



Negociación incompatible

Sumilla. 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 sancionado penalmente al incurrir en el delito de negociación incompatible.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, veinticuatro de julio de dos mil diecinueve

VISTA: en audiencia pública, los recursos de casación interpuestos por la defensa técnica de los procesados Rolando Cano Carhuallanqui, Johnny Alex Castillo Reyna y Érida Bertha Rojas Patiño, contra la sentencia de vista del cuatro de octubre de dos mil dieciséis (foja quinientos treinta y cinco), en la parte que confirmó la sentencia del trece de mayo de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Rolando Cano Carhuallanqui y Johnny Alex Castillo Reyna como autores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de negociación incompatible en agravio del Estado (INPE), y a Érida Bertha Rojas Patiño como cómplice primaria del referido delito, y les impuso cuatro años de pena



privativa de la libertad suspendida por el periodo de prueba de dos años, con todo lo demás que contiene.

Intervino como ponente el juez supremo Prado Saldarriaga

FUNDAMENTOS

ITINERARIO PROCESAL

Primero. La Cuarta Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín formuló acusación contra Rolando Cano Carhuallanqui, Johnny Alex Castillo Reyna (funcionarios públicos); Roberto Jimmy Melgar Lazo (servidor público) y Élide Bertha Rojas Patiño (*extraneus*); por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible en agravio del Estado (INPE).

Por sentencia del trece de mayo de dos mil dieciséis (foja doscientos cinco), el Primer Juzgado Penal de Huancayo condenó a los antes mencionados, bajo la calificación jurídica planteada por el representante del Ministerio Público, en su requerimiento acusatorio, e impuso a todos ellos cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspendió por el plazo de dos años, y fijó en diez mil soles el monto de la reparación civil a favor de la parte agraviada, de carácter solidario, con lo demás que contiene.

Dicha sentencia fue apelada el primero de junio de dos mil dieciséis por los condenados Rolando Cano Carhuallanqui (foja doscientos sesenta), Johnny Castillo Reyna (foja doscientos sesenta y ocho) y Roberto Jimmy Melgar Lazo (foja doscientos ochenta y dos) y Élide Bertha Rojas Patiño (foja doscientos ochenta y ocho), y se elevaron los actuados a la Sala Penal Superior.



Segundo. La Sala de Apelaciones de Huancayo realizó la audiencia de apelación de sentencia el catorce de setiembre de dos mil dieciséis (foja trescientos veinte), la cual continuó el veintiuno de setiembre del mismo año (foja trescientos veintinueve), y se emitió la sentencia de apelación el cuatro de octubre de dos mil dieciséis (foja trescientos treinta y cinco), por la que confirmó la sentencia del trece de mayo de dos mil dieciséis, en el extremo condenatorio de los sentenciados Rolando Cano Carhuallanqui, Johnny Alex Castillo Reyna y Élica Bertha Rojas Patiño; y revocó la condena al procesado Jimmy Melgar Lazo; y, reformándola, lo absolvieron de los cargos en su contra.

Ante la referida decisión del Tribunal Superior, los sentenciados Cano Carhuallanqui, Castillo Reyna y Rojas Patiño, presentaron recursos de casación. Efectuada la calificación de los mismos, por Ejecutoria Suprema del diecinueve de enero de dos mil dieciocho (foja sesenta y nueve del cuadernillo), se declararon bien concedido sus recursos, por la causal contenida en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal.

Llevada a cabo la audiencia de casación el veinte de junio de dos mil diecinueve, corresponde a este Tribunal Supremo emitir su pronunciamiento de Ley.

HECHOS MATERIA DE PROCESO

Tercero. Los hechos probados, conforme se señala en la sentencia de vista cuestionada (foja trescientos treinta y cinco), consisten en que los encausados Rolando Cano Carhuallanqui (director del establecimiento penitenciario de Huancayo) y Johnny Alex Castillo Reyna (director regional de la Oficina Regional Centro Huancayo del



INPE), tuvieron un interés indebido en la tramitación y suscripción del convenio celebrado con la empresa Fiorella Comunicaciones E. I. R. L.; el primero en firmar el convenio mencionado y el segundo al haber suscrito el Oficio número 282-2911-INPE/20.04, por el cual le pidió a Cano Carhuallanqui que suscriba el convenio; sin haberse cumplido con las exigencias establecidas en la Directiva número 001-2008-INPE.

Se indicó que el convenio suscrito no tenía las opiniones técnicas favorables de las unidades o áreas comprometidas con el objetivo del convenio, el jefe de Asesoría Jurídica, el jefe del órgano Técnico de Tratamiento y el jefe de la Unidad o área de Administración y el informe técnico sustentatorio; tampoco tenía la visación previa del jefe del órgano Técnico de Tratamiento, jefe de la Unidad o área de Administración, el jefe de la División o Departamento de Seguridad y de la unidad o área especializada y comprometida con el objetivo del convenio.

Asimismo, una vez suscrito el contrato, no se efectuó la verificación del cumplimiento de convenio, originando que las llamadas en los teléfonos instalados por la empresa Fiorella Comunicaciones E. I. R. L. no correspondían con lo consignado en su propuesta; lo que originó el malestar de la población penitenciaria, causando impacto en los medios de comunicación.

El interés indebido de Cano Carhuallanqui se encuentra en que en su condición de director del Centro Penitenciario tiene el deber de evaluar los requisitos establecidos en la ley para suscribir un convenio, lo que no observó. Sobre el encausado Castillo Reyna, se indicó que si bien se contó con informes del encargado de mantenimiento y servicios auxiliares y del subdirector de la Unidad de Administración, estos solo se referían a los aspectos técnicos y



económicos de la propuesta; su competencia como director de la Oficina Regional Centro del INPE era verificar el cumplimiento de la Directiva 001-2008-INPE, lo que no hizo. Además, Castillo Reyna al suscribir el oficio número 282-2011-INPE/20.04, realizó un mandato imperativo al director del Establecimiento Penitenciario para que firme el convenio, si tener en cuenta que dicho funcionario tenía la facultad de decidir si lo firmaba o no.

En referencia a la encausada Rojas Patiño, se indicó que el interés indebido de sus coencausados Cano Carhullanqui y Castillo Reyna fue para favorecer a su empresa, por lo que es evidente su participación como cómplice primaria; asimismo, para la consumación del delito imputado, no se requiere la existencia de un daño patrimonial al Estado.

DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Cuarto. Conforme con la ejecutoria suprema del diecinueve de enero de dos mil dieciocho (foja sesenta y nueve del cuadernillo), se concedió el recurso de casación por la causal prevista en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal.

El ámbito de pronunciamiento de la presente sentencia de casación se circunscribe a determinar en qué consiste el elemento típico del interés indebido, que tiene el funcionario o servidor público, sobre un contrato para obtener provecho propio o de tercero, en el delito de negociación incompatible sancionado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, el cual se trata de un delito de peligro concreto; a efectos de determinar si las conductas de los recurrentes se encuentran subsumidos en dicho delito.



En ese sentido, en la presente sentencia en primer lugar se conceptualizará la citada figura, para luego determinar si la misma se configura en el caso de los recurrentes.

ANÁLISIS DEL CASO

Quinto. El delito de negociación incompatible se encuentra tipificado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, en dicha disposición leal se sanciona al funcionario o servidor público que se interesa indebidamente, en provecho propio o de tercero; ya sea en forma directa, indirecta o por acto simulado, en un contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo. En el Código Penal nacional, dicho delito está regulado como una modalidad del delito de corrupción de funcionarios.

La Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que se trata de un delito que vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en los que interviene un funcionario o servidor público por razón de su cargo; sobre todo porque aquel tiene el deber de procurar un óptimo beneficio para la Administración Pública. Sin embargo, el sujeto activo de este delito antepone en la negociación la obtención de un ilícito beneficioso para sí o un tercero¹. Constituye un delito de peligro que no requiere la existencia de un perjuicio patrimonial para el Estado.

Sexto. La acción típica consiste en que el agente (funcionario o servidor público) muestre o aplique un “interés indebido” en la celebración del

¹ Casación N.º 628-2015-Lima, Casación 231-207-Puno, Recursos de Nulidad 2641-2011-Lambayeque, 2068-2012-Lima y 1021-2014-Pasco. Igualmente: MONTOYA VIVANCO, Yván. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Idehpucp y Open Society Foundations Diciembre 2015. Pág. 133. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley. Cuarta edición, octubre 2007, p. 818. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Edit. Jurídica Portocarrero. Segunda edición, p. 220.



contrato u operación en los que interviene por razón de su cargo. Cabe precisar que históricamente siempre estuvo sancionada en nuestro ordenamiento penal, tanto en el Código Penal de 1863 (artículo doscientos uno) como en el Código Penal de 1924 (artículo trescientos cuarenta y cinco); y en el Código vigente fue ubicada como un delito de corrupción de funcionarios y se añadió el término “indebidamente” con la modificación dispuesta por la Ley 27074². Posteriormente, con la modificación ocurrida a través de la Ley 28355³, al elemento objetivo del “interés indebido” se le agregó un elemento subjetivo especial de trascendencia interna, consistente en procurar un “provecho propio o de tercero”. Las formas de su comisión son directa, indirecta o por acto simulado.

Sétimo. Ahora bien, el término *interés indebido* se debe entender como todo acto dirigido a anteponer el interés propio o de tercero a los que se patrocinan en nombre del Estado en un contrato o negocio promoviendo así un beneficio irregular para sí mismo o para un tercero. Al respecto, Fontan Balestra precisa que “el autor es, al mismo tiempo, interesado personalmente en el negocio y funcionario que interviene en él por razón de su cargo”⁴; a su vez, Creus destaca que: “Interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros”⁵.

² Publicada el 26 de marzo de 1999.

³ Publicada el 6 de octubre de 2004.

⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo VII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 327.

⁵ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo 2. Astrea. Segunda reimpresión, 1999, p. 299.



En consecuencia, pues, 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 sancionado penalmente al incurrir en el delito de negociación incompatible.

ANÁLISIS DEL CASO

Octavo. En torno a los hechos probados en la sentencia de vista, se infiere que los recurrentes realizaron el tipo penal y actuaron con “interés indebido” de favorecer a terceros. Efectivamente, facilitaron un convenio irregular con persona allegada a su entorno amical, como lo es Roberto Jimmi Melgar Lazo, quien es trabajador del establecimiento penitenciario de Huancayo. Es así que se firmó un convenio con la empresa Fiorella Comunicaciones E. I. R. L. representada por Élida Bertha Rojas Patiño, por el cual dicha empresa brindaría servicio telefónico a la población penitenciaria del penal de Huancayo, conforme con su propuesta técnica, con la que se garantizaba su derecho a la comunicación; sin embargo, la representante legal y propietaria de la empresa mencionada era tía directa del trabajador penitenciario Roberto Jimmi Melgar Lazo, conocido de Cano Carhuallanqui; inclusive el trabajador encargado de manipular los aparatos telefónicos dentro del penal era Pool Melgar Lazo, hermano del servidor penitenciario ya aludido.

Noveno. De esta manera, cuando el encausado Castillo Reyna remitió el oficio número 282-2011-INPE/20.04, por el cual ordenó a su



coencusado Cano Carhuallanqui, director del Penal de Huancayo, que firme el convenio mencionado, a pesar de que el mismo no cumplía con los requisitos señalados en la Directiva número 001-2008-INPE; actuó con un interés ajeno a la Administración Pública, ya que benefició indebidamente a una empresa relacionada con un trabajador del mismo centro penitenciario donde se iba a realizar el servicio.

Asimismo, el procesado Cano Carhuallanqui, al firmar el convenio aludido, también lo hizo sin acatar la norma administrativa ya mencionada, además no verificó que la empresa que brindaba el servicio telefónico cumpliera con las especificaciones de su propuesta técnica, lo que era parte de su función como director del Centro Penitenciario conforme con el Manual de Organización y Funciones de la Oficina Regional Centro-Huancayo⁶; advirtiéndose que tenía amistad con Roberto Jimmi Melgar Lazo, ya que ambos estudiaron en el Centro Nacional de Estudios de Criminología y Penitenciario en el año dos mil, inclusive dicha persona era alcaide del mismo penal de Huancayo. Entonces, sí hay un interés indebido no solo en la suscripción del contrato sino en su ejecución, buscando favorecer a una empresa cuya dueña era familiar directo de un amigo suyo.

Por consiguiente, la Sala de Apelaciones de Huancayo aplicó debidamente el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, referido al delito de negociación incompatible.

Décimo. En lo referente a la sentenciada Rojas Patiño, la calificación de cómplice que se le asignó también se adecúa a lo dispuesto en

⁶ Capítulo II. Dirección 2.1. Director 2. Funciones y responsabilidades [...]. c) dirigir, coordinar y controlar los programas, proyectos y actividades de tratamiento penitenciario en el establecimiento penitenciario.



el artículo veinticinco del Código Penal, pues intervino directamente en la negociación incompatible como contraparte de la misma, permitiendo con ello su plena realización y conclusión; teniendo pleno conocimiento del interés indebido de los funcionarios públicos y que la llegaron a beneficiar.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **INFUNDADO** los recursos de casación por errónea interpretación de la ley penal, interpuesto por los abogados de los acusados Rolando Cano Carhuallanqui, Johnny Alex Castillo Reyna y Élide Bertha Rojas Patiño, contra la sentencia de vista del cuatro de octubre de dos mil dieciséis, emitida por la Sala de Apelaciones de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, en la parte que confirmó la sentencia del trece de mayo de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Rolando Cano Carhuallanqui y Jhonny Alex Castillo Reyna como autores del delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible en agravio del Estado (INPE), y a Élide Bertha Rojas Patiño como cómplice primaria del referido delito, les impuso cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el periodo de prueba de dos años, con todo lo demás que contiene.
- II. En consecuencia, **NO CASARON** la referida sentencia de vista de foja quinientos treinta y cinco, del cuatro de octubre de dos mil dieciséis.



III. DISPUSIERON que la presente sentencia sea leída en audiencia, se notifique a las partes apersonadas a esta instancia; asimismo, se devuelva al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

VPS/wlr