

61

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R. N. N° 2363 – 2010**

**ICA**

Lima, veintinueve de octubre de dos mil diez.-

**VISTOS;** los recursos de nulidad interpuestos por los procesados Lushman Higinio Uribe Torres, Yuri Stive Melgar Conislla y Modesto Armando Quispe Conislla contra la sentencia de fecha once de mayo de dos mil diez, obrante a fojas novecientos veinticuatro; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Barandiarán Dempwolf; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que, el procesado Lushman Higinio Uribe Torres en su escrito de fundamentación de agravios de fojas novecientos cuarenta y cinco, alega que al momento de fijarse el *quantum* de la pena impuesta se vulneró los principios de razonabilidad, proporcionalidad y de humanidad de las penas, al no haberse tenido en cuenta que se acogió a la conclusión anticipada del juicio oral. Por otro lado, destaca que sólo fue el representante legal de una Empresa Constructora, y que no ostentaba la condición de funcionario ni servidor público, no estableciéndose de esta forma su presunto grado de participación. Finalmente, cuestiona el monto fijado por concepto de reparación civil. Por otro lado, los encausados Yuri Stive Melgar Conislla y Modesto Armando Quispe Conislla a fojas novecientos cincuenta y siete y novecientos sesenta y cuatro, respectivamente, sostienen que se ha dictado condena en su contra, sin que existan pruebas que acrediten tener responsabilidad alguna, y si bien se acogieron a la conclusión anticipada del juicio oral, fue porque reconocieron haber actuado negligentemente, lo que no ha sido considerado por el Tribunal. **Segundo:** Que, conforme trasciende de la acusación fiscal de fojas ochocientos cuatro, se atribuye a los procesados Modesto Armando Quispe Conislla (Alcalde Distrital de la Municipalidad de Huayacundo Arma, Provincia de Huaytara - Huancavelica) y Yuri Stive Melgar Conislla (Tesorero de la referida Municipalidad), haberse coludido con su co-encausado Lushman Higinio Uribe Torres (Representante de la Empresa

1

62

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R. N. N° 2363 – 2010**

**ICA**

"Constructora Cimelec Sociedad de Responsabilidad Limitada"), a fin de favorecer a este último en la ejecución de la Obra "Electrificación Red Secundaria y Primaria del Anexo Paccha". Para ello, en forma irregular, entregaron un adelanto por la ejecución de la obra correspondiente al monto de noventa y cinco mil doscientos ochenta y cuatro nuevos soles a Uribe Torres (que correspondía al setenta y dos punto sesenta por ciento del contrato), a sabiendas que dicho monto excedía lo dispuesto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, tal como lo precisa la pericia judicial contable de fojas seiscientos cincuenta y siete a seiscientos sesenta y tres. Asimismo, se inculpa a los procesados Modesto Armando Quispe Conislla y Yuri Stive Melgar Conislla, haberse apropiado de diversas sumas de dinero del Fondo de Compensación Municipal, destinados a la ejecución de las Obras: "Electrificación Red Secundaria y Primaria del Anexo Paccha", "Canal de Riego Santa Teresita II" y "Construcción del Puente Carrozable Jorge Chávez"; mientras que al encausado Lushman Higinio Uribe Torres, se le imputa haberse apropiado del dinero que le fue entregado para la ejecución de la Obra: "Electrificación Red Secundaria y Primaria del Anexo Paccha". **Tercero:** Que, el principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. La Constitución Política del Estado lo consagra en su artículo segundo, inciso veinticuatro, literal d), con el siguiente tenor: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". **Cuarto:** Que, acorde a lo expuesto, debemos relidar que el principio de imputación necesaria constituye "... una manifestación del principio de legalidad y del principio de defensa procesal", que obliga a que desde la fase de instrucción con motivo de la formalización de la denuncia fiscal y auto de instrucción, los cargos deben ser y estar debidamente precisados. La doctrina ha señalado que la acusación "es el medio procesal mediante el cual se informa a

