

EXPEDIENTE : 00865-2014-85-1101-JR-PE-01.
ESPECIALISTA : HAYDEE TUNCAR GARCIA.
SENTENCIADO : ALTAMIRANO FLORES CESAR JORGE
DELITO : COLUSION
AGRAVIADO : ESTADO PERUANO

SENTENCIA DE VISTA Nro.029 - 2021

RESOLUCION NRO. 45

Huancavelica, nueve de abril de dos mil veintiuno.-

I.- PARTE EXPOSITIVA.

PRIMERO: OBJETO DE LA ALZADA.

Viene en alzada el recurso de apelación contra la sentencia de fecha treinta de enero de dos mil veinte, que declara a **MACISTE ALEJANDRO DÍAZ ABAD, CÉSAR JORGE ALTAMIRANO FLORES, AARÓN BENJAMÍN CARO ESPINOZA, CIRO SOLDEVILLA HUAYALLANI y EDUARDO FÉLIX CANDIOTTI MUNARRIZ**, como Autores del Delito Contra la Administración Pública, en la modalidad de **COLUSIÓN SIMPLE**, previsto en el primer párrafo del artículo 384° del Código Penal modificado por Ley N° 30111, en agravio del Estado - Gobierno Regional de Huancavelica, imponiéndoseles **CUATRO AÑOS** de pena privativa de libertad, con el carácter de **EFFECTIVA**, inhabilitación por el mismo tiempo para el ejercicio de función o cargo que ejercía; e, Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, y **MULTA** de ciento ochenta días – multa, ascendente a S/. 1,512.00, así como declarando a **GUIDO EFRAÍN QUISPE ESCOBAR**, como Autor del Delito Contra la Administración Pública, en la modalidad de **COLUSIÓN SIMPLE**, previsto en el primer párrafo al artículo 384° del Código Penal, modificado por Ley N° 30111; y, como Autor del delito Contra la Administración Pública, en el sub tipo de **USURPACIÓN DE FUNCIONES**, previsto en el artículo 361° del Código Penal, en agravio de l Estado - Gobierno Regional de Huancavelica, imponiéndosele **SEIS AÑOS** de pena privativa de libertad (cuatro años por el Delito de Colusión Simple, y dos años por el Delito de Usurpación de Funciones), con el carácter de **EFFECTIVA**, y **SEIS AÑOS** de **INHABILITACIÓN**, consistente en la Privación de la función o cargo que ejercía; e, Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, y **MULTA** de ciento ochenta días – multa, ascendente a S/. 1,512.00, y encontrando **RESPONSABLE** penalmente a la acusada **CARMEN BEATRIZ GALLARDO MULATILLO**, en su calidad de cómplice del Delito Contra la Administración Pública, en la modalidad de **COLUSIÓN SIMPLE**, imponiéndosele **CUATRO AÑOS** de pena privativa de libertad, con el carácter de **EFFECTIVA**, **MULTA** de ciento ochenta días – multa, ascendente a S/. 1,512.00, **FIJANDOSE** por concepto de **REPARACIÓN CIVIL**, la cantidad de **doscientos mil y 00/100 Soles (S/. 200,000.00)** que deberá ser abonado por los sentenciados, y, por el delito de Usurpación de Funciones, el sentenciado **GUIDO EFRAÍN QUISPE ESCOBAR**, deberá abonar la cantidad de **S/. 5,000.00 Soles**, por concepto de Reparación Civil.

diferente al contenido de un contrato por convenio marco de la ley de contrataciones del Estado. La conclusión arribada por el informe pericial N°017-2016 de fecha 25 de abril de 2016 que señala "el pago de S/ 20,164,654.13 monto inferior al presupuesto establecido de inversión generó un ahorro en beneficio del Gobierno regional de Huancavelica del monto total de S/2,320,345.87", conclusiones que le sustentó al fiscal del caso para la modificación de la calificación legal de fecha 06.01.2020, por lo que al existir no existir perjuicio o potencial perjuicio no se configura el delito de colusión, asimismo como pretensión alternativa solicita la nulidad de la sentencia por la pérdida de competencia del juzgador a quo, entre otros argumentos.

CUARTO: ITER PROCESAL DE LA APELACIÓN.

La audiencia de fecha treinta de marzo del dos mil veintiuno se efectuó con la asistencia del señor Fiscal Superior de la Fiscalía Superior Penal de Apelaciones, los sentenciados, asesorados por sus defensas técnicas; por ante el Colegiado conformado por los señores Magistrados Máximo Alvarado Romero, Jimmy Arue Cachay y María Rosa Espinoza Mejía, con actuación probatoria y procediendo a la presentación de los alegatos finales.-----

II. PARTE CONSIDERATIVA.

QUINTO.- ARGUMENTOS NORMATIVOS-----

5.1.- El artículo 139.6° de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la pluralidad de instancia.-----

5.2.- El artículo 139.5° de la Constitución Política del Estado, establece la obligación que todas las resoluciones judiciales, excepto los decretos de mero trámite, estén debidamente motivadas; lo que implica un desarrollo de las razones que justifican una decisión judicial.-----

5.3.- El artículo 409° del CPP, precisa que: "La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante".

5.4.- El artículo 419° del CPP, establece que: "1. La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración hechos cuanto en la aplicación del derecho. 2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada total o parcialmente (...)"-----

5.5. El Art. 139.3 de la Constitución Política del Estado y Tratados Internacionales, sobre la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. "Todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado y sentenciado por un Juez competente".

SEXTO: ANALISIS JURIDICO FACTICO.

6.1. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO-----

Corresponde analizar los argumentos esgrimidos por las defensas en audiencia de apelación:

6.1.1. Si bien, las defensas a través de sus pretensiones impugnatorias expuestas en sus escritos de apelaciones respectivamente ha expuestos argumentos con la finalidad de solicitar como pretensión principal la revocatoria de la sentencia, haciendo mención a cuestiones de derecho en cuanto a la valoración de los medios de pruebas y apreciación de los hechos por parte del a quo, Carmen

Beatriz Gallardo Mulatillo con fecha 01.07.2020, y Ciro Soldevilla Huayllani con fecha 09.03.2020, han solicitado como pretensión accesoria la NULIDAD de la sentencia por la causal prevista en el artículo 150.b del CPP referido "Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas"; por el siguiente argumento:

- El magistrado Carlos Antonio Samaniego Espinoza, Juez Titular del Segundo Juzgado Unipersonal de la provincia de Huancavelica fue designado como Juez Superior Provisional de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, a partir del 01-01-2020, mediante Resolución Administrativa N° 1374-2019-CE-PJ de fecha 26-12-2019, y conforme a la Resolución Administrativa N° 001-2020-P-CSJHU/PJ de fecha 02 de enero del 2020, asumió funciones conformando esta Sala Penal de Apelaciones desde aquella fecha, y con fecha 30 de enero de 2020 emite sentencia de primera instancia en el presente caso, en esas circunstancias habría perdido competencia y jurisdicción como Juez del Segundo Juzgado Unipersonal de la provincia de Huancavelica; por lo que la sentencia emitida por dicho magistrado sería nula.

6.1.2. Dicha pretensión, fue ratificada en acto de audiencia por parte de los citados abogados, asimismo se tiene que el abogado de los demás procesados, se han adherido a dicha pretensión solicitando la nulidad de la sentencia; al traslado de dicha pretensión, el representante del Ministerio Público, ha señalado que conforme al Art. IV del Título Preliminar del CPP "El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad", y estando a lo expuesto por la defensa de Ciro Soldevilla Huayllani y el ofrecimiento de los medios de prueba en segunda instancia, considera que dicho valor probatorio evidencia que el magistrado que emitió la sentencia al 30.01.2020 ya tenía la condición de Juez Superior, estando a ello el Art. 150 del CPP establece las nulidades absolutas por lo que se evidencia que se ha transgredido dicho artículo en el presente caso, asimismo conforme al Art. 409.1 del CPP "La impugnación confiere al Tribunal competencia para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante", lo que deberá ser evaluado por el Colegiado Superior.

6.1.3. Bajo esa pretensión, es necesario analizar en primer lugar a fin de verificar si en efecto dicho argumento resulta válido o no, y pasar -si fuera el caso- a analizar el fondo del asunto respecto a las demás pretensiones impugnatorias, para ello debemos poner de manifiesto la normativa correspondiente a ser analizadas:

El artículo 149 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que.- Los Vocales tienen la obligación de emitir su voto escrito en todas las causas en cuya vista hubiesen intervenido, aún en caso de impedimento, traslado, licencia, vacaciones, cese o promoción. Dicho voto forma parte de la resolución, no siendo necesaria la firma de ésta por el Vocal referido.

El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Penal respecto a la Competencia judicial señala, en su inciso 2)

Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la Ley.

LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL

El artículo 19° del citado código señala respecto a la Determinación de la competencia.-

1. La competencia es objetiva, funcional, territorial y por conexión.
2. Por la competencia se precisa e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben conocer un proceso.

El artículo 27.1 del citado código indica cuales son las competencias de las Salas Penales de las Cortes Superiores, entre los que se destaca para resolver el presente caso:

Conocer del recurso de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previstos por la Ley, expedidos por los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales -colegiados o unipersonales.-

Por su parte el artículo 28.3.a) precisa la competencia funcional de los Juzgados Penales.-

Compete funcionalmente a los Juzgados Penales, Unipersonales o Colegiados, lo siguiente:

Dirigir la etapa de juzgamiento en los procesos que conforme Ley deban conocer;

El artículo 359.1 del Código Procesal Penal señala:

El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los Jueces, el Fiscal y de las demás partes, salvo lo dispuesto en los numerales siguientes. Cuando el Juzgado es colegiado y deje de concurrir alguno de sus miembros siendo de prever que su ausencia será prolongada o que le ha surgido un impedimento, será reemplazado por una sola vez por el Juez llamado por Ley, sin suspenderse el juicio, a condición de que el reemplazado continúe interviniendo con los otros dos miembros. La licencia, jubilación o goce de vacaciones de los Jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia.

6.1.4. Ahora bien, conforme a la revisión de la sentencia mediante la cual se le condena a los impugnantes, se advierte que ésta fue emitida el 30 de enero de 2020 (conforme se desprende de folios 454), asimismo se advierte que el juicio oral se instaló e inició el 23 de setiembre de 2019 conforme se desprende de folios 122, y se prolongó en diversas sesiones, como las llevadas a cabo con fechas 1) 06 de enero de 2020 (folios 335), 2) 14 de enero de 2020 (folios 356), 3) 17 de enero de 2020 (folios 408), 4) 24 de enero de 2020 (folios 429), y finalmente el 5) 30 de enero de 2020 fecha en la que se leyó la sentencia (folios 434), estando a ello se verifica que después del 26 de diciembre de 2019 fecha en la que se le designa al magistrado Carlos Antonio Samaniego Espinoza como Juez Superior Provisional, asumiendo sus funciones a partir del 01 de enero de 2020, es decir asumió competencia como Superior de la Primera Sala Penal de Apelaciones según Resolución Administrativa N°1374-2019-P-CSJH U/PJ, pese a ello éste continuó con el presente juicio oral llevándose en un total de cinco sesiones conforme a lo anotado.

6.1.5. Estando palmaria y objetivamente el presente proceso adolece de nulidad absoluta, conforme al Art. 150.b) del CPP nos releva a este Colegiado a pronunciarnos sobre el fondo del asunto y pronunciarnos sobre la nulidad deducida por los abogados de la defensa y la conformidad en el acto oral sobre dicho extremo por el representante del Ministerio Público, el cuestionamiento nulificante, es que el citado Magistrado en su condición de Juez Superior Provisional de esta Sala, haya continuado realizando actuaciones de Juzgamiento como Juez Penal Unipersonal en el presente caso, al respecto las normas enunciadas hacen referencia a la continuidad del juzgamiento como principio de los Juicios, por su parte el Art. 359 del CPP señala que *"La licencia, jubilación o goce de vacaciones de los Jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia"*, en concordancia con lo que también señala la Ley Orgánica del Poder Judicial en su Art. 149 *"Los Vocales tienen la obligación de emitir su voto escrito en todas las causas en cuya vista hubiesen intervenido, aún en caso de impedimento, traslado, licencia, vacaciones, cese o promoción"*; nótese que en dichas circunstancias especiales tales como: Jubilación, traslado, licencia, vacaciones, cese o promoción no le impide a los Jueces a participar en la deliberación y votación de la sentencia, pero dicha participación se encuentra limitada por ambas normas citadas justamente a dicha actuación como es la **deliberación**, que es el acto por la cual el magistrado reflexiona razonadamente después de formar parte del debate probatorio expuesto en el juicio oral, sobre el sentido del fallo o voto que emitirá, y la **votación** se limita a señalar cuál es la decisión que ha adoptado después de la deliberación, estos procedimientos evidentemente deben ser puestas de manifiesto por el Juez que ha participado en la etapa de Juzgamiento pese a que pueda surgir posteriormente su Jubilación, su traslado, licencia, vacaciones, cese o su promoción; a fin de respetar el principio de Inmediación, que ha sido definido por las Casaciones N° 54-2010-Huaura y 87-2012-Puno como principio y presupuesto, [que] permite el acercamiento del Juzgador con todos los elementos que sean útiles para emitir una sentencia justa (...); sin embargo dicha **disposición excepcional** que refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial y la norma procesal penal no le alcanzaba al magistrado Carlos Antonio Samaniego Espinoza, pues su actuación no se limitó a dichas excepciones, sino dirigió activamente el juzgamiento como Juez de primera instancia, cuando ya no contaba con dicha competencia por habérsele promovido a Juez Superior. (No existe ninguna norma autoritativa que faculte a un solo Juez de emitir fallos en dos instancias en forma simultánea).

6.1.6. En el presente caso, ocurrió que el Magistrado Titular mencionado - Juez Penal Unipersonal fue pasible de promoción a Juez Superior Penal de Apelaciones, y continuó ejerciendo labores propias del cargo que le fuera promovido, no limitado a la deliberación y emisión de su sentencia, sino a la actuación como Juzgador al haber participado en 05 audiencias del Juicio Oral en el presente caso (como Juez de Primera Instancia), ahora bien, se tiene que el Art.

28 del CPP ha señalado y delimitado cuales son las competencias funcionales de ambos órganos jurisdiccionales tales como al Juez Penal de Unipersonal como era el caso del magistrado Samaniego Espinoza, es la de dirigir la etapa de juzgamiento de los procesos que le correspondan materialmente, y por su parte el Art. 27 del citado código también le establecía su competencia como Juez Superior como es de conocer del recurso de apelación emitido por los jueces de primera instancia, dicha actuación fue ejercida por dicha magistrado de manera simultánea, llevando a cabo el juzgamiento de este caso y además conocía de los recursos de impugnación como Juez Superior, esta actuación simultánea es motivo de nulidad de la presente sentencia, puesto que un Juez no puede tener competencia en dos órganos jurisdiccionales paralelamente, pues como se tiene indicado a partir del 01 de enero de 2020 asumió el cargo de Juez Superior Provisional de la Primera Sala de Apelaciones de esta Corte conforme a la Resolución Administrativa N° 1374-2019-CE-PJ de fecha 26-12-2019.

6.1.7. El Art. 150 del CPP se señala los supuestos de nulidad absoluta, y en su literal b) hace referencia a los defectos concernientes al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; en el presente caso se tiene que el magistrado Samaniego Espinoza estaba legalmente nombrado como Juez Penal Unipersonal para dirigir el juzgamiento del presente proceso lo cual lo hizo desde el 23 de setiembre de 2019; pero a partir de su nombramiento como Juez Superior Provisional de esta Sala asumió funcional y materialmente competencia de juzgador de segunda instancia para el conocimiento de los recursos de apelación, dejando de asumir competencia funcional para conocer los juzgamientos de primera instancia, quedando únicamente limitada su competencia como Juez de Primera instancia para la deliberación y votación de las sentencias de los procesos que haya conocido, conforme así lo establece expresamente la norma procesal penal Art. 359, y la ley Orgánica del Poder Judicial; pero esa actuación no debía extender al Juzgamiento de primera instancia; porque se vulneraría el inciso 2) del Art. V del título preliminar del Código Procesal Penal y el Art. 19 del citado código.

6.1.8. Si bien, el Art. 359 del CPP, establece la concurrencia del Juez y de las partes con todos los actos propios del juicio, ésta solamente tiene validez cuando lo hace contando con la respectiva jurisdicción y competencia, entendiéndose que la competencia es el ejercicio de la jurisdicción. No es de cuestionamiento que las resoluciones que se hayan efectuado estando revestidos de competencia tengan la debida validez, empero que si adolece de nulidad asumir dos competencias jurisdiccionales al mismo tiempo.

6.1.9. El Tribunal revisor tiene la capacidad para declarar de oficio una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no ha sido parte del ámbito de impugnación, pues este tipo de nulidad puede conllevar a que otros actos procesales pueden ser viciados al ampararse en ellos. Por tanto atendiendo al rol de garante que cumple

el magistrado al interior del proceso penal está facultado normativamente intervenir en estos casos, conforme a la Casación N°113-2014-LAMBAYEQUE/F31°, es decir declarar de oficio o a solicitud de parte las nulidades absolutas en el presente caso.

6.1.10. Recalcando lo indicado precedentemente, es necesario acotar que en la audiencia de apelación llevado a cabo el día 30 de marzo de 2021, respecto a la solicitud de la nulidad de la sentencia que es materia de impugnación y que se planteó nulidad absoluta por las partes procesales, corriéndose traslado al Representante del Ministerio Público, éste precisó que era palmaria e inequívocamente el vicio procesal de carácter insalvable, es decir, señaló que también estaba conforme con que se declare la nulidad absoluta de la sentencia apelada que estaba en discusión, solicitando además que se remitan copias al órgano de control para los fines que correspondan (por la ilegalidad funcional ya acotada).

6.1.11. De otro extremo, es necesario señalar que no será necesaria la solicitud de nulidad y podrán ser declarados aun de oficio los defectos concernientes a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías, previstas por la Constitución es decir los Jueces "ad quem" al detectar una vulneración de una garantía constitucional como es el de ser juzgado y sentenciados por un Juez no competente, tiene las potestades de declarar la nulidad de oficio, esto contemplado además en el Art. 150.b) del CPP referido al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces. Es necesario señalar que esta Primera Sala de Apelaciones sobre este extremo de nulidades, ya tiene precedentes en la cual se ha mantenido la orientación de prevalecer el principio básico de legalidad de declarar la nulidad de oficio cuando se ha advertido el uso simultáneo de dos competencias al mismo tiempo, conforme se ha resuelto en los Exp. 406-2015-64; 537-2017-80, 771-2017-75 y 102-2013-57. En tal virtud por mandato expreso de los preceptos constitucionales y normativas no se puede alejar de la orientación jurídica adoptada ya por esta Sala con antelación.

6.1.12. Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, apelación con arreglo a ley en una instancia superior, agregando que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada y que su impugnación solo procede en los casos previstos por ley, estando libre la presentación en cuanto proceda el recurso de casación (Art. 11 de la Ley Orgánica del poder Judicial). Del mismo modo el Art. 10 del Título preliminar del Código Procesal Civil señala que: "el proceso tiene dos instancias". Según lo indicado precedentemente, al existir dos instancias jurisdiccionales un solo Juez no puede asumir esas dos jerarquías haciéndola nula su participación, al abarcar las dos instancias antes acotadas, esto como garantía Constitucional establecida en el Art. 139.6 Pluralidad de instancias.

Estando a ello, a fin de no vulnerar la delimitación de la COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL de los Órganos Jurisdiccionales establecida por ley, y de conformidad con el Art. 139 inciso 3) de la Constitución Política del Estado, respecto a los Principios de la Administración de Justicia – Observancia del debido proceso y el Art. 150 literal b) del CPP concerniente al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas, **por unanimidad se RESUELVE:**

III.- PARTE RESOLUTIVA.

1.- DECLARAR: NULA la sentencia de fecha treinta de enero de dos mil veinte, que declara a **MACISTE ALEJANDRO DÍAZ ABAD, CÉSAR JORGE ALTAMIRANO FLORES, AARÓN BENJAMÍN CARO ESPINOZA, CIRO SOLDEVILLA HUAYALLANI y EDUARDO FÉLIX CANDIOTTI MUNARRIZ, GUIDO EFRAÍN QUISPE ESCOBAR** como autores, y **CARMEN BEATRIZ GALLARDO MULATILLO**, en su calidad de cómplice del delito Contra la Administración Pública, en la modalidad de **COLUSIÓN SIMPLE**, previsto en el primer párrafo al artículo 384° del Código Penal modificado por Ley N° 30111, en agravio del Estado - Gobierno Regional de Huancavelica, y contra el acusado **GUIDO EFRAÍN QUISPE ESCOBAR**, como autor del delito contra la Administración Pública, en el sub tipo de **USURPACIÓN DE FUNCIONES**, previsto en el artículo 361° del Código Penal, en agravio de l Estado - Gobierno Regional de Huancavelica, con los demás que contiene.

2.- DISPUSIERON: La realización de un **NUEVO JUICIO ORAL**, por parte de un **Juez Penal Unipersonal** revestido de competencia conforme a ley.

3.- NOTIFICAR la presente resolución con arreglo a ley.

4. Una vez consentida o ejecutoriada la presente se remitan los actuados al Juez Penal de primera instancia pertinente a efectos que proceda con arreglo a ley.

TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.- Juez Superior Ponente: señora María Rosa Espinoza Mejía.

SS.

ALVARADO ROMERO

ARRUE CACHAY

ESPINOZA MEJIA (D.D)