

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 610 -2009

PUNO

-1-

Lima, quince de marzo de dos mil diez-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de nulidad interpuesto por el representante de la Procuraduría Ad Hoc del Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social -en adelante, foncodes- contra la sentencia de fojas mil ciento veinticuatro, del cuatro de noviembre de dos mil ocho, que absolvió a Miriam Margoth Aparicio Maydana de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado por extensión y a Octavio Yana Benites por delito de falsedad genérica, ambas en agravio del Estado - FONCODES; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que la Procuraduría Ad Hoc del FONCODES en su recurso formalizado de fojas mil ciento treinta y siete alega que no se ha realizado una interpretación correcta de los delitos denunciados, pues debió aplicarse en la sentencia el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal y no el artículo trescientos noventa y dos de dicho Código, pues la acusada Aparicio Maydana era quien disponía del dinero; que dichos encausados Belizario Quispe y Belizario Machaca cometieron el delito de falsedad material -el hijo de Saturnino Quispe Quispe suscribió la planilla de pago, no el titular del trabajo-, y debe realizarse una pericia grafotécnica para descartar la falsificación, lo que no se hizo; que los encausados se apoderaron del hormigón destinado a la obra ejecutada, pese a lo cual no se ampliaron las pericias. **Segundo:** Que de autos aparece que el FONCODES el quince de mayo de dos mil tres suscribió un convenio de obra para financiar el proyecto "Agua por Pozos y Letrinas Tutuhuacas" del distrito de Caracote provincia de San Román, bajo la modalidad de

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 610 -2009

PUNO

-2-

administración directa; que el proyecto consistía en la ejecución de cincuenta pozos y la construcción de ciento dieciséis letrinas con una inversión de ciento ochenta y nueve mil cincuenta nuevos soles con ochenta céntimos, a cuyo efecto se realizó un primer desembolso de ciento doce mil doscientos setenta nuevos soles con ochenta céntimos y un segundo por la cantidad restante, cuyos responsables eran la residente de obra del proyecto, Ingeniera Aparicio Maydana y el núcleo ejecutor conformado por Juan Francisco Belizario Quispe y Isidora Belizario Machaca, presidente y tesorera, respectivamente; que es del caso que se denunciaron irregularidades en la ejecución del proyecto y malos manejos de los fondos asignados, por lo que se eligió un nuevo núcleo ejecutor y se nombró nuevos Inspector Residente y Supervisor Externo, cuyos informes permitieron a la oficina del FONCODES de Puno detectar irregularidades en el manejo financiero que dieron lugar a la interposición de la denuncia correspondiente -véase fojas una-. **Tercero:** Que se atribuye a la acusada Aparicio Maydana haberse apoderado de siete mil setecientos setenta y siete nuevos soles con setenta y uno, en los rubros mano de obra, equipo y flete rural; que, en efecto, (i) se hizo aparecer en la planilla pagos indebidos a Máximo Quispe Quispe, Saturnino Quispe Quispe, Dionicio Galindo Pari y Octavio Yana Benites; (ii) se pagó excesivamente, fuera de lo presupuestado, sin la justificación respectiva, para el alquiler de motobomba; y (iii) se hizo aparecer por pagó por flete de volquetes una cantidad superior a la realmente utilizada; que se falsificó la firma de Saturnino Quispe Quispe en la planilla de fojas trescientos veinte, que Juan Carlos Quispe Quispe falseó la verdad en una declaración jurada al aseverar haber recibido menos dinero del real y señalado que le adeudan la suma cuatrocientos veinte nuevos soles;

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 610 -2009

PUNO

-3-

que Benito Yana Benites se hizo pasar como su hermano -utilizó su Documento Nacional de Identidad- para trabajar en la obra por el que percibió el salario correspondiente; que es así que la Fiscal en su acusación fiscal de fojas mil atribuyó a Aparicio Maydana la comisión del delito de peculado por extensión y a Benito Yana Benites el delito de falsedad genérica por usurpar un nombre que no le corresponde -también incluyó a Octavio Yana Benites como cómplice primario de este último delito de falsedad genérica-; que, por otro lado, se declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra Aparicio Maydana, Juan Francisco Belizario Quispe e Isidora Belizario Machaca por delito de falsedad material y contra Carlos Juan Quispe Quispe por delito de falsedad genérica -auto de fojas mil nueve, de tres de junio de dos mil ocho-; que la sentencia de instancia absolvió a los acusados Aparicio Maydana y Octavio Yana Benites, a la vez que reservó el proceso respecto del encausado Benito Yana Benites. **Cuarto:** Que es de resaltar, respecto del acusado Octavio Yana Benites, que el recurso del Procurador no fija ningún agravio: no lo menciona en lo más mínimo; que según los cargos dicho encausado habría facilitado su documento nacional de identidad a su hermano para que éste, haciéndose pasar por él, pueda conseguir trabajo en las obras en cuestión y, por tanto, ser remunerado por sus servicios, lo que en efecto ocurrió -dato por lo demás no probado, como lo destaca la Fiscalía Suprema en el dictamen que antecede, a tenor de la declaración de su hermano Benito Yana Benites de fojas cuatrocientos quince, sin que exista prueba en contrario-; que, siendo así, más allá de lo evidente de la falta de pruebas, el recurso no se fundamentó en ese extremo, por lo que deviene improcedente y así debe declararse: no hay agravio fundamentado que absolver. **Quinto:** Que los

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 610 -2009

PUNO

-4-

cargos que permitieron el procesamiento penal se sustentaron en los Informes que elaboraron funcionarios del FONCODES, empero éstos, según la evaluación de la Contraloría General de la República - Oficina Regional Puno, resultaron insuficientes y técnicamente deficientes -véase comunicación del órgano de control de fojas cuatrocientos-, por consiguiente, en sí mismos no pueden sustentar los cargos por delito de peculado por extensión atribuidos a la encausada Aparicio Maydana -respecto del avance efectivo de obras, de la conformidad de las inversiones y del cumplimiento efectivo de los gastos según los montos presupuestados-; que el dictamen pericial contable de fojas mil ochenta y cinco, ratificado a fojas mil noventa y nueve, se ha limitado a contabilizar las observaciones por determinados pagos de planillas, los que sólo se basan en las denuncias de la comunidad; que es de precisar que la pericia mencionó que no se pudo consolidar el cuestionamiento por fletes por falta de documentación sustentatoria -lo que resta solidez a la acusación-; que en lo atinente al rubro de alquiler de motobomba por supuestos gastos indebidos por excesos, tal afirmación que partió de la denuncia no tiene base técnica -según la pericia no existirían modificaciones presupuestarias que la avalen-, pero como ese cargo se relaciona con las observaciones formuladas por la Contraloría General de la República, entonces, su base técnica es inexistente o, por lo menos, carece de solidez. **Sexto:** Que, entonces, los cargos que subsisten son los referidos a los pagos a Máximo Quispe Quispe, Saturnino Quispe Quispe, a Juan Carlos Quispe Quispe, Dionicio Galindo Pari y Octavio Yana Benites, por lo que es del caso analizarlos para determinar su viabilidad probatoria; que si bien Máximo Quispe Quispe y Saturnino Quispe Quispe -declaraciones de fojas doscientos uno y cuatrocientos treinta y cinco,

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 610 -2009

PUNO

-5-

respectivamente- alegaron haber recibido menos dinero que el que aparece en las planillas, se trata de declaraciones que no tienen base de corroboración en fuentes y medios de prueba objetivas y distintas de su sólo testimonio de cargo; que Dionicio Galindo Pari sólo ha declarado policialmente y en sede judicial no ha ratificado el tenor de la declaración jurada de fojas sesenta y nueve, consecuentemente, no puede ampararse un cargo mediante declaraciones no actuadas en sede judicial y a espaldas del afectado, por lo que al no tener carácter de prueba legal carece de relevancia procesal; que, finalmente, si bien Benito Yana Benites utilizó el Documento Nacional de Identidad de su hermano Octavio Yana Benites, sin su conocimiento de este último a partir de su instructiva de fojas cuatrocientos cincuenta y dos y de su declaración plenaria de fojas mil cuarenta y nueve, no está probado que medió concierto delictivo con la encausada Aparicio Maydana y que el trabajo que dice realizó nunca se llevó a cabo, por lo que es de concluir que este cargo carece de consistencia probatoria; que, en consecuencia, la negativa de la imputada expresada en su instructiva de fojas quinientos seis y en la declaración plenaria de fojas mil cincuenta y siete no ha podido ser desvirtuada por prueba de cargo legal, legítima y suficiente que corrobore la imputación, por lo que la absolución está arreglada a derecho. **Séptimo:** Que, en lo atinente a los argumentos impugnativos de la parte civil, es de precisar, primero, que el juicio de tipicidad es de cargo del Fiscal y del Tribunal, y no se puede cuestionar el ejercicio de una potestad oficial como es la de desvinculación si quien objeta su omisión no la instó debidamente -tanto más si la parte civil no tiene ingerencia en el objeto penal del proceso penal-; segundo, que la actuación probatoria es de incumbencia preferente de las

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 610 -2009

PUNO

-6-

partes, conforme al principio de aportación de parte, y si ellas no instaron las respectivas solicitudes probatorias, no pueden cuestionar al Juez el no ejercicio de la prueba de oficio; y, tercero, si bien el Juez tiene cierta intervención en el esclarecimiento de los hechos con arreglo al principio de investigación oficial, tal principio es de aplicación residual y su ejercicio no puede vulnerar el principio acusatorio, el derecho de defensa de la partes y la imparcialidad jurisdiccional, además de que no puede erigirse una impugnación sobre la base de un poder oficial no ejercido por quien es su titular exclusivo.

Por estos fundamentos: **I. Declararon NULO** el extremo del auto de fojas mil ciento cuarenta y uno, del treinta y uno de diciembre de dos mil ocho, que concede el recurso de nulidad en cuanto a la absolución dictada a favor del encausado Octavio Yana Benites; en consecuencia, declararon **IMPROCEDENTE** el referido recurso respecto del citado encausado. **II. Declararon NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil ciento veinticuatro, del cuatro de noviembre de dos mil ocho, en cuanto absolvió a Miriam Margoth Aparicio Maydana de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado por extensión en agravio del Estado Peruano - Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 610 -2009

PUNO

-7-

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRINCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO