

PRESUPUESTO MATERIAL DEL RETIRO DE ACUSACIÓN

SUMILLA. En atención a la ausencia de –nueva prueba– que habilite el retiro de acusación fiscal, conforme a los presupuestos del artículo 274 del Código de Procedimientos Penales, el fiscal supremo ha dispuesto que se ejercite la acción penal y se mantenga la acusación contra los encausados, por el delito de peculado doloso agravado.

Por lo que, al ser una potestad conferida constitucionalmente y estar suficientemente motivada, lo que tiene correspondencia con una infracción a la motivación de las resoluciones judiciales pues la premisa afirmativa de haberse producido prueba nueva no tiene respaldo en una justificación externa respecto a lo que significa probatoriamente prueba nueva. En tal sentido, se ha incurrido en causal de nulidad, conforme a lo previsto en el artículo 298, numeral 1, del referido ordenamiento adjetivo y así se declara.

PECULADO CULPOSO

La fecha en que se habría producido los hechos, según la acusación fiscal, data del año 2003, realizado el cómputo correspondiente, se tiene que este prescribió a fines del 2018. Y siendo, que a la fecha ha transcurrido dieciocho años con cinco meses aproximadamente, la acción penal para el delito de peculado culposo, se ha extinguido por prescripción. Por lo tanto, resulta innecesario inmiscuirse en el *thema probandum*.

Lima, diecinueve mayo de dos mil veintiuno

VISTO: se pronuncia este Supremo Tribunal sobre el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil **PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN DESCENTRALIZADA DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUÁNUCO** contra el auto –Resolución N.º 87–, del 27 de diciembre de 2018, emitido por la Sala Mixta Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que declaró procedente el pedido del representante del Ministerio Público en audiencia de juicio oral, del 18 de diciembre de 2018, en consecuencia: téngase por retirada la acusación fiscal del Expediente N.º 1418-2005 (de p. 1296 al 1317) respecto a los encausados siguientes: **i)** Manuel Ricardo Guerrero Febres, Pablo Walter Meneses Jara y Pascuala Astete Espinoza, por el delito de colusión, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Huánuco; **ii)** Alicia Miluska Arratea Castro por el delito de peculado doloso agravado, en perjuicio del Estado; y, **iii)** James Armando Concha Caballero y Héctor Esteban Calderón Montejo, por el delito de peculado culposo, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Huánuco; así como retirada la acusación fiscal del Expediente N.º 1129-2006 (de p. 763 al 786), respecto a los encausados siguientes: Alicia Miluska Arratea Castro, Florentina Orlinda Fernández Ávila y Gladis Victoria Dueñas Alvarado, por el

delito de peculado doloso agravado, en perjuicio del Estado-Gobierno Regional de Huánuco; y dispusieron, su archivo definitivo.

De conformidad en parte con el fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL

El presente caso emerge del proceso de selección para la adquisición de bienes y servicios en la obra: “CANAL DE IRRIGACIÓN TANTAMAYO, II ETAPA”, periodo presupuestal *del uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil tres*, y el uso de los recursos presupuestados para dicha obra.

MEDIANTE LA ACUSACIÓN FISCAL EN EL EXPEDIENTE N.º 1418-2005 -P. 1296-, SE REALIZÓ LA SIGUIENTE IMPUTACIÓN:

A. RESPECTO AL DELITO DE COLUSIÓN AGRAVADA

1. Se atribuyó a los encausados *Manuel Ricardo Guerrero Febres y Pablo Walter Meneses Jara*, la autoría, mientras que a la encausada *Pascuala Astete Espinoza*, ser cómplice primaria, todos del delito de colusión desleal.

Los dos primeros, en calidad de integrantes del comité del proceso de selección para la adquisición de bienes en la citada obra, habrían favorecido a la última de las nombradas en dicho proceso, pese a que no reunía los requisitos para ser considerada como proveedora, además que su oferta superó el tope del valor referencial y no se observaron los lineamientos establecidos respecto a contrataciones y adquisiciones del Estado. Tampoco, elaboraron y presentaron el expediente del proceso de selección cuando fue requerido por el órgano de control del Gobierno Regional.

B. DELITO DE PECULADO DOLOSO

Se atribuyó a la encausada *Alicia Miluska Arratea Castro*, la autoría del delito de peculado agravado, dado que en su condición de ingeniera residente de obra, habría elaborado el Informe N.º 35-2003, del 17 de noviembre de 2003, donde informó al encausado CPC James Concha Caballero (gerente de la Oficina Regional de Huamalíes) que la proveedora de cemento había cumplido con la entrega de 1743 bolsas de cemento y consiguientemente procedía su pago, pese que en esa fecha la proveedora no había entregado la totalidad de las citadas bolsas de cemento.

Según el informe del órgano de control, se generó un faltante de 79 bolsas de cemento (dato que tampoco coincide con el expediente técnico, donde se hace referencia a un faltante de 85.84 bolsas) que equivale a S/ 1931,40 y existe un faltante de 278 m³ de hormigón, valorizado en S/ 19 384,00. Asimismo,

respecto a la recepción del hormigón, en el almacén de la obra se consignó el número de documento nacional de identidad, que le pertenece a Leoncio Ernesto Valle Condori, quien refirió no haber tenido vínculo con dicha obra, y también se habría consignado información falsa de los conductores y vehículos que presuntamente efectuaron el transporte del hormigón hasta la obra.

C. DELITO DE PECULADO CULPOSO

Se atribuyó a *James Armando Concha Caballero*, la autoría del delito de peculado culposo, dado que en su condición de director de la Oficina Regional de Huamalíes, se encontraba a cargo del control administrativo de la obra; sin embargo, no cumplió con fiscalizar o controlar el debido proceso de abastecimiento de los bienes para la construcción de la citada obra.

Asimismo, se atribuye al encausado *Héctor Esteban Calderón Montejo*, la autoría del delito de peculado culposo, toda vez que en su condición de supervisor de la citada obra, habría firmado las órdenes de compra N.ºs 838 y 2832, con los que se pagó a la proveedora del cemento Pascuala Astete Espinoza, pese a no haber cumplido con la entrega total de las bolsas de cemento, permitiendo que los caudales de la citada entidad agraviada, se destinen en provecho de dicha proveedora. Asimismo, en su condición de supervisor no informó sobre el faltante de las bolsas de cemento y hormigón en la citada obra y por haber refrendado el ingreso del hormigón al almacén de la obra a cargo de una persona que nunca trabajó en la obra y transportado por conductores y vehículos falsos.

MEDIANTE LA ACUSACIÓN FISCAL (ACUMULADA) DEL EXPEDIENTE N.º 1129-2006 –P. 763–, SE REALIZÓ LA SIGUIENTE IMPUTACIÓN:

D. DELITO DE PECULADO DOLOSO (PROCESO ACUMULADO)

Se atribuye a la acusada *Alicia Miluska Arratea Castro*, la autoría del delito de peculado doloso agravado, dado que en su condición de ingeniera residente de la citada obra, mediante Informe Especial N.º 17-2004-2-5339, se llegó a establecer una serie de irregularidades en el pago de planillas de salarios de los trabajadores, al haber emitido información de tarea de campo con datos falsos, tales como:

Primero, efectivizar el pago de trabajadores fantasmas, generando un desembolso de la agraviada, ascendente a S/ 4800,25, que no fue pagado a los trabajadores, como es el caso de Teodolfo Malqui Ortíz y Jesús Onofre Ramírez –quienes negaron haber laborado en dicha obra–, que en la práctica habría sido destinado en su provecho y la de sus coacusadas Florentina Orlinda Fernández Ávila (excajera del Gobierno Regional de Huánuco) y Gladis Victoria Dueñas Alvarado (extesorera del Gobierno Regional de Huánuco).

Segundo, el personal obrero de la citada obra, habría cobrado sus salarios en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2003, por montos inferiores a lo establecido en las planillas de pago –Eddie Egdímio, Cardich Guilen, Miguel Lucho Inga, Heile Onofre Cierto, Pio Gover Morales Mallqui, Inveción Chávez Acosta, Fortunato Onofre Ortíz, Noe Matos Onofre, Marco A. Suárez Mallqui, Elmer Suárez Ricas, Alipio A. Cueto Álvarez, Pablo Miguel López Ortíz, Federico Julio López Ortíz, Julián Huamán Cierto, Nicanor Falcón Melgarejo, Hitler Suárez Mallqui, Adamo Soto Martel, Gonzales Ramírez Espinosa y Juan Gualberto Mallqui Ortíz, quienes declararon no haber recibido las sumas indicadas en las planillas–, generando un faltante de S/ 16 139,99 del que también se habrían apropiado las citadas encausadas.

También, se atribuyó a Florentina Orlinda Fernández Ávila, en su condición de excajera del citado Gobierno Regional, la autoría del delito de peculado doloso agravado, cometido en el año 2003, por haber encargado sin autorización y conocimiento de su jefe inmediato, a su coacusada Alicia Miluska Arratea Castro, el dinero destinado para el pago de planillas del mes de octubre de 2003 –para que realice pagos pendientes a los obreros que no habían cobrado–, pese a que la custodia de dinero era de su responsabilidad, además guardó silencio absoluto sobre las irregularidades que se produjeron al momento del pago de los obreros, con lo cual se demostraría que no solo colaboró con el pago irregular, sino que también insertó en las planillas de pago, con sus coacusadas sumas de dinero por haberes superiores a los que realmente se pagaron a los obreros, ello con la única finalidad de apropiarse del monto restante.

Y finalmente, se imputa a Gladis Victoria Dueñas Alvarado –en su condición de extesorera del Gobierno Regional– la autoría del delito de peculado doloso agravado, en razón de no solo haber autorizado el pago irregular de planillas de salarios, sino que también actuó como pagadora de dichas planillas del mes de noviembre de 2003, y con sus coacusadas insertaron datos falsos en las planillas de pago y montos de pago superiores a los que realmente se pagaron a los trabajadores.

Las citadas acusadas dieron un destino personal al monto restante S/ 16 139,90, pese a que dicho monto estuvo destinado al pago de salarios de los obreros de la citada obra.

FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR

2. El Tribunal Superior, razonó que el examen del CPC Crisante Lihón Valverde y la CPC Maritza Orihuela Reyes, constituyen nuevo elemento probatorio actuado en el juicio que desvinculan a los acusados con los cargos, sobre la base de lo siguiente:

2.1. La acusación escrita se sustentó en lo siguiente:

- a) El Informe Especial N.º 17-2004, del 28 de febrero de 2005 –pp. 15 y 41 del Expediente 1129-2006–, realizado por el Órgano de Control

Institucional del Gobierno Regional de Huánuco, a través de una auditoría en la que participó el CPC Crisante Lihón Valverde y la CPC Maritza Orihuela Reyes, donde aparece: *Hecho uno*: las irregularidades en el pago de planillas de salarios de la obra; personal de la obra que cobró montos inferiores a lo consignado en las planillas con un faltante de S/ 16 139,99; y *hecho dos*: personal obrero que figura en planilla de pagos como pagados por un monto de S/ 4800,25 y según declaraciones estas no fueron cobradas por los titulares.

Asimismo, en la pericia contable del 15 de enero de 2007, suscrita por Orlando Berrospi Sevillano y Jorge Blanco Falcón –p. 545–, que concluyó que las irregularidades en el pago de planillas, desde los meses de septiembre a diciembre de 2003 y parte del 2004 ascienden a S/ 16 139,90.

b) El Informe Especial N.º 18-2004 –pp. 12 al 225–, emitido por el órgano regional de Huánuco, respecto al proceso de adquisición, señaló un faltante de 85.84 bolsas de cemento y 278 m³., de hormigón que no ingresó físicamente a la obra citada.

- 2.2. Los miembros de la comisión de auditoría responsables de los citados informes, han concurrido a juicio oral –sesión del treinta de noviembre de dos mil dieciocho–, y han explicado que no existe perjuicio patrimonial para la institución, dado que la obra: “Canal de Irrigación Tantamayo – II Etapa”, fue entregada y liquidada sin observaciones, cumpliéndose con las especificaciones materiales y financieras de la obra.
- 2.3. Desde esa perspectiva, ello constituye nueva prueba que excluye de la responsabilidad de los citados encausados, esto es, que el dinero de financiamiento haya sido utilizado para otros fines, y la comisión de auditoría se limitó a determinar las irregularidades en el proceso de entrega de bienes por parte de la proveedora y el pago a los trabajadores de la obra, que tienen carácter administrativo.
- 2.4. Y en relación al delito de colusión desleal, respecto al valor referencial de las bolsas de cemento, el incremento de precios se justificó por el traslado del cemento hasta el lugar donde se desarrollaba la obra, esto es el distrito de Tantamayo, por haberse considerado en las bases como lugar de entrega la ciudad de Llata, requerimientos que fueron efectuados por las propias empresas postoras y es la razón, por la que las cuatro empresas participantes realizan sus proposiciones con el valor referencial integrado por el comité de adquisiciones.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

3. La Procuraduría Pública, interpuso recurso de nulidad y lo fundamentó –p. 2664–. Solicita se declare nulo el auto impugnado y se lleve a cabo nuevo juicio oral. Alegó los motivos siguientes:

- 3.1. Infracción a la motivación de las resoluciones judiciales. La Sala Superior no realizó una debida apreciación de los hechos, ni ha compulsado la nueva prueba que sustenta su decisión, conforme a las exigencias del retiro de acusación, el examen de CPC Crisante Lihón Valverde y la CPC Maritza Orihuela Reyes, lo que no constituye nueva prueba para desvirtuar los cargos atribuidos a los encausados.
- 3.2. Falta de motivación respecto a la conducta atribuida a la encausada Alicia Miluska Arratea Castro, por haber elaborado el Informe N.º 35-2003, en su condición de ingeniera residente de obra, donde informó al encausado James Concha Caballero que la proveedora habría cumplido con la entrega de 1743 bolsas de cemento, y proceder a su pago, pese a que existía un faltante.
- 3.3. Tampoco, se pronunció respecto a los cargos atribuidos a la citada encausada Arratea Castro, por haber efectivizado el trámite para el pago de trabajadores fantasmas, generando un desembolso por parte de la entidad agraviada hasta por la suma de S/ 4800, que no fue pagado a los trabajadores sino habría sido destinado para su provecho y el de sus coacusadas.
- 3.4. Y respecto a los hechos atribuidos a la encausada Florentina Fernández Ávila, de haber encargado –sin autorización y conocimiento de su jefe inmediato– a su coacusada Arratea Castro, el dinero destinado al pago de planillas del mes de diciembre de dos mil tres, pese a que la custodia de dinero era de su responsabilidad, y respecto a la encausada Gladis Victoria Dueñas Alvarado que autorizó el pago irregular de los salarios del mes de noviembre de 2003.

CALIFICACIÓN DEL DELITO

4. El delito de colusión, tipificado en el artículo 384 del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 26713, del 27 de diciembre de 1996, sanciona al agente 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 del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

5. Respecto, al bien jurídico protegido en el delito de colusión, este Supremo Tribunal, en el Recurso de Nulidad N.º 207-2019/Loreto, ha establecido que,

es plurisubjetivo, en ese sentido, pretende tutelar la Administración Pública en un doble aspecto: el correcto funcionamiento de su actividad patrimonial, así como, el mantenimiento de su neutralidad y eficacia entre los administrados (concretizado en la transparencia y publicidad de la contratación de entes públicos). De esa manera, mediante la tipificación del tipo de colusión se prohíbe que el funcionario público aparezca en una contratación pública e infrinja su deber de imparcialidad, a partir de proceder indebidamente con un doble e incompatible papel: actuando como funcionario con la obligación de defender los intereses de la Administración, y a la vez interviniendo como particular con intereses privados encontrados con los públicos y que, lógicamente, no puede menos que pretender que prevalezca sobre estos últimos.

6. El delito de peculado doloso y culposo, está tipificado en el artículo 387 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 26198, del trece de junio de mil novecientos noventa y tres, y sanciona al agente que, en su condición especial de:

[...] El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

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

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

7. El Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del 30 de septiembre de 2005, señala que el bien jurídico protegido: “[...] se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección legal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

8. Examinará esta Suprema Corte el auto de mérito, conforme con lo prescrito por el artículo 300, numeral 1, del Código de Procedimientos Penales, vinculado al principio de impugnación limitada que fija los límites de revisión por este Supremo Tribunal; en cuya virtud, se reduce el ámbito de la resolución únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido, las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada.

9. El motivo de impugnación descrito en el numeral 3.1., en lo central está vinculado a los motivos 3.2., 3.3., y 3.4. Reclama infracción a la motivación de las resoluciones judiciales, porque el examen de los CPC Crisante Lihón Valverde y Maritza Orihuela Reyes en juicio oral –quienes explicaron que la obra fue entregada sin observaciones–, no constituyen medios de prueba, que modifiquen la condición jurídica de los encausados.

Por ello, corresponde analizar en forma conjunta los motivos para verificar la racionalidad del razonamiento de la Sala de Mérito, o si por el contrario, se ha incurrido en nulidad insalvable que lesiona el interés legítimo de la recurrente (parte civil).

10. El proceso penal se determina en base al principio acusatorio; es decir, la acción penal la ejerce el Ministerio Público, cuando se traten de delitos de acción pública. Así, el Código de Procedimientos Penales, en el artículo 274, prevé lo siguiente: “El fiscal puede retirar la acusación. Se requiere para ello que se hayan producido en la audiencia nuevas pruebas modificatorias de la condición jurídica anteriormente apreciada. Las razones que la motivan deben presentarse en sus conclusiones escritas”. Es decir, el retiro de acusación fiscal, está sometido a presupuestos materiales legalmente establecidos.

11. Por su parte, el artículo 275 del referido ordenamiento procesal penal, prevé que el órgano jurisdiccional tiene la potestad de realizar un control jurídico del retiro de acusación y, como tal, está autorizado incluso a ampliar el plazo de la instrucción (disponer una instrucción complementaria) o que pasen los autos a otro fiscal para que formule acusación.

Tales supuestos establecen, por un lado, una excepción al principio acusatorio bajo el respeto de la garantía de tutela jurisdiccional y del control jurídico que corresponde realizar al órgano judicial, y, por otro, sin ordenar al fiscal que acuse, posibilita que otro fiscal se pronuncie al respecto.

12. En el caso, mediante escrito formulado por el representante de la Primera Fiscalía Superior Penal de Huánuco –p.2631– formuló el retiro de acusación, sobre lo siguiente:

12.1. La acusación fiscal contra los encausados se basó en los Informes Especiales N.ºs 17-2004 y 18-2004, realizado por el órgano de control institucional del Gobierno Regional de Huánuco, a través de una auditoría por los CPC Crisante Lilión Valverde y Maritza Orihuela Reyes, porque los integrantes del Comité de adquisiciones, no tuvieron a la vista la documentación del proceso de selección, pese a habérselas requerido en las instancias administrativas y en virtud de las cuales se efectúan observaciones.

12.2. Los miembros de la comisión de auditoría, responsables de los citados informes han concurrido a juicio oral, y al ser examinados han expuesto que al haber sido entregada la obra, y liquidada sin observaciones, se ha cumplido con las especificaciones materiales y financieras de la obra, lo que excluye de responsabilidad a los recurrentes, respecto a que el uso de financiamiento haya sido utilizado para otros fines, así como las irregularidades en el proceso de entrega de bienes por parte de la proveedora y el pago a los trabajadores de la obra, tienen carácter administrativo y las acciones legales con competencia de otra instancia.

12.3. Y respecto al delito de colusión desleal, se adjuntó documentación respecto al proceso de selección de las bolsas de cemento, se justificó el incremento de precios por el traslado del cemento hasta el lugar donde se desarrollaba la obra, esto es, el distrito de Tantomayo, al considerarse en las bases como lugar de entrega la ciudad de Lata, conforme a los requerimientos efectuados por las propias empresas postoras y esa es la razón, por la que las cuatro empresas participantes realizan sus proposiciones con el valor referencial integrado por el Comité de adquisiciones.

13. Luego, el titular de la acción penal formuló el retiro de acusación en el plenario, y con la intervención de las partes, en la sesión del 27 de diciembre de 2018 –p. 2650– el Tribunal Superior, emitió el auto cuestionado, y amparó los argumentos expuestos por el titular de la acción penal, resaltando la vigencia del principio acusatorio.

14. Veamos, esta nueva prueba no tiene apoyo fáctico, si tenemos en cuenta que los citados CPC Crisante Lihón Valverde y Maritza Orihuela Reyes, suscribieron los Informes Especiales N.º 17-2004 y 18-2004 –que justamente fueron la fuente incriminatoria que dio inicio a las investigaciones– y en los que concluyeron en la existencia de irregularidades en el proceso de selección y adquisición antes descritas.

15. Ahora, del expediente acumulado N.º 1129-2006, la auditora Orihuela Reyes –p. 1216–, en el juicio oral, sesiones del 8 de julio y 30 de noviembre de 2009, se ratificó en el citado Informe N.º 017-2004, y pese a que dicha fecha la obra –según se refiere– ya había sido concluida. Luego, en el plenario, sesión del 30 de noviembre de 2018, ambos se ratificaron en el Informe N.º 17-2004 –sin hacer referencia al Informe N.º 18-2004–, explicando claramente el auditor Valverde Constante, como “apreciación”, que como auditores elaboran los fundamentos de hecho y acciones administrativas que los servidores han transgredido u omitido, mientras que la auditora Orihuela Reyes, explicó que la obra fue entregada y al no haber observaciones no hay perjuicio al Estado, siendo que las irregularidades en el proceso de selección y en las planillas de pago no constituyen delito, solo tienen carácter administrativo.

16. En contexto analizamos que precisamente la nueva prueba que sustentó la decisión del Tribunal Superior, es el examen de los citados contadores públicos colegiados, auditores del órgano de control institucional del Gobierno Regional de Huánuco, quienes en el plenario, señalaron que la obra fue entregada sin observaciones y las irregularidades cometidas en el proceso de selección, así como el pago de los trabajadores tienen naturaleza administrativa y no penal.

17. Así, respecto al delito de colusión, atribuido a los acusados *Manuel Ricardo Guerrero Febres, Pablo Walter Meneses Jara*, y la encausada *Pascuala Astete Espinoza (cómplice primaria)*, por los hechos descritos en el numeral uno del literal A, de la presente resolución suprema.

Para el retiro de la acusación por dicho delito, la prueba nueva debe estar orientada a modificar la situación jurídica de las nombradas y que desvirtúen la presunta concertación –acuerdo colusorio– entre los encausados Guerrero Febres y Meneses Jara con su coacusada Pascuala Astete Espinoza en el procedimiento de adquisición o proceso de selección en el que se le otorgó la buena pro, como son, que no reunía los requisitos como proveedora, su oferta superó el valor referencial, y no se observaron los lineamientos de contratación, entre otros, que en el caso no ocurrió.

18. Entonces, el examen de los CPC Crisante Lihón Valverde y Maritza Orihuela Reyes, no constituyen prueba nueva para sustentar el retiro de acusación por el citado delito, pues como se ha analizado, lo explicado por ambos auditores, era sobre un informe que ya existía en el proceso, y si bien los suscribientes del mismo fueron a plenario, ellos no son los competentes para seleccionar si una conducta de un procesado tiene contenido penal o administrativo, esto es competencia exclusiva del juez.

19. Ahora, en cuanto a los hechos atribuidos a la encausada *Alicia Miluska Arratea Castro, Florentina Orlinda Fernández Ávila y Gladis Victoria Dueñas Alvarado*, por el delito de peculado doloso agravado, por los hechos descritos en los fundamentos B y D de la presente ejecutoria, se sustentan en dos supuestos: **i)** el faltante de bolsas de cemento y 278 m³ de hormigón (Expediente N.º 4180-2005) contenido en el Informe Especial N.º 18-2004; y, **ii.** el pago a trabajadores fantasmas, y abono por montos inferiores a los consignados en las planillas a los trabajadores en la obra (Expediente acumulado N.º 1129-2006), conforme al Informe Especial N.º 17-2004.

20. Aquí, opera similar situación que la anterior, la nueva prueba propuesta por el Ministerio Público, tampoco está orientada a desvirtuar los supuestos antes descritos, menos aún acreditan que éstas solo constituyen irregularidades de carácter administrativo, conforme consta en los Informes Especiales N.ºs 17-2004 y 18-2004. Tampoco, acreditan que sí se realizó la entrega de los materiales consignados como faltantes (78 bolsas de cemento y 278 m³ de

hormigón), ni desvirtúan la versión del testigo Leoncio Ernesto Valle Condori –p.598–, quien declaró no haber laborado en la obra y no tiene vinculación alguna y pese a ello fue consignado como almacenero, y es quien aparece que habría dado la conformidad de la entrega del hormigón.

21. Sucede lo mismo respecto a la autenticidad de los vehículos y conductores que presuntamente hicieron el acopio del material, como son los vehículos camiones de placa de rodaje WM 8787 (que supuestamente entregó 39 m³ de hormigón), WD 3800 (que supuestamente entregó 50 m³ de hormigón), que no coinciden con el nombre del chofer Saul Castillo, quien firma las actas de entrega, y del camión de placa WM 3090, que en su momento se determinó que estos materiales no habrían sido entregados, en un total de 278 m³, y pese a ello, la encausada Miluska Arratea Castro, informó que sí habían sido entregados en su totalidad, con lo que se procedió a su pago.

22. Del mismo modo, se advierte en el caso de los hechos atribuidos a la encausada Alicia Miluska Arratea, Florentina Orlinda Fernández Ávila y Gladis Dueñas Alvarado, basados en el Informe Especial N.º 17-2004, que concluyó en que se habría incurrido en el pago de los trabajadores fantasmas y que el personal obrero cobró montos inferiores a los consignados en las planillas (Expediente N.º 1129-2006) con una diferencia de S/ 16 139,99.

23. Todo lo dicho hasta acá y la valoración que hace la Sala de instancia de la prueba nueva propuesta por el Ministerio Público no tienen tal cualidad, muy por el contrario debe solicitarse otra prueba que desvirtúe las citadas irregularidades consignadas en el citado informe; que rompe el principio de tercero excluido. Pues tal informe sirvió para sostener la acusación fiscal y a la vez el Ministerio Público le niega tal calidad, lo califica como nueva prueba para apoyar un retiro de acusación fiscal. Desde esa perspectiva no se incorpora nueva prueba desde el marco probatorio para rebatir los informes antes descritos, esto es, respecto a las planillas del mes de octubre, tres obreros no cobraron, y otros cinco si cobraron un monto de S/ 1840, pero no figuraban en planillas, verificándose una diferencia de S/ 1329,92. Y, en el mes de noviembre cuatro obreros, manifestaron que no laboraron en la obra, pero sus nombres y apellidos figuraban en las planillas y dieciséis obreros, declararon que sí laboraron pero cobraron sumas inferiores a las consignadas en las planillas, con un faltante de S/ 2366,80.

24. En esa misma línea, es necesario también ratificar o desvirtuar respecto a los pagos que habrían sido realizados en octubre de dos mil tres por Orlinda Fernández Ávila y Alicia Miluska Arratea Castro. Luego, en noviembre de dos mil tres, por Orlinda Fernández Ávila y Gladis Dueñas Alvarado, y en diciembre del mismo año, por Orlinda Fernández Ávila.

25. Tampoco, el nuevo elemento de prueba desvirtuaría que efectivamente los trabajadores Teodolfo Mallqui Ortíz, y Jesús Onofre Ramírez, no eran

trabajadores “fantasmas”, ni que no cobraron la suma de S/ 2341,73 y S/ 4458,54, respectivamente, en los meses de noviembre y diciembre de 2003, menos aún que desvirtúen lo alegado por los citados –quienes señalaron que entregaron sus documentos al maestro de obras Nery Dueñas Alvarado pero no les dieron el trabajo–, más aún si la encausada Miluska Arratea Castro, declaró que el dinero recibido por dicho concepto, fue pagado a otros trabajadores sin elemento probatorio que la respalde.

26. Con base en lo anterior, tampoco se desvirtúan lo alegado por los trabajadores Marco Antonio Suárez Mallqui, Pio Gover Morales Mallqui, Nicanor Falcón Melgarejo, Pedro Miguel Aguirre Loarte, Julián Huamán Cierto, Fortunato Onofre Ortíz, Pablo Miquier López Ortíz, Federico Julio López Ortíz, Juan Hualberto Mallqui Ortíz, Haili Onofre Cierto, Gonzalo Ramírez Espinoza, Elmer Suárez Rimas, Noe Matos Onofre, en sus respectivas declaraciones de páginas 312, 322, 326, 391, 434, 438, 441, 443, 446, 466, 469, 492, 503 (todas del Expediente N.º 1129-2006), corroborarían las observaciones descritas en el citado informe.

27. Entonces, el reclamo de la parte civil, que cuestiona la nueva prueba propuesta por el titular de la acción penal –examen de los CPC Crisante Lihón Valverde y Maritza Orihuela Reyes, quienes explicaron que la obra fue entregada sin observaciones– debe ser amparado, pues la referida no constituyen medio de prueba que modifiquen la condición jurídica de los encausados, como presupuesto material para el retiro de acusación, ya que como se analizó, no está vinculada a los hechos atribuidos a los encausados.

28. Es de enfatizar que el Ministerio Público es el titular de la acción penal y, como tal, decide si formaliza o no su pretensión punitiva, coherente con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, este es un cuerpo jerárquicamente organizado y sus magistrados están sujetos a las instrucciones que puedan impartir sus superiores.

29. En consecuencia, en atención a la ausencia de –nueva prueba– que habilite el retiro de acusación fiscal, conforme a los presupuestos del artículo 274 del Código de Procedimientos Penales, el fiscal supremo ha dispuesto que se ejercite la acción penal y se mantenga la acusación contra los encausados Manuel Ricardo Guerrero Febres, Pablo Walter Meneses Jara y Pascuala Astete Espinoza, por el delito de colusión, en agravio del Estado. Asimismo, respecto a las encausadas Alicia Miluska Arratea Castro, Florentina Orlinda Fernández Ávila y Gladis Victoria Dueñas Alvarado, por el delito de peculado doloso agravado.

Por lo que, al ser una potestad conferida constitucionalmente y estar suficientemente motivada, lo que tiene correspondencia con una infracción a la motivación de las resoluciones judiciales pues la premisa afirmativa de haberse producido prueba nueva no tiene respaldo en una justificación externa

respecto a lo que significa probatoriamente prueba nueva. En tal sentido, se ha incurrido en causal de nulidad, conforme a lo previsto en el artículo 298, numeral 1, del referido ordenamiento adjetivo y así se declara.

30. Por otro lado, con relación a los encausados James Armando Concha Caballero y Héctor Esteban Calderón Montejo, como se ha señalado en el fundamento uno de la presente resolución, se les atribuye el delito de peculado culposo, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Huánuco. En ese sentido, corresponde analizar si la acción penal está vigente.

31. La prescripción es una institución que limita el poder punitivo del Estado. Si bien extingue la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos, su fundamento “radica más en razones de seguridad jurídica que en consideraciones de justicia material” [MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN: *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, 8º Edición, Valencia, 2010, p. 404]. Es el propio Estado el que se va a ver privado de perseguir a un sujeto por haber quedado extinguida la responsabilidad penal. “Lo que se prescribe no es la acción penal para perseguir el delito, sino el delito mismo” [SSTC español 63/2005, de 14 de marzo].

32. En el Perú, la prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional. Está vinculada con el contenido del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso. Es una institución inspirada en el principio *pro homine*. La ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva. Esta finalidad se sustenta en la necesidad de que, pasado cierto tiempo, “se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica” [STC 02407-2011-PHC/TC, F.J. 2]. Constituye una frontera del derecho penal material, en tanto “el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes” [Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116].

33. El instituto en mención se encuentra ligado al tipo de pena, a la gravedad del hecho y, en algunos casos, a las características particulares del sujeto agente, como cuando concurre la responsabilidad restringida. Los artículos ochenta y ochenta y tres del Código Penal peruano, establecen los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria, respectivamente. La prescripción ordinaria opera en un tiempo igual al máximo de la pena conminada, si es privativa de la libertad, mientras que la extraordinaria opera en un tiempo igual que la prescripción ordinaria más la mitad de ese mismo plazo.

34. Es así que una de las garantías de la Administración de Justicia, contempladas en el numeral tres, del artículo ciento treinta y nueve, de nuestra Carta Política, es el debido proceso, que implica el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa

pueda tramitarse y resolverse en justicia. Así, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público, que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos; esto es, que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales, debe respetar el debido proceso legal, a fin de que el desarrollo del proceso no afecte su tramitación, caso contrario se convertiría en uno irregular, y consecuentemente acarrearía su nulidad.

35. Así, los órganos jurisdiccionales llamados a expedir sentencia o resoluciones que pongan fin al proceso o, en su caso, las instancias encargadas de revisarlas, antes de emitir el pronunciamiento que corresponda deben observar no solo las omisiones o defectos en que se hayan incurrido, sino sobre todo verificar la vigencia o no de la acción penal incoada, con el propósito de determinar si está habilitado para, en este caso, absolver o no los motivos expuestos en el recurso impugnatorio.

36. Dicho esto, como se ha señalado en el fundamento 6, último párrafo, de la presente resolución suprema, se le imputó a los citados James Armando Concha Caballero y Héctor Esteban Calderón Montejo, el ilícito penal de peculado culposo, que prevé una pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 5 años.

37. Sucede que en el caso, la prescripción de la acción penal en su plazo ordinario, prescrito en el artículo 80 del Código Penal, es la pena máxima de cinco años y el plazo extraordinario, prescrito en la parte final del artículo 83 del referido cuerpo legal, es la suma de aquel plazo ordinario más la mitad, sería siete años y seis meses, plazo que es duplicado, conforme a lo prescrito en el artículo 80, última parte del código sustantivo, concordante con el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-117, del 6 de diciembre de 2011. Así, el plazo de prescripción opera a los 15 años.

38. En esa línea, siendo que la fecha en que se habría producido los hechos, según la acusación fiscal, data del año 2003, realizado el cómputo correspondiente, se tiene que este prescribió a fines del 2018. Y siendo, que a la fecha ha transcurrido dieciocho años con cinco meses aproximadamente, la acción penal para el delito de peculado culposo, se ha extinguido por prescripción. Por lo tanto, resulta innecesario inmiscuirse en el *thema probandum*.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, acordaron:

- I. Declarar **HABER NULIDAD** en el auto –Resolución N.º 87–, del 27 de diciembre de 2018, emitido por la Sala Mixta Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, en el extremo, que declaró procedente el

pedido del representante del Ministerio Público en el juicio oral, del 18 de diciembre de 2018, en consecuencia: téngase por retirada la acusación fiscal, formulada contra los citados encausados: **i)** Manuel Ricardo Guerrero Febres, Pablo Walter Meneses Jara y Pascuala Astete Espinoza, por el delito de colusión, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Huánuco; **ii)** Alicia Miluska Arratea Castro, por el delito de peculado doloso agravado, en perjuicio del Estado; y Alicia Miluska Arratea Castro, Florentina Orlinda Fernández Ávila y Gladis Victoria Dueñas Alvarado, por el delito de peculado doloso agravado, en perjuicio del Estado-Gobierno Regional de Huánuco; y, **REFORMÁNDOLA:** declararon improcedente el retiro de acusación.

II. ORDENAR que continúe la causa conforme a su estado, procediéndose a realizar un nuevo juicio oral por otro Colegiado, con remisión de las actuaciones al Tribunal de origen.

III. DECLARAR de oficio, **EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN**, a favor de los encausados James Armando Concha Caballero y Héctor Esteban Calderón Montejo, por el delito de peculado culposo, en agravio del Estado-Gobierno Regional de Huánuco; y, **MANDARON** archivar definitivamente el proceso en dicho extremo, así como la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso, en este último extremo. Se haga saber.

Intervinieron los jueces supremos Bermejo Ríos y Carbajal Chávez, por licencia del juez supremo Prado Saldarriaga e impedimento del juez supremo Guerrero López respectivamente.

S. S.

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

BERMEJO RÍOS

CARBAJAL CHÁVEZ

IEPH/mrce