



MOTIVACIÓN INCONGRUENTE EN RELACIÓN AL EXTRANEUS

Sumilla. La acusación por los delitos de colusión y peculado doloso estuvo referida a cinco obras, y comprendió a diecisiete acusados, en perjuicio de una municipalidad distrital; no obstante, los acusados recurrentes y recurridos solo son diez, y con relación a cuatro obras. Respecto a la obra del caso A, la Sala Superior incurrió en incongruencia al aplicar al autor el artículo 384 del Código Penal, bajo la vigencia de la Ley N.º 26713 y al *extraneus*, el mismo dispositivo, pero bajo los alcances de la Ley N.º 29758, lo que determina la nulidad de la sentencia en este extremo. No ocurre lo mismo con relación a las obras de los casos C, D y E, por lo que corresponde ratificar la absolución decretada.

Lima, catorce de noviembre de dos mil diecinueve

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia del trece de setiembre de dos mil dieciocho (foja 3379), emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Huari, de la Corte Superior de Justicia de Áncash, en los extremos que de modo textual se pronuncia, por parte de: **i)** La defensa del sentenciado **MILNER JAIME ORTIZ ARELLANO**, en el extremo que lo condenó como autor de los delitos contra la Administración Pública, en las modalidades de colusión y peculado doloso, en perjuicio del Estado, representado por la Municipalidad Distrital de Masín, y le impuso tres años de pena privativa de la libertad por cada delito, los que sumados resulta una pena global de seis años de privación de la libertad efectiva; inhabilitación, conforme con el inciso 2, artículo 36, del Código Penal, durante el tiempo de la condena; y cinco mil soles por concepto de reparación civil que deberá abonar a favor de la agraviada y la restitución de lo indebidamente apropiado. **ii)** La defensa del sentenciado **GERÓNIMO LOSTAUNAU TARAZONA**, en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso en perjuicio de la citada municipalidad, y le impuso tres años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el mismo plazo, sujeto a reglas de conducta; inhabilitación, conforme con el inciso 2, artículo 36, del acotado Código durante el tiempo de la condena; y cinco mil soles por



concepto de reparación civil, que deberá abonar a favor de la agraviada y la restitución de lo indebidamente apropiado. **iii)** El **FISCAL DE LA SEGUNDA FISCALÍA SUPERIOR ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO FISCAL DE ÁNCASH**, en los extremos que: **a)** Absolvió de la acusación fiscal a Lostaunau Tarazona, como autor, y a Carlos Alberto Rivera Flores, Benito Hilario Toledo Jara, Henry Francisco Gonzales Risco, Javier Manuel Jara Luciano, Cristian Augusto Espinoza Anaya, Luis Alberto Ruesta Adrianzén y Roder Demetrio Pajuelo Fernández, como cómplices del delito de peculado. **b)** Declaró la prescripción de la acción penal a favor de Rolando Julio Cochachín Cadillo respecto al delito de colusión. **c)** Impuso al sentenciado Lostaunau Tarazona tres años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el mismo plazo, sujeto a tres reglas de conducta.

Oído el informe oral. De conformidad, en parte, con la opinión del fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU**.

CONSIDERANDO

SUSTENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Primero. El inciso 5, artículo 139, de la Constitución, consagra el derecho a la **debida motivación de las resoluciones judiciales** que implica obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente. Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional, en reiteradas decisiones¹, sostiene que importa que los jueces, al resolver las causas, expresen de manera coherente las razones o justificaciones objetivas que los lleva a tomar una determinada decisión. Esas razones deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

¹ STC N.º 896-2009-PHC, del 24 de mayo de 2010, entre otras.



Segundo. El principio de **legalidad penal**, establecido en el literal d, inciso 24, artículo 2, de la Constitución, obliga a que las decisiones sean tomadas conforme a ley. Este principio tiene una doble perspectiva: como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Judicial al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica².

Tercero. En cuanto al rol del fiscal en el proceso penal, es pertinente considerar el **principio acusatorio**. Sobre este principio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ precisó que se debe tener en cuenta el papel de la "acusación" en el debido proceso penal. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. La calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado "principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.

Cuarto. Con relación a este principio, esta Corte Suprema⁴ ha establecido que es una de las manifestaciones que integra el contenido esencial del debido proceso, pues se refiere al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal.

² STC N.º 3987-2010-PHC, del 2 de diciembre de 2010.

³ Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentencia del 20 de junio de 2005. Fondo, reparaciones y costas. Foja 67.

⁴ Queja N.º 1678-2006-Lima, del 13 abril de 2007, que constituye precedente vinculante.



Entre las notas esenciales de dicho principio, se encuentra, en primer lugar, que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el fiscal, de suerte que el objeto del proceso se concreta en la acusación, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos. La acusación delimita el ámbito de la sentencia; por ello, debe existir una correlación entre ambos⁵. En el Código de Procedimientos Penales, el principio de correlación entre acusación y sentencia, se encuentra consagrado en el inciso 1 del artículo 285-A.

Quinto. La actuación del fiscal se rige también por diversos principios, como los de legalidad, unidad en la función, independencia, objetividad y **jerarquía**. Respecto a este último principio, el artículo 5, del Decreto Legislativo N.º 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, establece que los fiscales forman un “cuerpo jerárquicamente organizado y deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores”.

Sexto. En lo concerniente al recurso de nulidad es un medio impugnatorio ordinario que procura un nuevo examen de lo resuelto por la Sala Penal Superior. Se encuentra regulado en los artículos 292 al 301 del C de PP. El inciso 5, artículo 300, del acotado Código establece como requisito de procedencia la fundamentación del recurso⁶, en la que se precisa el petitorio respectivo y los motivos que lo sustentan, con base en la infracción de las normas jurídicas respectivas. Es, pues, un presupuesto material objetivo. Este último dispositivo tiene relación con el **principio de congruencia recursal**, pues el pronunciamiento

⁵ Así, SAN MARTÍN CASTRO precisa que la congruencia es el deber de dictar sentencia conforme con las pretensiones deducidas por las partes en el proceso, esto es, la imposibilidad de variar el sustrato fáctico por el cual el sujeto ha sido sometido a proceso y posteriormente resulta acusado, por lo que debe existir congruencia fáctica, es decir, el juzgador no puede introducir en la sentencia ningún nuevo hecho que sea perjudicial para el acusado, que no figurara previamente en la acusación. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Lecciones de derecho procesal penal*. Lima: Editorial INPECCP, 2015, p. 70.

⁶ La exigencia de fundamentación del recurso es una manifestación de la delimitación legislativa del contenido del derecho, es decir, es una exigencia que se encuentra justificada. STC N.º 03639-2012-PA, del 14 de diciembre de 2012.



de esta instancia revisora se encuentra delimitada por las cuestiones que le sean sometidas por las partes en el recuso escrito que fue admitido (se resuelve lo que se impugna o *tantum devolutum quantum appellatum*), salvo que se adviertan vicios absolutos o sustanciales⁷.

Sétimo. En ese aspecto, adquiere relevancia el gravamen o agravio, que integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso. Y es que la admisión de un recurso está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte procesal concernida o impugnante. Como consecuencia del **principio dispositivo** se debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluirlo.

En ese sentido, en la Sentencia Plenaria N.º 01-2013/301-A.2-ACPP⁸, se establece que el cumplimiento de los presupuestos que disciplinan el recurso constituye una carga procesal para el impugnante –se entiende por carga procesal el ejercicio de una facultad instituida por la Ley para el logro del propio interés de la parte procesal concernida y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él–. El recurrente debe sujetarse a lo que la ley ordinaria dispone en los ámbitos de los presupuestos procesales y materiales de la impugnación

Octavo. El fiscal superior subsumió las conductas delictivas en las que habrían incurrido los acusados, la obra A en los delitos de colusión y peculado, y tres restantes C, D y E, en el delito de peculado.

En cuanto al **delito de colusión**, el bien jurídico protegido, no solo subyace en la tutela penal de la confianza depositada al funcionario o servidor público por razón del cargo, los principios constitucionales y los deberes funcionales especiales positivos y/o de incumbencia institucional que rigen la contratación

⁷ Recurso de Nulidad N.º 2591-2017, del 6 de julio de 2018, foja 2.2, emitido por este Supremo Tribunal.

⁸ Del 6 de agosto de 2013, foja 5.



pública o negocio de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado (razonabilidad, imparcialidad, publicidad, eficiencia, transparencia, objetividad, trato justo y rectitud, igualitario, etc.), sino también en la no defraudación al Estado durante el proceso de contratación o negocio público (para defraudar al Estado).

Noveno. La conducta típica es la concertación, que implica el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados que deriva de la existencia de “pactos ilícitos, componendas o arreglos”, “acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito” o “acuerdo subrepticio”, y también de factores objetivos, o indicios, que constituyen la prueba indiciaria en este tipo de delitos. Entre ellos, tenemos:

- La concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos.
- Los precios sobrevaluados o subvaluados.
- La inexperiencia comercial de los postores.
- El plazo de la garantía de los postores.
- La admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores –respectivamente– a los requeridos.
- La celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección.
- La falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta.
- La no correspondencia de calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor.
- La inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas.
- La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas.
- La apariencia de ejecución de la contratación.
- El reintegro a los terceros interesados.
- Las ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia.

Se encuentra previsto en el artículo 384 del Código Penal, cuyo texto vigente a la fecha de los hechos, establecía: “El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra



operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.”⁹

Décimo. Con relación al delito de **peculado doloso**, se encuentra previsto en el primer párrafo, del artículo 387, del CP, cuyo texto aplicable al momento de los hechos¹⁰, establecía lo siguiente: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Decimoprimer. Conforme con el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116¹¹, los elementos materiales de este delito son:

11.1. La relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Significa el poder de vigilancia y control sobre la cosa, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, y el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

11.2. La percepción, que es captar o recepcionar los bienes públicos; la administración, que implica funciones de manejo o conducción; o la custodia, que importa la protección y conservación de los efectos o caudales.

11.3. La apropiación o utilización, el primero radica en hacer suyo los bienes, apartarlos de la administración pública y colocarlos en una situación de disposición; y, el segundo, se refiere a aprovecharse de las bondades del bien sin el propósito de su apoderamiento.

11.4. El destinatario que puede ser para sí o para otro.

11.5. Los caudales o efectos, los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público.

⁹ Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 26713, publicada el 27 diciembre 1996

¹⁰ Conforme a la modificatoria de la Ley N.º 26198, publicada el 13 de junio de 1993.

¹¹ Del 30 de setiembre de 2005, foja 7. Asunto. Definición y estructura típica del delito de peculado. Artículo 387 de CP.



ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE CADA OBRA

Decimosegundo. De la revisión de los actuados se aprecia que, el fiscal superior formuló acusación contra diecisiete personas (foja 1579), por la comisión de los delitos de colusión y peculado doloso, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Masín (en adelante, la municipalidad), en referencia a cinco obras correspondientes a dicha entidad; de las cuales, el caso B, referido a la obra Sistema de Riego Arhuay Grande, no fue objeto de impugnación¹².

Asimismo, se precisa que la situación jurídica de siete acusados ya ha sido resuelta definitivamente, por lo que este pronunciamiento se circunscribe a los acusados recurrentes y recurridos que son diez y en relación a cuatro obras, las que se identifican con el mismo literal empleado por la Sala Superior:

N.º	CASO	OBRA
1	A	Sistema de riego por aspersión de cochas
2	C	Construcción del local de la Institución Educativa N.º 86363
3	D	Mejoramiento de la carretera Huayobamba-Acchas
4	E	Construcción de la carretera Integración Huaytuna, Matibamba, Cochas y Llihuan Arhuay

Decimotercero. Por razones metodológicas, el análisis se realizará por cada obra, en el siguiente orden: **i)** los hechos materia de imputación, según la acusación fiscal; **ii)** los fundamentos de la sentencia; **iii)** los agravios expuestos en los recursos de nulidad; **iv)** la opinión del fiscal supremo, de ser el caso; y, **iv)** el pronunciamiento de este Supremo Tribunal.

Asimismo, se deja constancia que tanto en la acusación fiscal como en la parte considerativa de la sentencia, se efectuó el análisis respecto a cada obra con los acusados implicados en ellas; sin embargo, en la parte resolutive, el pronunciamiento fue global; por lo que es necesario que **en vía de integración** se precisen los extremos absolutorios, respecto a cada obra, al igual que las condenas impuestas a Ortiz Arellano y Gerónimo Lostaunau Tarazona.

¹² En la sentencia fue absuelto de la acusación fiscal Gudber Jara Sifuentes, por el delito de peculado doloso.



Caso A. Obra sistema de riego por aspersión de cochas

Decimocuarto. En cuanto a esta obra, el fiscal superior en su acusación disgregó los hechos en dos partes y los tipificó de manera separada, una primera parte por el delito de colusión y otra por el delito de peculado doloso, conforme con el siguiente detalle:

14.1. Delito de colusión. El alcalde Mílner Jaime Ortiz Arellano, el tesorero Gerónimo Lostaunau Tarazona, y los miembros del comité de selección: Jhaneth Yovana Vargas Zuloaga, Germán Euclides Trujillo Cueva y Luis Alcides Leyva Jara, se concertaron con la empresa ganadora de la buena pro, Empresa Constructora y Minera San Agustín E. I. R. L. (en adelante ECOMISA), representada por Rolando Julio Cochachín Cadillo, para favorecerla. Así: i) la obra no estuvo en el plan anual de contrataciones del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE); ii) no se publicó la convocatoria; iii) la buena pro se otorgó por más del 10 % del valor referencial que asciende a doscientos sesenta y cinco mil novecientos noventa y tres soles con setenta y cinco céntimos; iv) El proceso de selección se realizó el 27 de junio de 2007 a las 11:00 a. m. y culminó a las 3:00 p. m.; sin embargo, el terreno para la obra se entregó al mediodía. Asimismo, el contrato se suscribió ese mismo día;

14.2. Delito de peculado doloso. El alcalde y tesorero ya mencionados, con la participación del supervisor de la obra, Carlos Alberto Rivera Flores, y del residente Benito Hilario Toledo Jara, se apropiaron de setenta y siete mil novecientos cincuenta y cuatro soles con cincuenta y ocho céntimos. Se sostuvo que el contrato para la obra se firmó por doscientos treinta y dos mil quinientos soles; sin embargo, la Municipalidad pagó a la empresa ECOMISA trescientos diez mil cuatrocientos cincuenta y cuatro soles con cincuenta y ocho céntimos, por el 95,16 % de la obra, pese a que el avance físico era de 1,3 %. Luego ante la carta de preaviso judicial cursada por la Municipalidad a la empresa, esta adjuntó un contrato legalizado, en el cual se consignó como monto trescientos veinticuatro



mil novecientos noventa y tres soles con setenta y cinco céntimos. Asimismo, los acusados no retuvieron el 10 % de la garantía del monto del contrato por la obra.

Decimoquinto. La Sala Superior en relación con el delito de **colusión**, concluyó en lo siguiente:

15.1. La firma del contrato se llevó a cabo con inusitada prontitud, no se respetaron los plazos para su suscripción, y que la entrega del terreno debía ser un acto posterior. En cuanto a los acusados absueltos, determinó que el alcalde Ortiz Arellano, conocía que la obra se convocó a concurso sin que estuviera comprendida en el plan anual de contrataciones, cuya aprobación solo a él le corresponde, y que debió verificar la publicación de la convocatoria. Por lo que encontró probada su responsabilidad penal, ya que se concertó con el *extraneus* Cochachin Cadillo y actuó para defraudar al Estado al margen de la legalidad, lealtad, imparcialidad y probidad en perjuicio de los intereses de la municipalidad a fin de favorecer a la empresa contratista. Por lo que, emitió **sentencia condenatoria contra el alcalde Ortiz Arellano por el delito de colusión, bajo los alcances de la Ley N.º 26713.**

15.2. Con relación al tesorero **Lostanau Tarazona**, concluyó que en tal condición no estuvo autorizado para realizar la contratación ni negociación a nombre de la municipalidad; por lo que fue **absuelto como autor del citado delito**¹³.

15.3. Respecto al *extraneus* **Cochachin Cadillo**, concluyó que si bien actuó en complicidad con Ortiz Arellano, no era posible condenarlo, pues conforme con el principio de retroactividad benigna su conducta se subsume en el delito de colusión simple, previsto en el primer párrafo, artículo 384 del CP, con el texto y pena de la Ley N.º 29758. Por su condición de *extraneus*, al haber transcurrido más de nueve años **la acción penal ha prescrito.**

¹³ En relación a los acusados Jhaneth Yovana Vargas Zuloaga, German Euclides Trujillo Cueva y Luis Alcides Leyva Jara, miembros del comité de selección, el fiscal superior retiró la acusación por el delito de colusión, extremo que no fue impugnado. En tal sentido su situación jurídica constituye cosa juzgada.



15.4. Sobre el delito de **peculado doloso**, valoró que no obra en autos los dos contratos sobre la ejecución de la obra a la que alude la pericia contable, ni el expediente técnico. La buena pro se otorgó por S/ 324 993.75, conforme con la pericia contable y el testimonio de la presidenta del Comité; por tanto, el contrato debió ser por dicho monto y no por S/ 232 500.00. Asimismo, que la contadora Henostroza Colonia en su declaración incurrió en contradicción, pues indicó que en la obra no se estableció desbalance. Concluyó que, si bien se cometieron una serie de irregularidades administrativas (incumplimiento de contrato, no acatamiento del expediente técnico, actitud displicente del alcalde y tesorero) no existen contundentes medios probatorios que generen convicción de que los acusados se apropiaron de los S/ 77 954.68; **por lo que fueron absueltos el alcalde Ortiz Arellano, el tesorero Lostanau Tarazona, el supervisor Rivera Flores y el residente Toledo Jara.**

Decimosexto. Con relación a los agravios, el fiscal superior en su recurso de nulidad (foja 3445), lo fundamentó en lo que respecta a la prescripción de la acción penal de Cochachin Cadillo, sobre el delito de colusión. Sostuvo que en la acusación de manera expresa expuso que se defraudó a la municipalidad, por tanto, se causó un perjuicio económico contra el Estado; y, en consecuencia, los hechos constituyen el delito de colusión agravada, previsto en el segundo párrafo de la Ley N.º 29758¹⁴, y no el de colusión simple. Como el extremo máximo de la pena es quince años, aún no ha operado la prescripción de la acción penal.

Asimismo, si bien respecto al delito de peculado doloso, en su recurso incluyó el extremo en que se absolvió de la acusación fiscal a Lostanau Tarazona, como autor, y a Rivera Flores y Toledo Jara, como cómplices; sin embargo, no formuló ningún agravio al respecto. Por tanto, en aplicación del principio de congruencia recursal, al no existir una fundamentación fáctica ni jurídica en el recurso, no hay

¹⁴ Publicada el 21 de julio de 2011, ley que disgregó el delito de colusión en simple y agravada.



mérito para un pronunciamiento por parte de este Supremo Tribunal, y **la decisión quedó firme, en cuanto al delito de peculado.**

Decimoséptimo. Por su parte la defensa del sentenciado **Ortiz Arellano** en su recurso de nulidad (foja 5548), solicitó su absolución por el delito de colusión, o alternativamente la nulidad del juicio oral. Sostuvo como agravio que no se demostraron acuerdos clandestinos para perjudicar a la Municipalidad. Su patrocinado y los miembros del comité de selección no favorecieron a la empresa de Cochachín Cadillo; por el contrario, actuaron conforme a ley. Es por ello, que el fiscal retiró la acusación respecto a los miembros del citado comité.

Decimooctavo. El fiscal supremo en lo penal opinó que la sentencia en este extremo es conforme a ley. Sostuvo que Cochachín Cadillo, al ser un *extraneus*, conforme con el Acuerdo Plenario N.º 2-2011-CJ-116¹⁵, carece de un deber especial de protección; y, por lo tanto, no es merecedor de un mayor reproche penal ni se le puede aplicar la dúplica del plazo de prescripción. Por lo que si los hechos datan de julio de 2007 y **se subsumen en el delito de colusión simple**, que prevé una pena privativa de la libertad no mayor de seis años (conforme con la Ley N.º 29758, aplicable retroactivamente por ser más favorable), el plazo de prescripción extraordinaria operó en el 2016.

PRONUNCIAMIENTO DEL SUPREMO TRIBUNAL-CASO A

Decimonoveno. Como se anotó al no haberse formulado agravios en cuanto al delito de peculado, el presente pronunciamiento, en aplicación del principio de congruencia recursal, queda delimitado solo respecto al delito de colusión.

Vigésimo. En cuanto al **recurso del condenado Ortiz Arellano**, se aprecia que se limitó a sostener genéricamente que no se demostró el acuerdo clandestino, que no favoreció a la empresa ganadora y actuó conforme a ley. Al respecto, de la revisión de la sentencia y de los actuados se aprecia que la condena en su

¹⁵ Del 6 de diciembre de 2011. Asunto. Alcances de la prescripción en delitos funcionariales.



contra se encuentra debidamente sustentada, pues en su condición de alcalde de la Municipalidad intervino en la adjudicación de la citada obra al suscribir el contrato con la empresa ganadora, representada por el acusado Cochachín Cadillo.

20.1. En esta contratación estatal, la Sala Superior concluyó que el sentenciado se concertó con el mencionado Cochachín Cadillo, con base en prueba indiciaria, que en este tipo de delitos es común su utilización debido a la naturaleza clandestina de su comisión. Los indicios que la Sala evidenció fueron los siguientes: i) la obra no estuvo comprendida en el plan anual de contrataciones y adquisiciones; ii) la convocatoria no fue publicada a través del SEACE; iii) el contrato se firmó el mismo día en que se otorgó la buena pro; y iv) los terrenos se entregaron antes de la culminación del proceso de selección y de la firma del contrato.

20.2. Tales indicios fueron corroborados en las conclusiones de la pericia contable realizada en torno a la obra (foja 264), las que fueron ratificadas en el plenario por la perito Elizabeth Leoncia Henostroza Colonia (foja 2871), quien señaló que al revisar el portal de la MDM visualizó que la obra no figuraba en el plan anual de contrataciones, tampoco se registró el proceso de selección ni se publicó la convocatoria en el SEACE. Asimismo, que la convocatoria fue desde las ocho hasta las quince horas del 27 de junio de 2007, y la entrega del terreno fue el mismo día a las doce horas, y el contrato también se suscribió en tal fecha.

20.3. Lo expuesto, evidencia irregularidades trascendentes en la contratación, pues la no consideración de la obra en el plan anual de contrataciones, contraviene el artículo 7 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado¹⁶. De igual forma, la falta de publicación de la

¹⁶ Aprobado mediante D. S. N.º 083-2004-PCM. El artículo 7 establece que cada entidad elaborará un Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones. Dicho plan debe prever los bienes, servicios y obras que se requerirán durante el ejercicio presupuestal y el monto del presupuesto requerido. El Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones será aprobado por el titular del pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad.



convocatoria quebrantó el principio de transparencia, previsto en el inciso 5, artículo 3, de la citada ley¹⁷. Asimismo, no se debió entregar el terreno antes de que se haya culminado el proceso de selección ni suscrito el contrato.

20.4. También se aprecia una inusitada celeridad en la adjudicación de la buena pro a favor de la empresa, sin cumplir con el procedimiento establecido para su realización, así como en el inicio de su ejecución; ya que conforme con los artículos 107 y 203 del reglamento de la ley, una vez consentido el otorgamiento de la buena pro se debió remitir a la dependencia encargada para la formalización del contrato y luego convocarse a la empresa ganadora para que presente los documentos. En este caso, el terreno fue entregado antes de la suscripción del contrato e inclusive previo a que culmine el proceso de selección, lo cual tenía como finalidad que el municipio desembolse dinero por su avance. A lo anotado se agrega que el proceso de selección se llevó a cabo en un momento inmediato anterior al cambio de gestión municipal, ya que el 6 de julio de 2007, el nuevo alcalde Nilo Toribio Asencio Vargas recibió su credencial por el Jurado Nacional de Elecciones (foja 207). Por consiguiente, existe una pluralidad de indicios que en conjunto revelan actos de concertación.

20.5. Asimismo, en su condición de alcalde suscribió el contrato a pesar del proceso de selección anómalo llevado a cabo, para favorecer a la empresa Ecomisa, con lo cual infringió su deber como funcionario de más alto rango de la Municipalidad de velar por los intereses estatales y desenvolverse con imparcialidad y lealtad, pues si bien el inciso 23, artículo 20, de la Ley Orgánica de Municipalidades, le confiere la atribución de celebrar contratos, tal atribución debe ejercerse considerando los principios rectores de la contratación y los deberes del cargo de alcalde.

¹⁷ Artículo 3.5. Principio de transparencia: toda adquisición o contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación de las adquisiciones y las contrataciones. Salvo las excepciones previstas en la Ley y el Reglamento, la convocatoria, el otorgamiento de buena pro y resultados deben ser de público conocimiento.



Vigesimoprimer. Ahora bien, la Sala Superior concluyó que el alcalde Ortiz Arellano actuó para defraudar al Estado al margen de la legalidad, lealtad, imparcialidad y probidad, en perjuicio de los intereses de la Municipalidad, para favorecer a la empresa contratista, a la que inclusive se le pagó casi por el total del costo de la obra, cuando según el expediente técnico faltaba más de un mes para su culminación. Por ello, consideró que es autor del delito de colusión, previsto en el artículo 384 del CP, con el texto de la Ley N.º 26713, vigente a la fecha de los hechos, criterio que este Supremo Tribunal comparte al haberse causado un perjuicio patrimonial al Estado.

En este análisis, es preciso indicar que los hechos imputados por el delito de colusión con los de peculado conformaron una unidad, y tanto el fiscal superior como la Sala Superior incurrieron en error al disgregar los hechos en los dos delitos. Ambos en conjunto evidencian dicho perjuicio patrimonial, pues quedó establecido que la obra quedó inconclusa.

Vigesimosegundo. Por tanto, al haberse causado un perjuicio patrimonial al Estado, la acción penal se mantiene vigente con relación al acusado Cochachín Cadillo, por la aplicación del artículo 80 del CP, referido a la dúplica del plazo de prescripción. En este extremo, la Sala Superior a pesar de que condenó al autor Ortiz Arellano como autor del delito de colusión, previsto en el artículo 384 del CP, con el texto de la Ley N.º 26713, al evaluar la responsabilidad penal de Cochachín Cadillo, de manera incongruente le aplicó otro texto legal modificadorio de dicho dispositivo legal, esto es la Ley N.º 29758, y tipificó su conducta en el primer párrafo (colusión simple, que establece una pena privativa de libertad de tres a seis años). Es por ello que declaró prescrita la acción penal en su contra.

Vigesimotercero. En consecuencia, la Sala Superior incurrió en una motivación incongruente en la subsunción jurídica de los hechos, pues sobre un mismo caso aplicó dos dispositivos legales (al autor y al *extraneus*), que prevén supuestos de



hecho disímiles y plazos de prescripción de la acción penal y de la pena también distintos.

La incongruencia anotada conlleva a que se declare nula la sentencia, en el extremo por el cual se declaró la prescripción de la acción penal a favor de Cochachín Cadillo, en aplicación del inciso 1, artículo 298, del C de PP, y el artículo 299 del acotado Código.

Por tanto, se deberá llevar a cabo un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, el cual deberá dar una respuesta judicial que sea coherente y acorde con el principio de legalidad, y actuar las pruebas pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

Caso C. Obra construcción del local de la Institución Educativa N.º 86363

Vigesimocuarto. El fiscal superior atribuyó al alcalde Ortiz Arellano y al tesorero Lostaunau Tarazona el delito de **peculado doloso** pues se apropiaron de ciento dieciocho mil ciento sesenta y nueve soles con sesenta y dos céntimos. Así, conforme con el dictamen pericial contable, en el mes de enero de 2007, se compraron materiales que no fueron utilizados en la construcción de la obra, y se pagó a ingenieros y peones, pese a que la obra recién inició su ejecución el ocho de junio de 2007. Asimismo, dicha obra fue iniciada sin contar con un expediente técnico.

Vigesimoquinto. La Sala Superior concluyó que no se acreditó que los acusados se apropiaron de los bienes adquiridos para dicha obra por S/ 118 169,62. Se sustentó en que la perito contable Henostroza Colonia refirió que no advirtió perjuicio económico al Estado. Asimismo, que la construcción del local de la institución educativa se inició en enero de 2007, fecha desde que se compraron materiales con tal propósito, y por los problemas en torno a la propiedad del terreno se buscó otro lugar, y se continuó con la edificación en el mes de junio del mismo año, luego que el alcalde Ortiz Arellano dejó el cargo de alcalde. Con



base en lo anotado, **se absolvió de la acusación fiscal al alcalde Ortiz Arellano y al tesorero Lostanau Tarazona.**

Vigesimosexto. El fiscal superior, en su recurso de nulidad, sostuvo que la Sala Superior omitió valorar que no existió justificación para la compra de materiales y el pago de ingenieros y peones antes del inicio de la obra, y que los acusados se apropiaron de S/ 118 169,62.

Vigesimoséptimo. El fiscal supremo en lo penal opinó que no son de recibo los agravios del fiscal superior, ya que no evidenciaba medios probatorios destinados a generar certeza acerca de que los mencionados acusados se apropiaron de los caudales, y que no es suficiente su condición de funcionarios públicos.

PRONUNCIAMIENTO DEL SUPREMO TRIBUNAL-CASO C

Vigesimooctavo. La absolución se sustentó en que la perito contable Henostroza Colonia en juicio oral concluyó que no se advirtió perjuicio económico al Estado, sin que se haya actuado prueba suficiente que acredite que los acusados se apropiaron de caudales públicos. Al respecto, este Supremo Tribunal comparte la opinión del fiscal supremo en lo penal, y con base en el principio de jerarquía y los diversos pronunciamientos emitidos por esta instancia suprema¹⁸, ratifica la absolución del alcalde Ortiz Arellano y del tesorero Lostanau Tarazona, que debió ser declarada como tal en la parte resolutive de la sentencia; por lo que en vía de integración, se precisa en la presente ejecutoria suprema.

Caso D. Obra mejoramiento de la Carretera Huayobamba Acchas

Vigesimonoveno. En cuanto a esta obra, se imputó el delito de **peculado doloso**, ya que el alcalde Ortiz Arellano y el tesorero Lostanau Tarazona, en contubernio con los residentes Henry Francisco Gonzales Risco, Zulema Tania Macedo Rojas y Raúl Arturo Veramendi Silva, y los supervisores Javier Manuel Jara Luciano y Rober

¹⁸ R. N. N.º 2238-2015-PUNO, del 27 de marzo de 2017; R. N. N.º 960-2015-HUÁNUCO, del 8 de mayo de 2017; R. N. N.º 118-2016-AYACUCHO, del 29 de mayo de 2017; y R. N. N.º 836-2016-PUNO, del 31 de mayo de 2017, entre otros.



Max Tafur Villanueva, se apropiaron de novecientos sesenta y dos mil quinientos cincuenta y cuatro soles con veintidós céntimos. Así, conforme con el dictamen pericial contable y los documentos sustentatorios de la obra, la Municipalidad invirtió un millón doscientos quince mil novecientos veintiocho soles con ochenta y ocho céntimos; sin embargo, de acuerdo con la valorización técnica, está valuada solo en doscientos cincuenta y tres mil trescientos setenta y cuatro soles con sesenta y siete céntimos, incluido el reajuste, y reflejaba un avance físico del 59,98 %.

Trigésimo. La Sala Superior sostuvo que la acusación fiscal se fundamentó en el informe de valorización técnica elaborada por los ingenieros Joaquín Samuel Tamara Rodríguez y Carlos Alberto Rodríguez; sin embargo, **dicho informe no obra en el expediente**, motivo por el cual no pudo ser sometido a contradictorio por parte de los citados ingenieros, y en juicio oral no fueron interrogados sobre el mismo. En ese aspecto, concluyó que la pericia contable era insuficiente para formar convicción respecto a la apropiación de dinero por parte de los acusados, lo que determinó la **absolución del alcalde Ortiz Arellano, el tesorero Lostanau Tarazona, el supervisor Jara Luciano y el residente Gonzales Risco**, contra los cuales continuó la pretensión punitiva del fiscal¹⁹.

Trigésimo primero. El fiscal superior en su recurso de nulidad sostuvo que se atribuyó el delito de peculado doloso a Ortiz Arellano y Lostaunau Tarazona, como autores; y a Jara Luciano, Espinoza Anaya, Ruestra Adrianzén y Pajuelo Fernández, como cómplices²⁰, y la Sala no valoró de manera objetiva la prueba pericial contable que acredita que se apropiaron de S/ 962 554,21. Si bien el informe de valorización que valuó la obra en S/ 253 374,67 no se encuentra anexado al expediente, la pericia aporta suficientes elementos de que la

¹⁹ Con relación a Rober Max Tafur Villanueva, el fiscal superior retiró la acusación, y respecto a los residentes de obra Zulema Tania Macedo Rojas y Raúl Arturo Veramendi Silva, la causa fue archivada por haberse declarado fundada las excepciones de naturaleza de acción que interpusieron, extremo que quedó firme.

²⁰ El fiscal superior incurrió en error al comprender en el recurso de nulidad a los acusados Espinoza Anaya, Ruestra Adrianzén y Pajuelo Fernández, como cómplices en esta obra, pues ellos intervinieron en la obra del caso E, que será materia del siguiente pronunciamiento. Por tanto, no cabe referirnos al respecto.



Municipalidad desembolsó S/ 1 215 928,88, y que la finalidad del alcalde Ortiz Arellano y del tesorero Lostaunau Tarazona fue apropiarse de la diferencia, ya que dicha obra estuvo valorizada en un monto menor.

La condición de alcalde y tesorero les servía de vínculo directo con los caudales y efectos. Tal conducta no hubiera podido ser realizada sin la anuencia del supervisor y residente de obra, quienes emitieron las valorizaciones, las cuales no se encontraban acordes con la realidad y fueron aprobadas por el alcalde y el tesorero.

Trigésimo segundo. El fiscal supremo en lo penal consideró que el dictamen pericial contable no es suficiente para acreditar el delito de peculado doloso. Asimismo, sostuvo que no evidenciaba otros medios probatorios destinados a generar certeza acerca de que los mencionados acusados se apropiaron de los caudales; por lo que estimó que los agravios debían ser rechazados.

PRONUNCIAMIENTO DEL SUPREMO TRIBUNAL. CASO D

Trigésimo tercero. De la revisión de la sentencia se aprecia que la absolución en este extremo se sustentó en que el informe de valorización técnico elaborado por los ingenieros Tamara Rodríguez y Aguirre Rodríguez no obra en autos, lo cual en efecto se verifica. En ese aspecto, no fue posible someterlo a contradictorio ni los mencionados ingenieros en el plenario pudieron ser examinados al respecto. Asimismo, la pericia contable a la que se alude como prueba de cargo se basó en este informe que no obra en autos.

Por lo anotado, este Supremo Tribunal comparte la opinión del fiscal supremo y con base en el principio de jerarquía ratifica la absolución del alcalde Ortiz Arellano y del tesorero Lostaunau Tarazona, que debió ser declarada como tal en la parte resolutive de la sentencia; por lo que, en vía de integración, se precisa en la presente ejecutoria suprema. También ratifica la absolución del supervisor Jara Luciano y el residente Gonzales Risco.



**Caso E. Obra construcción de la carretera Integración Huaytuna, Matibamba,
Cochas y Lihuan Arhuay**

Trigésimo cuarto. Al alcalde Ortiz Arellano y el tesorero Lostaunau Tarazona, se les acusó por el **delito de peculado**, pues en contubernio con el residente Cristian Augusto Espinoza Anaya y los supervisores de obra Javier Manuel Jara Luciano, Luis Alberto Ruesta Adrianzén y Roder Demetrio Pajuelo Fernández, se apropiaron de un millón doscientos cuarenta mil cuarenta y cinco soles con ochenta y un céntimos. Así, conforme con el dictamen pericial contable y la ejecución de gastos financieros de 2005 al 2007, por esta obra la Municipalidad invirtió dos millones doscientos ochenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y cinco soles con ocho céntimos; sin embargo, de acuerdo con la valorización técnica elaborada por los ingenieros Joaquín Samuel Tamara Rodríguez y Carlos Alberto Aguirre Rodríguez, está valuada solo en un millón cuarenta y nueve mil cuatrocientos treinta y nueve soles con veintisiete céntimos, sin considerar adicionales al no estar reconocidos. Si bien en la elaboración inicial del expediente técnico, la obra se presupuestó en un millón cuatrocientos cuarenta y dos mil doce soles con veintidós céntimos, y luego se reformuló a dos millones treinta y dos mil cuatrocientos quince soles con cincuenta y cinco céntimos; no obstante, tales expedientes no cuentan con una resolución de aprobación por el titular de la entidad.

Trigésimo quinto. La Sala Superior, en un primer plano, evaluó la conducta del **alcalde Ortiz Arellano y el tesorero Lostaunau Tarazona**, y sostuvo que se demostró su vinculación con los caudales en atención a sus cargos. Asimismo, con base en la pericia contable, se determinó que hubo un desbalance patrimonial en perjuicio de la Municipalidad por un S/ 1 240 045,81, que ambos no los justificaron y que constituye el monto de lo apropiado, lo que configura el delito de peculado doloso y se **concluyó por su condena**.

En un segundo plano, se analizó la conducta de los acusados **Espinoza Anaya, Jara Luciano, Ruesta Adrianzén y Pajuelo Fernández**, y se estableció que se



acreditó que como ingenieros solo estuvieron encargados del avance físico de la obra y se mantuvieron al margen de su manejo financiero; por lo que al no haberse demostrado que colaboraron en la apropiación de fondos públicos, se les **absolvió de la acusación fiscal**.

Trigésimo sexto. La defensa del sentenciado **Ortiz Arellano** en su recurso de nulidad solicitó su absolución por el delito de peculado doloso o alternativamente la nulidad del juicio oral. Sostuvo como agravios que en su condición de alcalde su función exclusiva era la de dirigir al Municipio y no la de realizar requerimientos, cotizaciones, órdenes de compra y servicios, entre otros, por cuanto, para ello tenía a disposición una serie de profesionales. No existe prueba suficiente que sustente su condena, pues la prueba pericial actuada no determinó el monto de dinero apropiado. No se apropió de dinero, pues los pagos se realizaron a los proveedores, conforme con los cheques, los que fueron cobrados en el Banco de la Nación. No se le dio valor a la pericia de parte, que demuestra que la obra tiene un valor de S/ 2 076 388,88.

Trigésimo séptimo. La defensa del sentenciado **Lostanau Tarazona** en su recurso de nulidad solicitó su absolución por el delito de peculado doloso o alternativamente la nulidad del juicio oral. Invocó los siguientes agravios:

37.1. Su patrocinado es un servidor público sujeto a las órdenes del titular del pliego. Su función exclusiva se ubica en la fase del girado de cheques por orden del alcalde, mas no realiza requerimientos, cotizaciones, órdenes de compra y servicios, entre otros.

37.2. No se apropió de dinero, pues los cheques fueron cobrados por los proveedores en el Banco de la Nación, por los profesionales y la mano de obra calificada.

37.3. No se le dio valor a la pericia de parte, el cual demuestra que la obra tiene un valor de S/ 2 076 388,88.

PRONUNCIAMIENTO DEL SUPREMO TRIBUNAL



Trigésimo octavo. De la revisión de la sentencia se aprecia que la Sala Superior para condenar al alcalde Ortiz Arellano y al tesorero Lostaunau Tarazona valoró como pruebas de cargo las siguientes:

38.1. El informe de liquidación parcial de la obra (foja 1188), ratificado en juicio oral por los ingenieros Joaquín Samuel Támara Rodríguez y Carlos Alberto Aguirre Rodríguez (2895), quienes el 31 de julio de 2007 concluyeron que su valor real era de un S/ 1 049 439,27.

38.2. El peritaje contable (foja 264), ratificado en juicio oral por la perito Henostroza Colonia, en la que se determinó que la Municipalidad invirtió en la obra S/ 2 289 485,08; y que, por tanto, existió un desbalance o diferencia de un S/ 1 240 045,81, que es el monto apropiado.

Trigésimo noveno. Las citadas pruebas evidencian que esta obra se realizó por administración directa y se determinó que su valor real, de acuerdo con su ejecución física al 31 de julio de 2007, era de un S/ 1 049 439,27, conforme con el informe de liquidación parcial, el cual tiene rigor probatorio, pues para la elaboración de tal informe los ingenieros se constituyeron físicamente al lugar de la obra, y en juicio explicaron la fórmula y metodología utilizada para la valorización, en atención al metraje ejecutado multiplicado por el valor unitario de cada metro.

Este valor real de la obra no se condice con el nivel de gasto o inversión realizado por la Municipalidad, que ascendió a S/ 2 289 485,08, inversión que fue determinada como lo explicó la perito con base en la revisión de los comprobantes de pago a los proveedores de bienes y servicios empleados en la obra, lo cual no ha sido cuestionado por los recurrentes.

En ese aspecto, existe una diferencia entre el costo real de la obra y el gasto realizado, **ascendente a un millón doscientos cuarenta mil cuarenta y cinco soles con ochenta y un céntimos, que constituye el monto apropiado por los sentenciados**, ya que ambos se encargaron del manejo financiero de la obra.



Cuadragésimo. El citado informe de liquidación también detectó una serie de irregularidades, tales como:

40.1. El expediente técnico inicial y su reformulación no estuvieron aprobados; y, por tanto, se ejecutó una obra sin existir el debido procedimiento ni la formalidad del caso.

40.2. La obra se inició en julio de 2006, y el expediente técnico se elaboró recién en octubre de dicho año, lo cual contraviene lo dispuesto en el inciso 3, artículo 1, de la Resolución N.º 195-88-GG, que establece como requisito de inicio de una obra su expediente.

40.3. Hubieron trabajos adicionales por mayores metrados y labores complementarias que tampoco fueron aprobados por resolución.

40.4. Se fraccionó la adquisición de combustible y la contratación de servicios de alquiler de maquinaria.

40.5. La dilación de la ejecución de la obra.

40.6. Indiscriminada contratación de maquinaria pesada, combustible y la voladura de roca sin existir el requerimiento con la justificación debida.

40.7. El avance de la obra solo fue del 68,43 %.

Cuadragésimo primero. Ahora bien, los recurrentes coincidentemente sostuvieron como agravios que dentro de sus funciones no está el realizar requerimientos, cotizaciones, órdenes de compra y servicios, entre otros. Al respecto, se aprecia que por la naturaleza de sus cargos, esto es, Ortiz Arellano como alcalde y Lostaunau Tarazona como tesorero, tenían el manejo financiero de la Municipalidad. Así, este último poseía una relación directa con los recursos y giraba los cheques, y el primero, si bien no tenía disposición directa del dinero, autorizó los gastos. Asimismo, la perito Henostroza Colonia señaló que en los comprobantes de pago intervinieron ambos. De igual manera, el residente Espinoza Anaya (foja 1115), y los supervisores Pajuelo Fernández (foja 1095) y Jara Luciano (foja 1104), de modo coincidente indicaron que estuvieron al margen del manejo financiero de la obra y que de ello se encargaba la administración municipal, en específico, los sentenciados.



Cuadragésimo segundo. Otro agravio común de los recurrentes es que sostuvieron que sí pagaron a los proveedores, profesionales y la mano de obra. En cuanto a este punto, es pertinente precisar que los hechos materia de condena obedecen a que los gastos realizados no reflejan el valor real de la obra, ya que difieren considerablemente en un S/ 1 240 045,81; y que, por tanto, tales gastos carecerían del sustento fáctico que justifique los montos que obran en los comprobantes de pago.

Cuadragésimo tercero. Un último agravio común de los recurrentes es que no se dio valor a la pericia de parte (foja 1239). Al respecto, conforme con el Acuerdo Plenario N.º 4-2015/CIJ-116²¹, que establece criterios de valoración de la prueba pericial, es necesario que la pericia explique el método observado, que se aporten los documentos, instrumentos o materiales utilizados para elaborarlos y la explicación de cómo se utilizaron. En este caso, de la revisión de dicha pericia se aprecia que no explicó la fuente de los datos ni la metodología aplicada. Tampoco las conclusiones a las que arribó. Por tanto, carece de rigor probatorio para ser valorada, debido a las deficiencias anotadas.

Motivos por los cuales sus agravios deben ser desestimados y sus condenas ratificadas.

Cuadragésimo cuarto. Respecto a la absolución del residente de obra Espinoza Anaya y los supervisores Jara Luciano, Ruesta Adrianzén y Pajuelo Fernández, se sustentó en que su labor fue verificar el avance físico de la obra y no tuvieron el manejo financiero ni tampoco realizaron algún aporte o colaboración a favor de los condenados Ortiz Arellano y Lostanau Tarazona, posición que este Supremo Tribunal comparte. A lo que se agrega que dichas absoluciones no fueron materia de impugnación por parte del fiscal superior, por lo que en aplicación del principio de congruencia recursal, al no existir una fundamentación fáctica ni

²¹ Del 2 de octubre de 2015. Asunto. Valoración de la prueba pericial en el delito de violación sexual.



jurídica en el recurso, no hay mérito para un pronunciamiento por parte de este Supremo Tribunal.

Cuadragésimo quinto. Respecto a la pena fijada al sentenciado Ortiz Arellano, la Sala Superior le impuso tres años de pena privativa de la libertad por el delito de colusión (caso A) y tres años por el delito de peculado doloso (caso E), ambos en concurso real²², lo que resultó una pena global de seis años. Asimismo, la pena de inhabilitación por el mismo tiempo de duración de la condena, conforme con el inciso 2, artículo 36, del CP.

Al respecto, según el texto de la Ley N.º 26713, la pena por el delito de colusión es no menor de tres ni mayor de quince años de privación de la libertad; por tanto, se le impuso el extremo mínimo, y considerando que no se verifica alguna causal de disminución de punibilidad que permita fijar la pena por debajo de dicho mínimo legal, debe mantenerse en tres años.

Con relación al delito de peculado doloso, la pena conminada es no menor de dos ni mayor de ocho años de pena privativa de la libertad. En ese aspecto, considerando que el monto de lo apropiado asciende a un millón doscientos cuarenta mil cuarenta y cinco soles con ochenta y un céntimos, la sanción de tres años de privación de la libertad es correcta. Por tanto, debe ratificarse la pena global de seis años de privación de la libertad.

