



Nulidad de la sentencia absolutoria

Sumilla. Cuando en la sustanciación de la instrucción o en la del proceso de juzgamiento se hubiera incurrido en graves irregularidades u omitido trámites o garantías establecidos por la Ley Procesal Penal.

Lima, cuatro de diciembre de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de nulidad promovido por el procurador público del Estado, Especializado en Delitos de Corrupción, contra la sentencia del cuatro de enero de dos mil diecinueve, que absolvió de la acusación fiscal a Edgar Fredi Gamero López, Wilson Bertolotto Ticona, Aldo Nicolás Gambetta Palza, Pedro Rojas Calisaya, Juan Quispe Acero y Cipriano Justino Franco Tapia, en su calidad de coautores del delito contra la Administración Pública-colusión, en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Tacna; y declaró improcedente el pago de la reparación civil a cargo de los referidos encausados. Con lo expuesto en el dictamen del fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema Barrios Alvarado.

CONSIDERANDO

PRIMERO. Agravios planteados. La defensa de la Procuraduría del Estado solicita, en su recurso impugnatorio, la nulidad del fallo y la realización de un nuevo juicio oral. Como agravio sostiene lo siguiente:

D. A. [Signature]



- 1.1. Cuestiona la improcedencia del pago de la reparación civil, decisión que atenta contra las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva; en ese sentido, considera que la Sala Penal incurre en error al desestimar su pretensión civil sobre la base que expidió una sentencia absolutoria y no condenatoria, pues el fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, la misma que debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de interés protegido que origina consecuencias patrimoniales y no patrimoniales.
- 1.2. Agrega que el núcleo central del delito de colusión es la concertación y no la defraudación patrimonial, es decir, que se trata de un delito de mera actividad y no de resultado. En ese sentido, señala que el Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116 establece que la naturaleza jurídica de la reparación civil es distinta del objeto penal, pues mientras la responsabilidad civil se origina por la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, la sanción penal está relacionada con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido.
- 1.3. El referido acuerdo plenario establece que no debe descartarse la responsabilidad civil en los delitos de peligro; en tal sentido, considera que, en este caso, hay que diferenciar que al margen de la absolución de los imputados sobre la lesión del bien jurídico protegido del delito de colusión (delito de mera actividad: cautela la regularidad y corrección en el ejercicio de la función de negociación), pues para la Sala Superior no se logró acreditar la concertación, el resultado dañoso emana no necesariamente del bien jurídico protegido en el delito imputado, sino de la infracción del deber, al tratarse de un delito especial.

D. A. J. V.



61

1.4. Finalmente, asevera que en sus alegatos finales fue enfático en sostener que los imputados no solo transgredieron el artículo 384 del Código Penal, sino que por la misma esencia de la infracción del delito vulneraron el artículo 76 de la Constitución Política del Estado, la Resolución de Contraloría N.º 195-88-CS, entre otras normas administrativas, pues estos incurrieron en una indebida contratación de proveedores, que develan una conducta antijurídica, en sede civil, que trae como consecuencia un daño jurídico de naturaleza extrapatrimonial, al crear un descrédito de la colectividad en el ejercicio de la función pública; sin embargo, en la sentencia cuestionada no se esgrimió mayor argumento sobre ello.

SEGUNDO. Marco Incriminatorio. De la acusación fiscal se desprende que a Edgar Fredi Gamero López (alcalde de la Municipalidad Distrital de Calana), Wilson Bertoloto Ticona (alcalde de la Municipalidad Distrital de Sama-Las Yaras), Aldo Nicolás Gambetta Palza (asesor gerente de Ingeniería y Obras de la Municipalidad Provincial de Tacna), Pedro Rojas Calisaya (alcalde de la Municipalidad Distrital de Taruchachi), Juan Quispe Acero (alcalde de la Municipalidad Provincial de Tarata) y Cipriano Justino Franco Tapia (alcalde de la Municipalidad Distrital de Estique Pampa), se les imputa el siguiente hecho delictivo:

2.1. Durante el año 2000 en que se inició la ejecución de la obra Carretera Tacna, Tarata, Candarave, Umalso, el alcalde de la Municipalidad Provincial de Tacna (ente ejecutor), suscribió siete convenios para el alquiler de maquinarias y equipos con otras municipalidades provinciales y distritales de Tacna; esto es, con los alcaldes de las siguientes entidades:

D. A. [Signature]



- a. Municipalidad Distrital de Calana (Convenio número 041-2000 del 11 de agosto de 2000, Cláusula Ad. número 01, Cláusula Ad. número 02).
- b. Municipalidad Distrital de Sama (Convenio número 052-2000 del 02 de octubre de 2000, Cláusula número 01, Convenio número 054-2001 del 03 de diciembre de 2001).
- c. Municipalidad Distrital de Estique Pampa (Convenio número 063-2000 del 21 de diciembre de 2000, cláusulas números 01 y 02 Convenio número 050-2001 del 03 de diciembre de 2001).
- d. Municipalidad Provincial de Tarata (Convenio número 021-2000 del 17 de abril de 2000, Cláusula número 01).
- e. Municipalidad Distrital de Tarucachi (Convenio número 022-2000 del 17 de abril de 2000, cláusulas Ad. números 01, 02, 03, 04, 05 y 06).
- f. Municipalidad Distrital de Candarave (Convenio número 013-2000-MPT del 20 de marzo de 2000 y la Cláusula Ad. número 01 de setiembre de 2000).

Sin embargo, las referidas maquinarias, en las fechas de la suscripción de los contratos respectivos, no eran de propiedad de estos municipios, sino de terceras personas (empresas privadas); lo que no resultó ser beneficioso para la obra, ya que se pagaron precios unitarios de alquiler mayores a los previamente presupuestados en el expediente técnico, ocasionando un elevado sobrecosto por las mismas.

- 2.2.** El Ministerio Público refirió que, si bien al inicio se había convocado un concurso público para la ejecución de la referida obra, que incluía la contratación de maquinarias y equipos, al amparo de la

D. [Signature]



Ley de Presupuesto, pues los gastos superaban la suma 150 000,00 soles; sin embargo, en dicha convocatoria no se realizó una previa selección de otras cotizaciones y postores. Razón por la cual, aquello constituye un indicio probatorio de la concertación ilegal con la finalidad de obtener un beneficio pecuniario, al escoger directamente a un solo proveedor en cada caso.

2.3. Continuando con la obra, en el año 2001, el referido alcalde y los gerentes y/o asesores jurídicos, administrativos y profesionales que lo asistían, persistieron con este comportamiento, al no convocar un concurso público, aun cuando el costo superaba la suma de 900 000,00 soles. Dicho procedimiento era una exigencia impuesta por la Ley Presupuestal aprobada por el Decreto Legislativo número 909.

2.4. Por otro lado, se detectó que el alcalde de la Municipalidad Provincial de Tacna canceló a la Municipalidad Distrital de Calana, por alquiler de maquinaria sin contrato, la suma de 72 311,21 soles, y por maquinaria que no trabajó en la obra, pagó el monto de 19 434,50 soles.

2.5. Además, otro hecho relevante es que la mayoría de los convenios suscritos por la Municipalidad Provincial Tacna con otras municipalidades provinciales y distritales, no han cumplido con las formalidades legales, lo cual constituye un indicio de que fueron redactados adrede para que no se pueda identificar la maquinaria en una posible fiscalización o auditoría, abonándose hasta abril de 2001 la suma de 2 520 629,59 soles, a terceras personas.

2.6. Por último, conforme con la auditoría efectuada por la Contraloría General de la República, contenida en el Informe número 106-



2001-CG/A252, del 28 de diciembre de 2001, se verificó que en la obra carretera Tacna-Tarata-Candarave-Umalso existió un gasto sin justificar de 1 423 179,70 soles.

FUNDAMENTOS

TERCERO. En el presente caso, si bien sería de aplicación el principio acusatorio, dado que ante la impugnación del procurador público del Estado, el fiscal supremo en lo penal, en su dictamen, convalidó la decisión del Tribunal de Instancia; sin embargo, cabe recordar que este principio no logra configurarse cuando de la revisión de la decisión cuestionada se advierte que esta ha sido emitida con clara vulneración de alguna garantía penal o procesal de corte constitucional, conforme se ha establecido en diversa jurisprudencia de esta suprema instancia.

CUARTO. Sobre el caso concreto. La Procuraduría del Estado en su recurso impugnatorio cuestiona la improcedencia del pago la reparación civil, cuya imposición –afirma– no se encuentra supeditada con la emisión de una sentencia condenatoria, sino que su imposición es viable, aun cuando se expida una sentencia absolutoria o de sobreseimiento.

4.1. Respecto a la reparación civil, el artículo 93 del Código Penal establece que comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y además la indemnización de daños y perjuicios. El Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116, destaca que: "el ámbito del objeto civil del proceso penal [...] está regulado por el artículo 93 del Código Penal; desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal, existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, aun



65

cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil.

4.2. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ofensa penal –lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente– (la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto*, infracción-daño, es distinta); el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.

4.3. Desde esta perspectiva, el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial–; como daños no patrimoniales, circunscrito a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales no patrimoniales –tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas– que se afectan, como acota Alastuey Oobón, bienes inmateriales del perjudicado que no tienen reflejo patrimonial alguno¹.

4.4. Sin embargo, independientemente de las posturas que se sostengan sobre la naturaleza de la responsabilidad *ex delicto*, la acción civil ejercitada en el proceso penal, esta debe correr la suerte que establezca la ley procesal correspondiente. El Código de

¹ Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 157.



66

Procedimientos Penales optó por un sistema de accesoriadad en sentido estricto, de forma que el juez penal solo tenía competencia objetiva para resolver la acción civil en la medida en que se dictara una sentencia condenatoria penal; solo si condena al autor de los hechos es posible fundar la pretensión civil. Por el contrario, frente a una sentencia absolutoria o el sobreseimiento de la causa, el perjudicado debía acudir al proceso civil correspondiente a interponer su demanda. No obstante, el Nuevo Código Procesal Penal decidió romper en forma definitiva con una accesoriadad mal comprendida, de forma que se permite en la actualidad que, a pesar de una sentencia absolutoria o el archivo definitivo por un sobreseimiento, el juez no esté impedido para emitir una sentencia para satisfacer la pretensión civil².

QUINTO. En este caso, el *iter* procesal de la presente causa se desarrolló de la forma siguiente:

- 5.1. En mérito a la denuncia formulada por el representante del Ministerio Público con fecha veintiuno de diciembre de dos mil cuatro, el Segundo Juzgado Penal de Tacna, mediante resolución del cinco de abril de dos mil cinco, abrió instrucción, en vía ordinaria, entre otros, contra Edgar Fredi Gamero López, Wilson Bertolotto Ticona, Aldo Nicolás Gambetta Palza, Pedro Rojas Calisaya, Juan Quispe Acero y Cipriano Justino Franco Tapia, en su calidad de coautores del delito contra la Administración Pública-colusión, en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Tacna.
- 5.2. Culminada la etapa de instrucción, el fiscal superior formuló acusación contra los antes referidos, por el mismo delito y agraviado, como puede verse en el dictamen de folio 3925; lo que trajo como consecuencia que se expida el respectivo auto de enjuiciamiento,

² San Martín Castro, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2015, p. 270.

D. A. K. J.



62

mediante resolución del veintiséis de agosto de dos mil trece (véase folio 4343), que ratificó lo opinado por el fiscal superior y declaró haber mérito para pasar a juicio oral contra los referidos imputados, por el delito de colusión, en perjuicio de la comuna edil de Tacna.

5.3. Concluido el juicio oral, se expidió la sentencia del veintinueve de mayo de dos mil catorce, que declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Luis Ramón Torres Robledo (autor), Jesús Ricardo Ascuña López, Aldo Nicolás Gambetta Palza, Carina Enriqueta Valcárcel Torres, Antonia María del Carmen Casaretto Flores, Elena Ynés Torres Pérez, Oscar Fabricio Meléndez Liendo, Edgar Fredi Gamero López, Wilson Bertolotto Ticona, Juan Quispe Acero, Pedro Rojas Calizaya, Cipriano Justino Franco Tapia, Apolinario Quispe Acero, Juan Valeriano Cruz Rojas, Persing Mauricio Albarracín Reyes (coautores), José Luis Janzic Solís, Alberto Higinio Berrios Morales, José Ángel Martín Fuentes Vásquez y René Henry López Soto (cómplices primarios) por el delito de colusión, en perjuicio de la Municipalidad de Tacna. Dicha decisión fue impugnada, y mediante Ejecutoria Suprema del cuatro de marzo de dos mil quince (véase folio 5730), se declaró nula dicha sentencia y se dispuso la realización de un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior.

5.4. Culminado el nuevo juicio oral se expidió la sentencia del once de abril de dos mil dieciséis (véase folio 6947), que absolvió a Luis Ramón Torres Robledo y Apolinario Quispe Acero, de la acusación fiscal como autores del delito contra la Administración Pública-colusión, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tacna; y condenó a Edgar Fredi Gamero López, Wilson Bertolotto Ticona, Aldo Nicolás Gambetta Palza, Pedro Rojas Calisaya, Juan Quispe Acero Y Cipriano Justino Franco Tapia, como coautores del delito contra la Administración Pública-colusión, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tacna, a cinco años de pena privativa de la libertad,

D. A. [Signature]



63

y fijó la suma de cinco mil soles el monto por concepto de reparación civil, que deberá abonar cada uno de los sentenciados a favor de la entidad agraviada. No obstante, por Ejecutoria Suprema del seis de octubre de dos mil diecisiete (véase folio 7377), se declaró no haber nulidad en el extremo absolutorio, y nula la misma sentencia en el extremo condenatorio, y ordenó un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior.

5.5. Este último juicio oral culminó con la sentencia recurrida del cuatro de enero de dos mil diecinueve, que absolvió de la acusación fiscal a Edgar Fredi Gamero López, Wilson Bertolotto Ticona, Aldo Nicolás Gambetta Palza, Pedro Rojas Calisaya, Juan Quispe Acero y Cipriano Justino Franco Tapia, en su calidad de coautores del delito contra la Administración Pública-colusión, en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Tacna; y declaró improcedente el pago de la reparación civil a cargo de los referidos encausados.

SEXO. De lo expuesto, se colige que la presente causa se tramitó durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales, la misma que acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil, ello significa que frente a una decisión de un juicio de condena, además de imponer una pena, se deberá fijar un monto por concepto de reparación civil; esto último ocasionado con el daño por la actividad ilícita; para ello, el Código de Procedimientos Penales otorga una serie de facultades a la parte civil orientadas a que se le otorgue tutela definitiva de su pretensión, ello no significa la posibilidad de establecer o poner en debate la imposición de un monto resarcitorio frente al escenario de una absolución o sobreseimiento.

6.1. Por el contrario, el Nuevo Código Procesal Penal en su Sección II del Libro I, sobre disposiciones generales, establece la posibilidad del

J. A. [Signature]



69

ejercicio de la acción civil juntamente con la penal, lo que permite ahora que frente a una decisión absolutoria o de sobreseimiento (artículo 12.3), se pueda poner en debate la imposición de una reparación civil.

6.2. Sin embargo, como se ha precisado en el caso de autos, la causa se tramita bajo los lineamientos del Código de Procedimientos Penales, ordenamiento procesal vigente al momento de los hechos; por lo que la Sala Penal Superior incurrió en grave irregularidad procesal al aceptar evaluar y resolver en la sentencia final un pedido que debió ser rechazado de plano, por no encontrarse regulado en el acotado dispositivo procesal, lo que acarrea la nulidad de la sentencia cuestionada.

SÉPTIMO. De otro lado, como sustento de la decisión absolutoria el Colegiado Superior invoca el principio acusatorio referido a que el Ministerio Público es el titular de la acción penal; por tanto, frente a la ausencia de una acusación sustancial corresponde la absolución. Asimismo, sostiene que la prueba obtenida en juicio resulta insuficiente para acreditar la comisión del delito de colusión y la responsabilidad penal de los acusados.

7.1. No obstante, no se ha tomado en cuenta que en diversos pronunciamientos de esta instancia suprema, se ha establecido que la acusación formal se expresa en la fase intermedia del proceso cuando faltan pruebas de cargo más contundentes que han de actuarse en la fase de juzgamiento, no al finalizar el debate probatorio³.

7.2. En el presente caso, si bien el fiscal superior, en su requisitoria oral, de forma errónea planteó la acusación formal (véase sesión de audiencia de folio 7731), ello de ningún modo releva al Tribunal

³ Ejecutoria Suprema expedida en el Recurso de Nulidad N.º 3672-2013, del 29 de abril de 2015.

D. A. K. V.



Superior de una valoración conjunta del caudal probatorio, ni menos garantiza una decisión absolutoria, dado que en su momento la misma Fiscalía, mediante dictamen acusatorio (folio 3925) formuló acusación sustancial en contra de los acusados, para quienes solicitó una pena y reparación civil; en ese sentido, correspondía una seria justificación del fallo, en la que se valore de forma debida el acervo probatorio (pruebas de cargo y de descargo), y de ser el caso recurrir a la prueba indiciaria y confrontarla con los contraindicios e integrarla con la prueba directa que exista; y, así, determinar razonablemente si sobre ella se puede establecer, con certeza, un juicio de responsabilidad o irresponsabilidad de los acusados, considerando la complejidad del caso.

7.3. En efecto, en la sentencia cuestionada no se advierte un mayor análisis sobre el caudal probatorio, más allá de transcribir las conclusiones de los peritos que concurrieron al plenario, deficiencia que afecta al principio de la valoración libre de la prueba, por ende, de la seguridad jurídica; por lo que se incurrió en causal de nulidad insalvable, prevista en el artículo 298, inciso 1, del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NULA** la sentencia del catorce de febrero de dos mil dieciocho, en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a Rolando Pariona Sánchez y Eva Aída Salomé Guerra, por el delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas agravado, en perjuicio del Estado; con lo demás que contiene. **MANDARON** se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior. **DISPUSIERON** se devuelvan los autos al Tribunal Superior



FE

para los fines de ley. Se haga saber a las partes apersonadas en esta
Sede Suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

BALLADARES APARICIO

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS
EBA/wcpm

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DANIEL ANTONIO ALMONACID DE LA CRUZ
Secretario (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA