

Inadecuada tipificación

Sumilla. Al haberse tipificado el mismo supuesto fáctico como delito de colusión y peculado, debe absolverse por el segundo delito por inadecuada tipificación.

Lima, dieciséis de mayo de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado Fredy Hildo Chinchay Salazar contra la sentencia de fojas dos mil ochocientos treinta y uno, del siete de diciembre de dos mil diecisiete; de conformidad, en parte, con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal.

Intervino como ponente el señor Juez Supremo Prado Saldarriaga.

CONSIDERANDO

Primero. La defensa técnica del encausado Fredy Hildo Chinchay Salazar, en su recurso formalizado de fojas dos mil ochocientos sesenta y uno, alega:

- a.** Que la sentencia apelada incurre en grave error al haber condenado a su defendido por el solo hecho de ser funcionario público, en su condición de alcalde de la municipalidad agraviada, pues no fundamentó válidamente la relación funcional directa y específica que lo ligaba con los caudales, ni especificó cuál fue su participación. Por ello se infringieron los principios de imputación necesaria,

congruencia, el debido proceso, la garantía a la motivación de resoluciones y el derecho de defensa.

- b.** Que, respecto al delito de colusión, no tomó en cuenta que las obras mencionadas fueron ejecutadas por administración directa, por las instancias administrativas del ente municipal, es decir, que dentro de la organización y jerarquía organizacional del municipio agraviado existen responsables directos de cada uno de los actos.
- c.** Que el mismo razonamiento opera para los hechos imputados por el delito de peculado doloso, pues la responsabilidad, según el texto de la sentencia, es del titular del pliego.
- d.** Que al condenarlo se hizo apología a la responsabilidad objetiva, proscrita por el artículo VII del título preliminar del Código Penal, pues no existe un solo indicio o elemento de prueba que corrobore la imputación.
- e.** Que debió probarse idóneamente que su patrocinado tuvo intervención, por acción o por omisión, en los delitos cometidos por sus subalternos, pero no sucedió ello.
- f.** Que se incurrió en falsa fundamentación al afirmarse que su patrocinado autorizó pagos, pese a que no existe una sola prueba directa ni indiciaria de ello.
- g.** Que sobre el delito de peculado no se consignó en qué casos el encausado Chinchay Salazar se apropió para sí mismo o facilitó la apropiación para terceros.
- h.** Que existe una incongruencia y una contradicción de motivación, cuando se afirmó que la negativa reiterada de su defendido no es prueba de su irresponsabilidad penal; sin embargo, en otros extremos de la sentencia se dio validez al testimonio de terceros.

- i. Que no se tomó en cuenta que el expediente técnico puede ser variado al momento de la ejecución de las obras.
- j. Que en la sentencia se debió consignar qué normas específicas, no genéricas, fueron quebrantadas, lo que no ocurrió, limitándose a invocar normas que otorgan responsabilidad de forma genérica.
- k. Que el Colegiado Superior que emitió la sentencia carecía de competencia, pues fue emitida por Jueces Superiores que no intervinieron en el juicio oral primigenio; por lo que no se cumplió con el principio de inmediación y la decisión recurrida es nula.

Por tales motivos, solicita la absolución de su patrocinado.

Segundo. En la acusación fiscal de fojas dos mil treinta y dos, aclarada a fojas dos mil ochenta y tres, en lo que respecta al extremo impugnatorio se consigna lo siguiente:

2.1. Respecto del delito de colusión

Que durante el ejercicio presupuestal del año dos mil siete hasta el mes de julio de dos mil ocho, la Municipalidad Distrital de Tarica adquirió diversos bienes y contrató servicios sin estar considerados en el Plan Anual de Contrataciones y Adquisiciones de la entidad y sin haberse realizado la adquisición mediante el proceso de selección publicado a través del SEACE; en tanto que otras adquisiciones se efectuaron mediante un procedimiento de selección distinto a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, para lo cual adquirió de manera directa y fraccionada por un monto total de dos millones once mil doscientos siete soles con diecisiete céntimos, tal como se detalla a continuación:

a. Obra: Construcción del Centro Cívico y Comercial de la Plaza de Tarica

- Adquisición de madera por la suma de ciento treinta y nueve mil seiscientos cincuenta y cinco soles con dos céntimos y agregados por la suma de ochenta y un mil cuatrocientos sesenta y tres soles con ochenta y dos céntimos [se debió convocar a un proceso de selección de adjudicación directa pública].
- Adquisición de cemento por la suma de ochenta y seis mil doscientos siete soles [se debió convocar a un proceso de selección de subasta inversa].
- Adquisición de materiales de ferretería por la suma de trescientos cuarenta y cuatro mil quinientos diez soles con cincuenta y seis céntimos, y servicios de movimiento de tierra y eliminación de desmonte por la suma de ciento cincuenta y seis mil trescientos sesenta y ocho soles con veintinueve céntimos [se debió convocar a un proceso de selección de adjudicación directa pública].
- Para la ejecución de la partida movimiento de tierra se convocó, pero no se publicó el proceso en el SEACE: Adjudicación Directa Selectiva número cero cero tres-GLT/CEP por la suma de ochenta y siete mil trescientos soles, efectuada el seis de julio de dos mil siete. Se le otorgó la buena pro a la empresa VEJJ Ingeniería y Construcción S. R. L., se amplió el contrato de manera directa por la suma de catorce mil cuatrocientos sesenta y ocho soles con veintinueve céntimos; también se contrató a la misma empresa de manera directa para la

eliminación del material excedente por la suma de cincuenta y cuatro mil quinientos soles.

- Contrato de mano de obra por la suma de cuatrocientos treinta y un mil seiscientos setenta y nueve soles con ochenta y dos céntimos [se debió convocar a un proceso de selección de adjudicación directa pública].
- Para la ejecución de las partidas de concreto simple y concreto armado se convocó, pero no se publicó en el SEACE dos procesos: Adjudicación Directa Selectiva número cero cero seis-GLT/CEP por la suma de ciento dos mil novecientos ochenta y seis soles con sesenta céntimos, efectuada el diecisiete de agosto de dos mil diecisiete, desde las nueve horas hasta las dieciocho horas con treinta minutos. Se le otorgó la buena pro a la empresa MOR Y MOR Contratistas Generales E. I. R. Ltda.; evidenciándose inconsistencia en el proceso referente al horario de evaluación de propuestas.

b. Obra: Sistema de Desagüe Paltay

- Adquisición de ferretería por la suma de trescientos dos mil ciento cincuenta y tres soles con cincuenta céntimos [se debió convocar a un proceso de selección de adjudicación directa pública].

c. Obra: Sistema de Desagüe Buenos Aires

- Adquisición de ferretería por la suma de doscientos cuarenta y seis mil setecientos cuarenta y cinco soles [se debió convocar a un proceso de selección de adjudicación directa pública].

- Adquisición de agregados por la suma de treinta y un mil seiscientos ochenta y cinco soles [se debió convocar a un proceso de selección de adjudicación de menor cuantía].

d. Obra: Asfaltado Paltay

- Adquisición de cemento por la suma de ciento veinte mil ochocientos ochenta y ocho soles [se debió convocar a un proceso de selección de subasta inversa].
- Adquisición de agregados por la suma de sesenta y nueve mil novecientos sesenta soles [se debió convocar a un proceso de selección de adjudicación directa selectiva].

En el proceso de compras han tenido participación los encausados Fredy Hildo Chinchay Salazar (alcalde de la entidad agraviada), Fredy Rosas Garro Mata, Eloy Rómulo Gomero Acuña, Haydee Clara Obregón Mendoza y Otto Alfonso Pozada Campaña (gerentes generales); Gilber Gonzáles Lizarme y Otto Alfonso Pozada Campaña (jefes del área Infraestructura y Abastecimiento, respectivamente); Fredy Rosas Garro Mata, Gilber Gonzáles Lizarme y Nery Gloria Cajas (miembros del Comité especial de los procesos de selección); para lo cual han contado con la complicidad de Antonio Guillermo Alberto Depaz, representante de la Ferretería Áncash S. A. C., y de los representantes de las empresas VEJJ Ingeniería y Construcción S. R. L.; y MOR y MOR Contratistas Generales E. I. R. Ltda.

2.2. Con relación al delito de peculado doloso

De la contrastación de las pericias tanto contable y valorativa, se determinó desde el punto de vista de presupuesto aprobado, ejecución de gasto versus valorización física y estado actual de las obras materia de denuncias, que las obras no se concluyeron y que

existió una sobrevaluación y un mayor gasto de lo presupuestado; tal como se aprecia del siguiente detalle:

- Respecto a la obra Desagüe Paltay

OBRA	PRESUPUESTO	GASTO EJECUTADO	VALORIZACIÓN
Desagüe Paltay	882 756.49	566 306.38	634 066.68
Desagüe Buenos aires	447 472.71	453 652.70	440 532.17
Asfaltado Paltay	486 384.78	538 397.96	410 998.96
Centro Cívico	1 295 521.55	1 759 883.17	

Del cuadro en referencia se determinó que entre lo presupuestado y el gasto ejecutado según comprobantes de pago surgió un exceso de gasto no justificado que ascendió a un millón doscientos noventa y dos mil doscientos veintiún soles con diecisiete céntimos, conforme al siguiente detalle:

- Obra de desagüe Buenos Aires, por el monto de nueve mil trescientos ochenta y nueve soles con noventa y nueve céntimos.
- Obra asfaltado Paltay, por el monto de noventa y tres mil novecientos ochenta y ocho soles con veintinueve céntimos.
- Obra Centro Cívico, por el monto de un millón ciento ochenta y ocho mil ochocientos cuarenta y dos soles con ochenta y nueve soles.

Asimismo, se determinó que entre el gasto ejecutado y lo autorizado físicamente existió una sobrevaluación total de ciento cuarenta mil quinientos diecinueve soles con cincuenta y tres céntimos, conforme al siguiente detalle:

- Obra de desagüe Buenos Aires, por el monto de trece mil ciento veintinueve soles con cincuenta y tres céntimos.
- Obra asfaltado Paltay, por el monto de ciento veintisiete mil trescientos noventa y nueve soles.

En el proceso de compras han tenido participación los encausados Fredy Hildo Chinchay Salazar (alcalde de la entidad agraviada), Fredy Rosas Garro Mata, Eloy Rómulo Gomero Acuña, Haydee Clara Obregón Mendoza y Otto Alfonso Pozada Campaña (gerentes generales); Gilber Gonzáles Lizarme y Otto Alfonso Pozada Campaña (jefes del área Infraestructura y Abastecimiento, respectivamente).

Tercero. Antes de analizar el cuestionamiento de la sentencia, tal y como lo advierte la señora Fiscal Suprema en lo Penal (ver dictamen de fojas treinta, del cuadernillo formado en esta Sede Suprema), se aprecia que en el presente caso, bajo el mismo supuesto fáctico se imputó al encausado Chinchay Salazar los delitos de colusión desleal, peculado doloso y malversación de fondos (este último se declaró prescrito en la sentencia recurrida). Sin embargo, se advierte un error en la adecuación típica de los hechos, pues los mismos guardan relación al tratarse de compras de bienes y servicios contratados relacionados con la realización de las obras construcción del Centro Cívico y Comercial de la plaza de Tarica, sistema de desagüe Paltay, sistema de desagüe Buenos Aires y asfaltado Paltay.



Este Supremo Tribunal, mediante Ejecutoria del treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete, a propósito del Recurso de nulidad número mil cuatrocientos veinte-dos mil diecisiete-Áncash, seguido en contra de los encausados Otto Alfonso Pozada Campaña, Gilber Gonzales Lizarme, Antonio Guillermo Alberto Depaz, Andrés Francisco Ambrocio Rímac y Fredy Rosas Garro Mata, a quienes se les imputó los mismos hechos que al encausado recurrente, ya emitió un pronunciamiento al respecto (existencia de error al tipificar en más de un delito los mismos supuestos fácticos). Por tanto, siguiendo el mismo criterio jurisprudencial, corresponde absolver al encausado Fredy Hildo Chinchay Salazar por el delito de peculado doloso, y dejar subsistente para el análisis el delito de colusión por cuanto el supuesto fáctico imputado cumple con los elementos típicos de este delito.

Cuarto. En este sentido, se advierte que tanto el delito (previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal), así como la responsabilidad penal del acusado Chinchay Salazar, están acreditados con la sindicación que el representante del Ministerio Público le formuló (ver acusación de fojas dos mil treinta y dos, aclarada a fojas dos mil ochenta y tres), pues dicho encausado, en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Tarica, autorizó y suscribió los contratos de adjudicación directa de las obras Construcción del Centro Cívico y Comercial de la plaza de Tarica, Sistema de desagüe Paltay, Sistema de desagüe Buenos Aires y Asfaltado Paltay, causando con ello un perjuicio patrimonial a la entidad agraviada.

Quinto. La conclusión antes anotada se corrobora con el informe pericial contable, donde se estableció que existió una inversión



mayor respecto al presupuesto aprobado, y se evidenció un exceso no justificado de un millón doscientos noventa y dos mil doscientos veintiún soles con diecisiete céntimos, pues en la obra desagüe Buenos Aires existió un exceso de gasto por la suma de nueve mil trescientos ochenta y nueve soles con noventa y nueve céntimos; en la obra asfaltado Paltay hubo un exceso de noventa y tres mil novecientos ochenta y ocho soles con veintinueve céntimos; y en la obra construcción Centro Cívico, un millón ciento ochenta y ocho mil ochocientos cuarenta y dos soles con ochenta y nueve céntimos (véase fojas seiscientos noventa y uno). Se evidenció de este modo un perjuicio patrimonial concreto por el monto indicado.

Sexto. Frente al juicio de culpabilidad al que se arribó, se tiene la negativa y el silencio del encausado recurrente (ver fojas quinientos ochenta y ocho y dos mil ochocientos catorce, respectivamente). No obstante, tal negativa así como los agravios vertidos en su recurso impugnatorio solo constituyen un medio natural de defensa dirigido a evadir su responsabilidad, en la medida que la decisión condenatoria recurrida presenta adecuada y razonable fundamentación y se encuentra suficientemente respaldada con los medios de prueba que en ella se detallan. Por ello, se advierte que la sindicación efectuada por el representante del Ministerio Público cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis para avalar la condena.

Séptimo. En lo demás, los agravios formulados por el impugnante en su recurso de nulidad carecen de sustento fáctico y normativo para ser avalados, en la medida que en su condición de alcalde de la



municipalidad agraviada tuvo el más alto cargo de la entidad edil; por ende, tuvo también pleno control de la institución y sus caudales, además, tuvo participación directa en la suscripción de los contratos para la ejecución de las obras cuestionadas.

Si bien el recurrente alega que no se acreditó la supuesta concertación, debe tenerse en cuenta que en este tipo de delitos es inusual hallar evidencias de dicho acuerdo ilegal. De otro lado, tampoco existe vulneración al principio de inmediación con el cambio de magistrado, ya que de la revisión de las actas respectivas se verifica que dos de las magistradas intervinieron desde el inicio del juicio oral; posteriormente, integró la Sala Superior una nueva magistrada, pero su ingreso se dio antes de la formulación de requisitoria oral y alegatos de defensa del encausado, donde tampoco se cuestionó este aspecto (ver fojas doscientos ochenta y dos). No se advierte, por tanto, vulneración al principio alegado.

Octavo. En consecuencia, al haberse enervado la presunción de inocencia que ostentaba el encausado recurrente al inicio del proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales, se colige que la condena recurrida se encuentra conforme a Ley.

Noveno. No obstante lo expuesto, en virtud de lo señalado en el fundamento jurídico tercero de la presente Ejecutoria, corresponde reducir la sanción punitiva impuesta (cinco años de pena privativa de libertad efectiva). Para tal efecto, se verifica que en la fundamentación realizada por el Colegiado Superior al condenarlo por los delitos de colusión y peculado, se le fijó tres y dos años de pena privativa de libertad respectivamente; y por sumatoria de penas ante la

existencia del concurso real de delitos se le impuso la pena final de cinco años de sanción punitiva. En este sentido, al absolvérsele por el delito de colusión, corresponde reducir la sanción punitiva por el delito de colusión e imponérsele la que corresponde con carácter de suspendida, bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta.

Décimo. En ese mismo sentido, respecto a la pena de inhabilitación impuesta al encausado Chinchay Salazar, se advierte que esta no guarda proporción con la pena privativa de libertad, pues debido a que en este tipo de delitos se aplican penas conjuntas, estas deben ser fijadas en función de una extensión porcentual equivalente a la que se estableció para la pena privativa de libertad, tal y como quedó fijado en la Ejecutoria Vinculante del ocho de septiembre de dos mil catorce, recaída en el Recurso de nulidad número tres mil ochocientos sesenta y cuatro-dos mil trece-Junín; por lo que corresponde a este Supremo Tribunal regular proporcionalmente dicha pena.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas dos mil ochocientos treinta y uno, del siete de diciembre de dos mil diecisiete, en el extremo que condenó a Fredy Hildo Chinchay Salazar como autor del delito contra la administración pública-delitos cometidos por funcionarios públicos-colusión ilegal, en perjuicio de la Municipalidad de Tarica.



II. HABER NULIDAD en la misma sentencia, en cuanto condenó a Fredy Hildo Chinchay Salazar como autor del delito contra la administración pública-delitos cometidos por funcionarios públicos-peculado, en perjuicio de la Municipalidad de Tarica; reformándola, lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el citado delito en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Tarica. **ORDENARON** el archivo definitivo de este extremo y la cancelación de los antecedentes penales en lo que respecta a este delito.

III. HABER NULIDAD en la propia sentencia, en cuanto impuso al encausado Fredy Hildo Chinchay Salazar cinco años de pena privativa de libertad efectiva; reformándola, le **IMPUSIERON** tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años, bajo el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: **a)** el agente debe comparecer personal y obligatoriamente a informar y justificar sus actividades ante el Juez, **b)** no podrá ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización judicial, **c)** deberá reparar los daños ocasionados por el delito y cumplir con el pago de la reparación civil. En caso de incumplimiento de estas reglas, el Juez competente procederá conforme a lo establecido en el artículo quinto de la citada resolución administrativa. **DISPUSIERON** la inmediata libertad del encausado Chinchay Salazar, siempre y cuando no pese en su contra mandato de detención vigente emanado por autoridad competente.

IV. HABER NULIDAD en cuanto a la pena de inhabilitación de dos años impuesta al citado encausado; reformándola, le **IMPUSIERON** un



año de inhabilitación, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal.

V. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene, y es materia del presente recurso de nulidad. Y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

VPS/jccc

LPDERECHO.PE