



Suficiencia probatoria

Sumilla. Cuando las pruebas de cargo obrantes en un determinado proceso penal tengan entidad suficiente para enervar la presunción de inocencia, se debe establecer la responsabilidad penal en contra del encausado.

Lima, dieciocho de abril de dos mil dieciocho

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por la defensa técnica de los procesados ILIA LUCILA ABARCA PAREDES, ELIZABETH JULISSA VÁSQUEZ ZÁRATE, MANUEL APARICIO RAFAILE HUAMAYALLI Y TONNY MELVIN VIVAR ÁLVAREZ, contra la sentencia del tres de julio de dos mil diecisiete (foja tres mil seiscientos cuatro), en los extremos que: **1.** Condenaron a MANUEL APARICIO RAFAILE HUAMAYALLI y TONNY MELVIN VIVAR ÁLVAREZ como coautores del delito de colusión, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pallasca, e impuso al primero seis años de pena privativa de libertad efectiva; mientras que, al segundo, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva. **2.** Reservaron el proceso contra FRANCISCO DAVID YZAGUIRRE GONZALES, ELIZABETH JULISSA VÁSQUEZ ZÁRATE E ILIA LUCÍA ABARCA PAREDES, por la presunta comisión del delito de colusión, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pallasca. Con el informe oral.

Intervino como ponente el juez supremo QUINTANILLA CHACÓN.

CONSIDERANDO

PRIMERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

Conforme se desprende de la acusación fiscal (folio mil seiscientos cincuenta y uno), en los extremos impugnados se atribuye a los funcionarios de la Municipalidad Distrital de Pallasca, provincia de Pallasca, en el departamento y región Áncash, Manuel Aparicio Rafaile Huamayalli (alcalde distrital desde enero de dos mil siete hasta julio de dos mil nueve) y Tonny Melvin Vivar Álvarez (tesorero), ser autores del delito de colusión. Se tiene que estos concertaron con sus cómplices primarios Wilfredo Julio Huaylilinos



Vela, Elizabeth Julissa Vásquez Zárate e Iliá Lucila Abarca Paredes (como proveedores y representantes de la empresa Equipamiento Municipal del Perú S. A. C.), para defraudar a la entidad edil en la adquisición del camión volquete marca HINO (modelo FM26 6 x 4 año 2007), emitiendo el cheque respectivo del once de setiembre de dos mil siete por la suma de S/ 412 128,00, del cual el valor real en el mercado (camión y tolva) es de S/ 247 707,00. Asimismo, para la adquisición del cargador frontal LDS 936, motor CAT 3306 de 124 HP, que fue cancelado con cheque N.º 31762643, del veintiuno de setiembre de dos mil siete, por la suma de S/ 486 400,00, monto superior a su valor real en el mercado, en la suma aproximada de S/ 252 949,20.

Con tal propósito, durante el proceso de selección que prevé la Ley de Contratación y Adquisición del Estado (Decreto Supremo N.º 083-2004-PCM) y su reglamento, en la adquisición de las maquinarias pesadas efectuada a la empresa Equipamiento Municipal del Perú S. A. C., los funcionarios incurrieron en diversas irregularidades, ya que no se tuvo en cuenta que las exoneraciones por situación de emergencia solo eximen a las entidades públicas de la realización de la fase de selección (se faculta la contratación directa), por lo que resulta necesaria la realización de los actos preparatorios (determinación de las especificaciones técnicas y el valor referencial, etc.) y de ejecución contractual (presentación de garantías, constancias de no estar inhabilitado, etc.).

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

2.1. La defensa de la encausada ausente **Iliá Lucila Abarca Paredes**, al fundamentar su recurso de nulidad (foja 3682), sostiene que vía integración de la sentencia impugnada se debe resolver la pretensión que plantea en su teoría del caso, pues pese a existir suficiente actividad probatoria no se ha resuelto la teoría fiscal por el delito de colusión, omisión que le ocasiona agravio debido a que pesan, contra ella,



medidas cautelares que atentan contra su derecho a la libertad ambulatoria y personal. Acota que: **a)** La conducta no se adecúa a los presupuestos del delito de colusión, pues en su calidad de subgerente de la empresa Equipamiento Municipales del Perú S. A. C., solo cumplió un acto funcional en ausencia del gerente titular ya que no estaba a cargo de ese proyecto ni conocía a los compradores. **b)** No se precisaron los actos constitutivos de colusión, ni las conductas ilícitas de la procesada en ausencia. **c)** Se debe amparar la excepción de naturaleza de acción, por cuanto de autos se advierte que no tuvo intención de defraudar al Estado en el proceso previo a la contratación. **d)** En los delitos cometidos en o mediante sociedades, se debe apreciar la responsabilidad personal de cada uno y no de todos los socios, más aún la recurrente no habría tenido tratativas de preventa ni ha concertado precios, menos conoce a los funcionarios; tampoco habría participado en la redacción de documentos. **e)** La Fiscalía no precisó su presunto aporte en el negocio ilícito, ni determinó en qué momento se dio la supuesta concertación ilegal, tampoco precisó el grado de participación, la forma, modo y las circunstancias.

2.2. La defensa técnica de la acusada **Elizabeth Julissa Vásquez Zárate**, al fundamentar su recurso de nulidad (foja 3700), plantea que se integre la sentencia, se absuelva a su patrocinada y se dejen sin efecto las medidas restrictivas de libertad que pesan en su contra, por lo siguiente: **a)** Pese a la suficiente actividad probatoria no se probó su participación en el hecho ni se ha resuelto su situación jurídica como en el caso del coacusado Wilfredo Julio Huaylinos Vela, a quien se le comprendió por similares circunstancias y se le dictó sentencia absolutoria. **b)** No se consideró que el procesado Huaylinos Vela y la recurrente solo han sido socios fundadores de la empresa Equipamiento Municipal del Perú S. A. C., y que intervinieron en actos de colusión, pero solo se absolvió a Huaylinos Vela mas no a la recurrente. **c)** Su conducta no se adecúa a los presupuestos



del tipo penal. **d)** No existe evidencia de que, siendo socia minoritaria de la empresa proveedora, haya negociado la venta y adjudicado las maquinarias pesadas, puntualizando que no conoce al alcalde ni a los funcionarios que participaron en la transacción comercial.

2.3. Por su parte, la defensa del sentenciado **Manuel Aparicio Rafaile Huamayalli**, al fundamentar su recurso de nulidad (foja 3711), alega inocencia y afirma lo siguiente: **a)** Como alcalde no ha negociado las compras de las maquinas, pero es posible haber cometido negligencia. **b)** No existe algún elemento probatorio o indicio que demuestre acto de concertación dolosa con los representantes de la empresa proveedora. **c)** No motivó convenientemente la sentencia pues esta no explica cuáles serían los actos de concertación ilegal en la compra de los vehículos descritos. **d)** No es suficiente la pericia contable para sustentar la sobrevaloración en la compra de las máquinas. **e)** No se consideró que la compra se efectuó cuando se encontraba en situación de emergencia el distrito de Pallasca y el recurrente, como alcalde, no votó en el Acuerdo de Concejo N.º 028-MDP-2007, que aprobó la declaración de emergencia del distrito; solo ejecutó dicho acuerdo. **f)** El informe pericial contable no es prueba idónea para acreditar el delito de colusión. **g)** Los presuntos actos administrativos irregulares no tienen connotación penal por no ser dolosos. **h)** Sin perjuicio de lo expuesto, solicita la reducción de su pena por debajo de cuatro años y en forma suspendida, conforme lo prevé el artículo 22 del Código Penal, por tener más de sesenta y cinco años de edad al momento de ocurridos los presuntos hechos delictivos; como sucedió en la declaración de prescripción de la acción por falsedad ideológica en la que se aplicó responsabilidad restringida por la edad.

2.4. De igual modo, la defensa técnica del sentenciado **Tonny Melvin Vivar Álvarez**, al fundamentar su recurso de nulidad (foja 3746), sostuvo que: **a)** La impugnada no acreditó los actos de colusión del recurrente con los proveedores en la venta de las maquinarias. **b)** Conforme señala la Sala



Penal, el recurrente acudió a la oficina de la empresa bajo amenaza del acusado Rafaile Huamayalli; en tal sentido, no podría haber concertación de voluntades con el fin de defraudar al Estado, cuando se está bajo el cumplimiento de un deber. **c)** No se describe la forma cómo se habría producido el acuerdo ilegal con el proveedor, ya que en la misma sentencia se advierte que quien aprobó las compras de los vehículos fue el coacusado Rafaile Huamayalli. **d)** En cuanto a la pena sostiene que se ha llevado a cabo una errónea determinación, pues se debió considerar el primer tercio de la pena prevista. Si bien se ha optado por una pena efectiva, sin embargo, es factible aplicarle lo previsto en el artículo 57 del Código Penal.

TERCERO. PRESUPUESTOS A TENER EN CUENTA EN EL CONTEXTO DE UN DEBIDO PROCESO

3.1. La prueba es aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso¹.

a. De este concepto, se puede advertir que en un proceso penal no se busca probar el hecho o un acontecimiento, pues esto ya existe en la realidad del mundo exterior, por lo que no requieren ser probados².

b. En el proceso penal, los hechos no constituyen el objeto material sobre el cual va a recaer la actividad probatoria para pretender obtener la convicción judicial, sino simplemente se caracterizan en ser "fenómenos exteriores ya acontecidos"³ y, a decir de Asencio Mellado⁴, no son presenciados por el juez; por tanto, no pueden ser susceptibles de volver a acaecer; entonces, el objeto de la prueba

¹ GIMENO SENDRA. *Fundamentos del derecho procesal penal*. Madrid: Civitas, 1981, p. 214.

² SERRA DOMÍNGUEZ. "Contribución al estudio de la prueba". En *Estudios de derecho procesal*. Barcelona, 1969, p. 359.

³ GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981, p. 214.

⁴ En: *La prueba prohibida y la prueba preconstituida en el proceso penal*. Lima: INPECCP, 2008, p. 2. En esta misma línea: GIMENO SENDRA, V., p. 214; SENTIS MELENDO, S., *Valoración de la prueba*, "R. D. Proc. ib-filip", n.ºs 2-3, 1976, p. 288; SERRA DOMÍNGUEZ, M., p. 359.



está determinado por las afirmaciones que respecto de tales hechos realizan las partes; esto significa que con la prueba se pretende lograr una convicción judicial acerca de la exactitud de una afirmación de hecho.

3.2. La presunción de inocencia⁵, como principio o garantía básica del proceso penal, forma parte de la conciencia universal acerca del valor de la persona⁶, y alude a que por imperio constitucional nadie va a ser reconocido o declarado como culpable y responsable de un hecho social de repudio penal (delito), si no existe una sentencia judicial que lo reconozca o declare así, para esto se debe haber desarrollado un proceso judicial y, dentro de este, un juicio; en ello reside la construcción de la culpabilidad. Esto significa que solo la sentencia judicial tiene la virtud de declarar la culpabilidad jurídicamente construida, afirmación que implica la adquisición de un grado de certeza.

ANÁLISIS DEL PRESENTE CASO

CUARTO. EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE MANUEL APARICIO RAFAILE HUAMAYALLI

4.1. El encausado Manuel Aparicio Rafaile Huamayalli, al fundamentar su recurso de nulidad, sostiene, en puridad, como tesis central de su defensa, una versión exculpatoria, cuyo principal argumento se funda en el hecho de que no concertó ni negoció con los representantes de la empresa proveedora (Equipamiento Municipal del Perú S. A. C.) en la compra de la maquinaria pesada (camión volquete marca HINO, modelo FM26 y el cargador frontal LDS 936, motor CAT 3306, por las sumas de S/ 412 128,00 y S/ 486 400,00,

⁵ Esta figura también es conocida con las posturas: "un estatus de inocencia", "una presunción de inocencia" o un "derecho a ser tratado como inocente". No obstante, todas estas posturas son perfectamente conciliables y no difieren en sus efectos prácticos. BOVINO, Alberto. "El principio de inocencia". En: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 130.

⁶ BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Tomo I. San José, C. R.: Editorial Jurídica Continental, 2014, p. 122.



respectivamente) y que la pericia contable que obra en autos no es suficiente para sustentar una sobrevalorización.

4.2. Ante dichas alegaciones, llevado a cabo el estudio de los presentes actuados (caudal probatorio), se advierte que la tesis defensiva que postula el encausado Rafaile Huamayalli no se condice con los medios de prueba que se observan en autos, entre ellos los informes técnicos emitidos.

4.3. En esta línea de análisis se tiene que obra el Informe de Verificación de Denuncias N.º 374-2009-CG/ORHZ-AR, del veinte de noviembre de dos mil nueve (foja 269), elaborado por la Oficina Regional de Control Huaraz de la Contraloría General de la República (suscrito por el auditor Andrés Iparraguirre Cabrera, por el abogado Edmundo Guardia Yzaguirre y el supervisor de la Comisión, CPC Fernando Ríos Rospigliosi), a través del cual se determinó (concluyó), en cuanto al comportamiento funcional del encausado Manuel Aparicio Rafaile Huamayalli (en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Pallasca) que este suscribió un contrato leonino con relación a la adquisición de un camión volquete sin haber cumplido determinados requisitos; así, se estableció de manera textual:

Haber suscrito un (01) contrato leonino con el contratista sin exigirle previamente la presentación de la constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado y las garantías de fiel cumplimiento (carta fianza), así como por emitir y entregar el cheque N.º 31762640 para el pago de la maquinaria, sin haber suscrito el contrato y sin que este haya sido previamente entregado; ocasionando el pago de un sobre costo por la compra de un (01) camión volquete, ascendente a la suma de **S/ 164 421,00**.

El precitado informe también determinó que el referido encausado pagó por un cargador frontal un monto superior a su valor de mercado en aproximadamente S/ 252 949,20:

Haber adquirido un (01) cargador frontal y una (01) mezcladora de concreto tipo trompo, al margen de lo establecido en la Constitución Política del Perú, la Ley de Contrataciones del Estado y la Directiva de Tesorería para el año fiscal 2007. Asimismo, sin contar previamente con autorización del Consejo Municipal, la determinación del valor referencial, las bases administrativas, la suscripción contractual, la conformidad respectiva, etc. Habiéndose pagado por el cargador



frontal un monto superior a su valor de mercado en aproximadamente 252 949,20 soles.

4.4. Concretamente, dicho informe de control intitulado “Irregularidades en la adquisición de un camión volquete, un cargador frontal y una mezcladora de cemento en la Municipalidad Distrital de Pallasca, provincia de Pallasca, departamento y región de Áncash. Enero 2007-31 de julio de 2009”, reveló una serie de actos disfuncionales e irregularidades:

- a)** En cuanto a la compra del camión volquete⁷, se especificó que:
- i)** Los informes técnicos fueron elaborados sin mayor sustento. **ii)** El valor referencial y las especificaciones técnicas no fueron elaborados por las áreas correspondientes. **iii)** El doce de setiembre de dos mil siete, el encausado Manuel Aparicio Rafaile Huamayalli (alcalde) firmó un contrato irregular con la empresa Equipamiento Municipal del Perú S. A. C.; y, conjuntamente con Tonny Melvin Vivar Álvarez (tesorero), emitieron el cheque N.º 31762640, para el pago del camión volquete. **iv)** La empresa Equipamiento Municipal del Perú S. A. C. adquirió el camión volquete HINO a la empresa Mitsui Automotriz S. A. para, posteriormente, vendérselo a la Municipalidad agraviada. **v)** Según la factura 021 N.º 0013254, proporcionada por la empresa Mitsui Automotriz S. A., la empresa Equipamiento Municipal del Perú S. A. C. adquirió el camión volquete de marca HINO de Chasis N.º JHDFM1JRU7XX10293 y motor N.º J08CTT29118, por la suma de US\$ 67 400,00, incluido IGV (véase a fojas 289-290).

⁷ Con relación a esta adquisición se estableció que: “[...] de la revisión efectuada a la documentación relacionada con la Exoneración N.º 001-2007/MDP por situación de emergencia, la Municipalidad Distrital de Pallasca adquirió un (01) camión volquete a la Empresa Municipal del Perú S. A. C., habiéndose determinado irregularidades en la adquisición relacionadas con las especificaciones técnicas, valor referencial y elección de contratista, lo que ocasionó un pago en exceso de 164 421,00, y se firmaron los contratos sin exigirle al contratista la presentación de la constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, así como la presentación de las garantías de fiel cumplimiento (carta fianza); emitiéndose actas de Conformidad y Recepción del vehículo sin que este sea entregado, procediéndose al pago, no obstante que las bases administrativas establecieron que este se efectuaría dentro del plazo de cinco (05) días hábiles computados después de la conformidad de la entrega de la maquinaria” (véase a foja 270).



b) Con relación a la adquisición del cargador frontal se determinó que se pagó: “[...] un monto superior a su valor de mercado en aproximadamente S/ 252 949,20”. Asimismo, se pudo determinar que “el cargador frontal consigna una calcomanía que señala CAT CATERPILLAR sobre la tapa del motor, no es ni tiene un motor CATERPILLAR (esta máquina es de origen chino). Cabe indicar que la conformidad suscrita por el alcalde señala que el cargador recepcionado cuenta con un motor CAT-226B6” (véase a foja 270).

4.5. Es menester señalar que el proceso de adquisición del camión volquete se llevó a cabo bajo el siguiente esquema: **a)** La irregular justificación de la adquisición de un camión volquete, mediante la exoneración N.º 001-2007-MDP (foja 273). **b)** La elaboración de estudio de mercado para determinar las especificaciones técnicas definitivas y el valor referencia. Aquí se aprecia que las cotizaciones no reflejaron el valor del mercado de un camión volquete (foja 275). **c)** La aprobación del expediente de contratación. No se observó lo previsto por el artículo 38 del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 084-2004-PCM, que señala: “Una vez reunida la información sobre las características técnicas, el valor referencial y la disponibilidad presupuestal, la dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones remitirá el expediente de contratación al funcionario competente de acuerdo con sus normas de organización interna, para su aprobación [...]” (foja 275). **d)** El acuerdo del Consejo y elección del proveedor. Con relación a esta etapa se dejó constancia en el libro de sesiones del veintisiete de agosto de dos mil siete, y se acordó exonerar del proceso de selección de adquisición de un camión volquete hasta por la suma de S/ 405 760,00; también se autorizó amplia y suficientemente al alcalde Manuel Aparicio Rafaile Huamayalli, para que realice todas y cada una de las gestiones y trámites conducentes a la formalización y ejecución del comentado acuerdo emitiéndose, para tal efecto, el Acuerdo de Consejo N.º 027-MDP-2007 del veintiocho de agosto de dos mil siete. Asimismo, se tiene que por Carta N.º 012-2007-ALC/MDP, del doce de setiembre de dos mil siete,



el alcalde invitó a la empresa Equipamiento Municipal del Perú S. A. C. a participar de la exoneración N.º 001-2007-MPD, el cual mediante carta N.º 055-2007-ALC/MDP, del doce de setiembre de dos mil siete, le informó el consentimiento de la buena pro, citándole para la suscripción del contrato por la suma de S/ 412 128,00 (foja 276). **e) La suscripción contractual.** Aquí se incumplieron los artículos 148, 200, 206, 213 y 215 del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁸ (fojas 279-281). **f) La conformidad de recepción y pagos.** Se verificó en el Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF), que el once de setiembre de dos mil siete, el alcalde Rafaile Huamayalli, conjuntamente con el tesorero Tony Melvin Vivar Álvarez, emitieron, a nombre de la empresa Equipamiento Municipal del Perú S. A. C., el cheque N.º 31762640, mediante el cual se pagó la suma de S/ 412 128,00 por la compra de un camión volquete (foja 282). **g) La inspección física y precio de la maquinaria.** Se determinó que el camión volquete adquirido por la municipalidad agraviada fue previamente comprado por la empresa Equipamiento Municipal del Perú S. A. C. a la empresa Mitsui Automotriz S. A. (distribuidor oficial de los camiones de marca HINO), en la suma de US\$ 67 400,00, según factura 021 N.º 0013254, del treinta y uno de agosto de dos mil siete (foja 283).

⁸ Artículo 148. Procedimiento para las adquisiciones y contrataciones exoneradas.

La Entidad efectuará las adquisiciones o contrataciones en forma directa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya propuesta cumpla con las características y condiciones establecidas en las bases, la misma que podrá ser obtenida, por cualquier medio de comunicación, incluyendo el facsímil y el correo electrónico.

La exoneración se circunscribe a la omisión del proceso de selección; por lo que los contratos que se celebran como consecuencia de aquella deberán cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencia y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente.

Artículo 200. Requisitos para suscribir en contrato.

Para suscribir el contrato, el postor ganador de la buena pro deberá presentar (...) 1) Constancia vigente de no estar inhabilitado para contratar con el Estado. 2) Garantías, salvo casos de excepción. 3) Contrato de consorcio con firmas legalizadas de los asociados.

Artículo 206. Cómputo de plazos.

Durante la vigencia del contrato los plazos se computarán en días naturales, excepto en los que el Reglamento indique lo contrario (...).

Artículo 213. Requisitos de las garantías.

El único medio de garantía que debe presentar el contratista es la carta fianza, la misma que debe haber sido emitida por una empresa autorizada y sujeta al ámbito de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones. La carta fianza deberá ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática al solo requerimiento de la entidad.

Artículo 215. Garantías de fiel cumplimiento.

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo.



4.6. Respecto al proceso de adquisición del cargador frontal se advierte del mismo modo una serie de explícitas irregularidades, como se ha expuesto en los considerandos 4.3 y 4.4; en este sentido, como hecho (dato) objetivo, se tiene que el diecisiete de setiembre de dos mil siete (diez horas) se llevó a cabo una sesión extraordinaria de Consejo, en la que se acordó exonerar del proceso de selección la adquisición de un cargador frontal por S/ 486 400,00, encargando dicha adquisición a la Oficina de Administración de la Municipalidad, autorizándose amplia y suficientemente al alcalde Manuel Aparicio Rafaile Huamayalli para que realice todos y cada uno de las gestiones y trámites, conducentes a la formalización y ejecución de lo acordado, emitiéndose para ello el Acuerdo de Consejo N.º 028-MPD-2007, del diecisiete de setiembre de dos mil siete.

4.7. Cabe señalar que el precitado informe denota una serie de procedimientos y hechos que trastocaron el marco de un proceso (regular) de contratación de bienes para el Estado, lo que conculcó (melló) el deber de transparencia, imparcialidad y trato justo e igualitario a los posibles proveedores.

4.8. En cuanto al agravio de que las adquisiciones de la maquinaria pesada se efectuaron por situación de emergencia del distrito de Pallasca, tampoco es de recibo, por cuanto el Decreto de Urgencia N.º 003-2007⁹ (Dictan medidas urgentes para contrarrestar daños ocasionados por temporada de lluvias en diversas regiones), el Derecho de Urgencia N.º 006-2007 (Incluyen al departamento de Pasco dentro de los alcances del D. U. N.º 003-20007), y el

⁹ Artículo 1. Establecer medidas urgentes y extraordinarias en materia económica y financiera, que permitan financiar y ejecutar actividades y proyectos de atención de desastres y mitigación del impacto del periodo de lluvias dos mil siete en los departamentos de Junín, Huánuco, San Martín y Ucayali.

Artículo 2. Exonérese a los pliegos involucrados en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 de la presente norma de lo establecido en el literal c, del numeral 41.1, del artículo 41, de la Ley 28411, y el inciso 5 de la Ley 28927, para efectos de adquirir vacunas, medicinas, insecticidas, equipos electrógenos, combustibles, motobombas, depósitos de aguas portátiles, plantas portátiles de tratamiento de agua, sacos, terrenos, módulos de vivienda de emergencia, calaminas y otros bienes y servicios, con el objeto de realizar actividades y ejecutar proyectos de atención de desastres y mitigación de daños del periodo de lluvias dos mil siete.



Decreto Supremo N.º 050-2007-PCM¹⁰, no comprendieron a la región Áncash dentro de sus disposiciones y regulaciones, a efectos de que se beneficie con medidas urgentes y extraordinarias por el periodo de lluvias dos mil siete; por lo que, en aquella época, la máxima autoridad edil no debió invocar una situación de emergencia sin que exista un sustento normativo que la justifique.

4.9. Con relación al agravio por el cual pretende restar entidad (capacidad) probatoria al Informe Contable del treinta de mayo de dos mil diecisiete (suscrito por los peritos Jorge Quesquén Vásquez y Alain Ringo Tapia Quiroz), que obra a foja 3352, esta alegación tampoco tiene asidero, pues no se condice con lo actuado en el presente caso; por el contrario, el mencionado Informe Pericial refrendó y estableció una serie de hechos irregulares no compatibles con un proceso regular para la adquisición de bienes a favor del Estado.

4.10. Así, con relación a la adquisición del camión volquete reveló que existió un pago sobrevalorado en la suma de S/ 164 421,00, puesto que dicho camión fue adquirido por la empresa Equipamiento Municipal del Perú S. A. C. a la empresa Mitsui Automotriz S. A., con las mismas características técnicas que luego fue vendida a la Municipalidad Distrital de Pallasca; y en cuanto a la adquisición del cargador frontal también se estableció que existió un pago sobrevaluado por la suma de S/ 252 949,20, ya que la maquinaria adquirida no guarda relación con las características técnicas, siendo esta de proveniencia China y no de la marca Caterpillar (EE. UU.).

4.11. Además, es pertinente considerar la declaración del hoy encausado Manuel Aparicio Rafaile Huamayalli, quien en sesión de audiencia del ocho de marzo de dos mil diecisiete (foja 2902), absolvió las siguientes

¹⁰ Declaran en Estado de Emergencia a los departamentos de Ayacucho, Apurímac, Arequipa, Cajamarca, Cusco, Junín, Huánuco, Huancavelica, Loreto, Moquegua, Pasco, Puno y Tacna, por el plazo de sesenta días calendarios, para la recepción de bienes provenientes del exterior que ingresen en calidad de donación y constituyen ayuda humanitaria.



formulaciones: “¿Había necesidad de declarar en estado de emergencia la provincia de Pallasca? **No**. Entonces, ¿todos los informes eran falsos? **Sí**. [...] ¿Aquí aparece que la primera proforma para la compra del camión fue del tres de agosto de dos mil siete y la sesión fue el veintinueve de agosto de dos mil siete, cuando fue que se iniciaron las conversaciones con Feliciano Abarca Pastor para la compra? **En mayo de dos mil siete** (véase a fojas 2916).

4.12. En consideración a lo precitado, ese Supremo Colegiado considera que los términos de la imputación dirigida contra el encausado Manuel Aparicio Rafaile Huamayalli (en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Pallasca), está suficientemente acreditada, pues se revela a través de toda la actividad probatoria una concertación (acuerdo colusorio) que se produjo a partir de mayo de dos mil siete, con el único propósito de obtener un provecho patrimonial en perjuicio del erario público; al ser ello así, resulta inoficioso absolver a los demás agravios invocados; por lo que corresponde confirmar este extremo de la sentencia en cuando a la condena.

4.13. Si bien este Colegiado Supremo considera que la condena ha sido expedida conforme a derecho; sin embargo, se advierte que la determinación de la pena llevada a cabo por la Sala Superior no es la adecuada, en tanto no se meritó de manera correcta el hecho de que el encausado a la fecha de la comisión del hecho delictivo en setiembre de dos mil siete contaba con más de sesenta y cinco años (nació el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta), según dictamen acusatorio obrante a foja 1651; en atención a ello, este Supremo Tribunal, a la luz de los principios de proporcionalidad y resocialización (fines de la pena), considera justo recudir prudencialmente la pena impuesta.

QUINTO. RESPECTO A LA PENA DE INHABILITACIÓN DEL PROCESADO MANUEL APARICIO RAFAILE HUAMAYALLI



De otro lado, aunque la determinación de la pena de inhabilitación no fuera objeto del recurso por el encausado Manuel Aparicio Rafaile Huamayalli; por favorabilidad, debe ser objeto de pronunciamiento, dado que debe guardar proporcionalidad y razonabilidad con el *quantum* de la pena privativa de libertad impuesta; adecuando su extensión a los marcos del tipo delictivo concreto; en este sentido, la inhabilitación por el término de seis años no guarda relación proporcional con la extensión de la pena privativa de libertad impuesta; por lo que corresponde rebajarlas proporcionalmente.

SEXTO. EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE TONNY MELVIN VIVAR ÁLVAREZ

6.1. Con relación a los agravios formulados por el hoy recurrente Tonny Melvin Vivar Álvarez, si bien este refiere que no se acreditaron actos de colusión con los proveedores en la compra de las máquinas y fue amenazado por el alcalde para suscribir (firmar) los cheques; sin embargo, estas alegaciones tampoco se condicen con el acervo probatorio que obra en autos, pues, como se ha detallado, en los considerandos 4.2. al 4.10, estos develaron una serie de actos administrativos disfuncionales e irregulares que no hubiera sido posible si previamente no hubiera existido una concertación (acuerdo colusorio), pues la forma cómo se produjeron dichas actos, permiten inferir que existió una planificación previa que se concretó con la suscripción de los contratos que causaron un perjuicio económico al erario público

6.2. En cuanto a este extremo, el encasado Manuel Aparicio Rafaile Huamayalli, al deponer en el contradictorio (sesión de audiencia del ocho de marzo de dos mil diecisiete, obrante a fojas 2902 y siguientes), señaló que viajó con Tonny Melvin Vivar Álvarez, en su condición de tesorero de la Municipalidad agraviada, ya que tenían que pagar por la maquinaria, lo que revela que este último encausado tuvo una participación activa en



las adquisiciones irregulares; todo ello concertado con anterioridad al inicio del procedimiento para su propósito.

6.3. Respecto a la alegación de que fue obligado a suscribir (firmar) los cheques de pago, dicha alegación no enerva toda la actividad probatoria que obra en autos, del cual se infiere que para que se llevaran a cabo los procesos de adquisiciones de las maquinarias pesadas contaron con su participación, en su calidad de tesorero de la referida entidad edil, la que, finalmente, se concretó con el pago correspondiente a través de cheques; por lo que este extremo de la sentencia ha sido también expedida conforme a ley.

SÉTIMO. RESPECTO A LA PENA DE INHABILITACIÓN DEL PROCESADO TONNY MELVIN VIVAR ÁLVAREZ

De igual forma, aunque la determinación de la pena de inhabilitación no fuera objeto del recurso formulado por el encausado Tonny Melvin Vivar Álvarez; por favorabilidad, debe ser objeto de pronunciamiento, dado que debe guardar proporcionalidad y razonabilidad con el *quantum* de la pena privativa de libertad impuesta; adecuando su extensión a los marcos del tipo delictivo concreto; en este sentido, la inhabilitación por el término de cuatro años no guarda relación proporcional con la extensión de la pena privativa de libertad impuesta; por lo que corresponde rebajarlas proporcionalmente.

OCTAVO. RESPECTO A LAS PROCESADAS AUSENTES

8.1. Respecto a los agravios formulados por la defensa técnica de las encausadas (ausentes) Iliá Lucía Abarca Paredes y Elizabeth Julissa Vásquez Zárate, este Colegiado Supremo considera que al existir medios de prueba que las vinculan con los hechos materia de proceso, resulta necesario contar con la presencia de las citadas encausadas en el contradictorio, a fin de resolver su situación jurídica con las garantías del



debido proceso; siendo ello así, se debe confirmar este extremo de la sentencia.

8.2. Es menester señalar que la excepción de naturaleza de acción contenida en el escrito de la recurrente Iliá Lucía Abarca Paredes debe ser invocado en la instancia correspondiente, a fin de garantizar la pluralidad de instancia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad, en parte, con el dictamen del fiscal supremo en lo penal, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia del tres de julio de dos mil diecisiete (foja tres mil seiscientos cuatro), en el extremo que condenó a MANUEL APARICIO RAFAILE HUAMAYALLI como coautor del delito de colusión, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pallasca.

II. HABER NULIDAD en la mencionada sentencia, en el extremo que impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva al encausado MANUEL APARICIO RAFAILE HUAMAYALLI; **reformándola**, impusieron al citado procesado cuatros años con seis meses de pena privativa de libertad.

III. HABER NULIDAD en la misma sentencia, en el extremo que impuso al encausado MANUEL APARICIO RAFAILE HUAMAYALLI, inhabilitación por el plazo de seis años; **reformándola**, impusieron al citado procesado inhabilitación por el plazo de dieciocho meses, conforme con lo dispuesto en el artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal.

IV. NO HABER NULIDAD en la precitada sentencia, en el extremo que condenó al procesado TONNY MELVIN VIVAR ÁLVAREZ como coautor del delito de colusión, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pallasca y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad efectiva.



V. HABER NULIDAD en la referida sentencia, en el extremo que impuso al encausado TONNY MELVIN VIVAR ÁLVAREZ la inhabilitación por el plazo de cuatro años; y, **reformándola**, impusieron al citado procesado inhabilitación por el periodo de trece meses, conforme con lo dispuesto en el artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal.

VI. NO HABER NULIDAD en la citada sentencia, en el extremo que reservó el proceso contra ILIA LUCÍA ABARCA PAREDES, por la presunta comisión del delito de colusión, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pallasca; en cuanto a la excepción haga valer su derecho en la instancia correspondiente a fin de garantizar la pluralidad de instancia.

VII. NO HABER NULIDAD en la alegada sentencia, en el extremo que reservó el proceso contra ELIZABETH JULISSA VÁSQUEZ ZÁRATE, por la presunta comisión del delito de colusión, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pallasca.

VIII. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S.

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

CASTAÑEDA ESPINOZA

QC/arad