

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2640-2010
TACNA

Lima, diecisiete de agosto de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia absolutoria de fecha diez de mayo de dos mil diez -fojas dos mil trescientos ochenta y cinco-; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el representante del Ministerio Público en su recurso impugnatorio -fojas dos mil cuatrocientos veintitrés- alega que: **I)** Respecto al delito de colusión desleal, los encausados tenían la condición de servidores y funcionarios públicos, participando indistintamente en el proceso de contratación y en la ejecución del contrato, iniciándose la obra sin contar con el expediente técnico, y realizaron una adjudicación directa sin seguir el procedimiento administrativo correspondiente; **II)** Respecto del delito de malversación de fondos, realizaron gastos y pagos de diferentes servicios, conforme se observa del informe número cero cero cinco guión dos mil cinco guión cero dos guión cinco mil trescientos cincuenta y dos, acreditado con las manifestaciones de los encausados; **III)** Respecto del delito de peculado, los encausados destinaron mayor presupuesto a la obra cuestionada con la finalidad de beneficiarse, utilizando los fondos provenientes de la administración pública. **Segundo:** Conforme al dictamen acusatorio -fojas mil quinientos cincuenta y cinco-, se imputa a Francisco Roberto Zuñiga Iriarte en su condición de gerente de Infraestructura, Henry Antonio Cañari Cañari, sub gerente técnico, Luis Enrique Fredy Guzmán Pacheco, sub gerente de supervisión, Hernán Wilfredo Eyzaguirre, gerente regional del Gobierno Regional de Tacna, haberse coludido con José Luis Rivera Chicata, representante de la Empresa Inmobiliaria "CIVSA",

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2640-2010
TACNA

encargándole de modo irregular la elaboración del expediente técnico de la obra "Mejoramiento de la Carretera Ticapampa - Chejaya - Chululuni" con fecha de inicio de ejecución primero de junio de dos mil cuatro, ocasionando perjuicio económico a la agraviada por la suma ascendente a ciento sesenta mil nuevos soles, según el informe elaborado por el sub gerente del Gobierno Regional de Tacna. Que, se les atribuye que junto a Mario Martín Meléndez Condori, ingeniero residente en la obra aludida, perpetraron los delitos de malversación y peculado de los fondos de la entidad agraviada, disponiendo de modo indebido el dinero de propiedad de la agraviada, con el fin de llevar a cabo la variación técnica en la ejecución y características de la obra. Que, se les imputa haberse apropiado de dinero mediante la ejecución de diversos gastos afines a la citada obra efectuados entre enero a mayo de dos mil cuatro, antes de la fecha de inicio de la misma. **Tercero:** Sobre el delito de **Colusión Ilegal**, tenemos: 1) Que, la Administración Pública, como conjunto de organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales que ejercen la función administrativa del poder, tiene la necesidad de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. Es así que la administración actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas. Cabe indicar que, la eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento de la forma, cantidad y calidad y con los medios y recursos que resulten más idóneos para la gestión (Dromi, José Roberto, Licitación Pública, Ediciones Argentina, mil novecientos noventa y cinco, página treinta y nueve). Para ello, es importante que la contratación estatal sea sometida a determinadas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2640-2010
TACNA

reglas que incluyen un conjunto de actos preparatorios -la realización de un proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, entre otros-. Que, el quebrantamiento de las reglas establecidas en la norma correspondiente para la adquisición y contratación de bienes o servicios - Ley de Contrataciones del Estado - da vida a la figura delictiva de la Colusión ilegal, que debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Lima, Palestra, dos mil tres, página doscientos setenta), siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción -o posibilidad- de un perjuicio, no constituyendo por tanto - el perjuicio - un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio -defraudatorio-. Que, la norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es que, la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatorias mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, si es que el funcionario no

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2640-2010
TACNA

de cincuenta días calendario para continuar ejecutando el expediente técnico, la Resolución Gerencial número ciento veinte guión dos mil cuatro -fojas seiscientos siete- que resolvió finalmente aprobar el expediente técnico deductivo de la obra, cuyo presupuesto ascendía a ciento sesenta y dos mil novecientos cinco y setenta y cuatro céntimos de nuevos soles, siendo el periodo de dicha obra ciento veinte días calendario. **III)** Que, de lo antes expuesto, se advierte que si bien existió un retardo en la entrega del expediente técnico de obra así como se realizó una adjudicación directa, ello no acredita la concertación entre los encausados como funcionarios del Gobierno Regional de Tacna con el encausado José Luis Rivera Chicata, como representante de la Empresa CIVSA; tanto más, si los encausados durante el desarrollo del proceso negaron dicha imputación sosteniendo que no existió colusión entre ellos, tratándose de una adjudicación directa, existiendo irregularidades y falta de supervisión que ocasionaron demora en la realización del expediente técnico, que en modo alguno constituye el delito incoado, sino resulta ser una negligencia por parte de los encausados. **Cuarto:** Sobre el delito de **Peculado**, tenemos: **I)** Que, al delito de Peculado doloso se le define como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública. Para la configuración de este tipo penal es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos por parte del agente haya causado un perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. En consecuencia, el objeto del delito de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2640-2010
TACNA

ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de Colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa. ii)

De la revisión de autos se advierte que mediante convenio número cero veintiséis guión dos mil cuatro -fojas ciento trece- el Gobierno Regional de Tacna y la Municipalidad de Ilabaya convinieron el mejoramiento de la carretera de Ticapampa Ilabaya, Chejaya, Chululuni, comprometiéndose el Gobierno Regional en ejecutar el expediente técnico, especificaciones técnicas, plazo de ejecución y presupuesto asignado, aportando maquinaria pesada, designar un ingeniero residente, aprobar el expediente técnico, aportar combustible, nombrar ingeniero supervisor, elaborar mensualmente un informe técnico, entre otros; para cuyo efecto, se realizó un contrato de servicios de consultoría número cero cero uno guión dos mil cuatro guión GOB guión REG punto TACNA -fojas quinientos noventa y dos- entre el encausado Hernán Wilfredo Eyzaguirre Valdez, como representante del Gobierno Regional de Tacna y el encausado José Luis Rivera Chicata, como representante de la firma Consultora e Inmobiliaria Volcan S.A - CIVSA, a fin que elaboren el expediente técnico "mejoramiento de la carretera Ticapampa - Ilabaya - Chejaya - Chululuni", con fecha veinticinco de febrero de dos mil cuatro, el mismo que se llegó a entregar y aprobar por el Gobierno Regional de Tacna, conforme se acredita con la Resolución Gerencial número cero cincuenta y seis guión dos mil cuatro, de fecha veintiséis de agosto de dos mil cuatro -fojas seiscientos tres- que resuelve aprobar en vías de regularización el expediente técnico de la obra en cuestión, asimismo, obra la Resolución Gerencial número ciento cuatro guión dos mil cuatro -fojas seiscientos seis- que resuelve aprobar la ampliación de plazo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2640-2010
TACNA

Peculado -caudales o efectos- debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública (Rojas Vargas, Fidel Delito contra la administración pública, Tercera Edición, Grijley, Lima, dos mil dos, página trescientos treinta y uno). Asimismo, para la configuración del delito de peculado no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, solamente que sean utilizados para fines ajenos al servicio aunque estos hayan sido devueltos. **II)** Que, en el caso de autos si bien ha quedado acreditado que los encausados tenían la condición de funcionarios públicos del Gobierno Regional de Tacna así: Francisco Roberto Zuñiga Iriarte, como gerente de Infraestructura, Henry Antonio Cañari Cañari como sub gerente técnico, Luis Enrique Fredy Guzmán Pacheco como sub gerente de supervisión, del Gobierno Regional de Tacna; sin embargo, resulta necesario para poder acreditar la responsabilidad penal de éstos en el delito de Peculado, un informe técnico o dictamen pericial contable que acredite que la conducta de los encausados ocasionó un perjuicio económico a las arcas del Estado -en este caso el Gobierno Regional de Tacna- y que se hayan apropiado del dinero que estaba destinado al pago de la ejecución del expediente técnico así como de la obra para el mejoramiento de carreteras; lo cual no se ha podido establecer durante el presente proceso. **Quinto:** De otro lado, respecto del delito de **Malversación de Fondos** tenemos que: **I)** Malversar significa hacer un mal uso de los fondos públicos, de ejecutar incorrectamente el presupuesto público, disponer de forma deficitaria del eradio público, contrariando las normas presupuestales en rigor. Que, esta figura delictiva se encuentra contenida en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, donde el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2640-2010
TACNA

disvalor reposa en el desvío de los fondos por parte del funcionario público, a un destino diverso al establecido en la ley, pero aplicándolo en el ámbito mismo de la administración; esto es, que se sanciona la conducta del funcionario que da una aplicación definitiva distinta a los fondos públicos al previamente establecido por la propia administración pública. Que, conforme lo ha establecido el Supremo Tribunal: "En el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo del dinero y bienes públicos; se trata en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio"(Recurso de Nulidad número tres mil seiscientos treinta guión dos mil uno Ucayali). En consecuencia, la configuración de este tipo penal está condicionado al dolo, conciencia y voluntad de realización típica, debiendo abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, esto es, el carácter público de los fondos que malversa así como el contenido de la legalidad presupuestal. II) Sobre el particular, en autos obra el parte policial número trescientos ochenta y dos guión DIVICAJ oblicua DEPAJ oblicua SAMP -fojas sesenta y uno- en cuyas conclusiones establecen que no es posible establecer responsabilidad al no contar con las pericias en materia de ingeniería civil y contable, al igual que el atestado policial número sesenta y tres guión dos mil seis guión RPNP guión DIVICAJ -fojas doscientos uno- que señala la falta de elementos de juicio para imputar los hechos a los encausados. III) En efecto, es importante resaltar que, no se ha acreditado con medio probatorio idóneo la responsabilidad penal de los encausados en el delito de malversación de fondos, pues no se logró establecer que los éstos hayan dispuesto del presupuesto destinado para la elaboración del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2640-2010
TACNA

Expediente técnico para el mejoramiento de las carreteras así como el dinero destinado a dicha obra. **Sexto:** Es preciso señalar que el representante del Ministerio Público es titular de la acción penal y responsable de la carga de la prueba; pese a ello, no solicitó ni realizó las gestiones necesarias para poder efectuar las pericias convenientes a fin de acreditar la responsabilidad penal de los encausados, e incluso tomó como medio probatorio para formular su acusación el atestado policial antes aludido, sin advertir que éste en sus conclusiones señaló la falta de elementos para imputar tales hechos a los encausados, habiendo formulado su denuncia penal -véase fojas mil trescientos ochenta y nueve- sin solicitar pericia alguna o la actuación de algún medio de prueba que logre determinar la responsabilidad penal de los encausados; habiendo solicitado en su acusación fiscal la realización de una pericia contable; motivo por el cual en el auto de enjuiciamiento de fecha primero de agosto de dos mil ocho -fojas mil quinientos setenta y nueve- la Sala Superior resolvió sin lugar la designación de peritos, en razón que el Colegiado no realiza las labores de investigación propia de la instrucción y del Ministerio Público; máxime si el representante del Ministerio Público, se limitó a señalar las imputaciones sostenidas en su acusación escrita; sin mencionar la falta de valoración de alguna prueba por parte de la Sala Superior, ello, en virtud de que no existe medio probatorio alguno. En consecuencia, estando a la insuficiencia de pruebas durante el desarrollo del proceso, no se ha desvirtuado la presunción de inocencia que la Constitución Política del Estado reconoce a todo justiciable. Por estos fundamentos declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha diez de mayo de dos mil diez -fojas dos mil trescientos ochenta y cinco- que absolvió a Francisco Roberto Zuñiga Iriarte, Henry Antonio Cañari

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2640-2010
TACNA

Cañari, Luis Enrique Fredy Guzmán Pacheco, Hernán Wilfredo Eyzaguirre Valdez y José Luis Rivera Chicata, de la acusación fiscal por delito de Colusión desleal, en agravio del Estado – Gobierno Regional de Tacna; y, a Francisco Roberto Zuñiga Iriarte, Henry Antonio Cañari Cañari, Luis Enrique Fredy Guzmán Pacheco y Mario Martín Melendez Condori, de la acusación fiscal por delito de Peculado y Malversación de Fondos, en agravio del Estado – Gobierno Regional de Tacna, y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA