero aun cuando no exista un acuerdo, negociación o

entendimiento previo con otra persona. De manera que la conducta típica se configura con el solo hecho de que, en el ejercicio de su cargo, introduzca un interés indebido en la operación estatal; por ello, si interviene un particular, su participación no forma parte indispensable de la estructura del delito, sino que constituye un elemento eventual que puede presentarse o no sin afectar la consumación del tipo.

En la perspectiva de la teoría de la infracción de deber, esta configuración unilateral tiene consecuencias relevantes pues si el fundamento del injusto radica exclusivamente en el quebrantamiento del deber institucional de imparcialidad, y si ese deber es personalísimo y no compartido, entonces el injusto se agota estructuralmente en la esfera funcional del *intraneus* (García, 2019); por tanto, el tercero no infringe ese deber, pues no es su titular.

A partir de estas premisas doctrinales, se puede sostener que la ausencia de participación necesaria no es un simple detalle descriptivo del tipo penal, sino un elemento estructural que incide directamente en el análisis de la instigación; en consecuencia, antes de determinar si el *extraneus* cumple los requisitos clásicos de la determinación dolosa, es imprescindible preguntarse si la propia estructura del delito permite que la influencia de un particular forme parte del injusto. Cuando el delito se consuma con la sola infracción unilateral del deber funcional por parte del funcionario, no puede asumirse sin más que la intervención externa sea estructuralmente relevante.

Por consiguiente, la configuración unilateral del tipo y la inexistencia de participación necesaria constituyen el punto de partida para examinar, desde una perspectiva fenomenológica, si la figura de la instigación resulta o no compatible con el delito de negociación incompatible.

3.4.2. La infracción del deber funcional como núcleo del injusto en la negociación incompatible

En los delitos especiales propios de infracción de deber, el fundamento del injusto no radica en el dominio fáctico del hecho ni en la mera producción de un resultado lesivo, sino en la vulneración de un deber institucional específico que el ordenamiento atribuye a un sujeto cualificado. Desde esta perspectiva, la responsabilidad penal se explica por la posición normativa del agente frente al bien jurídico protegido y no por el control causal del curso del hecho; se tiene a Roxin (1997; 2016), el cual señala que, en los delitos de infracción de deber, la autoría se determina por la titularidad del deber especial cuya infracción constituye el núcleo del injusto, y no por el dominio del hecho en sentido material.

Aunado a ello, la Corte Suprema ha asumido expresamente esta concepción dogmática, pues el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116 establece que los delitos de infracción de deber solo puede ser autor quien ostenta el deber especial y lo transgrede, en cambio quien carece de dicho deber únicamente podría responder, en su caso, como partícipe (fundamento noveno); por lo que se reafirma que el eje del injusto en esta categoría de delitos se encuentra en la titularidad del deber funcional y en su quebrantamiento.

En el caso del aprovechamiento indebido del cargo, la doctrina nacional precisa que el bien jurídico tutelado es la imparcialidad, objetividad y lealtad en el ejercicio funcional; así como el tipo penal no requiere la producción de un menoscabo patrimonial ni la existencia de concertación con un particular, lo que sanciona es el hecho de que el funcionario o servidor se interese indebidamente, de manera directa o indirecta, en un

contrato u operación en la que interviene en virtud de su cargo. (Salinas, 2021). La Corte Suprema señala que dicho interesamiento puede manifestarse de forma directa, indirecta o mediante acto simulado (Recurso de Nulidad N.º 2770-2011 Piura), lo que evidencia que el núcleo típico se centra en la conducta funcional del agente público.

Desde esta perspectiva, el injusto del delito se consuma con la sola transgresión del deber funcional por parte del *intraneus*, cuando este puede interesarse indebidamente en beneficio propio o de un tercero aun cuando no exista acuerdo, ofrecimiento o interacción con un particular; por lo cual, la eventual intervención de un tercero no constituye un elemento estructural del tipo penal. Además, el delito puede realizarse íntegramente mediante la actuación del funcionario, de modo que la presencia del sujeto no cualificado no forma parte necesaria de la configuración típica, sino que constituye una circunstancia fáctica contingente desde el punto de vista fenomenológico.

Esta característica distingue claramente a la negociación incompatible de otros delitos contra la administración pública, como el cohecho o la colusión, en los cuales la interacción entre funcionario y partícula integra la estructura típica del injusto, ya que la dinámica bilateral entre los sujetos intervinientes forma parte del diseño normativo del tipo penal; en cambio, en la negociación incompatible, el delito se configura a partir de la desviación interna del ejercicio del cargo, lo que evidencia que el núcleo del injusto se encuentra en la violación del deber institucional del funcionario.

En ese marco, si el injusto se explica exclusivamente por la infracción de un deber institucional, y si dicho deber es personalísimo e intransferible (Roxin, 1997; García Caveró, 2019), la intervención de un tercero no puede modificar la titularidad ni la

naturaleza del deber infringido. Por ello, el *extraneus* no comparte la posición institucional que da origen al deber funcional y no puede participar en el quebrantamiento del deber que fundamenta el injusto del delito; en todo caso, su intervención solo podría referirse al hecho del autor, pero no a la violación del deber institucional que constituye el núcleo del injusto.

Desde el punto de vista fenomenológico, esto implica que la instigación no puede presumirse por la sola existencia de un particular beneficiado o interesado en la actuación del funcionario, la determinación exige que el tercero haya provocado o modificado cualitativamente la resolución del funcionario de infringir su deber funcional (Jescheck & Weigend, 2014); por ende, si el funcionario ya se encontraba decidido o interesarse indebidamente (supuesto conocido en la dogmática como *omnimodo facturus*), la intervención del tercero no constituye determinación en sentido estricto, sino, a lo mucho, un refuerzo psíquico o una forma de complicidad (Mir Puig, 2016).

En consecuencia, la centralidad del deber funcional y el hecho de que el injusto se agote en la esfera institucional del *intraneus* constituyen un límite estructural para extender automáticamente la figura de la instigación en el delito de negociación incompatible, porque el núcleo del delito se encuentra en la vulneración de un deber institucional propio del funcionario, no basta aplicar la manera mecánica las reglas generales de la participación; por lo tanto, es necesario analizar si la intervención del tercero puede realmente integrarse en la infracción de ese deber, que es el fundamento del injusto del tipo penal.

3.4.3. Imposibilidad fenomenológica de la instigación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible

3.4.3.1. Planteamiento del problema: compatibilidad dogmática y compatibilidad fenomenológica

A partir del análisis previo sobre la estructura de la instigación y la configuración de la negociación incompatible, surge la cuestión central de la presente investigación: determinar si resulta fenomenológicamente posible imputar a un *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible, considerando que se trata de un delito especial propio cuyo fundamento radica en la infracción de un deber institucional exclusivo del funcionario público.

En primer lugar, para abordar este punto resulta necesario precisar el marco dogmático dentro del cual se suscita esta problemática, pues en la teoría general del delito, la instigación constituye una forma de participación caracterizada por la determinación dolosa de otro a cometer el hecho punible; en ese sentido, la doctrina penal ha definido la instigación como la conducta mediante la cual una persona provoca en otra la resolución de cometer un delito, de modo que la decisión criminal del autor se forme como consecuencia del influjo ejercido por el instigador (Roxin, 1997a). Asimismo, se establece que el instigador es quien provoca en el autor la decisión de realizar el hecho punible mediante una influencia psicológica dirigida a generar la resolución delictiva (Jescheck & Weigend, 2014).

En la misma línea, Roxin (1997a) sostiene que el núcleo de la instigación radica en la determinación de la voluntad del autor, lo que implica que la resolución criminal debe aparecer como consecuencia del influjo ejercido por el instigador; por ello, la

instigación se estructura sobre la base de una relación de influencia psíquica entre el instigador y el autor, en la cual el primero provoca o modifica la decisión del segundo de realizar el hecho punible.

No obstante, esta construcción dogmática ha sido elaborada principalmente a partir del análisis de delitos comunes, en los cuales la autoría se explica a partir del dominio del hecho, pero cuando esta figura se proyecta sobre delitos especiales propios de infracción de deber, surge la necesidad de examinar si la determinación externa resulta compatible con la estructura normativa del delito. El fundamento del injusto no radica en el control fáctico del curso del acontecimiento ni en la mera realización de la conducta típica, sino en la vulneración de un deber institucional específico que pesa sobre el sujeto cualificado.

En ese marco, Roxin (1997b) sostiene que, en los delitos de infracción de deber, la autoría se determina por la titularidad del deber funcional cuya infracción constituye el núcleo del injusto, lo que implica que solo puede ser autor quien se encuentra vinculado a dicho deber institucional; de manera similar, Jakobs (1997) señala que estos delitos se caracterizan por el injusto produce en el ámbito de una relación institucional específica que solo puede ser quebrantada por quien se encuentra jurídicamente vinculado a ella.

En consecuencia, el problema de la instigación en la negociación incompatible no consiste únicamente en determinar si un tercero puede influir psicológicamente en la decisión del autor, sino en establecer si dicha influencia puede integrarse en la inobservancia del deber institucional que constituye el fundamento del injusto.

Como se ha señalado anteriormente, la negociación incompatible sanciona el hecho de que el funcionario o servidor se interese indebidamente en un contrato u

operación en la que participa en virtud de su cargo, vulnerando la actuación de imparcialidad y objetividad que rige en el ejercicio funcional (Salinas, 2021); por lo que la consumación del delito se produce con la sola desviación del ejercicio del cargo hacia intereses indebidos, sin que sea necesario acreditar un perjuicio patrimonial ni la existencia de concertación con un particular.

Además, la jurisprudencia ha señalado que el interesamiento indebido puede manifestarse de manera directa, indirecta o mediante acto simulado, lo que evidencia que el núcleo típico se centra en la conducta funcional del agente público (Recurso de Nulidad N.º 2770-2011 Piura); debido a lo cual, el injusto del delito se consuma con el quebrantamiento del deber funcional por parte el funcionari, sin que la participación de un particular constituya un elemento estructural del tipo penal.

Así que este rasgo obliga a formular el problema de manera más precisa, pues la cuestión no consiste en determinar si la instigación es dogmáticamente posible en abstracto, sino en establecer si la determinación externa del funcionario por parte de un particular puede integrarse en la estructura del injusto de la negociación incompatible, cuyo fundamento se encuentra en la infracción unilateral del deber funcional.

Por consiguiente, la problemática planteada en este apartado puede formularse en los siguientes términos: si el injusto de la negociación incompatible se fundamenta en la infracción unilateral del deber funcional del funcionario, ¿resulta fenomenológicamente posible imputa al *extraneus* como instigador, o dicha imputación constituye una extensión indebida de las reglas de participación?

La respuesta a esta cuestión exige examinar con mayor precisión la estructura de la instigación y, en particular, el requisito de la determinación de la voluntad del autor, a

fin de establecer si la influencia externa del particular puede integrarse realmente en la decisión del funcionario de infringir su deber funcional; donde este análisis permitirá determinar si la figura de la instigación resulta compatible con la estructura del delito de aprovechamiento indebido del cargo o si, por el contrario, la imputación del *extraneus* como instigador presenta dificultades desde el punto de vista fenomenológico.

3.4.3.2. La determinación de la voluntad del autor como requisito estructural de la instigación

Para analizar si la instigación del *extraneus* resulta compatible con la negociación incompatible, es necesario examinar con mayor detenimiento uno de los elementos centras de esta forma de participación: la determinación de la voluntad del autor; pues en la dogmática penal contemporánea, la instigación se caracteriza precisamente por provocar en otro la resolución de cometer un delito, de modo que la decisión criminal del autor aparezca como consecuencia del influjo ejercido por el instigador (Jescheck & Weigend, 2014).

En ese sentido, la doctrina coincide en que el núcleo de la instigación radica en la generación o modificación de la resolución delictiva del autor, ya que Jescheck & Weigend (2014) señalan que el instigador es quien provoca en el autor la decisión de ejecutar el hecho punible mediante una influencia psicológica dirigida a generar la resolución criminal. De manera similar, Roxin (1997a) sostiene que la esencia de la instigación consiste en determinar a otro a cometer el delito, lo que implica que la resolución delictiva del autor debe aparecer como resultar del influjo ejercido por el instigador.

Por consecuencia, la instigación presupone la presencia de una vinculación de causalidad psíquica entre la conducta del instigador y la decisión del autor de cometer el delito, donde el instigador no ejecuta el hecho, pero provoca en el autor la resolución de realizarlo, lo que lo convierte en partícipe del delito; por ello, la determinación constituye el elemento estructural que diferencia a la instigación de otras formas de participación.

Sin embargo, cabe precisar que no toda influencia sobre el autor puede considerarse instigación, la doctrina penal ha señalado que la instigación exige que la intervención del tercero haya generado o modificado de manera relevante la resolución criminal, pues cuando el autor ya se encontraba decidido a cometer el delito antes de la intervención del tercero, la conducta de este último no constituye instigación en sentido estricto (Mir Puig, 2016).

En este contexto, la dogmática penal ha desarrollado la figura del *omnímodo facturus*, que se presenta cuando el autor ya se encuentra plenamente decidido a realizar el hecho delictivo con anterioridad a cualquier intervención externa; en tales supuestos, la intervención del tercero no provoca la resolución criminal, sino que únicamente refuerza una voluntad ya existente. Por lo tanto, como anteriormente se mencionó, en estos casos no existe determinación en sentido estricto, sino, a lo mucho, un refuerzo psíquico de la decisión delictiva (Mir Puig, 2016).

Además, Mir Puig (2016) sostiene que cuando el autor ya se encontraba decidido a cometer el delito, la intervención del tercero no constituye instigación, pues no se produce una verdadera determinación de la voluntad del autor; en estos casos, la conducta del tercero puede ser calificada, en determinadas circunstancias, como una forma de complicidad psíquica, pero no como instigación.

Esta exigencia de determinación permite delimitar con mayor precisión el ámbito de aplicación de la instigación, no basta que el tercero haya influido en las circunstancias en que ocurre el hecho delictivo, ni que haya generado incentivos o beneficios para el autor; pues para que exista instigación es necesario que la intervención del tercero haya provocado o modificado de manera relevante la decisión del autor de cometer el hecho punible.

Este criterio adquiere relevancia especial cuando la instigación se analiza respecto a delitos especiales propios de infracción de deber, ya que la decisión de cometer el hecho punible no consiste simplemente en realizar una conducta típica, sino en infringir un deber institucional que recae sobre el sujeto cualificado; por ello, la determinación del autor implica necesariamente la decisión de quebrantar el deber funcional que le corresponde en virtud de su cargo.

En el caso específico del aprovechamiento indebido del cargo, la conducta típica consiste precisamente en el interesamiento indebido del funcionario en un contrato u operación en la que participa en virtud de su posición institucional; por tanto, la determinación del autor no se refiere únicamente a la realización de una conducta ilícita, sino a la decisión desviar el ejercicio del cargo hacia intereses indebidos, lo que supone el incumplimiento del deber de imparcialidad que rige en el ámbito estatal.

En consecuencia, para que la instigación resulte posible sería necesario demostrar que el *extraneus* determinó al funcionario a infringir su deber funcional, provocando en él la decisión de interesarse indebidamente en el contrato u operación; sin embargo, esta exigencia plantea importantes dificultades cuando se tiene en cuenta

que el deber funcional constituye una obligación institucional personalísima que recae exclusivamente sobre el funcionario público.

Por ende, la determinación de la voluntad del autor en los delitos de infracción de deber plantea una cuestión adicional, pues no se trata simplemente de provocar la decisión de realizar un hecho típico, sino de inducir a otro a quebrantar el deber institucional que define su posición jurídica dentro de la administración pública; esta particularidad obliga a examinar si la influencia externa del tercero puede realmente integrarse en la decisión del funcionario a infringir su deber funcional o si, por el contrario, dicha decisión pertenece exclusivamente al ámbito de responsabilidad del *intraneus*.

En definitiva, el análisis de esta cuestión permitirá determinar si la instigación del *extraneus* resulta compatible con la estructura del delito de negociación incompatible o si la determinación exigida por esta forma de participación encuentra límites estructurales en los delitos de infracción de deber.

3.4.3.3. Incompatibilidad entre la determinación externa y la estructura del delito de negociación incompatible

El análisis de la instigación en la negociación incompatible exige examinar si la determinación externa, característica de esta forma de participación, puede integrarse en la estructura normativa del tipo penal; pues la instigación supone que un tercero provoque o modifique la resolución criminal del autor mediante una influencia psicológica eficaz, de modo que la decisión de cometer el hecho aparezca como consecuencia del influjo ejercido por el instigados (Roxin, 1997b; Jescheck & Weigend, 2014). En la misma línea, la jurisprudencia nacional ha precisado que la instigación supone que la intervención del tercero origine en el autor la resolución de cometer el delito, de tal

manera que dicha decisión resulte objetivamente imputable al influjo ejercido por el instigador (Casación N.º 1626-2018 San Martín, fundamento 9.4).

Sin embargo, cuando esta figura se proyecta sobre delitos especiales propios de infracción de deber, surge una dificultad adicional, ya que el injusto no se explica a partir del dominio del hecho ni la mera realización de una conducta típica, sino de la infracción de un deber institucional específico que recae únicamente sobre determinados sujetos cualificados; en ese sentido, Roxin (2016) sostiene que la autoría en los delitos de infracción de deber se fundamenta en la posición normativa del sujeto frente al bien jurídico y en la titularidad del deber cuya infracción constituye en núcleo del injusto.

Esta problemática adquiere especial relevancia en el delito de negociación incompatible, debido a que el injusto se configura a partir del deber de imparcialidad que vincula al funcionario o servidor público en el ejercicio de la función administrativa; además, la conducta típica consiste en que dicho funcionario se interese indebidamente en un contrato u operación en la que participa por virtud de su posición funcional, desviando el ejercicio de la función pública hacia intereses particulares.

Desde esta perspectiva, la realización del injusto se encuentra directamente vinculada a la posición institucional y al deber funcional que pesa exclusivamente sobre el funcionario; en consecuencia, la intervención de un tercero (que carece de dicha posición institucional) plantea interrogantes acerca de su verdadera incidencia en la formación del injusto, dado que la influencia del particular puede explicar el contexto fáctico en el que se produce la actuación del funcionario o incluso generar incentivos para determinadas decisiones administrativas; sin embargo, esto no significa

necesariamente que dicha influencia constituya la determinación de la resolución criminal que exige la figura de la instigación.

De esta manera, se advierte una tensión entre la lógica de la instigación y la configuración normativa de la negociación incompatible, pues mientras la instigación presupone una relación de determinación entre el instigador y el autor del delito, el tipo penal analizado se centra en la decisión del propio funcionario de apartarse del deber institucional que rige en el ejercicio del cargo.

Por esta razón, antes de afirmar la existencia de instigación resulta necesario examinar si la influencia del particular puede considerarse realmente como una determinación de la voluntad del funcionario o si, por el contrario, dicha decisión permanece dentro del ámbito de responsabilidad propia del *intraneus*. La respuesta a esta cuestión dependerá en gran medida de la forma en la que se estructura el tipo penal y, particularmente, de si la intervención de terceros forma parte de su dinámica típica.

3.4.3.4. La estructura unilateral del delito y la ausencia de participación necesaria

Un aspecto fundamental para comprender los límites de la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible es la estructura típica del artículo 399 del Código Penal, particularmente en lo que respecta a su configuración unilateral y a la ausencia de participación necesario en su realización; dicha característica resulta relevante porque el delito ha sido conceptualizado por la doctrina como un delito especial propio de infracción de deber, en el que la responsabilidad penal se fundamenta en la vulneración de un deber institucional que recae exclusivamente sobre el funcionario público. En este tipo de delitos, la autoría se determina por la posición normativa del

sujeto frente al bien jurídico protegido y por la titularidad del deber cuya infracción constituye el núcleo del injusto (García, 2019).

En aprovechamiento indebido del cargo, la doctrina nacional señala que el bien jurídico tutelado se relaciona con los parámetros de imparcialidad y objetividad en el ejercicio funcional, de modo que la conducta típica se configura cuando el funcionario desvía el ejercicio de su función hacia intereses indebido (Salinas, 2021); por tanto, la consumación del delito se produce cuando el funcionario infringe el deber funcional que le corresponde, sin que resulte necesario acreditar la intervención de un tercero en la adopción de la decisión administrativa.

Desde esta perspectiva, la negociación incompatible presenta una estructura unilateral, en la medida en que el injusto puede consumarse íntegramente mediante la actuación del funcionario público. Además, el tipo penal no requiere la concurrencia de un particular para la configuración del delito, pues el interesamiento indebido puede producirse aun cuando el eventual beneficiario no haya participado en la formación de la decisión administrativa; por tanto, la intervención del tercero no constituye un elemento estructural del tipo penal, sino una circunstancia que puede o no presentarse en la realidad fáctica.

Asimismo, para comprender mejor esta característica es necesario recurrir a la diferencia entre delitos de participación necesaria y delitos que pueden realizarse mediante la actuación de un solo sujeto. Por un lado, se denomina delitos de participación necesaria a aquellos en los que la propia estructura típica exige la intervención de más de un sujeto para la ejecución del injusto, de tal manera que el comportamiento delictivo solo puede configurarse a partir de la interacción entre los distintos intervinientes; por lo

cual, la relación entre los sujetos constituye un elemento estructural del tipo penal (Mir Puig, 2016). Por el otro lado, existen delitos cuya realización típica puede producirse mediante la actuación de un solo sujeto, de manera que la intervención de terceros no forma parte necesaria de la estructura del injusto.

La negociación incompatible se ubica dentro de esta segunda categoría que se configura con el interesamiento indebido del agente público en una operación o contrato en el que interviene por virtud de su posición institucional; por ello, el injusto se explica fundamentalmente por la desviación del deber de imparcialidad que rige en el ejercicio de la función pública, lo cual permite afirmar que la consumación del delito puede producirse aun en ausencia de interacción directa con un particular.

La Corte Suprema, mediante la Casación N.º 841-2015 Ayacucho, señaló que este delito no constituye una configuración de participación necesaria, pues no exige la intervención de un tercero para su consumación; además, enfatizó que el núcleo del injusto se encuentra en el interesamiento indebido del agente público en el ejercicio funcional, de modo que la eventual interacción con un particular no forma parte estructural del tipo penal (fundamento vigésimo octavo). En ese sentido, cuando el comportamiento del agente público se desarrolla en el contexto de una dinámica que implica necesariamente la interacción con un particular (por ejemplo, en determinados procesos de contratación pública), dicha interacción puede encajar con mayor precisión en otros delitos contra la administración pública, como la colusión o el cohecho, cuya estructura típica sí se fundamenta en interacción entre funcionario y particular.

Sin embargo, esta interpretación no ha sido uniforme en la jurisprudencia, pues en la Casación N.º 1895-2019 Selva Central, la Corte Suprema sostuvo que la naturaleza

de delito especial propio de la negociación incompatible no impide que un tercero pueda intervenir en el hecho como partícipe. La mencionada casación precisa que, en los delitos especiales propios, el partícipe no infringe directamente el deber funcional que recae sobre el funcionario público, sino que responde penalmente conforme a los parámetros generales de la participación; en consecuencia, la negociación incompatible, pese a no ser delito de participación necesaria, no excluiría la viabilidad de sancionar penalmente al tercero cuando su comportamiento sea un aporte doloso relevante a la realización del hecho del funcionario (fundamento quinto).

No obstante, esta interpretación plantea dificultades dogmáticas cuando se analiza la estructura de la negociación incompatible, ya que si el injusto se fundamenta en la transgresión del deber funcional que recae exclusivamente sobre el funcionario, la intervención del tercero no se integra necesariamente en la estructura típica del delito, sino que puede permanecer en el plano del contexto fáctico en el que se produce la decisión administrativo; en ese sentido, trasladar automáticamente los parámetros generales de participación a este delito corre el riesgo de desdibujar la naturaleza de los delitos de infracción de deber, en los cuales la responsabilidad penal se vincula primariamente con la posición institucional del *intraneus*.

Entonces, la coexistencia de estas interpretaciones jurisprudenciales pone de relieve que el problema no se encuentra en la atribución de autoría al *extraneus*, sino en determinar cuál es el alcance que debe reconocerse a la intervención del tercero dentro de un delito cuya consumación se produce con la sola vulneración del deber funcional por parte del funcionario público.

En este contexto, la configuración unilateral del tipo penal adquiere una importancia decisiva, ya que si el injusto puede consumarse íntegramente mediante la actuación del funcionario público, la intervención del particular no puede presumirse automáticamente como parte de la dinámica típica del delito. La mera existencia de un tercero beneficiado o interesado en el resultado de la operación no permite afirmar, *per se*, que haya existido una intervención penalmente relevante en la formación de la decisión del funcionario.

En consecuencia, la estructura unilateral de la negociación incompatible y la ausencia de participación necesaria en su configuración típica constituyen elementos centrales para examinar los límites de la intervención del sujeto no cualificado; en ese sentido, si el delito puede consumarse íntegramente mediante la actuación del funcionario público, la eventual influencia del tercero no puede considerarse automáticamente parte del injusto, sino que se debe analizar si dicha intervención tuvo incidencia real en la formación de la resolución delictiva del funcionario.

Este rasgo estructural resulta particularmente relevante para el análisis de la instigación, puesto que si el delito se explica a partir de la infracción unilateral del deber funcional, la posibilidad de atribuir al tercero una determinación de la voluntad del funcionario plantea dificultades específicas que deben examinarse desde una perspectiva fenomenológica.

3.4.3.5. Consecuencia dogmática: imposibilidad fenomenológica de la instigación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible

A partir de análisis desarrollado en los apartados precedentes, es posible formular una consecuencia dogmática respecto a la posibilidad de imputar a un *extraneus* como

instigador la negociación incompatible; pues la instigación es una manera de participación que exige la determinación dolosa del autor hacia la realización del hecho punible, de modo que la resolución criminal surja o se modifique como consecuencia del influjo ejercido por el instigador (Jescheck & Weigend, 2014); así como también la responsabilidad del instigador se fundamenta precisamente en haber generado o condicionado la decisión del autor de cometer el delito.

En ese marco, cuando esta figura se proyecta sobre la negociación incompatible, dicha lógica presenta límites derivados de la propia estructura del tipo penal, pues el injusto no se explica a partir del dominio fáctico del hecho ni de la intervención de varios sujetos en la dinámica delictiva, sino de la vulneración del deber de imparcialidad que recae sobre el funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Además, el tipo penal se configura cuando el funcionario, al intervenir en un contrato u operación en virtud de su cargo, orienta su actuación hacia intereses particulares, apartándose del deber de imparcialidad que debe regir en el ejercicio de la función pública (Salinas, 2021).

Por tanto, la decisión de interesarse indebidamente en la operación constituye una manifestación del quebrantamiento del deber funcional que corresponde exclusivamente al funcionario público; donde el fundamento del injusto se encuentra en la relación institucional que vincula al funcionario con la función pública y en la obligación jurídica de actuar con imparcialidad en el ejercicio de su cargo.

Ahora, este punto adquiere especial relevancia si se considera que la negociación incompatible presenta una estructura unilateral y no constituye un delito de participación necesaria, pues su consumación puede producirse íntegramente mediante el comportamiento del funcionario, ya que este puede tener un interesamiento indebido en

beneficio propio o de un tercero sin que exista acuerdo, ofrecimiento o interacción con un particular; en consecuencia, la eventual intervención de un tercero no integra la estructura típica del delito, sino que se sitúa únicamente en el plano fáctico que rodea la actuación del *intraneus*.

Desde esta perspectiva, aunque un particular pueda influir en el entorno en el que se adopta la cesión administrativa o generar incentivos para favorecer determinados intereses, dicha influencia no necesariamente constituye la determinación de la resolución criminal que exige la figura de la instigación; puesto que la decisión de infringir el deber funcional continúa perteneciendo al ámbito de responsabilidad del funcionario público, quien es el único jurídicamente obligado a observar el deber de imparcialidad en el ejercicio de su función.

En términos fenomenológicos, ello significa que la conducta del tercero no forma parte del proceso típico mediante el cual se realiza el injusto penal, mientras que la instigación presupone una correlación de determinación entre el instigador y el autor, en el delito de negociación incompatible el injusto se agota en la decisión funcional del propio funcionario de apartarse del deber institucional que rige su actuación; por lo que la eventual influencia externa puede explicar el contexto en el que se adopta la decisión administrativo, pero no constituye necesariamente la causa determinate de la resolución criminal.

Consecuentemente, la aplicación automática de la figura de la instigación en la negociación incompatible plantea dificultades estructurales, dado que si el injusto penal se explica por la infracción personalísima de un deber funcional que se agota en la actuación del funcionario pública, la determinación externa del tercero no puede trasladar

ni compartir la titularidad de dicho deber ni sustituir la decisión institucional que corresponde al *intraneus*.

No obstante, también podría sostenerse que la regulación de la instigación en la parte general del Código Penal permitiría su aplicación a cualquier delito regulado en la parte especial, pero esta conclusión parte de una comprensión meramente formal de las reglas de participación. En realidad, la aplicación de dichas reglas depende de su compatibilidad con la estructura del tipo penal concreto; ya que en los delitos especiales propios de infracción de deber, el injusto se fundamenta en la vulneración de un deber institucional exclusivo del sujeto cualificado, lo que limita la posibilidad de trasladar automáticamente las categorías generales de participación; por ello, la sola existencia de una influencia externa no basta para afirmar la instigación si dicha intervención no se integra en el núcleo estructural del injusto.

En consecuencia, se puede sostener que la imputación del particular como instigador en la negociación incompatible resulta fenomenológicamente incompatible con la estructura del tipo penal; pues el injusto se explica por la desviación del ejercicio de la función pública que corresponde exclusivamente al funcionario que interviene en la operación por virtud de su cargo. Por ello, la eventual intervención del particular no constituye necesariamente una determinación de la resolución criminal del *intraneus*, sino un elemento contextual de la actuación funcional; en aquellos supuestos en que la conducta del tercero adquiera relevancia penal, su valoración deberá analizarse con relación a otros delitos contra la administración pública cuya configuración típica sí contempla la interacción entre el funcionario y el particular.

Lo expuesto permite sostener que la imputación del tercero como instigador en la negociación incompatible enfrenta serias dificultades desde una perspectiva fenomenológica; sin embargo, en la doctrina penal se ha intentado justificar esta forma de intervención a partir de la denominada teoría de la unidad de imputación, la cual será analizada en el capítulo siguiente a fin de evaluar si constituye un fundamento válido para sustentar dicha imputación.

CAPITULO IV: La teoría de la unidad de imputación y sus alcances en la participación del *extraneus* en los delitos especiales

4.1. Origen y fundamentos de la teoría de la unidad de imputación

En el ámbito de la teoría de la autoría y la participación, la dogmática penal ha desarrollado diversas construcciones destinadas a explicar cómo debe imputarse la responsabilidad penal cuando en la comisión de un delito intervienen una pluralidad de personas; por ejemplo, se tiene la denominada teoría de la unidad de imputación, la cual sostiene que, cuando varias personas intervienen en la realización de un hecho punible, todos los intervinientes responden por un mismo injusto penal, aunque su intervención adopte formas distintas (como la autoría, la instigación o la complicidad); en esta concepción, la conducta de los partícipes se integra en el hecho del autor, manteniéndose la unidad del injusto penal pese a la diversidad de aportes individuales (Roxin, 1997a).

Desde esta perspectiva, el comportamiento del partícipe no constituye un injusto autónomo, sino que se integra en el injusto realizado por el autor principal; ya que la responsabilidad penal del instigador o del cómplice se construye a partir de su contribución al hecho del autor, de modo que todos responden por el mismo delito, aunque su intervención sea secundaria respecto de la ejecución del hecho.

Asimismo, esta concepción se encuentra estrechamente vinculada con el principio de accesoriedad de la participación, donde la responsabilidad penal del partícipe depende de la verificación de un hecho principal ejecutado por el autor. En la tradición dogmática alemana, este principio ha sido desarrollado a través de la teoría de la

accesoriedad limitada, según la cual basta con que el hecho principal sea típico y antijurídico para que pueda imputarse responsabilidad penal a quienes contribuyen a su realización (Jescheck & Weigend, 2014).

Por su parte, Roxin (1997, 2016) explica que la participación constituye una forma de intervención en el hecho del autor, por lo que el instigador y el cómplice no responden por un injusto independiente, sino por su contribución al injusto principal; así la imputación penal de los partícipes se fundamenta en su participación en el hecho del autor, lo que permite mantener la unidad del injusto penal aun cuando intervengan diversas personas en la realización del delito.

Por consiguiente, la relevancia de esta teoría se hace particularmente evidente en el ámbito de los delitos especiales, es decir, en aquellos tipos penales que requieren la concurrencia de una cualidad específica en el sujeto activo; por ello, en estos casos, surge el problema de determinar si un sujeto no posee dicha cualidad, el denominado *extraneus*, puede ser responsable penalmente por su intervención en el delito realizado por el sujeto cualificado.

La teoría de la unidad de imputación permite sostener que el *extraneus* puede responder por el mismo delito cometido por el autor cualificado, siempre que su intervención se configure como una forma de participación en el hecho principal; bajo esta lógica, la ausencia de la cualidad especial exigida por el tipo penal impediría atribuirle la autoría, pero no excluiría necesariamente su responsabilidad como instigador o cómplice, en la medida en que su conducta represente una contribución relevante a la realización del delito ejecutado por el sujeto cualificado. De esta manera, la responsabilidad del particular se fundamenta en su participación en el injusto del autor,

lo que permite imputarle el mismo delito aun cuando no reúna la condición especial requerida por el tipo penal (Abanto, 2004).

Asimismo, diversos autores han señalado que esta construcción dogmática cumple con una función relevante desde la perspectiva político-criminal, ya que permite evitar espacios de impunidad en aquellos supuestos en los que personas que carecen de la cualidad especial exigida por el tipo penal intervienen de manera significativa en la realización del delito; por lo que la responsabilidad del *extraneus* puede fundamentarse en su participación en el hecho del autor cualificado, pese a que carezca de la condición especial requerida por el tipo penal (Abanto, 2004; García, 2019; Mir Puig, 2016).

Sin embargo, la aplicación de esta teoría en el ámbito de los delitos especiales ha generado importantes debates en la doctrina penal contemporánea, pues se cuestiona si la unidad de imputación resulta suficiente para justificar la responsabilidad del *extraneus* en aquellos delitos sustentados en la infracción de un deber institucional específico. Diversos autores han señalado que el injusto penal se vincula directamente con la titularidad del deber funcional, lo que plantea dificultades para integrar en dicho injusto la intervención de sujetos que carecen esa posición institucional (Roxin, 1997; García, 2019).

En consecuencia, el injusto penal no se explica únicamente por la configuración del comportamiento típico, sino por el quebrantamiento de un deber institucional que solo recae sobre determinados sujetos cualificados; por lo que se plantea interrogantes respecto a si la intervención de un tercero que carece de dicho deber puede integrarse realmente en el injusto del delito o si, por el contrario, la construcción típica impone límites a la extensión de la responsabilidad penal mediante las reglas generales de participación.

Por ello, aunque la teoría de la unidad de imputación constituye un marco conceptual relevante para explicar la responsabilidad de los intervinientes en los delitos especiales, su alcance y sus límites deben examinar con particular atención cuando se trata de delitos cuya justificación se encuentra en la infracción de un deber funcional; pues resulta especialmente relevante cuando se analiza los delitos contra la administración pública, en los que la intervención de sujetos ajenos a la función pública plantea complejas cuestiones respecto a la imputación penal.

4.2. La unidad de imputación en los delitos especiales

La aplicación de la teoría de la unidad de imputación adquiere particular relevancia en el campo de los delitos especiales, ya que exigen la concurrencia de una cualidad específica en el sujeto activo; asimismo, en este tipo de delitos, el legislador restringe la autoría a determinados sujetos que poseen una posición jurídica particular frente al bien jurídico protegido, lo que suscita el problema de establecer cómo debe imputarse responsabilidad penal a quien interviene en el hecho sin poseer dicha cualidad.

En ese marco, surge la figura del *extraneus* que es entendida como el sujeto que concurre en la realización del delito sin reunir la condición especial exigida por el tipo penal; al contrario del *intraneus*, que posee la cualidad personal requerida para ser autor de delito. Esta diferencia permite explicar cómo, en los delitos especiales, la autoría se reserva a quienes poseen la condición especial prevista en la norma penal, mientras que quienes carecen de ella solo pueden intervenir mediante formas de participación (Silva, 2001).

La teoría de la unidad de imputación ha sido utilizada por parte de la doctrina para sostener que esta limitación no impide necesariamente la punibilidad del *extraneus*, pues

la intervención del tercero puede imputarse como una forma de participación en el hecho del autor cualificado, de modo que el *extraneus* respondería por el mismo delito cometido por el funcionario, aunque su intervención adopte la forma de instigación o complicidad; por consiguiente, bajo esta concepción, la falta de la cualidad especial exigida por el tipo penal impediría atribuirle la autoría, pero no excluiría su responsabilidad como partícipe, ya que su conducta contribuye a la realización del hecho punible ejecutado por el sujeto cualificado (Roxin, 1997a; Mir Puig, 2016).

Desde esta perspectiva, el fundamento de la responsabilidad del tercero se encuentra en su intervención en el injusto realizado por el autor, pues la unidad del hecho punible permitiría extender la imputación penal a todos los intervinientes que contribuyen a su realización, incluso cuando alguno de ellos carezca de la cualidad especial exigida por el tipo penal; por ende, el *extraneus* no responde por un injusto autónomo, sino por su intervención en el hecho del autor cualificado.

Asimismo, parte de la doctrina ha considerado esta construcción como una solución destinada a evitar espacios de punibilidad en aquellos supuestos en los que personas que no poseen la cualidad especial exigida por el tipo penal intervienen de manera relevante en la realización del delito; en ese sentido, la teoría de la unidad de imputación permitiría extender la responsabilidad penal al *extraneus* mediante las reglas generales de participación, incluso cuando careza de la cualidad requerida para la autoría (Abanto, 2004; García, 2019; Mir Puig, 2016).

De igual manera, es necesario señalar que en la doctrina penal no existe consenso absoluto respecto del alcance esta construcción en los delitos especiales, ya que una parte sostiene que la falta de la cualidad especial exigida por el tipo penal no impide la

responsabilidad del *extraneus* como partícipe, siempre que su intervención contribuya a la realización del hecho del autor cualificado; bajo esta consideración, la unidad de imputación permitiría la responsabilidad penal al *extraneus* mediante las reglas generales de participación (Roxin, 1997b).

Sin embargo, otra parte de la doctrina advierte que la utilización de la teoría de la unidad de imputación presenta dificultades cuando el fundamento del injusto radica en la infracción de un deber institucional específico, pues, en los delitos de infracción de deber, el núcleo del injusto se encuentra en la vulneración de una obligación funcional que solo recae en determinados sujetos cualificados; por tanto, aunque el *extraneus* pueda intervenir en el hecho mediante formas de participación, el injusto del delito se vincula primariamente con la vulneración del deber por parte del sujeto obligado, lo que exige analizar con cautela la extensión de la imputación penal a sujetos que no ostentan dicha posición institucional (García, 2019).

Esta discusión adquiere especial relevancia en las figuras delictivas contra la administración pública, donde el injusto suele vincularse directamente con la posición institucional del funcionario público, pues la responsabilidad se configura a partir de la relación funcional que el sujeto mantiene con la administración y de los deberes que derivan de dicha posición; en consecuencia, la extensión automática de la responsabilidad penal al *extraneus* mediante las reglas generales de participación puede entrar en tensión con la estructura normativa del tipo penal.

Entonces, aunque la teoría de la unidad de imputación ofrece un marco conceptual para explicar la intervención del *extraneus* en los delitos especiales, su aplicación debe

analizarse con cautela cuando la base del delito radica en la infracción de un deber institucional exclusivo del agente cualificado.

4.3. La participación del *extraneus* en los delitos especiales según la doctrina

La participación del *extraneus* en los delitos especiales constituye uno de los problemas más debatidos en la dogmática penal contemporánea, pues se caracterizan por exigir una cualidad especial del autor, generalmente vinculada a una determinada posición institucional, profesional o funcional; en consecuencia, surge la cuestión de si una persona que no posee dicha cualidad puede ser considerada penalmente responsable cuando interviene en la realización del hecho delictivo.

En la teoría clásica de la autoría, el criterio determinante para determinar al autor del delito ha sido el dominio del hecho, ya que el autor es quien posee el control funcional del curso del acontecimiento delictivo y dirige la realización del hecho punible (Roxin, 1963); asimismo, esta teoría permitió superar concepciones puramente causales de la autoría y establecer criterio normativo basado en el control del desarrollo del delito.

Sin embargo, el propio Roxin (2014) advierte que el criterio del dominio del hecho no resulta suficiente para explicar todos los supuestos de responsabilidad penal, pues existen delitos cuya estructura no se fundamente en el control del curso causal del hecho, sino en la infracción de un deber especial vinculado a una determinada posición institucional; en estos casos, la autoría no se establece por el dominio del hecho, sino por la titularidad del deber cuya infracción constituye el núcleo del injusto.

Este es el caso de los denominados delitos de infracción de deber, donde el fundamento del injusto penal se encuentra en la vulneración de obligaciones

institucionales que solo recaen sobre determinados sujetos cualificados; así como la posición del autor frente al bien jurídico adquiere un papel central en la delimitación de la responsabilidad penal. A partir de esta distinción, surge el inconveniente de la intervención del *extraneus*, ya que si el delito se estructura sobre la infracción de un deber institucional que solo corresponde al agente cualificado, resulta necesario examinar hasta qué punto la intervención de terceros que no ostentan dicha posición puede integrarse en la estructura del injusto penal.

Una parte de la doctrina sostiene que la ausencia de la cualidad especial exigida por el tipo penal solo impide atribuir al *extraneus* la condición de autor, pero no excluye necesariamente su responsabilidad como partícipe, puesto que el tercero puede responder como instigador o cómplice si su intervención contribuye de manera relevante a la realización del delito ejecutado por el agente cualificado. Por tanto, este enfoque se apoya en la idea de que el hecho punible constituye una unidad normativa a la que puede vincularse diversas formas de intervención, permitiendo que distintos sujetos concurren en la realización del mismo delito con diferentes niveles de responsabilidad penal (Jescheck & Weigend, 2014).

Dentro de esta concepción, la intervención del *extraneus* se explica mediante las categorías tradicionales de la participación, donde el autor cualificado realiza el núcleo del tipo penal, mientras que el tercero puede intervenir mediante actos de determinación o cooperación. De este modo, la responsabilidad del partícipe se fundamenta en su intervención en el hecho principal realizado por el autor, incluso cuando no posea las cualidades personales exigidas por el tipo penal para la autoría (Mir Puig, 2016).

Sin embargo, esta forma de explicar la intervención del *extraneus* ha sido objeto de cuestionamientos cuando se trata de delitos sustentado en la infracción de un deber especial; por ejemplo, en los denominados delitos de infracción de deber, el núcleo del injusto no se encuentra únicamente en la ejecución de una conducta típica, sino en la vulneración de un deber institucional que reca exclusivamente sobre determinados sujetos cualificados (Roxin, 2014); por ello, la participación del tercero no puede analizarse automáticamente mediante las reglas generales de la participación, sino que se requiere examinar la estructura específica del delito.

La doctrina nacional también ha advertido esta dificultad, pues manifiesta que, en los delitos de infracción de deber, la imputación se fundamenta en la vulneración del deber funcional que recae sobre el sujeto cualificado, lo que obliga a examinar con especial cautela la intervención de quienes no ostentan dicha posición institucional (García, 2019).

En consecuencia, el debate doctrinal sobre la participación del *extraneus* en los delitos especiales no se reduce a afirmar o negar de manera absoluta dicha posibilidad, pues el debate gira en torno a determinar hasta qué punto las reglas generales de participación puede aplicarse en delitos sustentados en la infracción de un deber institucional exclusivo del sujeto cualificado. Por ende, este problema adquiere especial relevancia en los delitos de administración pública, donde el injusto penal se vincula estrechamente con el ejercicio de la función pública.

4.4. Límites de la teoría de la unidad de imputación en los delitos de infracción de deber

Dicha teoría ha sido utilizada por parte de la doctrina para explicar la intervención de sujetos no cualificados en la realización de delitos especiales, ya que, según esta concepción, el hecho punible constituye una unidad normativa que permite imputar responsabilidad penal a los distintos intervinientes que contribuyen a su realización, incluso cuando algunos de ellos no reúnan la cualidad especial exigida por el tipo penal. Entonces, el sujeto cualificado respondería como autor del delito especial, mientras que el tercero que carece de dicha condición podría responder como partícipe, en calidad de instigador o cómplice, conforme a las reglas generales de la participación. (Jescheck & Weigend, 2014)

Sin embargo, la aplicación de esta teoría encuentra límites cuando se proyecta sobre los denominados delitos de infracción de deber, pues la base del injusto no reside únicamente en la realización de una conducta prohibida, sino en la vulneración de un deber institucional específico que la norma atribuye a determinados sujetos en razón de su posición funcional; por tanto, la imputación penal se vincula directamente con la titularidad del deber cuya infracción constituye el núcleo del injusto (Roxin, 2014).

De igual manera, la doctrina nacional destaca que, en los delitos de infracción de deber, la responsabilidad penal se sustenta en el incumplimiento del deber funcional que recae sobre el sujeto cualificado, lo que explica que la autoría se determina a partir de la posición institucional del agente frente al bien jurídico protegido (García, 2019); dicho de otro modo, el injusto se explica a partir de la posición normativa del sujeto frente al bien jurídico protegido.

No obstante, esto no significa que la sola infracción de deber agote el contenido del injusto penal, pues Pariona (2023) añade que la legitimación de la sanción penal no puede sustentarse únicamente en el quebrantamiento de un deber, sino que requiere también la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido. En esta línea, el injusto penal no se reduce a la dimensión normativa del deber funcional, sino que exige la concurrencia de un fundamento material que permita justificar racionalmente la intervención del Derecho penal; por ello, la infracción de deber solo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que se inserta en la estructura típica concreta del delito y se proyecta sobre el bien jurídico que la norma tutela.

Desde otra perspectiva, Jakobs (1997) ha señalado que, en los delitos estructurados sobre deberes institucionales, la imputación penal tiene que ver con el rol normativo que el sujeto ocupa dentro del ordenamiento jurídico, ya que la responsabilidad se fundamente en la defraudación de las expectativas normativas asociadas a la función que el ordenamiento atribuye al sujeto obligado. Por esta razón, la estructura de estos delitos no puede explicarse exclusivamente mediante categorías causales de intervención en el hecho, sino a partir de la posición institucional del sujeto frente al deber que le corresponde (Jakobs, 1997).

A partir de estas premisas, parte de la doctrina ha advertido que la aplicación indiscriminada de la teoría de la unidad de imputación puede conducir a extensiones indebidas de la responsabilidad penal, ya que se ha señalado que cuando el fundamento del injusto se encuentra en la infracción de un deber institucional específico, la imputación penal no puede construirse únicamente sobre la base de la intervención fáctica del tercero en el contexto del delito (Mir Puig, 2016; Bacigalupo, 2007); por tanto,

en estos casos, resulta necesario examinar si la conducta del *extraneus* guarda una relación jurídicamente relevante con la inobservancia del deber que define el injusto penal.

Asimismo, esta dificultad se hace especialmente visible en los delitos vinculados con el ejercicio de la función pública, pues la responsabilidad penal se encuentra estrechamente ligada a los deberes institucionales que pesan sobre el agente público en el desempeño de su cargo; por ende, la intervención de terceros que no ostentan dicha posición debe analizarse con cautela, a fin de evitar interpretaciones que desnaturalicen el fundamento normativo del delito.

En la doctrina nacional, García (2019) ha señalado que la base del injusto penal se encuentra en la vulneración del deber funcional que recae sobre la persona cualificada, por lo que la autoría se determina a partir de la posición institucional del agente frente al bien jurídico tutelado; por consiguiente, a partir de esta concepción, la intervención de sujetos que no cuenten con dicha posición institucional exige un análisis particularmente cuidadoso en el marco de las reglas de participación.

Por tanto, la teoría de la unidad de imputación no se puede entender como una regla que permita extender de manera automática la responsabilidad penal del delito especial a cualquier tercero que intervenga en el contexto fáctico del hecho, pues su aplicación dependerá de la estructura específica del tipo penal y del fundamento del injusto que lo caracteriza. Entonces, cuando el delito se construye sobre la infracción de un deber institucional exclusivo del sujeto cualificado, la intervención del *extraneus* exige un análisis más riguroso orientado a determinar si su conducta puede integrarse

realmente en la estructura normativa del delito o si permanece fuera del ámbito de imputación propio del tipo penal.

A partir de estas consideraciones, resulta necesario examinar con mayor detenimiento el alcance de esta teoría con relación a determinados delitos contra la administración pública; particularmente, compete analizar si la teoría de la unidad de imputación ofrece un fundamento adecuado para imputar al *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible o si su aplicación en este contexto genera tensiones con la estructura normativa del tipo penal.

4.5. Insuficiencia de la teoría de la unidad de imputación para fundamentar la instigación en el delito de negociación incompatible

El desarrollo precedente permite advertir que dicha teoría ofrece un marco general para explicar la intervención del *extraneus* en los delitos especiales, pero no significa que resulte eficiente *per se* para fundamentar cualquier forma de participación en todos los tipos penales que exigen cualificación del autor; pues su aplicación depende de la forma en que está configurado cada delito y de cómo el tipo penal define el injusto que se pretende sancionar.

Asimismo, esta precisión adquiere singular importancia en los delitos de infracción de deber; ya que el núcleo de la imputación no se encuentra en el dominio del hecho ni en la mera contribución causal al resultado, sino en la lesión de un deber institucional que recae exclusivamente sobre el sujeto cualificado (Roxin, 2014). Aunado a ello, García (2019) indica que, en los delitos funcionariales, la responsabilidad penal se construye a partir del quebrantamiento del deber funcional propio del cargo y no a partir de cualquier intervención externa en el contexto del hecho.

Desde esta premisa, la teoría de la unidad de imputación encuentra un primer límite: no basta afirmar que varias personas intervienen en un mismo acontecimiento para concluir automáticamente que todas pueden ser reconducidas al mismo injusto penal porque, en los delitos especiales propios, la unidad del hecho no elimina la necesidad de verificar si la intervención del tercero puede conectarse normativamente con el núcleo del tipo pena; de lo contrario, las reglas de la participación podrían aplicarse de manera muy amplia, atribuyendo responsabilidad penal a terceros sin considerar cómo está configurado realmente el injusto en este tipo de delitos.

Un segundo límite se advierte cuando analizamos la estructura específica del tipo penal, incluso si se admite que varias personas intervienen en el contexto del hecho, la imputación al *extraneus* solo será posible cuando su conducta pueda integrarse en el fundamento normativo del injusto previsto por el legislador; empero, en los delitos de infracción de deber, el núcleo del injusto radica en la vulneración de un deber especial que pesa exclusivamente sobre el sujeto cualificado.

Este problema se vuelve especialmente visible en la negociación incompatible, pues no describe un tipo penal estructurado sobre una relación bilateral entre el funcionario y el particular, sino una conducta centra en la forma en que el agente público ejerce las competencias vinculadas a su cargo; es decir, lo que el legislador sanciona es la desviación del ejercicio funcional hacia intereses indebidos en el marco de un contrato u operación en la que el funcionario participa en virtud de su cargo (Salinas, 2021).

Por lo cual, el aspecto decisivo no es simplemente que un tercero pueda verse beneficiado o que incluso haya tenido algún grado de intervención en el contexto fáctico, sino que el injusto del tipo se configura a partir de la actuación funcional del propio

funcionario; en consecuencia, la realización del delito depende de que el sujeto obligado oriente indebidamente su intervención administrativa, apartándose de los deberes que delimitan el ejercicio de su cargo, por lo que la consumación del delito se explica fundamentalmente por la conducta del agente público, sin que la estructura típica requiera la intervención necesario de un particular.

Por ello, la teoría de la unidad de imputación *per se* no permite fundamentar adecuadamente que el *extraneus* pueda ser considerado instigador del delito de negociación incompatible, pues la instigación exige que la resolución delictiva del autor surja como consecuencia del influjo ejercido por el tercero; es decir, que exista una verdadera determinación de la voluntad del autor hacia la realización del hecho punible (Jescheck & Weigend, 2014). No obstante, en un delito cuya esencia radica en la infracción de un deber funcional exclusivo del funcionario, la decisión de apartarse de ese deber permanece vinculada principalmente a la esfera institucional del *intraneus*, donde la eventual influencia del tercero puede explicar el contexto en el que se adopta la decisión, pero no basta, por sí sola, para integrar su conducta en el fundamento normativo del injusto.

En ese sentido, la insuficiencia de la teoría de la unidad de imputación no deriva de la inaplicabilidad de las reglas generales de participación a los delitos especiales, sino de una razón más específica: su incapacidad para resolver el problema estructural que plantea un tipo penal cuyo injusto se contruye sobre la infracción unilateral de un deber funcional. En efecto, como ha sido señalado en la doctrina nacional, la infracción de deber no agota el contenido del injusto penal, pues este exige además su proyección sobre el bien jurídico protegido, lo que obliga a analizar la configuración concreta del tipo

penal (Pariona, 2023); en otras palabras, dicha teoría permite explicar en abstracto cómo un tercero puede intervenir en el hecho de un autor cualificado, pero no determina automáticamente si dicha intervención puede adoptar la forma de instigación.

Por este motivo, la imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible no puede justificarse únicamente invocando la unidad del hecho punible o el principio de accesoriedad de la participación, también es necesario verificar si la estructura del delito permite considerar que la participación del particular se proyecta realmente sobre el núcleo del injusto; por ello, es precisamente en este punto donde aparecen los límites de esta construcción, ya que el delito de negociación incompatible se consuma cuando el funcionario, en el ejercicio de sus funciones, tiene un interesamiento indebido en un contrato u operación en la que participa en virtud de sus competencias funcionales.

Como ya lo mencionamos precedentemente, para que el delito exista no es necesario que participe un particular, pues la conducta típica se explica fundamentalmente por la actuación funcional del propio funcionario; por tal razón, la teoría de la unidad de imputación no basta para afirmar que un tercero pueda ser considerado instigador del delito, pues el quebrantamiento del deber funcional (que constituye el núcleo del injusto) se produce en la esfera de actuación de la función pública.

En consecuencia, puede sostenerse que la teoría de la unidad de imputación constituye una herramienta explicativa útil en el plano general de la participación en delitos especiales, pero no un fundamento suficiente para legitimar la atribución de instigación al particular en la negociación incompatible. En este ámbito, la solución no

puede construirse mediante una extensión automática de las categorías de la Parte General, sino a partir del examen específico de la estructura del tipo penal y del mundo en que se configura su injusto; ya que cuando la conducta del particular adquiera relevancia penal, su valoración deber examinarse, en su caso, con relación a otros delitos contra la administración pública cuya configuración típica sí contempla de manera expresa o necesaria la intervención de terceros.

CAPÍTULO V: Análisis comparativo con otros delitos de la administración pública

5.1. Consideraciones para el análisis comparativo

El estudio de la participación del tercero en la negociación incompatible requiere situar el problema dentro del contexto de los delitos contra la administración pública; en ese marco, la doctrina ha señalado que el bien jurídico tutelado se vincula con el adecuado funcionamiento de la administración pública, en particular con los parámetros de imparcialidad, legalidad y objetividad en el ejercicio funcional (Salinas, 2021).

No obstante, la existencia de un mismo ámbito de tutela no implica que estos delitos presenten una estructura típica homogénea, ya que los delitos contra la administración pública responden a distintas formas de afectación del desempeño de la función pública, lo que se traduce en modelos de tipificación diversos según el modo en que el legislador articula la relación entre el deber funcional del agente y la protección del bien jurídico (García, 2019); por consiguiente, la configuración del injusto penal no es uniforme, sino que depende de la estructura específica de cada figura delictiva.

En ese contexto, el método comparativo se justifica como una herramienta adecuada para identificar las diferencias estructurales entre los distintos delitos y evaluar sus implicancias en materia de imputación penal; puesto que el análisis sistemático de los delitos exige no solo considerar cada tipo penal de manera aislada, sino también examinar su ubicación y función dentro del conjunto del ordenamiento jurídico (Mir Puig, 2016); por ello, la comparación permite advertir los distintos modelos normativos empleados por el legislador para regular la intervención de terceros.

En consecuencia, el presente capítulo adopta un enfoque comparativo a fin de examinar la forma en la que el legislador regula la intervención del particular en determinados delitos contra la administración pública, como los delitos de colusión y cohecho, pues constituyen supuestos en los que la intervención del *extraneus* no solo resulta relevante, si no que forman parte del propio diseño típico del injusto penal, ya sea mediante su incorporación en la estructura del tipo o a través de la tipificación autónoma de su conducta.

El objetivo de este análisis no es desarrollar un estudio exhaustivo de dichos delitos, sino identificar aquellos elementos estructurales relevantes para la presente investigación; particularmente, el análisis comparativo se centrará en tres aspectos: i) la estructura del tipo penal, ii) el papel que cumple el particular en la configuración del injusto y iii) las consecuencias que dicha configuración provoca en el ámbito de la imputación penal.

Este enfoque permitirá construir un marco de referencia que facilite la comprensión de la negociación incompatible a partir de la identificación de sus diferencias estructurales con otros delitos en los que la intervención del particular sí forma parte núcleo del injusto. De este modo, el análisis comparativo contribuirá a delimitar con mayor precisión los alcances de la participación del *extraneus*, evidenciando si su intervención puede integrarse en la estructura típica o si, por el contrario, permanece al margen del fundamento normativo del delito.

5.2. El delito de colusión y la intervención estructural del particular

El delito de colusión, previsto en el artículo 384 de la norma, es uno de los principales ilícitos contra la administración pública cuya configuración típica se caracteriza por la necesaria intervención conjunta del funcionario y el particular interesado en la operación estatal. A diferencia de otros delitos funcionariales, en los que el injusto puede agotarse en la actuación unilateral del agente público, la colusión exige la existencia de una concertación con el particular, lo que determina que la intervención del *extraneus* no sea accesoria ni continente, sino estructural para la configuración del tipo penal.

En efecto, la figura delictiva sanciona al funcionario que, interviniendo en virtud de su cargo en procesos de contratación o en cualquier operación estatal, se concierta con los interesados para defraudar al Estado; por lo que la exigencia de concertación revela que el injusto no se construye exclusivamente sobre la transgresión del deber funcional de lealtad o imparcialidad, sino sobre la articulación de voluntades entre el agente público y el particular, orientadas a la obtención de un beneficio indebido en perjuicio del patrimonio estatal; por tanto, la colusión se configura como un delito de encuentro, en el que la interacción entre los sujetos intervinientes constituye el núcleo mismo de la conducta típica.

Desde una perspectiva dogmática, esta estructura impide reducir la colusión a un delito de infracción de deber en sentido estricto, pues si bien el funcionario público infringe deberes institucionales derivados de su cargo, el injusto penal no se agota en dicha infracción, sino que requiere la concurrencia de un acuerdo colusorio con el particular. Según Roxin (1997b), existen supuestos en los que el injusto penal no se

configura únicamente a partir de la vulneración de un deber especial, sino que exige una estructura relacional en la que intervienen varios sujetos, lo que obliga a complementar el análisis con criterios vinculados al dominio funcional del hecho; en la misma línea, Jakobs (1997) sostiene que la imputación penal debe atender a la posición normativa de los intervinientes dentro del hecho, ya que, en determinados delitos, la conducta del particular no es externa al injusto, sino parte integrante de la estructura típica.

Desde la doctrina nacional, Pariona (2023) advierte que el injusto no puede ser entendido como un mero incumplimiento del deber, sino que debe analizarse en función de la forma concreta en que se afecta el adecuado funcionamiento de la administración pública. Por ejemplo, en la colusión dicha afectación se produce a través de la concertación entre el funcionario y el particular, lo que impide excluir a este último del ámbito de la tipicidad, pues su intervención resulta necesaria para la realización del injusto (Pariona, 2023); en la misma línea, Salinas (2021) destaca que el elemento esencial del delito radica en el acuerdo colusorio para defraudar al Estado, lo que evidencia que el particular no es un mero beneficiario de la conducta del funcionario, sino un interviniente cuya actuación resulta determinante en la configuración del delito.

La Corte Suprema, a través de la Casación N.º 4199-2024 Moquegua, ha señalado que la concertación con el interesado define a la colusión como un “delito de encuentro, de participación necesaria con el *extraneus*, contraparte del agente público” (fundamento jurídico cuarto), precisando también que en su modalidad agravada se requiere la producción de un perjuicio patrimonial al Estado, mientras que en la simple se sanciona anticipadamente el acuerdo colusorio como un delito de peligro abstracto (fundamento jurídico cuarto). Asimismo, esta caracterización resulta relevante porque

que la intervención del particular no solo es compatible con la estructura del tipo penal, sino que constituye un elemento imprescindible para su configuración.

En la misma, mediante la Casación N.º 780-2021 Áncash, se sostiene que la conducta típica de la colusión exige que el funcionario público “se concierte con el particular en la preparación, celebración o ejecución de un contrato estatal con la finalidad de defraudar los intereses del Estado” (fundamento jurídico cuarto), lo cual implica la fijación deliberada de condiciones contractuales indebidas o la manipulación del proceso de contratación en beneficio del particular. Asimismo, se precisa que, si bien el *extraneus* no ostenta la cualificación especial exigida al funcionario, su intervención resulta necesaria para la realización del hecho, por lo que su responsabilidad penal se configura a título de partícipe, en función de su contribución al acuerdo colusorio (fundamento jurídico quinto).

En ese marco, la presencia de un acuerdo entre el funcionario y el particular parte del presupuesto mismo de la tipicidad, lo que excluye cualquier posibilidad de comprender este delito como una infracción unilateral del deber funcional; así la concertación implica una coincidencia de voluntades orientada a defraudar al Estado, lo que determina que ambos intervinientes contribuya, desde sus respectivas posiciones, a la realización de injusto penal.

En consecuencia, el particular ocupa un lugar normativamente relevante dentro de la estructura típica del delito de colusión porque no se trata de un sujeto externo o accesorio, sino de un interviniente necesario cuya conducta se integra en el núcleo del injusto; por lo que esta característica diferencia claramente a la colusión de otros delitos contra la administración pública en los que la conducta del *extraneus* no forma parte de

la estructura típica, lo que resulta fundamental para el análisis comparativo que se desarrolla en el presente capítulo.

Por lo tanto, el delito de colusión evidencia un modelo de tipificación en el que el legislador ha incorporado expresamente al particular dentro de la dinámica del injusto penal, configurando un supuesto en que la responsabilidad del *extraneus* no deriva de una extensión forzada de las reglas de participación, sino de su intervención directa en la conducta típica. Por tanto, con relación a la colusión, podemos afirmar que la participación del particular no es algo secundario, sino parte esencial del propio delito.

5.3. El delito de cohecho y la tipificación autónoma de la conducta del particular

El cohecho, regulado en los artículos 393 a 398 de la norma sustantiva, presenta una configuración normativa particular dentro de los delitos contra la administración pública, pues se ha previsto de manera diferenciada la responsabilidad del funcionario y del particular. En contraste con lo que ocurre la colusión, en donde la intervención del *extraneus* se integra estructuralmente en un mismo tipo penal a través de la concertación; en el cohecho se ha optado por un modelo de tipificación autónoma, en que la conducta del particular es sancionada mediante tipos penales propios.

Conforme a nuestro código sustantivo, el cohecho se distingue entre el cohecho pasivo (atribuido al funcionario o servidor que solicita, recibe o acepta un beneficio indebido) y el cohecho activo (atribuido al particular que ofrece, promete o entrega dicho beneficio); donde esta estructura evidencia que el legislador no ha concebido la conducta del particular como una manera de participación en el delito del funcionario, sino como

un injusto penal independiente, cuya relevancia se explica por su contribución directa a la afectación del adecuado funcionamiento de la administración pública.

El Derecho Penal puede estructurar tipos penales diferenciados cuando distintas conductas (incluso relacionadas entre sí) lesionan el bien jurídico desde perspectivas autónomas, lo que permite prescindir del principio de accesoriedad de la participación y atribuir responsabilidad directa a cada interviniente en función de su propio comportamiento (Roxin, 1997a); por ello, la tipificación del cohecho activo constituye una manifestación expresa de esta lógica, pues el legislador ha optado por sancionar directamente la conducta del *extraneus* como autor de un delito independiente.

La doctrina nacional introduce una precisión relevante para la correcta comprensión de estos delitos, pues Pariona (2023) advierte que la infracción de un deber especial no basta por sí sola para fundamentar el injusto penal, sino que es necesario que dicha infracción implique además la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado. En esa medida, el análisis de los delitos contra la administración pública no puede reducirse a una lectura puramente formal del deber funcional, sino que debe considerar la afectación material del adecuado funcionamiento de la administración pública como elemento integrante del injusto.

En ámbito específico del cohecho pasivo, la doctrina nacional destaca que ha sido comprendido por la jurisprudencia como un supuesto de infracción de deber; ya que, como señala Pariona (2023), la Corte Suprema menciona que el núcleo del comportamiento típico radica en la violación del deber especial “de actuar con imparcialidad, rectitud, transparencia y objetividad”, lo que ha sido expresamente reconocido en la Casación N.º 50-2021 Puno (p. 12); por ende, la responsabilidad del

funcionario se explica a partir de su posición institucional y del deber funcional que le corresponde en el desempeño funcional.

Empero, esta lógica no se proyecta automáticamente sobre el *extraneus*, pues a diferencia del funcionario, el particular no es el titular del deber especial cuya infracción configura el núcleo del injusto en el cohecho pasivo, por lo que su responsabilidad no puede construirse exclusivamente a partir de la teoría de la infracción de deber; por lo cual adquiere mayor relevancia la tipificación del cohecho activo, ya que el legislador decidió sancionar directamente la conducta del particular, sin necesidad de reconducirla al ámbito de la participación en el delito del funcionario.

A nivel jurisprudencial, a través del Recurso de Nulidad N.º 2298-2014 Callao, la Corte Suprema precisó que la configuración del delito de cohecho activo exige la acreditación de los medios corruptores previstos en el tipo penal, tales como el ofrecimiento, promesa o entrega de un beneficio indebido (fundamento jurídico cuarto), lo que evidencia que la responsabilidad del particular se construye a partir de elementos típicos propios y no en función de su vinculación con la conducta del funcionario; por ende, el *extraneus* no es considerado un partícipe del delito del funcionario, sino autor de un injusto autónomo.

Por otro lado, la Casación N.º 1400-2017 Sullana donde si bien se refiere al delito de cohecho pasivo propio, resulta ilustrativa porque reconoce la posibilidad de intervención de terceros bajo formas de participación, precisando que la complicidad puede configurarse incluso desde los actos preparatorios hasta momentos previos de la consumación (fundamento jurídico treinta); por lo tanto, esta precisión permite advertir que, dentro del sistema del cohecho, coexisten dos niveles de imputación: por un lado,

la responsabilidad autónoma del particular en el cohecho activo y, por otro, la eventual participación en el delito del funcionario bajo las reglas generales de la participación.

Por tanto, el delito de cohecho evidencia un modelo de tratamiento del *extraneus* distinto porque en la colusión la intervención del particular se integra en la estructura del tipo penal como un elemento necesario del injusto; mientras que el cohecho su conducta se encuentra tipificada de manera independiente, lo que elimina la necesidad de recurrir a construcciones dogmáticas forzadas para fundamentar su responsabilidad penal. Por esa razón, en principio, el particular no es un partícipe del delito del funcionario, sino autor de un delito propio.

Asimismo, esta configuración resulta particularmente relevante para el análisis comparativo desarrollado en el presente capítulo porque cuando el legislador consideró necesario sancionar el comportamiento del particular en la esfera de la función pública, lo hizo expresamente mediante la creación de tipos penales autónomos; por lo que la regulación del cohecho confirma que la intervención del *extraneus* puede ser abordada normativamente de forma directa, sin necesidad de extender de manera forzada las categorías de participación.

De esta manera, el delito de cohecho constituye un segundo modelo de tratamiento del particular en los delitos contra la administración pública, caracterizado por la tipificación autónoma de su conducta; así como, conjuntamente con la colusión, permite establecer un marco doctrinal claro para el análisis de la negociación incompatible, en el que la ausencia de una regulación similar respecto del *extraneus* presenta particular importancia desde la dogmática.

5.4. Diferencias estructurales con el delito de negociación incompatible

El análisis de los delitos de colusión y cohecho permite identificar dos modelos diferenciados en el tratamiento normativo del comportamiento del particular dentro de los delitos contra la administración pública; dado que, en la colusión, el *extraneus* forma parte estructural del injusto a través de la concertación con el funcionario público, mientras que, en el cohecho, la conducta del particular es objeto de una tipificación autónoma que lo convierte en autor de un delito independiente. En ese marco, en ambos delitos la intervención del particular encuentra un fundamento normativo expreso, ya sea mediante su incorporación en la estructura de la figura delictiva o a través de la previsión de tipos penales diferenciados.

Desde el marco normativo, la negociación incompatible es una configuración sustancialmente distinta pues el artículo 399 del código sustantivo sanciona al funcionario o servidor que, en el ejercicio de sus funciones, se interesa indebidamente en un contrato u operación en la que interviene en virtud de su posición funcional. En contraposición de los delitos antes mencionados, el tipo penal no exige una concertación con el particular ni tampoco contempla la intervención de un tercero como elementos estructurales de la conducta típica, lo que revela que la configuración de la negociación incompatible responde a una lógica distinta.

Desde una perspectiva dogmática, la negociación incompatible ha sido comprendida como un supuesto de infracción de deber, donde el núcleo del injusto reside en la vulneración del deber funcional que recae sobre el funcionario público; por su parte, la Corte Suprema, a través de la Casación N.º 841-2015 Ayacucho, precisó que se trata de un delito cuya estructura típica no admite intervención de tercero, ya que implica la

vulneración de un deber especial reservado únicamente para el agente público, y que su configuración no requiere la intervención de un tercero; por lo que no se trata de un delito de participación necesaria (fundamento jurídico trigésimo). En la misma línea, la Casación N.º 184-2020 Lima Norte estableció que “la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero”, añadiendo que, de presentarse dicha intervención, el supuesto correspondería a un delito distinto como la colusión o el cohecho (fundamento jurídico noveno).

En consecuencia, esta característica resulta decisiva para el estudio de la intervención del *extraneus*, pues a diferencia de lo que ocurre con la colusión (donde la concertación constituye el núcleo del tipo penal) y el cohecho (el legislador no ha previsto un tipo penal autónomo que permita sancionar directamente la conducta del particular vinculada a este delito), en la negociación incompatible la eventual intervención de un particular no integra la configuración típica, por lo que carece de un fundamento normativo expreso conforme al artículo 399 del nuestro código sustantivo.

Asimismo, esta ausencia no puede ser suplida mediante una aplicación extensiva de las reglas de participación, pues la imputación penal se encuentra vinculada a la titularidad del deber especial cuya infracción constituye el núcleo del injusto. En ese marco, el *extraneus*, al no tener dicha posición institucional, no puede ser considerado autor del delito; pero, además, la falta de integración de su conducta en la estructura típica impide también su incorporación como partícipe.

Con relación a lo mencionado, resulta importante precisar que la infracción de un deber especial no basta por sí sola para fundamentar el injusto penal, siendo necesario también la afectación del bien jurídico protegido (Pariona, 2023). Bajo esta premisa, el

comportamiento del sujeto no cualificado en el contexto de una negociación incompatible no puede ser subsumido automáticamente dentro del injusto del funcionario, pues no forma parte del modo en que se configura la inobservancia del adecuado funcionamiento de la administración pública.

En cambio, cuando la intervención del particular adquiere relevancia durante el desarrollo de una actuación estatal, suele evidenciarse la configuración de otros delitos cuya estructura sí contempla su participación, como la colusión o el cohecho; en ese marco, la presencia del *extraneus* no amplía el ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible, sino que constituye un indicio de que el supuesto fáctico debe ser reconducido a un tipo penal distinto.

Por tanto, la negociación incompatible se diferencia estructuralmente tanto de la colusión como del cohecho con relación al tratamiento del *extraneus*; puesto que no se trata de un delito de encuentro ni de un supuesto de tipificación autónoma de la conducta del particular, sino de un delito unilateral de infracción de deber en el que el injusto se agota en la conducta del funcionario público.

Esta diferencia estructural tiene implicancias directas para la participación porque permite afirmar que la imputación del *extraneus* como instigador no solo carece de sustento dogmático, sino que resulta fenomenológicamente inviable; pues al tratarse de un delito de infracción de deber cuya realización se agota en la actuación funcional del sujeto cualificado, la decisión de interesarse indebidamente en un contrato u operación se encuentra necesariamente anclada en la esfera institucional del funcionario público. En ese marco, la eventual intervención de un tercero puede explicar el entorno fáctico en

que se adopta dicha decisión, pero no puede integrarse en el núcleo del injusto ni determinar la resolución delictiva en los términos exigidos por la figura de la instigación.

En ese sentido, si bien la instigación se encuentra prevista en la Parte General de nuestro código sustantivo, su aplicación no es automática ni irrestricta, sino que exige compatibilidad con la estructura del delito concreto; como en la negociación incompatible, dicha compatibilidad no se verifica, no por la ausencia abstracta de la figura de instigación, sino porque el modo en que el legislador ha configurado el injusto excluye que la decisión delictiva pueda ser jurídicamente atribuida a la influencia de un tercero.

De esta manera, la intervención del *extraneus* no solo queda fuera del ámbito típico, sino que tampoco puede ser reconstruida mediante las categorías de la participación sin alterar el fundamento mismo del delito; por tanto, la imputación del *extraneus* como instigador no constituye una aplicación legítima de la Parte General, sino extensión incompatible con la lógica interno del tipo penal.

5.5. Consecuencias dogmáticas para la participación del *extraneus*

El análisis comparativo desarrollado en el presente capítulo permite establecer que el comportamiento del particular en los delitos contra la administración pública no responde a un modelo uniforme, sino que depende de la configuración específica de la figura delictiva. Como lo hemos desarrollado, en el delito de colusión, el *extraneus* forma parte estructural del injusto a través de la concertación con el funcionario; mientras que, en el cohecho, la conducta es objeto de una tipificación autónoma que lo convierte en autor de un delito independiente; en ambos casos, la intervención del particular encuentra un fundamento normativo expreso dentro del sistema penal.

En cambio, la negociación incompatible presenta una estructura sustancialmente distinta, ya que se trata de un delito de infracción de deber, especial propio y de carácter unilateral, en el que el injusto se configura exclusivamente a partir del comportamiento funcional del funcionario (Pérez, 2023); a su vez, la conducta típica se agota en el acto del interesamiento indebido en un contrato u operación en la que participa en virtud de su posición institucional, sin requerir la participación de un tercero ni prever su intervención como elemento del tipo penal.

Asimismo, su configuración determina que la participación del *extraneus* carezca de un espacio normativo propio dentro del delito de negociación incompatible, pues a diferencia de la colusión, no existe una relación estructural entre el funcionario y el particular que permita integrar la conducta de este último en el núcleo del injusto; así como en el cohecho, tampoco se ha previsto una tipificación autónoma que habilite su sanción directa. En consecuencia, la conducta del particular no puede ser comprendida ni como elemento típico ni como supuesto de autoría independiente dentro de este delito.

Aunado a ello, si bien la instigación se encuentra regulada en el artículo 24 de la norma sustantiva, su aplicación no es automática ni generalizada, sino que depende de que la conducta del tercero pueda ser jurídicamente reconducida al modo en que se configura el injusto del delito; ya que tratándose de la negociación incompatible, dicha compatibilidad no se verifica, pues la decisión del interesamiento indebido en el contrato u operación se encuentra anclada en la esfera funcional del sujeto cualificado, sin que pueda ser atribuida, en términos jurídicos, a la influencia de un tercero.

Desde esta perspectiva, la imputación del *extraneus* como instigador no solo carece de sustento en la estructura del tipo penal, sino que resulta incompatible con la

forma en que se configura el injusto en este delito; donde la eventual intervención del particular puede explicar el contexto fáctico en el que se desarrolla la conducta del funcionario, pero no permite trasladar la autoría de la decisión delictiva ni integrar su conducta dentro del núcleo típico (Casación N.º 841-2015 Ayacucho; Casación N.º 184-2020 Lima Norte).

Además, en la negociación incompatible, la atribución de responsabilidad penal al particular genera el riesgo de extender indebidamente el ámbito de aplicación de la figura delictiva, incorporando supuestos que el legislador no ha previsto; por ejemplo, en los casos en que la intervención del particular adquiere relevancia penal, se suele evidenciar la configuración de otros delitos contra la administración pública cuya estructura sí contempla su participación, como la colusión o el cohecho; así la presencia de *extraneus* no amplía el alcance del artículo 399 de la norma penal, sino que orienta la correcta subsunción hacia otros tipos penales.

En consecuencia, puede sostenerse que la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, como instigador, no solo carece de fundamento dogmático, sino que resulta incompatible con la estructura del tipo penal; puesto que la aplicación de las categorías de la participación en este ámbito no puede operar como un mecanismo de extensión del Derecho Penal, sino que debe respetar los límites derivados de la configuración del injusto.

Por tanto, la imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible debe ser descartada, ya que no resulta compatible con la estructura del tipo penal; pues si bien la instigación se encuentra regulada en el artículo 24 del Código

Penal, su aplicación exige que el comportamiento del tercero pueda integrarse en la forma en que la figura delictiva configura el injusto.

Desde el plano dogmático, dicha integración no es posible en este delito, por lo que su aplicación no solo resulta incorrecta, sino fenomenológicamente inviable, al pretender atribuir a un tercero la determinación de una conducta que se define exclusivamente a partir del ejercicio indebida de una función pública.

CAPÍTULO VI: PRÁCTICA FISCAL Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

6.1. La práctica fiscal: Imputación extensiva del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible

El análisis dogmático desarrollado en los capítulos anteriores permite advertir que la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible presenta límites derivados de la propia estructura del tipo penal; sin embargo, esta construcción teórica no se refleja de manera consistente en la práctica del Ministerio Público, ya que es posible identificar una tendencia a imputar responsabilidad penal a sujetos no cualificados en calidad de instigadores a partir de una interpretación extensiva de las reglas de participación.

Principalmente, esta práctica se manifiesta en el ámbito de las investigaciones realizadas por el Área de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales del Ministerio Público, encargada de conocer los casos vinculados a sujetos aforados, pues ha venido atribuyendo a determinados sujetos (que no ostentan la calidad de funcionarios responsables de la decisión administrativo) haber influido o intervenido en procesos de contratación pública, como presuntos instigadores del delito de negociación incompatible. En estos supuestos, la atribución de responsabilidad no se construye sobre la base de una intervención funcional en el acto administrativo, sino a partir de conductas de influencia, recomendación o gestión informal frente al funcionario que adopta la decisión.

En ese marco, esta forma de imputación ha sido expresamente asumida por el Ministerio Público en comunicados oficiales, como las denuncias constitucionales formuladas contra las congresistas Yesica Rosselli Amuruz Dulanto y Magaly Rosmery Ruiz Rodríguez, en las que se les imputa la condición de presuntas instigadoras del delito de negociación incompatible (Ministerio Público, 2024a; 2024b); y donde la atribución de responsabilidad se formula en términos que vinculan la conducta del *extraneus* con la determinación de la decisión del funcionario, pues fiscalía sostiene que habrían influido o determinado su actuación funcional para interesarse indebidamente en determinadas contrataciones (LP Pasión por el Derecho, 2024).

Desde una perspectiva dogmática, el problema central radica en tratar de igualar determinadas conductas de influencia con la figura de la instigación, ya que la imputación parece partir de la premisa de que toda intervención externa que incida en el proceso de decisión del funcionario puede ser reconducida como instigación; no obstante, esta equivalencia no resulta compatible con las reglas de participación porque, según el artículo 24 de la norma sustantiva, la instigación supone que el sujeto “determina a otro a cometer el hecho punible”, lo que implica la generación o formación de la resolución delictiva del autor.

Asimismo, el punto no radica en negar que una recomendación, sugerencia o gestión pueda incidir fácticamente en la decisión del funcionario, pues es posible que dichas conductas influyan (incluso de manera relevante) en el proceso de la formación de su voluntad; sin embargo, no resulta suficiente para fundamentar la instigación en los términos exigidos por la norma penal. La instigación requiere que la decisión de cometer el hecho punible sea jurídicamente atribuible al influjo del tercero, lo que implica un tipo

de intervención distinto, pues no se trata solo de incidir en el proceso de decisión del funcionario, sino que exige la generación de la resolución delictiva conforme a lo establecido en nuestro código sustantiva.

Aunado a ello, esta problemática no se agota en una cuestión estrictamente dogmática, sino que también presenta una dimensión fenomenológica pues en el delito de negociación incompatible, la decisión relevante no es una decisión cualquiera en términos psicológicos, sino una decisión funcional, vinculada al ejercicio de competencias propias del cargo público; por tanto, el fenómeno delictivo se configura dentro de la esfera institucional del funcionario, quien es el único sujeto que puede participar en el proceso de contratación en virtud de su posición funcional.

Incluso cuando en el plano fáctico se pudiera acreditar la conducta del *extraneus* de influir en la decisión del funcionario, no resulta suficiente para atribuirle la determinación de la resolución delictiva; pues el problema no radica en la intensidad de la influencia, sino en la imposibilidad de integrar dicha conducta en la estructura del injusto, que se configura a partir de la infracción de un deber funcional exclusivo del sujeto cualificado. Dicho de otro modo, la influencia del tercero puede explicar el contexto en el que se adopta la decisión, pero no permite trasladar ni atribuir la resolución delictiva en los términos exigidos por la figura de la instigación.

De esta manera, la práctica fiscal analizada evidencia una tendencia a extender el alcance de la instigación más allá de los límites que impone la estructura del tipo penal, pues trata de atribuir responsabilidad penal a sujetos que, si bien puedan encontrarse vinculados fácticamente a los hechos, no participan en la configuración del injusto en los términos requeridos por el delito de negociación incompatible. Por tanto, esta tensión

entre la necesidad de persecución penal y los límites dogmáticos del tipo penal pone de manifiesto la necesidad de una delimitación más rigurosa de la intervención del *extraneus*, la cual será desarrollada a partir del análisis de la jurisprudencia nacional.

6.2. La jurisprudencia nacional: ausencia de uniformidad en la participación del *extraneus*

La jurisprudencia nacional permite señalar que la actuación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible no fue abordada de manera uniforme por la Corte Suprema, pues se advierte criterios interpretativos diferentes con relación a la viabilidad de atribuir responsabilidad penal al *extraneus* como partícipe, lo que evidencia una falta de consistencia en la comprensión de la estructura de la negociación incompatible.

En una primera línea interpretativa, a través del Recurso de Nulidad N.º 666-2016 Áncash, la Corte Suprema admitió la participación del *extraneus* al extender el ámbito de imputación más allá del sujeto cualificado, pues sostuvo que la responsabilidad penal puede alcanzar al particular en calidad de cómplice primario, ya que consideró que su intervención en el proceso de contratación y su vinculación con la empresa beneficiaria permiten integrar su conducta en la realización del hecho punible (fundamento jurídico noveno).

En esa misma línea, mediante la Casación N.º 1895-2019 Selva Central, se afirma que la participación en los delitos especiales propios no es impune y que, incluso en los delitos de infracción de deber, el tercero puede realizar una contribución delictiva susceptible de reproche penal al precisar que no resulta necesaria que sea titular del deber funcional, bastando que su conducta favorezca o contribuya a la realización del hecho punible (fundamentos jurídicos cuarto y quinto).

No obstante, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, este criterio plantea serias dificultades, porque cuando admite la participación del tercero sobre la base su contribución causal o de su favorecimiento al resultado (Casación N.º 1895-2019 Selva Central, fundamento jurídico quinto) parece trasladar esquemas propios de los delitos de dominio el hecho a un ámbito en que el injusto se define por la vulneración de un deber funcional específico. De esta manera, la extensión de la responsabilidad penal al *extraneus* se produce sin una justificación expresa de cómo su conducta puede integrarse en el núcleo de injusto, el cual se encuentra normativamente vinculado a la actuación del funcionario público.

En el extremo opuesto, a través de la Casación N.º 841-2015 Ayacucho, se tiene una segunda línea interpretativa de carácter restrictivo, donde la Corte Suprema enfatiza la naturaleza de infracción de deber del delito de negociación incompatible y limita la posibilidad de participación del tercero; pues sostiene que solo puede ser cometido por el funcionario por su deber especial normativizado, así como que no se trata de un delito de participación necesario y que su estructura típica no permite la intervención del *extraneus*. En ese sentido, de producirse la intervención del tercero, la Corte precisa que podría dar lugar a la configuración de un delito distinto, como el cohecho o la colusión, pero no a la extensión del injusto propio de la negociación incompatible (fundamentos jurídicos trigésimo y trigésimo primero).

Posteriormente, mediante la Casación N.º 184-2020 Lima Norte, la Corte Suprema ratifica este criterio pues señala que el injusto penal se configura a partir de la actuación funcional del agente público, por lo que la intervención del *extraneus* no puede ser integrada en la estructura típica sin desnaturalizar el fundamento del delito (fundamento

jurídico noveno); es así que se consolida una línea jurisprudencial que restringe la participación del tercero en este delito.

Por lo tanto, mientras que la primea línea opera con un criterio de contribución causal suficiente para integrar al tercero en el hecho punible; la segunda condiciona la imputación a la titularidad del deber funcional y niega que la mera contribución pueda integrar el injusto. La postura de la segunda línea evidencia que no se trata de una simple diferencia interpretativa, sino de un desacuerdo estructural en torno a la naturaleza del delito de negociación incompatible.

Si bien los pronunciamientos analizados se refieren principalmente a la complicidad del *extraneus*, no resulta ajeno al objeto de la presente investigación; puesto que la falta de uniformidad respecto a la posibilidad de participación del tercero evidencia que el problema no ha sido resuelto en el plano más básico, lo que refuerza la necesidad de analizar con mayor rigor la viabilidad de una forma de intervención más intensa como la instigación. Efectivamente, si la jurisprudencia no es uniforme ni si quiera con relación a la viabilidad de atribuir responsabilidad al *extraneus* en calidad de cómplice, con mayor razón se pone en cuestión la posibilidad de imputarle una forma de participación cualitativamente más exigente como la instigación.

De esta manera, la revisión de la jurisprudencia nacional permite advertir la coexistencia de dos líneas interpretativas claramente diferenciadas: una que admite la extensión de la responsabilidad penal al *extraneus* a partir de su contribución al hecho, y otra que restringe dicha posibilidad en atención a la naturaleza de infracción de deber del tipo penal. En consecuencia, la falta de uniformidad no solo genera incertidumbre en la aplicación del derecho, sino también puede dar lugar a decisiones distintas frente a

casos similares; por lo que afecta la predictibilidad de las imputaciones y deja un mayor margen de decisión al intérprete, el cual debe ser limitado mediante criterios jurídicos claros.

6.3. Caso “Jorge Luis Salas Arenas” (Denuncia Constitucional N.º 469): imputación de instigación y sus límites dogmáticos y fenomenológicos

En la práctica, el análisis de la Denuncia Constitucional N.º 469 que involucra al juez supremo Jorge Luis Salas Arenas constituye un ejemplo particularmente relevante de la forma en que se viene extendiendo la categoría de la instigación en el delito de negociación incompatible. En este caso se atribuye a Salas Arenas la condición de presunto instigador del delito de negociación incompatible con el argumento de que habría influido en la decisión de Walter Benigno Ríos Montalvo, entonces presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao, para que se interese indebidamente en la contratación de un tercero (Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, 2025).

Desde el punto fáctico, la imputación se construye sobre la base de que Salas Arenas habría realizado una comunicación telefónica solicitando la contratación de su exsecretario de confianza, lo que habría motivado que el funcionario competente adopte la decisión administrativa correspondiente (Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, 2025, pp. 2-3). Asimismo, es preciso señalar que la imputación se sustenta en diversos elementos de convicción: registros de comunicaciones telefónicas, testimonias y documentos administrativos vinculados al proceso de contratación (pp. 9-14); no obstante, el problema central no radica en la acreditación de dicha influencia, sino en su compatibilidad con la estructura de la negociación incompatible

Al respecto, parece que la imputación parte de la premisa de que toda forma de influencia sobre la decisión del funcionario debe ser reconducida como instigación; sin embargo, esta figura exige la determinación de la resolución delictiva del autor, lo que implica no solo influir, sino generar la decisión de cometer el hecho punible (Decreto Legislativo N.º 635, 1991, art. 24). Por tanto, la sola existencia de una recomendación, influencia o incluso una solicitud formulada por un tercero no permite *per se* afirmar que haya determinado en la decisión del funcionario; por lo que la diferencia no es de grado, sino de naturaleza porque no es lo mismo incidir en una decisión que se adopta dentro del ámbito funcional del autor, que originar la decisión delictiva en sentido estricto.

Además, existe un problema adicional que el informe no aborda: la conducta que se imputa no es compatible con la forma en que está estructurado la negociación incompatible, ya que se configura a partir de la infracción de un deber funcional específico que recae exclusivamente en el funcionario, el cual interviene en el contrato u operación.

En la situación específica, es el presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao quien ostenta la competencia funcional para intervenir durante la contratación estatal; por tanto, la decisión importante no es cualquier decisión personal, sino una decisión que solo puede tomar en función de sus responsabilidades como funcionario, que está vinculada al ejercicio de atribuciones institucionales.

En ese marco, la eventual influencia de un tercero puede explicar el contexto en el que la decisión se adopta, pero no podemos trasladarle ni atribuirle la vulneración del deber funcional que constituye el núcleo del injusto. Incluso si la conducta atribuida a Salas Arena tuviera una incidencia relevante en la actuación del funcionario, no se puede habilitar automáticamente su reconducción a la figura de la instigación; por tanto, el

problema no radica en la intensidad de la influencia, sino en la imposibilidad de integrar dicha conducta en la estructura típica del delito, ya que el Ministerio Público confunde una relación de influencia fáctica con una determinación jurídico penalmente relevante.

En consecuencia, el caso Salas Arenas permite advertir que la imputación de instigación en el delito de negociación incompatible no se sustenta en una correcta comprensión de los requisitos de dicha forma de intervención, sino en una equiparación indebida entre influencia y determinación delictiva. Esta confusión conduce a extender la responsabilidad penal más allá de los límites que impone la estructura del tipo penal, atribuyendo al tercero una decisión que, por su propia naturaleza, pertenece exclusivamente al ámbito funcional del autor.

Por consiguiente, la imputación no solo resulta dogmáticamente problemático, sino también fenomenológicamente inviable, pues se pretende trasladar la infracción de un deber funcional a una persona que carece de la posición institucional necesaria para realizarla. El caso analizado constituye una manifestación concreta de una práctica más amplia que evidencia la necesidad de replantear los criterios de imputación del *extraneus* en este delito, cuestión que será desarrollada en el apartado siguiente a partir de sus implicancias en los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

6.4. Consecuencias dogmáticas y constitucionales de la imputación de instigación al *extraneus* en el delito de negociación incompatible

La imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible genera un problema dogmático vinculado a la estructura del tipo penal, pero también provoca consecuencias relevantes en el plano constitucional porque implica extender una regla general de participación a un delito cuya estructura típica se

encuentra delimitada por la infracción de un deber funcional propio del funcionario público. Por tanto, se produce una desnaturalización del tipo penal y compromete los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad; los cuales limitan el ejercicio del poder punitivo del Estado peruano.

6.4.1. Consecuencia dogmática: desnaturalización del delito de infracción de deber

La imputación del *extraneus* genera una consecuencia dogmática inmediata: alteración de los criterios de imputación que estructura el tipo penal; pues desplaza el análisis de un criterio normativo (la titularidad del deber funcional) hacia un criterio eminentemente fáctico, que se basa en la influencia de que un tercero puede ejercer sobre la decisión del funcionario.

De ser así, dejaría de ser relevante si el sujeto tiene la posición funcional exigida por la ley y pasaría a considerarse determinante únicamente el grado de influencia que la decisión del funcionario; sin embargo, este desplazamiento resulta problemático, pues la imputación no puede construirse exclusivamente sobre la base de datos causales o empíricos, sino que debe responder a la infracción de deberes normativos previamente delimitados (Jakobs, 1997). Por tanto, incorporar al *extraneus* mediante la figura de instigador implica sustituir el fundamento del injusto por un criterio ajeno a la estructura del delito.

En ese sentido, Muñoz & García (2010) señalan que quien no es portador del deber especial carece de la cualificación exigida por el tipo penal, es así que no puede ser integrado en su estructura mediante categorías generales de imputación; no

obstante, en los casos analizados, la utilización de la instigación permite precisamente esa incorporación, lo cual desborda los límites del tipo penal.

Asimismo, esta forma de imputación puede ser comprendida como una muestra expansiva del Derecho Penal, pues Silva (2001) menciona que dicha expansión no solo se expresa en la creación de nuevos tipos penales o en el agravamiento de los ya existentes, sino también en la “flexibilización de las reglas de imputación” y en la “relativización de los principios político-criminales de garantía” (p.20). En consecuencia, imputar al *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible supone flexibilizar indebidamente los presupuestos de imputación, pues se deja de exigir la condición funcional que estructura el tipo penal y se sustituye dicho requisito por la sola influencia que el tercero habría ejercido sobre el funcionario.

En este contexto, la imputación del *extraneus* como instigador no constituye una mera aplicación de las reglas de participación, sino una forma de expansión de las mismas, ya que se emplean para extender el alcance de un delito especial más allá de su configuración normativa; por ende, la regla general de instigación no puede utilizarse para ampliar el alcance de un delito especial propio, pues desborda los límites dogmáticos del tipo y compromete las garantías propias del Derecho penal.

6.4.2. Consecuencias constitucionales: afectación de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad

6.4.2.1. Vulneración del principio de legalidad

El parámetro de legalidad penal constituye uno de los pilares del Derecho penal en un Estado constitucional; por ello, es reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal d de la Constitución Política del Perú:

“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible; ni sancionado con penal no prevista en la ley”.

Aparte de exigir la existencia de una ley previa, este principio impone que la conducta punible se encuentre definida de manera clara, precisa y sin ambigüedades; pues no basta con que exista una norma penal, sino que debe estar delimitada de forma expresa el supuesto de hecho y los sujetos a los que les alcanza, así se garantiza la previsibilidad de la intervención penal.

La Casación N.º 841-2015 Ayacucho establece que “solo la ley —ni el juez ni autoridad alguna— determina qué conducta es delictiva” (fundamento jurídico quinto); además, reconoce que el principio de legalidad obliga al legislador a definir los tipos penales para generar certeza (Villa, 2014, p. 137). De igual manera, este criterio fue desarrollado por el Tribunal Constitucional, a través del Exp. N.º 0010-2002-AI/TC, mediante el cual indica que el principio de legalidad no solo exige la existencia de una ley previa, sino que también las conductas prohibidas se encuentren claramente delimitadas en la ley; también precisa que la tipificación penal deber ser “expresa e inequívoca”, lo que se traduce en la exigencia de la *lex certa* (fundamento jurídico cuarenta y cinco).

No obstante, el Tribunal Constitucional también reconoce que los tipos penales pueden presentar una redacción relativamente abierta, pero que no es ilimitado, ya que resulta inadmisibles cuando impide a la sociedad civil conocer con certeza qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos (fundamento jurídico

cuarenta y siete); por tanto, el mandato de determinación (*lex certa*) no autoriza la creación de nuevos supuestos de punibilidad, sino únicamente la interpretación de los ya previstos en la ley.

Si bien el tipo penal de negociación incompatible no contempla expresamente la intervención del *extraneus*, algunos podrían sostener que el artículo 24 de nuestra ley sustantiva sí regula la instigación como forma de participación, pero partirían de una premisa incorrecta en donde las reglas de participación pueden aplicarse de manera autónomas y sin considerar la estructura del tipo penal. Sin embargo, se debe tener en cuenta que dichas reglas operan dentro de los límites del injusto definido por el tipo penal; y en los delitos especiales propios de infracción de deber, se encuentra normativamente restringido a quienes ostentan la posición funcional.

En consecuencia, dicho artículo no sirve para incorporar al *extraneus* en un delito cuya configuración excluye, por su propia estructura, a quienes no son titulares del deber; pues al hacerlo implicaría una ampliación del tipo penal, el cual es incompatible al principio de legalidad.

En ese sentido, resulta inconstitucionalmente admisible integrar dentro de un delito especial a sujetos que no han sido contemplados en su estructura típica mediante el uso de categorías generales de imputación; pues no se trata de una ambigüedad del tipo penal que requiera ser precisada, sino de la incorporación de un elemento (el *extraneus* como instigador) que no forma parte de su configuración normativa.

Esta exigencia adquiere particular relevancia respecto a la negociación incompatible, pues delimita su ámbito de aplicación a quienes intervienen en la contratación en virtud de una posición funcional específica; por tanto, si la ley no prevé

de manera expresa la intervención del *extraneus*, no es posible incorporarlo como instigador sin desbordar los límites del tipo penal.

En estos términos, la imputación del particular no constituye una mera interpretación de la norma, sino una ampliación de su contenido al introducir un supuesto de punibilidad que no se encuentra claramente delimitado en la ley; y se termina sancionando una conducta que no ha sido prevista dentro de la negociación incompatible, así como se vulnera directamente la exigencia de taxatividad propia del principio de legalidad.

En consecuencia, la imputación del particular como instigador en la negociación incompatible implica una infracción al principio de legalidad penal, ya que supone extender el alcance del tipo penal a través de una interpretación que no se encuentra permitida en perjuicio del imputado.

6.4.2.2. Vulneración al principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad es un límite esencial al ejercicio del poder punitivo porque impide que una persona sea sancionada penalmente si el hecho no puede serle reprochado de manera personal.

A través del Exp. N.º 014-2006-PI/TC, el intérprete supremo de la Constitución indicó que el principio de culpabilidad “brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprochable a quien los cometió”; así como que “la reprochabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado”. (fundamento jurídico veinticinco).

En la misma línea, Bacigalupo (2002) señala que el principio de culpabilidad requiere, entre otros elementos, “la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuricidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho [...] y de exigibilidad” (p.46); por tanto, esta exigencia supone que la responsabilidad penal no puede fundarse solo en la existencia de una influencia, recomendación o intervención externa en la conducta de otro, sino en la posibilidad de formular un reproche propio al sujeto imputado.

Con relación a la negociación incompatible, es importante este razonamiento porque el reproche penal se construye sobre la infracción de un deber funcional específico (propio del funcionario público); por tanto, si el *extraneus* no es titular de dicho deber, no se puede afirmar que haya infringido personalmente la norma que estructura el injusto típico.

En ese sentido, imputar al *extraneus* como instigador supone trasladar la infracción de un deber que corresponde exclusivamente al funcionario; y el problema no radica únicamente en que el tercero carezca de la cualidad especial exigida por el tipo, sino en que se le estaría reprochando una infracción funcional que no podía cumplir ni evitar desde su posición jurídica.

El Tribunal Constitucional añade que la reprobación “es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio” (Exp. N.º 014-2006-PI/TC, fundamento jurídico veintisiete); y resulta importante esta distinción porque permite afirmar que el reproche penal se debe analizar

respecto de la conducta concreta del sujeto y no mediante una atribución automática derivada del hecho cometido por otro.

Por consiguiente, la imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible vulnera el principio de culpabilidad porque pretende atribuirle responsabilidad por la infracción de un deber funcional que no le pertenece; además, desconoce que la pena se justifica cuando el hecho es personalmente reprochable al sujeto, según las exigencias de dolo o culpa, exigibilidad y a la infracción de un deber propio.

6.4.2.3. Vulneración al principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad exige que la pena mantenga una relación adecuada con la responsabilidad que se atribuye al sujeto y que la sanción no exceda lo que realmente le corresponde según su posición jurídica. Mediante el Exp. N.º 0010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que este principio “impone [...] que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer” (fundamento jurídico ciento noventa y seis).

Asimismo, el artículo VII del título preliminar del Código Penal establece que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”, por lo que la proporcionalidad no se limita a la gravedad abstracta del delito, sino que exige evaluar si la sanción es coherente con el grado de responsabilidad que puede atribuirse al sujeto en concreto.

En los delitos de infracción de deber, la pena se encuentra directamente vinculada a la intensidad del deber funcional infringido, donde la sanción solo puede justificarse en

tanto exista correspondencia entre la posición jurídica del sujeto y la infracción que se le atribuye; por tanto, no basta con que exista algún grado de intervención en el hecho, sino que es necesario que la sanción refleje adecuadamente el rol que el sujeto ocupa dentro de la estructura del delito.

Respecto a la negociación incompatible, este principio se ve comprometido cuando se imputa al *extraneus* como instigador porque —al no ser titular del deber funcional que estructura el tipo penal— su intervención no puede colocarse en el mismo plano que la de un funcionario público. Por tanto, cuando se le atribuye la condición de instigador al tercero, se le está asignando una consecuencia penal que admite una responsabilidad que no le corresponde por su verdadera posición jurídica.

El problema también radica en que la sanción resultante excede lo que puede atribuirse al sujeto porque se le impone una pena como si hubiera infringido el deber funcional que define el delito, cuando en realidad su intervención no se vincula con dicha infracción; por lo que la pena deja de guardar una relación adecuada con la responsabilidad que efectivamente puede atribuirse al *extraneus*.

En consecuencia, la imputación del particular como instigador en la negociación incompatible vulnera el principio de proporcionalidad, ya que conduce a la imposición de una sanción que resulta excesiva con relación a su verdadera intervención; por tanto, desconoce el criterio que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho y se genera una ruptura entre la medida de la sanción y la posición jurídica del sujeto.

6.4.3. Síntesis de las consecuencias dogmáticas y constitucionales

La imputación del *extraneus* como instigador en la negociación incompatible constituye una alteración de los presupuestos dogmáticos que estructura el tipo penal porque supone una reconfiguración del alcance del delito, dado que incorpora dentro de su ámbito a un sujeto que no ha sido contemplado por su estructura normativa; así como también se desnaturaliza la lógica propia de los delitos de infracción de deber, en la medida que el fundamento del injusto deja de estar vinculado a la titularidad del deber funcional y pasa a construirse sobre criterios ajenos a dicha estructura.

En el plano del principio de legalidad, la imputación implica una extensión del tipo penal más allá de lo expresamente previsto por el legislador, pues la exigencia de que la conducta punible se encuentre previamente determinada de manera “expresa e inequívoca” no solo prohíbe la creación judicial de delitos, sino también la incorporación de supuestos claramente no delimitados en la ley; por tanto, integrar al *extraneus* mediante la figura de la instigación constituye una ampliación de su contenido porque introduce un supuesto de punibilidad que no forma parte de su configuración normativa.

Desde la perspectiva del principio de culpabilidad, la responsabilidad en la negociación incompatible se construye sobre la infracción de un deber funcional específico propio del funcionario público; por tanto, atribuir responsabilidad al *extraneus* supone trasladarle la infracción de un deber que no le compete, así como también implica formular un reproche por una obligación que no podía cumplir ni evitar desde su propia posición jurídica. De esta manera, la responsabilidad deja de fundarse en la infracción de un deber propio y pasa a construirse sobre la infracción de un deber ajeno, donde se desborda los límites del principio de culpabilidad.

En el ámbito del principio de proporcionalidad, la imputación conduce a una sanción que no guarda relación con la responsabilidad que puede atribuirse al tercero como instigador porque no es el titular del deber funcional; por ende, no puede ser ubicado a la par con la responsabilidad de un funcionario público porque imponerle una pena presupone una infracción que no le es exigible, lo que genera un desajuste entre la sanción y la posición jurídica del sujeto. Por ello, la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, pues produciría una ruptura entre la medida de la sanción y el fundamento del reproche penal.

En suma, se trata de un problema estructural de imputación que pretende expandir el ámbito de la responsabilidad más allá de los límites que establece el ordenamiento jurídico establece; por ende, la utilización de la figura de la instigación no resulta jurídicamente admisible, pues supone una extensión indebida de la negociación incompatible y una afectación directa a las garantías que rigen el Derecho penal en un Estado constitucional.

TERCERA PARTE:

TOMA DE POSTURA Y

CONSECUENCIAS

1. Contrastación de las hipótesis: Toma de postura

1.1. Contrastación de la hipótesis principal

Hipótesis principal: “La imputación *del extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible no resulta fenomenológicamente compatible con la estructura típica de este delito, en tanto se trata de un delito especial propio de infracción de deber y de configuración unilateral, que no constituye un delito de participación necesaria. En consecuencia, la intervención del particular no puede subsumirse adecuadamente como instigación en este tipo penal, debiendo reconducirse, según el caso, a figuras autónomas como el cohecho o la colusión, en las cuales la interacción entre funcionario y particular sí integra la estructura típica del injusto”.

A partir del análisis desarrollado en el Capítulo I, se estableció el contexto político-criminal y dogmático en el que surge el problema de investigación, ya que permitió evidenciar que la lucha contra la corrupción generó una creciente demanda de eficacia punitiva, la cual favorece a interpretaciones expansivas del Derecho penal respecto a los delitos contra la Administración Pública. Asimismo, se identificó que estos delitos no presentan una estructura uniforme, pues algunos responden a esquemas bilaterales o de participación necesaria, mientras que otros se configuran como delitos especiales propios de infracción unilateral del deber funcional.

En ese marco, el Capítulo I permitió plantear el riesgo de trasladar categorías generales de participación (como la instigación) hacia tipos penales cuya estructura no necesariamente admiten la intervención del *extraneus*, particularmente en el delito de negociación incompatible. Por ende, este primer capítulo permitió delimitar el marco

inicial para examinar si dicha imputación resulta compatible con la estructura normativa y fenomenológica del tipo penal.

Posteriormente, en el Capítulo II se estableció la naturaleza jurídica de la negociación incompatible que es un delito especial propio y de infracción de deber, donde el núcleo del injusto se construye sobre la vulneración de un deber funcional correspondiente al agente estatal que interviene en virtud de su posición institucional. También se desarrolló que su estructura no requiere necesariamente la concertación con un particular ni la producción de un detrimento patrimonial efectivo, ya que se consuma con el interesamiento indebido del funcionario en la operación estatal.

Se permitió advertir que la discusión sobre la intervención del *extraneus* no puede resolverse con la sola aplicación de las reglas generales de participación, sino que se debe considerar la estructura típica concreta del tipo penal. A su vez, el análisis jurisprudencial evidenció la existencia de posiciones divergentes: una restrictiva, que vincula la intervención del tercero con los delitos de participación necesaria; y otra expansiva, que admite la posibilidad de sancionar al tercero que contribuya dolosamente al hecho del funcionario; por lo que esta tensión permitió reforzar la necesidad de examinar si la instigación del *extraneus* resulta compatible con la negociación incompatible, cuyo injusto radica sobre la infracción unilateral de un deber funcional.

Seguidamente, en el Capítulo III se desarrolló la figura de la instigación de manera específica y se examinó su proyección en los delitos especiales propios de infracción de deber, donde se analizaron los elementos dogmáticos de la instigación como el requisito de la determinación de la voluntad del autor y los límites estructurales derivados de la figura del *omnímodo facturatus*, precisando que no toda influencia psicológica constituye

instigación en sentido estricto. Además, se advierte que la construcción clásica de la instigación ha sido elaborada principalmente para delitos comunes, donde la autoría se explica desde el dominio del hecho; lo cual genera dificultades cuando la instigación se trata de proyectar sobre delitos especiales propios, cuyo injusto se sustenta en el incumplimiento de un deber institucional exclusivo del sujeto cualificado.

Sobre la base de ello, el análisis de la estructura de la negociación incompatible permitió identificar que se trata de un delito de configuración unilateral porque su consumación puede producirse íntegramente mediante la actuación funcional del *intraneus*. En ese marco, el Capítulo III desarrolló la necesidad de analizar si la influencia externa del particular puede realmente integrarse en el quebrantamiento del deber funcional que constituye el núcleo del injusto o si, por el contrario, la imputación del *extraneus* como instigador enfrenta dificultades de compatibilidad desde una mirada fenomenológica y dogmática.

Luego, en el Capítulo IV se cuestionó los alcances de la teoría de la unidad de imputación en la participación del *extraneus* en los delitos especiales, principalmente los delitos de infracción de deber, pues se desarrolló los fundamentos de dicha teoría y su vinculación al principio de accesoriedad de la participación; y se destaca que parte de la doctrina la utiliza para justificar la responsabilidad del tercero como instigador o cómplice en el hecho realizado por el sujeto cualificado. Sin embargo, también se advierte que esta construcción encuentra límites cuando el núcleo del injusto penal parte de un quebrantamiento de un deber especial exclusivo del *intraneus*.

En ese marco, se evidencia que la unidad del hecho punible no permite extender automáticamente la imputación penal al *extraneus* porque es necesario verificar si su

intervención puede integrarse a la estructura normativa del delito y en el fundamento del injusto previsto por el legislador. El análisis de la negociación incompatible permitió identificar que la teoría de la unidad de imputación constituye una herramienta explicativa importante con relación a la participación en delitos especiales; sin embargo, insuficiente para fundamentar la imputación del particular como instigador en un delito que se construye sobre la infracción unilateral del deber funcional del funcionario público.

Después, en el Capítulo V se desarrolló un análisis comparativo entre el delito de negociación incompatible y los delitos de colusión y cohecho a fin de identificar las diferencias estructurales existentes en el tratamiento de la intervención del particular; es así que se examinó la forma en cómo el legislador reguló la participación del *extraneus* en cada uno de estos delitos, donde se refleja que en la colusión la intervención del tercero forma parte estructural del injusto a través de la concertación con el funcionario público, mientras que en el cohecho su conducta es objeto de una tipificación autónoma mediante los delitos de cohecho activo.

A diferencia de la colusión y el cohecho activo, la negociación incompatible presenta una estructura unilateral de infracción de deber donde la conducta típica se agota con el interesamiento indebido del funcionario, sin requerir la participación necesaria de un particular ni prever una regulación autónoma de la conducta del particular. En ese sentido, la eventual relevancia penal de la intervención del *extraneus* en una operación estatal suele corresponder a supuestos cuya estructura sí incorpora normativamente al particular (como la colusión o el cohecho); así se refuerza la necesidad de examinar críticamente la compatibilidad de la instigación con la estructura del aprovechamiento indebido.

Finalmente, en el Capítulo VI se examinó la forma en que la práctica fiscal y la jurisprudencia nacional abordan la intervención del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, donde se muestra la existencia de criterios diferenciados respecto a la posibilidad de imputarle responsabilidad penal como partícipe. Mientras por un lado se analizaron actuaciones fiscales y pronunciamientos jurisprudenciales que admiten la extensión de las reglas de participación sobre la base de la contribución o influencia del tercero en la actuación del funcionario público; por el otro lado, se desarrollaron criterios restrictivos que enfatizan la naturaleza de infracción de deber del delito y la imposibilidad de integrar al *extraneus* dentro de su estructura típica.

Asimismo, el análisis del Caso “Jorge Luis Salas Arenas” permitió advertir cómo la imputación de instigación tiende a construirse a partir de relaciones de influencia fáctica, igualándolas a una determinación jurídicamente relevante conforme al artículo 24 del Código Penal; por ende, el capítulo desarrolló las consecuencias dogmáticas y constitucionales derivadas de esta forma de imputación, poniéndose de manifiesto que la utilización extensiva de la instigación en la negociación incompatible constituye un problema vinculado a los límites estructurales del tipo penal y al alcance constitucionalmente legítimo del poder punitivo del Estado.

El desarrollo integral permite corroborar la hipótesis principal planteada porque la imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible no resulta compatible con la estructura típica de este delito, tanto desde una perspectiva fenomenológica como dogmática. Asimismo, se debe a que la negociación incompatible constituye un delito especial propio de infracción unilateral de deber, donde el injusto se agota en la actuación funcional del sujeto cualificado, sin requerir la intervención

necesaria de un tercero ni prever normativamente su incorporación dentro del núcleo típico.

En tal sentido, la utilización de la instigación para extender la responsabilidad penal al *extraneus* no representa una aplicación ordinaria de las reglas de participación, sino una ampliación incompatible con los límites estructurales del tipo penal y con los parámetros de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad que rigen el Derecho penal en un Estado constitucional. En consecuencia, cuando la intervención del particular adquiere relevancia penal en el marco de una contratación pública, su conducta debe reconducirse hacia delitos donde su estructura sí contemple normativamente su intervención, como la colusión o el cohecho.

1.2. Contrastación de las hipótesis secundarias

1.2.1. Primera hipótesis secundaria

“La teoría de la unidad de imputación no resulta dogmáticamente compatible con la estructura del delito de negociación incompatible para fundamentar la participación del *extraneus* como instigador, pues se trata de un delito especial propio de infracción de deber cuyo injusto se agota en la actuación funcional del funcionario público, sin requerir estructuralmente la intervención de terceros para su configuración típica”.

La presente investigación permitió advertir que la teoría de la unidad de imputación no constituye un fundamento dogmáticamente suficiente para atribuir al *extraneus* la condición de instigador en el delito de negociación incompatible; puesto que, a través del Capítulo II, se estableció que este delito constituye un delito especial propio de infracción de deber, cuyo núcleo del injusto se construye sobre la vulneración de un deber funcional atribuido exclusivamente al funcionario público que interviene en el contrato u operación

por razón de su cargo; así como también se precisó que su configuración típica no exige la concertación con terceros ni una estructura bilateral para su consumación, ya que el delito se agota en el interesamiento indebido del funcionario en la operación estatal.

Si bien la teoría de la unidad de imputación, en términos generales, permite explicar la intervención del *extraneus* en determinados delitos especiales, no significa que pueda extenderse automáticamente a cualquier estructura típica. En ese marco, a través del Capítulo IV, se evidenció que dicha teoría presenta límites cuando se proyecta sobre delitos de infracción de deber; principalmente, en los delitos donde el injusto se sustenta en la infracción de un deber institucional exclusivo del *intraneus*, la unidad del hecho punible no basta para integrar normativamente la conducta del tercero dentro del núcleo del injusto penal.

El análisis específico de la negociación incompatible permitió evidenciar que su configuración típica no incorpora estructuralmente la intervención del particular, por lo que el injusto se agota en la actuación funcional del funcionario; en contraste de los delitos de colusión o cohecho, abordados en el Capítulo V, donde la participación del tercero forma parte del diseño típico o cuenta con una tipificación autónoma.

En consecuencia, la presente investigación permitió corroborar que la teoría de la unidad de imputación no resulta dogmáticamente compatible con la estructura del delito de negociación incompatible para fundamentar la participación del *extraneus* como instigador, pues la aplicación de dicha construcción desborda los límites estructurales del tipo penal y desconoce la naturaleza unilateral del injusto propio del delito.

1.2.2. Segunda hipótesis secundaria

“La imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible no constituye una solución dogmáticamente adecuada para evitar espacios de impunidad, pues dicha interpretación desborda la estructura típica de un delito especial propio de infracción de deber. En aquellos supuestos en que exista interacción jurídicamente relevante entre funcionario y particular, la conducta del tercero encuentra una subsunción más coherente en delitos autónomos como el cohecho o la colusión, en los cuales la intervención del *extraneus* integra estructuralmente el injusto”.

El desarrollo de la presente investigación puso de manifiesto que la utilización de la instigación en la negociación incompatible no constituye una respuesta dogmáticamente necesaria para evitar espacios de impunidad frente a la intervención del *extraneus* en hechos vinculados a contrataciones públicas.

El análisis desarrollado en el Capítulo V evidenció que el ordenamiento penal ya contempla delitos que en su estructura incorporan normativamente la intervención del particular en actos de corrupción vinculados al ejercicio de la función pública; por ejemplo, la concertación entre el funcionario y el tercero forma parte del núcleo del injusto en la colusión; por otro lado, la conducta del particular ha sido objeto de una tipificación autónoma a través de las modalidades de cohecho activo.

En aquellos supuestos en los que exista interacción jurídicamente relevante entre el funcionario y el particular dentro de una contratación pública, la investigación permitió advertir que la relevancia penal de la conducta del *extraneus* no requiere ser forzada a través de la figura de la instigación en el delito de negociación incompatible; al contrario,

dicha conducta puede encontrar una subsunción más coherente en tipos penales cuya configuración sí incorpora estructuralmente la intervención del tercero.

En los Capítulos II y VI, el análisis jurisprudencial permitió identificar que las dificultades interpretativas en torno a la participación del *extraneus* surgen precisamente de intentar extender las reglas generales de participación a un delito cuya configuración no fue diseñada para comprender relaciones bilaterales entre funcionario y particular; por lo que se ha generado criterios diferentes respecto a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal al tercero, especialmente cuando se pretende igualar relaciones de influencia o favorecimiento con formas de participación jurídicamente relevantes.

En tal sentido, la investigación permitió corroborar que el uso de la instigación como mecanismo para incorporar al *extraneus* dentro del delito de negociación incompatible no constituye una solución dogmáticamente correcta frente a posibles espacios de impunidad, pues implica extender el alcance del tipo penal más allá de sus límites estructurales. Por tanto, cuando la conducta del particular adquiera relevancia jurídico-penal en el marco de una contratación pública, su tratamiento debe reconducirse hacia figuras típicas que contemplen expresamente su intervención (colusión y cohecho).

2. Conclusiones

§ 1

La presente investigación permitió establecer que la imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible, tanto desde una perspectiva dogmática como fenomenológica, no se ajusta a la forma en cómo el artículo 399 de la norma sustantiva configura el injusto penal; ya que la comisión se agota en el indebido

interés funcional del sujeto cualificado, por lo que la intervención del particular no puede ser incorporada automáticamente mediante las reglas generales de participación sin alterar el alcance propio del tipo penal. En consecuencia, la utilización extensiva de la instigación excede los límites dogmáticos y constitucionales que rigen la atribución de responsabilidad penal en un Estado de Derecho.

§ 2

Asimismo, se determinó que la teoría de la unidad de imputación no constituye un fundamento suficiente para justificar la participación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible, debido a que dicha construcción no puede aplicarse de manera automática a todos los delitos especiales; por tanto, la sola unidad del hecho punible no basta para integrar normativamente la conducta del tercero dentro de un delito donde su configuración típica no incorpora estructuralmente su intervención.

§ 3

La investigación evidenció que la utilización de la instigación en el delito de negociación incompatible no constituye una respuesta dogmáticamente adecuada para evitar espacios de impunidad frente a la intervención del particular en contrataciones públicas; por tanto, cuando exista una interacción jurídicamente relevante entre el funcionario y el tercero, la conducta del *extraneus* encuentra una subsunción más coherente en la colusión o el cohecho, que sí contemplan expresamente la intervención del particular.

§ 4

De igual manera, se advirtió que la admisión extensiva de la instigación en la negociación incompatible genera consecuencias dogmáticas y constitucionales relevantes, pues amplía la responsabilidad penal del *extraneus* con interpretaciones expansivas desdibuja la lógica de imputación sobre la cual se estructura este delito y compromete los límites constitucionalmente legítimos del poder punitivo.

§ 5

Finalmente, la presente tesis permitió establecer que el análisis de la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible no puede resolverse con la aplicación automática de las reglas generales de participación, sino que debemos analizar la forma concreta en que el artículo 399 del Código Penal configura el injusto penal; por ende, sostenemos que la intervención del particular se debe evaluar según los límites estructurales y dogmáticos propios de este delito; así se evita interpretaciones expansivas orientadas solo a ampliar la persecución penal en materia de corrupción.

3. Lineamientos interpretativos y recomendaciones

3.1. Reconducción típica de la intervención del *extraneus* en delitos contra la administración pública

En los casos relacionados con contrataciones públicas, se recomienda que la intervención del *extraneus* sea analizada conforme la estructura concreta del tipo penal aplicable y no con una extensión automática de la figura de la instigación hacia un delito donde su dinámica comisiva no incorpora estructuralmente la intervención del particular;

por ende, cuando la conducta del particular presente relevancia jurídico penal, los operadores de justicia deberán evaluar si los hechos se adecúan con mayor precisión a delitos que sí contemplen normativamente la intervención del tercero.

Por lo tanto, en los casos que exista concertación entre funcionario y particular para defraudar al Estado, corresponde analizar la posible configuración del delito de colusión; mientras que cuando el particular ofrezca, entregue o prometa beneficios indebidos orientados a influir en la actuación funcional del funcionario público, corresponderá evaluar la aplicación de los delitos de cohecho.

La presente recomendación busca fortalecer la correcta delimitación típica entre los delitos contra la administración pública para evitar imputaciones forzadas sustentadas únicamente en criterios amplios de influencia o contribución fáctica; por ello, la reconducción típica de la conducta del *extraneus* permite mantener coherencia con la estructura de cada delito y favorece una aplicación más coherente y previsible del Derecho penal.

3.2. Consolidación de criterios interpretativos sobre la instigación en el delito de negociación incompatible

La existencia de criterios diferentes respecto a la imputación del *extraneus* como instigador en el delito de negociación incompatible evidencia la necesidad de consolidar parámetros interpretativos más coherentes en la estructura del artículo 399 de la norma sustantiva y con sus límites dogmáticos propios; por ende, la consolidación resulta importante porque la intervención del particular suele sustentarse en relaciones de influencia o favorecimiento respecto de la actuación del funcionario, sobre todo en la práctica fiscal y jurisprudencial.

En ese marco, resulta importante diferenciar los supuestos en los que existe una verdadera determinación de la voluntad del autor, con aquellos casos en los que únicamente se presentan actos de recomendación, cercanía o influencia fáctica que no logran integrarse adecuadamente en la estructura de la negociación incompatible. De esta manera, se evita atribuir automáticamente la condición de instigador a todo tercero que mantenga algún nivel de incidencia externa sobre la actuación funcional del funcionario público.

Por consiguiente, la consolidación de criterios interpretativos contribuirá a una aplicación más razonable del Derecho penal, la cual favorece a una delimitación más clara entre la negociación incompatible y otros delitos contra la administración pública, que sí incorporan normativamente la intervención del particular.

3.3. Delimitación típica entre negociación incompatible, colusión y cohecho

La investigación desarrollada pone de manifiesto la necesidad de fortalecer una adecuada delimitación típica entre los delitos de negociación incompatible, colusión y cohecho, principalmente en casos vinculados a contrataciones con el Estado; debido a que, en la *praxis*, determinadas conductas suelen ser subsumidas de manera indistinta en estos delitos, pese a que cada uno responde a estructuras típicas y fundamentos de imputación distintos.

En la negociación incompatible, el injusto se configura a partir del indebido interesamiento funcional del funcionario; en la colusión, el núcleo típico se estructura sobre la concertación entre el funcionario y el particular para defraudar al Estado; en el cohecho, la conducta del tercero adquiere relevancia penal autónoma a través de las modalidades del cohecho activo; por tanto, estas diferencias responden a formas

distintas de configuración del injusto penal y de atribución de responsabilidad; y corresponde que los operadores de justicia identifiquen con mayor precisión los elementos que diferencian cada figura penal.

Desde esta perspectiva, una adecuada delimitación típica permitirá evitar imputaciones forzadas que se sustentan únicamente en la necesidad de incorporar penalmente al particular dentro de la negociación incompatible; así como favorecerá a una aplicación más coherente del Derecho penal en materia de corrupción pública, la cual garantiza que la relevancia penal de la conducta del *extraneus* sea evaluada conforme a la estructura específica de cada delito y no mediante interpretaciones expansivas incompatibles con los límites del tipo penal aplicable.

4. Consecuencias de la implementación de los lineamientos interpretativos propuestos

La implementación de los lineamientos interpretativos coadyuvará a una utilización más consecuente y predecible del Derecho penal en materia de delitos contra la administración pública, especialmente respecto a la intervención del *extraneus* en la negociación incompatible; por tanto, permitirá reducir imputaciones sustentadas únicamente en criterios amplios de influencia o contribución fáctica, la que favorecerá a una delimitación más precisa entre la negociación incompatible y la colusión o el cohecho.

La adopción de criterios interpretativos compatibles con la estructura del artículo 399 de la norma sustantiva y su dinámica comisiva propia fortalecerán la seguridad jurídica y la uniformidad en la actuación fiscal y jurisprudencial, lo que evitará pronunciamientos contradictorios respecto a la atribución de responsabilidad penal al

particular como instigador. En consecuencia, los operadores de justicia contarán con parámetros más claros para evaluar la relevancia penal de la conducta del *extraneus* según la estructura específica de cada delito y la forma concreta en que configuran el injusto penal.

Asimismo, la implementación de estos lineamientos permitiría reforzar el respeto a principios constitucionales como la legalidad, la culpabilidad y la proporcionalidad; con lo que se evitará interpretaciones expansivas que desborden los límites dogmáticos del delito de negociación incompatible y desconozcan la forma concreta en que este configura su dinámica comisiva. Por tanto, una correcta delimitación típica no solo favorecerá a una persecución penal más coherente, sino también una mayor legitimidad en las decisiones adoptadas dentro del sistema de justicia penal.

5. Beneficios que aporta los lineamientos interpretativos propuestos

5.1. Beneficios jurídicos y dogmáticos

Además de determinar la imposibilidad fenomenológica de la instigación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, la presente investigación también busca aportar criterios dogmáticos y jurídicos que permitan delimitar adecuadamente la estructura del mencionado delito dentro del ordenamiento penal peruano.

5.1.1. Fortalecimiento de la coherencia dogmática del delito de negociación incompatible

Uno de los principales beneficios dogmáticos consiste en reforzar la coherencia interna del delito de negociación incompatible como delito especial propio de infracción de deber, ya que el presente estudio contribuye a evitar interpretaciones expansivas que

desnaturalizan la estructura de este tipo penal, el cual exige una vinculación funcional específica entre el sujeto activo y el deber institucional infringido.

La investigación permite sostener que la intervención del *extraneus* no puede analizarse bajo los mismos parámetros aplicables a los delitos comunes, pues el injusto penal en la negociación incompatible se fundamenta en la inobservancia del deber funcional reservado exclusivamente al funcionario que interviene en la contratación u operación estatal en virtud de su cargo; por tanto, el estudio contribuye a preservar la diferenciación dogmática entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber desarrollada por la doctrina penal contemporánea.

5.1.2. Delimitación de los alcances de participación criminal

La tesis aporta criterios que permiten delimitar de manera adecuada las maneras de participación criminal en el delito de negociación incompatible y evita construcciones ficticias de instigación que terminan ampliando indebidamente el alcance del tipo penal. Esto resulta importante en la práctica fiscal y en el contexto de la política criminal anticorrupción porque se tiene evidencia de que se han formulado imputaciones de instigación en negociación incompatible, incluso cuando la estructura típica de delito no refleja una necesidad fenomenológica de intervención externa para su configuración. En consecuencia, el estudio contribuye a precisar que no toda influencia, recomendación o incentivo que proviene de un particular puede traducirse automáticamente en responsabilidad penal como instigador del delito de aprovechamiento indebido.

5.1.3. Prevención de imputaciones expansivas incompatibles con el principio de legalidad

La presente investigación proporciona criterios de interpretación restrictiva contra imputaciones que amplían indebidamente las modalidades de intervención criminal en el delito de negociación incompatible, pues advierte que aceptar irrestrictamente la instigación del *extraneus* podría generar un uso expansivo del Derecho penal, donde cualquier particular que influya política, económica o socialmente sobre un funcionario termine siendo incorporado dentro del ámbito típico, pese a no contar con el deber funcional pertinente.

En ese sentido, se fortalece la seguridad jurídica y contribuye a que las imputaciones fiscales respeten los límites dogmáticos y fenomenológicos del delito de negociación incompatible para evitar construcciones expansivas que desborden la estructura del tipo penal.

5.1.4. Contribución a una correcta política criminal anticorrupción

La tesis también aporta a la política criminal en materia de corrupción pública, ya que propone una correcta delimitación típica entre negociación incompatible y los delitos de colusión o cohecho, lo que permite evitar distorsiones en la persecución penal; especialmente en los casos que, ante dificultades probatorias para la acreditar la concertación (delito de colusión), las imputaciones terminan siendo reconducidas hacia el aprovechamiento indebido mediante la atribución de formas de participación al *extraneus* que distorsionan la estructura y su dinámica comisiva. Por tanto, se promueve una persecución penal más técnica y coherente con los límites dogmáticos y fenomenológicos del delito de negociación incompatible.

5.1.5. Aporte interpretativo para la práctica fiscal y judicial

La investigación también ofrece criterios útiles para fiscales y jueces al momento de evaluar imputaciones relacionadas con el aprovechamiento indebido del cargo, principalmente en los supuestos donde intervienen particulares vinculados indirectamente con decisiones funcionales del Estado; por ende, permite fortalecer el análisis técnico de las imputaciones fiscales y de las decisiones jurisdiccionales, que favorece a una evaluación más precisa de la relevación jurídico-penal de la conducta atribuida al *extraneus*.

Asimismo, contribuye a diferenciar conductas que pueden resultar políticamente cuestionables o éticamente reprochables de aquellas que realmente satisfacen los presupuestos dogmáticos y fenomenológicos necesarios para sustentar una imputación penal por instigación en el delito de aprovechamiento indebido del cargo.

5.2. Beneficios institucionales

La presente investigación también genera importantes beneficios institucionales, ya que contribuye al fortalecimiento de la actuación de los órganos encargados de la administración de justicia en materia de delitos contra la administración pública.

5.2.1. Fortalecimiento de la seguridad jurídica en la actuación fiscal y judicial

Uno de los principales beneficios institucionales consiste en proporcionar criterios dogmáticos claros para la interpretación y aplicación del delito de negociación incompatible con relación a la participación del *extraneus*.

En determinados casos, la ausencia de criterios uniformes sobre la posibilidad de atribuir instigación generó imputaciones sustentadas más en construcciones extensivas que en límites dogmáticos precisos. Al respecto, la investigación colabora a fortalecer la

predictibilidad de las decisiones fiscales y judiciales, la cual permitirá que las imputaciones penales se desarrollen dentro de parámetros compatibles con el principio de legalidad y la estructura típica del aprovechamiento indebido del cargo; por lo que favorecerá a una mayor estabilidad institucional y evitará decisiones contradictorias frente a supuestos fácticos similares.

5.2.2. Optimización de la persecución penal en delito de corrupción

La investigación permite identificar la necesidad de diferenciar adecuadamente las conductas que realmente encajan dentro de la negociación incompatible respecto de aquellas que podrían subsumirse en otros tipos penales, como colusión o cohecho; lo cual resulta institucionalmente importante porque evita que los órganos de persecución penal formulen imputaciones incorrectas o dogmáticamente forzadas, que luego pueden debilitar la estabilidad de las investigaciones o generar cuestionamientos sobre la validez de las acusaciones. De esta manera, se contribuye a una persecución penal más eficiente, técnica y compatible con las exigencias probatorias de los delitos contra la Administración Pública.

5.2.3. Reducción de criterios contradictorios en la práctica fiscal

Actualmente, este beneficio institucional importante consiste en contribuir a la uniformidad interpretativa dentro de la práctica fiscal porque la imputación del *extraneus* como instigador en negociación incompatible no responde a una línea dogmática consolidada, sino a criterios variables que dependen muchas veces de interpretaciones extensivas del artículo 399 de la norma sustantiva. Por tanto, la investigación permite establecer parámetros objetivos que ayuden a reducir discrepancias interpretativas entre

despachos fiscales y órganos jurisdiccionales, lo que favorece a una mayor estabilidad institucional y evita decisiones contradictorias frente a supuestos fácticos similares.

5.2.4. Fortalecimiento de la legitimidad institucional del sistema de justicia

La investigación también contribuye al fortalecimiento de la legitimidad institucional del sistema penal ya que promueve imputaciones sustentadas en criterios técnico jurídicos y no únicamente en demandas coyunturales de sanción frente a casos de corrupción.

En contextos de alta sensibilidad social, existe el riesgo de expandir indebidamente el derecho penal a fin de responder a exigencias de mayor punición, pero genera interpretaciones que desbordan los límites dogmáticos y fenomenológicos de la negociación incompatible. Por tanto, la investigación fortalece la legitimidad del sistema de justicia al sostener que el combate contra la corrupción debe desarrollarse dentro de los límites constitucionales y estructurales del Derecho penal.

5.2.5. Aporte académico e institucional para futuras investigaciones y reformas

La investigación constituye un aporte institucional y académico para el estudio del delito de negociación incompatible y de la participación del *extraneus* en el Derecho penal peruano, pues aborda una problemática poco desarrollada en la doctrina y jurisprudencia nacional. Este estudio puede servir como base para futuras discusiones doctrinales, criterios jurisprudenciales o eventuales reformas legislativas orientadas a precisar los alcances de la participación criminal en delito de infracción de deber; por lo que también aporta al desarrollo del derecho penal peruano en materia de corrupción pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber. *Revista Penal*, 3-23.
- Arbizu, J. (2014). El espiral de la corrupción en el Perú. *Revista Argumentos*, 14-21.
- Aristóteles. (1998). *Acerca de la generación y la corrupción. Tratados breves de la historia natural*. Madrid: Editorial Gredos.
- Avelar, C. (2012). *Complicidad del extraneus en los delitos especiales propios*. Buenos Aires: Universidad El Salvador.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2002). *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. Toronto: Thomson Reuters.
- Calderón, L. (2016). La configuración del delito de negociación incompatible en el marco de procesos de contrataciones públicas informales. *Gaceta Jurídica*, 425-442.
- Carbonell, J. (2013). La corrupción como lacra social, política y económica. *Revista de pensamiento contemporáneo*, 4-13.
- Caro, J. (2021). Revisión crítica de la teoría del dominio del hecho. *Pontificia Universidad Católica del Perú*, 53-65.
- Carpio, J. (2019). *Delitos contra la administración pública en la modalidad de colusión en las contrataciones del Estado*. Lima: Universidad Autónoma del Perú.
- Castillo, J. (2015). *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico.

- CEPLAN. (Abril de 2020). *Observatorio CEPLAN*. Obtido de <https://observatorio.ceplan.gob.pe/ficha/t80>
- Chanjan, R., Torres, D., & Gonzales, M. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Coley, J. (2019). La corrupción y el juicio Sócrates. Un tema que recobra actualidad. *Advocatus*, 187-189.
- Comisión de Alto Nivel Anticorrupción - CAN. (2017). *Política Nacional de Integridad y Lucha Contra la Corrupción*. Obtido de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2003079/Politica-Nacional-de-Integridad-y-Lucha-contra-la-Corrupci%C3%B3n.pdf.pdf?v=1713902053>
- Cotler, J., & Grompone, R. (2000). *El fujimorismo: ascenso y caída de un régimen autoritario*. Lima: IEP Instituto de Estudios Peruanos.
- Delgado, A. (2009). Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración Pública. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 357-424.
- Donna, E. (2002). *La autoría y participación criminal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- García, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ideas.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Instituto Pacífico.

- LP Pasión por el Derecho. (19 de Julio de 2024). *Fiscalía denuncia a Rosselli Amuruz por la presunta contratación irregular de tres trabajadores parlamentarios*. Obtido de LP Derecho: <https://lpderecho.pe/fiscalia-denuncia-a-rosselli-amuruz-por-la-presunta-contratacion-irregular-de-tres-trabajadores-parlamentarios/>
- Márques, Á., & González, O. (2008). La couatoría. Delitos comunes y especiales. *Diálogos de Saberes*, 29-50.
- Mezger, E. (1958). *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: BdeF.
- Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Muñoz, F., & García, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pariona, R. (2023). La asunción de la teoría de los delitos de infracción de deber y sus consecuencias en la jurisprudencia peruana. *Revista Derecho & Sociedad*, 1-34.
- Pérez, J. (20 de Febrero de 2023). *LP Pasión por el Derecho*. Obtido de <https://lpderecho.pe/sujeto-activo-delito-negociacion-incompatible-o-aprovechamiento-indebido-cargo/>
- Polaino-Orts, M. (2012). Introducción al Derecho penal de la Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, 77-87.
- Prado, V., & Hurtado, J. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Lima: IDEMSA.

- Proética & Ipsos. (2023). *Ipsos*. Obtido de <https://www.ipsos.com/es-pe/xii-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru>
- Quiroz, A. (2013). *Historia de la Corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal.
- Rodríguez, G. (2016). *El concepto de funcionario público en el derecho penal y la problemática del "funcionario de hecho" en los delitos contra la administración pública*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Rose-Ackerman, S. (1999). *Corruption and Government. Causes, consequences and refor*. Cambridge University Press.
- Roxin, C. (1963). *Täterschaft und Tatherrschaft: Autoría y dominio del hecho*. De Gruyter.
- Roxin, C. (1997a). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (1997b). *Derecho Penal. Parte General: Especiales formas de participación del delito*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte General. Especiales formas de aparición del delito*. Civitas.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Salinas, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- Salinas, R. (2021). *Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Palestra.
- Silva, J.-M. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.

Suárez, A. (2000). El sujeto activo en los delitos contra la Administración Pública. *Derecho Penal y Criminología*, 13-42.

Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, C. d. (2025). *Informe Final de Denuncia Constitucional N.º 469*. Lima: Congreso de la República.

Transparencia Internacional. (2024). *Transparency International the global coalition against corruption*. Obtido de <https://www.transparency.org/en/cpi/2024>

Vílchez, R. (2022). Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la Administración Pública en el Perú. *Revista de Derecho*, 173-189.

Villa, J. (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ara Editores.

Villavicencio, F. (2019). *Derecho penal básico*. Lima: Fondo Editorial PUCP.