



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 Zecevich 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 Incidentar 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 título 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 inadmisibile el recurso 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 inadmisibile, 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 inadmisibile 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



fuentes comparadas 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.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 1059-2018
HUÁNUCO

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