

Lima, primero de diciembre de dos mil diez.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los procesados Fredy Contreras Barrientos, Rubén Rogelio Mallma Olivera y Alberto Jesús Ayala Toscano contra la sentencia de fecha catorce de abril de dos mil diez, obrante a fojas seis mil quinientos veintiuno; 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 encausado Fredy Conteras Barrientos en su recurso de fundamentación de agravios de fojas seis mil quinientos setenta y seis argumenta que se le condenó sin que existan pruebas suficientes que acrediten su responsabilidad; que se vulneró el debido proceso, al no haberse meritudo; íntegramente, las pruebas aportadas en el desarrollo de la causa; y que en ningún momento conformó la Comisión Especial de Adquisiciones, y menos tuvo participación en el Proyecto de Mejoramiento de la Carretera y Construcción del Puente Challhuan. Que, por su parte, el procesado Rubén Rogelio Mallma Olivera en su recurso de nulidad de fojas seis mil quinientos ochenta y cuatro esgrime que no se compulsó adecuadamente las pruebas obrantes en autos, y que sólo conformó el Comité Especial de Adquisiciones como miembro suplente, no teniendo manejo de la cuenta corriente del Proyecto de Mejoramiento de la Carretera y Construcción del Puente Challhuan. Que, finalmente el encausado Alberto Jesús Ayala Toscano en su recurso de fundamentación de agravios de fojas seis mil seiscientos cinco aduce que en el presente caso no concurren los elementos típicos y constitutivos del delito de colusión desleal que se le atribuye pues no se ha tenido en cuenta que mediante Resolución de Alcaldía número cero noventa y uno - dos mil cinco MPCH/A, se conformó un Comité Especial para las Adquisiciones y Contrataciones de Bienes y Servicios en la ejecución de la obra sub materia, cuyos integrantes -entre los que no se encontraba - gozaban de autonomía administrativa, tan es así que ellos aprobaron las bases para la adjudicación directa y publicaron los avisos de las distintas

convocatorias; que la imputación del encausado Michael Espinoza Barrientos, no puede ser considerada como prueba suficiente para condenarlo, pues la misma no se encuentra corroborada, incumpliendo de esta forma con la observancia obligatoria establecida en jurisprudencia vinculante; que con relación al delito de peculado, asevera que existe insuficiencia probatoria, pues no existen evidencias que demuestren que se halla apropiado ilícitamente del dinero, ni que haya tenido contacto directo con la percepción, administración o custodia del mismo por razón de su cargo.

Segundo: Que, conforme trasciende de la acusación fiscal de fojas cinco mil cuatrocientos cincuenta y seis, se atribuye a los procesados Alberto Jesús Ayala Toscano (Alcalde de la Municipalidad Provincial de Churcampá), Michael Espinoza Barrientos (Gerente Municipal), Fredy Contreras Barrientos (Tesorero), Rubén Rogelio Mallma Olivera (Miembro del Comité Especial de Contrataciones y Adquisiciones), Honorato Antonio Vega Campos (Tesorero), Dobbie Norman Chuchón Huamaní (Residente de Obra), y Witman Grover Prado Coila (Residente de Obra), haberse coludido con el fin de favorecer a sus co encausados Marco Antonio Ramos Curipaco (Representante de la Empresa de Inversiones Saturno Sociedad Anónima Cerrada) y Luis Alberto Zelada Sánchez (Representante de la Empresa Corzel Contratistas Generales Sociedad de Responsabilidad Limitada), en el proceso de adjudicación directa de la Obra "Mejoramiento de la Carretera Churcampá - Challhuan y Construcción del Puente de Challhuan". Para ello, en forma irregular, fraccionaron la ejecución de la obra en mención en diez procesos de selección, eludiendo de esta forma que se realice una Licitación Pública conforme lo establece la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, convocando a sendos procesos de adjudicación directas selectivas, deduciéndose que los procesos habrían sido simulados. Asimismo, se incrimina a los procesados Alberto Jesús Ayala Toscano, Michael Espinoza Barrientos, Fredy Contreras Barrientos, Rubén Rogelio Mallma Olivera, Honorato Antonio Vega Campos, Dobbie Norman Chuchón Huamaní y Witman Grover Prado