67

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N° 2363 – 2010

ICA

una persona, imputado, que como resultado de una investigación, se tiene suficiente evidencia para considerarlo posible responsable de un hecho punible, y que se solicitará a un Juez (o un jurado) que así lo declare" -Véase: Bernal Cuéllar, Jaime. Montenegro Lynett. El Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia, dos mil cuatro, página ciento noventa y nueve-. Asimismo, un requisito esencial de dicho acto procesal lo constituye la descripción precisa de la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad; que, aún cuando la norma no haya hecho referencia expresa a dicha exigencia, esto constituye una derivación del principio de imputación necesaria, y que inclusive ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en los expedientes números tres mil trescientos noventa y seis guión dos mil cinco guión PHC/TC y el ocho mil ciento veintitrés guión dos mil cinco guión PHC/TC. Que, este precepto a su vez permite un adecuado ejercicio del derecho de defensa del justiciable, pues de lo que se trata es que pueda contar con "una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan". **Quinto:** Que, sentado lo anterior, en el delito de peculado (artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal), el sujeto activo debe apropiarse o utilizar, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Siguiendo la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro — dos mil cinco/CJ — ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, se afirma que, para la configuración típica del delito de peculado, es necesario identificar los siguientes elementos materiales: **a)** existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efecto; **b)** la percepción, administración o custodia; **c)** la apropiación y/o utilización; **d)** el destinatario: para sí o para otro; **e)** caudales o efectos. Por otro lado, el principio de responsabilidad penal, consagrado en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal,

. 64

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R. N. N° 2363 – 2010**

**ICA**

establece que toda forma de responsabilidad objetiva está prohibida, en consecuencia para determinar que una persona es jurídico- penalmente responsable de la comisión de un delito, no sólo se debe tener en cuenta el resultado, sino, es necesario que su concreta intervención se encuentre acreditada. **Sexto:** Que, por otro lado, en lo concerniente al aspecto probatorio del hecho punible *sub examine*, el Acuerdo Plenario Número dos – dos mil siete/CJ-ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, siendo que la prueba pericial es de carácter compleja que, consta, entre otros elementos, del reconocimiento pericial, esto es, operaciones técnicas, actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado, y que en los delitos que suponen una evidente trascendencia patrimonial contra el Estado, como lo es el delito de peculado regulado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, resultan pertinentes y relevantes para dilucidar el *thema probandum*; máxime, si en el supuesto típico implica un desmedro patrimonial de los fondos o caudales estatales. **Sétimo:** Que, establecido lo anterior, debemos puntualizar que en el caso *sub examine*, la genérica proposición fáctica de la acusación fiscal de fojas ochocientos cuatro, alude que los funcionarios públicos Quispe Coníslla y Melgar Coníslla se "*coludieron con Lushmann Higinio Uribe Torres, Gerente General de la Empresa "Constructora Cimelec Sociedad de Responsabilidad Limitada"*", lo que correspondería a que los hechos únicamente se analicen desde la óptica del delito de colusión desleal. **Octavo:** Que, siendo ello así, el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, prevé el delito de colusión, señalando que: "*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 sostenido por el Estado (...), concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido...*". Entre las características

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R. N. Nº 2363 – 2010**  
**ICA**

fundamentales que definen la naturaleza jurídica y funcionalidad procesal del delito de colusión identificamos: **i.-** Que, es un delito especial propio. El círculo de autores es restringido. Solo pueden ser sujetos activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial. El tipo legal exige una relación funcional específica; el funcionario público ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante, y ha de utilizar ese nexo funcional para delinquir. En consecuencia, no resulta plausible la instauración de procesos penales bajo proposiciones fácticas circunscritas a la mera constatación de irregularidades administrativas sin que responda o constituya la exteriorización del núcleo típico del delito de colusión desleal; y **ii).-** El hecho punible de colusión es un delito de participación necesaria – concretamente de encuentro -, que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*. Esta exigencia demanda que el agente público – el *intraneus* – se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicada en un contrato o acto – los interesados – que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública – ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la "privatización" de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares [Reyna Alfaro, Luis Miguel: Estructura típica del delito de colusión, Actualidad Jurídica, ciento treinta, dos mil cuatro, página sesenta y nueve]; en este orden de ideas, resulta cuestionable se acuse por el delito sub examine, sin la respectiva fijación de la base fáctica que dé cuenta de la convergencia entre el sujeto particular y funcionario público. **Noveno:** Que, establecido lo anterior, debemos destacar que la pretensión punitiva plasmada en la acusación escrita de fojas ochocientos cuatro, concerniente al delito de colusión desleal, presenta una

66/

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N° 2363 – 2010

ICA

genérica descripción de los hechos sin dar respuesta de los comportamientos típicos convergentes en las que habrían incurrido cada uno de los acusados en la verificación del núcleo duro de la imputación, esto es, la concertación, requisito *sine qua non* para el juicio de subsunción de los "comportamientos" al tipo penal del delito de colusión desleal; acorde a ello, dicha tentativa inconexa de subsumir los hechos, por el ente persecutor, contraviene el principio de legalidad penal regulado en el artículo segundo, inciso veinticuatro, literal "d" de la Constitución Política del Estado, según la cual nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley"; en concreto, al aplicar un tipo penal, sin haber propuesto las proposiciones fácticas que evidencien los comportamientos típicos convergentes en las que habrían incurrido cada uno de los procesados. **Décimo:** Que, en consecuencia, se contravino lo estipulado en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado - concordante con el artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales -, al no haber cumplido con expresar la debida motivación del contenido de su decisión jurisdiccional, incurriendo de este modo en la causal de nulidad prevista por el inciso primero del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, como corolario de ello, también, se contravino el Principio de Imputación Necesaria antes glosada. **Décimo primero:** Que, estando a lo expuesto, de conformidad con el artículo doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales, resulta imperativo que las irregularidades advertidas en los considerandos precedentes sean subsanadas en un nuevo juicio llevado a cabo por distinto Colegiado, previo a la emisión de un dictamen acusatorio acorde a los considerandos precedentes, a fin de resolver el caso conforme a derecho. **Décimo segundo:** Que, finalmente, debemos puntualizar que el Acuerdo Plenario número cinco - dos mil ocho/CJ-I dieciséis de fecha

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R. N. N° 2363 – 2010**

**ICA**

dieciocho de julio de dos mil ocho, establece que el Tribunal está autorizado "hasta la absolución si fuere el caso, esto es, (...) cuando se advierta que el hecho es atípico". Que, siendo ello así, es menester declarar, además la insubsistencia de la acusación fiscal de fojas ochocientos cuatro, a fin de que se reformule la pretensión punitiva, observando lo expuesto precedentemente. Atendiendo a lo expuesto, y la necesidad de reformular la pretensión punitiva desde sus inicios la medida coercitiva de naturaleza personal es la decretada en el auto apertorio de instrucción de fecha veinte de mayo de dos mil ocho, obrante a fojas trescientos tres. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fecha once de mayo de dos mil diez, obrante a fojas novecientos veinticuatro, que condenó a Modesto Armando Quispe Conislla, Yuri Stive Melgar Conislla y Lushman Higinio Uribe Torres, como autores del delito contra la Administración Pública –peculado doloso por apropiación –, en agravio de la Municipalidad Distrital de Huayacundo Arma y del Estado; y condenó a Yuri Stive Melgar Conislla y Modesto Armando Quispe Conislla, como autores del delito contra la Administración Pública – delitos cometidos por funcionarios públicos – colusión ilegal –, en agravio de la Municipalidad Distrital de Huayacundo Arma y del Estado, y como tales, les impusieron, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, y fijaron, en quince mil nuevos soles, la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar, en forma solidaria, a favor de los agraviados; e **insubsistente** el dictamen fiscal acusatorio, debiendo remitirse a la Fiscalía Superior para que delimite los cargos respecto de cada uno de los encausados precitados; **ORDENARON** la inmediata libertad de los procesados Modesto Armando Quispe Conislla, Yuri Stive Melgar Conislla y Lushman Higinio Uribe Torres, siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado por autoridad competente; **OFICIÁNDOSE** vía fax con tal fin a la Sala Penal Liquidadora de Chíncha de la Corte Superior de Justicia de Ica, para los fines consiguientes, y **DISPUSIERON**

68

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R. N. N° 2363 - 2010**  
**ICA**

que se lleve a cabo nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, observando lo dispuesto *ut supra*; y los devolvieron.-

**S.S.**

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

SANTA MARÍA MORILLO

BD/jnv

**SE PUBLICO CONFORME A LEY**

MIGUEL ANGEL SOTELO TASAYCO  
SECRETARIO(e)  
Sala Penal Transitoria  
CORTE SUPREMA





Ministerio Público  
Primera Fiscalía Suprema Penal

EXPEDIENTE N° 30-2008.  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ICA.  
C.S. N° 2363-2010.  
DICTAMEN N° 1933 -2010-MP-FN-1ºFSP.

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.

La Sala Penal Liquidadora de Chíncha de la Corte Superior de Justicia de Ica, por sentencia de fs. 924/937, su fecha 11 de mayo del 2010, falla: **CONDENANDO** a **Modesto Armando Quispe Conislla**, **Yuri Stive Melgar Conislla** y **Lushman Higinio Uribe Torres**, como autores del delito contra la Administración Pública **-Peculado-**, en agravio de la Municipalidad de Huayacundo y del Estado; y, **CONDENANDO** a **Yuri Stive Melgar Conislla** y **Modesto Armando Quispe Conislla**, como autores del delito contra la Administración Pública **-Colusión Desleal-**, en agravio de la Municipalidad de Huayacundo y del Estado, y como tales, les impusieron, **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA**, y fijaron, en **QUINCE MIL NUEVOS SOLES**, la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar, en forma solidaria, a favor de los agraviados.

JOSE ANTONIO DELAERZ BARDALES  
Fiscal Supremo  
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

#### I.- FUNDAMENTOS DE LAS IMPUGNACIONES:

Contra esta Sentencia, el Superior Colegiado a fs. 956, concedió el Recurso de Nulidad interpuesto por el procesado **Lushman Higinio Uribe Torres** a fs. 945/954 y 978/988, en el que refiere que al momento de fijarse el *quantum* de la pena impuesta en su contra, se han vulnerado los principios de razonabilidad, proporcionalidad y de humanidad, al no haberse tenido en cuenta que se acogió a la Conclusión Anticipada del Juicio Oral. Asimismo, señala el recurrente, que sólo fue el representante legal de una Empresa Constructora, y que no ostentaba la condición de funcionario ni servidor público, no estableciéndose de esta forma su



*Ministerio Público*  
*Primera Fiscalía Suprema Penal*

presunto grado de participación. Finalmente, cuestiona el monto fijado por concepto de reparación civil.

Asimismo, a fs. 967 y 970, el Tribunal Superior concedió los recursos impugnatorios interpuestos por los encausados **Yuri Stive Melgar Conislla** y **Modesto Armando Quispe Conislla** a fs. 964/969 y 957/962, respectivamente, en los que sostienen que se ha dictado condena en su contra, sin que existan pruebas que acrediten sus responsabilidades, y si bien se acogieron a la Conclusión Anticipada del Juicio Oral, fue porque reconocieron haber actuado negligentemente, lo que no ha sido considerado por el Tribunal.

II.- **DELIMITACIÓN DE LOS HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN:**

Se atribuye a los procesados **Modesto Armando Quispe Conislla** (Alcalde de la Municipalidad de Huayacundo) y **Yuri Stive Melgar Conislla** (Tesorero), haberse coludido con su co-encausado **Lushman Higinio Uribe Torres** (Representante de la Empresa Constructora Cimelec), a fin de favorecer a este último en la ejecución de la Obra "Electrificación Red Secundaria y Primaria del Anexo Paccha". Para ello, en forma irregular, entregaron un adelanto de S/. 95,284.00 nuevos soles a **Uribe Torres** (que correspondía al 72.60% del contrato), a sabiendas que dicho monto excedía lo dispuesto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, tal como lo precisa la **pericia judicial contable de fs. 657/663**.

Asimismo, se incrimina a los procesados **Modesto Armando Quispe Conislla** y **Yuri Stive Melgar Conislla**, haberse apropiado de diversas sumas de dinero del Fondo de Compensación Municipal, destinados a la ejecución de las Obras: "Electrificación Red Secundaria y Primaria del Anexo Paccha", "Canal de Riego Santa Teresita II" y "Construcción del Puente Carrozable Jorge Chávez"; mientras que al

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



Ministerio Público  
Primera Fiscalía Suprema Penal

12

encausado **Lushman Higinio Uribe Torres**, se le imputa haberse apropiado del dinero que le fue entregado para la ejecución de la Obra: "Electrificación Red Secundaria y Primaria del Anexo Paccha".

### III.- SOBRE LA PENA IMPUESTA.

Sobre el particular, debemos señalar que la pena impuesta a los encausados **Modesto Armando Quispe Conislla, Yuri Stive Melgar Conislla y Lushman Higinio Uribe Torres**, ha sido aplicada en concordancia con los **principios de proporcionalidad y racionalidad jurídica**, considerándose además, **la naturaleza y gravedad de los hechos punibles cometidos**, así como el **acogimiento de los mismos a la Conclusión Anticipada del Juicio Oral** (fs. 921). Debiendo precisarse, que en el presente caso, el Colegiado ha cumplido con aplicar los criterios del precedente vinculante contenidos en el **Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 de fecha 18 de julio del 2008**, el mismo que establece que, por el acogimiento al procedimiento de la **Conformidad**, la pena concreta a imponerse **podrá graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación procesal del imputado**.

Además, en lo que respecta a la confesión sincera invocada, resulta pertinente señalar, que tal como ha quedado sentado en reiterada jurisprudencia, la reducción de la pena por debajo del mínimo legal en virtud de la confesión sincera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, constituye una atribución del Magistrado o una facultad dejada a su discrecionalidad y no una obligación que se le pueda exigir.

Siendo así, consideramos que los argumentos expuestos por los procesados en sus recursos impugnatorios, respecto a este extremo de la sentencia, quedan desvirtuados, y en cuanto a los dichos de los encausados **Lushman Higinio Uribe Torres, Yuri Stive Melgar Conislla y**



Ministerio Público  
Primera Fiscalía Suprema Penal

Modesto Armando Quispe Conislla, el primero, en cuanto sostiene que no ostentaba la condición de funcionario ni servidor público, por lo que no se ha precisado su grado de participación, y los dos restantes, en cuanto refieren que sólo incurrieron en negligencias, no existiendo pruebas que determinen sus responsabilidades; al respecto, deben tenerse presente, los alcances del **Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 de fecha 18 de julio del 2008**, en cuanto prescribe que: "...De ahí que, el Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio"; razones por las que consideramos carece de objeto emitir pronunciamiento sobre los mismos.

**IV.- SOBRE LA REPARACIÓN CIVIL:**

Respecto a este extremo, es del caso acotar que la reparación civil fijada a los sentenciados, se encuentra acorde con los parámetros que señala el artículo 92º y siguientes del Código Penal, pues se han seguido los criterios de **proporcionalidad** y **prudencia**; por lo que, igualmente, estimamos que la sentencia materia de alzada, en lo que a este extremo se refiere, se halla conforme a Derecho.

**V.- OPINIÓN FISCAL:**

En consecuencia, esta Primera Fiscalía Suprema Penal, es de opinión que la Sala de su Presidencia, declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida.

Lima, 28 de setiembre del 2010.



JAPB/EVCP/sar

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES  
Fiscal Supremo  
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal