

NULIDAD PARCIAL DE LA SENTENCIA POR EL DELITO DE PECULADO. NO HABER NULIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN.

Desde el tipo penal de peculado, los actos de apropiación del funcionario o servidor público han de recaer sobre caudales o efectos que le estén confiados por razón de su cargo. En este caso, la acusación complementaria delimitó seis hechos constitutivos del delito de peculado; no obstante, la Sala Penal Superior no determinó el importe de lo apropiado por cada hecho, lo que guarda relación con el importe de la reparación civil que también se estableció de forma global por un importe de 1'954,940.85.

Además, la fiscal suprema en lo penal advirtió que la Sala Penal Superior no habría realizado un correcto juicio de subsunción de los hechos 5 y 6, los mismos que en su criterio no tipifican el delito de peculado, sino que se deben adecuar al delito de colusión. Al respecto, en atención a que los elementos normativos del delito de peculado (objeto de acusación) son distintos al de colusión, se precisa que la imputación jurídica sea sometida a debate en un nuevo juicio oral. En cuanto al delito de colusión se ratifica la condena respecto a los hechos 7 y 9.

Lima, dieciséis de diciembre de dos mil veintidós

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia del doce de junio de dos mil diecinueve emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Huari de la Corte Superior de Justicia de Áncash (foja 4067) por la defensa técnica de los siguientes sentenciados:

i) WILDER EUSEBIO HERRERA FRANCISCO, JORGE MANUEL HUERTA HUERTA y MEYER RONALD LEIVA RODRÍGUEZ en el **extremo que condenó** a HERRERA FRANCISCO (autor), HUERTA HUERTA y LEIVA RODRÍGUEZ (coautores) del delito contra la administración pública en las modalidades de peculado y colusión, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Huántar. En consecuencia, les impuso ocho años de pena privativa de libertad –para cada uno– cuyo plazo se computará desde la fecha de su internamiento; trescientos sesenta días-multa e inhabilitación por tres años para ejercer u obtener cargo igual y/o similar, a lo que es materia de sentencia; y fijó en un millón novecientos cincuenta y cuatro mil novecientos cuarenta soles con ochenta y cinco céntimos (\$/ 1'954,940.85) como importe por concepto

de reparación civil que deberán abonar en forma solidaria a favor de la parte agraviada.

ii) **HERMINIO MARCO YANAC SALAZAR** en el **extremo que lo condenó** como cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Huántar. En consecuencia, le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años sujeto al cumplimiento de dos reglas de conducta¹ e inhabilitación por tres años para ejercer u obtener cargo igual y/o similar; y se fijó por concepto de reparación la suma dineraria antes indicada que deberá abonar en forma solidaria con los mencionados sentenciados a favor de la parte agraviada.

De conformidad, en parte, con lo opinado por la fiscal suprema en lo penal.

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

CONSIDERANDO

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

PRIMERO. Con anterioridad a la sentencia que es materia del recurso de nulidad, se emitió la ejecutoria suprema del 14 de junio de 2018 recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2497-2017 Áncash. Al respecto, como antecedentes procesales relevantes se tienen los siguientes:

1.1. En cuanto a los hechos imputados en la acusación fiscal primigenia, del 5 de julio de 2013, el fiscal superior acusó a diversos funcionarios y servidores públicos de la Municipalidad de Huántar (en adelante, La Municipalidad), entre ellos, los funcionarios públicos ahora sentenciados WILDER EUSEBIO HERRERA FRANCISCO (alcalde), JORGE MANUEL HUERTA HUERTA (gerente) y MEYER LEIVA RODRÍGUEZ (tesorero). Además de los *extraneus* HÉCTOR AYLLÓN QUIROZ, VÍCTOR MANUEL URIBE BARRETO y WILFREDO ALEJANDRO CABANILLAS JAIMES.

¹ Las reglas de conducta son: a) Concurrir al local del Juzgado cada dos meses a fin de informar y justificar sus actividades. b) No ausentarse del lugar de su residencia ni varias de domicilio sin previo aviso al Juzgado; bajo apercibimiento de revocarse la condicionalidad de la pena impuesta.

1.2. Mediante sentencia de 17 de agosto de 2017 (folio 3381), la Sala Mixta Descentralizada de Huari **condenó** a WILDER EUSEBIO HERRERA FRANCISCO (autor), JORGE MANUEL HUERTA HUERTA y MEYER RONALD LEIVA RODRÍGUEZ (coautores) del delito contra la Administración Pública, en las modalidades de peculado y colusión ilegal en agravio de la Municipalidad a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta, trescientos sesenta días multa e inhabilitación por tres años para ejercer u obtener cargo igual o similar. Se fijó la suma de cinco mil soles como reparación civil que deberán abonar de forma solidaria a favor de la Municipalidad.

Asimismo, **condenó** a Víctor Manuel Uribe Barreto (cómplice primario) del delito de peculado doloso, a Rosselly Elías Moreno Trejo (coautor) del delito de colusión desleal, y **absolvieron** de la acusación fiscal a Herminio Marco Yanac Salazar (autor) y Wilfredo Alejandro Cabanillas Jaimes en agravio de la Municipalidad. **Absolvieron** de la acusación fiscal a Eduardo Melgarejo Salas, Alejandro Ricardo Garro Melgarejo, Elida Asunción Serna Pozo, Lorgio Aguirre Alfaro y Bernardo Pedro Gómez Ortega (cómplices primarios) de los delitos de peculado doloso, colusión desleal y malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad.

1.3. Esta sentencia fue objeto de recurso de nulidad por el fiscal superior del Distrito Fiscal de Áncash, y por los sentenciados Víctor Manuel Uribe Barreto, Wilder Eusebio Herrera Francisco, Meyer Ronald Leiva Rodríguez y Jorge Manuel Huerta Huerta.

1.4. Mediante ejecutoria suprema del 14 de junio de 2018 recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2497-2017 Áncash se declaró **nula** la referida sentencia en todos sus extremos y se **dispuso** la realización de un **nuevo juicio oral** por otro colegiado, por cuanto: **i)** En los fundamentos 19 y 20 se advierte la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, pues no se valoró todo el caudal probatorio para establecer o no la existencia del delito. **ii)** En los fundamentos 14, 15 y 16 se incurrió en motivación inexistente puesto que se omitió fundamentar adecuadamente las razones que le

permitieron arribar a tal conclusión en contraste con el material probatorio actuado. Es por ello que se ordenó se lleve a cabo la diligencia de ratificación del dictamen pericial contable del 19 de agosto de 2007, por los peritos Irma Reaño García e Ina Valladares Rodríguez, a fin de que precisen las irregularidades que se habrían cometido y los periodos atribuidos a los impugnantes; y se señale el presunto perjuicio patrimonial ocasionado al Estado.

1.5. El 12 de marzo de 2019 se instaló el nuevo juicio oral. En dicha audiencia la fiscal superior solicitó reformular su acusación fiscal (folio 3697) en mérito del Recurso de Nulidad N.º 2497-2017 Áncash.

1.6. El 14 de marzo de 2019 se emitió el dictamen que delimitó la acusación fiscal (folios 3702 al 3826), en el cual se fijaron **seis hechos** constitutivos del delito de peculado y **tres hechos** del delito de colusión como se dará cuenta luego.

SENTENCIA MATERIA DEL RECURSO DE NULIDAD

SEGUNDO. El 12 de junio de 2019 se emitió la segunda sentencia que es materia del presente recurso de nulidad, en la cual:

2.1. Se resolvió la situación jurídica de los acusados. En lo que respecta a lo que será materia de pronunciamiento se **condenó a HERRERA FRANCISCO** (autor), **HUERTA HUERTA** y **LEIVA RODRÍGUEZ** (coautores) por los delitos de peculado y colusión ilegal. En consecuencia, se les impuso ocho años de pena privativa de libertad, trescientos días-multa e inhabilitación por tres años para ejercer u obtener cargo igual o similar, y se fijó por concepto de reparación civil la suma de S/ 1'954,940.85 que deberán abonar en forma solidaria a favor de la Municipalidad.

2.2. Se condenó a **YANAC SALAZAR** (cómplice primario) por el delito de peculado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años sujetos al cumplimiento de reglas de conducta; inhabilitación por tres años para ejercer u obtener cargo igual y/o similar y se fijó por concepto de reparación civil la suma antes

mencionada que deberá abonar el sentenciado en forma solidaria con los otros tres sentenciados.

2.3. La corrección de sus fundamentos se analizará al dar respuesta a los agravios formulados solo por estos tres condenados, puesto que con relación al sentenciado Herminio Marco Yanac Salazar, la fiscal suprema en lo penal en su Dictamen N.º 200-2022-MP-FN-SFSP, solicitó se declare extinguida la acción penal por fallecimiento, conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 78 del Código Penal (CP), ya que de la revisión de la ficha Reniec (código de consulta N.º 0026702371 0036822) se constató su fallecimiento.

Este Supremo Tribunal comparte lo opinado por la fiscal suprema, ya que se ha verificado el fallecimiento de este sentenciado, en tal sentido, se debe **declarar extinguida la acción penal por la causal invocada**, disponerse el archivo definitivo de lo actuado en su contra, y se anulen los antecedentes judiciales y policiales que se hayan generado como consecuencia de este proceso.

DICTAMEN DE LA FISCAL SUPREMA EN LO PENAL

TERCERO. La fiscalía suprema en lo penal opinó lo siguiente:

3.1. Se declare no haber nulidad en la sentencia respecto a los hechos 1, 2, 3 y 4, pues se sustentan en que Herrera Francisco, en su condición de alcalde se apropió para sí y para otros de los caudales de la Municipalidad, lo que se corroboró con la pericia contable, la que permitió advertir las irregularidades cometidas durante su gestión en los años 2003, 2004, 2005 y 2006. Es así que autorizó que se pague al asesor, el fallecido Herminio Marco Yanac Salazar, por los servicios prestados durante los meses de octubre y noviembre de 2003 el monto de S/ 1200,00 mediante la cuenta de pago (CP) N.º 27 del 29 de marzo de 2004, y ordenó nuevamente que se pague el mencionado monto sin justificación alguna, entre otros hechos. Durante el año fiscal 2005 se verificó que los cheques fueron girados por el tesorero Meyer Ronald Leiva Rodríguez (hechos 3 y 4), quien también fue comprendido en estos hechos, conducta con la cual se vulneraron normas específicas del sector público.

3.2. En cuanto a los hechos 5 y 6 propuso no haber nulidad en la condena, y que los hechos tipificados por el fiscal superior como peculado se adecúen al delito de colusión y se cambie el título de imputación de Huerta Huerta (gerente) de coautor a autor, porque estamos ante un delito de infracción de deber. En estos hechos, el alcalde Herrera Francisco suscribió los contratos para la adjudicación directa de las obras y contó con la intervención de Huerta Huerta, quien los suscribió en su calidad de miembro del comité especial para la adjudicación de las obras, detallando la gran cantidad de irregularidades que ponen de manifiesto indicios del pacto colusorio y defraudación de los intereses de la Municipalidad.

3.3. No haber nulidad en el hecho 7 (sistema de aspersion por riego de Yurayaco), en el que intervinieron Herrera Francisco y Huerta Huerta, asimismo en el hecho 9 (construcción del canal de Carhuascancha), en el cual además de los ya mencionados intervino Leiva Rodríguez. En su criterio, los actos colusorios se demostraron mediante la pericia contable durante el desarrollo de las obras. No emitió opinión sobre el hecho 8.

FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

SUSTENTO NORMATIVO

CUARTO. El inciso 5 del artículo 139 de la Constitución consagra el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional, en reiteradas decisiones, sostiene que importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan 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 proceso².

QUINTO. Por su parte, una sentencia condenatoria requiere de una actividad probatoria realizada con las garantías necesarias y en la que se haya tutelado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos a la prueba, defensa y debido proceso, que permita evidenciar la concurrencia plena de los elementos del delito y el grado de intervención y/o participación de un

² STC N.º 03433-2013-PA, del 18 de marzo de 2014, fj. 4.

acusado. Además, que el órgano jurisdiccional explicita las razones por las cuales arriba a determinada conclusión, pues con ello se evita la existencia de restricciones arbitrarias del derecho a la libertad individual de los justiciables y se tutela su derecho a la presunción de inocencia³.

SEXTO. Según el inciso 1 del artículo 289 del Código de Procedimientos Penales (**C DE PP**), este Supremo Tribunal se encuentra habilitado a declarar la nulidad de una sentencia cuando en la sustanciación de la instrucción o en la del proceso de juzgamiento se hubiera incurrido en graves irregularidades y se hubieran omitido trámites y garantías establecidas por Ley Procesal Penal. En cuyo caso la nulidad del proceso no surtirá más efectos que el retrotraer el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio, subsistiendo los elementos probatorios que de modo específico no fueron afectados. También se establece que, en su caso, se complementen o amplíen las pruebas y las diligencias que correspondan.

SÉPTIMO. Uno de los delitos materia de juzgamiento es el de peculado doloso por apropiación, el cual se encuentra previsto en el artículo 387 del CP y cuyo texto aplicable al momento de los hechos (2003-2006) se relaciona con la modificatoria de la Ley N.º 261984, que establece 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 libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

OCTAVO. El Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116⁵, con relación a esta modalidad, establece que sus elementos materiales son:

³ Conforme con lo señalado de manera reiterada en la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, por ejemplo, en los recursos de nulidad números 2978-2016/Huánuco, 47- 2017/Lima Norte, 614-2017/Junín, 962-2017/Ayacucho, 2269-2017/Puno, 2565 2017/Cusco, 310-2018/Lambayeque y 1037-2018/Lima Norte, entre otros.

⁴ Publicada el 13 de junio de 1993.

⁵ Del 30 de setiembre de 2005, f. j. 7. Asunto. Definición y estructura típica del delito de peculado. Artículo 387 del Código Penal.

8.1. La relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos, que significa el poder de vigilancia y control sobre la cosa; es decir, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo y el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

8.2. La percepción, que es captar o recibir 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.

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

8.4. El destinatario, que puede ser para sí o para otro.

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

NOVENO. El otro delito es el de colusión, previsto en el artículo 384 del CP, modificado por la Ley N.º 26713⁶, cuyo texto vigente al momento de los hechos, establece lo siguiente:

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.

DÉCIMO. El elemento concertación, lo constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, que no necesariamente deriva de la existencia de "pactos ilícitos, componendas o arreglos⁷", "acuerdo clandestino entre dos

⁶ Publicada el 27 de diciembre de 1996.

⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cuarta edición, Grijley, Lima, 2007, p. 414.

o más partes para lograr un fin ilícito⁸ o “acuerdo subrepticamente⁹, sino de factores objetivos tales como una inadecuada o simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerarse entre otros:

- Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos.
- Precios sobrevaluados o subvaluados.
- Inexperiencia comercial de los postores.
- Plazo de la garantía de los postores.
- Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores-respectivamente- a los requeridos.
- Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección.
- 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.
- 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.
- Apariencia de ejecución de la contratación.
- Reintegro a los terceros interesados.
- Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia.

Factores objetivos que jurisprudencialmente se admiten para construir la prueba indiciaria en este tipo de delito, y que deben merecer una respuesta del órgano jurisdiccional si son postulados por el titular de la acción penal. En este caso se han enunciado diversas irregularidades, indicios a criterio del

⁸ Cfr. Ejecutoria Suprema R.N. N.º 3611-2002, de 16 de mayo de 2003. En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, Delitos contra la administración pública: jurisprudencia penal, Jurista editores, Lima, 2004, p. 176; Ejecutoria Suprema de 14 de enero de 2000, Exp. N.º 5201-99/LORETO, en Normas legales, Trujillo, Editora normas legales, Tomo 288, Mayo 2000, p. A-74.

⁹ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, segunda edición, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 310. En este sentido R.N. N.º 740-2003, de 4 de junio de 2004. En: PEREZ ARROYO, Miguel, La evolución de la Jurisprudencia penal en el Perú [2001- 2005], Tomo II, Editorial San Marcos, Lima, 2006. p. 1318.

Ministerio Público, que deben ser evaluados en conexión con la legislación extrapenal sobre contratación pública.

ANÁLISIS SOBRE EL CASO EN CONCRETO

SOBRE LOS HECHOS TIPIFICADOS EN EL DELITO DE PECULADO

DECIMOPRIMERO. En principio debemos indicar que, respecto al delito de peculado, la acusación fiscal complementaria delimitó **seis hechos**, de los cuales ahora nos referiremos a los hechos 1 al 4 relacionados con:

HECHO 1. Apropiación de los caudales de la Municipalidad en el ejercicio presupuestal de 2003, imputado al alcalde Herrera Francisco.

HECHO 2. Apropiación de los caudales de la Municipalidad en el ejercicio presupuestal de 2004, imputado al alcalde Herrera Francisco.

HECHO 3. Apropiación de los caudales de la Municipalidad en el ejercicio presupuestal de 2005, imputados al alcalde Herrera Francisco y al tesorero Meyer Leiva Rodríguez, quien ocupó el cargo desde julio a diciembre de 2005.

HECHO 4. Apropiación de los caudales de la Municipalidad en el ejercicio presupuestal de 2006, imputados al alcalde Herrera Francisco y al tesorero Leiva Rodríguez.

11.1. Esta delimitación era necesaria, puesto que la apropiación de caudales que fue objeto de instrucción, acusación y juzgamiento, comprendió cuatro ejercicios presupuestales, y en estos hechos participaron en forma individual el alcalde (dos periodos) y de forma conjunta con el tesorero (dos últimos periodos).

11.2. Además, guarda estrecha vinculación con el importe del patrimonio del Estado que se hubiese apropiado cada autor (para sí) o para tercero. Al respecto, la Sala Penal Superior, no obstante tratarse de diversos hechos constitutivos del delito de peculado, los comprendió como un solo hecho de peculado, lo que evidentemente no permite determinar a cuánto ascendería el importe de lo apropiado por cada hecho delictivo y no permite individualizar a los autores y/o partícipes.

11.3. Por este proceder, la Sala Penal Superior también fijó de modo global el importe de la reparación civil (en la que además incluyó los otros dos hechos de peculado y los tres de colusión). Esta determinación del pago no es correcta, puesto que no podemos incluir en un importe total a pagar por el daño causado, pagos que deben efectuar los sentenciados que no habrían participado en los mismos.

Por ejemplo, según la imputación fiscal el alcalde autorizó que se pague al asesor, el fallecido Herminio Marco Yanac Salazar, por los servicios prestados durante los meses de octubre y noviembre de 2003 el monto de S/ 1200 mediante la cuenta de pago CP N.º 27, de 29 de marzo de 2004, y ordenó nuevamente que se pague el mencionado monto sin justificación alguna. En estos hechos no habrían participado sus dos coacusados; y, sin embargo, este hecho se consideró para la condena global y el pago de la reparación civil también global. Igualmente, en la sentencia se dispuso que el fallecido pague de modo solidario la reparación civil de S/ 1'954,940.85.

Lo que sin duda no permite determinar el importe ocasionado por cada hecho imputado, que da lugar a la cuantificación del daño en términos patrimoniales, lo que es de relevancia si se tiene en cuenta que se relaciona con el derecho a la propiedad.

11.4. Por tanto, no se cumplió con lo dispuesto en la ejecutoria suprema del 14 de junio de 2018 recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2497-2017/Áncash que dispuso que los peritos precisen las irregularidades que se habrían cometido, los periodos atribuidos a los impugnantes y se señale el presunto perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Se precisa que los peritos fueron a juicio oral, por lo que no se puede omitir el cumplimiento a lo que se dispuso en la mencionada ejecutoria suprema.

DECIMOSEGUNDO. Por las razones expuestas es evidente que se infringió el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la prueba, por lo que en este extremo, de conformidad con el inciso 1 del artículo 298 del C de PP, **debe declararse la nulidad del juicio oral** y llevarse a cabo uno nuevo

por otro Colegiado donde se tendrá en cuenta lo dispuesto en los fundamentos precedentes.

DECIMOTERCERO. En cuanto a los **otros dos hechos constitutivos del delito de peculado**, se tiene que en la acusación complementaria se delimitaron del modo siguiente:

HECHO 5. Apropiación de los caudales destinados a la ejecución de la obra: ampliación sistema de riego por aspersión de Uranchacra. Imputado al alcalde Herrera Francisco y al gerente Huerta Huerta.

HECHO 6. Apropiación de los caudales destinados a la ejecución de la obra. Sistema de riego por aspersión de Anyanga. Imputado al alcalde Herrera Francisco y al gerente Huerta Huerta.

13.1. Al respecto, la fiscal suprema en lo penal propuso no haber nulidad en la condena, pero advierte que la Sala Penal Superior no habría realizado un correcto juicio de subsunción de los hechos, los mismos que en su criterio no tipifican el delito de peculado, sino que **se deben adecuar al delito de colusión**. Esto debido a que el alcalde Herrera Francisco suscribió los contratos para la adjudicación directa de las obras y contó con la intervención del gerente Huerta Huerta, quien los suscribió en su calidad de miembro del comité especial para la adjudicación de las dos citadas obras, en las que se incurrió en un gran número de irregularidades que constituyen indicios de un pacto colusorio para defraudar al Estado.

13.2. A efectos de establecer si correspondía una desvinculación de la acusación fiscal, se tiene que sobre el **hecho 5** se imputó que el alcalde Huerta Francisco, el gerente municipal Huerta Huerta, en colaboración con el representante de la empresa TECPRO S. C. R. L. se "apropiaron" de los caudales de la Municipalidad destinados para la ejecución de la obra Ampliación del sistema de riego por aspersión de Uranchacra.

En la acusación se detallan las irregularidades que se advirtieron, entre otras:
i) El 10 de agosto de 2006, Herrera Francisco y el representante legal de la citada empresa suscribieron el contrato de ejecución de la obra mencionada

producto de la Adjudicación Directa Selectiva (ADS) N.º 001-2006-MDHR. **ii)** No existe informe emitido por el supervisor de la Municipalidad, quien realizó la verificación de la culminación de la obra. **iii)** No existe resolución de alcaldía mediante la cual se designa a los miembros del comité de recepción de la obra. **iv)** La cuarta y última valorización se canceló el 20 de diciembre de 2006 a la empresa TECPRO S. C. R. L. (CP N.º 455) y dicho pago fue autorizado por Herrera Francisco. **v)** No se verifica la existencia de la carta fianza presentada por el contratista de la obra como medio que garantiza su ejecución. **vi)** No existe liquidación de obra por el contratista debidamente sustentado con la documentación y cálculos detallados (artículo 269 del Decreto Supremo N.º 0084-2004-PCM) cuyo plazo vencía a los 60 días contabilizados desde la recepción de la obra. **vii)** El valor total de la obra según se detalla en los comprobantes de pago asciende a la suma de S/ 168 131,31, conforme se detalla en el Informe Pericial Contable. **viii)** Los gastos realizados no se reflejan en la construcción de la obra, pues según se indica en el Acta de Inspección Judicial de Uranchacra, de 7 de octubre de 2008, la obra se encuentra inconclusa y sin funcionamiento. **ix)** Según el informe pericial valorativo de 18 de septiembre de 2008 emitido por los peritos ingenieros Sergio Olivera Ramos y Guillermo Calle Munarriz la obra no se encuentra operativa, no recepcionada por la entidad con un progreso de 89,89 % y sin avance físico.

13.3. La Sala Penal Superior consideró probado este hecho como constitutivo del delito de peculado puesto que, en efecto: **i)** El representante de la empresa TECPRO S. C. R. L. negó todo acuerdo previo con Herrera Francisco para apropiarse de los fondos públicos; no obstante, sus afirmaciones no han sido respaldadas por algún medio probatorio que los corrobore. **ii)** No se verificó la existencia del informe emitido por el supervisor de obra de la Municipalidad. **iii)** Se canceló la deuda a la empresa TECPRO S. C. R. L. mediante el comprante de pago N.º 445 sin el requisito previo de verificar el estado de la obra. **iv)** Según el Acta de entrega de obra se observa que fue concluida, pero no se acompañó un informe del supervisor. Esto favoreció a la empresa referida pues se le canceló el monto convenido sin necesidad de verificar el estado de construcción de lo edificado. **v)** Se reconoció el estado

inacabado y la mala calidad de la obra conforme se indica en el informe pericial, asimismo la construcción solo tiene un avance físico del 81,23 %. **vi)** El estado actual de dicha construcción fue constatado por la inspección judicial de 7 de octubre de 2008, dicha situación es producto de la no vigilancia en el desarrollo de la obra y las irregularidades en la supervisión. **vii)** Estas circunstancias fueron propiciadas por Herrera Francisco pues permitió que la empresa TECPRO S. C. R. L. obtenga ganancias económicas a partir de la ejecución de un contrato que incumplió.

13.4. Lo mismo ocurre con relación al **hecho 6**, pues la imputación consistió en que Herrera Francisco (alcalde) y Huerta Huerta (gerente municipal), y el representante de la empresa MANTTO S. A. C. se apropiaron de los caudales de la Municipalidad destinados para la ejecución de la obra Sistema de riego por aspersión de Anyanga. Se detallan un gran número de irregularidades a partir de la suscripción del referido contrato producto de la ADS N.º 001-2006-MDHR del 10 de agosto de 2006, entre otras: **i)** No se verificó la existencia de libros de actas por cada proceso de selección en los que se pueden apreciar los acuerdos que adoptó el comité especial. **ii)** No se encontraron en los archivos los expedientes de las propuestas técnicas y económicas presentadas. **iii)** No existe resolución de alcaldía mediante la cual se designa a los miembros del comité de recepción de la obra. **iv)** No se pudo verificar la existencia de la carta fianza presentada por el contratista de la obra como medio que garantice la ejecución de la obra. **v)** No existe informe emitido por el supervisor de la obra de la Municipalidad, quien realizó la verificación de la culminación de la obra. **vi)** Los gastos realizados en la presente obra no se reflejan en la construcción como lo describe el Acta de inspección judicial de Anyanga de 5 de junio de 2008.

13.5. La Sala Penal Superior concluyó que la imputación con respecto al delito de peculado se encuentra respaldada por las declaraciones de Huerta Huerta, quien sostuvo no recordar el nombre del supervisor de la obra, tampoco recuerda si la obra fue entregada al comité de recepción. En cambio, sí aceptó que fue él quien autorizó la cancelación de las valorizaciones; sin embargo, dichos documentos no se encuentran disponibles

en el archivo de la Municipalidad. Por su parte, también menciona el referido funcionario que fue entregado el último pago a la empresa a pesar de que faltaba terminar alguna actividad, lo que fue corroborado mediante la inspección judicial ya detallada.

DECIMOCUARTO. La Sala Penal Superior asumió la tipificación jurídica del fiscal superior, como una apropiación de fondos, mientras que la fiscal superior advierte irregularidades que permitirían inferir el delito de colusión. Al respecto, se ha dado cuenta de un gran número de irregularidades cometidas en un proceso de contratación pública, algunas por omisión, que constituyen elementos indiciarios de la existencia de un pacto colusorio que permitirían inferir que los hechos no fueron calificados en el tipo penal que corresponde (colusión).

Al respecto, en atención a los elementos normativos del delito de peculado (objeto de acusación) que son distintos al de colusión, se precisa que la imputación jurídica sea sometida a debate en el juicio oral, en el cual, luego de la prueba actuada se determinará la corrección o incorrección de la tipificación jurídica planteada por el titular de la acción penal, más aún si como se detalla en los fundamentos siguientes por hechos similares se condenó a los dos acusados por el delito de colusión.

En ese sentido, en **este extremo también se incurrió** en causal de nulidad prevista en el inciso 1 del artículo 289 del C de PP, por lo que corresponde que en el nuevo juicio oral quede establecido correctamente el juicio de subsunción, y se delimite el importe de la reparación civil en atención al daño causado por cada hecho.

SOBRE LOS HECHOS 7 A 9 TIFICADOS COMO DELITO DE COLUSIÓN

HECHO 7. DEFRAUDACIÓN DE LOS CAUDALES DESTINADOS A LA EJECUCIÓN DE LA OBRA SISTEMA DE RIEGO POR ASPERSIÓN DE YURAYACO

DECIMOQUINTO. Con relación al **hecho 7**, se atribuyó a Herrera Francisco (alcalde), Huerta Huerta (gerente municipal) y al representante de la empresa Santiago Ingeniería Construcción S. A. C. haber cometido una serie de irregularidades en la ejecución de la obra: Sistema de Riego por Aspersión de

Yurayaco que se materializó en el contrato del 10 de agosto de 2006 producto de la ADS N.º 001-2006-MDhr. Entre ellas menciona: **i)** No existe resolución de alcaldía mediante la cual se designa a los miembros del comité de recepción de la obra. **ii)** No existe liquidación de obra presentada por el contratista, cuyo plazo se vencía a los 60 días contados desde el día siguiente de la recepción de la misma. **iii)** A través de comprobante de pago N.º 497 (28 de diciembre de 2006) se devolvió el 10 % de la retención como garantía de cumplimiento a la citada empresa, lo que autorizó el acusado Herrera Francisco. **iv)** Los gastos realizados por la Municipalidad no se reconocen en la construcción, esto según se advierte en el Acta de Inspección Judicial de Yurayaco (5 de junio de 2008).

DECIMOSEXTO. La Sala Penal Superior dio por acreditado que los funcionarios públicos mencionados incumplieron la normativa establecida para la contratación pública, así como el deber de velar por la observancia de lo pactado con la empresa contratista para la ejecución de la obra. La concertación se dio a partir de la realización de algunas conductas ejecutadas, como es el caso de la devolución de la garantía, pese a que la obra presentaba falencias, la no conformación del comité de recepción de la obra, la inexistencia del informe emitido por el supervisor de la obra de la Municipalidad y que incluso a la fecha no estaba en operación, según lo indica el informe pericial que establece que la obra no ha sido culminada y tiene un avance físico de un 85,32 %, entre otras irregularidades. En virtud a ello se establece la existencia de un acuerdo entre el representante de la empresa referida para la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado.

DECIMOSÉPTIMO. La defensa de Herrera Francisco y Huerta Huerta, en sus recursos de nulidad, respecto a este hecho, alegó que el supervisor no emite informes; por el contrario, es quien visa las valorizaciones. Mediante la Resolución de Alcaldía N.º 021-A-2006/MDhr se designó a los miembros del comité de recepción de la obra. Se pagó la segunda valorización el 20 de diciembre de 2006 a la empresa Santiago Ingeniería S. A. C., porque se debía cumplir con el pago realizado. La inspección judicial se realizó dos años

después de ocurridos los hechos, por lo que los gastos efectuados no se vieron reflejados en la obra, sin embargo, debe tenerse en cuenta que tuvo un avance del 89 %. Si bien no existió un proceso de selección, esto no resulta incompatible con el tipo de contratación pública utilizada en el presente hecho, porque se realizó el proceso de exoneración por desabastecimiento inminente según la Ley de Contrataciones del Estado.

DECIMOCTAVO. Al respecto, compartimos la valoración probatoria de la Sala Penal Superior, pues tal como se acreditó las irregularidades anotadas permiten inferir razonablemente la existencia de un pacto colusorio para defraudar al Estado. Así, además de lo anotado, la valorización total de la obra, según el monto asignado en los comprobantes de pago asciende a S/ 322 839,25, detallado en el Informe Pericial Contable, y conforme lo indican los peritos ingenieros, en el Informe Pericial Valorativo la obra se encuentra inoperativa, no recepcionada por la entidad y con un progreso de 85,32 % sin avance físico.

Los cargos formulados por el fiscal superior y considerados acreditados por la Sala Penal Superior no fueron rebatidos por la defensa, es por ello que sostuvo que si bien no existió un proceso de selección esto no resulta incompatible con el tipo de contratación pública utilizada en el presente hecho, porque se realizó el proceso de exoneración por desabastecimiento inminente según la Ley de Contrataciones del Estado. En ese sentido, la condena debe ser ratificada en este extremo.

HECHO 8. IRREGULARIDADES DURANTE LAS CONTRATACIONES DE 2006 IMPUTADAS A HERRERA FRANCISCO

DECIMONOVENO. Sobre este hecho, el fiscal superior señaló en su dictamen que delimita la acusación fiscal que Herrera Francisco (alcalde) acordó de forma subrepticia con los proveedores de bienes, servicios y contratistas para defraudar a la Municipalidad durante las contrataciones del ejercicio presupuestal 2006 consistentes en: **i)** En el 2006 los ingresos para La Municipalidad fueron de S/ 4 594 377,89 (importe integrado por S/ 4 210 189,40 del canon, S/ 303 619,07 de Foncomun, S/ 67 067,42 de recaudación directa y

S/ 13 505,00 del Programa de Vaso de Leche) y se transgredió el artículo 77 del Decreto Supremo N.º 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues no se realizaron los procesos de selección dentro de los alcances de la norma presupuestaria. **ii)** En el Libro de actas correspondiente no se verifica la existencia de acuerdos que haya adoptado el comité especial, como son la evaluación de las propuestas técnicas y económicas, observaciones realizadas por los postores, entre otros. **iii)** No se verificó la constancia de capacidad libre de contratación expedida por el Registro Nacional de Proveedores para establecer si los proveedores se encontraban habilitados para contratar con el Estado. **iv)** Se infringió el artículo 308 del D. S. N.º 084-2004-PCM pues no se publicó la convocatoria de los procesos de selección en el portal Seace. **vi)** No se acreditó la existencia de documentación de los procesos de selección, pues no se ubicó los expedientes que deberían mantener la Municipalidad en sus archivos. **vii)** De la evaluación de los comprobantes de pago emitidos se verificó que los pagos se efectuaron sin exigirse los contratos suscritos entre el alcalde de la Municipalidad y los contratistas para la ejecución de obras, por lo que se vulneró el artículo 201 del D. S. N.º 084-2004-PCM.

VIGÉSIMO. La Sala Penal Superior en los fundamentos 38 y 39 de la sentencia objeto de impugnación dejó constancia de que la carencia de documentación se convierte en una inobservancia de lo dispuesto en el artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual estipula que la entidad debe llevar un expediente de las actuaciones del proceso de contratación o adquisición desde la decisión para adquirir o contratar hasta la culminación de la obra. De la evaluación de los comprobantes de pago emitidos se verificó que los pagos se realizaron sin exigirse los contratos suscritos entre el alcalde y los contratistas para la ejecución de las obras, entre otras irregularidades. Sin embargo, concluyó que no se incidió en la identidad de la persona con la cual se realizó la concertación para defraudar al Estado, tampoco en este extremo de la acusación fiscal se indicaron fechas, nombres de personas y los contratos específicos que promovieron la defraudación al erario público.

VIGESIMOPRIMERO. Este Supremo Tribunal comparte la posición de la Sala Penal Superior, puesto que si bien se advierte una cantidad ingente de ingresos y se acreditó un conjunto de irregularidades; sin embargo, el fiscal superior en este extremo de la acusación formuló una imputación genérica, incierta, que no permite el ejercicio del derecho de defensa y menos que el órgano jurisdiccional pueda emitir pronunciamiento con relación a los actos colusorios que se enunciaron de manera genérica.

En efecto, no se identificó con qué *extraneus* se concertó el alcalde, la fecha de la comisión de los hechos, los contratos que se llevaron a cabo, fecha e importe de cada uno de ellos, entre otros datos que son necesarios, a efectos de emitir un pronunciamiento de condena o absolución.

Esta situación generó que la defensa en sus agravios no se pronuncie respecto de este hecho, lo mismo ocurrió con el dictamen de la fiscal superior. Como la Sala Penal Superior se ha pronunciado en forma global por los tres hechos de colusión, en la parte resolutive de esta ejecutoria superior se debe declarar **haber nulidad en relación a este hecho 8 y reformarse el extremo de la condena por este delito**, con el consecuente archivo definitivo de lo actuado y la anulación de los antecedentes que se hubieran generado al respecto.

HECHO 9. DEFRAUDACIÓN DE LOS CAUDALES DESTINADOS A LA EJECUCIÓN DE LA OBRA CONSTRUCCIÓN DEL CANAL DE CARHUASCANCHA

VIGESIMOSEGUNDO. Según la imputación fiscal, el acusado Herrera Francisco (alcalde), Huerta Huerta (gerente municipal), Leiva Rodríguez (tesorero) y el representante legal de la empresa TUBOPLAST S. A. se coludieron con la finalidad de defraudar a la Municipalidad en la adquisición de tuberías PVC para la Construcción del canal de Carhuascancha, compra realizada el **7 de noviembre de 2006** según lo indica la CP N.º 361 y el cheque N.º 28351341, con la fuente de financiamiento del canon, por la suma de un millón de soles (S/ 1 000 000,00).

La acusación da cuenta de diversas acciones con dicho fin: **i)** Por la compra de 700 tubos y sus respectivos anillos no se realizó un proceso de selección

según dispone la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por el contrario, la compra se realizó mediante exoneración por causal de desabastecimiento inminente. **ii)** No se verificó la existencia de algún documento que acredite la publicación en el diario oficial El Peruano de la situación de desabastecimiento. **iii)** La exoneración del proceso de selección fue materia de observación por el Consucode debido a que no se fundamentó el proceso de selección de forma oportuna, tampoco se cumplió con registrar la información relativa a la exoneración en el Seace según lo establece el artículo 147 del Reglamento de la Ley de Contrataciones vigente en ese entonces, entre otros incumplimientos. **v)** El precio por el cual fueron adquiridas las tuberías y los anillos estuvo sobrevalorado, como lo señaló el testigo Wilfredo Trejo García (alcalde de la gestión siguiente) en su declaración preventiva, pues en el proceso de selección de 2007 el Municipio adquirió las mismas tuberías a un precio menor.

VIGESIMOTERCERO. La Sala Penal Superior dio por acreditado este hecho delictivo por el mérito de la prueba actuada, que permitió determinar que en efecto ocurrieron las acciones que se dan cuenta en la acusación fiscal, puesto que los 700 tubos y sus respectivos anillos fueron adquiridos sin que se lleve a cabo un proceso de selección, conforme con la ley de la materia, por el contrario, se exoneró de dicho proceso a través de una sesión extraordinaria del consejo municipal con base en la causal de desabastecimiento inminente.

Esta causal carecía de sustento, ya que según el artículo 21 del D. S. N.º 083-2004-PCM surge por la ausencia de un determinado bien, servicio u obra en forma directa e impide la continuación de las funciones o servicios esenciales; sin embargo, analizada el Acta de consejo municipal no se verificó alguna de las motivaciones señaladas. Por el contrario, cuando se le interrogó a Herrera Francisco, al respecto señaló que dichas compras se realizaron a solicitud de los obreros y por la ocurrencia de las lluvias, condiciones que no son aceptables para invocar la exoneración del proceso de selección. Aunado a ello, la obra se inició en los tres últimos meses del periodo de Herrera Francisco, solo se avanzó hasta el 9 % y fue culminada en el periodo 2007-2010, durante el

mandato del alcalde Wilfredo Trejo García (así se indica en el Acta de inspección judicial).

Además, la compra no fue sustentada debidamente, no se registró la información de la exoneración al Seace, no se describió en el Acta de consejo de forma precisa la cantidad y características de los bienes para adquirir, el valor referencial o la fuente de financiamiento, se adquirió 700 tubos, cantidad que sobrepasa lo establecido por la normativa en este tipo de casos y la obra no se avanzó lo suficiente para justificar dicha cantidad. La intervención del alcalde fue la de autorizar los pagos y entablar los vínculos correspondientes.

En cuanto a Huerta Huerta (gerente municipal), entregó las órdenes de pago en su condición de gerente, pues tramitó el comprobante N.º 361 del 7 de noviembre de 2006 y la factura N.º 60347 de 16 del mismo mes, a través de los cuales se adquirieron tuberías para el canal de irrigación de Carhuascancha. La Sala Penal Superior valoró que tomó decisiones importantes relacionadas con la entidad municipal y en razón a su cargo era imposible que no advirtiera el manejo de los caudales públicos en relación a este proyecto.

Respecto a Leiva Rodríguez intervino en su calidad de tesorero municipal, pues autorizó y firmó los medios de pago a favor de la empresa proveedora como es el comprobante N.º 361 y el cheque N.º 28351341. La sobrevalorización de los tubos y sus respectivos anillos según cuadro comparativo no fue observada por él al igual que las deficiencias en la exoneración de la licitación. Las funciones que tenía en la entidad municipal eran las de tener bajo su cuidado y responsabilidad la caja de Tesorería que significaba el resguardo de los bienes muebles e inmuebles, sin embargo, no las cumplió por lo que su aporte en la defraudación a favor de la empresa proveedora fue elemental.

VIGESIMOCUARTO. La defensa legal de los mencionados acusados con relación a este extremo de la imputación y sentencia, expresó como agravios los siguientes:

24.1. La defensa de Herrera Francisco sostuvo que sí existe el libro de actas de los tipos de proceso, pero faltan algunos acuerdos debido al ocultamiento de

la gestión denunciante quien no lo presentó al fiscal provincial. La convocatoria por el Seace no se podía realizar debido a que no existía internet en el distrito de Huántar. En el juicio oral solo se practicó la pericia contable pero que no demuestra los vínculos o acuerdos entre los funcionarios de la comuna con el representante de TUBOPLAST S. A. Incluso no se le comprendió a su representante legal. En el juicio oral se hizo patente que los tubos adquiridos en la gestión de su patrocinado fueron más económicos que los comprados en 2007, durante el periodo de la alcaldía Trejo García, conforme con un nuevo cuadro comparativo que adjuntó para demostrar que no existió sobrevaloración.

24.2. La defensa de Huerta Huerta (gerente municipal) de forma similar refirió que los actos colusorios atribuidos por el fiscal superior no resultan válidos, puesto que ocupó el cargo desde junio hasta diciembre de 2006. En el juicio oral solo se practicó la pericia contable y no se demostraron los acuerdos entre los funcionarios de la Municipalidad con el representante de la empresa. El cuadro utilizado para demostrar la culpabilidad de su patrocinado fue manipulado por el fiscal, quien no realizó un debido análisis.

24.3. La defensa de Leiva Rodríguez (tesorero) señaló que el proceso de exoneración se llevó a cabo para favorecer a la empresa TUBOPLAST S. A. , pero solo se practicó la pericia contable, pero por sí sola no puede demostrar los acuerdos entre los funcionarios de la comuna municipal y el representante legal de la mencionada empresa. La atribución de los actos colusorios a su persona son una presunción ya que él se encargó de realizar el pago mediante los requisitos exigidos por ley; en este sentido, solo autorizó y firmó los cheques.

VIGESIMOQUINTO. Este Supremo Tribunal considera que la valoración de la prueba realizada por la Sala Superior Penal fue correcta y permitió acreditar la responsabilidad penal de los recurrentes en los hechos. Así tenemos:

25.1. Herrera Francisco en su calidad de alcalde promovió la compra irregular mediante exoneración por causal de desabastecimiento inminente según lo indica la Resolución de Alcaldía N.º 019-2006-MDHr, de 3 de noviembre de

2006. Como advirtió la Sala Penal Superior esta causal no está justificada, más aún si en el Acta de consejo municipal no se mencionó ninguno de los supuestos del artículo 21 del D. S. N.º 083-2004-PCM ya detallado, solo se hizo referencia a una necesidad logística de parte de los obreros y la situación de lluvia de ese momento, lo que no puede ser considerado como desabastecimiento inminente.

Autorizó con su firma el pago a la empresa TUBOPLAST S. A. , conforme se advierte en el informe pericial contable, cargo que fue negado por el acusado, pero que no fue respaldado por algún medio probatorio. Además, su tesis exculpatoria que su firma fue adulterada durante el periodo que estaba de vacaciones (desde el 13 de noviembre al 28 de diciembre de 2006) no fue corroborada con la denuncia respectiva. Asimismo, su coacusado Huerta Huerta expresó que la conducta de Herrera Francisco estuvo dirigida para favorecer a la citada empresa en deterioro de la Municipalidad.

En conclusión, Herrera Francisco (alcalde) desplegó su conducta para posibilitar el contrato con la citada, obviando el manejo debido del erario público conforme era su deber funcional. En consecuencia, los agravios expresados por la defensa no resultan atendibles pues existe suficiencia probatoria que determina su responsabilidad penal en el presente hecho.

25.2. En cuanto a Huerta Huerta (gerente municipal) fue quien emitió la orden de compra y entregó las órdenes de pago para la cancelación de la empresa TUBOPLAST S. A. , como se desprende del comprobante de pago N.º 361 y la factura N.º 60347 ya mencionadas, también estuvo presente en la sesión de consejo municipal que aprobó la Resolución de Alcaldía N.º 019-2006-MDHR por la cual se autorizó la adquisición de tubos y anillos a la empresa TUBOPLAST S. A. bajo el supuesto de que la Municipalidad atravesaba por la circunstancia de desabastecimiento inminente por la cual se justificaba flexibilizar el procedimiento de adquisición. Ya se ha expuesto que los motivos que promovieron la compra carecen de sustento fáctico pues no dio ninguno de los supuestos previstos en la ley.

25.3. En el caso de Leiva Rodríguez (tesorero de la municipalidad) se encargó de autorizar y firmar los cheques números 361 y 28351341 a favor de la empresa TUBOPLAST S. A.; no obstante, debió resguardar la debida utilización de la caja de Tesorería. No verificó el correcto empleo de dichos montos, dado que no advirtió las falencias en el proceso de contratación con la citada empresa, como es la indebida justificación bajo el supuesto de circunstancia de desabastecimiento inminente. También autorizó la firma de los cheques a favor de esta, a la cual se le pagó la suma de un millón de soles (S/ 1 000 000,00).

VIGESIMOSEXTO. Por las razones anotadas, la acusación complementaria contó con los datos que se precisan para conocer los cargos y ejercer el derecho de defensa. Además, existe correlación entre la acusación complementaria y lo resuelto por la Sala Penal Superior. En cuanto a la prueba, ha sido valorada de modo correcto y ha permitido desvirtuar la presunción de inocencia que asistía a los acusados; así también, no se aprecian defectos en la motivación. En ese sentido, los alegatos de la defensa se desestiman y la condena se ratifica.

VIGESIMOSÉPTIMO. Se advierte que la Sala Penal Superior condenó al alcalde y gerente municipal como autores del hecho 7; sin embargo, por el hecho 9 los condenó como coautores, incluido el tesorero. Sobre lo anotado, en los delitos de infracción de deber conforme lo establece la doctrina mayoritaria no es posible establecer la coautoría entre los funcionarios públicos o servidores públicos, esto debido a que cada sujeto infringe un deber especial que le impone la ley penal, por lo que cada uno responde a título de autor. En caso de los *extraneus* intervinientes solo responden a título de instigadores o cómplices. En ese sentido, como lo propuso la fiscal suprema, se debe considerar en la parte resolutive de la sentencia que los acusados Herrera Francisco y Huerta Huerta responden a título de autores y el tesorero Leiva Rodríguez como cómplice primario.

RESPECTO A LAS PENAS IMPUESTAS

VIGESIMOCTAVO. El fiscal superior estableció seis hechos de peculado y tres de colusión en el dictamen que delimitó la acusación fiscal y solicitó 17 años de pena privativa de libertad, 360 días multa e inhabilitación por tres años, penas

que solicitó de modo global por los dos delitos (colusión y peculado) para los tres acusados.

La Sala Penal Superior en la sentencia consideró que los acusados no registran antecedentes penales; por ello, en aplicación del principio de proporcionalidad les impusieron ocho años de pena privativa de libertad efectiva, trescientos sesenta-días multa, e inhabilitación por tres años para ejercer u obtener cargo igual y similar, a lo que es materia de sentencia.

VIGESIMONOVENO. En el presente caso se está ratificando la condena por dos hechos constitutivos del delito de colusión, los cuales se produjeron en fechas distintas y actuaron personas distintas: en el hecho 7 el alcalde y el gerente municipal, y en el hecho 9, los dos mencionados y el tesorero. Estamos entonces ante hechos independientes por lo que es de aplicación el artículo 50 del CP en su texto vigente.

Por tanto, considerando las condiciones personales de los acusados, quienes no registran antecedentes penales y la forma en que ocurrieron los hechos, en aplicación del principio de proporcionalidad la pena global de ocho años de privación de libertad impuesta a los dos acusados **Wilder Eusebio Herrera Francisco** y **Jorge Manuel Huerta Huerta** debe ser reformada y se les impone **seis años de pena privativa de libertad**. Se ratifica la pena de trescientos sesenta días-multa.

En relación con el cómplice primario **Meyer Ronald Leiva Rodríguez**, quien solo intervino en el hecho 9, las penas de ocho años de privación de libertad y trescientos sesenta días-multa impuestas deben ser disminuidas a **cuatro años seis meses de privación de la libertad** y doscientos cincuenta días-multa.

TRIGÉSIMO. En cuanto a la pena de inhabilitación, es una pena limitativa de derechos que suspende al sentenciado del ejercicio de determinados derechos o facultades de los cuales abusó en la comisión del delito; o cuando el hecho punible realizado por aquel involucró la infracción de deberes

especiales propios del cargo, profesión o función que desempeñaba¹⁰. Se encuentran previstas en el artículo 36 del CP y las que se impongan deben guardar relación con el delito cometido.

En este caso, la Sala Penal Superior impuso a los tres recurrentes las incapacidades previstas en los incisos 1 (privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular) y 2 (incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público) del artículo 36 del CP por el plazo de tres años, las mismas que deben ser ratificadas por el plazo indicado.

EN LO CONCERNIENTE A LA REPARACIÓN CIVIL

TRIGÉSIMO PRIMERO. El monto que se consideró como reparación civil se calculó de forma global cuando debió determinarse por cada hecho y de acuerdo a quienes intervinieron o participaron en los mismos.

El fiscal superior solicitó una reparación civil global (S/ 1'954,940.85), y la fiscal superior estuvo conforme con el importe fijado por la Sala Penal Superior.

En los fundamentos 12.3.y 12.4 de la presente ejecutoria, hemos señalado nuestra posición ya que cada hecho genera un daño patrimonial y/o extrapatrimonial que el responsable o responsables penalmente deben asumir, ya sea de modo individual o bajo las reglas de la solidaridad.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Como se está emitiendo pronunciamiento de condena respecto de los hechos 7 y 9 constitutivos del delito de colusión, es necesario determinar el importe de la reparación civil en estos extremos, en el nuevo juicio oral, bajo los principios de inmediación, contradicción y derecho de defensa.

¹⁰ Según el Acuerdo Plenario N.º 2-2008/CJ-116, a través de esta pena, se priva, suspende o incapacita de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles al sentenciado. Por ello, desde una perspectiva preventiva especial, la pena de inhabilitación debe quedar vinculada con el oficio o cargo de los cuales el sujeto se valió o podría valerse en el futuro para cometer el delito. Dicha conexión entre el ejercicio del derecho afectado y el delito cometido debe ser motivado en la sentencia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDARON:**

I. Declarar EXTINGUIDA por fallecimiento la acción penal contra Herminio Marco Yanac Salazar en el proceso que se le siguió como cómplice primario por el delito contra la Administración Pública-peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de Huántar, **DISPUSIERON** el **archivo definitivo** de lo actuado y la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hayan generado por este proceso.

II. Declarar NULA la sentencia del doce de junio de dos mil diecinueve emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Huarí de la Corte Superior de Justicia de Áncash **en los extremos** que **condenó** como autores del delito contra la Administración Pública-**peculado** a los siguientes acusados y por los siguientes hechos, en agravio de la Municipalidad Distrital de Huántar:

a) WILDER EUSEBIO HERRERA FRANCISCO (alcalde), por los **HECHOS 1 y 2.**

b) WILDER EUSEBIO HERRERA FRANCISCO Y MEYER RONALD LEIVA RODRÍGUEZ (tesorero), por los **HECHOS 3 y 4.**

DISPUSIERON que se lleve a cabo un nuevo juicio oral en relación con estos hechos, en los que se deberá precisar el importe de lo apropiado por cada hecho de ser el caso, al igual que el importe de la reparación civil.

III. Declarar NULA la referida sentencia **en los extremos** que **condenó** a **WILDER EUSEBIO HERRERA FRANCISCO Y JORGE MANUEL HUERTA HUERTA** (gerente general), como coautores del delito contra la Administración Pública en la modalidad de **peculado** por el **HECHO 5** (ejecución de obra: Ampliación del sistema de riego por aspersión de Uranchracra) y por el **HECHO 6** (ejecución de obra: Ampliación del sistema de riego por aspersión de Anayanga).

DISPUSIERON que se lleve a cabo un nuevo juicio oral en relación con estos hechos, en los que se deberá tener en cuenta lo opinado por la fiscal suprema

en lo penal y en esta ejecutoria en cuanto a la tipificación jurídica de ambos hechos.

IV. Declarar **HABER NULIDAD** en la referida sentencia **en el extremo** que condenó a **WILDER EUSEBIO HERRERA FRANCISCO**, como autor del delito de **colusión** por el **HECHO 8** (Acuerdos subrepticios en las contrataciones celebradas en el año fiscal 2006) y, **REFORMÁNDOLA**, lo **absolvieron** de la acusación fiscal por este hecho, dispusieron el **archivo definitivo** de lo actuado y la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieren generado al respecto.

V. Declarar **NO HABER NULIDAD** en la referida sentencia **en el extremo** que **condenó a WILDER EUSEBIO HERRERA FRANCISCO Y JORGE MANUEL HUERTA HUERTA** como autores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de **colusión** por el **HECHO 7** (sistema de riego por aspersion de Yurayaco). Y en el extremo que **condenó a WILDER EUSEBIO HERRERA FRANCISCO, JORGE MANUEL HUERTA HUERTA** (autores) y **MEYER RONALD LEIVA RODRÍGUEZ** (cómplice primario) del delito de **colusión** por el **HECHO 9** (adquisición de tuberías de PVC y materiales de construcción para la construcción del canal Carhuascancha), en agravio de la citada municipalidad, les impuso a los dos primeros trescientos sesenta días-multa e inhabilitación por tres años por las incapacidades 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

VI. Declarar **HABER NULIDAD en el extremo de la pena** de ocho años de privación de libertad impuesta a **WILDER EUSEBIO HERRERA FRANCISCO Y JORGE MANUEL HUERTA HUERTA**; **REFORMÁNDOLA** les impusieron **seis años** de pena privativa de libertad, la que se computará desde la fecha en que sean detenidos y puestos a disposición del órgano jurisdiccional competente.

VII. HABER NULIDAD en el extremo de las penas de ocho años de privación de libertad y trescientos sesenta días-multa impuestas a **MEYER RONALD LEIVA RODRÍGUEZ**; **REFORMÁNDOLA** le impusieron **cuatro años seis meses** de pena privativa de libertad y doscientos cincuenta días-multa.

VIII. Declarar **NULA** la sentencia **en el extremo** que incluyó en el importe global de S/ 1'954,940.85 por concepto de reparación civil respecto de los **HECHOS 7**



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1788-2019
ÁNCASH**



y **9**, los que deberán ser fijados en el nuevo juicio oral conforme con el fundamento vigésimo segundo de la presente ejecutoria suprema.

IX. DISPONER que se devuelvan los autos a la Sala Penal Superior para que cumpla con lo dispuesto en la presente ejecutoria, lleve a cabo el juicio oral a la brevedad posible y se haga saber a las partes apersonadas en esta sede suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

SYCO/hrm