

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico de Casación N°1059-2018-Huánuco

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Diana Celinda Fustamante Sánchez

ASESOR:

Carlos Abel Villarroel Quinde

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CARLOS ABEL VILLARROEL QUINDE, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico de Casación N°1059-2018-Huánuco", del autor / de la autora DIANA CELINDA FUSTAMANTE SANCHEZ, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 18/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 18 de julio del 2023

| | |
|---|--|
| <u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> VILLARROEL QUINDE, CARLOS ABEL | |
| DNI: 42529192 | Firma:  |
| ORCID: https://orcid.org/0009-0006-2882-5655 | |

A Chanito, mi ángel, por ser el juez supremo de mis
pensamientos en cada paso que doy.

A mis padres, hermanos y abuela, quienes son mi
fortaleza y ejemplo.

RESUMEN

El estudio de la presente Casación N.º1059-2018-Huánuco tiene por objetivo determinar si es posible sancionar la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, en tanto que hay posiciones doctrinarias divididas. Así, se ha analizado las diferentes teorías existentes en torno a la interpretación de la autoría y participación en delitos especiales y delitos de infracción de deber: la teoría de la ruptura del título de imputación y la teoría de la unificación del título de imputación. Asimismo, se ha analizado el elemento de interés indebido como conducta típica en la negociación incompatible para luego determinar cuál es el bien jurídico protegido. Para ello, se ha recurrido a la normativa, legislación y jurisprudencia nacional relevante en el tema materia de discusión. En tal sentido, se ha concluido que el *extraneus* sí puede responder penalmente, en calidad de partícipe o cómplice, sin que haya una ruptura del título de imputación. Ello no significa que estemos ante un delito de colusión, por la diferente naturaleza del hecho ilícito. Finalmente, el interés indebido será aquellos actos o conductas que deben analizarse en conjunto y no de manera aislada y representan conductas objetivas que contravienen el bien jurídico de la imparcialidad en la actividad contractual del Estado, mas no el Patrimonio Estatal como erróneamente el recurrente de la Sentencia de Casación había señalado.

Palabras clave

Negociación incompatible – *extraneus* – participación – interés indebido – bien jurídico

ABSTRACT

The study of the present Cassation No. 1059-2018-Huánuco aims to determine if it is possible to sanction the participation of the extraneous in the crime of incompatible negotiation, while there are divided doctrinal positions. Thus, the different existing theories regarding the interpretation of authorship and participation in special crimes and crimes of infringement of duty have been analyzed: the theory of the rupture of the imputation title and the theory of the unification of the imputation title. Likewise, the element of undue interest has been analyzed as a typical conduct in the incompatible negotiation to later determine which is the protected legal right. For this, the national regulations, legislation and jurisprudence relevant to the subject matter of discussion have been used. In this sense, it has been concluded that the extraneous can respond criminally, as a participant or accomplice, without there being a breach of the imputation title. This does not mean that we are dealing with a crime of collusion, due to the different nature of the illegal act. Finally, the undue interest will be those acts or conducts that must be analyzed together and not in isolation and represent objective conducts that contravene the legal right of impartiality in the contractual activity of the State, but not the State Assets as erroneously the appellant of the Judgment of Cassation had indicated.

Keywords

Incompatible negotiation – extraneous – participation

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| PRINCIPALES DATOS DEL CASO | 1 |
| I. INTRODUCCIÓN | 2 |
| I.1. Justificación de la elección de la resolución | 3 |
| I.2. Presentación del caso | 4 |
| II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES | 5 |
| II.1. Antecedentes | 5 |
| II.2. Hechos relevantes del caso | 6 |
| II.3. Desarrollo del iter procesal | 7 |
| II.4. Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la Sentencia de Casación | 10 |
| III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS | 12 |
| III.1. Problema principal | 12 |
| III.2. Problemas secundarios | 12 |
| III.3. Problemas complementarios | 12 |
| IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A | 13 |
| IV.1. Respuesta al problema principal: | 13 |
| IV.2. Respuesta a los problemas secundarios: | 13 |
| IV.3. Respuesta a los problemas complementarios: | 14 |
| 4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución | 14 |
| V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS | 14 |
| VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES | 35 |
| BIBLIOGRAFÍA | 38 |

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

| | |
|---|--|
| No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso | CASACIÓN N.°1059-2018- HUÁNUCO |
| Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso | Derecho Penal/ Delitos contra la Administración Pública/ Negociación Incompatible o aprovechamiento indebido del cargo (Artículo 399 del Código Penal) |
| Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes | <ul style="list-style-type: none"> - 1ª instancia: Resolución N.°4 del Juzgado de Investigación Preparatoria, emitida el 09 junio de 2016. - 2ª instancia: Resolución N.°10 de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, emitida el 10 de octubre de 2016. - Acuerdo Plenario N°3-2016/CJ-116, emitido el 12 de junio de 2017 |
| Demandante / Denunciante | Fiscalía de la Nación a favor de la Municipalidad Distrital de Huánuco |
| Demandado / Denunciado | <ul style="list-style-type: none"> - Jesús Giles Alipázaga, en calidad de alcalde de la Municipalidad de Huánuco y otros funcionarios públicos. |
| Instancia administrativa o jurisdiccional | Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Transitoria |
| Terceros | <ul style="list-style-type: none"> - Carlos Alfredo Casabonne Stoessel, en su condición de gerente de Urbi Propiedades S.A. |

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe jurídico tiene por finalidad analizar la Casación N.º1059-2018-Huánuco, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual tiene como principal materia de discusión determinar la punición del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, debido a que el recurrente alegó como causal de Recurso de Casación el inciso 5, artículo 429 del CP, el cual refiere al apartamiento de lo establecido en la Casación N.º782-2015/Áncash.

Todo ello, a razón de las irregularidades surgidas en el proceso de contratación de la Municipalidad de Huánuco con la empresa Urbi Propiedades S.A., para la realización de una construcción de un parque público en la ciudad de Huánuco. Así, se demostrará que sí es posible sancionar penalmente al *extraneus* en el delito de negociación incompatible, sin que se realice una ruptura del título de imputación, pues el tercero puede brindar un aporte al autor del delito (el funcionario público), en calidad de particular, sin llegar a dominar el hecho, por lo que puede ser partícipe (primario o secundario) o instigador.

Dicha postura se sustentará en el análisis de la teoría de la unificación del título de la imputación y la revisión de los artículos 25 y 26 del Código Penal para establecer cuál es la interpretación más adecuada en relación con la problemática principal. Asimismo, revisaremos doctrinariamente el concepto de participación y las nuevas modalidades de intervención en el delito a lo largo de los años. Finalmente, recurriremos a la jurisprudencia, analizando el Acuerdo Plenario 3-2016-CJ-116, además de otras Casaciones importantes en el tema materia de estudio.

I.1. Justificación de la elección de la resolución

La negociación incompatible es un Delito contra la Administración Pública de gran recurrencia en el Perú- y en América Latina- tipificado en el art. 399 del Código Penal (en adelante CP). Con esta norma, el legislador peruano busca sancionar al servidor público que se interese indebidamente - en forma directa o indirecta- en una operación en la que intervenga en razón de su cargo para provecho propio o de un tercero.

En este tipo de delitos – denominados delitos especiales-, el autor tiene *status* de ser funcionario o servidor público, siendo que la responsabilidad penal no puede recaer en otra persona distinta a él (Art.26 del CP). No obstante, cuando estamos ante escenarios en la que un tercero (el *extraneus*¹) es quien se beneficia con el interés indebido, surge la interrogante siguiente: ¿puede sancionarse penalmente la participación en el delito de negociación incompatible? El análisis dogmático penal sobre la figura aún continúa siendo problemático, pues existen opiniones divididas jurisprudencialmente.

Tal es el caso de la CASACIÓN N.º1059-2018- HUÁNUCO, la cual es materia de estudio en presente informe jurídico, en tanto que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República se pronunció sobre la interpretación de “interés indebido” como elemento del tipo penal de negociación incompatible y declaró inadmisibles las causales de casación por apartamiento jurisprudencial de la Casación N.º782-2015/Áncash. En esta última, se determina la no punición del *extraneus* como cómplice en los delitos de infracción de deber, pues, según la Corte Suprema, el Acuerdo Plenario N.º03-2016/CJ-116 ya se pronunció al respecto.

En este caso, el investigado es Cosabonne Stoessel, quien en su calidad de director y gerente general de Urbi Propiedades S.A., tuvo participación necesaria para la comisión del delito de negociación incompatible, al impedir que otras empresas participen como postores en el concurso público.

Sin embargo, para cuando se cometieron los hechos materia de discusión, el artículo 25 del CP no había sido modificado, por lo que un sector doctrinario y jurisprudencial optó por la teoría de la ruptura del título de imputación y señaló que la participación del *extraneus* no es punible en los delitos especiales, tal y como se estableció,

¹ La palabra *extraneus*, etimológicamente, se refiere a alguien externo a la Administración Pública. Por ello, en el Derecho penal, es utilizado para referirse a una persona que tuvo una participación en un delito especial, pero que su condición no llega a reunir los elementos del tipo para ser considerado autor de dicho delito, siendo este último el *intraneus*.

respectivamente, en la Casación N.º782-2015/Áncash y la Casación N.º841-2015/Ayacucho, lo cual fue alegado por la defensa del investigado Casabonne.

Por lo tanto, el informe jurídico buscará brindar una solución a este problema complejo, en tanto que recomendará a los agentes jurídicos establecer responsabilidad penal a los terceros, en conformidad con el artículo 25 del CP. De tal manera, no se generará impunidad de los actos de corrupción cometidos por terceros, siempre que se presenten circunstancias en las que el interés indebido se materializó, a través de actos externos, que denoten indicios objetivos.

I.2. Presentación del caso

El alcalde de la Municipalidad de Huánuco (Jesús Giles Alipázaga) y sus regidores deciden aprobar el proyecto de iniciativa privada² a cargo de la empresa Urbi Propiedades S.A., a fines de año del 2010. La finalidad del proyecto era la construcción de un centro comercial y de esparcimiento. Sin embargo, los funcionarios y servidores públicos en cuestión lo declararon de interés con una celeridad inusitada y sin contar con un sustento técnico financiero.

Posteriormente, el alcalde emitió y suscribió un Acuerdo con los requisitos técnicos para los postores interesados en el procedimiento público, los cuales solo beneficiaron a Urbi Propiedades S.A. e impidieron la participación de más empresas por no ajustarse al perfil requerido.

Frente a estos hechos, el Ministerio Público decidió acusar al alcalde de la Municipalidad Distrital de Huánuco y al gerente general de Urbi Propiedades S.A., en calidad de autor y cómplice respectivamente, por el presunto delito de Negociación Incompatible, tipificado en el artículo 399 del Código Penal.

En ese sentido, se ha planteado como problema principal determinar si la participación del *extraneus* es penalmente punible en el delito de negociación incompatible. Ello a raíz de que la defensa de Casabonne Stoessel interpuso Recurso de Casación, indicando que, en la Casación N.º782-2015/Áncash, se estableció que el tercero no

² Significa que un particular (o varios), por decisión propia, decide ingresar al ámbito económico mediante una propuesta al Estado sobre un proyecto de inversión, en el que será necesario la utilización de algún tipo de recurso, servicio o bien público. Por ello, la iniciativa privada necesitará la aprobación y ejecución estatal.

puede responder penalmente, pues la calificación del autor en los delitos especiales, impide que se sancione a una persona diferente a él. Sin embargo, la Sala Penal de Apelaciones ha suscrito lo contrario, apartándose de la jurisprudencia vinculante.

Asimismo, se plantea como problema secundario cuál es la interpretación del elemento del tipo penal "interés indebido", en tanto que su determinación ayudará a comprender si los actos del investigado Casabonne son indicios objetivos de haber participado en el delito de dominio, en calidad de cómplice, con conductas que denotan tal interés.

Al respecto, consideramos que sí es posible sancionar penalmente al *extraneus* en el delito de negociación incompatible, en calidad de cómplice, en tanto este haya brindado un aporte necesario para su configuración. Para ello, se determinará que, en los delitos especiales y de infracción de deber, es totalmente posible la participación sin que haya una ruptura del título de imputación, previsto en el artículo 25 del CP.

Finalmente, se evidenciará que el bien jurídico protegido en este delito es la imparcialidad de la administración pública, en tanto es un delito de peligro, mas no de consumación, por lo que no será necesario que se haya consumado el perjuicio patrimonial al Estado.

Para tal efecto, recurriremos al estudio de legislación y doctrina nacional e internacional, así como a jurisprudencia actual y relevante sobre el tema materia de análisis, en tanto será necesario contraponer las diferentes posturas de los operadores jurídicos y fundamentar nuestra postura en doctrina relevante para llegar a establecer soluciones a este problema complejo.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

El presente caso se circunscribe el 03 de diciembre del 2010, cuando Carlos Cosabonne Stoessel, director y gerente general de Urbi Propiedades S.A., presentó ante la Municipalidad de Huánuco el proyecto de iniciativa privada para construir el Centro Comercial y de Esparcimiento Huánuco - Puelles.

Luego, a los 11 días de la presentación del proyecto, los regidores de la Municipalidad Huánuco aprobaron por mayoría, a través de un Acuerdo de Consejo, el cambio de uso del suelo del Parque Puelles de una zona de uso meramente recreacional a una de uso mixto. Sin embargo, no hubo sustento documental como memorandos y dictamen de comisión para aprobar dicha modificación que adicionó un uso con fines comerciales. Además, el procedimiento regular para realiza ese tipo de cambios no era mediante un Acuerdo de Consejo, sino a través de ordenanza municipal.

Posteriormente, el 23 de diciembre del 2010, el alcalde de Huánuco aprobó la Directiva N.º 001-2010-MPH-CO-A que dispuso el procedimiento para la evaluación de los Proyectos de inversión presentados por particulares, en el marco de su iniciativa privada. No obstante, el alcalde no contó con la opinión del gerente del Desarrollo Local sobre la propuesta de iniciativa privada, pese a que le correspondía solicitarlo.

Un par de día después, como consecuencia de la realización de la primera sesión consecutiva del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada de la Provincia de Huánuco (en adelante, el Cepri), la propuesta de iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. fue admitida a trámite.

Según la Directiva mencionada anteriormente, el Cepri contaba con setenta días hábiles, cuyo plazo que se podía ampliar a veinte días hábiles, para evaluar la admisión del referido proyecto, en cuanto a su propuesta técnico financiera. Pese a ello, el Cepri decidió en solo dos días adoptar los acuerdos en favor de Urbi Propiedades S.A. sin contar al menos con el expediente técnico.

El 29 de diciembre del 2010, mediante Acuerdo de Concejo en sesión ordinaria, los servidores públicos de la Municipalidad de Huánuco (el teniente alcalde y los regidores en específico), sin que previamente se realice un debate, declararon de interés el proyecto de inversión de iniciativa privada propuesta por Urbi Propiedades S. A. Dicha decisión fue, además, unánime. Al día siguiente, el alcalde dio su conformidad, suscribiendo el referido Acuerdo que contenía la declaratoria de interés.

II.2. Hechos relevantes del caso

Con la suscripción del proyecto de inversión por parte del alcalde de Huánuco, se establecieron los requisitos técnicos relacionados al mínimo de años de experiencia

exigidos en la realización de centros comerciales y supermercados a nivel provincial y nacional, además de la capacidad para su ejecución. Sin embargo, no se justificó por qué establecieron 5 años de experiencia en cada requerimiento.

En el 2011, con fecha 25 de marzo, la empresa Aventura Plaza S.A. presentó, ante el Cepri, su intención de participar en el mencionado proyecto. Además, solicitó la modificación de los requisitos técnicos para que reduzcan la cantidad de años exigidos en cuanto a experiencia, entre otros requerimientos, pues con los requisitos se impedía la participación de otros inversionistas.

El 29 de marzo de 2011, luego del análisis de dicha solicitud, el Consejo Municipal de Huánuco (alcalde y regidores) modificó los requisitos técnicos, a través del Acuerdo de Concejo N.º 016-2011-MPHCO-E. No obstante, el Sr. Carlos Casabonne se opuso a dicha modificación y, mediante una carta dirigida al presidente del Cepri, solicitó al presidente del Cepri que declare la nulidad del mencionado Acuerdo.

Consecuentemente, el 15 de abril de 2011, el Cepri le dio la razón al gerente general de Urbi Propiedades S.A. y le propuso al Concejo Municipal que deje sin efecto el Acuerdo de Concejo N.º 016-2011-MPHCO-E. En otras palabras, el Cepri terminó convenciendo al Concejo y este último declaró la nulidad del mencionado Acuerdo, incorporándose los requisitos técnicos inicialmente previstos.

Finalmente, el 06 de mayo de 2011, el alcalde Jesús Giles le adjudica directamente el proyecto a la empresa Urbi Propiedades S.A. Luego de la negociación final y aprobación de los términos, el 23 de mayo de 2011, suscribieron el contrato denominado “Constitución de Derecho Real de Superficie y Compromiso de Inversión”. En este, intervinieron las siguientes personas: el alcalde Jesús Giles Alipázaga, en calidad de representante de la Municipalidad de Huánuco; Carlos Casanonne Stoessel, en calidad de gerente general de Urbi Propiedades S.A.; y el director de la misma empresa, Ramón Vicente Barúa.

II.3. Desarrollo del *iter* procesal

A raíz de estos hechos, el 25 de setiembre de 2014, el 4º despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria en contra del alcalde de la Municipalidad Provincial de Huánuco y otros funcionarios públicos, en

calidad de autores, así como de Casabone Stoessel, en calidad de cómplice primario, por el presunto delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad de Huánuco.

Para el 4° despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa, el primer acto de irregularidad es la votación a favor del Proyecto de iniciativa privada propuesta por la empresa Urbi Propiedades S.A., por parte del alcalde de Huánuco y los regidores de la Municipalidad, siendo considerado un aporte necesario. En otras palabras, la verificación del interés indebido se evidencia cuando se emitió y suscribió un Acuerdo de Concejo N.°095-2010-MPHCO-O, mediante el cual se declaró de interés el proyecto de inversión, sin contar con una debida justificación de los requisitos técnicos y excediéndose en sus funciones al aprobar también la desafectación del área del Parque Puelles.

Asimismo, la fiscalía señala que se emitieron informes en un solo día de forma celeré para admitir y declarar de interés la iniciativa privada, sin la evaluación técnico financiera del proyecto ni el expediente técnico que sustente la postura del Concejo Municipal. Requiere que, además, existió contradicción entre los integrantes del Cepri en sus declaraciones, al momento de preguntárseles sobre la autoría de la elaboración de la Directiva que establecía el procedimiento de evaluación de iniciativas privadas presentadas ante la Municipalidad de la ciudad de Huánuco.

Por todo ello, según la fiscalía, se evidenció el interés indebido por parte de los miembros del Cepri, regidores y alcalde, pues con los requisitos técnicos se impidió la libre competencia para la presentación de otros Proyectos de inversión, pretendiendo favorecer solo a la empresa Urbi Propiedades S.A.

En relación al gerente Carlos Casabonne Stoessel, se le acusa de contribuir con un aporte necesario, al buscar la nulidad del Acuerdo de Concejo N.° 016-2011-MPHCO-E del 29 de marzo de 2011. Con dicha solicitud, para impedir la modificación de los requisitos técnicos de la declaratoria de interés, solo se favorecía el perfil profesional con la que contaba la empresa Urbi Propiedades S.A. De ese modo, no se permitió la participación de otros inversionistas distintos a la empresa en mención.

En tal sentido, no conforme con la Disposición de formalización del Ministerio Público, el 05 enero 2016, el investigado Carlos Casabonne Stoessel observa la disposición y

planteó una excepción prevista el Código Procesal Penal: acción de improcedencia de acción³.

Sin embargo, el 09 junio de 2016, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Huánuco, emitió la Resolución N.º4, declarando INFUNDADA la excepción deducida, puesto que consideró que las imputaciones fácticas realizadas por la fiscalía sí constituirían delito, al haberse evidenciado irregularidades que tendrían por objetivo favorecer a la Urbi Propiedades S.A., empresa del investigado Casabonne Stoessel. Asimismo, señaló que el análisis y discusión de si sus conductas se enmarcaron dentro del ámbito legal, serán discutidas en donde corresponde. Esto es, en la valoración de los elementos de convicción, respecto al análisis de responsabilidad del investigado.

Finalmente, el 15 junio de 2016, Casabonne Sotessel hizo uso de su derecho a la pluralidad de instancias e interpuso Recurso de apelación⁴ contra la Resolución N.º4. Sin embargo, el 03 octubre de 2016, La Sala Penal de Apelaciones confirmó la decisión del Juez de Investigación Preparatoria, mediante la Resolución N.º10, declarando INFUNDADO el pedido del investigado, pues consideró que la conducta imputada no solo consistió en remitir una Carta Notarial para que se deje sin efecto el Acuerdo de Consejo que modificaba los requisitos técnicos, sino que dichas acciones se enmarcarían dentro del contexto del interés indebido al que se ha hecho referencia. Por lo tanto, declaró infundada la excepción deducida y confirmó la decisión del juez de primera instancia.

Frente a tales sucesos, el Sr. Casabonne Stoessel decidió recurrir a la Corte Suprema, a través de la interposición excepcional del Recurso de casación e invocó las causales

³ Artículo 6.-

b) improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

⁴ Artículo 9.-

1. Contra el auto expedido por el Juez de la Investigación Preparatoria procede recurso de apelación.

de los incisos 1, 3 y 5, artículo 429 del Código Procesal Penal⁵, manteniendo la línea de defensa de la siguiente manera.

En primer lugar, no se consideró que el accionar del recurrente se limitó, únicamente, a la emisión y suscripción de la carta N.º UPC-049-2010 para el presidente del Cepri, solicitando que se deje sin efecto el Acuerdo del Concejo que modificaba los requisitos técnicos planteados inicialmente.

En segundo lugar, cuestionó una interpretación errónea por parte de la Sala Penal de Apelaciones, respecto al interés indebido en la tipificación del delito de negociación incompatible. Así, la conducta de su patrocinado se circunscribe al ejercicio regular de un derecho, sin la contravención expresa de ninguna norma de la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas.

En tercer lugar, refirió que existió un apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema en Casación N.º 782-2015/Áncash, que establece que, en la configuración de los delitos especiales, no se sanciona penalmente la intervención de un tercero por no tener la condición especial de funcionario público. Por lo tanto, el hecho que se le atribuye no constituye delito.

Como consecuencia de este pedido, se genera la Sentencia de Casación N.º 1059-2018-Huánuco que se ha escogido para analizar en el presente informe jurídico. En esa línea, nos centraremos en estudiar y analizar la fundamentación de la Corte Suprema respecto al investigado Carlos Casabonne Stoessel.

II.4. Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la Sentencia de Casación

⁵ Artículo 429.-

Son causales para interponer recurso de casación:

1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
2. (...)
3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
4. (...)
5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Por un lado, la Sala Casatoria estableció como motivo casacional el inciso 3 del artículo 439 CPP, declarando inadmisibles las otras dos causales alegadas por Casabonne. Por ende, no se pronunció directamente sobre el *extraneus*, al ya existir el Acuerdo Plenario N.º03-2016/CJ-116 que se pronuncia sobre el tema. Es decir, la Corte Suprema tiene la postura de que sí es posible la punición de la participación del *extraneus*, en calidad de partícipe o cómplice, por lo que considera innecesario pronunciarse al respecto, al ser un tema ya abordado en el Acuerdo Plenario. Esto significó solamente el pronunciamiento sobre la interpretación artículo 399 del CP, circunscrito al ámbito del elemento típico de “interés indebido”.

Por otro lado, señaló que el delito de negociación incompatible es un tipo penal “especial propio” y de “infracción del deber”, porque funda sus bases en deberes relacionados al ámbito institucional, los cuales los encontramos en normas extrapenales genéricas o específicas como la Constitución, leyes, reglamentos, etc. (Fundamento octavo).

Asimismo, estableció que no es necesario que el agente actúe irregularmente en términos objetivos, sino que esto deberá demostrarse en los hechos de que realizó un aporte necesario para que el autor configure el delito recurrido. Por ende, la terminología indebida no debe ser entendida trivialmente como una mera contraposición de normas, sino que va más allá de ello. (Fundamento vigésimo primero)

Entonces, para la Suprema Sala no adquiere mayor notoriedad la legalidad de las conductas del investigado a efectos de determinar si se interesó indebidamente o no, sino que toma más importancia el que haya realizado aportes necesarios que evidencien un interés particular.

Asimismo, en el fundamento noveno, señaló que el interés indebido, como elemento objetivo y normativo, implica la realización de actos o la gestión que no tiene correlación con el rol de una obligación especial. Por ende, “el momento del interés indebido es irrelevante, toda vez que la gestión se puede dar en cualquiera de las etapas del contrato u operación pública (preparatoria, selección, ejecución contractual y liquidación)” (2018). Esta precisión es importante, ya que da cuenta que el delito de negociación incompatible es uno de peligro abstracto y no uno de peligro concreto, siendo contraproducente esperar que la contratación pública se concrete para probar el interés indebido.

En lo que respecta al investigado Casabonnel, el Supremo Tribunal señaló que, si bien el planteamiento de su defensa ha argumentado que la conducta de su patrocinado se remite a una específica actuación acorde al marco legal, no se puede pretender evaluar tal conducta de forma aislada, sino con los demás actos que se encuentren en un contexto total de imputación fáctica; es decir, en el marco de la comisión de un presunto delito.

En otras palabras, para el Supremo Tribunal, hay evidencias de que el investigado realizó un aporte necesario para la comisión del delito de negociación incompatible, al haber evaluado en su conjunto conductas que no solo correspondían al investigado, sino también las desarrolladas por los funcionarios públicos, por lo que se deduce haber promovido el impedimento para la participación de otros postores. Finalmente, el 23 junio del 2021, la Sala Penal Transitoria, a través de la Casación N.º1059-2018, declaró infundado el recurso de casación interpuesta por Casabonne Stoessel.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

III.1. Problema principal

- *¿Es punible la participación del tercero (extraneus) en el delito de negociación incompatible?*

III.2. Problemas secundarios

1. *¿Cómo se debe entender el elemento “interés indebido” del tipo penal de negociación incompatible?*
2. *¿Cómo determinar que estamos ante el delito de negociación incompatible y no el delito de colusión, si aceptamos la participación del extraneus?*

III.3. Problemas complementarios

1. *¿Cuál es el bien jurídico protegido del delito de negociación incompatible?*

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

IV.1. Respuesta al problema principal:

1. Sí es posible la punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, en calidad de cómplice o instigador. En otras palabras, la complicidad puede ser punible penalmente en la configuración de un delito especial propio como lo es el delito de negociación incompatible (artículo 399 del Código Penal). Eso no significa que haya una ruptura del título de imputación, a raíz de una correcta interpretación del artículo 25 del Código Penal.

IV.2. Respuesta a los problemas secundarios:

1. El delito de negociación incompatible no exige para su configuración una necesaria actuación irregular en términos objetivos, sino más bien un interés indebido por parte del autor o cómplice, siendo que este último aportará conductas necesarias como parte del actuar indebido del funcionario público. Por ende, la conducta no podrá ser evaluada de forma aislada, si no que tendrá que analizarse el conjunto de actos en el marco de imputación fáctica. Asimismo, el término “indebido” no resulta innecesario en la tipificación penal como lo señala algún sector de la doctrina.

En tal sentido, el interés indebido alude a la generación de actos que no se corresponden con las funciones o roles de la obligación especial que se le asigna al agente público, si no por el contrario este agente actúa motivado por un interés privado, el cual puede ser de naturaleza económica o de cualquier otra índole.

2. El delito de negociación incompatible es de naturaleza unilateral e implica que el agente que cometa el ilícito se haya interesado indebidamente. Es decir, la conducta típica del delito es el solo interesarse en un contrato u operación pública. En cambio, el delito de colusión es de naturaleza bilateral, al ser un delito de encuentro en el que necesariamente participan dos o más personas. Por ende, la punibilidad de la participación del *extraneus* no debe ser interpretado como la participación del interesado en la colusión. La razón es

que dicha intervención no es necesaria para la configuración del delito, sino que simplemente hay un desdoblamiento del agente.

IV.3. Respuesta a los problemas complementarios:

1. El delito de negociación incompatible tiene por bien jurídico protegido la imparcialidad, rectitud, objetividad, etc., en la actuación de los funcionarios públicos. En otras palabras, el Derecho Penal les otorga una protección especial a los deberes funcionariales. Por ende, no se protege el patrimonio del Estado como sostenía el recurrente en la presente Casación materia de estudio, en tanto no es necesario que este se vea disminuido para que se configure el delito al ser un delito de peligro y no de daño.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Me encuentro a favor del fallo principal de la Casación N.º1059-2018-Huánuco. Sin embargo, mi crítica está orientada a la fundamentación que ha realizado la Corte Suprema, en tanto que no ha sido la más adecuada.

Primero, declara inadmisibles las causales 5 del artículo 439 del CPP, porque considera que la punibilidad de la participación del *extraneus* ya ha sido determinado en el Acuerdo Plenario 3-2016-CJ-116, dejando abierta la posibilidad de interpretar el tema de distinta manera, incrementando la posibilidad de impunidad de actos en los delitos de corrupción.

Segundo, no explicó por qué considera que el investigado es un cómplice primario y no secundario o instigador. Es decir, referirse también al tema de autoría y participación en el delito de negociación incompatible. Finalmente, su fundamentación no ha señalado mayor información que la ya expresada en primera y segunda instancia, respecto al interés indebido.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

V.1. Punibilidad del *extraneus* en el delito de negociación incompatible

Luego de haber identificado los problemas jurídicos presentados en la Sentencia de Casación, pasaremos a desarrollar la resolución de cada uno de ellos, para lo cual será necesario detallar conceptos claves que nos permitirán entender la problemática principal, tal es el caso de la punibilidad del *extraneus* en el delito tipificado en el art. 399 del CP. Para ello, será necesario recurrir, en primer lugar, a las consideraciones generales de la autoría y participación.

V.1.1. Nociones generales de la autoría y participación en los delitos especiales

Los delitos especiales o también denominados “delitos de infracción de deber” son una teoría creada por el maestro Roxin. Antes de dicho pensamiento, no se concebía la idea de que el injusto esté relacionado con determinadas condiciones o requisitos propios de la persona que era considerada autor de un delito, ni mucho menos que ello significara un problema de la parte general del Derecho Penal.

Recién, en el año 1963, con la publicación en Alemania de la obra más conocida y célebre de Roxin, nos referimos a *Autoría y dominio del hecho (Täterschaft und Tatherrschaft)*, se determinó la naturaleza jurídica de los delitos especiales.

El autor consideró una naturaleza en los delitos que infringen deberes extrapenales, no compatibles necesariamente a todas las personas. Es decir, solo los sujetos que tengan asignados funciones o se le asignen deberes en el ámbito público. De ahí que estableció divergencias entre los delitos de infracción de deber de los delitos de dominio del hecho, al momento de identificar quienes resultan autores. (Schünemann, 2018, págs. 95-96)

En otras palabras, el reconocido autor indicó que para establecer la autoría en los delitos de infracción de deber será determinante que el sujeto haya infringido normas de deberes extrapenales. Por ende, las personas que no poseen una calificación especial con la asignación de deberes públicos, no podrán ser autores del delito.

De esta manera, se estableció doctrinariamente el concepto de los delitos de infracción, la cual fue acuñada, de forma progresiva en las normativas internas de cada país, a nivel mundial en el ámbito del Derecho Penal, en tanto que se estableció una clasificación diferenciada de la intervención en el delito.

En lo que respecta al Perú, esta clarificación en la intervención de delitos ha sido de fundamental trascendencia en la lucha contra la corrupción, en tanto que, desde el año 2000⁶, en la Administración de justicia penal, se vienen tramitando diversos procesos penales contra varios investigados por delitos graves de corrupción de funcionarios.

En esa línea, se ha observado que, en la gran mayoría de casos, están involucrados más de dos personas a las que se les procesa o acusa por un delito contra la Administración Pública, tales como servidores públicos, funcionarios o terceros ajenos al sector público.

Habiendo mencionado los términos funcionarios y servidores, es importante comentar, en líneas generales, el concepto de cada uno de ellos para tener claro cuándo estaríamos ante un tercero que no es funcionario público, pero que sí es servidor público.

Al respecto, el autor Rojas (2021) señala que, en el Derecho Penal, no siempre se tiene en cuenta, con gran claridad, la diferenciación entre ambos términos. Suelen utilizarse los términos funcionario y servidores públicos como sinónimo de la analogía que el autor ya ha propuesto como incorrecta. En tal sentido, la calidad de empleado no determina que un agente sea servidor público, pues en los funcionarios también son empleados y ejercen o terminan realizando esos servicios. (págs. 70-71)

Asimismo, funcionario público es todo aquel que tiene en su poder el ejercicio estatal transformado para realizar labores dentro de los organismos estatales, así como funciones ejecutivas, etc. Por su parte, el servidor público es aquel que realiza acciones concretas a atender necesidades de la población. Entonces, ambos conceptos se relacionan y no hay por qué buscar un protagonismo mayor de alguno de ellos, pues el funcionario público puede realizar servicio público dentro de sus actividades.

Diferente es el caso de los servicios de necesidad pública que se da en contextos en los que el Estado no puede asumir la prestación de servicios por motivos justificados y un tercero asume dicha prestación. Como, por ejemplo, los doctores particulares que, a través de un contrato, trabajan para el Ministerio de Salud por un tiempo determinado.

⁶ A raíz del destape mundial del mega caso de corrupción en Brasil, el cual tiene como principal actor a la empresa Odebrecht.

Aquí es importante destacar que los profesionales que trabajan de forma independiente o liberal, pero prestan servicios al Estado, son personas pasibles de sanciones penales, si es que contravienen un bien jurídico importante para el Derecho Penal. Por ello, no se debe afirmar que hay una menor responsabilidad en no ser funcionario público, ya que la persona particular debe ser igual de diligente al realizar los contratos o negocios estatales. (Rojas, 2021, pág. 71)

Entonces, lo más probable es que, frente a una situación en la que intervienen más de dos personas para cometer un acto delictivo, se sancione a algunos como partícipes y a otros como cómplices, para lo cual estaríamos ante delitos comunes. Lo que marca la diferencia en la responsabilidad penal, será la magnitud de pena que les asigne el juez a cada uno de ellos. Por ello, deviene en importante establecer una línea jurisprudencial al respecto. (Salinas Siccha, 2021, pág. 13)

Asimismo, Salinas (2021) señala que, en general, las Salas Penales de la Corte Suprema de la República han reconocido tener mayor incidencia de trabajo en casos de delitos funcionarios vinculados a infracciones de deber. No obstante, suelen estar divididos y se convierte incluso en problemático establecer por cuál de las teorías que existen en la doctrina deben optar cuando se trata de autoría y participación.” (pág. 13).

Lo señalado por el autor denota una problemática actual y real de nuestra jurisprudencia nacional, pues no se tiene una postura definida sobre la aplicación de la participación en los delitos funcionariales, pues existen argumentos diferentes que justificarían la elección de cada de uno ellos.

De ahí la importancia de referirnos a la autoría y participación en este tipo de delitos. Al respecto, podemos citar a Abanto (2003), quien ha definido de la siguiente manera dichos conceptos: Autor es aquella persona que ejecutó el delito, manteniendo el dominio del hecho, ya sea de forma intelectual, funcional, etc. Por su parte, será partícipe aquella persona que tuvo una intervención con el autor para poder concretar el delito, sin que se tenga que considerar que tuvo el dominio. Es como un apoyo para el autor. (pág. 45)

Esto quiere decir que, en el caso de los delitos comunes, el sujeto activo responderá en calidad de autor si es que sus actuaciones tienen el dominio del hecho ilícito. Por ejemplo, en el delito de hurto simple (artículo 185 del CP), responderá penalmente como autor, aquella persona que se apoderó ilegítimamente de un bien mueble para obtener un provecho, realizando todos los elementos que exige el tipo penal.

Así, el partícipe será aquel sujeto que colaboró con la realización del hecho ilícito, sin llegar a dominar el hecho. En el ejemplo, un partícipe sería la persona que, sabiendo de la comisión del delito del autor, le presta ayuda manejando el medio de transporte (generalmente, una moto) con el cual se darán a la fuga para no ser capturados por las autoridades.

El problema se suscita cuando queremos identificar autores o partícipes en los delitos de infracción de deber, pues el autor siempre será aquel que tenga la cualidad de funcionario o servidor público (*intraneus*). Sin embargo, ¿qué pasa cuando interviene un tercero en la comisión de estos delitos? ¿Debería considerársele también un autor? Por ejemplo, en los Delitos Contra la Administración Pública, ¿nuestro Código Penal cuenta con una normativa al respecto? A continuación, desarrollaremos ambas interrogantes, en relación a nuestra normativa, doctrina y jurisprudencia.

V.1.2. Normativa penal sobre la punibilidad del extraneus

El Código Penal peruano de 1991, y sus recientes modificaciones, ha consignado en la Parte General, en el Capítulo IV correspondiente a la autoría y participación, dos únicas disposiciones específicas sobre la participación que tienen que analizarse en el caso concreto de los delitos. Por un lado, está el artículo 25, el cual hace referencia a la complicidad primaria y secundaria.

Por otro lado, está el artículo 26, el cual versa sobre la no comunicación en las circunstancias de participación. Para el autor Shünemann (2018), “de acuerdo con esta, las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos autores o partícipes no deben modificar las de los otros autores o partícipes del mismo delito (el llamado principio de comunicabilidad)”. (pág. 107)

En tal sentido, el artículo 26 del Código Penal, en su primer párrafo, ha establecido que no debe existir una afectación de la autoría o participación desde el ángulo de sus

circunstancias y cualidades, de tal forma que termine afectando la responsabilidad de uno de ellos. Es decir, en el supuesto caso de que un sujeto, en calidad de funcionario, cometió un delito como autor, no debe atribuírsele también ser autor a aquel sujeto que intervino, pero que no es funcionario, sino debe sancionársele según su calidad de partícipe y viceversa.

A efectos de entender correctamente la problemática, traeré a colación lo mencionado en nuestra jurisprudencia sobre las teorías dogmáticas que han surgido a raíz de la interpretación del citado artículo. Me refiero, específicamente, al Acuerdo Plenario 3-2016-CJ-116, a fin de comprender cuál es el rol normativo que cumple en la actualidad.

| <p style="text-align: center;">TEORÍAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS (Acuerdo Plenario 3-2016-CJ-116)</p> | | |
|---|---|--|
| Teorías | Diferenciadora | Unificadora |
| Denominación | Ruptura del Título de la Imputación | Unificación del Título de la Imputación |
| Postura | No es posible sancionar penalmente al partícipe <i>extraneus</i> en los delitos de infracción de deber. | Sí es posible sancionar al partícipe <i>extraneus</i> por un delito de infracción de deber. |
| Argumento 1 | “Existen tipos legales que se configuran y forman solo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor <i>intraneus</i> ” (Fundamento octavo) | “La participación del <i>extraneus</i> no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal”. (Fundamento décimo) |

| | | |
|---------------------------|---|--|
| | | |
| <p>Argumento 2</p> | <p>“El autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que <u>tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta</u>”. (Fundamento octavo)</p> | <p>“El <i>extraneus</i> si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, <u>sí puede ser partícipe de dicho delito especial [...] cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de accesoriedad.</u>” (Fundamento décimo)</p> |
| <p>Argumento 3</p> | <p>“Dicha disposición legal [artículo 26 del CP] consagraría la exigencia de <u>impedir que la imputación del extraneus se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducírsele hacia un delito común</u>”. (Fundamento noveno)</p> | <p>“El artículo 26° y sus antecedentes históricos <u>nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial;</u> (...) <u>Las circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial</u>”. (Fundamento onceavo)</p> |
| <p>Argumento 4</p> | <p>“El traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio”. (Fundamento noveno)</p> | <p>“Tal condición funcional, no es, pues, una circunstancia para mediar la intensidad de la punición del delito sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar”. (Fundamento doceavo)</p> |

Fuente: Voto Singular del Juez Supremo Pariona Pastrana (Acuerdo Plenario , 2016)

Como podemos observar, ambas teorías (ruptura del título de imputación y unificación del título de imputación) tienen posturas extremas, las cuales hemos creído conveniente ordenarlas en cuatro argumentos principales, tomando como referencia el citado Acuerdo Plenario. El primero de ellos realiza una mención al carácter intrínseco de los delitos de infracción de deber: delitos cometidos por funcionarios, quienes son el *intraneus*. En contraposición, se ha manifestado que la participación del *extraneus* no puede considerarse como algo independiente de la ejecución del hecho, a tal punto de considerarlo coautor, sino que su contribución al delito es dependiente del hecho principal.

El segundo argumento contiene una referencia a la vinculación del delito de infracción de deber con el injusto del tipo penal. En tal sentido, solo los funcionarios o servidores públicos pueden mantener esa infracción típica y antijurídica en los delitos con esa categoría especial. En contraposición, se ha señalado que efectivamente el *extraneus* no puede responder como autor, pero eso no invalida la punición de su contribución en el delito especial como partícipe.

El tercer argumento hace alusión al artículo 26 del Código Penal. Por un lado, la Teoría de la Ruptura del Título de Imputación realiza una interpretación literal para aseverar que no es posible trasladar el título de partícipe al autor y viceversa, a través de las circunstancias. Por otro lado, la Teoría de la Unificación del Título de Imputación realiza una interpretación teleológica e indica que la disposición normativa no tiene por función identificar una autoría común o especial, siendo que las circunstancias no forman parte de los tipos penales como elementos típicos. Por ende, la condición funcional es un elemento constitutivo y no una circunstancia.

En conclusión, la Teoría de Ruptura del Título de la imputación no aceptaría la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, al ser este último un delito especial, en el que únicamente responde el autor que tiene la cualidad de ser servidor o funcionario público. Ello se debería a la interpretación del artículo 26 del CP que establece la incomunicabilidad entre los delitos de partícipes y autores, teniéndose que redirigirse los primeros meramente a los delitos comunes.

Por su parte, la unificación del título de imputación señalaría que sí es posible sancionarse penalmente al *extraneus*, en calidad de partícipe, en el delito de negociación incompatible. Tal posición se da en base a la interpretación del citado

artículo del CP, pues este no tiene una finalidad de delimitar un hecho ilícito como uno de autoría o participación, sino que aluden a las circunstancias que puede tener la persona, en calidad de autor o partícipe, ejerciendo una eficacia agravante o atenuante.

Al respecto, según la autora Ingrid Díaz (2016) la Teoría de la Ruptura del Título de la Imputación sí concibe la sanción al *extraneus*, siempre que hablemos de un delito especial impropio, en los que no está considerado el delito de negociación incompatible y cuando estemos ante un delito común (pág. 351) En tal sentido, la autora tiene la posición principal que, pese a optar por esta teoría, la participación del *extraneus* sí sería punible en los delitos especiales impropios, donde sí es posible que existan de forma subyacente un delito común.

Si bien esta teoría tuvo amplia acogida en nuestra legislación y jurisprudencia a inicios del sistema anticorrupción sobre todo en los delitos cometidos por funcionarios públicos, el panorama, años más tarde, cambió. Por ello, nació la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, en contraposición a la ya planteada en los siguientes términos.

Primero, cuando estemos frente a delitos especiales propios, donde no existe un delito paralelo como el de negociación incompatible, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos, abuso de autoridad, entre otros. El *extraneus* de ninguna manera podría responder por autor por la comisión del ilícito en la que tuvo una participación. Lo que sí es posible es que se le atribuya complicidad o instigación de aquel que dominó el hecho. Asimismo, conviene precisar que la norma haría alusión al *extraneus* de forma subyacente, ya que de forma general manda un mensaje a todos para que no atenten contra determinado bien jurídico, por interesarse en un interés particular. Por ende, ese deber está implícito en la norma del tipo penal". (Díaz, 2016, pág. 351)

Según lo señalado, aquí incorporamos un nuevo concepto de la teoría de la unificación que no se había tocado en los párrafos precedentes: hay un deber para todas las personas de proteger el bien jurídico determinado, por lo que quien coopere en la comisión de un delito especial, puede responder a título de cómplice o instigador. De lo contrario, se desprotegería los intereses determinados patentes de protección por el Derecho Penal.

No obstante, el análisis hasta aquí mencionado, enfrenta algunos problemas, pese a su intento de solucionar los vacíos de la teoría predecesora. No referimos a los supuestos que se ubican dentro de los delitos especiales propios e impropios.

En otras palabras, se habla de aquel funcionario o servidor público que encarga o utiliza a un tercero, quien tiene pleno conocimiento del hecho delictivo, la comisión de un delito del Código Penal peruano. Entonces, ante este escenario, no se debe confundir con la autoría mediata del *intraneus*, pues no estamos propiamente ante la comisión de un delito por encargo.

A este punto llega a ser de suma utilidad mencionar la Teoría del Dominio del Hecho para explicar por qué no estaríamos ante una autoría mediata. Doctrinariamente, se replanteó la teoría para establecer cuándo estamos ante un autor y cuándo estamos frente a un partícipe en los delitos especiales. En palabras simples, esta teoría significa que el agente resulta responsable por el delito cuando, con su intervención, llega a dominar el hecho y, por ende, se le debe considerar como autor.

Sin embargo, el maestro Claus Roxin, en contraposición a esta teoría, planteó la tan famosa Teoría de Infracción del Deber, la cual tiene propias reglas y diferencias con los delitos de dominio en lo que respecta de la autoría y participación.

Recapitulando la idea, existirán delito “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber”, aplicándoseles diferentes reglas para identificar la autoría y participación. Pero con el paso del tiempo, los delitos de infracción de deber también se denominaron delitos especiales. En conclusión, los conceptos y teorías presentadas hasta ahora, se originan para intentar solucionar el tema que venimos analizando, pero, en la práctica, se han presentado otras problemáticas.

Tal y como señala Abanto, para establecer la responsabilidad penal en el *intraneus*, basta con que se verifique que se haya contravenido el deber encomendado como funcionario. En ese caso, cualquier aporte que haya realiza un tercero, sin tener dicho status especial, deberá ser considerado como partícipe del delito. (Citado en Díaz, 2016, pág.353).

Esto reconocimiento doctrinario sobre la participación del *extraneus* en delitos contra la Administración Pública, tales como la negociación incompatible, ha resultado, en parte, lo que hasta hace un par de años era grandemente discutido.

Por ello, la jurisprudencia penal peruana en su mayoría, a partir del 2017 en adelante, con el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116 se inclinan hacia la teoría que imputa responsabilidad penal al *extraneus* en los delitos de infracción de deber, al cual

nosotros también nos inclinamos, pues, de lo contrario, se generarían impunidades en la lucha contra la corrupción en el aparato estatal.

V.1.3. Contraposición de Resoluciones Casatorias

En el caso materia de análisis, la Casación N°1059-2018-Huánuco ha determinado que la participación en el delito de negociación incompatible puede ser sancionado penalmente. En contraposición de dicha postura, se encuentran las siguientes resoluciones, que son alegados por la defensa del investigado por este delito, en calidad de *extraneus*.

A continuación, detallaremos las partes más importantes de cada una de ellas, con la finalidad de establecer un contraste entre ambas posturas y poder llegar a la nuestra.

| CASACIÓN N.º841-2015 AYACUCHO | | CASACIÓN N.º782-2015 DEL SANTA | |
|-------------------------------|---|--------------------------------|--|
| Primera Instancia | 15 de abril del 2015 Sentencian a Tony Hinojosa y Edwin Ayala Hinostroza por el delito de negociación incompatible a cuatro años de pena privativa de libertad. | Primera Instancia | 02 junio del 2015 Condenan a Amelia Victoria Espinoza y Wuilmer Agapito Vásquez, como autor y cómplice primario, a siete años de pena privativa de libertad. |
| Segunda Instancia | 15 de abril del 2015 Confirman decisión de primera instancia. Los sentenciados apelan y recurren a casación por el inciso 1 y3, art. 429 del CPP. | Segunda Instancia | 02 de junio del 2015 Confirman la decisión de primera instancia. Los sentenciados apelan y recurren a casación por el inciso 3, art. 429 del CPP. |
| Sentencia de Casación | “El delito de negociación incompatible (...) solo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de | Sentencia de Casación | “En los delitos especiales, el <i>status</i> del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él” (Fundamento décimo) |

| | | | |
|-----------------|--|-----------------|--|
| | adquisición” (Fundamento vigésimo octavo) | | |
| | <p><u>“La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica”.</u></p> <p>(Fundamento vigésimo octavo)</p> | | <p>“Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, <u>todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por la aplicación del principio de legalidad</u>” (Fundamento décimo)</p> |
| | <p>No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. <u>La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado”</u></p> <p>(Fundamento trigésimo)</p> | | <p>“Así las cosas, <u>el artículo 25 del Código Penal que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario</u>; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito”.</p> <p>(Fundamento onceavo)</p> |
| Decisión | FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de los procesados Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco y Edwin Teodoro Ayala. | Decisión | FUNDADO el recurso de casación interpuesto por ña defensa técnica de Amelia Espinoza García y Wilmer Agapito Vásquez. |

Fuente: Elaboración propia

Como observamos, en la Casación N°841-2015-Ayacucho la Corte Suprema se pronunció respecto a una indebida interpretación de una norma penal. Entonces, respecto a la intervención del tercero en el delito de negociación incompatible, señaló que, al ser un delito de infracción de deber, solo podría infringir el bien jurídico protegido aquel agente que destinatario del mismo en un contexto de contratación pública realizada en el marco de una situación de emergencia. Por ende, solo el funcionario público debe responder en calidad de autor. Asimismo, enfatizó que el delito se materializa, independientemente del aporte del partícipe.

Por su parte, en la Casación N°782-2015 del Santa, se analizó la participación en el delito de enriquecimiento ilícito y la Corte fundamentó su postura principalmente en dos ejes principales. Primero, se basó en el artículo 26 del Código Penal, según el cual no podría sancionarse a una persona distinta que no tenga el *status* especial. Segundo, señaló que el artículo 25 del Código Penal no ha previsto sancionar al tercero que intervenga en un delito especial, porque cualquier conducta realizada, en el delito de enriquecimiento ilícito, será ajena al efecto sancionador de la norma.

Nuestra postura es que, en ambas Sentencias de Casación, se interpretó incorrectamente la participación del *extraneus*, pues solo recurrieron a la parte General del Código Penal, mas no fundamentaron sus decisiones en doctrina relevante, lo cual generó impunidad, pues se terminó absolviendo a los presuntos cómplices en el delito de enriquecimiento ilícito.

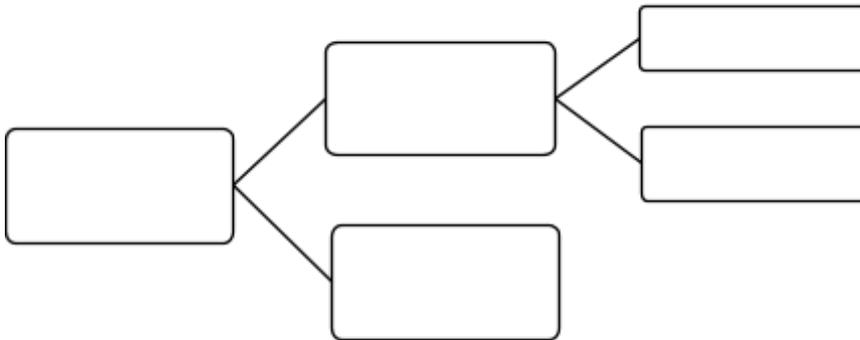
En lo que respecta a el expediente materia del presente informe jurídico, la Casación N°1059-2018-Huánuco, tenemos que señalar que, si bien nos encontramos a favor de la decisión de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, nos encontramos en contra de su fundamentación al adolecer de fundamentos doctrinarios y jurídicos, en los que debió sustentar su postura a favor de la punición de la participación del *extraneus* en el delito de negociación incompatible.

V.1.4. Participación en el delito de Negociación Incompatible

Luego de haber establecido que sí es posible la punibilidad de la participación del *extraneus* en los delitos Contra la Administración Pública (delitos de infracción de deber, ahora pasamos a analizar la figura de participación en el delito materia de estudio.

Así, es importante de empezar señalando que hay dos modalidades de la participación: i) complicidad (primaria o secundaria) o ii) instigación. Cualquiera de

ellas puede concurrir en el delito de negociación incompatible. A continuación, mostramos el siguiente recuadro con fines ilustrativos:



Fuente: Elaboración propia

En primer lugar, el Código Penal peruano regula la complicidad en su artículo 25⁷, el cual prescribe lo siguiente:

“El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

(...)

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él” (Código Penal, 1991)

Anteriormente, hasta antes del 07 de enero del 2017, el mencionado artículo no contenía el tercer párrafo que incorpora responsabilidad del cómplice en referencia a los hechos punibles cometidos por autores. Conviene señalar que es por eso que, antes de dicha modificatoria legislativa, la jurisprudencia tenía más confuso el tema de participación del *extraneus* en delitos especiales.

Entonces, con la introducción del tercer párrafo, se incorpora la participación en los delitos de infracción de deber, siendo que el legislador optó por la Teoría de la Unidad del Título de Imputación.

⁷ Artículo que contiene la modificación por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N°1351, publicado el 07 de enero de 2017.

Ahora bien, según el primer párrafo de dicha normativa, será cómplice aquel sujeto que coopere en la realización de un determinado delito, siempre que actúe con dolo.

En segundo lugar, doctrinariamente, se puede llamar complicidad a aquellas conductas que aumenten el riesgo permitido de cometer delitos por parte del autor. Es decir, hay una característica objetiva de esta figura: solo aquel comportamiento que haya generado un aumento de posibilidades de mejorar las condiciones para lesionar un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, ya sea por un aporte, auxilio, cooperación, será considerado complicidad primaria o secundaria. No sería directamente una lesión al bien jurídico, pues de lo contrario estaríamos hablando de un tipo de autoría, sino la creación de escenarios para que el autor le sea más sencillo cometer el hecho delictivo. (Castillo, 2015)

En líneas generales, será cómplice aquella persona que coopere en un hecho punible cometido dolosamente por otro sujeto. Es como una especie de asistencia, apoyo o prestar ayuda a un autor de un hecho doloso. Ahora bien, no es sancionable penalmente la tentativa de complicidad, ni mucho menos se acepta la punibilidad de un partícipe culposo en un delito culposo. Se debe de analizar, por ello, las diferentes circunstancias de la complicidad y también la posición de garante en la que se encontraba. No solo basta analizar si la persona tuvo conocimiento de que se iba a cometer un delito. (Castillo, 2015)

Dicho ello, en el marco del delito de negociación incompatible, los actos de cooperación pueden presentarse, por ejemplo, en contrataciones que no son imparciales, a través de intermediarios del funcionario público, los terceros negociadores, trabajadores de una empresa que resultará beneficiada, etc.

En tercer lugar, la complicidad entonces puede ser primaria o secundaria, según nuestra normativa penal. De esa manera, la complicidad primaria en el delito de negociación incompatible se da cuando el *extraneus* realizará actividades fundadas en intereses propios o de otros en el tiempo en que se realiza un proceso de contrato u operación pública. No podrá considerársele cómplice a aquel funcionario público que tenga injerencia en la celebración de los actos jurídicos en el marco de una negociación, siempre que esté en ejercicio de sus funciones” (Reátegui, 2016, pág. 78).

Es decir, se aceptará complicidad primaria en aquel particular que aporte en el delito que domina el funcionario público, siempre en calidad de partícipe. Ello no debe

interpretarse como una necesidad de la intervención del cómplice para configurarse el delito.

En Latinoamérica, no se ha tomado atención a la problemática que se presenta en la denominada “participación necesaria”, a excepción de algunos delitos específicos tales como cohecho, usura, entre otros. Por ejemplo, cuando estamos ante un interviniente favorecido necesariamente por el delito del autor; no obstante, el legislador no ha previsto en la norma la conducta por separado de quien se favorece, generando impunidad.

En la tradición alemana, se establecía que una actuación de complicidad mínima no era tan relevante para que actúe el Derecho Penal, pues tendrá responsabilidad solamente cuando esa participación mínima sobrepase lo necesario. (Abanto, 2003, págs. 79-80). Este pensamiento, en nuestra realidad actual, es insostenible, ya que en un contexto donde la corrupción está a la orden del día, no ayudaría a luchar en contra de esta problemática, sino que crearía más impunidad para quienes aun participando en un delito de corrupción, por el mero hecho de no ser funcionarios, obtienen absoluciones de acusaciones fiscales.

Cabe resaltar que la intervención “mínima” a la que se refería la doctrina tradicional, no necesariamente era una renuncia implícita a la impunidad del partícipe necesario, sino que esa conducta en ese entonces tenía otro significado: aquél se limita a hacer algo propio, no ayudar o cooperar con el hecho de éste; por ello no parece haber “merecimiento de pena” en la conducta del partícipe necesario. (Abanto, 2003, pág. 85)

Ahora bien, sobre la pregunta de a quién se refiere la ley penal como “tercero”, en la jurisprudencia de la Corte Suprema – Casación N.º23-2016/Ica – se ha planteado que puede serlo no solo quien toma parte del contrato u operación, sino también quien se encuentra fuera de esta relación: “el tercero – que se beneficiara – no necesariamente deber ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiado – de alguna manera – con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública.”⁸

Según Rosales (2013), “para que un delito sea de participación necesaria se requiere que el legislador lo haya establecido así en el respectivo tipo penal; de tal forma que para su realización sea imprescindible contar con la intervención de más de una persona, como ocurre, por ejemplo, con el delito de colusión simple (...)”. (pág. 175)

⁸ Citado en Rosales, A. (2021). Fundamento cuarto, treinta y ocho, pág. 184.

Por otro lado, la complicidad secundaria es aquella que se consuma con cualquier otro tipo de asistencia, diferente al de la complicidad primaria. Ahí radica su distinción entre ambas, en tanto este último tipo de complicidad determina que sin dicha cooperación o ayuda el hecho punible no se hubiera llevado a cabo.

Finalmente, la instigación es sancionada en el Código Penal, en el artículo 24 según como sigue a continuación:

“El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”. (Código Penal, 1991)

Entonces, será instigador en el delito de negociación incompatible aquella persona, en calidad de tercero ajeno a la administración pública o empresario, quien sugiere convenientemente al funcionario la decisión de interesarse indebidamente. Para ello, recurre a la presión, persuasión o entrega de dádivas. En este último caso, estaríamos ante el delito de cohecho.

Cabe resaltar que la participación puede ser de un tercero interpuesto sin esa calificación de funcionarios, así como los propios servidores públicos.

V.1.5. Diferencias con el delito de colusión

A este punto del análisis, resulta conveniente precisar las diferencias entre el delito de Negociación Incompatible y el delito de colusión, con la finalidad de aclarar que la participación del *extraneus* en el primer delito podría confundir al lector con la aplicación del segundo tipo penal, por la calidad de intervención. Para tal efecto, veamos el siguiente recuadro con las diferencias más resaltantes entre ambas tipificaciones penales.

| Negociación Incompatible | Colusión |
|---|---|
| Delito tipificado en el artículo 399 del Código Penal | Delito tipificado en el artículo 384 del Código Penal |
| Es de naturaleza unilateral | Es de naturaleza bilateral |
| | |

| | |
|---|--|
| Conducta típica: el solo interesarse indebidamente en cualquier contrato u operación pública | Conducta típica: concertación entre dos personas (funcionario público y el particular interesado) |
| No requiere la intervención de un tercero o <i>extraneus</i> para configurarse el delito. | Se necesita el aporte del interesado, quien es el que se beneficia, para configurarse el delito. |
| Es un interés de un agente que se muestra con las acciones objetivas, en provecho propio o de un tercero y que perjudica al Estado. | Es un acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito que perjudica al Estado. |

Fuente: elaboración propia

Al respecto, citando al autor Creus (Fundamento decimoprimer), interesarse indebidamente es una conducta que no solo compete al funcionario, sino también al particular interesado en un contrato u operación administrativa; por eso, se produce un desdoblamiento del agente. Entonces, interesarse implica básicamente que una persona ponga su atención en un negocio que no es parte de la Administración Pública. Es decir, un interés contrario a la administración, por lo que va a tomar un rumbo particular del agente o para terceros. (2018)

Por ende, el mencionado autor es de la postura que no solo se puede interesar indebidamente en cualquier contrato u operación estatal el funcionario público, sino que esa misma conducta también lo puede realizar un particular, por lo que se estaría ante el escenario de un desdoblamiento del agente completamente válido, con fines de imputar algún tipo de responsabilidad en los sujetos involucrados.

Por su parte, la colusión implica ponerse de acuerdo para defraudar al estado. Es decir, el funcionario y el particular interesado se han coludido voluntariamente para realizar actuaciones en la celebración o ejecución de un contrato.

Asimismo, en el delito de colusión se debe establecer la diferenciación de su configuración con las de simples propuestas o lo que se denominan "solicitudes". Estas últimas deben tomarse como actos individuales donde no existe participación de

dos o más personas. En cambio, un acuerdo colusorio va a necesitar de un acuerdo recíproco entre dos personas como mínimo, porque “es un delito de convergencia, pluripersonal, plurisubjetivo” (Bendezú, 2011, pág. 10)

Con ello, se establece una diferencia sustancial con el delito de negociación incompatible, pues en la colusión no hay actos unilaterales que se deslindan de acuerdo a la intervención del agente, ya sea un funcionario o un particular, sino que será necesario que se aporte con conductas y/ o actividades que tengan por fin la defraudación del Estado a cambio de una ventaja de cualquier índole.

V.2. El interés indebido como elemento típico de la Negociación Incompatible

En primer lugar, en el año 2004, con la Ley N.º28355 se empezó una reforma legal que estableció delitos contra la Administración Pública, entre los cuales está el delito de Negociación Incompatible. Sin embargo, este delito tuvo su primera aparición en el Código Penal de 1863 y, posteriormente, en el Código Penal de 1924. Sin embargo, no es hasta el Código Penal de 1991, en el art. 397º, que se ubicó en la Sección IV “Corrupción de funcionarios”, pero no se precisaba el tipo de interés que el funcionario debía ostentar para cometer el ilícito. Con el pasar del tiempo, se modificó tales falencias, mediante el Artículo Único de la Ley n.º27074 en el año 1999.⁹ (Rosales, 2021, págs. 28-30)

El Código Penal actual ha previsto, en el Título XVIII, los Delitos contra la Administración Pública y en su Capítulo II, los Delitos cometidos por funcionarios públicos. Así, en lo que nos compete, está el delito de Negociación Incompatible.

Este delito está previsto en el artículo 399 del CP, el cual señala lo siguiente:

“Art. 399.-

⁹Luego de esa modificación de 1999, se cambió de ubicación del artículo 397 al artículo 399 (actual ubicación en el CP), por lo que la Ley N.º28355, la cual supuso también una nueva reforma del texto legal, pues se incorporó la expresión “en provecho propio o de tercero”.

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo (...).

En líneas generales, según Reátegui, es una forma en la que el funcionario público y el interesado se coluden intencionalmente, realizando un acuerdo “por debajo de la mesa” para arreglar contratos comerciales, que contravienen los principios establecidos en los deberes funcionariales. Con dicho acuerdo, se está realizando conductas ilícitas que perjudican enormemente al Estado. (2016, pág.13-14)

Ahora bien, este delito ha sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia, como uno de tipo residual, por lo que en la Casación N.º841-2015/Ayacucho, se estableció que si hay una consecuencia a causa del beneficio por el interés indebido, la actuación debe considerarse como cohecho. Si hay un acuerdo con una parte interesada, entonces será colusión (2016, pág. 35)

Esto quiere decir que el delito de negociación incompatible no llega a ser colusión si es que no se concreta el beneficio de cualquier índole, por lo que no llega a ser uno de peligro concreto, sino que llega a materializarse sin que intervenga un *extraneus*, pero no se debe dar por sentado que nunca se estará ante esta situación, pues, a efectos de el presente informe jurídico, sí hay un tercero que intervino con un aporte, pero debe tomarse dicha actuación de forma dependiente del hecho de dominio del autor, mas no de forma independiente.

Entonces, estamos ante un delito de tipo residual el cual tiene por sujeto activo al funcionario público y al sujeto pasivo al Estado, en la que no necesita la intervención de un tercero para configurarse el tipo penal. De lo contrario, estaríamos en el marco del delito de cohecho o colusión, en la que la concertación y el acuerdo toma un papel fundamental.

Es de rescatar que en la Casación N.º1059-2018-Huánuco (2018), la cual está siendo materia de análisis, expone, en nuestra consideración, una posición correcta y esclarecedora sobre la naturaleza del interés indebido:

“La descripción del tipo penal no lo restringe a un determinado interés. En ese aspecto, puede ser económico o de cualquier otra índole (por ejemplo, cuando actúa motivado por una enemistad política contra uno de los postores)”.
(Fundamento decimosegundo)

En esa línea, será un interés indebido aquel que no necesariamente tenga una motivación económica, sino puede ser por una motivación personal, de amistad o enemistad, entre otros, siempre que el interés se muestre con las acciones del agente en cuestión en vinculación de su cargo funcional.

Finalmente, como hemos podido observar, el interés indebido no se corresponde con un interés en específico que pueden denotar actos legales inclusive, sino que es aquel que objetivamente contraviene los deberes funcionariales.

5.2. Bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible:

El bien jurídico protegido del art. 399 del CP también es arduamente discutido, aunque hay una tendencia mayoritaria, actualmente, a aceptar que lo que se protege con el tipo de negociación incompatible es el normal funcionamiento del ejercicio de la función pública. Es decir, que las funciones se realicen en pro de la legalidad, transparencia, ética, etc.

Así, se estableció en el Recurso de Nulidad N.º661-2009, en el que se señaló que no se va a tutelar propiamente el patrimonio que tiene en resguardo el funcionario público, sino, sobre todo, lo que se intenta proteger son deberes específicos como el de lealtad institucional y probidad funcional. (Fundamento noveno). Por ello, su ubicación en el Código Penal no es la ideal, ya que da a entender que lo que se protege es el patrimonio que está en resguardo del funcionario o servidor público.

Esto quiere decir que, en dicho Recurso de Nulidad, la jurisprudencia tuvo la posición de que el bien jurídico protegido es la legalidad del ejercicio de la función pública. Así, el término “indebido” deberá aludir a un acto ilegal que contraviene leyes, normas, etc.

En contraposición de esta postura, está la defendida por un sector que señala que el bien jurídico protegido es el del patrimonio del Estado, aunque esta postura ya está quedando atrás.

Por otro lado, hay quienes señalan que en el delito de negociación incompatible se protege la imparcialidad. Sin embargo, resulta inexacta esa afirmación, en tanto que es este objetivo genérico al cual todo funcionario público tiene que guiar sus actuaciones. Por ende, debe entenderse la imparcialidad como una característica a tomar en cuenta para la toma de sus decisiones en favor de intereses públicos.

Así, según García Cavero, la doctrina funge un acuerdo trivial cuando asevera que lo que se protege en el delito en cuestión es la imparcialidad de la Administración Pública (Citado en Reátegui, 2016, pág.20). Esa afirmación tiene sentido, cuando hay otros autores que aseveran una vinculación de la imparcialidad con la base de proteger el patrimonio del Estado. También es verdad que vincula esta imparcialidad con la protección del patrimonio estatal.

Entonces, según el autor relaciona la imparcialidad en el ámbito público con la protección directa al patrimonio Estatal, pero debemos destacar que no solo debe enfocarse en esta última, ya que no siempre va a haber un perjuicio económico al Estado. En el delito de negociación incompatible basta que el funcionario público se interese indebidamente en cualquier momento de la contratación pública para que se configure el delito.

Por su parte, Chanjan (2019) es de la posición de que el bien jurídico protegido es el de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, en tanto que es prioridad que no se antepongan intereses propios por sobre los de la sociedad.

En tal sentido, debemos establecer, por un lado, el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública y, por otro lado, el bien jurídico en cada uno de esos delitos en específico. Así, en cuanto al primero, será el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Por su parte, el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible será la imparcialidad en la actividad contractual del Estado.

Asimismo, el delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto. Esto quiere decir que bastará que el sujeto se interese indebidamente, no siendo necesario llegar a concretarse un beneficio. Cuando hablamos de sujeto nos referimos, principalmente a los funcionarios públicos (con título habilitante o con facultades y competencias en un proceso de contratación pública).

En conclusión, en ese delito especial propio no se exige que haya una lesión al bien jurídico protegido, sino basta que este se ponga en peligro, por lo que el legislador pretende sancionar también una conducta ex ante.

VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

- La negociación incompatible es un delito que atribuye responsabilidad penal a aquel funcionario o servidor público que se interesa indebidamente en cualquier contrato u operación pública, ya sea de forma directa o indirecta o por acto simulado. Lo más resaltante será que dicho interés se concrete en actos que le favorecen a sí mismo o a un tercero, a través de la intervención por razón de su cargo.

En tal sentido, el interés indebido no necesariamente es una actuación que contraviene las normas legales en detrimento de las funciones públicas o estatales, sino que puede ser un interés, en base a actos legales y objetivos, pero que termina siendo indebido porque está en contra del bien jurídico que protege este delito. Por ende, será relevante que el interés se manifieste en actos objetivos y no en el análisis de actos aislados, los cuales anteponen un interés privado por sobre el público.

- La participación del *extraneus* sí puede ser sancionada penalmente en el delito de Negociación Incompatible. Por eso, si bien la Sala estableció que este tema ya fue abordado en el Acuerdo Plenario N.º03-2016/CJ-116, criticamos que haya decidido no pronunciarse al respecto, pues en dicho Acuerdo Plenario se analizó la participación del *extraneus* en relación al delito de enriquecimiento ilícito. Por ello, consideramos conveniente realizar una aclaración respecto a su punibilidad en el delito materia de estudio en el presente informe jurídico.

De tal manera, hemos concluido que sí es posible establecer responsabilidad penal al *extraneus* en calidad de partícipe o cómplice sin la ruptura del título de imputación, pues bastará que un particular se interese indebidamente en un contrato y realice un aporte al hecho que es dominio del autor.

- La participación en el delito de negociación incompatible no confundirse con el delito de colusión, por ser delitos de distinta naturaleza. En cuanto al primero, es un delito unilateral que no requiere la intervención del tercero para que se cometa el ilícito, sino que bastará que se infrinja el bien jurídico protegido. En cuanto al segundo, es un delito de carácter bilateral o también llamado delito de encuentro, en el que la intervención del interesado es necesaria para que se consuma el hecho ilícito. Por ello, el delito de negociación incompatible al ser un delito de infracción de deber propio, sí puede sancionar independientemente al autor o a un tercero en calidad de partícipe, siempre que se evidencia con

medios probatorios que el *extraneus* tuvo interés indebido en el proyecto, sin llegar a coordinar con el funcionario público a cargo de dicha contratación pública.

- El recurrente Casabonne acudió a la Corte Suprema, a través de un recurso excepcional, luego de tener una sentencia de resolución en segunda instancia a cargo de la Sala Penal de Apelaciones. Para ello, invocó las causales para admisión de la casación, previstas en el artículo 429, inciso 1, 3 y 5 del Código Penal. En tal sentido, la excepción de improcedencia plantea frente a la Disposición de formalización y continuación de la investigación Preparatoria, sí fue correcta en estrategia de defensa del acusado.

En este caso, existen diversas disposiciones casatorias al respecto en la que la posición es dividida. Esto genera una especie de impredecibilidad, en relación a la seguridad jurídica y celeridad en el proceso penal, pues el abogado(a) va a escoger una jurisprudencia que le convenga, al haber jurisprudencia contradictoria sobre el tema de participación del *extraneus* en delitos especiales. Por eso, será necesario que haya un acuerdo plenario respecto al tema, pero en el delito de Negociación incompatible. Además, se debería modificar el artículo 26 del Código Penal para no tener mayores interpretaciones que la teoría de unificación del título de imputación.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.
- Acuerdo Plenario , 3-2016-CJ-116 (X Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias 12 de junio de 2016).
- Bendezú, R. (2011). Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial. *IUS*, 1-32.
- Castillo, J. L. (2015). *El delito de negociación incompatible* . Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Chanjan, R. (19 de julio de 2019). *IDEHPUCP*. Obtenido de 10 Claves para reconocer el delito de negociación incompatible: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-negociacion-incompatible/#:~:text=La%20negociaci%C3%B3n%20incompatible%20tiene%20un%20car%C3%A1cter%20unilateral.&text=La%20conducta%20t%C3%ADpica%20en%20la,p%C3%ABlico>
- Díaz, I. (2016). El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. *Tesis para optar el título de doctor en Derecho Penal*. Salamanca, España. Obtenido de https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/131865/DDPG_DiazCastilloI_Tipo_injustodelitoscolusion.pdf;jsessionid=4FA8EA3787C62CCABFDD015E6554F9BC?sequence=1
- Perú, C. d. (8 de Abril de 1991). Código Penal. *Decreto Legislativo N° 635*.
- Reátegui, J. (2016). *El delito de negociación incompatible y de Patrocinio Ilegal*. Perú: Lex & Iuris.
- Rojas, F. (2021). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rosales, D. (2021). *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública*. Perú: Editores del Centro.
- Salinas Siccha, R. (2021). *Delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Palestra.

Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP*, 93-112.

Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia de la República, 1059-2018 (Sala Penal Transitoria 2021 de junio de 2018).

Recurso de Casación (06 de julio de 2015). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N°782-2015/ Del Santa

Recurso de Casación (28 de junio de 2016). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N.º 841-2015/Ayacucho.

Arismendis, E. (2014). La problemática de la participación del extraño en el delito de parricidio. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.

Sanchez, V. & Gómez, J. (2002). Delitos de infracción de deber y participación delictiva. Madrid: Marcial Pons. Sancinetti. (1986). Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXIX, fascículo III, septiembre-diciembre

Buompadre, J. (2001). Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires: Mave. Caro, J. (2010). Normativismo e imputación jurídico-penal. Lima: Ara Editores.

Caro, J. (2016). Autoría y participación: los grados de intervención delictiva. En Calcina Huancco, A. (coord.). *Dogmática penal aplicada y cuestiones actuales del Derecho Penal económico y de la empresa*. Lima: Grijley.



EL INTERÉS INDEBIDO COMO ELEMENTO TÍPICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Sumilla. Este delito es un tipo penal especial propio y de infracción del deber. El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente los deberes funcionales (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en la actuación funcional de los agentes públicos. No se protege el patrimonio y, en ese sentido, constituye un delito de peligro abstracto, que no requiere que se ocasione un perjuicio patrimonial para el Estado.

El interés indebido implica la gestión o actos que no se corresponden con el rol de una obligación especial, el funcionario o servidor muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la Administración Pública. Con relación a la naturaleza o carácter del interés indebido, la descripción del tipo penal no lo restringe a un determinado interés. En ese aspecto, puede ser económico o de cualquier otra índole.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintitrés de junio de dos mil veintiuno

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del investigado **CARLOS ALFREDO CASABONNE STOESSEL** contra la Resolución N.º 10 del tres de octubre de dos mil dieciséis¹, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco que **confirmó** la Resolución N.º 4 de primera instancia del nueve de junio de dos mil dieciséis², que declaró **infundada** la excepción de naturaleza de acción –entiéndase improcedencia de acción–³, que dedujo en la investigación que se le sigue como cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huánuco.

Intervino como ponente la jueza suprema **SUSANA CASTAÑEDA OTSU**.

¹ Foja 343 del cuaderno de casación.

² Foja 199 del cuaderno de casación.

³ Conforme con la denominación establecida en el literal b, artículo 6, del CPP.



CONSIDERANDO

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

PRIMERO. Los actos procesales previos a la resolución que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción son los siguientes:

1.1. El 25 de setiembre de 2014, la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco-Cuarto Despacho emitió la Disposición N.º 4 que dispuso formalizar y continuar con la investigación preparatoria en contra de Jesús Giles Alipázaga (alcalde de la Municipalidad Provincial de Huánuco) y los funcionarios públicos Cléver Edgardo Zevallos Fretel, Emilio Teodoro Ruiz Moncada, Benjamín Vladimir Cruz Picón, Kevin Honorio Dueñas Carbajal, Franco Liyanage Alva y Dante Salas Castro, en calidad de **autores**; y otros dieciséis investigados (entre funcionarios y servidores públicos de la citada municipalidad) y el tercero Carlos Alfredo Casabonne Stoessel, en calidad de **cómplices primarios** por el presunto delito de negociación incompatible, en agravio de la referida municipalidad, representada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Huánuco (Procuraduría).

1.2. El 21 de mayo de 2015, se emitió la Disposición N.º 7 que amplió la Disposición N.º 4, a fin de comprender a Cléver Orlando Castañeda Ramón, Napoleón Huere Rosas, Edilberto Ramón Álvarez, Tomislavo Zeceovich Acosta, Javier Ramón Dávila Figueroa, Emilio Teodoro Ruiz Moncada, Jesús Giles Alipázaga y Cléver Edgardo Zevallos Fretel, (autores) del mencionado delito. El 21 de octubre de octubre de 2015, mediante Disposición N.º 8 se amplió nuevamente la Disposición N.º 4, a fin de comprender a Dante Salas Castro (autor).

1.3. El 25 de enero de 2016, la defensa del investigado Carlos Alfredo Casabonne Stoessel dedujo excepción de improcedencia de acción.

1.4. El 9 de junio de 2016 el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Huánuco, emitió la Resolución N.º 4 que resolvió declarar **infundada** la excepción deducida⁴. Ante esta decisión, el 15 de junio de 2016 la defensa interpuso el recurso de apelación.

⁴ En la Investigación preparatoria (Expediente Incidenta N.º 01467-2014 -54-1201-JR-PE-02).



1.5. El 3 de octubre de 2016, mediante la Resolución N.º 10 la Sala Penal de Apelaciones **confirmó** la Resolución N.º 4.

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO

SEGUNDO. La defensa del investigado Casabonne Stoessel interpuso recurso de casación excepcional e invocó las causales de los incisos 1, 3 y 5, artículo 429, del Código Procesal Penal (CPP)⁵. Inició la fundamentación con la causal del inciso 5, con base en los siguientes agravios:

2.1. Con relación a la **causal del inciso 5**, la Sala Penal de Apelaciones se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida en la Casación N.º 782-2015/Áncash, que constituye doctrina jurisprudencial obligatoria, y según la cual para configuración de los delitos de negociación incompatible y enriquecimiento ilícito no se requiere la intervención de un tercero. En su caso, se consideró la intervención de su patrocinado como cómplice primario, pese a que luego se publicó también la Casación N.º 841-2015/Ayacucho, que optaron por la teoría de la ruptura del fítulo de imputación.

2.2. En cuanto a la **causal del inciso 1**, se afectaron los derechos al debido proceso y de defensa, puesto que la Sala Superior se limitó a transcribir lo que el fiscal señaló en la citada Disposición N.º 4, sin indicar qué supuestos se le atribuyen. No se consideró que su accionar se limitó a la emisión y suscripción de la carta N.º UPC-049-2010, del 8 de abril de 2011, que remitió al presidente del Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada de la Provincia de Huánuco (Cepri), en la que solicitó se deje sin efecto el Acuerdo del Concejo N.º 016-2011-MPHCO, del 29 de marzo de 2011, lo que efectuó en el ejercicio regular de un derecho (inciso 8, artículo 20, del CP).

2.3. Sobre la **causal del inciso 3**, cuestionó la errónea interpretación del interés indebido en el tipo penal de negociación incompatible, puesto que la conducta de su patrocinado se dio en el ejercicio regular de un derecho. La Sala Penal consideró que, para la configuración de este tipo penal, resulta irrelevante si las

⁵ La primera, referente a la inobservancia de las garantías constitucionales, la segunda referida a una errónea interpretación de la ley penal sustantiva y, la tercera, sobre el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.



acciones realizadas son legales o no, siempre que se advierta un interés. Por ello, acotó que si se requieren acciones concretas y todo el interés se torna subjetivo, debería tenerse en cuenta, por lo menos, el perjuicio al Estado como presupuesto de este delito, ya que nos encontramos frente a un delito de corrupción.

TERCERO. Como la Sala Penal de Apelaciones declaró inadmisibles los recursos de casación, la defensa presentó recurso de queja. La Primera Sala Penal Transitoria de esta Corte Suprema, a través de la **Queja N.º 48-2017/Huánuco** del 31 de marzo de 2017, estableció que era necesario determinar la punición del *extraneus* en el delito de negociación incompatible, puesto que la Casación N.º 782-2015/Áncash no fue emitida por sus integrantes y no existía un acuerdo plenario al respecto. Además, estableció que el pronunciamiento debía comprender el ámbito del “interés indebido”, en cuanto elemento típico del indicado delito.

ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

CUARTO. Esta Sala Casatoria, mediante ejecutoria suprema del 5 de abril de 2019, estableció como motivo casacional la causal del inciso 3, artículo 429, del CPP (errónea aplicación o interpretación de la ley penal material). El pronunciamiento debe comprender **la interpretación del artículo 399 del CP circunscrito al ámbito del “interés indebido”**, en cuanto elemento típico del indicado delito⁶.

QUINTO. Luego de la admisión del recurso de casación, el expediente se puso a disposición de las partes por el plazo de diez días. Mediante decreto del treinta de abril de dos mil veintiuno se fijó fecha para la audiencia de casación el veintiuno de mayo de dos mil veintiuno. En dicha fecha se realizó la audiencia con la concurrencia de la defensa de Casabonne Stoessel, abogado José Ugaz Sánchez Moreno y el fiscal supremo adjunto, Abel Pascual Salazar Suárez. Su desarrollo consta en el acta correspondiente.

⁶ La causal del inciso 5, artículo 429, del CPP –que fue el principal agravio de la defensa– referida al apartamiento de lo establecido en la Casación N.º 782-2015/Áncash, se declaró inadmisibles, en atención a que el Acuerdo Plenario N.º 03-2016/CJ-116 se pronunció al respecto, y además se consideró la modificatoria del artículo 25 del CP. También se declaró inadmisibles la causal del inciso 1 del indicado artículo.



SEXTO. Concluida la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta. Luego se efectuó la votación, en la que se obtuvo los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se programó para el día de la fecha.

CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

SOBRE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

SÉPTIMO. El delito negociación incompatible está tipificado en el artículo 399 del Código Penal y su texto literal⁷ es el siguiente:

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

OCTAVO. Se trata de un tipo penal "**especial propio**"⁸ y de "**infracción del deber**", esto último se sustenta en que los deberes de "incumbencia institucional"⁹ y/o "especiales positivos"¹⁰ del funcionario y servidor público (agente público u obligado especial) se encuentran previstos no al interior del Código Penal o ley penal especial sino en normas extrapenales genéricas o específicas (el concepto penal de estos deberes se construye a partir del tipo penal remitiéndose a dichas normas)¹¹.

⁷ Conforme con el artículo 1 de la Ley N.º 28355, del 6 de octubre de 2004.

⁸ Porque la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, es decir, solo lo pueden cometer ciertos sujetos cualificados (el funcionario o servidor público en el delito de negociación incompatible) que ostentan un estatus jurídico especial, que se encuentran delimitados en el tipo penal y que no tenga correspondencia con un tipo legal común.

⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (Trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 1997. pp. 791-792, 993-1009, 1027 y 1028; el mismo *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 362-363 y *La competencia por organización en el delito omisivo* (Trad. de Enrique Peñaranda Ramos). Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 42-43.

¹⁰ SÁNCHEZ VERA afirma: "El derecho penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad externas de forma negativa, sino que exige, en ocasiones, el establecimiento de relaciones positivas que se basan en instituciones positivas y que encuentran su expresión en los delitos de infracción de deber" (cfr. SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 101).

¹¹ Los deberes y roles funcionales se encuentran contenidos en la Constitución, leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas, entre otros.



El **bien jurídico** que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente los deberes funcionales (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en la actuación funcional de los agentes públicos procurando un interés público frente a los intereses privados de los administrados en general y a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales. Al respecto, se debe tener en cuenta que la actividad contractual del Estado es de singular relevancia para la sociedad, ya que los contratos públicos constituyen los instrumentos a través de los cuales el Estado busca satisfacer los problemas sociales, por ello, la necesidad de que siempre se elija al mejor postor, que tiene como contrapartida que los funcionarios públicos actúen de manera imparcial. De allí que el bien jurídico no protege el patrimonio y, en ese sentido, constituye un delito de peligro abstracto, que no requiere que se ocasione un perjuicio patrimonial para el Estado¹².

Por tanto, el delito se perfecciona aun cuando el contrato u operación pueda redundar en un beneficio económico para el Estado, pues la prohibición normativa se fundamenta en la prevención de daños como consecuencia de la conducta imparcial del funcionario o servidor público. Asimismo, no es requisito necesario para su configuración que estos de modo efectivo logren obtener una ventaja¹³.

En ese sentido, la Cámara Federal de Casación Penal de la Nación de Argentina, al interpretar el artículo 265 de su Código Penal¹⁴, que constituye la

¹² Iván Meine sostiene que se precisa que el agente oficial actúe interesadamente, por lo que se está ante un delito de peligro abstracto; puesto que el comportamiento del tipo penal describe una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico, se sanciona un comportamiento por una valoración *ex ante*, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico. MEINE MÉNDEZ, Iván Fabio. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 88.

¹³ Afirma Soler que: "El hecho no pierde su carácter por la circunstancia de que de él haya derivado una concreta ventaja económica, porque la prohibición se funda en la idea de prevención genérica de los daños que con mucha más frecuencia derivarían si se adoptara el criterio opuesto. SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Cuarta edición. Tomo V. Buenos Aires: Tea, 1992, pp. 246-248.

¹⁴ El artículo 265, primer párrafo, que tipifica el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prescribe: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio



fuerza comparada del artículo 399 de nuestro Código Penal, señala que al tratarse del delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública, resulta irrelevante la configuración de un perjuicio patrimonial a la Administración Pública, y que basta la parcialidad de la conducta de los funcionarios en miras del interés de una de las empresas intervinientes en el proceso de contratación, a fin de obtener un beneficio propio o de un tercero, para la configuración típica del delito en cuestión¹⁵.

NOVENO. Asimismo, este tipo penal contiene como elemento objetivo y normativo el **interés indebido**, objeto de debate y pronunciamiento, que conlleva a la gestión o actos que no se corresponden con el rol de una obligación especial, el funcionario o servidor muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la Administración. El momento del interés indebido es irrelevante, toda vez que la gestión se puede dar en cualquiera de las etapas del contrato u operación pública (preparatoria, selección, ejecución contractual y liquidación). El interés, conforme con la redacción del tipo penal, puede ser directo, indirecto o por acto simulado.

9.1. Interés directo: significa que el agente público, por razón de su cargo funcional, actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión, teniendo injerencia o absteniéndose a realizar¹⁶ los actos administrativos (objetivos y concretos) necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de tercero.

9.2. Interés indirecto: el agente utiliza un intermediario para realizar la conducta típica. Se acude a la interposición de otra persona como interesada, es decir, que ella aparezca frente a los demás como portadora de

o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

¹⁵ Cámara Federal de Casación Penal-Sala 4, Poder Judicial de la Nación de Argentina. CFP 2161/2011/2/CFC1. Registro N.º 1885/17.4, del 28 de diciembre de 2017.

¹⁶ Artículo 13 del CP. "El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada".



un interés personal sobre la realización del negocio u operación, cuando, en realidad, esta actúa motivada por el interés del agente en el desarrollo y conclusión del negocio en el cual interviene por su calidad y función¹⁷.

9.3. Acto simulado, debe entenderse como la conducta del funcionario público que aparenta la defensa de los intereses públicos; sin embargo, lo que ocurre en la realidad es que antepone los intereses privados y particulares, sobre los públicos. Es negociar los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes¹⁸.

DÉCIMO. Este Supremo Tribunal se ha pronunciado sobre este elemento normativo del delito de negociación incompatible en los términos siguientes¹⁹:

El término *interés indebido*, se debe entender como todo acto dirigido a anteponer el interés propio o de un tercero a los que se patrocina en nombre del Estado en un contrato o negocio, promoviendo así un beneficio irregular para sí mismo o para un tercero. En consecuencia, cuando un funcionario o servidor público, por razón de su cargo, participa en una contratación o negocio a nombre del Estado, tiene la obligación de desempeñarse en dicho procedimiento en forma diligente e imparcial. Si lo que busca el agente activo con su intervención irregular es beneficiarse a sí mismo o a un tercero, defrauda la confianza que se le ha conferido; tal actitud y conducta merece ser sancionadas penalmente al incurrir en el delito de negociación incompatible.

DECIMOPRIMERO. En la doctrina, Creus sostiene que el interés indebido es situarse ante el contrato u operación administrativa no solo como funcionario sino conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración –por eso se habla de un desdoblamiento del agente–. Interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada

¹⁷ DONNA, EDGAR ALBERTO. *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 321.

¹⁸ VARGAS ROJAS, FIDEL. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, p. 823.

¹⁹ Cas. N.º 18-2017/Junín, del 24 de julio de 2019. Ponente: Prado Saldarriaga.



configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares del tercero²⁰.

Por su parte, Sancinetti señala que se configura cuando el funcionario realiza un acto desviado para la prosecución de un interés espurio, es decir, una injerencia orientada al beneficio, de tal modo que condiciona la voluntad negocial de la Administración al interés particular²¹.

DECIMOSEGUNDO. Con relación a la naturaleza o carácter del interés indebido, la descripción del tipo penal no lo restringe a un determinado interés. En ese aspecto, puede ser económico o de cualquier otra índole (por ejemplo, cuando actúa motivado por una enemistad política contra uno de los postores), consideración que está acorde con el bien jurídico protegido, pues como se anotó no es necesario para la configuración del delito un perjuicio o ventaja económica. Lo trascendental, entonces, es que ese interés privado sea incompatible con el de la Administración Pública²².

DECIMOTERCERO. De este modo, el interés indebido en el delito de negociación incompatible implica una infracción grave y concluyente del deber especial positivo (actuación contra la normativa extrapenal, omisión o abstención de la exigencia extrapenal, etc.), conducta que afecta el bien jurídico protegido al que nos hemos referido.

DECIMOCUARTO. Asimismo, la figura penal exige que el sujeto activo se interese "en miras" de un beneficio propio o de un tercero. Ello significa que su acción debe estar ineludiblemente dirigida subjetivamente a la obtención de un provecho por parte del autor mismo o de un tercero. El provecho debe

²⁰ CREUS, CARLOS. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 299.

²¹ SANCINETTI, MARCELO A. "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas". En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Fascículo 3. España: Boletín Oficial del Estado, 1986, pp. 880-881.

²² En ese sentido, Peña Cabrera señala que el interés indebido no tiene que ser necesariamente de orden económico, de obtener una ventaja en términos pecuniarios, puede ser de cualquier índole. Por ejemplo, la consecución de un puesto laboral para un familiar, de participar en un proyecto de inversión privada, de ser incluido en un proyecto político. PEÑA CABRERA FREYRE, A. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo V. Lima: Idemsa, 2010, p. 573.



inspirar al autor en la realización de su conducta. Lo expuesto no implica que el delito exija para su configuración la producción u obtención del beneficio, pues a pesar de no materializarse dicho provecho igual este se configura. El tipo penal se perfecciona en tales condiciones, aun cuando no se haya logrado la obtención de tal beneficio²³.

ANÁLISIS DEL CASO

DECIMOQUINTO. Como se anotó, la defensa del investigado Casabonne Stoessel dedujo la excepción de improcedencia de acción, que fue declarada infundada en las dos instancias. A efectos de resolver el recurso se tiene en cuenta, en primer lugar, la **IMPUTACIÓN FÁCTICA** (acción, modo y tiempo) contenida en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, pues en su condición de cómplice primario, su presunta participación se encuentra directamente vinculada con las imputaciones formuladas contra los funcionarios y servidores públicos de la citada municipalidad. Luego se consideran los fundamentos del juez de la investigación preparatoria contenidos en la Resolución N.º 4 y de la Sala Penal de Apelaciones consignados en la Resolución N.º 10, con relación al motivo casacional admitido, esto es, el interés indebido como elemento típico del delito de negociación incompatible.

DECIMOSEXTO. Del contenido de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, el marco de imputación fáctica es el siguiente:

i) El 3 de diciembre de 2010, Cosabonne Stoessel presentó el proyecto de iniciativa privada para la construcción del Centro Comercial y de Esparcimiento Huánuco-Puelles.

ii) En la Sesión ordinaria de Concejo Municipal de Huánuco, del 14 de diciembre de 2010, los regidores –que se indican en la disposición de formalización de la investigación preparatoria– por mayoría aprobaron el Acuerdo de Concejo N.º 089-2010-MPHCO-O, que dispuso el cambio de uso del suelo del Parque Puelles, de zona de habilitación recreacional a uso mixto (zona comercial y zona recreacional). Dio su conformidad el gerente de Promoción y Desarrollo Económico (propuesta) y el teniente alcalde (informe).

²³ TAZZA, ALEJANDRO. Código Penal de la Nación Comentado. Parte especial. Tomo III. Santa Fé: Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, pp. 279 y ss.



El aporte de los referidos regidores que votaron a favor fue necesario para conseguir este primer acto. También se verificó el interés indebido del teniente alcalde Zevallos Fretel, pues expresó la finalidad del cambio de uso del área de terreno del referido parque, mediante Informe de la Comisión de Desarrollo Urbano y Obras Públicas, que presidía, no obstante que el procedimiento regular a seguir era mediante ordenanza municipal y no con un acuerdo de concejo.

Asimismo, el secretario general no solicitó el dictamen consultivo a la Comisión de Asuntos Legales, Procuraduría y Secretaría General antes de que se convoque a sesión de Concejo donde se aprobó el citado acuerdo de concejo.

iii) El 14 de diciembre de 2010 se aprobó que se modifiquen las áreas de recreación al uso de zona comercial o mixta, sin sustento documental (informes, memorandos y dictamen de la Comisión). Al día siguiente, el 15 de diciembre del mismo mes, el alcalde suscribió el Acuerdo de Concejo N.º 089-2010-MPHCO-O.

iv) Mediante Resolución N.º 1163-2010-MPHCO-O-A, del 23 de diciembre de 2010, el alcalde aprobó la Directiva N.º 001-2010-MPH-CO-A denominada "Procedimiento para la evaluación de iniciativas privadas en Proyectos de inversión presentados ante la Municipalidad Provincial de Huánuco", la cual no se encuentra justificada porque la Gerencia Municipal no solicitó opinión al gerente de Desarrollo Local respecto a la iniciativa privada de la citada empresa.

En ese sentido, existió contradicción entre los integrantes del Cepri. Emilio Teodoro Ruiz Moncada, el 29 de octubre de 2012, declaró que desconoce qué funcionario público elaboró la citada directiva y que no recuerda quién elaboró el Anexo N.º 1, que los requisitos de precalificación fueron elaborados por el presidente de la Comisión Emilio Teodoro Ruiz Moncada y por el secretario técnico, el abogado Benjamín Vladimir Cruz Picón. Este último en su declaración del 9 de noviembre de 2012, refirió que aparentemente la Directiva N.º 01-2010 fue elaborada por la gerencia general y que el Anexo N.º 1 fue elaborado por el Comité del pleno. Finalmente, Franco Liyanage Alva, en su declaración del 26 de octubre 2012, manifestó desconocer quién elaboró la referida Directiva. En su parecer, las referidas contradicciones ponen en cuestionamiento la imparcialidad con la que actuaron los miembros del Cepri.

Asimismo, en un solo día se emitieron diversos informes con inusitada celeridad con la finalidad de admitir a trámite y declarar de interés la iniciativa privada, los que no se realizaron con el debido análisis a pesar de la envergadura del proyecto.

v) El 27 de diciembre de 2010 se realizó la primera sesión consecutiva del Cepri, donde se admitió a trámite la propuesta de iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. El 28 de diciembre de 2010, se declaró de interés la iniciativa privada.

Según la Directiva N.º 001-2010-MPHCO-A, el Comité tenía dos días para la evaluación preliminar del proyecto y sesenta días hábiles, que podían ampliarse por otros veinte días hábiles, para realizar la evaluación técnica financiera del proyecto. No obstante, los miembros titulares del Cepri en solo dos días adoptaron los acuerdos. Se advirtió de la lectura del Informe N.º 23-2010-MPHCO-GDL, que



solo es un resumen de la iniciativa privada de Urbi Propiedades S. A., no contaba con fundamento técnico que sustente la posición de la Municipalidad de constituir un derecho de superficie, se limitó a señalar que cuando se admita a trámite y se declare de interés su proyecto, se le solicitará el proyecto completo en detalle. Se verificó que los integrantes del Cepri no contaron con el expediente técnico y menos se realizó una evaluación técnico financiera.

vi) El 29 de diciembre de 2010 se aprobó el Acuerdo de Concejo N.º 095-2010-MPHCO-O, en sesión ordinaria de concejo en la cual el teniente alcalde y los regidores sin debate y por unanimidad, declararon de interés el proyecto de inversión de iniciativa privada propuesta por Urbi Propiedades S. A.

vii) El 30 de diciembre de 2010, el alcalde emitió y suscribió el referido Acuerdo, que contiene la declaratoria de interés (Anexo 1): **a)** experiencia de 5 años en la operación de centros comerciales en provincia y 5 años en operación de supermercados a nivel nacional; y **b)** experiencia en desarrollo de proyectos inmobiliarios en contratos suscritos con el Estado.

Se excedió de sus atribuciones porque además de declarar de interés la propuesta presentada por Urbi Propiedades S. A., aprobó la desafectación del área total del Parque Puelles. No existió justificación para establecer los referidos requisitos técnicos, y se evidenció una vez más el interés indebido por parte de los miembros del Cepri, regidores y del alcalde, ya que al admitir los referidos requisitos solo favorecieron a Urbi Propiedades S. A. Así se impidió la libre competencia y perjudicó a otras empresas al no hacer posible que dentro del plazo de noventa días puedan presentar el mismo proyecto u otro alternativo.

viii) El 25 de marzo de 2011, Aventura Plaza S. A. presentó una carta al Cepri, en la cual manifestó su interés en participar en la ejecución del proyecto de inversión de iniciativa privada propuesta por Urbi Propiedades S. A. y que se modifique y eliminen los requisitos técnicos de la declaratoria de intereses, ya que perjudica la adecuada participación de inversionistas, estos son: **a)** experiencia en desarrollo de proyectos inmobiliarios en contratos suscritos con el Estado; **b)** reducción de cinco a tres años de experiencia de operaciones de centros comerciales; y **c)** se sustituya la experiencia en la operación de supermercados a nivel nacional por el compromiso de contar con un supermercado.

ix) El 29 de marzo de 2011 se emitió el Acuerdo de Concejo N.º 016-2011-MPHCO-E, que modificó los requisitos técnicos de la declaratoria de intereses.

x) El 8 de abril de 2011, el investigado Casabonne Stoessel presentó la Carta N.º UPC-049-2010, al presidente del Cepri, en la que solicitó se deje sin efecto el referido acuerdo de concejo.

xi) El Cepri, en sesión del 15 de abril de 2011, le dio la razón a la solicitud de Urbi Propiedades S. A. y propuso que el Concejo Municipal deje sin efecto el Acuerdo de Concejo N.º 016-2011-MPHCO-E. El mismo 15 de abril de 2011 se declaró la nulidad de este acuerdo, a través del Acuerdo de Concejo N.º 029-2011-MPHCO-E.



xii) El 3 de mayo de 2011, en el acta de reunión de Cepri, sus integrantes recomendaron al Concejo Municipal proceda a la adjudicación directa de la propuesta de iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. y a la negociación final del contrato.

Sin embargo, no consideraron en su Dictamen que los requisitos técnicos de la Declaratoria de Interés, tal como los fijaron, no posibilitaban la participación de otras empresas, como fue el caso de Aventura Plaza S. A.

xiii) El 6 de mayo de 2011 se emitió por mayoría el Acuerdo de Concejo N.º 033-2011-MPH-CO-E, suscrito por el alcalde Jesús Giles Alipázaga, que aprobó la iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. y le adjudicó el mencionado proyecto.

xiv) El 17 de mayo de 2011 se emitió el Dictamen N.º 0013-2011-MPHCO-CALPySG por la Comisión de Asuntos Legales, Procuraduría y Secretaría general, que recomendó al Concejo Municipal apruebe la versión final del contrato y se autorice al alcalde la suscripción del mismo.

xv) El 19 de mayo de 2011, se emitió por mayoría el Acuerdo de Concejo 034-2011-MPHCO-E, suscrito por el alcalde Jesús Giles Alipázaga, en el cual se aprobó la versión final del contrato y se le autorizó para que lo suscriba.

xvi) El 23 de mayo de 2011, se firmó el contrato de Constitución de Derecho Real de Superficie y Compromiso de Inversión. Intervino en representación de la Municipalidad el alcalde Jesús Giles Alipázaga y, en representación de Urbi Propiedades S. A., Ramón José Vicente Barúa Alzamora y Carlos Alfredo Casabonne Stoessel, director y gerente general, respectivamente.

xvii) El 4 de agosto de 2011, mediante Carta N.º 02-2011-INB-REG-MPHCO, se remitió un proyecto de Ordenanza dirigido al alcalde por Iván Núñez Barboza (quien en el 2010, en su condición de gerente de asesoría jurídica, recomendó se remitan los actuados al Concejo Municipal para que se cambie el uso del área del terreno del Parque Puelles) que buscaba cambiar la Ordenanza Municipal N.º 031-1999-MPHCO, que aprobó el plan director urbano para cambiar el uso de terreno del Parque Puelles.

En ese sentido, el investigado Iván Núñez Barboza con conocimiento y voluntad recomendó que se apruebe el Acuerdo de Concejo N.º 89-2010, a pesar de que no era el procedimiento para cambiar el uso del terreno del Parque Puelles. Asimismo, luego de firmado el contrato presentó un proyecto de ordenanza para que se cambie el uso de suelo del indicado parque, donde sostiene que el uso del suelo del Parque Puelles-Experiodistas como zona de habilitación recreacional ha sido aprobada mediante Ordenanza N.º 031-1999-MPHCO, por lo que conocía que la ordenanza como norma de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal debía modificarse por otra ordenanza previa consulta a la población, organizaciones públicas y privadas de la jurisdicción y no con un Acuerdo de Concejo como inicialmente recomendó.



xviii) El 11 de setiembre de 2011, se tiene el acta de audiencia pública de consulta sobre el Proyecto del Centro de Esparcimiento Huánuco Puelles convocada por el alcalde Jesús Giles Alipázaga. Por lo que se cursó el Oficio Múltiple N.º 030-2011-MPHCO-A, a las diversas instituciones públicas y privadas, citándolos para una reunión de trabajo del 13 del mismo mes, para poner en conocimiento la ejecución del referido proyecto.

xix) El 14 de setiembre de 2011 se emitió el Dictamen N.º 020-2011-MPHCO-CALySG, elaborado por los regidores Juan Elías Ollague Rojas, Joel Arteaga Calixto y Cecilia Ríos Salazar, integrantes de la Comisión de Asuntos Legales, Procuraduría y Secretaria General, en el cual se emitieron diversos informes en los que se dictaminó la aprobación del proyecto de ordenanza municipal que dispuso el cambio de uso de zona recreacional del Parque Puelles, no obstante se contradice con lo expuesto por los colegios profesionales, tal como se detallará luego.

xx) El 14 de setiembre de 2011 se emitió la Ordenanza Municipal N.º 022-2011-MPHCO, suscrita por el alcalde Jesús Giles Alipázaga, donde se ordenó modificar la Ordenanza N.º 031-1999-MPHCO, que aprueba el Plan Director Urbano, en el extremo de realizar el cambio de uso de la zona recreacional que ocupa el área del Parque Puelles, cambiando a zona de uso mixto, esto es, comercial y recreacional.

En la citada ordenanza por mayoría se ratificó el Acuerdo de Concejo N.º 033-2011-MPH-CO-0 del 6 de mayo de 2011, donde se aprueba la iniciativa privada presentada por Urbi Propiedades S. A. Asimismo, se le adjudicó directamente su proyecto de inversión y además el Acuerdo de Concejo N.º 034-2011-MPHCO-0 del 17 de junio de 2011, que autorizó al alcalde a suscribir el contrato con la empresa Urbi Propiedades S. A., la que se realizó como consecuencia de la aprobación del proyecto de ordenanza.

xxi) El 21 de setiembre de 2011, la Asamblea Extraordinaria del Consejo Regional de Decanos de los Colegios Profesionales de Huánuco, emitió pronunciamiento a través del cual observó y expresó su rechazo a la Ordenanza Municipal N.º 022-2011-MPHCO, pues se consignó maliciosamente que los colegios profesionales aprobaron el cambio de uso del suelo del Parque Puelles, cuando únicamente asistieron a la presentación de una reunión informativa de los posibles beneficios que ofrecería el futuro proyecto, la misma que estuvo a cargo del alcalde. En el mismo sentido se pronunciaron los decanos del Colegio de Notarios de Huánuco, Colegio de Contadores Públicos de Huánuco y del Colegio de Arquitectos e Ingenieros, quienes pusieron reparos sobre la parte técnica de la edificación.

DECIMOSÉPTIMO. Todos los actos administrativos mencionados, en consideración del fiscal provincial, son indicios concurrentes que demuestran que tanto el alcalde como los integrantes del Cepri se interesaron indebidamente de manera directa a favor de la iniciativa privada del proyecto Centro Comercial y de Esparcimiento Huánuco Puelles, presentada



por Casabonne Stoessel en su condición de director gerente de Urbi Propiedades S. A., para lo cual contaron con la participación necesaria de los regidores de dicho municipio y de otros funcionarios –cuyos nombres se precisan en la disposición de formalización de investigación preparatoria– y del mencionado Casabonne Stoessel.

Interés que se dio en provecho de la mencionada empresa, impidiendo que otras empresas como Aventura Plaza S. A. puedan presentar el mismo proyecto u otro alternativo, al haberse establecido requisitos técnicos en la declaratoria de interés que no hicieron posible la libre competencia. Agrega que no se advierte un estudio técnico financiero por parte de la Municipalidad que respalde la constitución de un derecho de superficie sobre dicho terreno a favor de la empresa Urbi Propiedades S. A. por el plazo de setenta años. De este modo, imputa que los informes y dictámenes elaborados solo sirvieron para darle formalidad a los acuerdos de concejo que se aprobaron sin debate previo, hechos que evidencian la comisión del delito de negociación incompatible.

DECIMOCTAVO. Con relación a Casabonne Stoessel, específicamente le imputa haber brindado un aporte necesario consistente en haber promovido la nulidad (se deje sin efecto) del Acuerdo de Concejo N.º 016-2011-MPHCO-E, del 29 de marzo de 2011, que modificó los requisitos técnicos de la declaratoria de interés, lo que se concretó cuando presentó la Carta N.º UPC-049-2010, del 8 de abril de 2011, al presidente del Cepri. De ese modo no se permitió la participación de otros inversionistas distintos a Urbi Propiedades S. A.

DECIMONOVENO. La defensa de Casabonne Stoessel al formular la excepción de improcedencia de acción alegó que el hecho no constituye delito, puesto que actuó en el ejercicio regular del derecho. Sostuvo que el 11 de abril de 2011, en su calidad de gerente general, cursó la carta notarial requiriendo se deje sin efecto el acuerdo del consejo y se continúe conforme con la declaratoria de interés, por lo que dicho acuerdo fue dejado sin efecto. Eso pone en evidencia de que en todo momento desarrolló conductas permitidas, ya que la única intención de la carta fue dejar sentado, de manera expresa,



ante los miembros del Cepri que había un procedimiento administrativo debidamente reglamentado.

Por tanto, no se trata de un aporte necesario para el delito de negociación incompatible, como sostiene la Fiscalía sino que se trata de un acto que realizó en el pleno ejercicio de un derecho y sin contravenir ninguna norma en la materia por la cual se le podría imputar responsabilidad penal respecto al cambio de uso del suelo del Parque Puelles, lo que es legal y conforme con los procedimientos que establece la norma especial en materia de iniciativas privadas bajo el ámbito de la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas.

VIGÉSIMO. El juez de investigación preparatoria en la Resolución N.º 4 declaró infundada la excepción deducida. Consideró que la conducta imputada por el fiscal sí constituiría delito, puesto que expuso una serie de irregularidades que tendrían como intención favorecer a la empresa representada por el investigado Casabonne Stoessel, y que si bien se alegó que su actuación se encuadró dentro del ordenamiento legal, ello debe ser evaluado en el estadio correspondiente cuando se analice su responsabilidad previa valoración de los elementos de convicción.

Esta decisión fue apelada por la defensa. Se precisa que, en los alegatos ampliatorios del recurso de apelación, la defensa sostuvo la atipicidad de la conducta, ya que con posterioridad a la Resolución N.º 4, se publicó la Casación N.º 782-2015/Áncash, en la que se optó por la teoría de la ruptura del título de imputación y estableció que para configuración del delito de negociación incompatible y enriquecimiento ilícito no se requiere la intervención de un tercero.

VIGESIMOPRIMERO. Por su parte, la Sala Penal de Apelaciones en la Resolución N.º 10, en el extremo objeto de debate y pronunciamiento, descartó la tesis de la defensa, ya que la conducta de su patrocinado no solo consistió en la remisión de una carta notarial, sino que según el titular de la acción penal se encontraría incluida dentro de un contexto al cual ya se hizo referencia. De allí que la cuestión de si la conducta del investigado fue legal o no, es un asunto



irrelevante para efectos de la excepción deducida, pues el delito de negociación incompatible no exige para su configuración necesariamente una actuación irregular en términos objetivos, sino más bien un interés indebido, o como en el caso de la complicidad primaria, un aporte necesario a la conducta que configura el delito (interés indebido del funcionario público). En ese sentido, confirmó la decisión del juez y declaró infundada la excepción deducida.

VIGESIMOSEGUNDO. De lo expuesto, este Supremo Tribunal aprecia que la imputación fáctica contra el investigado Cosabonne Stoessel contiene los presupuestos típicos del delito de negociación incompatible y en particular el referido al interés indebido, conforme con lo expuesto en los fundamentos doctrinales de la presente sentencia casatoria. En la disposición de formalización de la investigación preparatoria se han expuesto una serie de actos concretos –indicios concurrentes según el fiscal– atribuidas a los funcionarios ediles investigados (alcalde, teniente alcalde, miembros del Cepri, regidores, secretario general, gerente de Promoción y Desarrollo Económico, subgerente de Catastro y Control Urbano, gerente de Desarrollo Local, gerente de Asesoría Jurídica, entre otros) en la evaluación, calificación y realización de la declaratoria de interés de la iniciativa privada concretado en la suscripción de manera secuencial y forma célere de los acuerdos, resoluciones, informes y opiniones, que en conjunto configurarían típicamente el **interés indebido** en la contratación para favorecer el proyecto de la empresa Urbi Propiedades S. A.

En estos actos irregulares se atribuye la participación del investigado Cosabonne Stoessel, quien habría brindado un aporte necesario para la comisión del delito de negociación incompatible, al haber promovido el impedimento para la participación de otros postores como Aventura Plaza S. A., lo cual se habría concretado mediante la presentación de la Carta N.º UPC-049-2010, del 8 de abril de 2011, mediante la cual solicitó al Cepri la nulidad del Acuerdo de Concejo N.º 016-2010-MPHCO-E, el cual en la Sesión del 15 del mismo mes propuso al Concejo municipal se deje sin efecto dicho acuerdo edil, y en el mismo día el citado Concejo emitió el Acuerdo de



Concejo N.º 029-2011-MPHCO-E que, a su vez, declaró la nulidad del acuerdo anterior N.º 016-2010-MPHCO-E.

VIGESIMOTERCERO. Si bien la defensa alegó que la actuación específica de su patrocinado está acorde con el ejercicio regular del derecho, es pertinente precisar que dicha conducta no puede ser evaluada aisladamente sino como lo sostuvo la Sala Penal de Apelaciones en el contexto integral del marco de imputación fáctica, considerando el conjunto de actos ya detallados. En ese aspecto, la imputación contiene premisas fácticas de antijuridicidad de la conducta. Ahora bien, la comprobación o no de dicha antijuridicidad es un juicio que como se sostuvo en la resolución de primera instancia precisa de la evaluación de los actos de investigación y que por ahora no corresponde su análisis en este incidente de excepción de improcedencia de acción, dada la naturaleza de este medio de defensa.

VIGESIMOCUARTO. En cuanto al argumento de la defensa de que se tenga en cuenta el perjuicio económico como presupuesto del delito de negociación incompatible, carece de fundamento, pues conforme con los fundamentos doctrinales expuestos en la presente sentencia casatoria, el perjuicio económico no es una exigencia típica para la configuración de este delito.

VIGESIMOQUINTO. Por tanto, no se advierte que el juez de investigación preparatoria y la Sala Penal de Apelaciones, al momento de evaluar la excepción de improcedencia de acción, hayan interpretado erróneamente el elemento típico del delito de negociación incompatible, referido al interés indebido.

La Sala Penal de Apelaciones cuando confirmó la decisión del juez de la investigación preparatoria, ejerció las facultades de control jurisdiccional del relato fáctico y de legalidad reguladas en los artículos 409 y 419 del CPP, en conexión con el literal b, inciso 1, artículo 6, del acotado Código, y los lineamientos establecidos en la doctrina jurisprudencial al respecto. En atención a las razones expuestas, no se configuró la causal del inciso 3, artículo 429, del CPP, y así se declara.



DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. ACORDARON DECLARAR INFUNDADO el recurso de casación excepcional, por vulneración de precepto penal material, interpuesto por la defensa técnica del investigado **CARLOS ALFREDO CASABONNE STOESSEL** contra el auto de vista del tres de octubre de dos mil dieciséis, emitido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que **confirmó** el de primera instancia del nueve de junio de dos mil dieciséis, que declaró **infundada** la excepción de improcedencia de acción que dedujo, en la investigación que se le sigue a Carlos Alfredo Casabonne Stoessel como cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huánuco.

II. En consecuencia, **NO CASARON** el referido auto de vista.

III. DISPUSIERON se lea la sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en la página web del Poder Judicial, y se notifique a todas las partes apersonadas a esta Suprema Instancia.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el expediente al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Sala Suprema.

Intervino el juez supremo Bermejo Rios por licencia del magistrado supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

BROUSSET SALAS
CASTAÑEDA OTSU
PACHECO HUANCAS
GUERRERO LÓPEZ
BERMEJO RIOS
SYCO/wqu