Sobre la pena de inhabilitación, conforme con el artículo 38 del CP vigente a la fecha de los hechos, se extiende de seis meses a cinco años, y considerando que la pena privativa de la libertad impuesta por el delito de colusión corresponde al extremo mínimo, lo que de manera semejante ocurre con el delito de peculado doloso, la pena de inhabilitación también debe ser proporcional. En ese aspecto, se estima que el *quatum* debe ser reducido de seis años a un año y seis meses.

²² Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor, con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009. Asunto. Determinación de la pena y concurso real de delitos.



Cuadragésimo sexto. Por su parte, al sentenciado Lostaunau Tarazona, la Sala Superior le impuso tres años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo. En este extremo, impugnó el fiscal superior y solicitó su incremento a seis años, por cuanto consideró que corresponde ubicarla en el tercio intermedio, ya que concurre una atenuante (carencia de antecedentes penales) y una agravante (pluralidad de agentes).

Al respecto, es pertinente precisar que el sistema de tercios para la determinación de la pena recién se estableció con la Ley N.º 30076, cuya vigencia es posterior a la fecha de los hechos. Por tanto, al tratarse de una materia regulada por normas sustantivas, no es posible la aplicación de dicho sistema a este caso.

Cuadragésimo séptimo. Por otro lado, la Sala Superior al determinar la pena no consideró la extensión del daño causado, conforme con el inciso 4, artículo 46, del CP, ya que el monto de lo apropiado asciende a un S/ 1 240 045,81; tampoco que en atención a la naturaleza y gravedad del hecho delictivo no se cumple con los requisitos previstos en el artículo 57 del CP para la suspensión de la pena privativa de la libertad. En consecuencia, este Supremo Tribunal considera que se debe **reformular la forma de ejecución** de tres años de pena suspendida a tres años de pena privativa de la libertad efectiva, cuyo cómputo se iniciará una vez que sea capturado, para lo cual deberán cursarse las requisitorias correspondientes.

En cuanto a la pena de inhabilitación, en atención al principio de proporcionalidad, debe ser reducida de tres a un año.

Cuadragésimo octavo. Con relación a la reparación civil se fijó en cinco mil soles, importe que no fue cuestionado por los recurrentes en sus recursos de nulidad; por ello, debe mantenerse esta cantidad, que deberán pagar cada uno de los sentenciados Milner Jaime Ortiz Arellano y Gerónimo Lostaunau Tarazona, a favor de la municipalidad agraviada.



Por otro lado, se aprecia que en la sentencia se fijó también como reparación civil la **restitución de lo indebidamente apropiado**, por lo que es pertinente precisar que conforme con la pericia contable asciende a **un millón doscientos cuarenta mil cuarenta y cinco soles con ochenta y un céntimos**, respecto a la obra del caso E.

Cuadragésimo noveno. Finalmente, este Supremo Tribunal advierte que la Sala Superior en el fallo de la sentencia impugnada consignó como sentenciado a Jaime Mílner Ortiz Arellano, cuando lo correcto, de acuerdo con la ficha de Reniec, es Mílner Jaime Ortiz Arellano. En ese aspecto, **debe corregirse** este extremo.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. LA CORRECCIÓN del nombre del acusado Jaime Mílner Ortiz Arellano por el de **MÍLNER JAIME ORTIZ ARELLANO**.

II. NULA la sentencia del trece de setiembre de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Huari de la Corte Superior de Justicia de Áncash, en el extremo que declaró la prescripción de la acción penal a favor de **ROLANDO JULIO COCHACHÍN CADILLO** como cómplice del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Masín, por el **caso A. ORDENAR** que en un **breve plazo**, bajo responsabilidad funcional, se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, el cual deberá tener en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente ejecutoria; así como actuarse las pruebas que resulten necesarias.

III. NO HABER NULIDAD en la referida sentencia, en el extremo que condenó a **MÍLNER JAIME ORTIZ ARELLANO** como autor de los delitos contra la Administración



Pública, en las modalidades de **colusión (caso A) y peculado doloso (caso E)**, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Masín, y le impuso tres años de pena privativa de la libertad por cada delito, los que sumados resultan una pena global de **seis años de privación de libertad efectiva. HABER NULIDAD** en cuanto a la pena de inhabilitación impuesta por el plazo de seis años, conforme con el inciso 2, artículo 36, del Código Penal; y, **REFORMÁNDOLA**, le impusieron un año y seis meses de pena de inhabilitación, conforme con el inciso 2, artículo 36, del acotado Código.

IV. NO HABER NULIDAD en la referida sentencia en el extremo que condenó a **GERÓNIMO LOSTAUNAU TARAZONA** como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de **peculado doloso (caso E)**, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Masín. **HABER NULIDAD** en el extremo que le impuso por dicho delito tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo, sujeto a reglas de conducta; e inhabilitación conforme con el inciso 2, artículo 36, del Código Penal por el plazo de tres años; y, **REFORMÁNDOLA**, le impusieron **tres años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva** y un año de inhabilitación, conforme con el inciso 2, artículo 36, del Código Penal, con la precisión que la pena privativa de la libertad deberá ser computada una vez que Lostaunau Tarazona sea capturado, para lo cual deberán cursarse las requisitorias correspondientes.

V. NO HABER NULIDAD en cuanto al pago de **cinco mil soles por concepto de reparación civil**, que deberán abonar cada uno los sentenciados Ortiz Arellano y Lostaunau Tarazona, y la restitución de lo indebidamente apropiado, que es pertinente precisar asciende **a un millón doscientos cuarenta mil cuarenta y cinco soles con ochenta y un céntimos por el caso E**, conforme con el fundamento cuadragésimo octavo de la presente ejecutoria suprema.

VI. NO HABER NULIDAD en la mencionada sentencia, en el extremo que **absolvió** de la acusación fiscal a **GERÓNIMO LOSTAUNAU TARAZONA** como autor (**CASO A**) y a **CARLOS ALBERTO RIVERA FLORES Y BENITO HILARIO TOLEDO JARA (CASO A), HENRRY FRANCISCO**



GONZALES RISCO (CASO D), JAVIER MANUEL JARA LUCIANO (CASO D y E), CRISTIAN AUGUSTO ESPINOZA ANAYA, LUIS ALBERTO RUESTA ADRIANZÉN y RODER DEMETRIO PAJUELO FERNÁNDEZ (CASO E), como cómplices del delito de peculado doloso, en perjuicio de la citada Municipalidad.

VII. INTEGRAR la parte resolutive de la sentencia para que se tenga por declarada la absolución de los acusados Mílner Jaime Ortiz Arellano y **GERÓNIMO LOSTAUNAU TARAZONA**, respecto a los casos C y D; y **NO HABER NULIDAD** en la sentencia en dichos extremos, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

BALLADARES APARICIO

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/wrqu