



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**LOS ACTOS DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA PÚBLICA COMO ELEMENTO
TÍPICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho

Autor

Rodríguez Ojeda, Andrés Fernando

Asesora

Gonzáles Loli, Martha Rocío

ORCID: 0000-0001-8849-4823

Jurado

Navas Rondón, Carlos Vicente

Jiménez Herrera, Juan Carlos

Vigil Farias, José

Lima - Perú

2025



LOS ACTOS DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA PÚBLICA COMO ELEMENTO TÍPICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

INFORME DE ORIGINALIDAD

22%

INDICE DE SIMILITUD

21%

FUENTES DE INTERNET

5%

PUBLICACIONES

8%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	revistas.uap.edu.pe Fuente de Internet	10%
2	hdl.handle.net Fuente de Internet	3%
3	Submitted to Universidad Nacional Federico Villarreal Trabajo del estudiante	2%
4	repositorio.unfv.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	Submitted to Universidad Peruana de Las Americas Trabajo del estudiante	<1%
6	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	<1%
7	Submitted to Universidad Continental Trabajo del estudiante	<1%
8	www.scielo.org.pe	



Universidad Nacional
Federico Villarreal

VRIN | VICERRECTORADO
DE INVESTIGACIÓN

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

LOS ACTOS DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA PÚBLICA COMO ELEMENTO

TÍPICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Línea de Investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho

Autor

Rodríguez Ojeda, Andrés Fernando

Asesor

González Loli, Martha Rocío

ORCID: 0000-0001-8849-4823

Jurado

Navas Rondón, Carlos Vicente

Jiménez Herrera, Juan Carlos

Vigil Farias, José

Lima – Perú

2025

ÍNDICE

RESUMEN	IX
ABSTRACT.....	X
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Planteamiento del problema.....	3
1.2. Descripción del problema	5
1.3. Formulación del problema	8
1.4. Antecedentes	9
1.5. Justificación de la investigación	23
1.6. Limitaciones de la investigación.....	24
1.7. Objetivos.....	25
1.8. Hipótesis	26
II. MARCO TEÓRICO	27
2.1. Evolución histórica.....	27
2.2. Teorías y doctrinas.....	28
2.3. Marco legal.....	43
2.4. Marco jurisprudencial.....	54
2.5. Marco filosófico.....	57
2.6. Marco conceptual.....	59

III. MÉTODO	63
3.1. Tipo de investigación.....	63
3.2. Población y muestra.....	64
3.3. Operacionalización de variables	66
3.4. Instrumentos.....	68
3.5. Procedimientos.....	69
3.6. Análisis de datos	700
3.7. Consideraciones éticas	71
IV. RESULTADOS	73
V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	117
VI. CONCLUSIONES.....	124
VII. RECOMENDACIONES	126
VIII. REFERENCIAS.....	127
IX. ANEXOS.....	142

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Muestra de estudio	66
Tabla 2. Operacionalización de variables	67
Tabla 3. Escala de medición de confiabilidad.....	70
Tabla 4. Prueba de normalidad	71
Tabla 5. Opinión ítem 1: ¿Considera que el incumplimiento de una función administrativa a cargo de un servidor público genera necesariamente un perjuicio o daño para el Estado?	73
Tabla 6. Opinión ítem 2: ¿Está de acuerdo en que cualquier perjuicio o daño que el servidor público ha generado para el Estado debe ser considerado como conducta antijurídica penal?	75
Tabla 7. Opinión ítem 3: ¿Es posible afirmar que el servidor público que incumple una función administrativa al afectar los deberes del cargo que ocupa, vulnera la confianza que le ha otorgado el Estado?	77
Tabla 8. Opinión ítem 4: ¿Está de acuerdo en que el incumplimiento de una función administrativa a cargo de un servidor público daña de manera efectiva el correcto y normal funcionamiento de la administración pública?	79
Tabla 9. Opinión ítem 5: ¿Considera que el servidor público que incumple una función administrativa, aun cuando no exista perjuicio efectivo, genera un potencial riesgo para el correcto y normal funcionamiento de la administración pública?	81

Tabla 10. Opinión ítem 6: ¿Está de acuerdo en que las funciones administrativas establecidas para un determinado cargo constituyen un deber especial que asume el servidor público?.....	83
Tabla 11. Opinión ítem 7: ¿El incumplimiento de un deber especial fijado para el servidor público por el sólo hecho de generar un riesgo debe ser calificado como conducta antijurídica penal?.....	85
Tabla 12. Opinión ítem 8: ¿Considera que al servidor público se le debe atribuir como conducta antijurídica penal el incumplimiento de las funciones administrativas específicas del personal bajo su dirección?	87
Tabla 13. Opinión ítem 9: ¿Concuerda en que el servidor público es garante del cumplimiento de las funciones administrativas específicas del personal bajo su dirección?	89
Tabla 14. Opinión ítem 10: ¿Está de acuerdo en que el incumplimiento de las funciones administrativas implica de manera tácita la existencia de un interés particular del servidor público?.....	91
Tabla 15. Opinión ítem 11: ¿Considera que se puede interpretar como interés indebido el incumplir con una función administrativa aun cuando se haya generado un beneficio para la administración pública?	93
Tabla 16. Opinión ítem 12: ¿Concuerda en que el servidor público que incumple un deber funcional es consciente del daño que puede generar para el correcto funcionamiento de la administración pública?	95

Tabla 17. Opinión ítem 13: ¿Conviene en que el servidor público que incumple un deber funcional lo hace pese a tener conocimiento que tiene un deber de lealtad y probidad con el Estado?.....	97
Tabla 18. Opinión ítem 14: ¿Está de acuerdo en que el servidor público que incumple un deber funcional genera un potencial daño para la administración pública que debe ser objeto de represión penal?.....	99
Tabla 19. Opinión ítem 15: ¿Considera que cualquier comportamiento calificado como contrario a la norma justifica la intervención del Derecho Penal?	101
Tabla 20. Opinión ítem 16: ¿Concuerda en que la creación de un riesgo para el interés legítimo debe ser probado para considerar consumada la infracción. Por tanto, no se puede sancionar cualquier incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo?	103
Tabla 21. Opinión ítem 17: ¿Está de acuerdo en que la sola creación de un riesgo para el interés legítimo determina la consumación de la infracción penal. Por tanto, se puede sancionar cualquier incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo?	105
Tabla 22. Opinión ítem 18: ¿Considera que si existe la sospecha que el servidor público actuó interesadamente, debe presumirse que se ha generado un peligro para el correcto funcionamiento de la administración pública?.....	107
Tabla 23. Tabla cruzada: Actos de función pública administrativa*Elemento típico del delito de negociación incompatible	109
Tabla 24. Contrastación de hipótesis general.....	110

Tabla 25. Tabla cruzada: Infracción del deber*Elemento típico del delito de negociación incompatible.....	111
Tabla 26. Contrastación de hipótesis específica 1	112
Tabla 27. Tabla cruzada Peligro abstracto*Elemento típico del delito de negociación incompatible.....	113
Tabla 28. Contrastación de hipótesis específica 2	114
Tabla 29. Tabla cruzada: Peligro concreto*Elemento típico del delito de negociación incompatible.....	115
Tabla 30. Contrastación de hipótesis específica 3	116

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 1	74
Figura 2.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 2	76
Figura 3.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 3	78
Figura 4.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 4	80
Figura 5.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 5	82
Figura 6.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 6	84
Figura 7.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 7	86
Figura 8.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 8	88
Figura 9.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 9	90
Figura 10.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 10	92
Figura 11.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 11	94
Figura 12.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 12	96
Figura 13.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 13	98
Figura 14.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 14	100
Figura 15.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 15	102
Figura 16.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 16	104
Figura 17.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 17	106
Figura 18.	Representación porcentual del resultado opinión ítem 18.....	108

RESUMEN

El delito de negociación incompatible suscita en la actualidad diversas interrogantes sobre su naturaleza jurídica, incertidumbre que se agudiza ante las diversas posturas divergentes que ofrece la jurisprudencia penal generando mayor inseguridad en la comunidad jurídica. Tratándose de un tipo penal que frecuentemente actúa como una forma subsidiaria de pacto colusorio, promovimos una investigación cuyo objetivo general era determinar de qué manera los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico de la negociación incompatible, para ello se empleó la metodología tipo básica no experimental, de corte transversal, intervalo explicativo con enfoque cuantitativo. El universo de estudio se conformó por 148 abogados con especialización en Derecho Penal: 6 fiscales del Ministerio Público, 6 magistrados de la Corte Superior del distrito judicial de Lima y 123 abogados litigantes, sometidos a un cuestionario cuyos resultados fueron procesados mediante la estadística descriptiva e inferencial, habiéndose determinado a un valor de confiabilidad del 95% una conexión relevante entre las variables de la investigación; concluyendo, que los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible. La descripción del injusto penal no sanciona una conducta específica, de modo que la transgresión de las responsabilidades del cargo que rigen al servidor público, presupone la existencia de un interés particular que genera o posibilita amenaza para el interés legítimo, postura que comparte el 72,97% de la muestra que entiende que el agente que incumple una función del cargo perjudica el funcionamiento eficiente de la institución pública.

Palabras clave: Conducta típica, interés legítimo, peligro abstracto, peligro concreto.

ABSTRACT

The offence of incompatible negotiation currently raises various questions about its legal nature, uncertainty that is exacerbated by the different positions offered by criminal jurisprudence, generating greater uncertainty in the legal community. As a criminal type which often acts as a subsidiary form of collusive agreement, we initiated research whose general objective was to determine how acts of administrative civil service are considered as a typical element of incompatible negotiation, for this the basic non-experimental cross-sectional standard methodology was used, Explanatory level with quantitative approach. The study was composed of 148 lawyers specializing in criminal law: 6 prosecutors of the Public Prosecutor's Office, 6 judges of the Superior Court of the judicial district of Lima and 123 litigators, submitted to a questionnaire whose results were processed by descriptive and inferential statistics, with a reliability value of 95% having determined a relevant connection between the variables of the research; concluding that acts of administrative public function are considered as a typical element of the offence of incompatible negotiation. The description of the unjust criminal does not Penalize a specific conduct, so that the transgression of the responsibilities of the office governing the public servant presupposes the existence of a particular interest that generates or makes possible a threat to the legal good, the opinion of 72.97% of the sample is that a breach of duty by an agent would be detrimental to the efficient functioning of the public institution.

Keywords: Typical behavior, legal right, abstract danger, concrete danger.

I. INTRODUCCIÓN

La negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo (en adelante utilizado de manera indistinta), como injusto penal que sanciona la corruptela del aparato público tiene naturaleza subsidiaria según indica el Recurso de Casación n.º 841-2015 Ayacucho (2016), habitualmente utilizado por el Ministerio Público cuando no es posible evidenciar otras conductas ilícitas que atentan contra la organización estatal, principalmente el pacto colusorio (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

Esta figura delictiva que data de la codificación penal de 1837, inicialmente castigaba con inhabilitación al servidor público que incurría en la conducta punible, más tarde luego de ciertas reformas legislativas, en la Ley Penal de 1991, se sustituye la sanción a pena privativa de la libertad; sin embargo, el texto que desarrolla el código sustantivo, en su esencia no ha merecido mayor variación pese al tiempo transcurrido y no obstante los diversos pronunciamientos disímiles que se han dictado sobre la naturaleza jurídica y consumación del delito.

Ciertos especialistas entienden que se trata de garantizar el desempeño eficiente de la entidad estatal, en oposición de quienes consideran que el Derecho Penal media para salvaguardar las responsabilidades del cargo que asume el servidor público; sobre su naturaleza jurídica, el debate se centra en, si lo que se imputa es el riesgo o riesgo potencial de un peligro abstracto, o de lo que se trata es de castigar la amenaza real para el interés legítimo ocasionado por un peligro concreto.

Es un delito especial cuyo agente activo, el servidor público, al realizar actos inherentes a la función administrativa del cargo que desempeña incumpliendo la norma legal puede estar inmerso, en tanto de ello se presume cierto interés contrario a los fines perseguidos por el Estado,

se castiga el incumplimiento de un deber especial que podría generar detrimento en la administración pública por lo que a nuestro juicio, se estaría sobre criminalizando cualquier actividad de gestión aun siendo inocua lejos de prevenir posibles actos de corrupción.

La falta de criterios uniformes sobre la naturaleza jurídica de la negociación incompatible en los diversos fallos del Tribunal Supremo, funda desconcierto y desconfianza en los justiciables frente a posibles decisiones arbitrarias que menoscaben garantías esenciales. La Sala Penal Especial en el Recurso de Apelación n.º 7-2016 (2018) solicitó que el poder judicial convoque a un Pleno Casatorio para abordar esta problemática, sin que ello se haya concretado hasta el momento.

Esta situación problemática, impulsó el presente trabajo de investigación de tipo básico no experimental, estudio de corte transversal con enfoque cuantitativo, en el que se utilizó además el análisis documental y el auxilio de la estadística descriptiva e inferencial para el estudio de los datos, teniendo como principal objetivo determinar de qué manera los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible.

Luego de finalizar el estudio se alcanzó como resultado a un valor de confianza del 95% un valor de $p = ,000$, esto es, a un intervalo de significancia de 0,05 el valor alcanzado para p es menor a 0,05, lo que demuestra que existe una conexión relevante entre las variables de investigación, por tal razón se puede concluir que, los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible.

La redacción del ilícito previsto en el código sustantivo, no es específico respecto a la acción que se reprocha en la vía penal, de esta manera se puede deducir que cualquier actividad contraria a las disposiciones que rigen las responsabilidades que asume el servidor estatal (deber

especial) se considera que supone una amenaza real o potencial para el buen funcionamiento de la administración pública, posición respaldada por el 72,97% de la muestra quienes entienden que el servidor estatal que transgrede las funciones administrativas inherentes a su cargo, en realidad perjudica el funcionamiento eficiente de la entidad pública.

1.1. Planteamiento del problema

La corrupción entendida como el abuso del poder, se presenta a intervalo mundial desde hace años y se ha venido agudizando en nuestro país en las últimas tres décadas, la corrupción y la inconducta funcional según cifras expuestas por la Contraloría General de la República le habrían generado un perjuicio económico al Estado de 23,3 mil millones de soles, aproximadamente el 3% del Producto Bruto Interno (PBI) de 2019. (Shack et al., 2020)

Ante un escenario como el abordado el Perú ha emprendido una política criminal con alta tendencia a la prevención, como diría Beck (1998) anticipándose al peligro, característica de lo que denomina: una sociedad de riesgos, en ese sentido, se ha venido reformando la codificación penal en el marco de las consideraciones propuestas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), a través de la cual se establece la lucha contra la corrupción como una política de Estado.

En este contexto, el Consejo Nacional de Política Criminal (CONAPOC) encargado de verificar el cumplimiento a la política criminal desarrollada por el Perú, sostiene que las acciones del Estado se centran en leyes simbólicas, sin información empírica, datos criminológicos y sin verificar sus efectos, existe una dispersión de la normativa penal enfocada en agravar la sanción sin ningún resultado en la lucha contra la criminalidad (Consejo Nacional de Política Criminal [CONAPOC], 2012, p. 2).

El endurecimiento del reproche penal sin lineamientos técnicos claros estaría desnaturalizando los fines del Derecho Penal en clara oposición al principio de ofensividad, de modo que se anticipa la barrera de actuación de la Ley Penal para sancionar conductas que el persecutor del delito considera como peligrosas. En este contexto, el ilícito de la negociación incompatible se ha convertido en la última década como el tipo penal de uso frecuente para sancionar a los funcionarios públicos, subsidiario al ilícito de colusión, alcanza un 14% de los casos registrados por la defensa jurídica del Estado culminado el tercer trimestre del período 2022 (Procuraduría General del Estado, 2022).

El interés indebido es el componente nuclear de la tipicidad que se establece para el aprovechamiento indebido del cargo, y se materializará mediante aquella acción u omisión contraria a las disposiciones normativas en que incurra el servidor público en el ejercicio de su cargo, que denote cierta inclinación a lograr un beneficio particular en desmedro del interés común, según se interpreta del texto legislado para este ilícito.

Consultada la jurisprudencia para definir la naturaleza de este tipo penal, encontramos posturas disímiles a intervalo del Tribunal Supremo, por un lado cierto colegiado estima que se está ante un ilícito de peligro concreto conforme se acredita en el Recurso de Casación n.º 231-2017 - Puno (2017), y en otro sentido, otra magistratura indica que se trata de un injusto penal de peligro abstracto según lo precisa el Recurso de Casación n.º 396-2019 - Ayacucho (2020), entre los principales pronunciamientos de mayor relevancia.

Pronunciamientos que han generado gran incertidumbre en la medida que el máximo estamento de la justicia había señalado que, en los ilícitos de peligro abstracto, según se desprende del Recurso de Nulidad n.º 672-2016 - Lima, se penaliza una acción típica de riesgo o de amenaza

en abstracto, no es necesario que exista una amenaza efectiva para el interés legítimo protegido, a diferencia de los delitos de peligro concreto en los que se exige que se haya ocasionado un riesgo real de lesión.

Esta dificultad evidencia que existe la necesidad de unificar los diferentes criterios que se sostienen a intervalos de la jurisprudencia, condición expuesta por la Sala Penal Especial a través del Recurso de Apelación n.º 7-2016, Sala Penal Especial, con el que solicitó convocar a un Pleno Casatorio para definir el régimen jurídico y como se perfecciona el ilícito de la negociación incompatible. Al no haberse concretado esta solicitud, se infiere que las judicaturas de la materia siguen asumiendo criterios heterogéneos generando incertidumbre, preocupación e inseguridad para la comunidad jurídica.

1.2. Descripción del problema

El ilícito de la negociación incompatible, como lo refiere López (2017) tiene comienzo en el código sustantivo de 1863, específicamente en el artículo 201º, mediante este injusto se penalizaba con la inhabilitación al servidor público, esta sanción consistía en despojarlo del empleo o cargo y la incapacidad de obtener otro de similar naturaleza; posteriormente esta figura delictiva es ubicada en el artículo 345º del código sustantivo de 1924.

Más tarde, en la reforma de 1991 la codificación penal lo ubica en el artículo 397º, sustituyendo la sanción de inhabilitación por la de prisión efectiva, adicionalmente se cambia su denominación por la de aprovechamiento indebido del cargo. En la actualidad, establecido en el artículo 399º del código sustantivo, es conocido como delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

En términos generales, salvo el incremento en la sanción establecida en la reforma del 2004, fijando una pena privativa que va de los 4 a 6 años y la adición de la pena de días multa en el 2013, el texto del tipo penal en esencia es el mismo. Sorprende que en este tiempo, a pesar de las diversas aclaraciones vertidas a través del Tribunal Supremo, el texto del ilícito penal no precise de manera inequívoca la conducta típica que se sanciona, máxime si como se advierte existen posiciones contrarias a intervalo de la jurisprudencia penal.

Efectivamente, genera aguda discrepancia lo anotado por el Órgano Jurisdiccional Supremo en el Recurso de Casación n.º 231-2017 - Puno (2017) en el que se asevera que este ilícito es de peligro concreto y que conforme al postulado de ofensividad debe crear una amenaza real para el interés legítimo. Bajo este concepto, será necesario que se demuestre la existencia de un peligro que implique una lesión tangible para que se configure la conducta típica, posición que es rechazada en otros pronunciamientos.

En el Recurso de Casación n.º 396-2019 - Ayacucho (2020), al contrario, indica que para probar el delito solo se necesita que el servidor estatal demuestre ánimo de beneficio, se trata de un peligro abstracto, no precisa una secuela de daño o de peligro, solo basta con demostrar la inclinación final del autor que busca un provecho particular. Sin embargo, actuar con interés no implica solo la búsqueda de un provecho, el término utilizado como núcleo objetivo del tipo penal tiene otras acepciones, de modo tal que estamos ante una apreciación necesariamente subjetiva.

Con mayor rigor, a través del Recurso de Casación n.º 180-2020 - La Libertad (2020), se establece que la conducta que prohíbe el tipo es aquella que supone una amenaza para el interés legítimo, por tanto se castiga una conducta por valoración ex ante, así el legislador conjetura sin evidencia en contrario, que el resultado es la afectación del interés legítimo. En cuanto al criterio

empleado, no resulta clara la postura del Supremo Tribunal respecto a la presunción de inocencia como prevalencia de garantía constitucional.

Ahora bien, en cuanto a los actos de función del servidor público mediante el Recurso de Casación n.º 67-2017 - Lima (2017) el Órgano Jurisdiccional Supremo indica que en caso el servidor infringe los deberes del cargo que ostenta en contra del interés común, su conducta debe ser evaluada en primer lugar a intervalo administrativo y solo si cumple con los criterios de pertinencia y coherencia con el hecho ilícito deberá intervenir el Derecho Penal, postura distinta a la expuesta en el Recurso de Casación que precede.

Los pronunciamientos que se han recogido lejos de unificar la jurisprudencia, evidencian ausencia de un criterio estándar en la interpretación de la conducta que sanciona la negociación incompatible, de modo que interpretaciones como las que se han citado revelan que no resulta claro en qué casos se justifica el reproche penal. Estamos ante un problema interpretativo de la norma penal que denota deficiencias en la política criminal del Estado, la cual debe implementarse a través de reglas claras y precisas, legislar sin tomar en consideración estas garantías solo afectará Derechos Fundamentales.

El aparato público se encuentra generalmente distanciado de principios fundamentales como, meritocracia, equidad y aptitud, frecuentemente obviados por el poder ejecutivo al designar a sus funcionarios, distante de los fines concebidos en la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil y normas complementarias, situación que desde luego posibilita encargar la dirección de diferentes entidades de la administración pública en personal no idóneo, sin experiencia, sin las calificaciones necesarias y por sobre todo, afín al gobierno de turno.

La experiencia demuestra que la transición de los servidores de confianza en los principales cargos de dirección, al inicio de cada gobierno es significativa, pese a que en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) a la par de requerir se legisle el castigo de la ejecución o abstención de actos funcionales en vulneración a la Ley (Artículo 19° abuso de funciones), recomendó que cada Estado adopte medidas para prevenir tal falencia, tales como establecer procedimientos adecuados para seleccionar y formar a los funcionarios públicos expuestos a posible amenaza de corruptela especialmente en aquellos cargos vulnerables (Artículo 7° sector público).

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera los actos de función pública administrativa pueden ser considerados como elementos típicos del delito de negociación incompatible?

1.3.2. Problemas específicos

- a. ¿De qué manera se manifiesta en los actos de función pública administrativa un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible?
- b. ¿De qué manera se manifiesta en los actos de función pública administrativa un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible?
- c. ¿De qué modo en los actos de función pública administrativa se delimita un peligro abstracto frente a un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible?

1.4. Antecedentes

1.4.1. Antecedentes Nacionales

Franco (2022) en la investigación “Delito del incumplimiento de deberes funcionales: límites entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal”, tesis para alcanzar el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el autor mediante el método jurídico normativo plantea como objetivo general: determinar si en la legislación del delito de incumplimiento de deberes funcionales se establece un interés legítimo específico de conformidad con los principios de legalidad y mínima intervención del Derecho Penal.

Considera que en la actualidad, es inexistente en nuestro país la distinción específica entre las especialidades que emplea el Derecho como política criminal para la custodia del interés legítimo, a saber el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal. Afirma que las reglas sustantivas de conducta que están sujetos a sanción deben distinguirse de aquellos que tienen un impacto más grave sobre los intereses legítimos más importantes para el individuo y la sociedad.

Expresa que en concordancia con los principios de legalidad y última ratio, no basta con que un servidor estatal viole los deberes que el Estado le ha confiado para acudir al Derecho Penal. Calificar cualquier incumplimiento del funcionario público como conducta punible resulta un despropósito, deriva en un criterio extenso y amplio, es necesario exigir que el resultado perjudique o suponga una amenaza real para el interés legítimo, lo cual es necesario para asegurar la coexistencia social y no para proteger el cabal funcionamiento de la entidad estatal (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

Vásquez (2022) en el trabajo de investigación denominado “Alcances del delito de negociación incompatible y su implicancia en procesos de contratación pública en situación de emergencia”, del Boletín reflexiones teóricas-prácticas actuales en el Derecho Penal, número 6, la autora aborda determinados alcances de la tipicidad de la negociación incompatible, sus elementos objetivos y subjetivos y revisa jurisprudencia relevante relacionada a defectos administrativos en procesos de contratación pública en situación de emergencia.

Manifiesta que en materia probatoria, un proceso penal varía respecto de un proceso administrativo disciplinario o sancionador; en el primer caso, es necesario acreditar estrictamente la comisión de un delito con todos sus componentes frente a un procedimiento administrativo que, constituye una vulneración del Derecho Administrativo o de las disposiciones de la legislación de las contrataciones del Estado (Rodríguez y González, 2024).

Estima que, resulta necesario identificar el interés indebido del servidor o agente estatal en el procedimiento de contratación directa para que se configure el injusto penal del aprovechamiento indebido del cargo, si bien es cierto se pueden presentar defectos administrativos que importen presuntos actos de favorecimiento vinculados a un interés particular del agente, ello no implica necesariamente la constitución del ilícito, será necesario probar la comisión del delito más allá de toda duda razonable.

Finalmente indica que, para confirmar el ilícito, no basta con acumular las deficiencias administrativas observadas en el procedimiento de contratación pública, además debe acreditarse una vinculación con cada elemento del ilícito penal de modo que sea posible acreditar el injusto de forma suficiente y razonable. Tratándose de procesos que se realizan en situaciones de emergencia, es posible se presenten deficiencias administrativas que pueden atenderse y

subsanarse de acuerdo con la legislación de las contrataciones del Estado, no siendo necesario recurrir al Derecho Penal.

Salinas (2020) en la investigación “La teoría de infracción del deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales”, tesis realizada para obtener el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, a través del método teórico dogmático propone como objetivo general: determinar que teoría dogmática resulta de mayor objetividad para delimitar en aquellos casos en que intervienen más de dos personas, a los autores y cómplices en los delitos de función pública.

El autor señala que los tipos penales legislados en la actualidad se encuentran clasificados en comunes o de dominio, por tanto responden a fundamentos distintos de imputación, sin embargo, en los injustos de infracción de deber la doctrina del dominio del hecho no resulta pertinente para identificar al autor del cómplice cuando se presentan más de dos imputados por lo que ha quedado instaurado que para los citados delitos, en este contexto, le resulta aplicable la teoría que sobre el particular han planteado en cada caso los maestros, Roxin y Jakobs.

Estableciendo un paralelo, explica que respecto a la teoría establecida por el maestro Jakobs, la transgresión a un deber institucional como fundamento del ilícito, no encaja en el sistema legal de nuestro código sustantivo, sostiene que, entre otros ilícitos en el caso del aprovechamiento indebido del cargo, comprobar que se ha materializado una transgresión al deber no importa necesariamente la constitución del injusto (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

La doctrina jurídica propuesta por Claus Roxin, según indica el autor, es necesaria para establecer la responsabilidad penal en la generalidad de los injustos de cargos públicos, pues establece que, responderá como autor quien actúa en la ejecución del ilícito violando un deber de

cuidado de relevancia penal, y a título de cómplice quien de igual modo media en la realización del injusto, aunque no transgrede ninguna obligación especial en razón que no asume tal competencia (Rodríguez y Gonzáles, 2024, p. 393).

Pezo (2020) en la investigación “Uso de las corrientes jurisprudenciales de la Corte Suprema peruana en el delito de negociación incompatible”, en la Revista electrónica de estudios penales y de la seguridad número 7, propone determinar el índice de uso de los criterios jurisprudenciales sobre el ilícito de negociación incompatible aprobados por el Órgano Jurisdiccional Supremo (Sentencias de primera instancia) periodo 2015 al 2018. Como objetivos secundarios: a). establecer si los magistrados distinguen los delitos de peligro en su motivación judicial; y b). determinar que delitos contra la administración pública se procesan en simultáneo con el ilícito del aprovechamiento indebido del cargo.

Revela que durante el periodo 2015 al 2018, únicamente el 15% de los dictámenes de primera instancia declaradas por el Órgano Jurisdiccional Supremo cumplen los criterios que a intervalo de jurisprudencia estableció la magistratura sobre los alcances del delito de negociación incompatible, es decir de manera considerable el 85% de las sentencias no incluyen en su motivación los principales pronunciamientos desarrollados a través de los recursos de casación.

Sugiere que la mayoría de los magistrados estima que la negociación incompatible es un injusto penal de peligro, sin embargo, el 73% de las resoluciones judiciales no especifica si se trata de un peligro concreto o de un peligro abstracto, valoración necesaria en tanto el primero de ellos exige una lesión real, y en el segundo, solo se requiere la existencia de un potencial daño para la entidad del Estado (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

Para finalizar señala que, el 92% de las sentencias evaluadas, sea absolutoria o condenatoria, atiende a procesos que se celebran en conjunto con otros injustos penales de corruptela pública, específicamente el ilícito de colusión presente en el 65% de las resoluciones indicadas, con lo cual se reafirma la posición doctrinaria que el aprovechamiento indebido del cargo es un tipo penal residual invocado ante la ausencia de otras figuras delictivas.

Canchari (2018) en la investigación “Doctrina de infracción deber normativista en la jurisprudencia de la Corte Suprema y su relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, tesis para optar el grado de Doctor en Derecho en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, mediante el método dogmático jurídico normativo aborda como objetivo general: determinar si se relaciona la jurisprudencia del Tribunal Supremo, teoría de infracción del deber, sobre autoría y participación, respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.

Afirma que no existe relación entre la jurisprudencia sobre la doctrina de la infracción del deber emitida por el Órgano Jurisdiccional Supremo respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción, indica que la teoría en mención se contrapone a los principios y objetivos de la Convención, en tanto la responsabilidad solo se determina en aquellos “mandos medios” excluyendo a los funcionarios con poder (Canchari, 2018, p. 205).

Manifiesta que los dictámenes del Órgano Jurisdiccional Supremo no son similares, en tanto la distinta formación doctrinal de quienes la integran, señala al respecto, que para determinar responsabilidad en aquellos ilícitos penales de infracción del deber es posible aplicar la doctrina sostenida por el maestro Schönemann, que parte de las posturas de abordar la “posición de garante

en torno al interés legítimo y, la posición de garante en virtud del control de la fuente de peligro” (Canchari, 2018, p. 206).

Garavito (2018) en el trabajo de investigación “Influencia de la corrupción en los procesos de contratación y selección del Estado”, tesis para optar el grado de Doctor en Derecho en la Universidad Nacional Federico Villarreal, mediante el método deductivo a intervalo explicativo descriptivo sobre una muestra de 120 personas, propone como objetivo central: analizar de qué manera se da la influencia de la corrupción en los procesos de selección y contratación del Estado.

El autor refiere que existe una acentuada influencia de la corruptela en los servidores estatales en los procesos de selección y contratación del Estado, de esta manera no puede haber una adecuada ejecución de estos, se trata de una anomalía permanente en nuestro país. La degradación del sector público es el resultado del abuso del poder que socava la puesta en marcha de buenas prácticas, generando desmedro en la jurisdicción y por ende en la estabilidad política y el crecimiento social.

El funcionario público como actor principal maneja información privilegiada respecto a los procedimientos de contratación del Estado, y es respecto a estos en que se vulnera el patrimonio público, por lo que, en su opinión los procesos de contratación estatal deben ser desburocratizados, hacerlos transparentes y amigables para la ciudadanía; en ese sentido, propone implantar mayores controles y penalizaciones efectivas.

Sostiene que las entidades públicas necesitan reducir la rotación de funcionarios vinculados a las áreas de contrataciones, así como de selección y capacitación del personal, de igual modo fortalecer el desarrollo de auditorías a la gestión por parte de los respectivos órganos de control. El aporte de la comunidad debe orientarse a la denuncia de actos de corruptela de los

cuales tiene conocimiento y por ello debe modificarse la legislación de protección al denunciante de modo que pueda ampliarse al ámbito de punición.

Grandez (2017) en la investigación “Derecho Penal del enemigo y la política criminal del Perú”, tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, aplicando el método inductivo-deductivo, establece como objetivo general de estudio: determinar si la política criminal actual presenta manifestaciones del Derecho Penal del enemigo.

Manifiesta que el aumento de las penas en nuestra legislación penal es una expresión clara de la aplicación del Derecho Penal del Enemigo, que se establece como respuesta a la voz popular bajo la errónea creencia de que esta sería la mejor medida para frenar el incremento de la delincuencia, motivo por el cual el legislador no repara en el endurecimiento o sobrecriminalización de las penas a imponer para ciertas conductas típicas.

A su juicio, la supresión de beneficios penitenciarios, la exclusión del postulado de absorción de penas así como la imprescriptibilidad de ciertos delitos en el ordenamiento penal dejan de manifiesto que se considera al transgresor de la norma penal como enemigo, so pretexto de encontrarse al margen de la Ley, y por este motivo, no merece sobreprotección de sus Derechos Fundamentales y menos ser tratado como ciudadano.

Enfatiza que en un Estado democrático como el nuestro no debe aplicarse el Derecho Penal del Enemigo, con ello solo se transgreden Derechos Fundamentales, al respecto recomienda el autor que, el Estado debe adecuar el ordenamiento penal, no puede considerarse a un ciudadano como persona por el solo hecho de cumplir con la norma penal y en caso se suscite lo contrario ser considerado como enemigo y por ende pasible de ser restringido en sus Derechos.

1.4.2. Antecedentes internacionales

Rusca (2023) en el trabajo titulado “Consideraciones de política criminal sobre el delito de negociaciones incompatibles con la función pública: una reconstrucción de su ilicitud como puesta en peligro contra la voluntad estatal”, de la revista Derecho PUCP, número 90, propone como objetivo el desarrollo de una teoría normativa del delito de negociaciones incompatibles, a partir de la elaboración de las condiciones materiales que debe reunir una conducta para poder ser legítimamente criminalizada.

Alude que, en la doctrina se considera de manera frecuente que este tipo de delito no ha sido suficientemente desarrollado ni evaluado teóricamente, y se cree ampliamente que se trata de un tipo de delito restrictivo desde la óptica del diseño legislativo. Insistir en, que el accionar del servidor se relaciona al ánimo de alcanzar un provecho, se instituye como una limitante inapropiada, agrega que, existen motivos de relevancia para interpretar como acabado el injusto penal con la sola evidencia que el agente actuó consciente de la situación de amenaza o peligro gestado en contra del interés legítimo (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

De otro lado señala que, se excluyen conflictos de intereses relevantes que deben ser criminalizados como los vinculados a intereses políticos, toda vez que se limita el alcance del ilícito para beneficios de carácter económico, por tal motivo, propone se establezca una definición del delito más amplia, teniendo como fundamento la concepción de las negociaciones incompatibles como aquella conducta que pone en peligro la objetividad en la toma de decisiones del aparato estatal.

Guimaray (2020) en la investigación “Criterios de imputación de responsabilidad penal en delitos vinculados a la corrupción pública”, tesis para obtener el grado de Doctor en Ciencias

Jurídicas y Sociales en la Universidad de Cádiz, mediante un enfoque dogmático propone se apliquen tres criterios de imputación de responsabilidad penal a los superiores jerárquicos de la organización, así establece la autoría mediata por dominio de organización, la comisión por omisión y finalmente la delegación de funciones.

Sostiene que a intervalo de la dogmática penal, el empleo del poder público para provecho particular como ilícito que lesiona a la entidad estatal, obliga a categorizar el interés legítimo que protege intereses colectivos, basándose en los fines constitucionales del Estado y la definición criminológica de corrupción pública, categoría que concentra conceptos como el fin benéfico del Estado, la legalidad y la imparcialidad u objetividad del aparato público, todos ellos esenciales para el buen funcionamiento de la entidad pública (Rodríguez y González, 2024).

Precisa que la aproximación dogmática y criminológica del concepto corrupción pública determina diferencias a observar, así, el desarrollo literal del injusto no será por fuerza claro respecto de los componentes que describen la corruptela estatal, de modo que será imprescindible realizar una interpretación jurídica del tipo penal para cada injusto contra la administración pública. Téngase en consideración que el pacto de los agentes que intervienen y los beneficios que estos obtienen se pueden manifestar de manera distinta según como se prevea en los diferentes tipos de injusto relacionados a la corrupción pública.

Sugiere que existe una conexión intrínseca, entre la norma que limita la actuación de los servidores estatales y los elementos positivos y negativos que justifican la proscripción penal de una acción, considera que, es probable que si el funcionario público es consciente de los deberes o responsabilidades que restringen su actuación como servidor estatal y decide infringirlos

consumando así el ilícito, evidencia que tuvo entendimiento para juzgar que su comportamiento era antijurídico (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

Afirma que el concepto funcionario público es el referente esencial de la tipificación de los ilícitos de la entidad pública y de su persecución penal, en ese sentido, la calificación del agente no se rige tan solo por la normativa administrativa, también se ha de valorar su capacidad para conectar a la administración con sus acciones. Es decir, en materia penal el criterio más importante es el desempeño eficiente de las funciones públicas, aspecto que se reconoce en los principales instrumentos internacionales vinculados con la reacción de política criminal a la corrupción pública, que los países se obligan a incorporar en su legislación.

Lucas (2017) en el trabajo de investigación “Fenómeno de Anticipación de la Barrera Punitiva del Derecho Penal y Política Criminal en las Últimas Reformas del Código Penal - Especial Mención a los Delitos contra la Seguridad Vial”, tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Universidad de Murcia, a partir de un análisis descriptivo dogmático sobre el problema planteado se orienta a verificar si existe justificación fáctica para la proliferación de la tipificación de delitos de peligro abstracto.

Indica que tipificar conductas peligrosas se contraponen al principio de lesividad, que establece la actuación del Derecho Penal cuando ocurre una lesión efectiva y no amenaza, calificar un hecho en términos generales como peligroso podría no serlo y se terminaría castigando por razones de prevención. Se está manifestando la anticipación de la tutela punitiva, en menoscabo de principios básicos como: reserva, lesividad, culpabilidad, inocencia y proporcionalidad.

El autor destaca que el legislador ha abusado de la implementación de barreras punitivas, lo que ha llevado a la tipificación de conductas sin considerar los valores que merecen una tutela

penal o exagerando en su evaluación. Esto ha llevado a que algunos especialistas consideren replantear la noción de interés legítimo para dotarlo de contenido por encima de un concepto formal.

Señala que, desde la perspectiva de la política criminal y criminológico, el legislador resulta sumamente influenciado sea por medios de comunicación o la opinión pública, motivando el diseño de una política dura sin una visión integradora con la criminología y el Derecho Penal, sentencia que, el adelantamiento de la barrera penal genera la expansión de injustos de peligro abstracto que no tiene una justificación empírica.

Bages (2017) en la investigación “La tentativa en los delitos de peligro abstracto”, tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Universidad de Barcelona, a través de un análisis dogmático mediante el método de carácter teleológico-funcionalista establece ciertos criterios de interpretación de los delitos de peligro abstracto de carácter restrictivo, orientado a excluir la punición de conductas carentes de peligrosidad pese a que coincidan con la descripción típica del tipo penal en sentido literal.

Estima que la extensión del Derecho Penal se distingue por la propagación de ilícitos de peligro abstracto, lo cual se debe a dos situaciones inciertas, la primera relacionada con cómo el tipo penal afecta intereses colectivos o difusos y de otro lado, cómo el legislador determina el peligro típico mediante módulos establecidos de forma centralizada, de manera que no es necesario verificar la adecuación de los delitos.

Argumenta que ante las situaciones propuestas, en primer lugar la Constitución impone de manera tácita el principio de ofensividad, la conducta de reproche debe generar un riesgo efectivo al interés legítimo individual, así como la posible afectación supraindividual; y en segundo

término, indica que para evaluar la peligrosidad de la conducta es posible utilizar como parámetro de punición la tentativa inidónea, en la medida que ésta establecería aquellas cualidades necesarias para que la conducta pueda ser sometida a reproche penal.

Al establecer este parámetro es posible reducir la tipicidad en tanto posibilita verificar el riesgo de la acción, situación que no es factible para el caso de la imprudencia, en la medida que, se parte del supuesto de la normativa preventiva o se generaliza en abstracto; así, las acciones sumidas en un ilícito de peligro abstracto, en las que sea objetiva la carencia de riesgo al no determinar la efectiva puesta en peligro ni lesión del interés legítimo tienen como consecuencia la no punición de estas.

Enfatiza que no es apropiado castigar las imprudencias sin consecuencias de manera generalizada, ya que esto solo generaría una inseguridad jurídica debido a que la simple violación de los preceptos que regulan el sector al que pertenece sería suficiente para que se estime perjudicado el ámbito de la organización en la que se integra y, por lo tanto, reuniría los presupuestos del tipo, de tal modo que sería improbable establecer cierto margen de tolerancia al riesgo.

Fernández (2017) en la investigación “El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos” tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Universidad de Málaga, aplica el método teleológico funcionalista para el análisis del funcionamiento del sistema social, orientando a la realidad social y jurídica. Se evalúan los criterios del daño social y sobre el criterio empírico social se establece qué conductas deben ser prohibidas por el ordenamiento y los bienes jurídicos que debe proteger el Derecho Penal.

La autora indica que la seguridad en el cabal desempeño de la entidad estatal no debe categorizarse como interés legítimo, resulta importante que ello no ocurra pues “no corresponde a un aspecto de la realidad social sino a una sensación colectiva” (p. 295). La función pública como actividad ejercida para beneficio de la sociedad no funda el interés legítimo tutelado de ninguno de los tipos que se han establecido en el código sustantivo, se trata de un concepto abstracto y genérico que no se alcanza a través de acciones individuales.

De esta manera, si la finalidad de la entidad estatal es ejercer función pública para satisfacer el interés general, entonces los bienes jurídicos de tutela serán aquellos preceptos o aspectos concretos que respaldan dicha función. Señala que, pese a la confusa redacción del tipo penal, resulta claro que el propósito de la legislación es castigar la conducta de un agente que influye formalmente en una operación estatal con el ánimo de pretender un interés propio.

Entre los problemas para identificar la lesión del interés legítimo, está el reconocer en qué momento se está ante un acto arbitrario, probarlo es complicado pues se trata de la psique humana, requiere que sea objetivado, así “una actuación en contra de la norma cautela” será signo de parcialidad y, por tanto, de lesión al interés legítimo (Fernández, 2017, p. 303). No obstante, la doctrina y la jurisprudencia no coinciden respecto si el agente a través de su comportamiento debe procurar participar en el asunto administrativo o si basta solo con su intención, sin que se haya concretado el resultado esperado.

Afirma que la jurisprudencia y la doctrina predominante definen la tipicidad, como la participación en un negocio o el acto para obtener beneficios propios, sin tener en cuenta que esta participación es consustancial a las obligaciones del cargo que ocupa y que no puede descuidar. Sin embargo, Fernández difiere al considerar que la acción penal es de índole finalista, es decir,

no es necesaria la participación efectiva del agente, sino que bastará con que el agente realice un acto relevante para supeditar la resolución que pone fin al procedimiento.

Díaz (2016) en el trabajo denominado, “El tipo de injusto de los delitos de colusión y aprovechamiento indebido del cargo en el ordenamiento jurídico peruano”, tesis para optar el grado de Doctor en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, el autor a través de la evaluación descriptiva y explicativa de la jurisprudencia y la doctrina peruana, así como los procedimientos de contratación estatal se aboca a “establecer criterios para la determinación del tipo de injusto en los delitos de colusión y aprovechamiento indebido del cargo”.

El autor concluye, que como parte de la política criminal implementar necesariamente los injustos penales de colusión y aprovechamiento indebido del cargo por las significativas pérdidas económicas del Estado, evidencian la precaria labor de las autoridades, ante ello se estiman medidas de protección y enfrentamiento en el ámbito administrativo, las primeras referidas al régimen de contratación del Estado y las segundas mediante la responsabilidad administrativo funcional.

Manifiesta que la justificación de la proscripción de la acción penal en los ilícitos de colusión y aprovechamiento indebido del cargo es la gestión contractual del Estado como interés legítimo de protección relevante, al tratarse de un proceso para la satisfacción de necesidades sociales el Derecho Penal interviene para cautelar ciertos principios de relevancia constitucional orientados a que el ciclo de la contratación estatal no se aparte de su finalidad patrimonial.

El propósito del Derecho Penal es garantizar que la contratación estatal esté exenta de actos de corrupción, por lo que se debe restringir esta protección mediante el principio de imparcialidad, descartando cualquier otro interés en la intervención del servidor público que pudiera afectar la

neutralidad de la actividad contractual del Estado en provecho del interés general de la comunidad, situación que de no ser observada coadyuvaría a exponerla a un riesgo abstracto.

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Justificación teórica

La jurisprudencia penal presenta criterios disímiles sobre la conducta típica del delito de aprovechamiento indebido del cargo legislado en el artículo 399° del código sustantivo. Las diversas posturas a intervalo que ha emitido el Órgano Jurisdiccional Supremo sobre: a) el interés legítimo bajo tutela, b) los elementos que configuran la tipicidad y c) el tipo de peligro que se materializa a través del injusto, pueden motivar decisiones con cierto sesgo de arbitrariedad que afecten Derechos Fundamentales.

La carencia de un criterio estándar para definir la tipicidad del injusto penal señalado, sugiere posibles deficiencias de la Ley Penal, posición que resulta razonable toda vez que al presentar este tipo de limitaciones, se puede advertir la existencia de vacíos en el desarrollo de la norma, debido a que el Derecho Penal no brinda una respuesta singular para identificar y valorar los elementos que alegan actividad delictiva como lo advierten (Navarro y Manrique, 2005).

A juicio de Schiele (2008) la seguridad jurídica es una condición del Derecho, de modo que la jurisprudencia no podría ser una fuente directa ya que su producción queda a criterio del juez del caso, no puede haber Derecho sin orden, sin estabilidad, el ciudadano debe encontrar en la Ley una garantía de que el ordenamiento jurídico no sólo reconoce los Derechos, sino también la ayuda del juez para hacerlos cumplir, y para ello debe tener confianza y la certeza de que la decisión del juez respaldara su reclamo en condiciones congruentes con el mandato positivo.

1.5.2. Justificación práctica

El problema planteado aun cuando fue revelado por la Sala Penal Especial en el Recurso de Apelación n.º 7-2016, solicitando a la Presidencia del Poder Judicial se convoque un Pleno Casatorio para definir la naturaleza y consumación del delito de aprovechamiento indebido del cargo, no ha merecido la atención que la situación exige.

En este marco, se infiere que las judicaturas de la materia siguen asumiendo criterios heterogéneos que generan incertidumbre, preocupación e inseguridad para la comunidad jurídica. Resulta claro que existe un riesgo latente para el justiciable, en tanto es posible que, adoptando ciertos criterios de la jurisprudencia imperante para la resolución de los casos en que procesa el ilícito de la negociación incompatible, se sancionen conductas que en esencia no revisten relevancia penal.

Sobre el particular, advierte Ordeig y Wolffhügel (2013) que, en tanto no se concrete un desarrollo significativo de una dogmática, será más imprevisible la decisión de los tribunales, de esta forma habrá que depender, del albur y de ciertos factores ingobernables, una posible condena o de ser el caso la absolución del imputado (p. 164).

1.6. Limitaciones de la investigación

1.6.1. Limitación geográfica

El trabajo de investigación se desarrolló en el distrito judicial del Cercado de Lima tomando como muestra la opinión de abogados con especialización en Derecho Penal, así como magistrados (fiscales y jueces especializados) vinculados específicamente en casos relacionados a ilícitos contra la entidad estatal perpetrados por funcionarios y servidores públicos.

1.6.2. Limitación temporal

El alcance de la investigación comprende los períodos del 2015 al 2020, lapso del que se evaluó aquella jurisprudencia penal emitida por el Tribunal Supremo, con el propósito de esclarecer y unificar criterios sobre aspectos de discrepancia recurrente sobre el injusto que sanciona el ilícito de aprovechamiento indebido del cargo, específicamente aquellos pronunciamientos que se consideran relevantes respecto a las posiciones que asume la doctrina con relación a los elementos que configuran la conducta típica del tipo penal.

1.6.3. Otras limitaciones

Para la ejecución del trabajo, se recurrió a trabajos de investigación de nuestro medio, así como estudios realizados en el exterior que preceden a nuestra propuesta, que si bien presentan un análisis del ilícito penal del aprovechamiento indebido del cargo, como injusto que sanciona actos de corrupción del servidor público, no abordan en específico el problema de investigación trazado para nuestra tesis, en ese sentido, solo hemos tomado en consideración aquellos trabajos que en nuestra opinión guardan cierta aproximación con los objetivos propuestos para el estudio.

1.7. Objetivos

1.7.1. Objetivo general

Determinar de qué manera los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible.

1.7.2. Objetivos específicos

- a. Establecer de qué forma se manifiesta en los actos de función pública administrativa un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.
- b. Establecer de qué manera se manifiestan en los actos de función pública administrativa un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible.
- c. Explicar de qué modo en los actos de función administrativa se delimita un peligro concreto frente a un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

1.8. Hipótesis

1.8.1. Hipótesis General

Los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible.

1.8.2. Hipótesis Específicas

- a. En los actos de función pública administrativa no se determina un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.
- b. En los actos de función pública administrativa se determina un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible.
- c. En los actos de función pública administrativa se delimita un peligro concreto frente a un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Evolución Histórica

El injusto penal de la negociación incompatible según lo refiere López (2017), aparece en el código sustantivo de 1863 ubicado en el artículo 201° del referido cuerpo legal, mediante este tipo penal se sancionaba al empleado público bajo la figura del aprovechamiento indebido del cargo, principalmente con la sanción de inhabilitación y en segundo grado con su desposesión del empleo o cargo gubernamental y la descalificación para alcanzar otro del mismo género por seis años.

Más tarde en la codificación de 1924, este delito fue reconocido bajo el título de “negociaciones incompatibles con las funciones públicas” según lo recogía el artículo 345° del código en mención; no obstante, como bien precisa el autor la redacción del tipo penal frente a la versión anterior no fue sustancial por lo cual su interpretación jurídica no difería en su contenido, situación que se mantendría, salvo cuestiones de forma, en el código aprobado con el Decreto Legislativo n.º 635 (López, 2017, p. 35).

Para Hugo y Huarcaya (2018), el legislador se alejaría de la estructura establecida en el código de 1924, de tal forma que lo ubica en el artículo 397°, suprimiendo el segundo párrafo del texto anterior que incluía la participación de los peritos, árbitros y contadores, texto que se incorpora al artículo 386° relacionado al tipo de colusión y patrocinio ilegal, injustos penales con similar connotación jurídica pero distinta conducta a la prevista para el aprovechamiento indebido del cargo.

Al respecto, señalan que si bien en la colusión se requiere el concierto fraudulento del agente estatal, en el injusto penal del aprovechamiento indebido del cargo considerado como un

injusto formal, basta solo el interés manifiesto, en ese sentido, no resulta claro cuál será la norma de aplicación si los agentes incurren en este segundo supuesto.

Las innovaciones al nuevo código penal, que lo reubican como integrante de los ilícitos que sancionan la corruptela de los servidores estatales, incluiría además, la frase acto simulado y sustituiría la denominación del agente: de empleado público por la de servidor público. Luego mediante la Ley n.º 27074 se agrega el término indebidamente para calificar la conducta del agente, e incrementa la pena fijada hasta ese entonces de 2 a 5 años y se fija como nuevo período de represión el intervalo de 4 a 6 años; y con la Ley n.º 28355 se varia su ubicación al artículo 399º y la denominación vigente por: negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

La última variación se presenta en el período 2013 a través de la Ley n.º 30111, con esta disposición se adiciona como consecuencia jurídica, la pena de días multa (ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días), manteniéndose las variaciones señaladas hasta ese momento. Es decir, salvo las variaciones sustanciales a las consecuencias jurídicas, la legislación no ha modificado de manera sustantiva el componente objetivo de la tipicidad, la esencia normativa del delito sigue siendo la misma pese a que en el transcurso del tiempo se han determinado singulares interpretaciones a intervalo de la doctrina nacional.

2.2. Teorías y Doctrinas

2.2.1. La función pública en la organización administrativa

La estructura de gobernanza del Estado se compone de instituciones estatales integradas por un grupo importante de personas cuya vinculación está regulada jurídicamente por la función pública, mediante la cual se ejecutan sus actividades, brindan servicios y ejercitan sus poderes de

conformidad con la Ley Suprema del Estado y la legislación expedida sobre la materia (Boyer, 2019; Rodríguez y Gonzáles, 2024).

Precisa Boyer (2019) que desde una dimensión orgánica la función estatal equivale a organización, y desde luego a intervalo funcional comprende, funciones, facultades, competencias, atribuciones o actividades y a individuos al servicio de dicha organización. En ese sentido, el poder y las funciones se otorgan a los cargos que se han establecido en las respectivas entidades públicas y es a través de las personas, que estas se ejercen y se materializan mediante determinados actos.

Según Galindo (2000) estas funciones o actividades tienen como contenido el deber del Estado de mantener el orden público, satisfacer las necesidades de los ciudadanos y dirigir el desarrollo social y económico. Estos deberes se realizan mediante acciones o actos administrativos, que sin duda se realizan conforme a la legislación que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas particulares.

Refiere Chanjan (2017) que la administración pública entendida objetivamente como función comprende un conjunto de comportamientos o prácticas que determinan cómo se distribuye y ejerce el poder del gobierno, es el ejercicio de la coerción o coacción estatal lo que diferencia a la administración pública de cualquier otra institución u organización privada, pues es mediante ella que se atiende el interés general a través de los servicios públicos.

La existencia de la entidad estatal como un subsistema, según precisa León et al. (2015) estriba en la necesidad de otorgar protección al interés general, de modo que se aseguren los Derechos e intereses de los administrados en el marco del ordenamiento jurídico, es por esta razón que aquellas acciones que afectan el cabal funcionamiento del Estado como organización, se han tipificado como delitos contra la entidad estatal.

2.2.2. El ejercicio de la función pública

Como expresa Galindo (2000) el Estado establece la estructura administrativa mediante la designación de individuos que se denominan: “altos funcionarios, funcionarios y empleados al servicio del Estado”, dichos servidores públicos realizan actividades materiales o intelectuales o ambas según las funciones que tiene encomendadas el Estado.

Enfatiza que son dos las doctrinas que pueden explicar la relación existente entre el Estado y los servidores estatales, la doctrina de Derecho Privado y la doctrina del Derecho Público. Al respecto, considera que la primera de estas entendida como doctrina civilista, es desechada aun cuando hay quienes la defienden; por el contrario, existe consenso en que al tratarse del cumplimiento de las funciones que realiza el Estado a través de sus servidores, el régimen jurídico al que se somete es de Derecho Público.

Hay tres teorías en el campo del Derecho Público que discuten la naturaleza jurídica del servicio público: a) se trata de una manifestación de voluntad del Estado con sus servidores; b) Se trata de una relación comercial; o c) se trata de un acto de unión o de condición. Se considera que esta última es la más adecuada porque la relación laboral no es proporcionada por imposición de las autoridades gubernamentales, actuar en forma distinta importaría la violación de los derechos del ciudadano, la relación contractual tampoco puede ser aceptada porque no hay equilibrio entre las partes (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

Afirma que es un acto de condición, en tanto señala que, si bien el nombramiento del alto funcionario, del funcionario y del empleado es una acción unilateral del Estado, la relación jurídica se establece cuando el elegido o designado acepta y promete desempeñar el cargo, es decir para que la relación exista y tenga validez se requiere la concurrencia de voluntades de aquel que elige

o nombra, como del elegido o nombrado, además de que este último reúna los requisitos legales exigidos para el cargo.

Para Benavente y Calderón (2012) es posible distinguir dos posturas en cuanto al contenido del ejercicio de la función gubernamental respecto al concepto de ejercicio del cargo, en primera instancia, quienes consideran el ejercicio del cargo y desempeño en la función pública como sinónimos, entre ellos Queralt quien refiere que ejercitar el cargo e intervenir en la función pública es semejante para efectos penales.

Resaltan la segunda postura, en tanto se deja en claro que no se debe utilizar de manera indistinta el termino ejercicio de la función gubernamental y ejercicio del cargo, citando lo señalado por Cobo del Rosal, indican que es posible participar en la función gubernamental sin ejercer cargo alguno. En nuestro ordenamiento legal no existe una explicación exacta del concepto funcionario público, lo que se ha detallado a intervalo del código sustantivo, en puridad, son quienes deben ser considerados bajo tal calificación para efectos de punición penal.

2.2.3. El deber especial de la función pública

A intervalo de doctrina, ciertos autores consideran que en los servidores estatales subyace un deber personal de "corrección y probidad" en el ejercicio de una actividad especial socialmente relevante, en cambio otros entienden que la protección que se otorga a través del Derecho Penal es el prestigio en la institución pública y la confianza que el ciudadano deposita en ella (Rodríguez, 2005, p. 330).

Para el autor no se puede criminalizar mediante la norma el incumplimiento de un deber personal, la protección que ejerce el Derecho Penal según precisa, es el correcto desempeño del

funcionario público en tanto esta podría ser la causa que genera un beneficio o perjuicio para la ciudadanía, por tanto, el prestigio y la confianza en la administración son consecuencias del correcto desempeño que el servidor ejerce.

Para Meini (2021), aun cuando no existe un criterio unánime, existe cierta posición doctrinaria y jurisprudencial en el Perú que asume la propuesta del maestro Jakobs respecto a que en los injustos de quebrantamiento del deber el autor asume obligaciones de carácter penal frente a la institución reconocidas por el Estado y por tanto, él como garante es el único responsable del cumplimiento de dichas obligaciones.

Al respecto, destaca que la interpretación que se concede a los ilícitos de transgresión de un deber importaría que en estos lo que se reprocha al servidor gubernamental es el incumplimiento de un deber penal que lo vincula con el Estado, el deber de lealtad en el cargo sin importar si en el recae el dominio de la acción que se reprocha, tesis que se soporta en que el Derecho Penal preserva la vigencia de la norma, no intereses legítimos.

En ese mismo sentido, Rusca (2023) considera que, en aquellos casos de intereses opuestos, el servidor puede resolver justificado por los deberes del cargo que ejerce apartándose de aquello que considera conviene a sus intereses. En la esfera de las entidades gubernamentales existen prohibiciones para los funcionarios orientadas a prevenir cualquier posible conflicto de intereses entre los agentes privados y el Estado.

A propósito de lo antes señalado, resulta importante la posición del maestro Kelsen (1994), cuando indica que la norma fija una conducta que se juzga como buena o mala, ese valor permitirá un juicio objetivo sobre su cumplimiento, la conducta se juzga respecto de una norma que se supone válida. El Derecho como ciencia describe su naturaleza a través de argumentos, estos se

diferencian de las normas porque no orientan ni proporcionan información, son vinculantes y tienen un significado descriptivo, no prescriptivo.

En ese extremo, Zaffaroni (1981) afirma que la Ley no crea conductas por describirlas o individualizarlas, rechaza cualquier concepto de acción o conducta humana creada para uso penal, es inconcebible delito sin conducta. Indica que el Derecho no puede desconocer que toda conducta está circunstanciada y como tal, materialmente tiene un resultado físico que cobrará importancia sólo en el interés que persigue la prohibición.

Para Roxin (2016) en los injustos de infracción del deber, tal vez se considere como autor quien no ha tenido ninguna participación en el dominio del hecho, incluso los hechos de omisión impropia integran el tipo penal. La lesión del deber de garante por si sola hace que quien lo omite sea autor, aun cuando el hecho lo haya ejecutado otro, es un deber extrapenal que no se amplía a cualquier partícipe, no hay delimitación entre hacer y no hacer.

2.2.4 Delitos contra la administración pública

El tratamiento de los ilícitos opuestos a la eficiencia de la entidad estatal, en opinión de Cornejo (2020) presenta inconvenientes en la medida que son tratados como delitos especiales, surgiendo la dificultad en clasificarlos, o como delitos de de dominio o injustos de transgresión del deber. En el primero, el ejecutor ostenta el dominio del hecho es decir el agente tiene el control de todo el acaecer delictivo, y en el segundo supuesto el autor no solo lesiona el interes legítimo, sino que además transgrede un deber asegurado institucionalmente.

Destaca que desde la aparición de la corrupción surge la necesidad de tipificar estos delitos debido al incremento de patologías de la acción administrativa en todos sus aspectos, así desde

una perspectiva de política criminal existe la necesidad de tutela para la institución pública. Se discute sobre el interés legítimo que se protege, hay quienes sostienen que se protege la integridad de la entidad gubernamental o el buen desempeño de las funciones del Estado, mientras que otros sostienen que se protege la imparcialidad de las instituciones en cuanto a la actuación de los aparatos estatales.

Según Chanjan (2017) hay dos teorías en la doctrina penal que se utiliza para describir las propiedades jurídicas que se supone protege el derecho penal: las teorías personalistas y las teorías del daño social o funcionalistas. La doctrina personalista considera al ciudadano y sus intereses en comparación con los intereses supra personales enfocados en el cumplimiento de una función social, mientras que la doctrina del daño, considera el interés legítimo desde el ámbito común cuando engloba las condiciones imprescindibles para mantener el orden social.

En su opinión, la acción penal solo es justificable cuando se logra el mayor beneficio del ser humano como tal y su desarrollo social, por lo que es importante considerar tanto los efectos disuasivos generales del Derecho Penal como la finalidad garantista que restringen su acción sancionadora. Para determinar el propósito de la protección del tipo penal, se requiere una interpretación teleológica que trascienda la apreciación literal o gramatical del mismo (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

La implementación del sistema punitivo del Estado no tiene como objetivo controlar el adecuado ejercicio de la administración gubernamental, sino que busca preservar los valores básicos y factores necesarios para el desarrollo del ciudadano en la sociedad y el funcionamiento de la organización estatal (Vílchez, 2021; Rodríguez y Gonzáles, 2024).

Entiende Vílchez (2021) que, cuando se comete un ilícito en detrimento de la administración gubernamental la sanción que se impone no se basa en daño material para la institución, esto es, no pueden castigarse delitos de lesión de resultado, no se trata de proteger una realidad material o apreciable a los sentidos, es imprescindible utilizar otro enfoque alternativo como el que proponen los injustos penales de peligro, pese a que no siempre representan daño real para el interés legítimo.

Refiere Abanto (2014) que resulta incompatible en un Estado de Derecho que la organización gubernamental como tal sea merecedora de protección, en contraposición al rol que ejerce ante la sociedad como es el de brindar servicios a los administrados. Por ello, en la actualidad es de interés proteger su correcto funcionamiento, interés legítimo que tutela el Derecho Penal, a ese efecto se establecen diversos tipos penales que castigan las conductas que vulneran el interés legítimo a través de diversas figuras u objetos de protección.

A este respecto, resulta importante la reflexión de Terradillos (1999) que considera que la función del Derecho Penal es la tutela de intereses legítimos, por ende, la política criminal debe valorarse en un marco político democrático. Cuestiona que se legisle delitos de peligro para tutelar bienes jurídicos supraindividuales, la peligrosidad no puede ser preestablecida de manera general.

La exposición al peligro como protección del tipo penal exige sentido jurídico, si sólo hay un peligro en esencia no habría un resultado como tal, la creación de peligro supone disminuir los factores de protección de un interés legítimo; si la consumación requiere la presencia del daño o amenaza concreta, entonces se dan las condiciones para sostener que se está ante un resultado típico.

2.2.5 El delito de aprovechamiento indebido del cargo

El injusto penal del aprovechamiento indebido del cargo según lo hace notar Rusca (2023), en líneas generales explica la actuación del servidor estatal que si bien participa en cierta actividad inherente a sus funciones, deja prevalecer en él un interés particular, es decir, opera una suerte de doble conducta, así actúa como representante gubernamental y de otro lado, interesado en que se produzca el hecho; sin embargo precisa, no es suficiente que se produzca tal conflicto de intereses, deberá obrar en el agente un propósito de beneficio.

Desde la óptica de Rojas (2016), el elemento tangible que integra el injusto comprende: el contrato y aquellas operaciones en las que participa el agente debido a las competencias del cargo que ejerce, en el primero la legislación integra las estipulaciones en las que interviene el Estado como parte y respecto a las actividades funcionales, se trata de aquellos intereses de provecho económico por los que este actúa y decide por cuenta propia.

No se considera un componente común el daño tangible a la organización gubernamental, sino que se trata de un ilícito que se funda en una fase previa de tutela y se considera un injusto penal de peligro para el interés legítimo. La norma establece que el agente público relacionado o un tercero obtenga un provecho como resultado de su mediación en un contrato u operación, por lo tanto, los intereses contrarios a este contenido deben descartarse (Rojas, 2016; Rodríguez y Gonzáles, 2024).

Sobre el particular, Montoya et al. (2016) precisa que la doctrina nacional considera que la manifestación del interés puede realizarse a través de un acto inherente a las competencias del servidor estatal o a través de actos que transgreden las funciones del cargo que ostenta; tal

afirmación se soporta en el hecho de que el legislador utiliza un método común para referirse al modo en que el funcionario muestra su interés.

Explica que el citado interés, según lo legislado, puede manifestarse de dos formas: a) cuando un funcionario abusa de su cargo e ignorando las competencias de los subalternos, asume obligaciones ajenas o impone su juicio de manera directa o indirecta sobre alguna decisión que repercuta en la contratación o cualquier otra actividad en la que el Estado participa; y, b) por actos indirectos y simulados: practicados en razón de su cargo, realizando procedimientos que permitirán posteriormente las contrataciones públicas de su provecho.

Por otra parte Hugo y Huarcaya (2018) consideran que el concepto de interesarse al que alude la legislación, atiende a la participación del agente público en una transacción, en la que participa en razón de su cargo, por ser imprescindible y beneficioso, priorizando el interés particular al interés colectivo; es decir, interviniendo a nombre del Estado a su vez lo hace como beneficiario o parte, ya sea de manera directa o a través de un tercero, es en esta actuación dual en que radica la acción dolosa del sujeto activo.

Desde otra perspectiva Nagasaki et. al. (2016) señala que para que una conducta pueda ser delimitada en el injusto se precisa sea atribuida de manera objetiva al autor, sobre este particular, la teoría de la imputación objetiva es un elemento necesario para todo ilícito, solo a través de su verificación la acción que se reprocha se considerará típica o no. Indica que la jurisprudencia nacional ya reconoce a la imputación objetiva como parte de la tipicidad, exigencia empleada por los magistrados como criterio para establecer si el hecho, objeto del proceso penal, se subsume en el tipo penal.

2.2.6. La negociación incompatible como delito de peligro

Mañalich (2015) califica el ilícito del aprovechamiento indebido del cargo como injusto penal de corrupción, tal concepto si bien no simboliza la afectación de un interés legítimo específico, lo que revela es un determinado método de ataque a uno o varios bienes jurídicos. La presencia de indicios de corruptela admite que un agente se encuentra habilitado para ejercer cierto poder decisorio y que el uso de esa capacidad se vincula al logro de un beneficio ilícito.

En su opinión, el aprovechamiento indebido del cargo se interpreta como el ilícito cuyo particular injusto estriba en el perjuicio del cabal ejercicio de la función gubernamental, tal deterioro en el interés legítimo adopta la forma de un peligro abstracto, en tanto se han vulnerado determinadas condiciones necesarias para que la función pública sea ejercida de forma tal que el interés general sea preponderante sobre el interés particular.

De manera opuesta, Fernández (2014) indica que existe discrepancia a intervalo de doctrina y jurisprudencia en el sentido de establecer si el aprovechamiento indebido del cargo es un injusto penal de simple actividad, o como se ha planteado, se trata de un ilícito de peligro abstracto, posición con la que difiere pues afirma que no se trata de un delito de peligro, el interés legítimo no está siendo eclipsado por las barreras de protección, se trata de un daño real para el interés legítimo a partir del momento en que el funcionario público no actuó de manera imparcial.

Para la autora el hecho de la intervención del servidor estatal en la transacción presupone que el agente al menos obtiene una resolución a su favor, a partir de lo cual se determina inicialmente la lesión del interés legítimo, en la medida que demuestra en primer lugar, que el funcionario no ha sido neutral y que los demás participantes del proceso administrativo no han concurrido en similares circunstancias.

A juicio de Hugo y Huarcaya (2018), tratándose de un delito formal de acción dolosa y como tal al ser finalista se extingue en el interés del servidor público que participa en la operación debido al cargo que ostenta, se trata de una duplicidad de participación simultánea, como servidor público y como parte a la vez. Precisan que el texto penal del código sustantivo no especifica o señala expresamente el tipo de interés al que se refiere, por lo que se admite una interpretación analógica.

Señalan que el precepto legal sugiere al interés del agente estatal en cualquier transacción en la que participa a nombre del Estado, disposición de carácter taxativo que excluye cualquier otro acto administrativo. Consideran los autores que los actos administrativos a los que alude el injusto son los procesos de contratación civil o de carácter económico, en tanto se tratan de operaciones de contenido económico.

2.2.7. El delito de peligro abstracto

De acuerdo con Teijón (2023) los injustos de peligro abstracto se concretan al ejecutarse el hecho positivizado en el texto penal sin que se haya materializado amenaza para el interés legítimo objeto de protección. Si las acciones del sujeto cumplen con las condiciones especificadas en la norma penal, se consideran típicamente relevantes, incluso si no hay peligrosidad ya que el ilícito se basa en la conducta antijurídica

Una situación de peligro abstracto debe identificarse a partir del deterioro de una o más condiciones de prevención, imprescindible para el uso y provecho no peligroso del interés legítimo, particular o común, en el ámbito de lo socialmente apropiado. El resguardo ante un peligro abstracto, se confiere mediante normas de conducta regladas por deberes de abstención o

de acción, que de manera forzosa deben neutralizar el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra el interés legítimo (Mañalich, 2021; Rodríguez y Gonzáles, 2024).

A juicio de Bascur (2019), los ilícitos de peligro abstracto resultan problemáticos para la dogmática penal en el entendido que para considerar consumado el ilícito, no es necesario comprobar la lesión ni la exposición al riesgo para el interés legítimo, por lo que resulta ilegítimo imponer una pena en el caso específico; en todo caso sentencia, debería optarse por una interpretación restrictiva por sobre una lectura declarativa de la disposición.

En opinión de Rusca (2022) existen imprecisiones terminológicas que distorsionan el reconocimiento de los ilícitos de peligro abstracto, se cuestiona si la conducta debe subsumirse en una categoría de peligro o en otra. Considera que es imposible e inconveniente prohibir todo comportamiento riesgoso, las principales actividades necesarias para la vida social importan riesgos para intereses de terceros, pese a las regulaciones de seguridad que rigen sus ámbitos respectivos, los delitos de peligro constituyen prohibiciones de realizar acciones cuya peligrosidad exceda el intervalo de riesgo permitido en perjuicio de los intereses de otros.

Como lo hace notar Terradillos (1999), ante la posibilidad de que se comprendan como delitos de peligro abstracto, infracciones de resultado materialmente irrelevante, habrá de llenar el silencio legal a través de las interpretaciones que resulten necesarias. La reflexión expuesta por el autor en nuestra opinión determina de manera imperiosa que el legislador, en virtud al principio de lesividad, incorpore los elementos que expliciten la idoneidad lesiva de la conducta punible en este tipo de delitos.

A propósito, Muñoz (1989) advierte que entre tipicidad y antijuridicidad existen fronteras nítidas a intervalo conceptual que en el plano teórico legislativo no lo son; el legislador en

ocasiones describe conductas prohibidas utilizando conceptos que determinan a la vez que tipicidad, la ilicitud de la conducta, de tal forma que la tipicidad en esencia ya no es solo un indicio de antijuridicidad, sino que equivale a su afirmación.

Es necesario resaltar sobre el particular, la postura del maestro Ferrajoli (1995), cuando refiere que la Ley Penal está obligada a prevenir los más grandes costos individuales y sociales simbolizados por sus resultados nocivos, es imposible pedir más al Derecho Penal. La potestad prohibitiva del Estado se limita en el precepto de necesidad o economía de las prohibiciones penales del que derivan: la legalidad de los ilícitos y sanciones, y el principio de lesividad.

Para el autor, la naturaleza lesiva del resultado es el fundamento axiológico del primer elemento sustancial o constitutivo del delito, la práctica jurídica debe demostrarlo cualquiera sea la concepción de ella: daño criminal, objeto de delito y el interés legítimo. Al respecto, consideramos que ante niveles significativos de corrupción que se han venido acentuando en nuestro país, la política criminal del Estado se ha basado en el adelantamiento de las medidas preventivas a través de la tipificación de los ilícitos de peligro.

2.2.8. El delito de peligro concreto

Esta figura delictiva requiere para su consumación, que el interés legítimo se haya sometido a un peligro concreto, al respecto Kiss (2015) señala que se entiende como la posibilidad cercana a la producción de una lesión para el objeto bajo protección. Precisa que el dolo, respecto al resultado de peligro concreto, concita dos posturas en la doctrina: la que refiere al autor como agente de la producción del resultado lesivo y la tesis defendida por Struensee, que sostiene que el

dolo se representa en diversas circunstancias sobre las que un observador objetivo advertirá la presencia de ese peligro.

Según Teijón (2023), establecer diferencias entre el riesgo que la acción genera y su resultado será imprescindible para decretar si estamos ante una amenaza en concreto o en abstracto, es fundamental para ello, considerar que si la acción generó un resultado de peligro concreto se interpreta a partir de un juicio de previsibilidad *ex post*; por lo tanto, desde la doctrina se refuerza la idea que el peligro concreto es de resultado, tomando en cuenta que lo que se tutela es la seguridad colectiva, su exposición al peligro generaría como resultado su menoscabo.

Como indica Mañalich (2021), en el marco del peligro concreto, el interés legítimo se encuentra expuesto a una lesión que no es evitada deliberadamente por su titular o sus beneficiarios, en otras palabras, el riesgo para el interés legítimo es dejado al azar y, por ende, no podrá ser morigerado por aquellos que tienen un interés legítimo en preservarlo. Por otro lado, en un injusto de peligro abstracto la posibilidad de perjuicio al interés legítimo se debe a la falta de acciones de prevención para evitar la posible afectación del bien ante una amenaza.

Algo semejante refiere Kiss (2015) cuando señala que, la acción que genera un peligro abstracto se constituye en un menor grado de desatención para el interés legítimo en contraste con aquella que realiza un peligro concreto, sin embargo, queda claro que en cada una de estas formas delictivas el autor acepta un riesgo menor de lesión al interés legítimo; sostiene que si el riesgo puede ser menor entonces los factores de riesgo que determinan su prohibición pueden reducirse.

Considera que aun cuando hay quienes señalan que no existen diferencias entre los injustos penales de lesión y de peligro concreto, el riesgo permitido se superaría en ambos, en ese sentido, si toda acción peligrosa fuera también lesiva, el ilícito de peligro concreto se encontraría inmerso

en la aplicación del concurso de leyes y por tanto su tipificación no tendría justificación en la práctica.

Explica que el ilícito de peligro concreto si bien coincide con los factores de riesgo exigibles en el ilícito de lesión, la tipicidad que sanciona a través del tipo basa su especialidad en la agrupación de ciertos resultados intermedios del curso causal dirigido a la lesión, y la consumación no precisa la realización de un daño. Entonces, no existe el adelantamiento de la punibilidad en su tipificación como lo refieren ciertos autores, así la sola tentativa de lesión se ve traducida en la consumación del ilícito.

En el mismo sentido, Mir (2006) precisa que en los ilícitos de peligro concreto es necesario a manera de resultado, el daño concreto subsecuente, es decir, que la conducta haya estado a punto de generar una lesión al objeto de protección, en el delito de peligro abstracto bastaría tan solo con la peligrosidad de la acción para materializar el ilícito.

Enfatiza que no se debe admitir la ausencia del tipo en los injustos penales de peligro abstracto, aun cuando se demuestre que no se trata de un peligro concreto, admitir ello sería contrario al fundamento político criminal en que se basa este tipo penal, así se dejaría a juicio la evaluación del riesgo de las acciones que suelen ser lesivas.

2.3. Marco legal

El injusto penal del aprovechamiento indebido del cargo como refiere Nakazaki et al. (2016) es un ilícito penal subsidiario, que se utiliza cuando no es posible demostrar aquella conducta que representa el interés particular del servidor para alcanzar un beneficio indebido

propio o de tercero, delito principal cometido por el funcionario público según lo instaura el artículo 399º del código sustantivo vigente.

Conforme refieren Hugo y Huarcaya (2018) es un tipo penal de comisión dolosa cuyo verbo rector que identifica al tipo refiere a una acción material de interés por parte del agente para lograr un beneficio para él o de tercero aprovechando la posición especial que ostenta y por el que interviene por mandato de Ley. Se trata de un tipo penal que no requiere se haya producido un daño efectivo para la entidad gubernamental para que se configure el injusto.

Precisan que el injusto penal se ejecuta con la sola acción de interesarse, toda vez que se trata de un delito formal, no se sanciona penalmente el contrato u operación realizada transgrediendo la normativa, por el contrario, la tipicidad se soporta en el evidente interés del servidor estatal dado el antagonismo entre el cargo que ejerce y el negocio celebrado; esto es, la negociación que sería contradictoria con la función encomendada por el Estado.

El término interés indebido, al que se refiere el tipo según se desprende del Recurso de Casación n.º 18 – 2017 – Junín (2017) debe entenderse como cualquier acto que prioriza el interés particular, que el servidor gubernamental patrocina en nombre del Estado, sea un contrato o negocio, de esta manera favorece un beneficio irregular para sí o para un tercero.

En el momento que el agente estatal, en razón de su cargo interviene a nombre del Estado, está obligado a desempeñarse de manera diligente e imparcial. Si su actuación irregular es para beneficiarse a sí mismo o a un tercero, está defraudando la confianza que se le ha otorgado, por lo que merece ser sancionado penalmente.

Al respecto, señala Salinas (2014) que el hecho punible va más allá del ámbito patrimonial y se clasifica dentro de los ilícitos que afectan los deberes de garantía y confianza de los agentes

gubernamentales. Por lo tanto, solo se afectará el interés legítimo cuando se haya lesionado el patrimonio estatal infringiendo los deberes específicos que asume el servidor público para la realización de contratos u operaciones en representación del Estado, lo que excluye la reacción penal por lesión a deberes de garantía inherentes al cargo.

2.3.1. La negociación incompatible en el Derecho comparado

Según Leyva et al. (2018) la figura delictiva del aprovechamiento indebido del cargo respecto a la función gubernamental, desarrollado en diferentes códigos penales a intervalo internacional, reconoce como interés legítimo común a la administración pública teniendo en cuenta para ello el criterio que ha predominado doctrinalmente, el denominado deber en el cargo que asume el servidor estatal, deber subjetivo que surge del vínculo que este último sostiene con el Estado.

Ciertos autores según refiere el autor, estiman que surge esta figura delictiva como respuesta a las nuevas formas de cometer delitos, que tienen lugar luego de la Segunda Guerra Mundial, fenómeno que refleja el avance del Derecho Penal a espacios del Derecho Administrativo en la medida que a través de él no ha sido posible detectar y punir conductas vinculadas al tipo penal.

Deja en claro que, para un sector de la dogmática estamos frente a una transgresión del deber de abstención de carácter administrativo, acción que necesariamente no debe producir un resultado para merecer el reproche penal, por lo que advierte que se estaría ante un posible vacío del principio de lesividad, de esta manera considera que una mejor concepción del Derecho Administrativo permitiría dejar de lado este tipo de ilícitos.

Según señala Rusca (2023) el tipo penal en mención es definido en algunas legislaciones de modo especialmente restringido, precisa que tanto en la legislación penal argentina como en la peruana se hacen referencia a un contrato o a una operación en la que interviene el Estado, de lo que interpretan ciertos especialistas que se trataría de regulaciones económicas que pueden ser contratos bilaterales o unilaterales.

Sostiene que en otras legislaciones, como la chilena y la española, se proporciona una definición más extensa, se incluyen en el tipo penal declaraciones como: cualquier clase de actuación, negociación, operación, gestión o, simplemente asunto. De esta manera, se considera que cualquier acción en el que el sujeto interviene en calidad de servidor gubernamental puede ser objeto de imputación penal por el ilícito de aprovechamiento indebido del cargo y no solo aquellos de carácter económico.

Agrega que, en la generalidad de las legislaciones se establece la actuación del servidor estatal involucrado en un conflicto de intereses y decide de manera voluntaria beneficiarse, constituyendo un acto ilícito por tratarse de una acción que genera un ataque contra la administración pública. No es suficiente que el agente se inhiba de participar en el asunto para que la conducta sea considerada penalmente relevante, sino que deberá actuar por motivos equivocados, privilegiando el interés particular por sobre el interés común al que debe proteger.

2.3.1.1. Las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en España

Según refiere Sgro (2017) el Código Penal Español a partir de las reformas que se impulsan desde 1995, deja de caracterizar como conducta punible en las negociaciones prohibidas al funcionario público el verbo interesarse, sustituyéndola por aprovecharse respecto a la condición

del cargo que ejerce para conminar o procurar cualquier forma de actuación directa o por interpósita persona.

La reforma mencionada se debe a que el verbo rector causaba problemas en las codificaciones penales que lo tipificaban, lo que llevaba a interpretaciones del texto en sentido amplio. Como resultado, en ciertas legislaciones se han dejado de lado, restringido o precisado los textos punitivos o las penas a imponer, ya que eran considerados demasiado rigurosos o peligrosos para la seguridad jurídica.

Desde otra perspectiva para Fernández (2014) existen dos sectores de la doctrina que consideran que el Derecho Administrativo resulta ser el medio de control menos lesivo para impedir que los servidores gubernamentales desnaturalicen el logro de los objetivos que persigue el Estado, enfocados en el interés general desviándolo hacia la obtención de intereses particulares.

Expresa que, cierto sector estima que el artículo 439º del código sustantivo español protege una mera infracción del deber de abstención, conducta que no debe ser considerada como una categoría penal pues se trata de una suerte de infracción administrativa cuyo propósito es evitar este tipo de prácticas. Sostiene que, el tipo penal presenta una estructura de simple actividad que no exige la materialización de un resultado, en ese marco, a intervalo de doctrina se cuestiona si la tipicidad es relevante como para recurrir al Derecho Penal.

A juicio de Pawlik (2016), si bien ciertos intereses son merecedores de protección, no se indica de qué manera y con qué medios pueden protegerse tales intereses. Esta carencia es substancial, tómesese en cuenta que la protección penal de intereses legítimos no solo afecta los intereses de la potencial víctima, sino también los de aquellas personas que a través de una norma prohibitiva ven limitada su libertad de actuación.

La segunda postura a intervalo de la doctrina no considera legítima la regulación a través del Derecho Penal de esta conducta, consideran que para evitar situaciones de esa índole bastaría con mejorar la deficiente regulación en materia administrativa, estiman que la regulación del aprovechamiento indebido del cargo de los servidores gubernamentales se fundamenta en el fracaso de los controles previstos para la administración pública.

En otro sentido, Leyva et al. (2018) consideran que el tipo penal debe integrar y satisfacer los elementos del tipo de forma que sean distinguidos de una simple infracción administrativa, precisan que es un injusto especial propio en tanto limita el ámbito subjetivo a los agentes con el atributo de autoridad o funcionario gubernamental, siendo necesario de acuerdo con la dogmática y jurisprudencia española, que el informe que expida el servidor durante la negociación sea no solo consultivo sino vinculante.

La tipicidad a la que se alude, consiste en obtener provecho de la condición de autoridad o servidor estatal responsable de informar sobre un contrato, asunto, operación u actividad, de modo que se fuerce o facilite cualquier forma de participación del que obtenga beneficio, es decir, para la legislación española, el agente se vale de la situación de dominio que ostenta para participar en el negocio o actividad sólo para beneficio propio; no obstante, cierta jurisprudencia considera que el término forzar no debe entenderse como acción violenta.

2.3.1.2. Las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en Francia

Leyva et al. (2018) indican que el artículo 432° – 12, conflicto de intereses, del Código Penal de Francia castiga a los servidores gubernamentales que participan en contratos públicos y

se favorecen de esta posición de privilegio, en ese sentido, la legislación penal protege como interés legítimo individual la probidad de los funcionarios como deber funcional.

El tipo penal previsto en la legislación francesa al igual que la legislación penal española no considera como verbo rector el interés indebido del agente, al respecto Sgro (2017) precisa que la legislación penal francesa tuvo gran influencia en la legislación del continente europeo, principalmente en Italia y España, así como en el continente americano.

El Código Penal francés sanciona al agente conferido de un mandato público que toma recibe o conserva de manera directa o indirectamente, un interés cualquiera de una empresa o en una operación en las que tengan el encargo total o parcial de garantizar su vigilancia, administración, liquidación o pago. Sin embargo, el cuerpo legal en mención conforme señala (Sgro, 2017), establece excepciones para ciertos funcionarios públicos.

Los funcionarios de pequeños municipios tienen la posibilidad de negociar con las comunidades en donde han sido elegidos, la transferencia de bienes muebles o inmuebles o el abastecimiento de servicios por cierto importe anual, del mismo modo, en municipios con determinado volumen de habitantes, la edificación o arrendamiento de viviendas personales o la adquisición de inmuebles destinados al ejercicio personal profesional, todos ellos previa autorización del ayuntamiento.

2.3.1.3. Las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en Italia

En la legislación penal de Italia según como lo señala Sgro (2017) con la reforma del sistema penal quedó derogado el artículo 324º que sancionaba al oficial público que de manera

directa o por interpósita persona o hecho aparente mostraba un interés particular en cualquier acto de la organización gubernamental en el que participaba en razón del cargo confiado.

Considera el autor que, a través de la reforma de la legislación italiana se reconoce que ciertos injustos penales incluidos como ilícitos contra la administración pública, contenían tipificaciones elásticas, en tanto su interpretación resultaba abierta al uso exagerado de la discrecionalidad. De esta manera, se han redefinido determinadas conductas punibles excluyéndose aquellas que sólo debían considerarse como infracciones relevantes a la ética administrativa, en términos de responsabilidad administrativa contable o política.

Señala que en Italia el delito establecido en el artículo derogado era considerado ambiguo e incierto, situación que se enervaba en la medida de la gran amplitud de su ámbito jurisprudencial por lo que resultaba necesario una reforma que permita otorgarle al tipo penal una fisonomía clara y mejor delineada en sus elementos, de cuya labor se optó finalmente por la radical decisión de la derogatoria de la norma.

Como parte de la reforma de la legislación penal, Mezzetti y Polacchini (2022) destacan que la Ley 190/2012, Ley Anticorrupción, dispone junto a la intervención penal, una función preventiva a través del cumulo normativo del Derecho Administrativo que permiten neutralizar a la corrupción desde la fase preliminar de planificación hasta la fase de terminación, se trata de un replanteamiento de todo el mecanismo administrativo mediante una lógica de prevención.

En ese contexto, la legislación establece estrictas regulaciones de integridad para los cargos públicos electos para garantizar la transparencia del gasto público y el acceso a la información. Se establecen códigos de conducta para proteger a los servidores gubernamentales que reporten actos

ilegales y se ha fortalecido la legislación sobre conflictos de interés, incompatibilidad e inhabilitación de cargos.

2.3.1.4. El interés indebido en la celebración de contratos públicos en Colombia

Sotomayor (2003) al referirse al delito del interés indebido en la realización de contratos conforme lo prescribe el artículo 409° del código sustantivo de Colombia, sostiene que, la política criminal actual so pretexto de la lucha contra la corrupción se desvía de preceptos constitucionales como la mínima intervención y la racionalidad garantista.

Considera el autor que, no existe justificación para haber acudido al Derecho Penal para sancionar la celebración indebida de contratos, desde la óptica del mandato constitucional de mínima intervención, ello sin dejar de lado que ya existen mecanismos extrapenales regulados como ilícitos administrativos, idóneos para preservar la legalidad, objetividad e imparcialidad de la contratación estatal.

Señala que en Colombia es aceptado el cabal ejercicio de la función gubernamental como concepto de interés legítimo común, definición que encierra un sentido amplio, postura que genera discrepancia en tanto la punición penal se reduce a la violación del deber inherente al cargo. Al respecto, un sector significativo de la doctrina considera que tal afirmación resulta autoritaria por parte del Estado, en tanto entiende que el deber y el servicio público pertenecen al aparato estatal y para nada atañen a los ciudadanos.

El servicio que prestan las autoridades de gobierno a la sociedad, es decir, el correcto ejercicio de la función gubernamental es la característica del interés legítimo que se protege, objeto de cuya tutela o asistencia se ocupa el Estado de forma directa o indirecta a través de actos de

representación. Consiste en proteger el cabal desempeño de la función administrativa, necesario para la operatividad del sistema y por ende el cumplimiento de los fines que ordena la Constitución.

2.3.1.5. El interés indebido en los funcionarios públicos en Argentina

En opinión de Sgro (2017), el tipo definido en el artículo 265° del código sustantivo argentino describe como conducta punible el acto de un funcionario estatal que se interese en beneficio propio o de tercero en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo, en ese sentido, resulta claro que no está en discusión que la comisión del delito exija la obtención del beneficio, basta la intervención del funcionario en aras de tal fin para la consumación del ilícito.

Como lo hace notar el autor, no se consideran como tentativa o como delito consumado de negociaciones incompatibles, aquellos actos preparatorios de un futuro contrato u operación, señala que, de acuerdo a la legislación penal de Argentina solo puede ser considerado sujeto activo del ilícito, el agente competente que en razón de su cargo interviene de manera interesada en el contrato u operación, de esta manera, quedan excluidos quienes actúan sin competencia.

Según Leyva et al. (2018) en la jurisprudencia argentina se han presentado dificultades respecto a la aplicación penal de este delito, los pronunciamientos se fundamentan bajo el criterio del verbo típico interesarse previsto en la Ley para el aprovechamiento indebido del cargo en el ejercicio de la gestión administrativa, en tanto se considera que de manera subjetiva existe un desdoblamiento del agente, actuando como funcionario público y como interesado a la vez.

Consideran los autores que, para tener por configurado el tipo penal basta con acreditar la aproximación de intereses entre los agentes públicos con las empresas contraparte de la

administración gubernamental y la actuación parcial de estos con tendencia a obtener un beneficio como elemento fundamental de la tipicidad. Esto es, que se configura el ilícito en la medida de que exista un interés que permita sospechar de la parcialidad del servidor gubernamental.

2.3.1.6. El interés indebido en los funcionarios públicos en Chile

Como expresa Manalich (2015) el aprovechamiento indebido del cargo en la codificación penal chilena se encuentra tipificada en el artículo 240°, el tipo penal se interpreta como un injusto que consiste en el detrimento del cabal ejercicio de la función estatal, acción que admite ser caracterizada como un peligro abstracto. Esta apreciación radica en el hecho de que tal peligro constituye la vulneración a las condiciones que determinan que la función pública no se realice de forma tal que predomine el interés particular sobre el interés general.

Para el autor el texto del artículo en mención, propone que el núcleo típico del delito legislado se funda en que el servidor estatal se interesa o bien da interés a alguna otra persona en la respectiva gestión, razón por la cual considera que la técnica legislativa empleada resulta artificiosa. Sin embargo, precisa que según lo sostiene un amplio sector de la dogmática, es en la participación del servidor gubernamental en el contrato, negocio u operación donde radica el núcleo típico.

Explica que para la consumación del ilícito del aprovechamiento indebido del cargo, no hace falta que el beneficio o la ventaja se materialicen para el agente infractor, o bien para la persona o entidad con él relacionada, basta con que el servidor estatal intervenga en el asunto o gestión en forma interesada, posición que no encuentra cuestionamiento aun cuando esta intervención redunde en un beneficio para el propio Estado.

Desde la posición de Rusca (2023), según una interpretación literal de la legislación chilena, se consume el injusto si se advierte respecto a la acción ejecutada por el funcionario público un interés económico, tal posición se origina atendiendo no sólo a la localización del tipo penal en la sección de fraudes, sino que además la Ley dispone que se calcule el monto de la multa impuesta al infractor tomando como referencia el valor del interés que el agente hubiera tomado en el negocio.

Por último, es importante destacar que en cuanto a la propiedad del interés, el agente puede cometer el ilícito tanto si actúa en beneficio propio como de un tercero, sin embargo, el código sustantivo chileno se distingue de otras legislaciones al establecer que la injerencia del servidor estatal en el interés ajeno solo es punible si se trata de personas particularmente ligadas a él, como el cónyuge, parientes cercanos, terceros asociados o empresas en las cuales detente cierto grado de participación.

2.4. Marco jurisprudencial

1. Recurso de Nulidad n° 351 – 2015 - Santa de 11 de enero de 2016, a través del cual el Órgano Jurisdiccional Supremo precisa que en el injusto penal del aprovechamiento indebido del cargo, se configura un desdoblamiento en el actuar del agente en el contrato u operación en que participa, representando por un lado a la administración pública y del otro, los intereses particulares.
2. Recurso de Casación n° 841 – 2015 - Ayacucho de 24 de mayo de 2016, mediante la cual el Supremo Tribunal señala que las deficiencias administrativas que pueden ser rectificadas administrativamente están desprovistas por sí solas de relevancia penal.

3. Recurso de Casación nº 23 - 2016 - Ica de 16 de mayo de 2017, pronunciamiento con el que se aclara que los defectos administrativos, en procesos de contratación en situación de emergencia, no son idóneos por si solos para acreditar responsabilidad penal.
4. Recurso de Casación nº 67 – 2017 - Lima de 11 de julio de 2017, en el que el Órgano Jurisdiccional Supremo refiere que el delito de aprovechamiento indebido del cargo es un tipo subsidiario de peligro, no es posible la modalidad omisiva respecto al elemento “interesarse directamente”.
5. Recurso de Casación nº 231 – 2017 - Puno de 14 de setiembre de 2017, a través del cual el Órgano Jurisdiccional Supremo precisa que el delito de aprovechamiento indebido del cargo es de peligro concreto y como tal demanda la producción de una amenaza que tiene que ser demostrada.
6. Recurso de Apelación nº 7 – 2016 - Sala Especial de 14 de setiembre de 2018, mediante el cual la Sala Penal Especial en merito a las posturas discordantes a intervalo de la jurisprudencia sugiere que al Poder Judicial convocar a un pleno casatorio que aclare la naturaleza y consumación del delito de aprovechamiento indebido del cargo.
7. Recurso de Casación nº 18 – 2017 - Junín de 24 de julio de 2019, con esta jurisprudencia el tribunal precisa que el interés indebido que sanciona el delito de aprovechamiento indebido del cargo es aquel acto dirigido por el agente que prioriza el interés propio o de un tercero a los que se favorece en nombre del Estado.
8. Recurso de Casación nº 1749 – 2018 - Cañete de 19 de agosto de 2020, a través del cual el Órgano Jurisdiccional Supremo indica que en los injustos de transgresión del deber no es suficiente poseer la condición de servidor estatal para concluir que es el autor. Debe tenerse

en cuenta el vínculo especial de garante, es decir los deberes jurídicos que solo pueden ser cumplidos por quienes tienen una vinculación funcional específica.

9. Recurso de Casación n° 396 – 2019 - Ayacucho de 9 de noviembre de 2020, con el que el Órgano Jurisdiccional Supremo señala que en el delito de aprovechamiento indebido del cargo solo es necesario que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto.
10. Recurso de Casación n° 180 – 2020 - La Libertad de 7 de diciembre de 2020, en el que el tribunal precisa que en el delito de aprovechamiento indebido del cargo la justificación de la imputación responde al quebrantamiento del deber del agente gubernamental de resguardar los intereses del Estado a través de una actuación neutral. Solo es necesario que el agente actúe con interés, ya que se presume que su ejecución representa una amenaza para el interés legítimo.
11. Recurso de Casación n° 1059 - 2018 - Huánuco de 23 de junio de 2021, con el cual el Supremo Tribunal precisa que el interés indebido conlleva la gestión o actos que no conciernen al rol de una obligación especial, el funcionario o servidor evidencia inquietud por un interés particular, ajeno al de la administración pública.
12. Recurso de Apelación n° 13 – 2019 - Sala Especial de 9 de julio de 2021, a través del que el Órgano Jurisdiccional Supremo indica que la norma penal versa sobre el mandato al funcionario gubernamental que participa en razón de su cargo, para que actúe con objetividad y sin sesgo o interés subalterno, evitando la desviación de poder para favorecerse o favorecer a tercero.

13. Recurso de Casación n° 1833 – 2019 - Lima de 16 de agosto de 2021, mediante el que el tribunal aclara que el principio de confianza en los delitos de quebrantamiento del deber tiene, en la línea de sus componentes, configuraciones propias, aunque es posible acudir a él; no obstante, en ciertas situaciones tal principio está excluido.
14. Recurso de Casación n° de Casación n° 49 - 2019 - Ayacucho de 2 de febrero de 2022, a través del cual el Órgano Jurisdiccional Supremo precisa que entre los alcances de la tipicidad del aprovechamiento indebido del cargo, está el propósito de protección a la imparcialidad del funcionario como también la correcta marcha de la organización gubernamental, como interés legítimo que cautela el Derecho Penal.
15. Recurso de Casación n° 184 – 2020- Lima Norte de 26 de abril de 2022, el Órgano Jurisdiccional Supremo indica que en el delito de aprovechamiento indebido del cargo solo responde el facultado (funcionario o servidor público) en función de la posición que ostenta, como responsable de priorizar sus intereses personales o de terceros sobre el interés público.

2.5. Marco filosófico

Existen diversas formas de adquirir el conocimiento el mismo que puede explicarse por diferentes paradigmas o corrientes filosóficas según refiere Villamar (2015), pensamientos que en ciertas oportunidades entran en pugna con los postulados ideológicos vigentes, uno de los paradigmas es el positivismo que se soporta en un esquema metodológico de investigación prevalente ante otras orientaciones de investigación en tanto relaciona la realidad de modo objetivo y empírico.

Sobre el particular, señala Ramos (2015) que el paradigma positivista se define como un paradigma “cuantitativo, empírico-analítico, racionalista, sistemático gerencial y científico tecnológico”, en razón de lo cual se trata de un método de estudio orientado al sustento de aquella investigación que tenga por objeto la comprobación de una hipótesis mediante medios estadísticos, o establecer los parámetros de una variable específica a través de datos cuantitativos.

Enfatiza el autor que, desde el enfoque ontológico del positivismo es posible establecer distintos factores que se localizan en torno a cierto fenómeno de estudio, desde el ámbito epistemológico existe dualismo y objetivismo siendo el investigador y el objeto de estudio independientes, lo contrario determinaría un sesgo en la investigación; y en el ámbito metodológico, se estiman mediciones sobre el fenómeno de estudio, así la verificación de la hipótesis se basa en el uso de métodos estadísticos descriptivos e inferenciales.

La presente investigación estableció determinadas hipótesis de trabajo que fueron contrastadas a través de pruebas de verificación auxiliadas por la estadística inferencial de lo cual se puede afirmar que el estudio se ejecutó bajo la corriente filosófica del positivismo. Específicamente el positivismo lógico que como señala Contreras (2011) emplea una metodología experimental y manipuladora, las hipótesis o preguntas son presentadas en forma de proposiciones y son sometidas a una prueba empírica de verificación, controlando que no se afecten los resultados.

El positivismo lógico según indican Kincheloe y Tobin (2015) como una forma de empirismo, adopta la premisa de que todo conocimiento necesariamente será sometido a la verificación lógica y experimental, es decir, se parte del principio de que algo tendrá sentido si es

que este puede ser verificable empíricamente, de esta manera el conocimiento sea parcial o total se basa en la experiencia a través de los sentidos y la observación.

A propósito Ramos (2015) indica que, el positivismo interviene en las ciencias sociales a través de un método basado en el análisis de datos, al igual que sucede en las ciencias exactas, base que da origen al citado paradigma. La aplicación de este método presupone distinguir los saberes alcanzados a partir de la experiencia del sujeto, por lo que sólo tiene valor el conocimiento adquirido a partir de la experiencia y la observación, todo debe ser probado con la ayuda de la ciencia.

Con base en la postura de González y Hernández (2014), el positivismo define la idea de investigación de las ciencias sociales humanas, es decir, la realidad social humana debe entenderse científicamente. El positivismo tiene un impacto inexorable en la optimización de los métodos experimentales y estadísticos, que son muy útiles para identificar fenómenos sociales, la naturaleza de las ideas o para identificar las condiciones económicas y políticas de cualquier nación o grupo social.

2.6. Marco conceptual

Conducta típica

Es la desvaloración o juicio de valor negativo que se formula sobre una circunstancia de peligro para el interés legítimo, puede ser causada por una actuación activa, omisiva o por un hecho de la naturaleza. La conducta será relevante cuando el valor resulte de un juicio de reproche y a título de hecho propio, a quien libre y por voluntad asumió el deber de evitar el riesgo (Meini, 2014, p. 164).

La acción descrita como relevante en materia penal, debe integrarse de dos componentes, objetivo y subjetivo, no se trata de comprobar caracteres generales se debe examinar si reúne los requisitos de un determinado tipo penal (Mir, 2006, p. 219). En ese sentido, señala el maestro para que exista conducta, este debe ser voluntaria, es decir por decisión del agente.

Elementos objetivos

La tipicidad en sentido estricto refiere Bacigalupo (1996) es la descripción de la conducta que la norma prohíbe a través de un conjunto de elementos (objetivos y subjetivos) que caracteriza un comportamiento como contrario a esta (p. 80). Los elementos objetivos describen: el agente, la tipicidad y la descripción del resultado punible, que puede ser de lesión o peligro, en ausencia de este estamos ante un delito de mera actividad (Roxin, 1997, p. 304).

De acuerdo al Instituto de Investigaciones Jurídicas de México Valarezo et al. (2019) los elementos objetivos son aquellos que se pueden apreciar por el mero discernimiento y tienen como finalidad describir la conducta o hecho materia de reproche penal. Se integran por la calidad en el sujeto activo y el objeto pasivo, las referencias de: lugar, medios de comisión y objeto material, el bien jurídicamente protegido y las referencias de tiempo.

Delito de peligro

Ilícito penal en el que no es necesario que la acción haya generado un perjuicio, basta que el objeto jurídicamente tutelado haya sufrido una amenaza de lesión que se quiere evitar. El peligro puede ser concreto, cuando se presenta la posibilidad de un daño real, o abstracto, cuando el comportamiento según la práctica representa en sí misma una amenaza para el objeto bajo protección (Bacigalupo, 1996, p. 85)

Como los clasifica Forero (2022) son tipos penales de lesión, que pueden ser de resultado o de riesgo que generan una afectación o vulneración a determinado interés legítimo en el delito de lesión por resultado existe una disminución o pérdida del interés legítimo, mientras que en el delito de riesgo existe una probabilidad de lesión.

Seguridad jurídica

Es un precepto que concentra la certeza, legalidad, jerarquía, publicidad normativa y la irretroactividad de lo no favorable, permite vincular de inmediato la interdicción de la arbitrariedad del poder público por medio del principio de confianza legítima, mediante el que los interesados encuentran protección cuando han actuado en la confianza que su actividad se puede mantener legalmente en tanto ha sido consentida de manera permanente en el tiempo (Robina et al., 2016, p. 155).

El principio de la seguridad jurídica, según ha señalado el Tribunal Constitucional del Perú (2003) es inherente al Estado Constitucional de Derecho, la predictibilidad de las conductas previstas por la administración pública respecto de las determinadas en Derecho constituye garantía de la legislación y consolida la interdicción de la arbitrariedad.

Gestión pública

Es el conjunto de acciones que realizan las entidades para el logro de sus fines, objetivos y metas. Como parte de estas acciones se desarrollan las denominadas acciones de gobierno, a través de entidades, de disposiciones y ordenes, realizados a través de políticas y funciones, y procedimientos de trabajo y organización (tecnologías e instrumentos), para ejecutar y cumplir con

sus metas y obligaciones (Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú [IDDHPUCP] , 2015, p. 14).

III. MÉTODO

3.1. Tipo de investigación

El diseño de la investigación es de tipo básico no experimental, se trata de un estudio en el que no se han manipulado las variables, se analizan los fenómenos conforme se presentan en su entorno natural, tratándose del examen de circunstancias reales, no es factible controlar las variables debido a que se trata de hechos que ya han ocurrido al igual que los efectos que devienen de ellos. (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

El estudio es de corte transversal caracterizado por ser un tipo de investigación observacional que se centra principalmente en individuos y tiene dos funciones diferenciadas: descriptiva y analítica. El objetivo principal de un estudio de prevalencia, también llamado encuesta transversal, es determinar de qué manera predomina una determinada condición en la población estudiada en un momento dado, por sus características es un trabajo de intervalo explicativo con enfoque cuantitativo.

Según refiere Sánchez (2019) las investigaciones con enfoque cuantitativo se ocupan de fenómenos susceptibles de medirse a través del uso de técnicas estadísticas para el estudio de la información recolectada, su objeto radica en la descripción, explicación, predicción y control objetivo de sus causas, sus conclusiones son argumentadas empleando de manera estricta la métrica o cuantificación de todo el procesamiento de los resultados mediante el método hipotético-deductivo.

Finalmente, según Hernández y Mendoza (2018), las investigaciones de alcance explicativo están más estructuradas que otros tipos de investigación y se enfocan en encontrar las causas de los eventos y fenómenos de estudio. La finalidad principal es proporcionar un sentido

de comprensión al fenómeno de referencia, es decir, explicar por qué ocurre el fenómeno y de qué manera se presenta, o de qué manera dos o más variables están relacionadas.

3.2. Población y muestra

3.2.1. Población

La población en palabras de Lerma (2009) es un grupo de sujetos que se relacionan mediante una característica determinada o que pueden definirse de manera similar, respecto de los cuales se realizará el estudio de sus relaciones. Hernández y Mendoza (2018) señalan que una deficiencia notoria en los trabajos de investigación es la insuficiente descripción de las características de la población, por lo que estas se deben establecer con claridad a fin de poder delimitar los parámetros muestrales.

Según López y Fachelli (2015), es importante considerara la diferencia entre población finita e infinita, si la muestra es pequeña en comparación con el universo, se entiende como finita, mientras que, si la porción es significativa, se considera infinita. La población de menos de 100 000 unidades se considera finita, mientras que la población de 100 000 o más se considera infinita.

Para el desarrollo de la investigación se dispuso de un universo de 240 abogados con especialización en Derecho Penal, cuya muestra se encuentra distribuida de la siguiente forma: en representación de la Fiscalía de la Nación, 30 fiscales (13%), de parte del Órgano Jurisdiccional de Justicia del distrito de Lima 10 magistrados (4%); y 200 abogados litigantes (83%), profesionales especializados en delitos de corrupción de funcionarios.

3.2.2. Muestra

En lo que concierne a la muestra, Lerma (2009) refiere que es un subconjunto de la población, y es a partir de las variables obtenidas que se calculan valores estimados para la población (p. 73).

Como señala es posible obtener una muestra de dos tipos: probabilística y no probabilística. Al respecto, la primera permite incluir a cada individuo en la muestra a través de una elección aleatoria, la segunda solo los incluye de acuerdo a determinadas características, criterios etc., “por lo que pueden ser poco válidos y confiables o reproducibles” en tanto, no hay certeza de que cada individuo elegido represente a la población en su conjunto (Otzen y Manterola, 2017, p. 228).

Recogiendo las precisiones que se han expuesto, la investigación se realizó tomando en consideración el tipo de población finita aplicando la técnica de muestreo probabilístico aleatorio simple, para cuyo efecto se aplicó la fórmula que a continuación se indica:

$$n = \frac{Nz^2pxq}{d^2x(N-1) + Z^2pxq}$$

Dónde:

n = tamaño de la muestra a ser determinado

N = población

z = intervalo de confianza 95% = 1,96

p = probabilidad de éxito = 0,05

q = probabilidad de fracaso = 1 – p = 0,95

d = precisión 5%

$$n = \frac{240 \times 1,96^2 \times 0,5 \times 0,5}{(0,05)^2 \times (240 - 1) + 1,96^2 \times 0,5 \times 0,5}$$

$$n = \frac{240 \times 0,9604}{0,5975 + 0,1825}$$

$$n = \frac{43,79}{0,78}$$

N= 148 personas

La distribución de la muestra determinada según la población propuesta se detalla a continuación.

Tabla 1

Muestra de estudio

Cargo	Número	%
Jueces	6	4
Fiscales	19	13
Abogados	123	83
Total	148	100

Nota. Distribución de la población

3.3. Operacionalización de variables

3.3.1. Variable Independiente

(V1): Actos de función pública administrativa.

3.3.2. Variable Dependiente

(V2): Elemento típico del delito de negociación incompatible.

3.3.3. Operacionalización de variables

Tabla 2

Operacionalización de variables

Variables de Trabajo	Definición conceptual	Dimensiones	Indicadores	Instrumento
Variable (V1): Actos de función pública administrativa	Las actividades funcionales son aquellas que tienen por propósito dirigir las labores que tiene por objeto la administración pública (Guerrero, 2019, p. 43)	- Infracción del deber	- Tipo penal	Ficha bibliográfica
		- Peligro abstracto	- Bien jurídico	Matriz
Variable (V2): Elemento típico del delito de negociación incompatible	La conducta del agente se desdobra en el marco de una contratación u operación en que interviene; actúa a nombre del Estado y a la vez representa intereses particulares para obtener un provecho o favorecer a un tercero. (Recurso de Nulidad N° 351-	- Peligro concreto	- Infracción del deber	Encuesta
		- Conducta típica	- Imputación objetiva	Cuestionario estructurado
		- Elemento objetivo	- Principio de tipicidad	Ficha bibliográfica
		- Imputación objetiva	- Principio de antijuridicidad material	Matriz
			- Principio de intervención mínima	Encuesta
			encia: - Recursos de casación	Cuestionario estructurado
				Ficha bibliográfica
				Matriz

2015 Santa, Órgano
Jurisdiccional
Supremo de Justicia
de la República del
Perú, 2016)

Nota. Matriz de consistencia

3.4. Instrumentos

3.4.1. Técnica de recolección de datos

Las principales técnicas utilizadas en la investigación fueron:

- a. Encuestas
- b. Revisión y análisis de literatura

3.4.2. Instrumentos de recolección de datos

El estudio se ejecutó a través del empleo de:

- a. Cuestionario de encuesta, según lo indica Hernández y Mendoza (2018) contiene un grupo de interrogantes vinculadas a las variables de estudio, por lo que se ciñen a la presentación del problema y las hipótesis de la investigación.

El procedimiento que se utilizó es el de escalamiento de Likert que como indica el autor que se alude, consiste en establecer ítems que se presentan en forma de afirmaciones o juicios, respecto de los cuales se pide la reacción de los participantes.

El cuestionario desarrollado para la investigación dispuso de 18 interrogantes estructuradas según las dimensiones propuestas para cada variable de estudio según se aprecia en la Tabla 2. Operacionalización de variables.

b. Fichas bibliográficas, Estas fueron procesadas y almacenadas utilizando medios informáticos para el análisis documental del material seleccionado. El análisis del contenido, la interpretación y la discusión posterior de los resultados se llevaron a cabo mediante la organización de la información en unidades de análisis y la selección de categorías que se estructuraron en matrices de registro.

3.5. Procedimientos

En opinión de Quero (2010) en toda medición dos son las cualidades deseables, la validez y la confiabilidad. La confiabilidad o fiabilidad de un instrumento consiste en el grado de consistencia de la medida, los autores definen la confiabilidad como la ausencia de error de medición en un instrumento de medida.

Magnusson (Quero, 2010) indica que el concepto de validez importa que lo que deseas medir lo mides, la confiabilidad en cambio trata de la exactitud con que un instrumento mide la variable, indica si es o no consistente, no señala si es consistentemente bueno o malo. Hernández y Mendoza (2018) indican que existen varios métodos para calcular la confiabilidad o validez de un instrumento para una o más escalas que miden variables de estudio.

Señala Quero (2010) que la fiabilidad se mide mediante la prueba estadística alfa de Cronbach, que “puede considerarse como la media de todas las correlaciones de división por mitades posibles”; refiere que, mientras existe certeza del grado de validez del instrumento, conocer que es fiable posibilita el uso adecuado de los datos que de su aplicación se obtengan (p. 250).

El instrumento, cuestionario de encuesta, aplicado en la investigación se realizó empleando como método de medición la escala de Likert, cuya fiabilidad fue evaluada mediante el coeficiente

alfa de Cronbach, arquetipo de solidez que conforme señala Frías (2013) es de uso frecuente y posibilita a través de las encuestas en dicha escala, obtener el promedio de las correlaciones dadas entre las interrogantes que miden las variables de investigación.

Conforme se puede observar según el análisis de fiabilidad y consistencia efectuado a través del software estadístico SPSS versión 26, se determinó un coeficiente alfa de Cronbach de 0,830 cuyo resultado, según la escala de medición definida para la prueba estadística nos indica que la consistencia interna del instrumento utilizado es buena.

Tabla 3

Escala de medición de confiabilidad

Estadísticas de fiabilidad	
Alfa de Cronbach	N de elementos
,830	18

Nota: Confiabilidad alfa de Cronbach SPSS

3.6. Análisis de datos

En el desarrollo de la investigación, el análisis de los datos obtenidos respecto a la aplicación del instrumento fue procesado sometiendo la información obtenida a pruebas estadísticas por medio del software estadístico SPSS 26, de uso frecuente para el análisis de datos en ciencias sociales. Los resultados se muestran en tablas de frecuencia y figuras, y se utilizaron métodos estadísticos descriptivos e inferenciales.

Primero se llevó a cabo la prueba de normalidad para determinar qué tipo de pruebas estadísticas se utilizarían para contrastar las hipótesis de la investigación. En función de la cantidad de datos procesados (más de 50 datos), se utilizó la prueba de normalidad de Kolmogorov-

Smirnov, que dio un resultado de normalidad inferior a 0,05. Esto indica que las variables definidas para la investigación no tenían un comportamiento paramétrico, por lo que se utilizaron pruebas estadísticas no paramétricas.

La contrastación de hipótesis, se realizó utilizando la prueba Chi cuadrado, método propio de la estadística no paramétrica que es empleado para conocer el grado de relación entre dos variables categóricas. Al respecto, Capa et al. (2017) precisan que la estadística no paramétrica es el estudio de las pruebas y modelos cuya distribución subyacente no se ajusta a los criterios paramétricos se utiliza cuando los datos de análisis no se ajustan a una distribución normal “o cuando el intervalo de medida empleado no sea, como mínimo, de intervalo” (p. 135).

Tabla 4

Prueba de normalidad

	Kolmogorov-Smirnov ^a			Shapiro-Wilk		
	Estadístico	gl	Sig.	Estadístico	gl	Sig.
V1	,076	148	,035	,973	148	,005
V2	,129	148	,000	,940	148	,000

a. Corrección de significación de Lilliefors

Nota. Prueba de normalidad SPPS

3.7. Consideraciones éticas

En palabras de Miranda (2013), la ética de la investigación científica es una rama especial de la ética que atiende a los principios morales comunes de la acción humana en un campo específico, en este caso el campo de la investigación científica y el trabajo académico. La tarea de

la ética de la investigación científica es definir y delinear con precisión cuándo nos enfrentamos a una mala conducta científica.

Sobre el particular, Salazar et al. (2018) refieren que existen dos categorías de problemas éticos en una investigación científica, aquellos relacionados con los procesos seguidos y por otro lado, los vinculados a los productos que se obtienen de esta. La ética es juzgada como una conducta humana, y como tal presenta ciertas restricciones pues se orienta en estímulos, en valores, así como las repercusiones y causas del comportamiento humano.

Salazar et al., (2018) refieren que es crucial que en cualquier ámbito el investigador se comporte de manera ética para garantizar que los hallazgos de las investigaciones no sean sesgados ni basados en sus opiniones. En ese sentido, la Asociación de Psicología Americana ha establecido normas que ayudan a tener un comportamiento ético y respetar las ideas de las personas que han abordado temas que se tratan en investigaciones de actualidad.

El estudio comprende trabajos de especialistas relacionados al problema materia de estudio, por lo que se han referenciado los conceptos vertidos por cada autor así como sus opiniones, respetando la titularidad del investigador. De manera similar, se ha mantenido la esencia del contenido al exponer la información seleccionada, evitando cualquier sesgo que pudiera afectar los hallazgos de la investigación.

IV. RESULTADOS

4.1. Análisis e interpretación de resultados

4.1.1. Resultados descriptivos de la variable (VI): Actos de función pública administrativa

La variable Actos de función pública administrativa se ha estructurado según las Dimensiones: 1. Infracción del deber, 2. Peligro abstracto, y 3. Peligro concreto. Cada dimensión se desarrolló en base a tres interrogantes que fueron procesadas a través del cuestionario de encuesta, los resultados obtenidos se explican a continuación:

Tabla 5

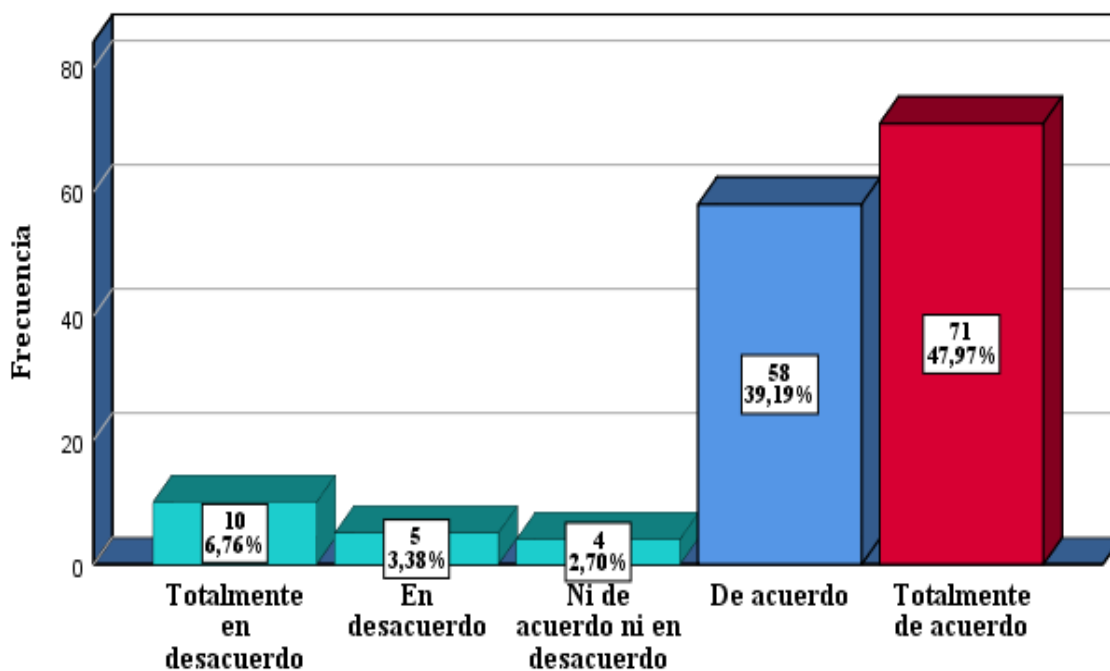
Opinión ítem 1: ¿Considera que el incumplimiento de una función administrativa a cargo de un servidor público genera necesariamente un perjuicio o daño para el Estado?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	10	6.8	6.8	6.8
En desacuerdo	5	3.4	3.4	10.1
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	4	2.7	2.7	12.8
De acuerdo	58	39.2	39.2	52.0
Totalmente de acuerdo	71	48.0	48.0	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 1, fuente SPSS

Figura 1

Representación porcentual del resultado opinión ítem 1



Nota. Dimensión 1, fuente SPSS

Interpretación

La gráfica que se expone indica que el 47,97% de la población encuestada está totalmente convencida que el servidor gubernamental que no cumple una función administrativa importa necesariamente un perjuicio para el Estado, mientras que el 39,19% está de acuerdo, es decir, de manera significativa el 87,16% de los encuestados perciben que el servidor público que transgrede las funciones que le competen, de manera directa afecta al Estado, frente a un 10,14% que expresó su disconformidad (6,76% totalmente en desacuerdo y 3,38% en desacuerdo).

Tabla 6

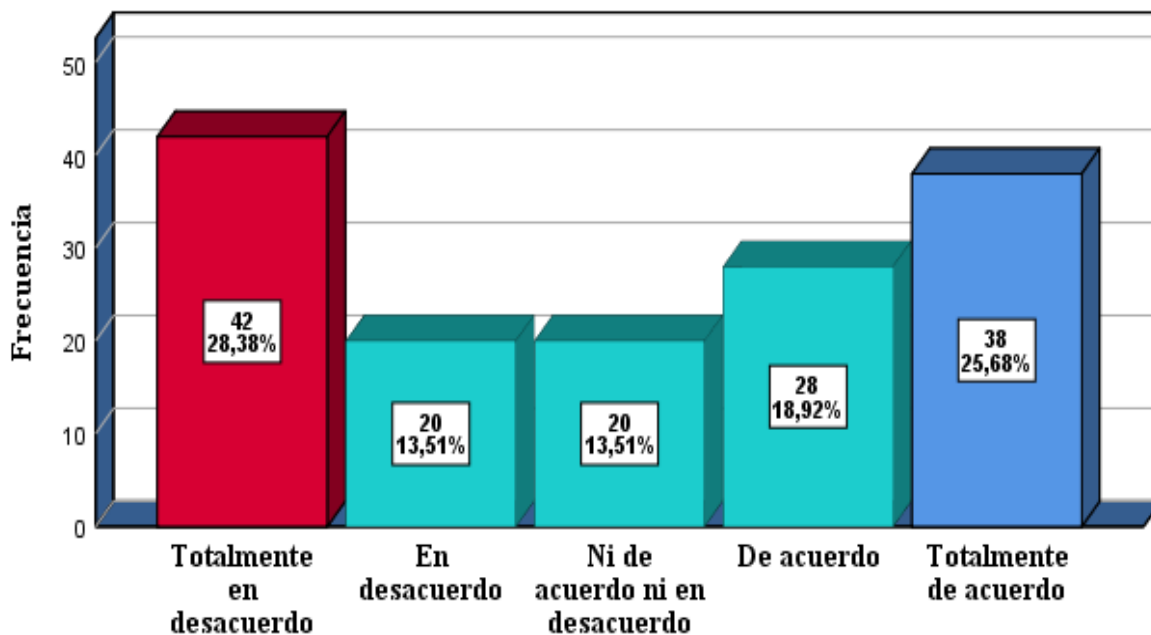
Opinión ítem 2: ¿Está de acuerdo en que cualquier perjuicio o daño que el servidor público ha generado para el Estado debe ser considerado como conducta antijurídica penal?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	42	28.4	28.4	28.4
En desacuerdo	20	13.5	13.5	41.9
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	20	13.5	13.5	55.4
De acuerdo	28	18.9	18.9	74.3
Totalmente de acuerdo	38	25.7	25.7	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 1, fuente SPSS

Figura 2

Representación porcentual del resultado opinión ítem 2



Nota. Dimensión 1, fuente SPSS

Interpretación

La población encuestada estima en un 44,60% que, cualquier detrimento o daño causado para el Estado por el servidor público, debe ser entendido como conducta contraria a Derecho de relevancia penal (25,68% totalmente de acuerdo y 18,92% de acuerdo), a diferencia del 41,89% de los encuestados que rechaza la premisa propuesta (28,38% totalmente en desacuerdo y 13,51% en desacuerdo). Es decir, mayoritariamente los encuestados consideran que el servidor público al generar un perjuicio o daño para el Estado incurre en ilícito penal.

Tabla 7

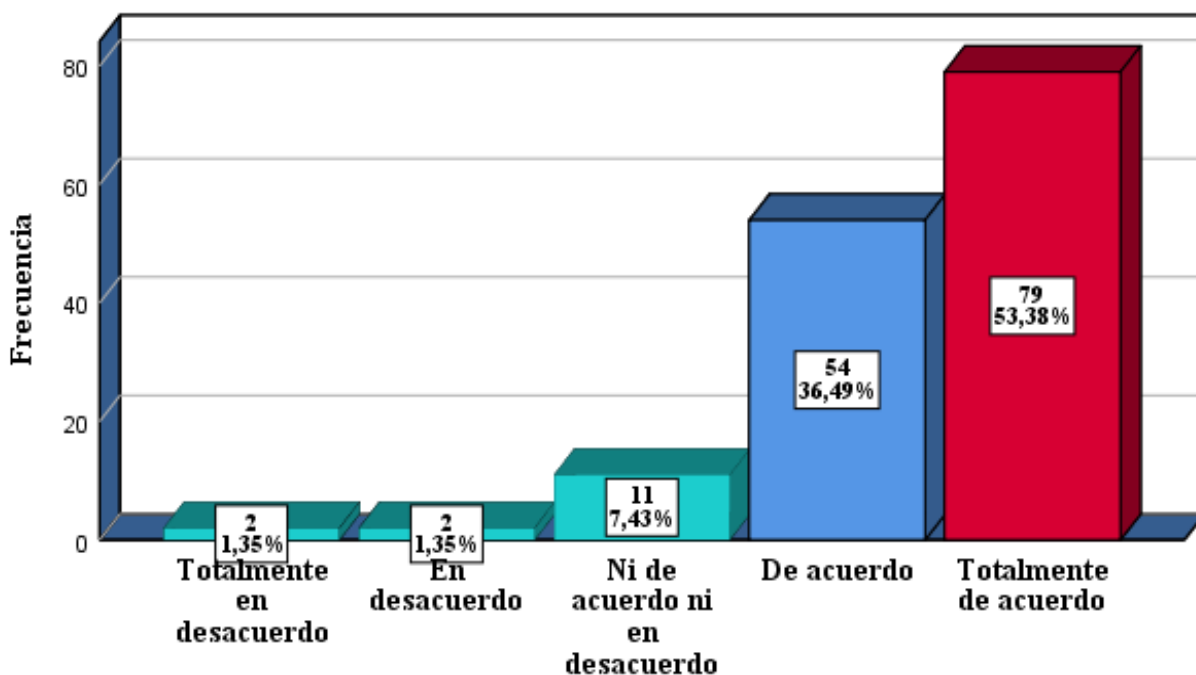
Opinión ítem 3: ¿Es posible afirmar que el servidor público que incumple una función administrativa al afectar los deberes del cargo que ocupa, vulnera la confianza que le ha otorgado el Estado?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	2	1.4	1.4	1.4
En desacuerdo	2	1.4	1.4	2.7
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	11	7.4	7.4	10.1
De acuerdo	54	36.5	36.5	46.6
Totalmente de acuerdo	79	53.4	53.4	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 1, fuente SPSS

Figura 3

Representación porcentual del resultado opinión ítem 3



Nota. Dimensión 1, fuente SPSS

Interpretación

De la encuesta aplicada, de manera significativa el 89,87% considera que el servidor estatal que no cumple las obligaciones del cargo que ocupa, quebranta la confianza que le ha dispensado el Estado (53,38% totalmente de acuerdo y 36,49% de acuerdo), sólo el 7,43% expresó una opinión neutral al respecto. El resultado evidencia que la percepción general de los encuestados es que el servidor público contrae un deber intrínseco con el Estado de modo que al incumplir con las funciones delegadas quebranta la confianza que se le ha brindado.

Tabla 8

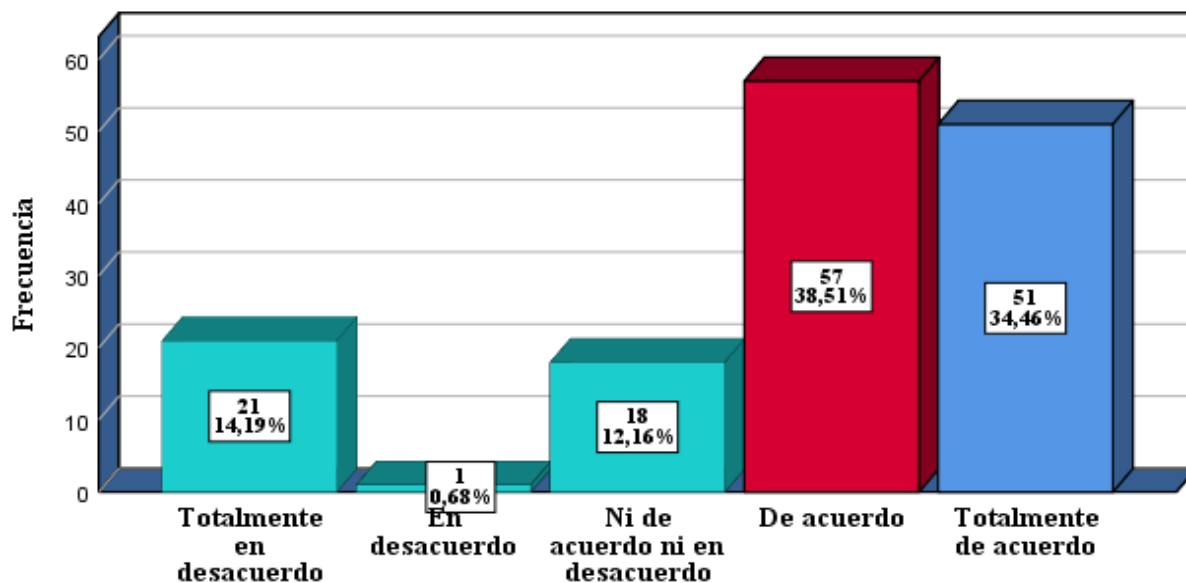
Opinión ítem 4: ¿Está de acuerdo en que el incumplimiento de una función administrativa a cargo de un servidor público daña de manera efectiva el correcto y normal funcionamiento de la administración pública?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	21	14.2	14.2	14.2
En desacuerdo	1	0.7	0.7	14.9
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	18	12.2	12.2	27.0
De acuerdo	57	38.5	38.5	65.5
Totalmente de acuerdo	51	34.5	34.5	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 2, fuente SPSS

Figura 4

Representación porcentual del resultado opinión ítem 4



Nota. Dimensión 2, fuente SPSS

Interpretación

En la presente gráfica, la población encuestada en un 72,97% (34,46% totalmente de acuerdo y 38,51% de acuerdo) afirmaron que el agente estatal que incumple una función administrativa a su cargo perjudica el funcionamiento adecuado de la entidad gubernamental, en contraste al 14,87% (14,19% totalmente en desacuerdo y 0,68% en desacuerdo) que expresaron su desacuerdo con la interrogante planteada. La respuesta alcanzada para esta interrogante está en línea con la pregunta 1 de la encuesta, en la que los participantes de manera relevante expresaron

estar de acuerdo con la idea de que el quebrantamiento de una función administrativa daña al Estado (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

Tabla 9

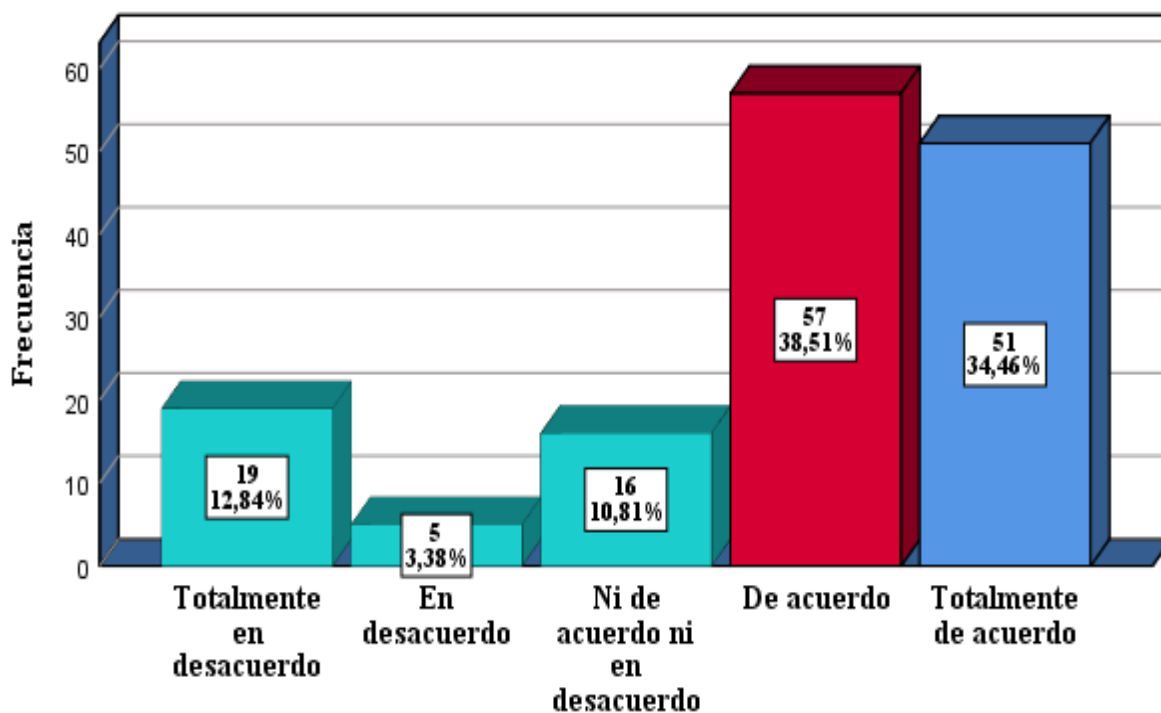
Opinión ítem 5: ¿Considera que el servidor público que incumple una función administrativa, aun cuando no exista perjuicio efectivo, genera un potencial riesgo para el correcto y normal funcionamiento de la administración pública?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	19	12.8	12.8	12.8
En desacuerdo	5	3.4	3.4	16.2
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	16	10.8	10.8	27.0
De acuerdo	57	38.5	38.5	65.5
Totalmente de acuerdo	51	34.5	34.5	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 2, fuente SPSS

Figura 5

Representación porcentual del resultado opinión ítem 5



Nota. Dimensión 2, fuente SPSS

Interpretación

De acuerdo a la interrogante propuesta de manera relevante el 72,91% (38,51% de acuerdo y 34,46% totalmente de acuerdo) de la muestra, estima que aun cuando al infringir una función administrativa no se genere daño efectivo para el Estado, este hecho importa un potencial peligro para el cabal funcionamiento de la organización estatal, a diferencia del 16,22% (12,84% totalmente en desacuerdo y 3,38% en desacuerdo). La respuesta otorgada guarda relación con la interrogante anterior, en la que la que notoriamente la percepción del encuestado es que el servidor

estatal que incumple las responsabilidades de su cargo genera un daño efectivo para el cabal funcionamiento de entidad gubernamental.

Tabla 10

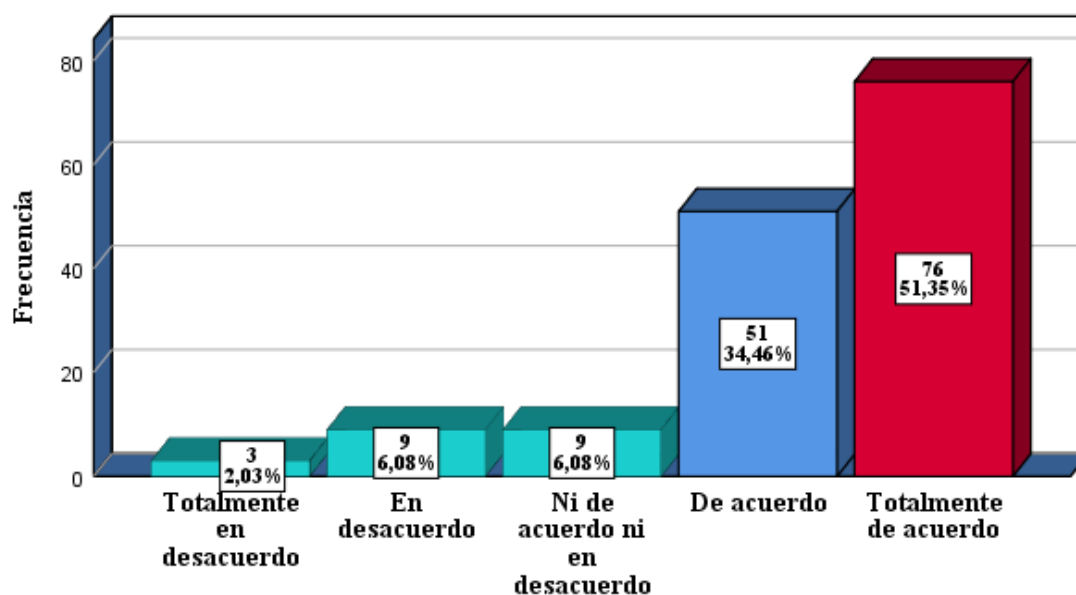
Opinión ítem 6: ¿Está de acuerdo en que las funciones administrativas establecidas para un determinado cargo constituyen un deber especial que asume el servidor público?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	3	2.0	2.0	2.0
En desacuerdo	9	6.1	6.1	8.1
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	9	6.1	6.1	14.2
De acuerdo	51	34.5	34.5	48.6
Totalmente de acuerdo	76	51.4	51.4	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 2, fuente SPSS

Figura 6

Representación porcentual del resultado opinión ítem 6



Nota. Dimensión 2, fuente SPSS

Interpretación

Del gráfico expuesto se evidencia que el 85,81% de los encuestados consideran que las competencias administrativas dispuestas para cierto cargo supone un deber especial que contrae el servidor estatal (51,35% totalmente de acuerdo y 34,46% de acuerdo), en contraste una cifra minoritaria, el 8,11% de la población, estima su disconformidad con la premisa propuesta (2,03% totalmente en desacuerdo y 6,08% en desacuerdo). El resultado obtenido guarda correspondencia con la posición mostrada por la población evaluada para la interrogante 3, en la que de manera

considerable estiman que el servidor público contrae un deber especial con el Estado al asumir los deberes contenidos en un determinado cargo.

Tabla 11

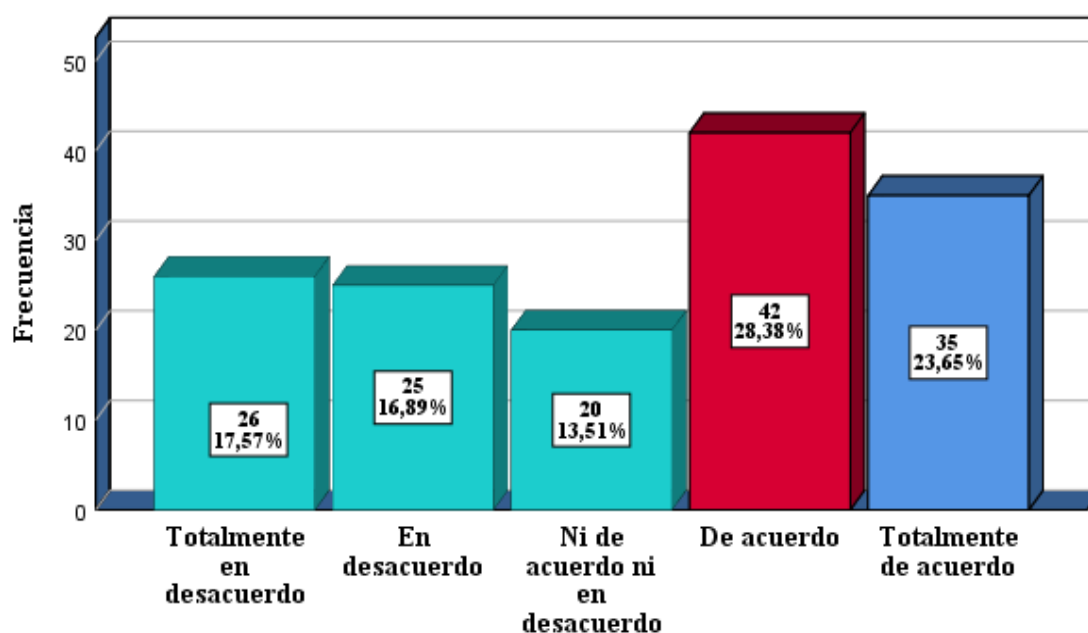
Opinión ítem 7: ¿El incumplimiento de un deber especial fijado para el servidor público por el sólo hecho de generar un riesgo debe ser calificado como conducta antijurídica penal?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	26	17.6	17.6	17.6
En desacuerdo	25	16.9	16.9	34.5
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	20	13.5	13.5	48.0
De acuerdo	42	28.4	28.4	76.4
Totalmente de acuerdo	35	23.6	23.6	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 3, fuente SPSS

Figura 7

Representación porcentual del resultado opinión ítem 7



Nota. Dimensión 3, fuente SPSS

Interpretación

En relación a la consulta respecto a si el incumplir un deber específico del servidor público, por el simple hecho de poner en peligro al interés legítimo, debe ser calificado como conducta antijurídica penal, el 52,03% de la población encuestada expresó su conformidad (28,38% de acuerdo y 23,65% totalmente de acuerdo) en contraste, el 34,46% (17,57% totalmente en desacuerdo y 16,89% en desacuerdo) de los participantes consideran lo contrario. El resultado obtenido resulta relevante tomando en consideración los porcentajes que anteceden, en el que los

participantes estiman de manera significativa que las responsabilidades establecidas para cierto cargo instauran un deber propio que acepta el funcionario gubernamental.

Tabla 12

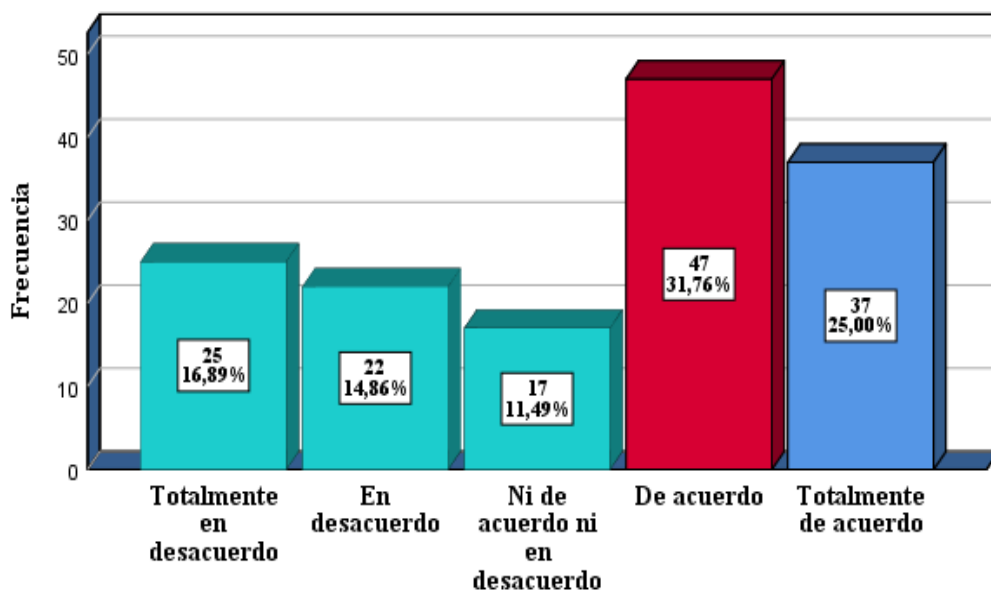
Opinión ítem 8: ¿Considera que al servidor público se le debe atribuir como conducta antijurídica penal el incumplimiento de las funciones administrativas específicas del personal bajo su dirección?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	26	17.6	17.6	17.6
En desacuerdo	25	16.9	16.9	34.5
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	20	13.5	13.5	48.0
De acuerdo	42	28.4	28.4	76.4
Totalmente de acuerdo	35	23.6	23.6	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 3, fuente SPSS

Figura 8

Representación porcentual del resultado opinión ítem 8



Nota. Dimensión 3, fuente SPSS

Interpretación

En lo que concierne a la posición sobre la responsabilidad de los agentes gubernamentales respecto a la inobservancia de las responsabilidades administrativas del personal bajo su cargo, el 56,76% de los encuestados considera que la situación descrita debe atribuirse como conducta antijurídica penal (31,76% de acuerdo y 25,00% totalmente de acuerdo), a diferencia del 31,75% (16,89% totalmente en desacuerdo y 14,86% en desacuerdo) de los participantes que expresó una posición opuesta a la premisa planteada. La percepción de los encuestados es que siendo el servidor público responsable del desempeño del personal bajo su cargo, una situación contraria resulta antijurídica y pasible de una sanción penal que le es atribuible, posición que encuentra correlato

con la opinión brindada en la pregunta 6 en la que significativamente admiten que las funciones administrativas constituyen un deber exclusivo que acepta el servidor estatal.

Tabla 13

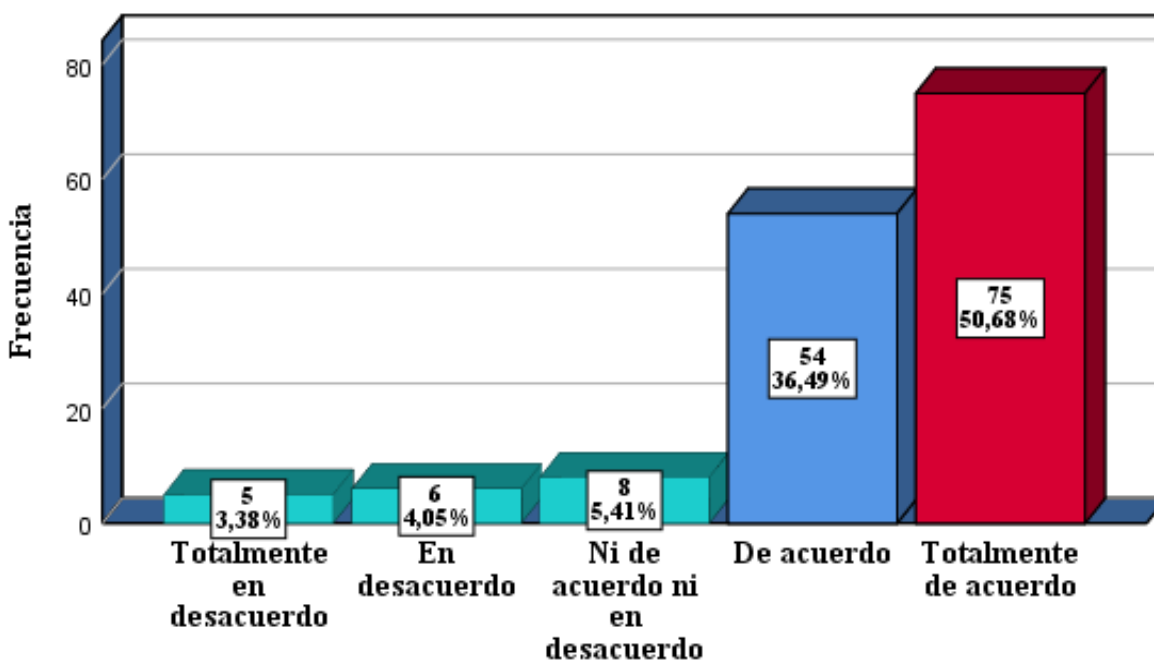
Opinión ítem 9: ¿Concuerda en que el servidor público es garante del cumplimiento de las funciones administrativas específicas del personal bajo su dirección?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	5	3.4	3.4	3.4
En desacuerdo	6	4.1	4.1	7.4
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	8	5.4	5.4	12.8
De acuerdo	54	36.5	36.5	49.3
Totalmente de acuerdo	75	50.7	50.7	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 3, fuente SPSS

Figura 9

Representación porcentual del resultado opinión ítem 9



Nota. Dimensión 3, fuente SPSS

Interpretación

En la gráfica que se expone podemos advertir que considerablemente el 87,17% (50,68% totalmente de acuerdo y 36,49% de acuerdo) estima que el agente gubernamental es garante de la ejecución de las responsabilidades administrativas específicas del personal bajo su mando, frente a un 7,43% de los participantes quienes entienden que ello no es correcto (4,05% en desacuerdo y 3,38% totalmente en desacuerdo).

4.1.2. Resultados descriptivos de la variable (V2): Elemento típico del delito de negociación incompatible

La variable Elemento típico del delito de negociación incompatible se ha estructurado según las Dimensiones: 4. Conducta típica, 5. Elemento objetivo, y 6. Imputación objetiva. Al igual que para la variable anterior, cada dimensión se desarrolló en base a tres interrogantes que fueron procesadas a través del cuestionario de encuesta, los resultados alcanzados se exponen hacia adelante:

Tabla 14

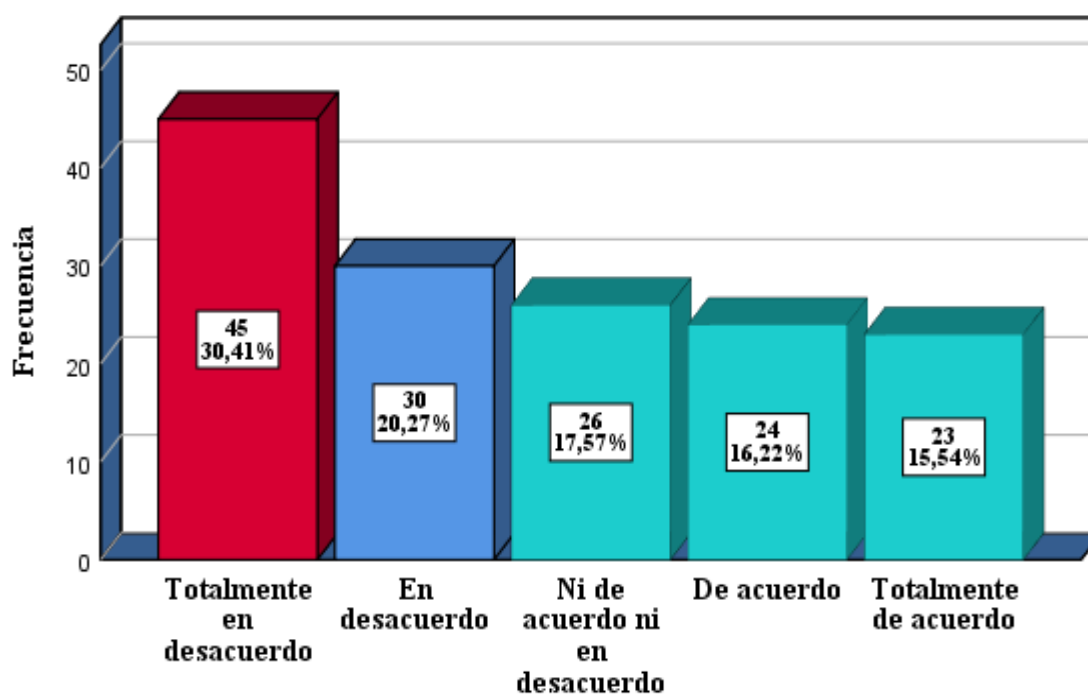
Opinión ítem 10: ¿Está de acuerdo en que el incumplimiento de las funciones administrativas implica de manera tácita la existencia de un interés particular del servidor público?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	45	30.4	30.4	30.4
En desacuerdo	30	20.3	20.3	50.7
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	26	17.6	17.6	68.2
De acuerdo	24	16.2	16.2	84.5
Totalmente de acuerdo	23	15.5	15.5	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 4, fuente SPSS

Figura 10

Representación porcentual del resultado opinión ítem 10



Nota. Dimensión 4, fuente SPSS

Interpretación

Consultados los profesionales seleccionados respecto a si, la conducta de un servidor estatal que transgrede las competencias administrativas de su cargo indica de manera implícita la existencia de un interés privado, el 58,68% (30,41% totalmente en desacuerdo y 20,27% en desacuerdo) manifestó su desacuerdo con la proposición planteada, en contraposición al 31,76% concuerda con lo señalado (16,22% de acuerdo y 15,54% totalmente de acuerdo). La muestra obtenida resulta significativa para el estudio si se toma en consideración que los profesionales entienden que las competencias que asume un servidor público revisten un carácter especial, de

modo que su incumplimiento, por los efectos que afectan el interés social deben ser calificados como conducta antijurídica de relevancia penal. (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

Tabla 15

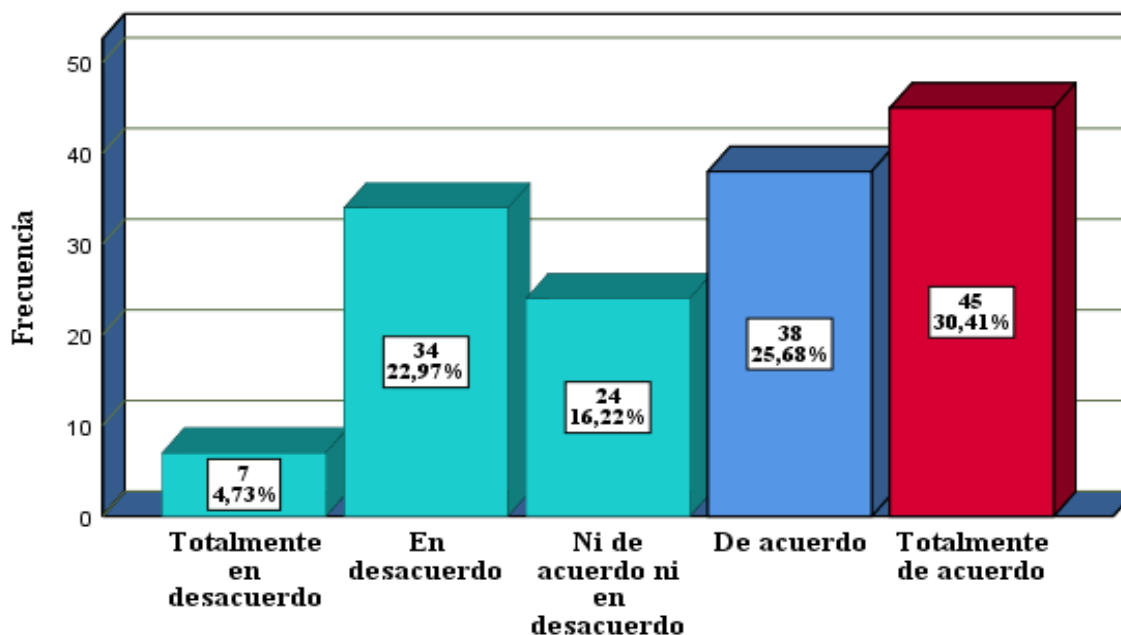
Opinión ítem 11: ¿Considera que se puede interpretar como interés indebido el incumplir con una función administrativa aun cuando se haya generado un beneficio para la administración pública?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	7	4.7	4.7	4.7
En desacuerdo	34	23.0	23.0	27.7
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	24	16.2	16.2	43.9
De acuerdo	38	25.7	25.7	69.6
Totalmente de acuerdo	45	30.4	30.4	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 4, fuente SPSS

Figura 11

Representación porcentual del resultado opinión ítem 11



Nota. Dimensión 4, fuente SPSS

Interpretación

Ante la interrogante planteada el 56,09% (30,41% totalmente de acuerdo y 25,68% de acuerdo) de los entrevistados considera de manera positiva que, se puede entender como interés indebido no ejecutar una función administrativa a pesar de que ello haya posibilitado un beneficio para el Estado, en contraposición el 27,70% (22,97% en desacuerdo y 4,73% totalmente en desacuerdo), un 16,22% en cambio se mostró neutral ante la consulta propuesta. El resultado obtenido guarda correspondencia con la interrogante que antecede en la cual, de manera similar

un sector de los entrevistados entiende que incumplir una función administrativa denota un interés particular del servidor público.

Tabla 16

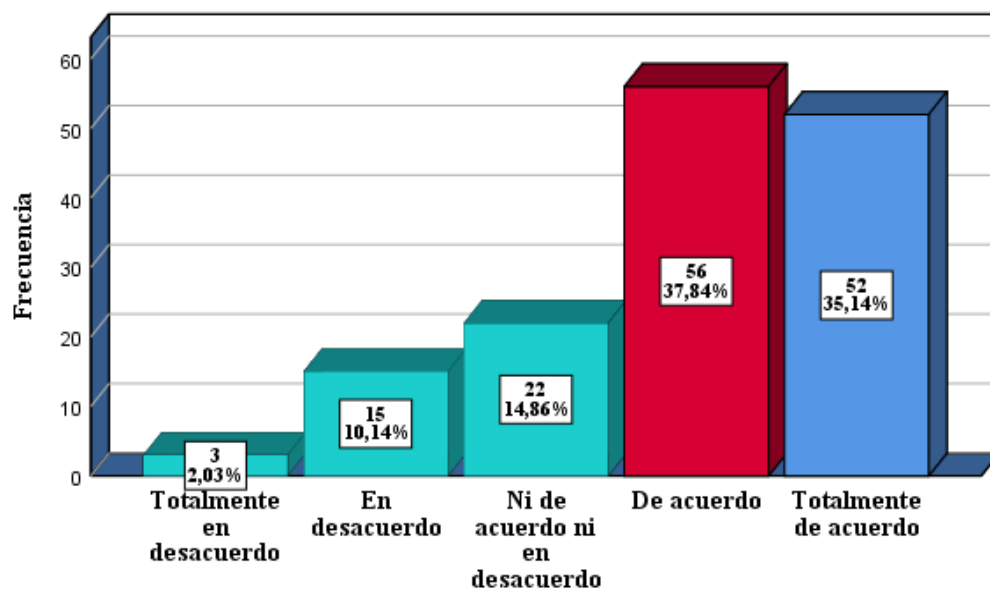
Opinión ítem 12: ¿Concuerda en que el servidor público que incumple un deber funcional es consciente del daño que puede generar para el correcto funcionamiento de la administración pública?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	3	2.0	2.0	2.0
En desacuerdo	15	10.1	10.1	12.2
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	22	14.9	14.9	27.0
De acuerdo	56	37.8	37.8	64.9
Totalmente de acuerdo	52	35.1	35.1	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 4, fuente SPSS

Figura 12

Representación porcentual del resultado opinión ítem 12



Nota. Dimensión 4, fuente SPSS

Interpretación

Para la interrogante consultada el 72,98% de los encuestados expresó su conformidad en el sentido que el servidor estatal que transgrede las obligaciones de su cargo, es consciente del peligro que puede ocasionar para el funcionamiento adecuado de la organización gubernamental (37,84% de acuerdo y 35,14% totalmente de acuerdo), en contraposición con el 14,86% se mostró indiferente ante la interrogante planteada, siendo el 12,17% (10,14% en desacuerdo y 2,03% totalmente en desacuerdo) de los entrevistados contrarios al postulado que se les sometió a consideración. El índice obtenido evidencia que un grupo importante de los entrevistados entiende

que la función pública que asume un servidor estatal es de suma importancia y reviste un deber especial que no es ajeno al conocimiento de quienes desempeñan un cargo a nombre del Estado.

Tabla 17

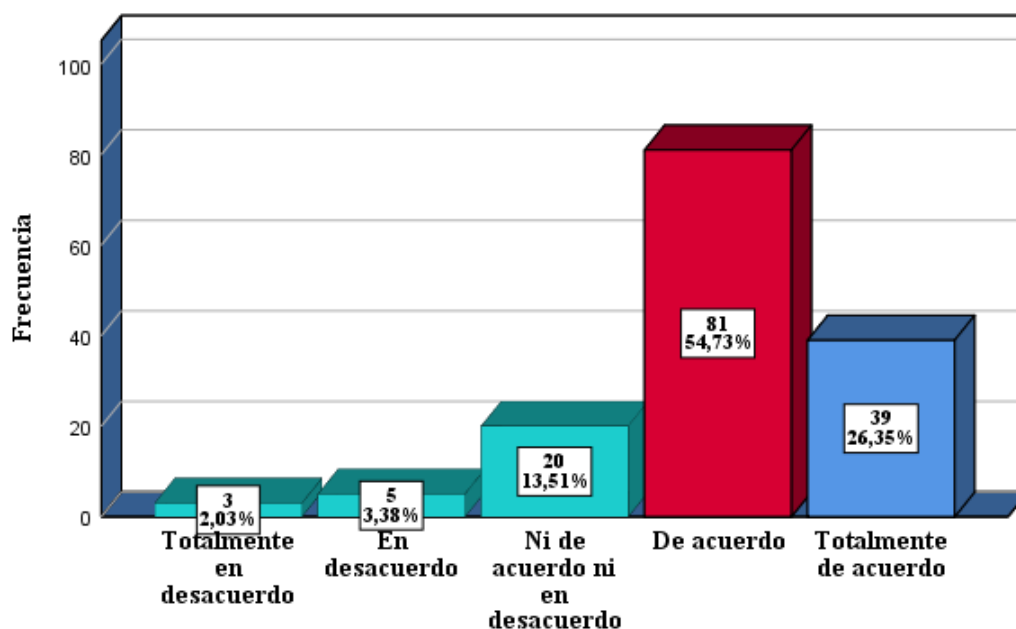
Opinión ítem 13: ¿Conviene en que el servidor público que incumple un deber funcional lo hace pese a tener conocimiento que tiene un deber de lealtad y probidad con el Estado?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	3	2.0	2.0	2.0
En desacuerdo	5	3.4	3.4	5.4
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	20	13.5	13.5	18.9
De acuerdo	81	54.7	54.7	73.6
Totalmente de acuerdo	39	26.4	26.4	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 5, fuente SPSS

Figura 13

Representación porcentual del resultado opinión ítem 13



Nota. Dimensión 5, fuente SPSS

Interpretación

En la gráfica expuesta se puede apreciar que de manera considerable el 81,08% (54,73% de acuerdo y 26,35% totalmente de acuerdo) de los entrevistados concuerdan en que el agente estatal que no ejecuta un deber funcional, lo hace a pesar de estar al tanto de que contrae un deber de fidelidad y confiabilidad con el Estado, frente al 13,51% de los entrevistados que se muestra neutral ante la interrogante planteada y un 5,41% que expresó su disconformidad (3,38% en desacuerdo y 2,03% totalmente en desacuerdo). En correlato con la interrogante anterior, la muestra entiende de forma significativa que el servidor público es consciente de los resultados que se pueden generar al incumplir el deber especial que asume al laborar a nombre del Estado.

Tabla 18

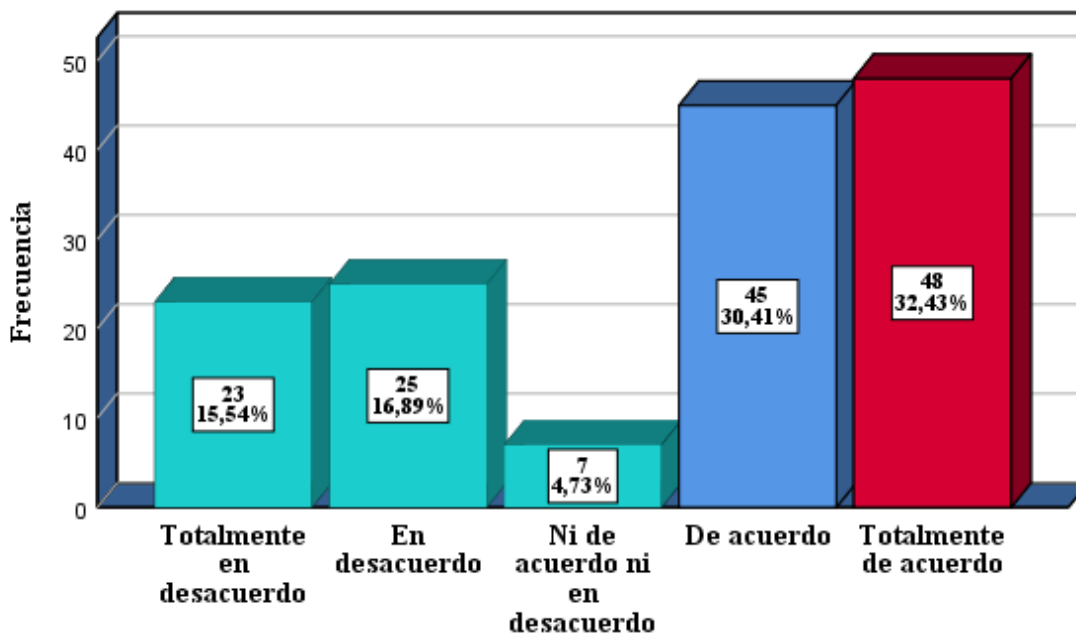
Opinión ítem 14: ¿Está de acuerdo en que el servidor público que incumple un deber funcional genera un potencial daño para la administración pública que debe ser objeto de represión penal?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	23	15.5	15.5	15.5
En desacuerdo	25	16.9	16.9	32.4
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	7	4.7	4.7	37.2
De acuerdo	45	30.4	30.4	67.6
Totalmente de acuerdo	48	32.4	32.4	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 5, fuente SPSS

Figura 14

Representación porcentual del resultado opinión ítem 14



Nota. Dimensión 5, fuente SPSS

Interpretación

En la premisa propuesta respecto a que el servidor estatal que no realiza a cabalidad un deber del cargo que desempeña, ocasiona un grave peligro para la organización gubernamental que debe ser objeto de represión penal, el 62,84% de la población entrevistada expreso su conformidad (32,43% totalmente de acuerdo y 30,41% de acuerdo), a diferencia del 32,43% (16,89% en desacuerdo y 15,54% totalmente en desacuerdo) que expreso una posición contraria. El resultado guarda correspondencia con el resultado obtenido en la pregunta 12 en la que de manera relevante los entrevistados concuerdan en que el agente público que no ejecuta las obligaciones de su cargo conoce el peligro que puede generar para el adecuado funcionamiento de la entidad estatal.

Tabla 19

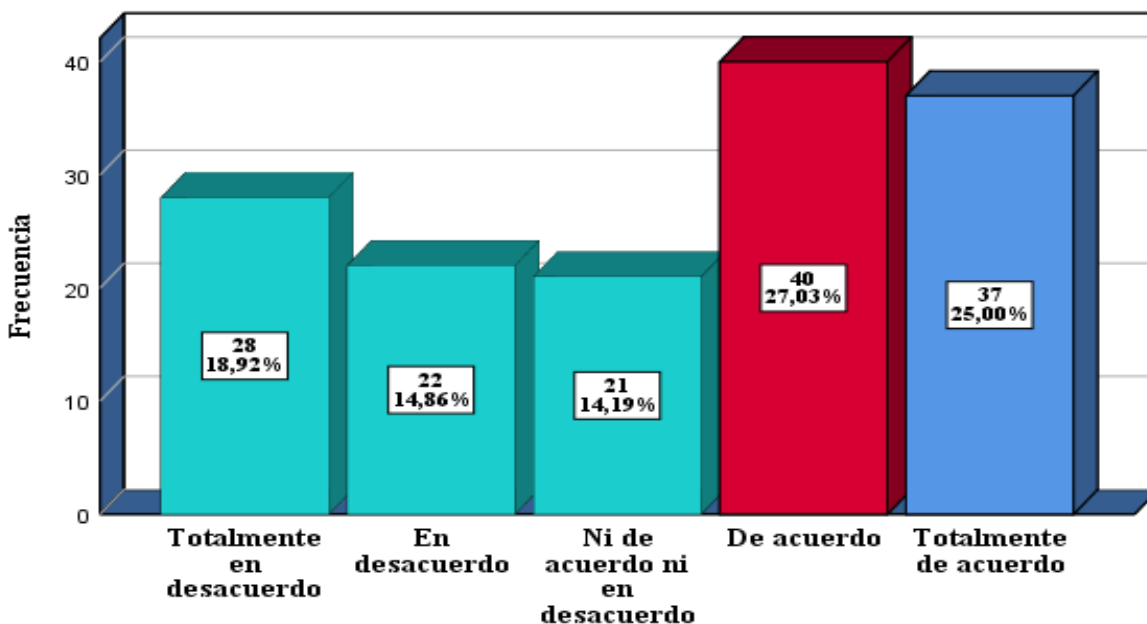
Opinión ítem 15: ¿Considera que cualquier comportamiento calificado como contrario a la norma justifica la intervención del Derecho Penal?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	28	18.9	18.9	18.9
En desacuerdo	22	14.9	14.9	33.8
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	21	14.2	14.2	48.0
De acuerdo	40	27.0	27.0	75.0
Totalmente de acuerdo	37	25.0	25.0	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 5, fuente SPSS

Figura 15

Representación porcentual del resultado opinión ítem 15



Nota. Dimensión 5, fuente SPSS

Interpretación

Ante la consulta de, si cualquier conducta que importe contravención a la norma explica la actuación del Derecho Penal, el 52,03% expresó su conformidad con la proposición establecida (27,03% de acuerdo y 25,00% totalmente de acuerdo), en posición opuesta al 33,78% de las población que considera de manera distinta (18,92% totalmente en desacuerdo y 14,86% en desacuerdo) y un 14,19% que se muestra indiferente. Los entrevistados aprecian en mayoría que infringir la normativa establecida por el Estado importa la necesaria intervención del Derecho Penal con las consecuencias que de ello se deriva.

Tabla 20

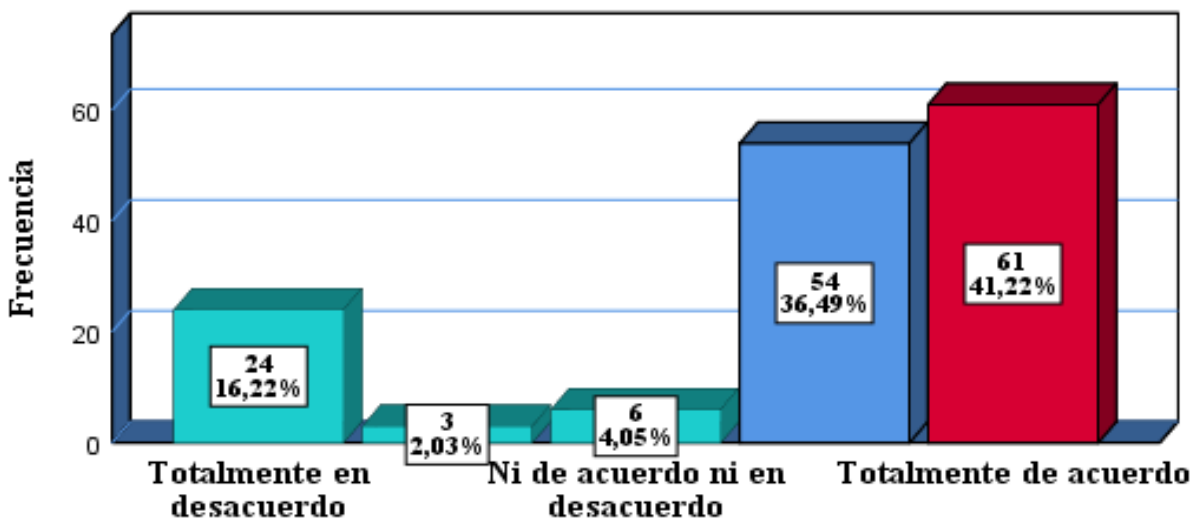
Opinión ítem 16: ¿Concuerda en que la creación de un riesgo para el interés legítimo debe ser probado para considerar consumada la infracción. Por tanto, no se puede sancionar cualquier incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	24	16.2	16.2	16.2
En desacuerdo	3	2.0	2.0	18.2
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	6	4.1	4.1	22.3
De acuerdo	54	36.5	36.5	58.8
Totalmente de acuerdo	61	41.2	41.2	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 6, fuente SPSS

Figura 16

Representación porcentual del resultado opinión ítem 16



Nota. Dimensión 6, fuente SPSS

Interpretación

El 77,71% de los encuestados (41,22% totalmente de acuerdo y 36,49% de acuerdo) considera que debe probarse que se ha generado una amenaza para el interés legítimo de manera previa para calificar como realizada la infracción, ello significa que, no es factible castigar cualquier transgresión de la norma administrativa, juicio sobre el que discrepa el 18,25% (16,22% totalmente en desacuerdo y 2,03% de acuerdo). Para un sector relevante de los entrevistados es importante comprobar que existe menoscabo del interés legítimo para juzgar que se ha perpetrado un ilícito, por ello, no es factible sancionar cualquier contravención normativa en materia administrativa, si previamente no se confirma el daño (Rodríguez y Gonzáles, 2024).

Tabla 21

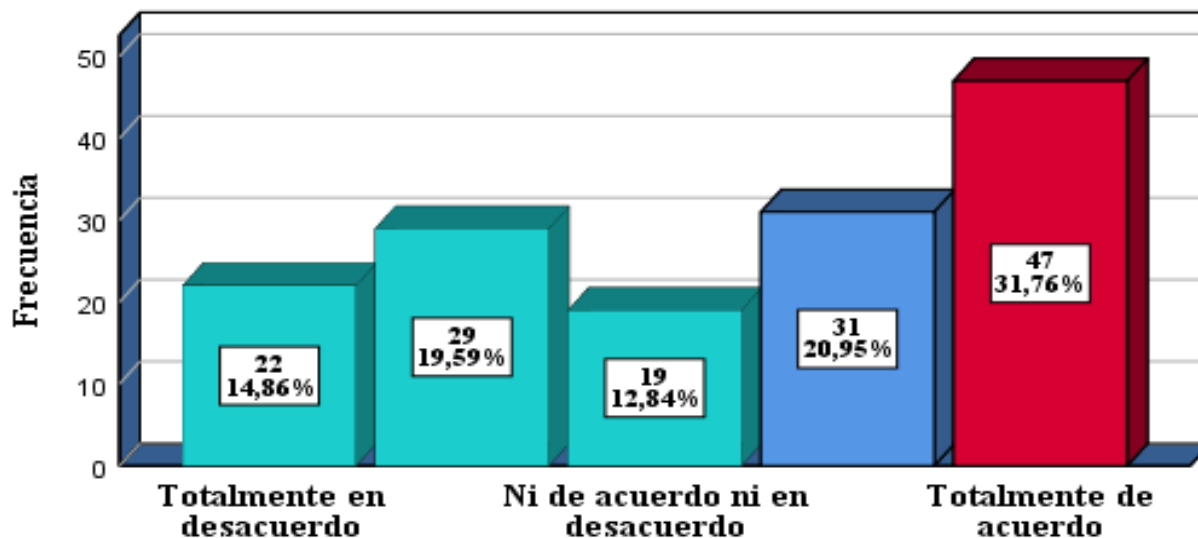
Opinión ítem 17: ¿Está de acuerdo en que la sola creación de un riesgo para el interés legítimo determina la consumación de la infracción penal. Por tanto, se puede sancionar cualquier incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	22	14.9	14.9	14.9
En desacuerdo	29	19.6	19.6	34.5
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	19	12.8	12.8	47.3
De acuerdo	31	20.9	20.9	68.2
Totalmente de acuerdo	47	31.8	31.8	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 6, fuente SPSS

Figura 17

Representación porcentual del resultado opinión ítem 17



Nota. Dimensión 6, fuente SPSS

Interpretación

En lo que concierne a la interrogante bajo análisis, el 52,71% (31,76% totalmente de acuerdo y 20,95% de acuerdo) considera que la generación de una amenaza para el interés legítimo importa la configuración de un ilícito penal, en consecuencia, se puede penalizar cualquier transgresión de alguna normativa de carácter administrativo, en oposición el 34,45% considera que ello no es correcto (19,59% en desacuerdo y 14,86% totalmente en desacuerdo) y un 12,84% se mantuvo indiferente ante la consulta planteada. El resultado guarda relación con la percepción evidenciada por los encuestados para la pregunta 15 en el que se manifestó mayoritariamente a favor de que cualquier conducta que se interprete como opuesta a la normatividad acredita la actuación del Derecho Penal.

Tabla 22

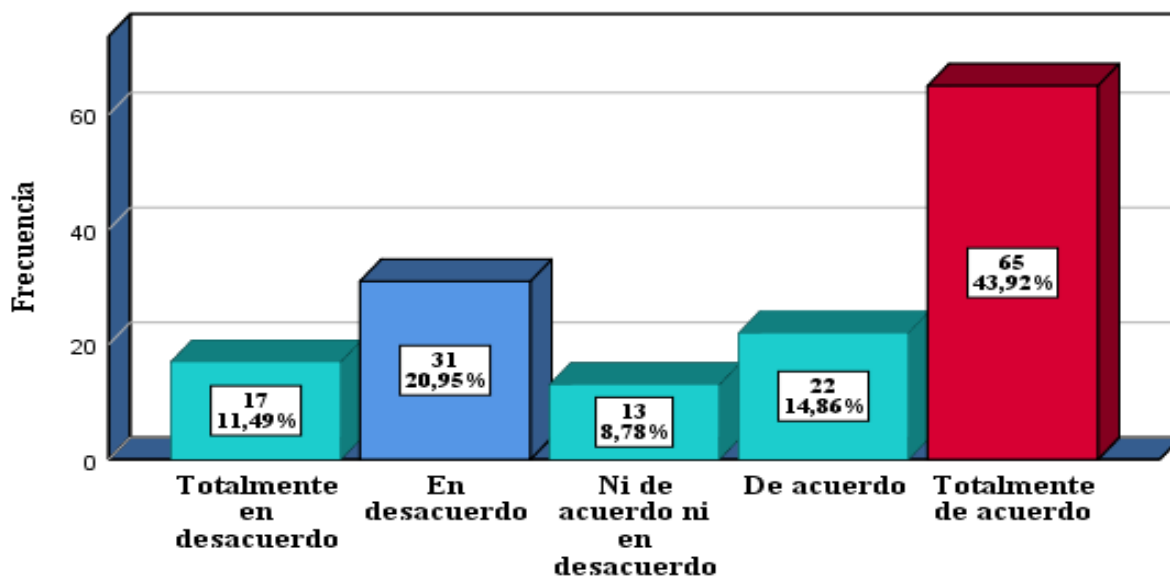
Opinión ítem 18: ¿Considera que si existe la sospecha que el servidor público actuó interesadamente, debe presumirse que se ha generado un peligro para el correcto funcionamiento de la administración pública?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Totalmente en desacuerdo	17	11.5	11.5	11.5
En desacuerdo	31	20.9	20.9	32.4
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	13	8.8	8.8	41.2
De acuerdo	22	14.9	14.9	56.1
Totalmente de acuerdo	65	43.9	43.9	100.0
Total	148	100.0	100.0	

Nota. Dimensión 6, fuente SPSS

Figura 18

Representación porcentual del resultado opinión ítem 18



Nota. Dimensión 6, fuente SPSS

Interpretación

En la gráfica que se proyecta se puede advertir que el 58,78% de la población seleccionada (43,92% totalmente de acuerdo y 14,86% de acuerdo) comprende que si existe la duda que el servidor estatal actuó bajo interés, debe suponerse que ha generado una amenaza para el adecuado funcionamiento de la organización gubernamental, frente al 32,44% (20,95% en desacuerdo y 11,49% totalmente en desacuerdo). El índice alcanzado refleja que la mayoría de entrevistados considera que cualquier indicio de sospecha respecto a la intervención imparcial del servidor estatal denota la generación de un peligro para el interés legítimo, postura que guarda relación con el resultado logrado en la pregunta que antecede.

4.2 Contrastación de las hipótesis

4.2.1. Contrastación de la hipótesis general

H₀: Los actos de función pública administrativa no son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible.

H₁: Los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible.

Tabla 23

*Tabla cruzada: Actos de función pública administrativa *Elemento típico del delito de negociación incompatible*

		V2: Elemento típico del delito de negociación incompatible						
		Totalment e en desacuerd o	En desacuerd o	Ni de ni en desacuerd o	De acuerdo	Totalment e de acuerdo	Total	
V1: Actos de función pública administrati va	En desacuerdo	Recuento 1	1	2	0	0	4	
		Recuento esperado 0.0	0.8	0.8	1.9	0.6	4.0	
		% del total 0.7%	0.7%	1.4%	0.0%	0.0%	2.7%	
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	Recuento 0	23	19	3	1	46	
		Recuento esperado 0.3	8.7	9.0	21.4	6.5	46.0	
		% del total 0.0%	15.5%	12.8%	2.0%	0.7%	31.1%	
	De acuerdo	Recuento 0	4	8	46	15	73	
		Recuento esperado 0.5	13.8	14.3	34.0	10.4	73.0	
		% del total 0.0%	2.7%	5.4%	31.1%	10.1%	49.3%	
	Totalment e de acuerdo	Recuento 0	0	0	20	5	25	
		Recuento esperado 0.2	4.7	4.9	11.7	3.5	25.0	
		% del total 0.0%	0.0%	0.0%	13.5%	3.4%	16.9%	
Total	Recuento	1	28	29	69	21	148	
	Recuento esperado	1.0	28.0	29.0	69.0	21.0	148.0	

% del total	0.7%	18.9%	19.6%	46.6%	14.2%	100.0 %
--------------------	------	-------	-------	-------	-------	------------

Nota. Tabla cruzada de variables de hipótesis general, fuente SPSS v.26

Tabla 24

Contrastación de hipótesis general

Pruebas de chi-cuadrado			
	Valor	df	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	127,729 ^a	12	0.000
Razón de verosimilitud	113.663	12	0.000
Asociación lineal por lineal	62.739	1	0.000
N de casos válidos	148		

a. 11 casillas (55,0%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es ,03.

Nota. Contrastación de hipótesis fuente SPSS v.26

Interpretación

Conforme se puede apreciar en la Tabla 23 y 24, concluido el proceso de contraste de hipótesis a un intervalo de confianza del 95%, se ha definido un valor de significancia o valor crítico observado de $p = ,000$, esto es, a un intervalo de significancia de 0,05, el valor de $p < 0,05$; en consecuencia, se rechaza la hipótesis nula y asumimos la hipótesis alternativa; por ende se concluye que existe una conexión significativa entre las variables examinadas, actos de función pública administrativa y elemento típico del delito de negociación incompatible.

4.2.2. Contrastación de la hipótesis específica

4.2.2.1. Contrastación de hipótesis específica 1

H₀: En los actos de función pública administrativa se determina un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

H₁: En los actos de función pública administrativa no se determina un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

Tabla 25

*Tabla cruzada: Infracción del deber*Elemento típico del delito de negociación incompatible*

		V2: Elemento típico del delito de negociación incompatible						
			Totalmente en desacuerdo	En desacuerdo	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	De acuerdo	Totalmente de acuerdo	Total
D01: Infracción del deber	Totalmente en desacuerdo	Recuento	1	0	0	0	0	1
		Recuento esperado	0.0	0.2	0.2	0.5	0.1	1.0
		% del total	0.7%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.7%
	En desacuerdo	Recuento	0	1	11	1	0	13
		Recuento esperado	0.1	2.5	2.5	6.1	1.8	13.0
		% del total	0.0%	0.7%	7.4%	0.7%	0.0%	8.8%
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	Recuento	0	13	8	3	0	24
		Recuento esperado	0.2	4.5	4.7	11.2	3.4	24.0
		% del total	0.0%	8.8%	5.4%	2.0%	0.0%	16.2%
	De acuerdo	Recuento	0	14	7	36	15	72
		Recuento esperado	0.5	13.6	14.1	33.6	10.2	72.0
		% del total	0.0%	9.5%	4.7%	24.3%	10.1%	48.6%
	Totalmente de acuerdo	Recuento	0	0	3	29	6	38
		Recuento esperado	0.3	7.2	7.4	17.7	5.4	38.0
		% del total	0.0%	0.0%	2.0%	19.6%	4.1%	25.7%
Total	Recuento	1	28	29	69	21	148	
	Recuento esperado	1.0	28.0	29.0	69.0	21.0	148.0	
	% del total	0.7%	18.9%	19.6%	46.6%	14.2%	100.0%	

Nota. Tabla cruzada de variables de hipótesis específica 1, fuente SPSS v.26

Tabla 26*Contrastación de hipótesis específica 1*

Pruebas de chi-cuadrado			
	Valor	df	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	233,557 ^a	16	0.000
Razón de verosimilitud	96.652	16	0.000
Asociación lineal por lineal	36.579	1	0.000
N de casos válidos	148		

a. 15 casillas (60.0%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es .01.

Nota. Contrastación de hipótesis específica 1, fuente SPSS v.26

Interpretación

Conforme se puede apreciar en la Tabla 25 y 26, finalizado el proceso de contraste de la hipótesis específica 1 a un intervalo de confianza del 95%, se ha definido un valor de significancia o valor crítico observado de $p = ,000$, esto es, a un intervalo de significancia de 0,05, el valor de $p < 0,05$; en consecuencia, se rechaza la hipótesis nula y asumimos la hipótesis alternativa; por ende se concluye que al existir una conexión significativa entre las variables de estudio se puede afirmar que, en los actos de función pública administrativa no se determina un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

4.2.2.2. Contrastación de hipótesis específica 2

H_0 : En los actos de función pública administrativa no se determina un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

H₁: En los actos de función pública administrativa se determina un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

Tabla 27

*Tabla cruzada Peligro abstracto*Elemento típico del delito de negociación incompatible*

		V2: Elemento típico del delito de negociación incompatible						
		Totalmente en desacuerdo	En desacuerdo	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	De acuerdo	Totalmente de acuerdo	Total	
D02: Peligro abstracto	Totalmente en desacuerdo	Recuento	0	0	1	0	0	1
		Recuento esperado	0.0	0.2	0.2	0.5	0.1	1.0
		% del total	0.0%	0.0%	0.7%	0.0%	0.0%	0.7%
	En desacuerdo	Recuento	0	1	3	6	9	19
		Recuento esperado	0.1	3.6	3.7	8.9	2.7	19.0
		% del total	0.0%	0.7%	2.0%	4.1%	6.1%	12.8%
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	Recuento	1	5	1	1	1	9
		Recuento esperado	0.1	1.7	1.8	4.2	1.3	9.0
		% del total	0.7%	3.4%	0.7%	0.7%	0.7%	6.1%
	De acuerdo	Recuento	0	13	21	42	6	82
		Recuento esperado	0.6	15.5	16.1	38.2	11.6	82.0
		% del total	0.0%	8.8%	14.2%	28.4%	4.1%	55.4%
Totalmente de acuerdo	Recuento	0	9	3	20	5	37	
	Recuento esperado	0.3	7.0	7.3	17.3	5.3	37.0	
	% del total	0.0%	6.1%	2.0%	13.5%	3.4%	25.0%	
Total	Recuento	1	28	29	69	21	148	
	Recuento esperado	1.0	28.0	29.0	69.0	21.0	148.0	
	% del total	0.7%	18.9%	19.6%	46.6%	14.2%	100.0%	

Nota. Tabla cruzada de variables de hipótesis específica 2, fuente SPSS v.26

Tabla 28*Contrastación de hipótesis específica 2*

Pruebas de chi-cuadrado			
	Valor	df	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	54,963 ^a	16	0.000
Razón de verosimilitud	39.570	16	0.001
Asociación lineal por lineal	1.551	1	0.213
N de casos válidos	148		

a. 16 casillas (64.0%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es .01.

Nota. Contrastación de hipótesis específica 2, fuente SPSS v.26

Interpretación

Conforme se puede apreciar en la Tabla 27 y 28, terminado el proceso de contraste de hipótesis a un intervalo de confianza del 95%, se ha determinado un valor de significancia o valor crítico observado de $p = ,000$, esto es, a un intervalo de significancia de 0,05, el valor de $p < 0,05$; en consecuencia, se rechaza la hipótesis nula y asumimos la hipótesis alternativa; por ende se concluye que al existir una conexión significativa entre las variables de estudio se puede afirmar que, en los actos de función pública administrativa se determina un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

4.2.2.3. Contrastación de hipótesis específica 3

H₀: En los actos de función pública administrativa no se delimita un peligro concreto frente a un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

H₁: En los actos de función pública administrativa se delimita un peligro concreto frente a un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

Tabla 29

*Tabla cruzada: Peligro concreto *Elemento típico del delito de negociación incompatible*

		V2: Elemento típico del delito de negociación incompatible						
			Totalmente en desacuerdo	En desacuerdo	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	De acuerdo	Totalmente de acuerdo	Total
D03: Peligro concreto	Totalmente en desacuerdo	Recuento	0	2	1	0	0	3
		Recuento esperado	0.0	0.6	0.6	1.4	0.4	3.0
		% del total	0.0%	1.4%	0.7%	0.0%	0.0%	2.0%
	En desacuerdo	Recuento	1	12	10	1	0	24
		Recuento esperado	0.2	4.5	4.7	11.2	3.4	24.0
		% del total	0.7%	8.1%	6.8%	0.7%	0.0%	16.2%
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	Recuento	0	12	12	4	0	28
		Recuento esperado	0.2	5.3	5.5	13.1	4.0	28.0
		% del total	0.0%	8.1%	8.1%	2.7%	0.0%	18.9%
	De acuerdo	Recuento	0	2	6	52	7	67
		Recuento esperado	0.5	12.7	13.1	31.2	9.5	67.0
		% del total	0.0%	1.4%	4.1%	35.1%	4.7%	45.3%
Totalmente de acuerdo	Recuento	0	0	0	12	14	26	
	Recuento esperado	0.2	4.9	5.1	12.1	3.7	26.0	
	% del total	0.0%	0.0%	0.0%	8.1%	9.5%	17.6%	
Total		Recuento	1	28	29	69	21	148
		Recuento esperado	1.0	28.0	29.0	69.0	21.0	148.0
		% del total	0.7%	18.9%	19.6%	46.6%	14.2%	100.0%

Nota. Tabla cruzada de variables de hipótesis específica 3, fuente SPSS v.26

Tabla 30*Contrastación de hipótesis específica 3*

Pruebas de chi-cuadrado			
	Valor	df	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	134,424 ^a	16	0.000
Razón de verosimilitud	141.305	16	0.000
Asociación lineal por lineal	85.853	1	0.000
N de casos válidos	148		

a. 15 casillas (60.0%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es .02.

Nota. Contrastación de hipótesis específica 3, fuente SPSS v.26

Interpretación

Conforme se puede apreciar en la Tabla 29 y 30, concluido el proceso de contraste de hipótesis a un intervalo de confianza del 95%, se ha establecido un valor de significancia o valor crítico observado de $p = ,000$, esto es, a un intervalo de significancia de 0,05, el valor de $p < 0,05$; en consecuencia, se rechaza la hipótesis nula y asumimos la hipótesis alternativa; por ende se concluye que al existir una conexión significativa entre las variables de estudio se puede afirmar que, en los actos de función pública administrativa se delimita un peligro concreto frente a un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1 Discusión de resultados de la hipótesis general

Culminada la investigación y contrastada la hipótesis general, se determinó a través de la prueba estadística Chi cuadrado, a un intervalo de confianza del 95%, un valor de $p = ,000$, esto es, a un intervalo de significancia de 0,05 el valor de p es menor a 0,05, este resultado evidencia que existe conexión significativa entre las variables de estudio, en consecuencia, se rechaza la hipótesis nula y se afirma que, los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible

Sobre este particular, compartimos el punto de vista de Guimaray (2020) en cuanto afirma que, existe una estrecha relación entre los elementos positivos y negativos que sustentan la prohibición penal de una conducta, y la normativa que restringe la actuación de los servidores estatales. Estima que si el agente público es consciente de los deberes y obligaciones que limitan su actuación y decide violarlos, consumando el ilícito, se entiende que tuvo pleno conocimiento de la ilegalidad de su conducta.

En el mismo sentido, Fernández (2017) enfatiza que para la jurisprudencia y la doctrina predominante, la tipicidad consiste en la intervención del agente en el negocio para promover sus propios intereses, obviando que su actuación es inherente a las responsabilidades del cargo que ostenta y no puede dejar de realizarlas. A su juicio, la actividad delictiva es de naturaleza final, esto es, no se precisa la participación efectiva del agente, basta que ejecute un acto que resulte relevante que condicione la resolución final del procedimiento para que se consuma el delito.

En el ilícito del aprovechamiento indebido del cargo, el texto penal no sanciona una conducta específica, lo que se castiga es el interés particular del servidor público manifestado a través del ejercicio de una conducta opuesta al deber funcional que asume al ejercer un determinado cargo en representación del Estado (Recurso de Casación n° 1059 – 2018 – Huánuco, 2021), cuya materialización se presume genera una amenaza o probable riesgo para el cabal desempeño de la organización gubernamental (Recurso de Casación n° 180 – 220 - La Libertad, 2020).

En ese sentido, cualquier actividad desplegada por el servidor contraria a las establecidas en los instrumentos normativos de la entidad estatal, se considera típica en la medida que se presume atiende a un interés indebido que genera o puede generar daño o posible amenaza para el cabal funcionamiento de la entidad estatal, conforme así lo estima el 72,97% de los encuestados, quienes consideran que el desempeño eficiente de la organización gubernamental se ve seriamente afectado por un agente público que transgrede un deber funcional.

5.2 Discusión de resultados de la hipótesis específica

Hipótesis específica 1

En cuanto al resultado obtenido luego de contrastar la hipótesis específica 1, a un intervalo de confianza del 95%, se obtuvo un valor de $p = ,000$, esto es, a un intervalo de significancia de 0,05 el valor de p es menor a 0,05, este resultado evidencia que existe conexión significativa entre las variables de estudio, en consecuencia, se rechaza la hipótesis nula y se afirma que, en los actos de función pública administrativa no se determina un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

Al respecto, convenimos con Lucas (2017) cuando señala que calificar una actividad como peligrosa es contrario al principio de lesividad, que demanda la intervención de la ley penal en caso de daño real, atribuir a un incidente el calificativo de peligro general puede no serlo y de imponerse una sanción, esta se daría con fines preventivos. Surge un fenómeno de adelantamiento punitivo que se desarrolla a expensas de los principios que guían la disuasión penal, como son, idoneidad, nocividad, culpabilidad, inocencia y proporcionalidad; agrega que el legislador recurre a dicha práctica sin considerar o sobreestimando lo que merece protección penal.

Similar es la postura de Bages (2017) quien agrega que la extensión del Derecho Penal se distingue por la proliferación de injustos con amenaza abstracta, respecto de las que se presentan dos situaciones problemáticas, la primera de las cuales se relaciona con la protección de intereses colectivos o descentralizados a través de la naturaleza del delito; y el segundo está relacionado con cómo el legislador define una amenaza típica con la ayuda de módulos establecidos centralmente, en los que no es necesario verificar la gravedad de la actividad que daña el interés legítimo.

En su opinión, no procede reprochar un acto negligente sin resultados, sólo crearía inestabilidad jurídica en la medida en que la mera violación de una norma de cumplimiento sería suficiente para valorar el alcance de la ley penal, posición que compartimos, no es posible criminalizar cualquier transgresión de una normativa administrativo para inferir que se está ante un interés indebido y por ende ante un ilícito, sin que haya materializado una amenaza real para el interés legítimo (Recurso de Casación nº 841, 2016).

Al respecto, la hipótesis propuesta encuentra respaldo en el 58,68% de la muestra, quienes entienden que la transgresión de las funciones administrativas de un servidor público no implica que exista necesariamente un interés privado, en desacuerdo, el 31,76% de dichos participantes

consideran que, si un servidor público incumple un deber funcional entonces debe interpretarse que ha obrado en el un interés particular que se presume genera o puede generar daño o posible amenaza para el cabal desempeño de la organización gubernamental.

Hipótesis específica 2

Contrastada la hipótesis específica 2, a un intervalo de confianza del 95%, un valor de $p=,000$, esto es, a un intervalo de significancia de 0,05 el valor de p es menor a 0,05, este resultado evidencia que existe conexión significativa entre las variables de estudio, en consecuencia, se rechaza la hipótesis nula y se afirma que, en los actos de función pública administrativa se determina un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

En efecto, señala Franco (2022) que, actualmente, no hay distinción cualitativa entre las disciplinas que se utilizan como políticas criminales para preservar intereses legítimos en el Estado, es decir, el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal. Según él, los criterios materiales de un hecho sancionable serán aquellos que tengan el mayor impacto en los Derechos jurídicos fundamentales de la persona y la sociedad.

Coincidimos con el autor cuando manifiesta que, tomando como base los preceptos de legalidad y mínima intervención, no basta que un servidor estatal viole su deber funcional para recurrir al Derecho Penal. Calificar la negligencia de un funcionario como conducta punible es absurdo, es un criterio amplio, debe exigirse que el resultado lesione o presente una amenaza real al interés legítimo, imprescindible para asegurar la convivencia en sociedad más allá de prevenir el cabal desempeño de la administración pública.

En el mismo sentido Grandez (2017) enfatiza que, endurecer las sanciones en nuestro sistema Penal es una manifestación clara de la implementación del Derecho Penal del enemigo, implantado en respuesta a la voz del pueblo que cree que esta sería la mejor manera de detener el aumento de la delincuencia, razón por la que el legislador no presta atención al endurecimiento de las sanciones para determinadas conductas típicas o a la sobrecriminalización de estas.

Concordamos con el autor cuando señala que, en un Estado democrático como el nuestro no debe aplicarse el Derecho Penal del enemigo, con ello solo se vulneran Derechos fundamentales, como medida correctiva el legislador debe adecuar el ordenamiento penal, no puede distinguir la ley penal a un ciudadano como persona por el solo hecho de cumplir con la norma y cuando se estima que no es así, considerarlo como enemigo y como tal pasible de ser restringido en sus Derechos.

En nuestra opinión, el ordenamiento penal debe precisar, conforme al principio de lesividad, que para recurrir al Derecho Penal debe concretarse un resultado lesivo o de amenaza real que deje en evidencia que existe daño o perjuicio inminente para el interés legítimo bajo protección, solo así se estará dentro de los alcances del injusto penal del aprovechamiento indebido del cargo, para lo cual se debe proporcionar evidencia válida según se puede interpretar de los alcances del Recurso de Casación n° 231 – 2017 - Puno (2017).

Al respecto, concluida la investigación se determinó que el 77,71% de los entrevistados coincide en que, la generación de una amenaza que afecte efectivamente el cabal desempeño de la organización gubernamental debe ser verificado, luego de lo cual se puede considerar consumado el delito, por ende, no es posible penalizar cualquier contravención de alguna normativa

administrativa que se presume como ilícita, posición sobre la que minoritariamente no concuerda el 18,25% de la muestra.

Hipótesis específica 3

Finalmente, para la hipótesis específica 3 de la misma manera con un 95% de confianza se ha establecido un valor de $p=,000$, esto es, a un intervalo de significancia de 0,05 el valor de p es menor que 0,05, demostrando que existe una relación significativa entre las variables de investigación, por lo que se rechaza la hipótesis nula y por lo tanto, se puede concluir que en los actos de función pública administrativa se delimita un peligro concreto frente a un peligro abstracto como elemento típico del delito de aprovechamiento indebido del cargo.

A este respecto, compartimos el juicio de Vásquez (2022) en cuanto considera que para determinar la existencia de un interés indebido y por tanto la configuración del injusto penal de la negociación incompatible será necesario determinar la ventaja injustificada que persigue el funcionario público, las deficiencias de carácter administrativo no importan necesariamente actos de favorecimiento particular vinculados a un ilícito penal.

Del mismo modo, respaldamos la postura de Bages (2017) cuando al referirse contrario a los delitos de peligro abstracto sostiene que, la Constitución impone de manera tácita el principio de ofensividad, la conducta de reproche debe generar un riesgo efectivo al interés legítimo individual, así como la posible afectación supraindividual, luego para evaluar la peligrosidad de la conducta es posible utilizar como parámetro de punición la tentativa inidónea, en la medida que ésta establecería aquellas cualidades necesarias para que la conducta pueda ser sometida a reproche penal.

En ese sentido, Fernández (2017) señala que la creencia en el cabal desempeño de la institución estatal no debe ser considerada un interés legítimo, no es un elemento de la realidad social sino un sentimiento colectivo, por ende, si el fin de la organización gubernamental es satisfacer el interés común entonces lo que debe importar como protección penal son los principios que garantizan que la administración pública puede cumplir dicha función.

En nuestra opinión, un funcionario desempeña diversas actividades como parte de las responsabilidades que se derivan de su cargo, su participación en procesos acotados a nombre del Estado responde a tal competencia funcional, por lo que la intervención del agente no puede entenderse en sí misma como un beneficio especial. La ilegalidad surge incluso si un agente, que no participa en un proceso contractual o similar, lleva a cabo una actividad de toma de decisiones que es importante para su resultado, generando así beneficios específicos para los funcionarios (Recurso de Casación 23, 2017).

La posición antes comentada, encuentra el respaldo en el 58,68% de los participantes entrevistados, quienes apoyan la postura mencionada en el sentido que la transgresión de las funciones administrativas por parte de un servidor público no indica tácitamente la presencia de un interés privado del agente gubernamental. Por otro lado, el 31,76% de la muestra reconoce que este comportamiento es típico del ilícito de la negociación incompatible y en ese sentido, pasible de ser reprochado en la vía penal.

VI. CONCLUSIONES

Una vez finalizada la valoración y escrutinio de la información recabada en este examen y de acuerdo con los datos estadísticos obtenidos, se concluye en:

- ✓ Se ha establecido que el acto de función pública administrativa es un componente típico del ilícito del aprovechamiento indebido del cargo. El desarrollo normativo del tipo no avala una conducta particular, por lo que cualquier transgresión funcional contra las normas que rigen a los servidores públicos supone la presencia de un interés particular que genera o permite riesgo para el interés legítimo, creencia que es apoyada por el 72,97% de la muestra.
- ✓ Se ha constatado que el acto de función pública administrativa no entraña automáticamente un peligro abstracto como aspecto típico del aprovechamiento indebido del cargo. La transgresión de un acto funcional no indica automáticamente que exista un interés específico del agente gubernamental, pues requiere evidencia del detrimento o amenaza real para el interés legítimo, opinión que comparte el 58,68% de los entrevistados.
- ✓ Se puede sostener que el ilícito del aprovechamiento indebido del cargo entraña un riesgo específico, en consecuencia, el servidor público es susceptible de ser penalizado por ese ilícito siempre que cause daño o riesgo real al interés legítimo por razón de su propio interés o el de un tercero, lo que requiere la presentación de prueba competente que sustente la consecuencia jurídica, el 77,71% de los entrevistados respaldan tal afirmación.
- ✓ Se ha evidenciado que en los actos de función pública administrativa media una clara distinción en el tipo de riesgo que de su ejecución deviene, así se determina un peligro concreto y no abstracto, aspecto típico del aprovechamiento indebido del cargo. El servidor

público está sujeto a una serie de protocolos que sigue para servir al Estado con base en la normativa que rige su cargo, y cualquier acción que realice en contraposición con este fin puede ser considerada ilegal, incluso si no participa activamente, siempre que medien de su parte actos decisorios en beneficio particular, el 58,68% de la muestra respalda esta posición.

VII. RECOMENDACIONES

Las conclusiones presentadas en el capítulo anterior indican que se pueden implementar con importancia las siguientes acciones:

- ✓ En materia legislativa, deben verificarse los lineamientos sobre la tipicidad del aprovechamiento indebido del cargo recogido en el artículo 399º del código sustantivo, de modo que conforme al precepto de lesividad u ofensividad y a partir de la experiencia recogida en la jurisprudencia penal, se desarrollen las precisiones necesarias sobre la conducta punible y el interés legítimo tutelado por el Derecho Penal.
- ✓ Resulta importante que el Órgano Jurisdiccional Supremo de Justicia, en lo posible, concrete a la brevedad un Pleno Casatorio para determinar la naturaleza y consumación del delito de aprovechamiento indebido del cargo, teniendo en consideración el planteamiento promovido según el Recurso de Apelación nº 7 – 2016 - Sala Especial del 14 de setiembre de 2018.
- ✓ Se estima conveniente realizar programas de capacitación para la comunidad jurídica, en el que, contando con la participación de la magistratura, se evalúe a partir de cierta casuística, aquellos aspectos antagónicos sobre la naturaleza jurídica del aprovechamiento indebido del cargo que permitan arribar a puntos conciliatorios y evitar perseguir casos que no cumplan los criterios del ilícito penal.

VIII. REFERENCIAS

- Abanto, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública.*: Editora y librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal.* Editorial Temis S.A.
- Bages, J. (2017). *La tentativa en los delitos de peligro abstracto.* [Tesis de doctorado]. Universidad de Barcelona.
- Bascur, G. (2019). Consideraciones conceptuales para el tratamiento del peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos. *Política criminal*, 14(28), 562-594.
<https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v14n28/0718-3399-politcrim-14-28-00562.pdf>
- Beck, U. (1998). *La Sociedad de Riesgo.* Ediciones Paidós Ibérica, S.A.
- Benavente, H., y Calderón, L. (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios* (1ª ed.). Gaceta jurídica.
- Boyer, J. (2019). *El derecho de la función pública y el servicio civil: Nociones fundamentales.* Fondo Editorial PUCP.
- Burgos, N., López, M., Luyo, C., Moreno, J. y Villavicencio, F. (2017). Analisis del proyecto de codigo penal del 2016: aproximaciones desde la dogmatica penal y la politica criminal. *Universidad de San Martín de Porres.*
<https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/3153>

- Canchari, A. (2018). Doctrina de infracción deber normativista en la jurisprudencia de la Corte Suprema y su relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. *[Tesis de Doctorado]*. Universidad Nacional Santiago Antunez de Mayolo.
- Capa, L., García, M., Crespo, E., Palmero, D., López, R., Crespo, T., y Fadul, J. (2017) *Analisis Exporativo de Datos Con SPSS* Universidad Metropolitana. <https://repositorio.umet.edu.ec/handle/67000/84>
- Chanjan, R. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: Fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Derecho penal y criminología*.38(104), 121-150. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5210>
- Chanjan, R., Torres, D., Padilla, A. y Gonzáles, M. (2020). *Claves para reconocer los Principales delitos de corrupción*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/01/07145345/claves-corrupcion.pdf>
- Consejo Nacional de Política Criminal [CONAPOC]. (2012). *Ministerio de Justicia y Derecho Humanos*. Obtenido de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1661663/ACTA-10-MAY-2012.pdf.pdf>
- Contreras, L. (2011). Tendencias de los paradigmas de investigación en educación. *RevInvPost*,26(2), 179-202. <https://www.redalyc.org/pdf/658/65830335004.pdf>

- Cornejo, J. (2020). El sistema de los delitos contra la eficiencia de la administración pública. Consideraciones político criminales. *Derecho y Cambio Social*(60), 252-289. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7524993>
- Corte Superior de Justicia de la República del Perú. (2016). Recurso de Casación n° 841-2015. Ayacucho, Perú. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/Casacion-841-2015-Ayacucho-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2016). Recurso de Casación n° 351-2015-Santa. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/R.N.N-351-2015-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2016). Recurso de Nulidad n° 677-2016-Lima. Perú. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/Recurso-de-Nulidad-677-2016-Lima-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2017). Recurso de Casación n° 231-2017-Puno. <https://lpderecho.pe/casacion-231-2017-puno-negociacion-incompatible-peligro-concreto-creacion-riesgo-resultado-probarse/>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2017). Recurso de Casación n° 23-2016. Ica, Perú. <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/CasacinN23-2016-Ica.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2017). Recurso de Casación n° 67-2017. Lima, Perú. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casaci%C3%B3n-67-2017-Lima-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2017). Sentencia Plena Casatoria N° 1-2017/CIJ-433. Lima, Perú. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/10/I-Pleno-Casatorio-Penal-Sentencia-Plenaria-Casatoria-1-2017-CIJ-433-Alcances-del-delito-de-lavado-de-activos-y-est%C3%A1ndar-de-prueba-para-su-persecuci%C3%B3n-procesal-y-condena.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2018). Recurso de Apelación n° 07-2016. Lima, Perú. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a0a227004363821399289d81593fc33c/07-2016+.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a0a227004363821399289d81593fc33c>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2019). Recurso de Casación n° 18-2017. Junin, Perú. <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2020/01/Casaci%C3%B3n-18-2017-Jun%C3%ADn-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2019). Recurso de Casación n° 9-2018-Junin. Huancayo, Perú. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cf9324004aa2f79abceafcd1306a5ccd/CS-SPP-C-09-2018-JUNIN.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cf9324004aa2f79abceafcd1306a5ccd>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2020). Recurso de Casación n° 1749-2018. Cañete, Ica, Perú. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/91ea75004ff53a8b945eb56976768c74/SPP-C-1749-2018->

CA%C3%91ETE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=91ea75004ff53a8b945eb56976768
c74

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2020). Recurso de Casación n° 180-2020. La Libertad, Perú. Obtenido de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/12/Casacion-180-2020-La-Libertad-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2020). Recurso de Casación n° 396-2019 - Ayacucho. Obtenido de <https://lpderecho.pe/delito-negociacion-incompatible-peligro-concreto-abstracto-casacion-396-2019-ayacucho/>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2021). Recurso de Apelación n° 13-2019. Lima, Perú. Obtenido de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/Apelacion-13-2019-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2021). Recurso de Casación n° 1059-2018. Huánuco, Perú. Obtenido de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Casacion-1059-2018-Huanuco-LPDerecho.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2021). Recurso de casación n° 1833-2019. Lima, Perú. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/760a7f8044128937b1a8b5c9d91bd6ff/CAS+1833-2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=760a7f8044128937b1a8b5c9d91bd6ff>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2022). Recurso de Casación n° 184-2020. Lima Norte, Perú. Obtenido de

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4080748/CAS%20184-2020%20LIMA%20NORTE.pdf.pdf?v=1675180035>

Covilla, J. (2014). Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional. *Revista digital de derecho administrativa*, 12, 169-190.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503856211009>

Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. [Tesis de doctorado]. Universidad de Salamanca, Salamanca, España.

Fernández, M. (2014). El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español. *Revista derecho penal y criminología*, 35(98),73-92.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4154/4497>

Fernández, M. (2017). El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. [Tesis de doctorado]. Universidad de Málaga.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.

Forero, J. (2022). *Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del Derecho Penal y la Criminología contemporáneas a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía* (1ª ed.). Universidad del Externado. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/af1e36e1-8d60-49a5-9ec4-df450bd3b284/content>

- Franco, A. (2022). *Delito del incumplimiento de deberes funcionales: límites entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal*. [Tesis de Doctorado]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Frías, D. (2022). *Apuntes de estimación de la fiabilidad de consistencia interna de los ítems de un instrumento de medida*. Universidad de Valencia.
<https://www.uv.es/friasnav/AlfaCronbach.pdf>
- Garavito, P. (2018). Influencia de la corrupción en los procesos de contratación y selección del Estado. [Tesis de doctorado]. Universidad Nacional Federico Villarreal.
- Garrido, M. (2014). La predictibilidad de las desiciones judiciales. *Ius et Praxis*, 15(1), 55-72.
<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/197>
- Grandez, C. (2017). *Derecho penal del enemigo y la política criminal en el Perú*. [Tesis de doctorado]. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- Guerrero, O. (2019). *Principios de administración pública*. Instituto Nacional de Administración Pública, A.C.
- Guimaray, E. (2020). Criterios de imputación de responsabilidad penal en delitos vinculados a la corrupción pública. [Tesis doctoral]. Universidad de Cádiz.
- Hernández, R., y Mendoza, C. (2018). *Metodología de la investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V.
- Hugo, J. y Huarcaya, B. (2018). *Delitos contra la administración pública*. Editorial El Búho EIRL.

Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Editorial Ad-Hoc.

Kelsen, H. (1994). *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas S.A de C.V.

Kiss, A. (2015). Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”? *Rev. InDret*, 1-26. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1102b.pdf>

León, V., Benavente, H. y Calderón, L. (2015). *El funcionario público, las sanciones penales en los delitos de corrupción*. Gaceta Jurídica S.A.

Lerma, H. (2009). *Metodología de la investigación: propuesta, anteproyecto y proyecto*. https://doi.org/https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/metodologia_de_la_investigacion_propuesta_anteproyecto_y_proyecto.pdf?fbclid=IwAR0hrerUV8TeqDNMLMiOK8QmMVxXGvo9I62yIChXr4gI4ZgS5jDjpnFhSFw

López, M. (2017). *Análisis del proyecto de código penal del 2016: aproximaciones desde la dogmática penal y la política criminal*. <https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/3153?locale-attribute=en>

Lopez, J. (2003). *Normas y políticas internacionales contra la corrupción*. <http://www.probidad.org/npi>

López, P. y Fachelli, S. (2015). *Metodología de la investigación social cuantitativa*. Editorial UAB https://ddd.uab.cat/pub/caplli/2017/185163/metinvsocua_cap2-4a2017.pdf

- Lucas, O. (2017). Fenómeno de anticipación de la barrera punitiva del derecho penal y política criminal en las últimas reformas del código penal. -Especial mención a los delitos contra la seguridad vial-. [Tesis de doctorado]. Universidad de Murcia.
- Mañalich, J. (2015). La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación. *Revista de estudios de la justicia*(23), 93-105.
<https://doi.org/https://doi.org/10.5354/rej.v0i23.38977>
- Mañalich, J. (2021). Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal. *Revista Chilena de Derecho*, 48(2), 79-100.
<https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v48n2/0718-3437-rchilder-48-02-79.pdf>
- Matías, A., y Hernández, A. (2014). *Positivismo, dialéctica materialista y fenomenología: tres enfoques filosóficos del método científico y la investigación educativa*.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=44732048021>
- Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal parte general, teoría jurídica del delito.*: Fondo editorial de la Universidad Católica del Perú.
- Meini, Y. y Montoya, Y. (2021). *Libro homenaje en memoria del profesor doctor Felipe Villavicencio Terreros*. P. U. Editorial
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/182710/Libro%20Homenaje%20en%20memoria%20del%20profesor%20doctor%20Felipe%20Villavicencio%20Terreros%20VF.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Mezzetti, L. y Polacchini, F. (2022). *La disciplina anticorrupción en Italia entre políticas de prevención y de represión*. Universidad Nacional Autónoma de México.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6677/14.pdf>
- Mir, S. (2006). *Derecho penal parte general* (8ª ed.). Tecfoto S.L.
- Miranda, A. (2013). Plagio y ética de la investigación científica. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2), 711-726. <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n2/art16.pdf>
- Montoya, Y., Novoa, Y., Rodríguez, J., Torres, D. y Guimaray, E. (2016). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Pontificia Universidad Católica del Perú.,
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110641>
- Morales, F., Quintero, G., y Valle, J. (2001). *El nuevo derecho penal español estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi.
- Muñoz, F. (1989). *El error en derecho penal*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Nakazaki, C., Hugo, J., Peña, A., Huarcaya, B., Cáceres, R., Hugo, S. y Calderón, L. (2016). *Delitos contra la administración pública. Cometidos por funcionarios públicos* (1 ed.). Editorial El Búho E.I.R.L.
- Otzen, T., y Manterola, C. (2017). Técnicas de Muestreo sobre una Población a Estudio. *Int. j. morphol*, 35 (1), 227-232. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/ijmorphol/v35n1/art37.pdf>
- Pawlik, M. (2016). El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (2), 1-15. <https://indret.com/el-delito-lesion-de-un-bien-juridico/>

- Pezo, O. (2020). Uso de las corrientes jurisprudenciales de la Corte Suprema peruana en el delito de negociación incompatible. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, (7), 1-17.
<https://research.ebsco.com/c/keio15/search/results?q=AN+149501146&db=mnh%2CIsdpd%2Ceih%2Cbai%2Cfua%2Cwpr>
- Procuraduría General del Estado [PGE]. (2022). *El avance de la corrupción desde la perspectiva de la defensa jurídica del Estado*. Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (PPEDC). <https://procuraduriaanticorruptcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2022/09/1-LA-CORRUPCION%CC%81N-EN-LOS-GOBIERNOS-REGIONALES-INFORME-v05.pdf>
- Quero, M. (2010). Confiabilidad y coeficiente Alpha de Cronbach. *Telos*, 12(2), 248-252.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99315569010>
- Ramos, C. (2015). *Los paradigmas de la investigación científica*. PSICOL, 23(1)
<https://revistas.unife.edu.pe/index.php/avancesenpsicologia/article/download/167/159>
- Robina, R., y Candela, J. (2016). Ética y seguridad jurídica en la actuación contractual de la Administración Pública. *Revista Empresa y Humanismo*, 19(2), 155.
- Rodríguez, L. (2005). La función pública como objeto de tutela penal. *Revista de Derecho*, 1(16), 325-340.

- Rodríguez, A. y Gonzáles, M. (2024). Los actos de función pública administrativa como elemento típico el delito de negociación incompatible. *Lex Revista de la facultad de derecho y ciencia política*(33), 171-196.
<https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/2662/2655>
- Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos or funcionarios públicos*. Editorial Nomos & Thesis EIRL.
- Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Ediciones De Palma.
- Roxin, C. (2016). *La teoria del delito en la discusión actual* (Vol.2, Tomo 2). Editora y librería jurídica Grijley.
- Rusca, B. (2022). Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica. *Revista chilena de derecho*, 49(1), 101-126.
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372022000100101
- Rusca, B. (2023). Consideraciones de política criminal sobre el delito de negociaciones incompatibles con la función pública: una reconstrucción de su ilicitud como puesta en peligro contra la voluntad estatal. *Derecho PUCP*(90), 463-495.
<https://doi.org/https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.013>
- Salazar, M., Icaza, M. y Alejo, O. (2018). La importancia de la ética en la investigación. *Universidad y Sociedad*, 10(1), 305-311. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v10n1/2218-3620-rus-10-01-305.pdf>

- Salinas, E. (2020). La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales. *[Tesis de doctorado]*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- Salinas, R. (2014). *Delitos contra la administración pública*. Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL.
- Sánchez, F. (2019). Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: Consensos y disensos. *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*, 13(1), 102-122. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2223-25162019000100008
- Schiele, C. (2008). La jurisprudencia como fuente del derecho: *El papel de la jurisprudencia*. (4), 181-200. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3273547.pdf>
- Sgro, M. (2017). *Delito de negociación incompatible con la función pública*. Editorial Hammurabi S.R.L.
- Shack, N., Pérez, J., y Portugal, L. (2020). *Cálculo del tamaño de la corrupción y la conducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria*. La Contraloría https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2020/Calculo_de_la_Corrupcion_en_el_Peru.pdf
- Sotomayor, J. (2003). *Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos*. <https://www.asesoriapenal247.com/interes-indebido-en-la-celebracion-de-contratos-en-colombia/>

- Teijón, M. (2023). *Los delitos de peligro en el derecho penal contemporáneo*. *Rev. Electronica de ciencia penal y criminología*, 25(29), 1-41. <http://criminnet.ugr.es/recpc/25/recpc25-29.pdf>
- Terradillos, J. (1999). Peligro abstracto y garantías penales. *Nuevo Foro Penal*(62), 67. <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/index>
- Expediente n° 0016-2002-AI/TC. *Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Notarios de Junín contra el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley 27755*. (2003) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf>
- Valarezo, E., Valarezo, L., y Duran, A. (2018). Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito. *Universidad y sociedad*, 11(1), 331-338. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n1/2218-3620-rus-11-01-331.pdf>
- Vásquez, M. (2022). Alcances del delito de negociación incompatible y su implicancia en procesos de contratación pública en situación de emergencia. *Reflexiones teórico-prácticas actuales en el Derecho Penal*(6), 93-106. <http://editorialamachaq.com/wp-content/uploads/2022/05/B6-PENAL-PDF.pdf#page=94>
- Velásquez, F., y Wolffhügel, C. (2013). La jurisprudencia como fuente formal del Derecho Penal. *Cuadernos de derecho penal*, 143-179. https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/view/42/43

- Vílchez, R. (2021). Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la administración pública en el Perú. *Rev. de Derecho* , 21, 173-189.
<https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/2911>
- Villamar, J. (2015). El Positivismo y la Investigación Científica. *Revista Empresarial*, 35(9), 29-34. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6419741.pdf>
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal*. Editora, Comercial, Industrial y Financiera,

IX. ANEXOS

Anexo A.

Matriz de consistencia

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES DE TRABAJO	INDICADORES	MARCO TEÓRICO	METODOLOGÍA
<p>Principal</p> <p>¿De qué manera los actos de función pública administrativa pueden ser considerados como elementos típicos del delito de negociación incompatible?</p> <p>Secundarios</p> <p>a. ¿De qué manera se manifiesta en los actos de función pública administrativa un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible?</p>	<p>General</p> <p>Determinar de qué manera los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible.</p> <p>Específicos</p> <p>a. Establecer de qué forma se manifiesta en los actos de función pública administrativa un peligro abstracto como elemento típico del delito de</p>	<p>General</p> <p>Los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible.</p> <p>Específicas</p> <p>a. En los actos de función pública administrativa no se determina un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.</p>	<p>Variable (V1):</p> <p>Actos de función pública administrativa.</p> <p>Variable (V2):</p> <p>Elemento típico del delito de</p>	<p>Teorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tipo penal - Bien jurídico - Infracción del deber - Imputación objetiva <p>Doctrina:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Principio de tipicidad - Principio de antijuridicidad material 	<ul style="list-style-type: none"> - Evolución histórica. - Teorías y doctrinas. - Marco legal - Marco filosófico - Marco jurisprudencial. - Marco conceptual. 	<p>Tipo de investigación</p> <p>Básica.</p> <p>Intervalo de investigación</p> <p>Explicativa.</p> <p>Método</p> <p>Cuantitativo.</p> <p>Diseño</p> <p>No experimental, transversal.</p> <p>Población</p> <p>Población de 240 profesionales del Derecho.</p> <p>Del Ministerio Público 30 fiscales, por parte de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial de Lima</p>

<p>b. ¿De qué manera se manifiesta en los actos de función pública administrativa un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible?</p> <p>c. ¿De qué modo en los actos de función pública administrativa se delimita un peligro abstracto frente a un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible?</p>	<p>negociación incompatible.</p> <p>b. Establecer de qué manera se manifiestan en los actos de función pública administrativa un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible.</p> <p>c. Explicar de qué modo en los actos de función administrativa se delimita un peligro concreto frente a un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.</p>	<p>b. En los actos de función pública administrativa se determina un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible.</p> <p>c. En los actos de función pública administrativa se delimita un peligro concreto frente a un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.</p>	<p>negociación incompatible.</p>	<p>- Principio de intervención mínima</p> <p>Jurisprudencia:</p> <p>- Recursos de casación</p>		<p>10 jueces; y 200 abogados litigantes en materia penal, todos especialistas en delitos de corrupción de funcionarios.</p> <p>Muestra</p> <p>Según el tipo de población finita se aplica la técnica de muestreo probabilístico aleatorio simple, obteniendo 148 personas.</p> <p>Técnicas</p> <p>a. Encuestas</p> <p>b. Revisión y análisis de literatura</p>
---	---	--	----------------------------------	---	--	--

Anexo B.

Confiabilidad de instrumentos

La consistencia interna según indica Frías-Navarro (2022) permite valorar la confiabilidad de un instrumento, en ese sentido, el coeficiente alfa de Cronbach es un modelo de consistencia de uso frecuente para determinar a través de las encuestas en escala de Likert, el promedio de las correlaciones dadas entre las interrogantes que miden las variables de investigación.

La fórmula para obtener el coeficiente alfa de Cronbach es:

$$\alpha = (n / n-1) (1 - \sum Vi / VT)$$

Donde:

n: número de ítems de la escala

Vi: varianza asociada con cada ítem

VT: varianza total de la escala

Precisa la autora que, de acuerdo a los resultados que se obtengan, la interpretación que se otorga al coeficiente alfa de Cronbach obtenido, podría ser según corresponda:

- Coeficiente alfa >,90 a ,95 es excelente
- Coeficiente alfa > ,80 es bueno
- Coeficiente alfa > ,70 es aceptable
- Coeficiente alfa > ,60 es cuestionable
- Coeficiente alfa < ,50 es inaceptable

A tenor de lo antes señalado y efectuado el análisis de fiabilidad y consistencia mediante el software estadístico SPSS versión 26, se determinó un coeficiente alfa de Cronbach de 0,830 (Ver Tabla 3), el resultado obtenido conforme la escala de medición definida para la prueba estadística indica que la consistencia interna del instrumento empleado para la validación es buena. A ese respecto, Frías-Navarro (2022) puntualiza que la consistencia de correlación existente entre los ítems que integran el instrumento de medida, generalmente son aceptables cuando los valores determinados sean iguales o superiores a ,70 y menores o iguales a ,95.

De otro lado, en lo que concierne al instrumento dispuesto para la recolección de datos, su validez y fiabilidad se realiza mediante el juicio de expertos, que permite obtener la opinión informada de profesionales con trayectoria en el tema a investigar, evaluaciones que se anexan a continuación.

Anexo C.

Validación de instrumento

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DE INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

1.1. Apellidos y Nombres del validador: JAVIER WILFREDO PAREDES SOTELO

1.2. Cargo e institución donde labora: DOCENTE EN DERECHO

1.3. Especialidad de validador: DOCTOR EN DERECHO

1.4. Nombre del instrumento: Cuestionario

1.5. Título de investigación: Los actos de función administrativa pública como elemento típico del delito de negociación incompatible.

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN:

CRITERIOS	INDICADORES	Deficiente 00-20%	Regular 21-40%	Buena 41-60%	Muy buena 61-80%	Excelente 81-100%
1. Claridad	Esta formulado con lenguaje apropiado y específico.					X
2. Objetividad	Esta expresado en conductas observables.					X

3. Actualidad	Adecuado al avance de la ciencia y tecnología.					X
4. Suficiencia	Comprende los aspectos en cantidad y calidad.					X
5. Intencionalidad	Adecuado para valorar aspectos de las estrategias.					X
6. Consistencia	Basados en aspectos teóricos-científicos					X
7. Coherencia	Entre los índices, indicadores y dimensiones.					X
8. Metodología	La estrategia responde al propósito del diagnóstico.					X
9. Pertinencia	El instrumento es funcional para el propósito de la investigación.					X

PROMEDIO DE VALIDACIÓN						85%
---------------------------------------	--	--	--	--	--	-----

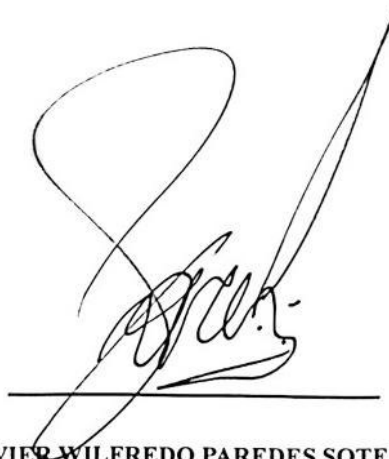
III. PROMEDIO DE VALORACIÓN: 85%

IV. OPINIÓN DE APLICABILIDAD:

El instrumento puede ser aplicado, tal como está elaborado

El instrumento debe ser mejorado antes de ser aplicado.

Lima, abril del 2024



JAVIER WILFREDO PAREDES SOTELO

Anexo D.

Validación de instrumento

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DE INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

V. DATOS GENERALES:

5.1. Apellidos y Nombres del validador: JORGE LUIS MONZON FERRER

5.2. Cargo e institución donde labora: DOCENTE EN DERECHO

5.3. Especialidad de validador: DOCTOR EN DERECHO

5.4. Nombre del instrumento: Cuestionario

5.5. Título de investigación: Los actos de función administrativa pública como elemento típico del delito de negociación incompatible.

VI. ASPECTOS DE VALIDACIÓN:

CRITERIOS	INDICADORES	Deficiente 00-20%	Regular 21-40%	Buena 41-60%	Muy buena 61-80%	Excelente 81-100%
1. Claridad	Esta formulado con lenguaje apropiado y específico.					X
2. Objetividad	Esta expresado en conductas observables.					X

3. Actualidad	Adecuado al avance de la ciencia y tecnología.					X
4. Suficiencia	Comprende los aspectos en cantidad y calidad.					X
5. Intencionalidad	Adecuado para valorar aspectos de las estrategias.					X
6. Consistencia	Basados en aspectos teóricos-científicos					X
7. Coherencia	Entre los índices, indicadores y dimensiones.					X
8. Metodología	La estrategia responde al propósito del diagnóstico.					X
9. Pertinencia	El instrumento es funcional para el propósito de la investigación.					X
PROMEDIO DE VALIDACIÓN						85%

VII.PROMEDIO DE VALORACIÓN: 85%

VIII. OPINIÓN DE APLICABILIDAD:

El instrumento puede ser aplicado, tal como está elaborado

El instrumento debe ser mejorado antes de ser aplicado.

Lima, abril del 2024

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Monzon Ferrer', is written over a solid horizontal line.

JORGE LUIS MONZON FERRER

Anexo E.

Validación de instrumento

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DE INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

IX. DATOS GENERALES:

9.1. Apellidos y Nombres del validador: CHARLIE CARRASCO SALAZAR

9.2. Cargo e institución donde labora: ASESOR DE TESIS

9.3. Especialidad de validador: DOCTOR METODÓLOGO

9.4. Nombre del instrumento: Cuestionario

9.5. Título de investigación: Los actos de función administrativa pública como elemento típico del delito de negociación incompatible.

X. ASPECTOS DE VALIDACIÓN:

CRITERIOS	INDICADORES	Deficiente 00-20%	Regular 21-40%	Buena 41-60%	Muy buena 61-80%	Excelente 81-100%
1. Claridad	Esta formulado con lenguaje apropiado y específico.					X
2. Objetividad	Esta expresado en conductas observables.					X

3. Actualidad	Adecuado al avance de la ciencia y tecnología.					X
4. Suficiencia	Comprende los aspectos en cantidad y calidad.					X
5. Intencionalidad	Adecuado para valorar aspectos de las estrategias.					X
6. Consistencia	Basados en aspectos teóricos-científicos					X
7. Coherencia	Entre los índices, indicadores y dimensiones.					X
8. Metodología	La estrategia responde al propósito del diagnóstico.					X
9. Pertinencia	El instrumento es funcional para el propósito de la investigación.					X
PROMEDIO DE VALIDACIÓN						85%

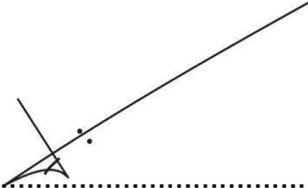
XI. PROMEDIO DE VALORACIÓN: 85%

XII.OPINIÓN DE APLICABILIDAD:

El instrumento puede ser aplicado, tal como está elaborado

El instrumento debe ser mejorado antes de ser aplicado.

Lima, abril del 2024



CHARLIE CARRASCO SALAZAR
DOCENTE
DNU. 515