La reparación civil en el delito de negociación incompatible como delito de peligro

El delito de negociación incompatible, como tal, admite la posibilidad de imponer una reparación civil y, dado que este comprendía el daño a la imagen de la institución, correspondía que la Sala Superior verificara el análisis efectuado por el juez de primera instancia de los elementos de la responsabilidad civil, como son el hecho antijurídico, el factor de atribución (dolo o culpa), el nexo causal y el daño, lo que no ocurrió en el caso que nos ocupa.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinticuatro de mayo de dos mil veintidós

VISTOS: en audiencia pública[1], el recurso de casación interpuesto por la **Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de Arequipa** (folio 460 del cuaderno de casación) contra la Sentencia de Vista número 09-2020, del veintinueve de septiembre de dos mil veinte (folio 404 del cuaderno de casación), en el extremo en el que la Sala Penal de Apelaciones Especializada en Extinción de Dominio de la Corte Superior de Justicia de Arequipa revocó la sentencia en el extremo de la reparación civil y reformando declaró infundada la pretensión civil instada, dejando a salvo el derecho de la parte para que la instara en la vía correspondiente.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

[1] Realizada a través del sistema de videoconferencia, donde existió una interacción visual y auditiva simultánea, bidireccional y en tiempo real, sin ningún obstáculo; además, no hubo necesidad de que las partes concurrieran, en forma física, a las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Según el requerimiento de acusación (folio 35 del cuaderno de casación), se imputó lo siguiente:

1.1. A Lino Raymundo Huamán Nova se le atribuye que, en su condición de funcionario público —subgerente de Abastecimiento de la Municipalidad de José Luis Bustamante y Rivero—, se interesó en forma directa en provecho de un tercero por la contratación de un camión volquete para la recolección de residuos sólidos de la plataforma comercial Andrés Avelino Cáceres, pues estableció el valor referencial en mérito a dos cotizaciones que fueron realizadas a dos postores que ya laboraban para la municipalidad agraviada. Asimismo, en su calidad de presidente del comité especial elaboró las bases para la ADS número 005-2014 con el fin de favorecer al proveedor ganador y otorgó un puntaje elevado que no correspondía al proveedor ganador.

1.2. A Jorge Alberto Ojeda Rodríguez se le imputa que, en su condición de funcionario público —gerente de Desarrollo Urbano—, se interesó en forma directa en provecho de un tercero, que fue la empresa Dello Group, dado que elaboró las bases administrativas del proceso de selección y calificó indebidamente al postor ganador, con lo cual lo favoreció.

1.3. A José Alberto Franco Casas se le atribuye que, en su condición de funcionario público —gerente de Servicios de la Ciudad—, se interesó en forma directa en provecho de un tercero por la contratación de un camión volquete para la recolección de residuos sólidos de la plataforma comercial

Andrés Avelino Cáceres, pues hizo el requerimiento del servicio antes mencionado y, en su calidad de miembro del comité especial, elaboró las Bases para la ADS número 005-2014 con el fin de favorecer al proveedor ganador y otorgó un puntaje elevado que no correspondía al dicho proveedor. Asimismo, procedió a dar la conformidad del servicio prestado.

Segundo. El representante del Ministerio Público tipificó estos hechos como delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 399 del Código Penal. Por ello, en su requerimiento acusatorio solicitó que se imponga a José Alberto Franco Casas y Lino Raymundo Huamán Nova la pena privativa de libertad de cuatro años con siete meses e inhabilitación por igual tiempo, conforme al artículo 36, numerales 1 y 2, del Código Penal, y a José Alberto Ojeda Rodríguez la pena privativa de libertad de tres años con diez meses e inhabilitación por igual tiempo, conforme al artículo 36, numerales 1 y 2, del Código Penal. Por su parte, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Norte, constituida en actor civil, solicitó S/ 30 000 (treinta mil soles) por concepto de reparación civil.

Tercero. El Juzgado Penal Unipersonal Supraprovincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante la Sentencia número 52-2019, del once de octubre de dos mil diecinueve (folio 216 del cuaderno de casación), entre otros aspectos, resolvió declarar a José Alberto Franco Casas y Lino Raymundo Huamán Nova como autores del delito de negociación incompatible, así como absolver a Jorge Alberto Ojeda Rodríguez del citado delito, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de Arequipa; además, impuso como pago de

reparación civil por parte de todos los procesados, José Alberto Franco Casas, Jorge Alberto Ojeda Rodríguez y Lino Raymundo Huamán Nova, en mérito al artículo 12 del Código Procesal Penal, la suma de S/ 30 000 (treinta mil soles), que deberán ser pagados en forma solidaria por los referidos procesados.

Cuarto. Una vez apelada la sentencia por el sentenciado Lino Raymundo Huamán Nova (folio 282), por el sentenciado José Alberto Franco Casas (folio 311) y por la defensa técnica de Jorge Alberto Ojeda Rodríguez (folio 342), mediante la Sentencia de Vista número 09-2020, del veintinueve de septiembre de dos mil veinte (folio 404), se revocó dicha sentencia y, reformándola, se declaró infundada la pretensión civil instada, dejando a salvo el derecho de la parte para que la requiera en la vía correspondiente, al amparo de los siguientes fundamentos:

> De lo mencionado se advierte que, contrariamente a lo afirmado por el Juez de primera instancia, el Actor Civil sí precisa que comprende el monto de treinta mil soles requerido, pues se dijo a lo largo del proceso que se solicita dicho monto como concepto de un daño extra patrimonial, y de forma más específica un daño a la imagen; sin embargo, el Juez asume dicha pretensión como una solicitud de daño patrimonial, lo que no es acorde a lo pretendido por el Actor Civil.
>
> Entonces, ante esta indebida valoración debería corresponder la nulidad del proceso para que se emita un nuevo pronunciamiento; no obstante, ello sería fructífero si durante el juicio oral se hubiera actuado prueba que acredite el daño extra patrimonial, sin embargo, pese a que en el escrito de absolución de traslado de acusación se ofrecieron medios de prueba para acreditar el daño extra patrimonial, de la sentencia se advierte que no se oralizó ninguno en el estadio del juicio oral, por lo que no sería conveniente anular la sentencia en parte para la emisión de un pronunciamiento

que no será posible justificar, por ello se debe revocar la sentencia en este único extremo y dejar a salvo el derecho de la parte para que haga valer el mismo en la vía que corresponda.

Por otro lado, si bien la defensa de los acusados José Alberto Franco Casas y Lino Raymundo Huamán Nova, solicitó una nulidad pues no había una debida motivación respecto a la reparación civil; al haberse advertido este error en que incurrió la sentencia y habiendo solicitado la nulidad, el pronunciamiento de revocatoria también debe alcanzar a los mencionados acusados, por cuanto no es posible que estos defectos sean subsanados en instancia penal.

Aunque la Procuraduría Pública en esta instancia ha indicado que lo que se ha justificado es una reparación civil satisfactoria, como ya se indicó, durante el proceso no ha sido peticionado de esta manera, sino se dijo que el monto solicitado era por un daño extra patrimonial, por lo que no es posible aceptar tal proposición.

II. Motivos de la concesión de los recursos de casación

Quinto. Este Tribunal Supremo, mediante la resolución del quince de octubre de dos mil veintiuno (folio 141 del cuadernillo formado en esta instancia), concedió el recurso de casación propuesto por el Ministerio Público por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

III. Audiencia de casación

Sexto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el nueve de mayo del año en curso (folio 158 del cuadernillo formado en esta instancia), la que se realizó con la intervención de la parte recurrente, quien expuso los argumentos propuestos en su recurso de casación, con lo que la causa quedó expedita para emitir pronunciamiento.

IV. Fundamentos de derecho

Séptimo. Este Tribunal Supremo, como garante de los derechos, principios, bienes y valores constitucionales y actuando como última instancia de la jurisdicción ordinaria, admitió el recurso de casación ordinaria propuesto por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de Arequipa para determinar la inaplicación de normas sobre procedencia de la pretensión reparatoria y los Acuerdos Plenarios números 6-2006/CJ-116 y 4-2019/CIJ-116.

Octavo. La Procuraduría Pública argumentó que la Sala Superior sustentó su decisión en que el juez, supuestamente, habría considerado como daño patrimonial lo solicitado cuando no lo habrían pedido de esa manera y que al no haberse solicitado la reparación de dicho daño por el Estado solo quedaría la pretensión por daño extrapatrimonial, del cual no se habría actuado ninguna prueba. Respecto al primer fundamento, indicó que en ningún momento se asume su pretensión como daño patrimonial; y, respecto al segundo fundamento, cuestionó el haberse afirmado que en audiencia no se habría actuado prueba para acreditar el daño extrapatrimonial, cuando se trata de un delito de peligro que no requiere que se produzca un daño patrimonial o provecho económico. Destacó que el artículo XII de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señaló que no resulta necesario que los actos tipificados como corrupción produzcan perjuicio patrimonial, lo cual ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 29 de la sentencia recaída en el Expediente número 17-2011-AI/TC; así también, el fundamento 10 del Acuerdo Plenario número 6-2006/CJ-116, sobre los delitos de peligro, indicó que el daño se puede producir aunque no exista un resultado

delictivo concreto y solo bastará con acreditar la vulneración al bien jurídico tutelado consistente en quebrantar los deberes que nacen del cargo o la función o las atribuciones. Por ello, en tal sentido, la Sala Superior debía verificar si en el presente caso se ha configurado la infracción de deber y ello ha sido así en vista de que se ha confirmado la sentencia condenatoria en el extremo penal respecto a dos procesados, y en cuanto a Jorge Alberto Ojeda Rodríguez se ha acreditado que habría cometido un acto negligente, el cual también vulnera el quebrantamiento de los deberes públicos e implica la responsabilidad civil, y que la Sala Superior debía confirmar lo resuelto. Por otra parte, señaló que el Acuerdo Plenario número 4-2019/CIJ-116, página 12, indica que el órgano jurisdiccional tiene la facultad no solo para encuadrar el hecho específico en el ámbito de culpa extracontractual, sino también para apreciar las pruebas obrantes en juicio y sentar sus propias deducciones, en orden a la realidad fáctica, lo que implica que la Sala Superior debió verificar toda la prueba respecto al quebrantamiento de deberes de los imputados que ya había sido actuada y agotada; en consecuencia, amparar la pretensión civil más aún porque esta se sustentó en el daño a la imagen de la institución, que se produce cuando se afectan los componentes que forman parte de la personalidad del Estado.

Noveno. El daño como elemento de la responsabilidad civil puede ser patrimonial o extrapatrimonial. El primero comprende, a su vez, el daño emergente y el lucro cesante, mientras que el segundo, el daño moral y el daño personal.

Décimo. Si bien es cierto que la sentencia de primera instancia se pronunció de forma genérica con relación al daño, también hizo mención a que, producto del actuar de los tres procesados, se

procedió al pago, con lo cual se perjudicó el patrimonio de la municipalidad agraviada por un monto ascendente a S/ 42 588 (cuarenta y dos mil quinientos ochenta y ocho soles), y con el fin de no emitir un pronunciamiento *extra petita* corresponde conceder el monto solicitado por la Procuraduría Pública. Por ello, teniendo en cuenta que el daño emergente es el perjuicio económico real producto del hecho ilícito, conforme lo expuso la Sala Superior, el Juzgado de primera instancia sí habría estimado dicho monto, identificándolo con un daño emergente, esto es, daño patrimonial, aun cuando lo solicitado fue daño extrapatrimonial por daño a la imagen de la institución.

Undécimo. Sobre el particular, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[2], en el artículo 3, sobre el ámbito de aplicación, señaló que "2. Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado". Esto es, condicionando únicamente la necesidad de producción de daño o perjuicio patrimonial solo si existe una disposición que así lo establezca. Asimismo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, en su artículo XII, señala que, para la aplicación de dicha convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en ella produzcan perjuicio patrimonial al Estado.

Duodécimo. Así también, el fundamento 10 del Acuerdo Plenario número 6-2006/CJ-116, sobre reparación civil y delitos de peligro, estableció que "no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía", a partir de lo cual queda

[2] Aprobada en el Perú con la Resolución Legislativa número 26757, del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y seis, y ratificada por el Decreto Supremo número 012-97-RE, del veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y siete.

zanjada la viabilidad de fijar una reparación civil en el caso de delitos de peligro, como el que nos ocupa.

Decimotercero. Por su parte, el fundamento 26 del Acuerdo Plenario número 4-2019/CIJ-116, sobre absolución, sobreseimiento y reparación civil, indicó lo siguiente:

> La perspectiva civil del hecho objeto del proceso permite apreciar y calificar sus efectos que los mismos se deriven de manera plenamente autónoma, ya que fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió, esto es, salvo el caso de declararse probado que el acto o la omisión no existió objetivamente, el órgano jurisdiccional tiene facultad no solamente para encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar las pruebas obrantes en juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica.

Postura que, entendemos, deriva del principio *iura novit curia*, que faculta al juez para encuadrar el hecho específico en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Decimocuarto. Estando a lo expuesto, dado que nos encontramos frente a un delito de peligro, que como tal admite la posibilidad de imponer una reparación civil y ya que este comprendía el daño a la imagen de la institución, correspondía que la Sala Superior verificara el análisis efectuado por el juez de primera instancia de los elementos de la responsabilidad civil, como son el hecho antijurídico, el factor de atribución (dolo o culpa), el nexo causal y el daño, lo que no ocurrió en autos. Por ende, se habría inaplicado el artículo12 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, así como los Acuerdos Plenarios números 4-2019/CIJ-116 y 6-2006/CJ-116. En consecuencia, el presente recurso deviene en fundado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la **Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de Arequipa** (folio 460 del cuaderno de casación), por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista del veintinueve de septiembre de dos mil veinte (folio 404), en cuanto a que declaró infundada la pretensión civil instada.

II. **ORDENARON** que se lleve a cabo un nuevo juicio de apelación por otro Tribunal Superior, a fin de que se pronuncie sobre la pretensión de la reparación civil.

III. **DISPUSIERON** que la presente decisión sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema y que, acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en esta instancia, se publique la decisión en el portal web del Poder Judicial y, cumplidos los trámites necesarios, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo formado en esta instancia.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/MAGL