Coila, haberse apropiado indebidamente de diversas sumas de dinero que estaban destinados a la ejecución de la Obra: "Mejoramiento de la Carretera Churcampa - Challhuan y Construcción del Puente de Chalhuan". Para dicho fin, el encausado Alberto Jesús Ayala Toscazo, en su condición de Alcalde de la citada Comuna, ordenó que el Gerente Municipal, Michael Espinoza Barrientos, gire cheques a favor de las Empresas "Corzel Contratistas Generales Sociedad de Responsabilidad Limitada" e "Inversiones Saturno Sociedad Anónima Cerrada", no obstante que la obra estaba siendo ejecutada irregularmente y de manera deficiente, sin cumplir además con lo previsto en el expediente técnico conforme se advierte del peritaje de valorización. Hecho ilícito que fue realizado con la anuencia de los encausados Dobbie Norman Chuchón Huamaní, Witman Grover Prado Coila y Rubén Rogelio Mallma Olivera (en su condición de Miembro del Comité y Residente de Obra), además de Fredy Contreras Barrientos y Honorato Antonio Vega Campos, quienes, en ejercicio de sus funciones como tesoreros, dieron los vistos buenos correspondientes para los pagos respectivos. **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". Sobre esta base, el Tribunal Constitucional, en el Expediente número cero cero diez - dos mil dos -AI/TC, (fundamento jurídico cuarenta y cinco) ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la

estructuración del derecho penal moderno; es así que este Tribunal también ha establecido, en el Expediente número dos mil cincuenta – dos mil dos - AA/TC, que: "(...) que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (...)". (Fundamento Jurídico número ocho). (...)El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal. **Cuarto:** Que, acorde a lo expuesto, finalmente, atendiendo a la imputación formulada por el ente persecutor en su acusación antes anotada, debemos relieves 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 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 sétimo del Título Preliminar del Código Penal, 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*, desde la óptica del delito de peculado, no concurren los elementos típicos antes glosados, por el contrario, la genérica proposición fáctica de la denuncia fiscal obrante a fojas tres mil quinientos diez, se aproximaría al ilícito penal de colusión desleal, al señalar que "del estudio y análisis de autos se acrediten que existen indicios razonables de que los denunciados cambiaron de modalidad de ejecución y fraccionaron la obra en tramos con la finalidad de beneficiar a las empresas postoras que resultaron ganadoras, generando una afectación económica (...) por un monto superior a los trescientos cincuenta mil nuevos soles; y permitiendo que las empresas ejecutoras se beneficien económicamente en forma ilícita", lo que tiene correlato con la base fáctica postulada a fojas cinco mil cuatrocientos cincuenta y ocho de la Acusación Fiscal escrita, donde se aseveró que: "el ex alcalde Alberto Jesús Ayala Toscano, los tesoreros Honorato Antonio Vega Campos y Fredy Contreras Barrientos, y los miembros del Comité Especial de Adquisiciones y Contrataciones, conformada por el gerente municipal (...) actuando en forma concertada, unilateral e ilícita fraccionaron la ejecución de la obra en diez procesos de selección, eludiendo de esta forma una licitación pública". **Octavo:** Que, efectivamente la imputación por el delito de peculado, se enerva además con las conclusiones de la siguiente prueba documental: **i).**- El Informe número cero diez - dos mil nueve/GOB.REG.-HVCA./GSR-JWGA, obrante a fojas seis mil doscientos sesenta y tres, se puntualizó a fojas seis mil doscientos sesenta y cinco, que "de acuerdo a las valorizaciones mensuales se cumplió con ejecutar el cien por ciento de las partidas referidas en el expediente reformulado por el Ingeniero Witman Prado C."; y **ii).**- El Dictamen Pericial Contable Ampliatorio de fojas seis mil cuarenta, que arribó a la conclusión, entre otras, que "la Municipalidad Provincial de Churcampá habría desembolsado el importe de ciento veinte mil seiscientos cincuenta y seis

punto setenta y ocho nuevos soles en la ejecución de la obra como aporte municipal, (...) lo que amerita que la Municipalidad de Churcampa cumplió con el aporte por ciento veinte mil seiscientos cincuenta y seis punto setenta y ocho nuevos soles". **Noveno:** Que, desvirtuada la configuración del ilícito penal de peculado, corresponde circunscribir nuestro análisis al hecho punible de colusión desleal, al respecto el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, prescribe 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 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. Al respecto el tratadista García Caveró puntualiza que: *"En términos probatorios (...) deberá determinarse en el proceso penal que el funcionario público denunciado tuvo en su ámbito funcional la decisión sobre la suscripción o la determinación de las condiciones de las operaciones o contratos celebrados"* (García Caveró, Percy: El delito de colusión, Grijley, Lima dos mil ocho, página treinta y tres); y **ii).-** El hecho punible de colusión es un delito de participación necesaria – concretamente de

65

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 2259- 2010
AYACUCHO

encuentro -, que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*. Esta 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. **Décimo:** Que, establecido lo anterior, debemos destacar que la pretensión punitiva plasmada en la acusación escrita de fojas denuncia fiscal y acusación fiscal antes glosada, "concerniente" al delito de colusión desleal, presenta una 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, en los supuestos en que el Juez penal se aparte del tenor literal del precepto, o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables,

incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. **Décimo primero:** Que, en este orden de ideas, tampoco se valoró el dato fáctico descrito en el Dictamen Pericial Contable de fojas tres mil ciento ochenta y seis – que sirvió de sustento para incoar la acción penal mediante denuncia de fojas tres mil quinientos diez - donde se dejó constancia de la existencia de un Comité Especial Permanente para la adquisición y contrataciones de bienes y servicios, (...), puntualizándose que: "los mencionados procesos de selección, fueron convocados por dicho Comité Especial Permanente, mediante las Adjudicaciones Directas Selectivas del número cero cero uno – dos mil seis –MPCH/CE, al cero diez – dos mil seis-MPCH/CE", Comité Especial Permanente que no se limitó a una mera formalidad sino que conforme se advierte de las actas de otorgamiento de la buena prax de fojas cuatro mil trescientos veintinueve a fojas cuatro mil trescientos cuarenta y tres, sesionaron y cumplieron con sus funciones propias del referido comité. Alo anterior se abona que según el Informe número cero diez – dos mil nueve/GOB.REG.-HVCA./GSR-JWGA, obrante a fojas seis mil doscientos sesenta y tres, se puntualiza que "de acuerdo a las valorizaciones mensuales se cumplió con ejecutar el ciento por ciento de las partidas referidas en el expediente reformulado por el Ingeniero Witman Prado C.".

Décimo segundo: Que, en efecto, el procesado Michael Espinoza Barrientos, Presidente del Comité Especial Permanente para la adquisición y contrataciones de bienes y servicios, refirió en su manifestación policial ampliatoria (fojas tres cuatrocientos cuarenta y uno), señaló que participó como presidente del comité especial, y que para la ejecución de la obra se realizaron doce procesos de selección y todo ese acervo documentado fue presentado a la Gerencia Sub Regional de Tayacaja, y el plazo de la ejecución de la obra era en cuatro meses, pero la obra duro once meses, desde el mes de enero a noviembre de dos mil seis, y la demora obedeció a dos paralizaciones del mes de agosto y octubre, porque concluyó el contrato del residente de obra, por fenómenos naturales y desembolso presupuestal, y el residente de obra efectuó varias observaciones al expediente técnico y

solicitó la reformulación de este expediente, el mismo que fue aprobado por el supervisor del Gobierno Regional y la ejecución se amplió por cinco meses. Sobre la ampliación del aporte de la Municipalidad de Churcampá, sus documentos sustentatorios y la partida presupuestal afectada, señala que dichos documentos se encuentran en la Oficina de Planificación y Presupuesto, desconociendo qué obra o cuenta se haya afectado para esta ampliación de presupuesto. Subsiguientemente, en su declaración instructiva de fojas tres mil seiscientos sesenta y uno, agrega que no hubo fraccionamiento, sino que se llevó el proceso por tramos, debido a que la Municipalidad no contaba con capacidad operativa debido a que la maquinaria está malograda y se requería un mayor presupuesto para su reparación, y no existía maquinaria para voladuras, no contando con la autorización de Discamec, así como las carta fianza de las empresas ganadoras obran, en el Gobierno Regional, por la naturaleza del proceso no se requiere de la presencia de los postores. **Décimo tercero:** Que, en consecuencia, dichas omisiones contravinieron 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. **Décimo cuarto:** Que, sin embargo, dado los agravios formulados por los procesados que enervan la configuración del delito de colusión desleal, debemos considerar que en el Dictamen Pericial Contable de fojas tres mil ciento ochenta y seis - que sirvió de sustento para incoar la acción penal del presente proceso penal - se dejó constancia de la existencia de un Comité Especial Permanente para la adquisición y contrataciones de bienes y servicios - de la que es ajena el procesado Alberto Jesús Ayala Toscano -, puntualizándose que: "los mencionados procesos de selección, fueron convocados por dicho Comité Especial Permanente, mediante las Adjudicaciones Directas

69

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 2259- 2010
AYACUCHO

Selectivas del número cero cero uno - dos mil seis -MPCH/CE, al cero diez- dos mil seis- MPCH/CE". Comité Especial Permanente que no se limitó a una mera formalidad sino que conforme se advierte de las actas de otorgamiento de la buena pro, de fojas cuatro mil trescientos veintinueve a fojas cuatro mil trescientos cuarenta y tres, sesionaron y cumplieron con sus funciones propias del referido comité. Por otro lado, desde una óptica probatorio y pericial, debemos relieves, el Informe número cero diez- dos mil nueve/GOB.REG.-HVCA./GSR-JWGA, obrante a fojas seis mil doscientos sesenta y tres, que puntualizó a fojas seis mil doscientos sesenta y cinco, que "de acuerdo a las valorizaciones mensuales se cumplió con ejecutar el cien por ciento de las partidas referidas en el expediente reformulado por el Ingeniero Witman Prado C.". Asimismo, en el Dictamen Pericial Contable Ampliatorio de fojas seis mil cuarenta, se arribó, entre otras, a la siguiente conclusión, que "la Municipalidad Provincial de Churcampa habría desembolsado el importe de ciento veinte mil seiscientos cincuenta y seis punto setenta y ocho nuevos soles en la ejecución de la obra como aporte municipal, (...) lo que amerita que la Municipalidad de Churcampa cumplió con el aporte por ciento veinte mil seiscientos cincuenta y seis punto setenta y ocho nuevos soles". **Décimo quinto:** Que, en consecuencia, funcional y pericialmente ha sido desvirtuado la imputación por delito de colusión desleal. Finalmente, en aplicación del artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales - Si la Corte Suprema no considera fundada la sentencia condenatoria (...), puede anular dicha sentencia y absolver al condenado, aun cuando éste no hubiese opuesto ninguna de estas excepciones -, y por una exigencia de coherencia interna de las resoluciones, los efectos absolutorios de la presente Ejecutoria Suprema deben extenderse a los condenados no impugnantes Michael Espinoza Barrientos y Honorato Antonio Vega Campos, así como a los reos ausentes. Por estos fundamentos: declararon: **HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha catorce de abril de dos mil diez, obrante a fojas seis mil quinientos veintiuno, en el extremo, **i).**- que condenó a Alberto Jesús Ayala Toscano como autor del delito contra la

Administración Pública -peculado y colusión desleal -, en agravio del Gobierno Regional de Huancavelica, Municipalidad Provincial de Churcampa y el Estado; **ii).**- que condenó a Michael Espinoza Barrientos como autor del delito contra la Administración Pública -peculado -, en agravio del Gobierno Regional de Huancavelica, Municipalidad Provincial de Churcampa, y el Estado; **iii).**- que condenó a Fredy Contreras Barrientos, Rubén Rogelio Mallma Olivera y Honorato Antonio Vega Campos por el delito contra la Administración Pública -peculado -, en agravio del Gobierno Regional de Huancavelica, Municipalidad Provincial de Churcampa, y el Estado; y **iv).**- la reserva de los reos ausentes Dobbie Norman Chuchón Huamaní, Witman Grover Prado Coila, Marco Antonio Ramos Curipaco y Luis Alberto Zelada Sánchez, con lo demás que contiene sobre el particular; y **REFORMANDOLO** los absolvieron a los anotados procesados por los citados delitos en agravio del Gobierno Regional de Huancavelica, Municipalidad Provincial de Churcampa, y el Estado; **ORDENARON** la inmediata libertad de los procesados Alberto Jesús Ayala Toscano, siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado por autoridad competente; **OFICIÁNDOSE** vía fax con tal fin a la Sala Penal de origen, para los fines consiguientes; y los devolvieron. Interviniendo el señor Juez Supremo Calderón Castillo por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.-

S.S.

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

CALDERON CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

BD/jnv

SE PUBLICO CONFORME A LEY



Ministerio Público
Primera Fiscalía Suprema Penal

EXPEDIENTE N° 84-2008.
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AYACUCHO.
C.S. N° 2259-2010.
DICTAMEN N° 1617 -2010-MP-FN-1ºFSP.

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

La Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, por sentencia de fs. 6521/6560, su fecha 14 de abril del 2010, falla:

ABSOLVIENDO a Michael Espinoza Barrientos, Fredy Contreras Barrientos, Dobbie Norman Chuchón Huamani, Rubén Rogello Mallma Olivera, Honorato Antonio Vega Campos y Wiltman Grover Prado Colla, de la Acusación Fiscal por el delito contra la Administración Pública -**Colusión Desleal**-, en agravio del Gobierno Regional de Huancavelica, Municipalidad Provincial de Churcampa y El Estado; **CONDENANDO a Alberto Jesús Ayala Toscano** como autor de los delitos contra la Administración Pública -**Peculado y Colusión Desleal**-, en agravio del Gobierno Regional de Huancavelica, Municipalidad Provincial de Churcampa y El Estado, y como tal, le impusieron, **SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**; **CONDENANDO a Michael Espinoza Barrientos, Fredy Contreras Barrientos, Rubén Rogello Mallma Olivera y Honorato Antonio Vega Campos**, como autores del delito contra la Administración Pública -**Peculado**-, en agravio del Gobierno Regional de Huancavelica, Municipalidad Provincial de Churcampa y El Estado, y como tales, les impusieron, al primero, **DOS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA**, y a los tres últimos, **TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA EN SU EJECUCIÓN POR EL TÉRMINO DE DOS AÑOS**, bajo reglas de conducta, y fijaron, en **CIEN MIL NUEVOS SOLES**, la reparación civil que deberán abonar a favor de los agraviados, sin perjuicio de restituir el dinero indebidamente apropiado; y, **RESERVARON el Juzgamiento de los procesados Dobbie Norman Chuchón Huamani, Wiltman Grover Prado**

TOMAS A. GALVEZ VILLEGAS

Fiscal Adjunto Supremo (T)

Encargado del Despacho de la

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



Ministerio Público
Fiscalía Suprema Penal

Coila, Marco Antonio Ramos Curipaco y Luis Alberto Zelada Sánchez, hasta que sean habidos y/o puestos a disposición del Juzgado.

I. FUNDAMENTOS DE LAS IMPUGNACIONES:

Contra esta Sentencia, el Superior Colegiado a fs. 6583, concedió el Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado **Fredy Contreras Barrientos** a fs. 6576/6582, en el que refiere que se ha dictado condena contra su patrocinado, sin que existan pruebas suficientes que acrediten su responsabilidad. Sostiene también, que se ha vulnerado el debido proceso, al no haberse meritado, íntegramente, las pruebas aportadas en el desarrollo de la causa. Finalmente, señala que su defendido no conformó la Comisión Especial de Adquisiciones, y menos tuvo participación en el Proyecto de Mejoramiento de la Carretera y Construcción del Puente Challhuan.

Asimismo, a fs. 6588, el Tribunal Superior concedió el recurso impugnatorio interpuesto por la defensa técnica del procesado **Rubén Rogelio Mallma Olivera** a fs. 6584/6587, en el que sostiene que no se han compulsado adecuadamente las pruebas obrantes en autos, y que su defendido sólo conformó el Comité Especial de Adquisiciones como miembro suplente, no teniendo manejo de la cuenta corriente del Proyecto de Mejoramiento de la Carretera y Construcción del Puente Challhuan.

TOMAS A. GÁLVEZ VILLEGAS
Fiscal Adjunto Supremo (T)
Encargado del Despacho de la
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

Finalmente, el Superior Colegiado, a fs. 6627, concedió el Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado **Alberto Jesús Ayala Toscano** a fs. 6605/6626, en el que señala que no concurren los elementos típicos y constitutivos del delito de **Colusión Desleal** atribuido a su patrocinado, pues no se ha tenido en cuenta que mediante Resolución de Alcaldía N° 091-2005-MPCH/A, se conformó un Comité Especial para las



Ministerio Público
Fiscalía Suprema Penal

Adquisiciones y Contrataciones de Bienes y Servicios en la Ejecución de la Obra sub materia, cuyos integrantes -entre los que no se encontraba su defendido- gozaban de autonomía administrativa, tan es así que ellos aprobaron las bases para la adjudicación directa y publicaron los avisos de las distintas Convocatorias. Sostiene además, que la imputación del encausado **Michael Espinoza Barrientos**, no puede ser considerada como prueba suficiente para condenar a su defendido, pues la misma no se encuentra corroborada, incumpliendo de esta forma con la observancia obligatoria establecida en jurisprudencia vinculante. Con relación al delito de **Peculado**, señala que existe insuficiencia probatoria, pues no existen evidencias que demuestren que su patrocinado se apropió ilícitamente del dinero, ni que haya tenido contacto directo con la percepción, administración o custodia del mismo por razón de su cargo.

II. DELIMITACIÓN DE LOS HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN:

Se atribuye a los procesados **Alberto Jesús Ayala Toscano** (Alcalde de la Municipalidad Provincial de Churcampá), **Michael Espinoza Barrientos** (Gerente Municipal), **Fredy Contreras Barrientos** (Tesorero), **Rubén Rogello Mallma Olivera** (Miembro del Comité Especial de Contrataciones y Adquisiciones), **Honorato Antonio Vega Campos** (Tesorero), **Dobble Norman Chuchón Huamaní** (Residente de Obra), y **Witman Grover Prado Colla** (Residente de Obra), haberse coludido con el fin de favorecer a sus co-encausados **Marco Antonio Ramos Curipaco** (Representante de la Empresa Inversiones Saturno SAC) y **Luis Alberto Zelada Sánchez** (Representante de la Empresa Corzel Contratistas Generales S.R.L.), en el proceso de adjudicación directa de la Obra "Mejoramiento de la Carretera Churcampá - Challhuan y Construcción del Puente de Challhuan". Para ello, en forma irregular, fraccionaron la ejecución de la obra en mención en 10 procesos de selección,

TOMAS A. GALVEZ VILLEGAS

Fiscal Adjunto Supremo (T)

Encargado del Despacho de la
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



Ministerio Público
Primera Fiscalía Suprema Penal

eludiendo de esta forma que se realice una Licitación Pública conforme lo establece la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, convocando a sendos procesos de adjudicación directas selectivas, deduciéndose que los procesos habrían sido simulados.

Asimismo, se incrimina a los procesados **Alberto Jesús Ayala Toscano, Michael Espinoza Barrientos, Fredy Contreras Barrientos, Rubén Rogelio Mallma Olivera, Honorato Antonio Vega Campos, Dobble Norman Chuchón Huamaní y Wilman Grover Prado Colla**, haberse apropiado indebidamente de diversas sumas de dinero que estaban destinados a la ejecución de la Obra: "Mejoramiento de la Carretera Churcampa - Chalhuan y Construcción del Puente de Chalhuan". Para dicho fin, el encausado **Alberto Jesús Ayala Toscazo**, en su condición de Alcalde de la citada Comuna, ordenó que el Gerente Municipal, **Michael Espinoza Barrientos**, gire cheques a favor de las Empresas "Corzel Contratistas Generales S.R.L." e "Inversiones Saturno SAC", no obstante que la obra estaba siendo ejecutada irregularmente y de manera deficiente, sin cumplir además con lo previsto en el expediente técnica conforme se advierte del peritaje de valorización. Hecho ilícito que fue realizado con la anuencia de los encausados **Dobble Norman Chuchón Huamaní, Wilman Grover Prado Colla y Rubén Rogelio Mallma Olivera** (en su condición de Miembro del Comité y Residente de Obra), además de **Fredy Contreras Barrientos y Honorato Antonio Vega Campos**, quienes, en su condición de Tesoreros, dieron los vistos buenos correspondientes para los pagos respectivos.

III.

EVALUACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO:

De conformidad con el artículo 300° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 959, el

TOMAS AGUIRRE VILLEGAS
Fiscal Adjunto Supremo (T)
Encargado del Despacho de la
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



Ministerio Público
Fiscalía Suprema Penal

presente pronunciamiento solo se limitará a los extremos de la sentencia materia de impugnación, los mismos que pasamos a exponer a continuación.

A. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROCESADOS ALBERTO JESÚS AYALA TOSCANO, FREDY CONTRERAS BARRIENTOS Y RUBÉN ROGELIO MALLMA OLIVERA, POR EL DÉLITO DE PECULADO.

De la revisión y análisis de los actuados, se advierte que existen suficientes elementos probatorios que acreditan la responsabilidad de los procesados, en el ilícito incriminado.

En efecto, sus acciones delictivas se encuentran fehacientemente demostradas, con el mérito de: **a) Pericias Judiciales Contables** de fs. 3186/3201 y 4438/4447 (elaboradas por el Contador Marcelino Barrientos Serna, y ratificadas en el contradictorio del Juicio Oral de fs. 6366/6373), en cuyas conclusiones se señalan que culminada la ejecución de la obra sub materia, aparece un saldo pendiente de explicar por parte de los encausados, ascendente a la suma de S/. 186,269.65 nuevos soles; **b) Informe Pericial Contable de Parte** de fs. 4736/4741 (elaborado por el Contador Alcides Aníbal Huari Matos, y ratificado en el contradictorio del Juicio Oral de fs. 6378/6384), en el que se precisa que el perjuicio económico ocasionado durante la ejecución irregular de la obra en mención, asciende a la suma de S/. 271,954.49 nuevos soles; y, **c) Informe Pericial Técnico** de fs. 4758/4781 (elaborado por el Ingeniero Civil Augusto David Merino Chalco), en el que se puntualiza que no se encontró algún expediente técnico aprobado con el que se ejecutó la obra, la misma que además, está inconclusa y abandonada.

A estos elementos de prueba, debemos considerar también, el mérito de las imputaciones formuladas por sus co encausados **Honorato Antonio Vega Campos y Michael Espinoza Barrientos** en las sesiones

TOMAS A. GALVEZ VILLEGAS
Fiscal Adjunto Supremo (T)
Encargado del Despacho de la
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



Ministerio Público
Primera Fiscalía Suprema Penal

de audiencia del Juicio Oral de fs. 5765/5770 y 5835/5849, el primero, en cuanto refiere: "que el 25 de enero del 2006, el Gerente Municipal le requirió la entrega de la chequera por órdenes del Alcalde Ayala Toscano, negándose a entregarlo, pero su co procesado, insistió que era orden del Alcalde y frente a la insistencia de Michael Espinoza Barrientos, le entregó la chequera, para luego devolverla después de dos a tres días, y faltando varios cheques, luego de revisarlos se dio cuenta que habían hecho giros por montos elevados [...] que los cheques fueron girados con las firmas de Michael Espinoza y el Alcalde Ayala Toscano y que del talón del cheque aparecía que fueron girados para Inversiones Saturno y Corzel Contratistas; y el segundo, que refiere que: "fue personal de confianza del Alcalde Ayala Toscano, ocupando el cargo de Gerente General durante los hechos [...] que le presionaron para firmar los cheques a favor de las empresas "Corzel Contratistas Generales S.R.L." e "Inversiones Saturno SAC", por lo que le pidió prestado la chequera a su co procesado Honorato Antonio Vega Campos, llegando el Alcalde Ayala girar diez cheques por montos de S/. 170,450.00 nuevos soles (cuatro cheques a favor de Corzel y seis cheques a favor de Saturno)".

Constituyen también pruebas determinantes sobre la responsabilidad de los encausados **Fredy Contreras Barrientos** y **Rubén Rogello Mallma Olivera**, sus **propios reconocimientos** puestos de manifiesto en el contradictorio del Juicio Oral de fs. 5898/5902, 5940/5947 y 5950/5957, en el que el primero, admitió que en su condición de Tesorero, su función era revisar que los documentos proporcionados cumplan con los requisitos principales para que se giren los cheques, luego de lo cual otorgaba el visto bueno; mientras que el último, aceptó haber formado parte del Comité de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, y como tal, tenía conocimiento que el procedimiento de adjudicación directa era irregular, y que pese a ello, no cumplió con su obligación, permitiendo el aprovechamiento económico de sus co encausados.

TOMAS A. GALVEZ VILLEGAS
Fiscal Adjunto Supremo (T)
Encargado del Despacho de la
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



Ministerio Público
Fiscalía Suprema Penal

Siendo así, quedan desvirtuados los argumentos señalados por la defensa técnica de los recurrentes en sus recursos impugnatorios, y en cuanto a la relación funcional existente entre el procesado **Alberto Jesús Ayala Toscano** con los caudales otorgados para la obra sub materia, cabe precisar que éste en su condición de Alcalde de la entidad edil agraviada, tuvo la disponibilidad jurídica de los cheques sub materia; por lo que consideramos que la sentencia materia de alzada, en lo que a este ilícito se refiere, se halla arreglada a ley y sustentada en los actuados del proceso.

B. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO ALBERTO JESÚS AYALA TOSCANO, POR EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL.

Sobre este extremo de la sentencia, es del caso puntualizar, que, igualmente, la responsabilidad del encausado **Alberto Jesús Ayala Toscano**, se encuentra demostrada con el aporte probatorio obtenido de la **pericia judicial contable** de fs. 3186/3201, en el que el perito Marcelino Barrientos Serna, concluyó que: "existen claros indicios razonables de comisión de delitos por parte de los responsables del Comité Especial Permanente, Ex - Alcalde, funcionarios y otros para conducir los procesos de selección de bienes y servicios, por transgredir la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en su artículo 18º que señala: Quedan prohibido fraccionar la ejecución de obras con el objeto de cambiar el tipo de proceso de selección que corresponda, a otro proceso malicioso".

Este elemento de prueba, se corrobora a su vez, con la imputación formulada por el encausado **Michael Espinoza Barrientos** en el **contradictorio del Juicio Oral de fs. 5835/5849**, en el que sindicó, enfáticamente, a su co procesado **Alberto Jesús Ayala Toscano**, como la persona que recibió en su Oficina a los representantes de las Empresas "Corzel Contratistas Generales S.R.L." (Luis Alberto Zelada Sánchez), e "Inversiones Saturno SAC" (Marco Antonio Ramos Curipaco), para llevar adelante la

TOMAS A. GÁLVEZ VILLEGAS
Fiscal Adjunto Supremo (M)
Encargado del Despacho de la
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



Ministerio Público
Primera Fiscalía Suprema Penal

concertación de contratos en beneficios de éstos últimos, agregando que no hubo adjudicación y que su persona hizo las bases para regularizar las irregularidades, prueba de ello, es que se comunicó a SEACE con noventa días de retraso respecto a la presuntas Convocatorias para los otorgamientos de la buena pro, actos que se traducen además, en haber fraccionado en forma ilícita al convocar simultáneamente diez procesos de selección en la modalidad de adjudicación directa selectiva para evitar una licitación pública; por lo que es de colegirse que, igualmente, la sentencia recurrida se halla arreglada a ley.

IV. OPINIÓN FISCAL:


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

OTROSÍ DIGO.- El suscrito se avoca al conocimiento del presente proceso, a mérito de la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1247-2010-MP-FN, su fecha 23 de julio del año en curso.

Lima, 19 de agosto del 2010.

TAGV/EVCP/sart




TOMAS A. CALVEZ VILLEGAS
Fiscal Adjunto Supremo (T)
Encargado del Despacho de la
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal