

# **CASO:** **Crónica Judicial Caso Coliseo cerrado de Calca-Cusco**

---

*(Expediente N° 955-2009)*

**Escribe:** Yvana Novoa Curich  
Asistente principal - Proyecto Anticorrupción



## I. CONTEXTO FÁCTICO

En el año 2005, Roberto Augusto Farfán Ríos, entonces alcalde de la Municipalidad Provincial de Calca, nombró a través de la Resolución de Alcaldía N° 114-AL-MPC 2005 al Comité Especial de Contrataciones y Adquisiciones, precedido por Elizabeth Campana Lovón e integrado por Eddy Gamarra Guzmán y Luis Rimachi Zarabia para organizar, dirigir y designar el proceso de selección para la adquisición de bienes y servicios necesarios para la ejecución de la obra Coliseo Cerrado de Calca.

Así, en 2006 se contrató como residente de dicha obra al arquitecto Jorge Acurio Tito y, como supervisor de obra, al ingeniero Américo Montañés Tupayachi. Ambas contrataciones, según la fiscalía, se habrían realizado sin que se haya implementado previamente y de manera debida el proceso de selección correspondiente. Con respecto a la contratación de Jorge Acurio Tito, aquella se habría realizado bajo la denominación de contrato de servicio personalísimo por el total de S/. 66 000.00 nuevos soles por el plazo de siete meses. El pago se realizaría de manera proporcional al avance físico de la obra. Este contrato fue suscrito por el entonces alcalde Roberto Augusto Farfán Ríos. A pesar de que el plazo de ejecución de la obra se prorrogó por tres meses más, la obra quedó inconclusa y Acurio habría incumplido sus deberes y funciones como residente de la obra. No obstante, según la acusación fiscal, Jorge Acurio Tito recibió mensualmente su remuneración. Además, Acurio Tito habría recibido una remuneración total mayor a la inicialmente pactada en el contrato. Adicionalmente, Acurio Tito habría sido contratado como residente de obra cuando este ya trabajaba para la Municipalidad de Calca y recibía un sueldo por planilla.

En relación a la supuesta contratación irregular del supervisor de obra Américo Montañés Tupayachi, éste además habría emitido informes mensuales que, posteriormente, habrían sido contrastados con un informe pericial donde se evidenciarían diferencias en las valorizaciones técnicas y financieras mensuales referidas a los avances físicos de la obra y al avance financiero del gasto de los fondos destinados a esta. Es decir, los informes emitidos por Montañés Tupayachi no reflejarían el real avance físico de la obra ni una valorización correcta y verídica de aquella.

Estas dos contrataciones no habrían sido inscritas en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEASE) y tampoco habrían existido bases administrativas que especifiquen los factores de evaluación y criterios que permitan

identificar cuál fue la mejor propuesta para luego proceder a contratar a Acurio y a Montañés.

Por otro lado la acusación fiscal señala que, el 18 de abril de 2006, el alcalde Farfán Ríos habría autorizado al Comité Especial de Contrataciones y Adquisiciones la compra de 18 000 bolsas de cemento por el valor referencial de S/. 397 800.00 nuevos soles, mediante un proceso de adjudicación de menor cuantía. El Comité adjudicó al postor Fernando Suca Mamani la adquisición de las 18 000 bolsas de cemento por el valor de S/. 381 600.00 nuevos soles. Sin embargo, según los comprobantes de pago que sustentan la adquisición de cemento y los Pedidos de Comprobantes de Almacén, no habrían ingresado al almacén 2 022 bolsas de cemento valorizadas en S/. 47 112.60 nuevos soles.

De igual manera, mediante contrato de fecha 12 de diciembre de 2006 celebrado entre la Municipalidad de Calca y el señor Marco Suma Tupayachi, se contrató la adquisición de ocho puertas metálicas de diferentes dimensiones para la obra Coliseo Cerrado de Calca. No obstante, se habría evidenciado que dichas puertas nunca fueron ingresadas al almacén de la Municipalidad de Calca. Se habría falseado la información en documentos sobre la construcción de dichas puertas que finalmente no habrían ingresado al almacén de la Municipalidad.

Finalmente, para la ejecución de la obra Coliseo Cerrado de Calca, se realizó un contrato de alquiler de un camión volquete con el señor Nicolás Rivera Quispe. Se necesitaba el volquete para realizar trabajos de eliminación de desmonte y traslado de material. Sin embargo, el volquete contratado no habría sido de propiedad del postor Rivera Quispe sino del residente de la obra, Jorge Acurio Tito. Las bases administrativas de esta contratación tampoco habrían sido publicadas en el SEASE y al parecer no habría existido un registro de postores ni el documento que acredite el pago por la venta de las bases, todo lo cual supondría una serie de irregularidades en dicha contratación.

## II. PRINCIPALES PROCESADOS

**Los principales procesados en el presente caso son los siguientes:**

- ✓ Roberto Augusto Farfán Ríos: Ex alcalde de la Municipalidad de Calca
- ✓ José Rosendo Caderón Poccohuanca: Gerente General de la Municipalidad de Calca
- ✓ Jorge Isaac Acurio Tito: Residente de la obra Coliseo Cerrado de Calca
- ✓ Elizabeth Campana Lovón: Presidenta del Comité de Contrataciones y Adquisiciones de la Municipalidad de Calca
- ✓ Eddy Gamarra Guzmán: Integrante del Comité de Contrataciones y Adquisiciones de la Municipalidad de Calca
- ✓ Luis Rimachi Saravia: Integrante del Comité de Contrataciones y Adquisiciones de la Municipalidad de Calca.
- ✓ Vladimir Zúñiga Amar: Subgerente de Infraestructura, Desarrollo Urbano y Rural e integrante del Comité de Contrataciones y Adquisiciones de la Municipalidad de Calca.

Los delitos por los que se acusa a las personas anteriormente mencionadas son el delito de peculado doloso simple, colusión desleal y delito de negociación incompatible.

### III. SOBRE LA ACUSACIÓN FISCAL

La Segunda Fiscalía Superior Penal de Liquidación de Cusco presentó el 25 de mayo de 2011 la Acusación Complementaria N° 27-2011-MP-SFSPPL-CUSCO. Este documento adecúa la conducta de cada uno de los encausados a los tipos penales de peculado doloso, colusión ilegal y negociación incompatible. Si bien el presente caso puede entenderse como complejo, lo cierto es que la acusación, a nuestro considerar, adolece de algunos defectos argumentativos que no coadyuvan a un correcto procesamiento penal de la cuestión.

Un primer error que se puede apreciar en el documento de la acusación es el referido a la conducta que se quiere calificar como delito de peculado supuestamente cometido por el entonces alcalde Roberto Farfán Ríos. Así, la Segunda Fiscalía señala literalmente lo siguiente:

“a) Respecto al delito de Peculado simple (primer párrafo del artículo 387 del Código Penal).- El ex alcalde realizó actos ilegales al resolver mediante Resolución de Alcaldía N° 114-AL-MPC-2005 nombrar el Comité Especial precedido por Elizabeth Campana Lovón (...). El mismo que cometió una serie de irregularidades tales como:

-Contratación del residente de obra “Coliseo Cerrado de Calca”, arquitecto Jorge Isaac Acurio Tito, la misma que se llevó a cabo sin una debida implementación del proceso de selección correspondiente (...) Pese al incumplimiento de sus funciones y al retraso en la obra, ha sido remunerado mensualmente y de forma puntual, incumpléndose con el contrato, del cual se tiene que el pago tenía que ser en forma proporcional según el avance físico de la obra reportada mensualmente.”

Como puede apreciarse, se indica que el delito de peculado se habría cometido por haber contratado de manera ilegal o irregular al arquitecto Jorge Acurio Tito y por haberle pagado sus remuneraciones completas a pesar de no haber culminado con la obra. Sin embargo, la Segunda Fiscalía no menciona en ningún momento cómo encaja esta conducta en las exigencias del tipo penal del delito de peculado. Este delito se encontraba

previsto en el Código Penal, al momento de la comisión de los hechos, de la siguiente manera:

“Artículo 387.-

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.” [El subrayado es nuestro]

El tipo penal citado establece que la conducta típica consiste en que un funcionario público se apropie o utilice, para sí o para otra persona, caudales o efectos que se encuentren confiados a dicho funcionario por razón de su cargo. Al respecto, el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 indica que la apropiación consiste en que el funcionario haga suyos los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en una situación que le permita disponer de los mismos. Asimismo, el Acuerdo Plenario establece que para que esta apropiación o utilización pueda darse, el funcionario público debe encontrarse en una relación de “disponibilidad jurídica” o “competencia funcional” respecto de los bienes o caudales públicos. Esto quiero decir que no necesariamente deberá tener los recursos públicos bajo su tenencia material directa, sino que bastará con que su cargo le permita disponer de los recursos por las competencias de las cuales se encuentra investido.

No obstante, la Segunda Fiscalía no analiza si las conductas imputadas se subsumen en las exigencias anteriormente detalladas del tipo penal. En ningún momento plasma en la acusación un razonamiento o argumentación por la cual explique de qué manera el ex alcalde Farfán Ríos se encontraba en una situación de disponibilidad jurídica sobre los

caudales. Tampoco establece si se trata de un peculado consistente en apropiación o utilización y mucho menos si se dio a favor de sí mismo o de un tercero –que entendemos tendría que haber sido Acurio Tito-. De la misma manera, no se logra entender si la conducta imputada por la cual se acusa de peculado se encuentra referida a la conformación de un Comité Especial de Adquisiciones y Contrataciones, o a la contratación irregular que este Comité realiza al contratar a Acurio Tito, o al pago indebido del total de sus remuneraciones a pesar de no haber culminado la obra y, por el contrario, haber incumplido varias de sus funciones como residente de la obra Coliseo Cerrado de Calca. En otras palabras, no se fundamenta de manera clara y precisa si el pago constituye una apropiación de caudales para otro, o constituye en realidad un pago irregular realizado en el contexto de la ejecución de una contratación estatal.

Además, en la acusación del ex alcalde Roberto Farfán Ríos se señala como parte de las conductas delictivas constitutivas del delito de peculado, la designación del comité especial que realizó la contratación irregular del residente de obra Jorge Acurio Tito. Sin embargo, esta conducta parece encajar mejor en el tipo penal de colusión ya que éste tipo penal exige que la conducta delictiva se de en el marco de un contexto de contrataciones o cualquier tipo de operaciones económicas en las que el Estado participe. Por su parte, el delito de peculado –que es el que la acusación fiscal atribuye a dicha conducta- no exige dicho contexto típico, sino solo la apropiación de caudales o recursos públicos. Por estos motivos, la designación per se del comité especial no parece una conducta que pueda encajar en el verbo rector del delito de peculado “apropiarse” o “utilizar”. Más bien, parecería encajar mejor en la conducta típica de “concertarse” en el marco de un proceso de contratación estatal para beneficiar a un tercero interesado para defraudar, de esa manera, al Estado.

De esta manera, la poca claridad que parece tener la Fiscalía respecto de la calificación jurídica de los hechos supone un posible riesgo para el ejercicio del derecho de defensa de los acusados. Y es que el derecho a la defensa tiene la finalidad de garantizar la igualdad de armas entre las partes y garantizar el principio de contradicción<sup>1</sup>. Es decir, el derecho de defensa solo existe si la información que justifica los cargos y hechos por los que se investiga a una persona puede ser controvertida de manera completa y libre por la

---

<sup>1</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo (director). Ética del juez y garantías procesales. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 378.

persona investigada<sup>2</sup>. Para que estos dos principios se cumplan, el derecho a la defensa no sólo exige que toda persona tenga acceso a un abogado o a la posibilidad de defenderse por sí misma, sino que las autoridades ante las que está siendo investigada o procesada (dependiendo de la etapa del proceso o procedimiento en que se halle) le brinden la información clara y necesaria sobre los hechos materia de investigación o juzgamiento.

Un segundo vacío de argumentación que encontramos en la acusación complementaria es el referido a las imputaciones realizadas en contra del Gerente Municipal José Rosendo Calderón Paccohuanca, a quien se le acusa de haber cometido el delito de peculado doloso simple. En este punto es relevante señalar que la conducta por la cual parece imputársele el delito de peculado se encuentra referida a la supuesta contratación irregular del residente de obra Acurio Tito. En la acusación se menciona nuevamente los mismos hechos relatados en la acusación del ex alcalde Farfán Ríos, sin embargo, no se especifica cuál fue el grado de participación del Gerente Municipal José Calderón Paccohuanca. Es decir, no se establece qué funciones tenía y por las cuales se encontraba en una situación de disponibilidad jurídica sobre los caudales públicos. De esta manera, sobre la acusación realizada a esta persona, caben en gran medida los comentarios anteriormente realizados sobre la calificación jurídica de la conducta del alcalde Farfán Ríos.

En tercer lugar, se acusa a José Luis Mormontoy Gonzáles, almacenero central de la Municipalidad Provincial de Calca, de haber cometido el delito de peculado doloso simple. Para sustentar esto, la Segunda Fiscalía Superior señala lo siguiente:

“El encausado en su condición de almacenero tiene como función verificar el ingreso y salida del material que ingresa al almacén así como comunicar a la alta dirección de cualquier irregularidad que advierte en el ejercicio de sus funciones, tal como lo señalan las disposiciones complementarias del Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF) de la Municipalidad Distrital de Calca (...). De todo ello se tiene que el encausado con su conducta ha materializado el delito de Peculado al apropiarse o permitir que otro se apropie de los bienes de la Municipalidad, los cuales estaban

---

<sup>2</sup> SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. El derecho a la prueba. En: Gaceta Constitucional. Tomo 60, diciembre 2012, p. 31.



bajo su custodia por razón de su cargo, ocasionando con este hecho un perjuicio económico en contra de la Municipalidad Provincial de Calca. (...)"  
[El subrayado es nuestro]

Si bien aquí sí se hace referencia, aunque sea someramente, a la disponibilidad jurídica que el acusado tenía sobre las bolsas de cemento, consideramos que sería más adecuado afirmar con mayor precisión si la conducta que se atribuye consistió en apropiarse para sí o para un tercero.

#### IV. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 29 de diciembre del año 2011 la Sala Penal Liquidadora Permanente de Cusco emitió la sentencia de primera instancia en el presente caso. Esta sentencia absolvió de la acusación fiscal a Roberto Farfán Ríos, José Calderón Paccohuanca, Jorge Acurio Tito, Elizabeth Campana Lovón, Eddy Gamarra Guzmán, Luis Rimachi Zarabia y Vladimir Zúñiga Amar de los delitos de colusión ilegal y negociación incompatible. Asimismo, absolvió a Jorge Acurio Tito, José Calderón Paccohuanca, Eddy Gamarra Guzmán, Luis Rimachi Zarabia y Vladimir Zúñiga Amar del delito de peculado doloso simple en agravio de la Municipalidad de Calca. Por otro lado, condenó a Roberto Farfán Ríos, Elizabeth Campana Lovón (entre otros) como coautores del delito de peculado doloso y se les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por tres años. Esta sentencia también fijó por concepto de reparación civil la suma de diez mil nuevos soles, la cual deberá pagarse solidariamente entre los sentenciados. Finalmente, se dispuso la inhabilitación accesoria por igual tiempo de duración que la pena principal a Roberto Farfán Ríos y Elizabeth Campana Lovón.

Un primer aspecto a analizar de la presente sentencia es su falta de motivación debida. Esto ya que la Sala menciona o cita pruebas que le han sido presentadas pero luego parece no tomarlas en cuenta al momento de dictar sus conclusiones y fallos absolutorios. Un ejemplo de esto es el fundamento 2.7 donde la Sala indica que:

“Revisado el peritaje oficial (folio 1542 y siguientes) se tiene en la conclusión dos lo siguiente: ilegal contratación del residente, supervisor y personal técnico y administrativo para la obra (...) ocasionando un perjuicio económico a la Municipalidad por un monto de S/. 152 559.57 nuevos soles. Esta conclusión tiene como fundamento el presupuesto desagregado de los gastos generales establecidos en el expediente técnico, así como el Acuerdo Municipal N° 0082-CPC/2005 (...).”

Sin embargo, posteriormente la Sala concluye que: “De los medios probatorios se tiene que no está acreditado fehacientemente que el documento donde se establece el desagregado de los gastos generales y en el cual se señala la remuneración que debe

percibir el supervisor de obra S/. 3000.00 y el residente de obra s/. 3500.00 nuevos soles, así como la remuneración a percibir por los asistentes técnicos y administrativos no están determinados tal como aparece en dicho documento, y por el contrario, los profesionales y técnicos contratados para la obra (...), han sido seleccionados de acuerdo a su experiencia y conocimientos profesionales, no existiendo un pago en exceso (...).” La Sala no ha citado pruebas presentadas y que esta misma mencionó y que fundamenten su afirmación referida a que los procesados fueron contratados debido a su experiencia y conocimientos profesionales. La Sala no fundamenta su conclusión.

Otro error de argumentación se aprecia en el análisis de la Sala con respecto a la posible comisión del delito de negociación incompatible por parte de Jorge Acurio Tito. En su fundamento 2.26, la Sala Penal Liquidadora cita la información proporcionada por la Zona registral N° X de Cusco que acredita que el volquete alquilado por el Municipio para eliminación de desmonte en la obra era de propiedad de Jorge Acurio Tito. Asimismo, la Sala reconoce que el informe N° 054-CCC-RO-MPC de fecha 4 de julio de 2006 emitido por el propio Acurio Tito proporciona una placa de rodaje distinta a la del volquete en cuestión. Dicha placa corresponde, según la Zona Registral N° X, a la empresa Distribuidora Kanashiro E.I.R.L. También se menciona que el residente Acurio Tito no registró el control de hora de servicio de las maquinarias –entre ellas el volquete- en el cuaderno de obra. Asimismo, la Sala señaló que el contrato de servicios celebrado con Nicolás Rivera Quispe –persona interpuesta para alquila el volquete era en realidad de propiedad de Acurio- constituye una relación comercial indirecta de la Municipalidad con el residente de obra Acurio, lo cual está prohibido por el artículo 63° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Además se indica que existió la agravante de que el control del trabajo del volquete estuvo encargado a su propietario: Jorge Acurio Tito, en su condición de residente de obra.

A pesar de todas las pruebas mencionadas por la propia Sala, posteriormente esta argumenta que Nicolás Rivera no puso el número de placa en su propuesta ni el nombre del propietario del vehículo ya que la propuesta no solicitaba dichos datos. Asimismo, señala que a pesar de que el residente de obra debía dar visto bueno del trabajo que realizaba el volquete, esto no podía entenderse como una situación de ventaja o concertación para que le otorguen la buena pro o para que le paguen por un trabajo no realizado pues el camión sí prestó efectivamente el servicio de traslado de desmonte. Es necesario adelantar que estos argumentos no constituyen elementos o requisitos que el

tipo penal de negociación incompatible exige. Sobre la base de estos argumentos, la Corte Superior de Cusco concluyó señalando que no se encuentra acreditado que Jorge Acurio Tito haya tenido interés en la contratación del volquete ni que se haya concertado con los miembros del comité de adquisiciones del Municipio para que se le otorgue la buena pro a Nicolás Rivera. Adicionalmente se afirma que ya que la decisión de aceptar la propuesta presentada por Nicolás Rivera no dependía de Acurio, entonces, no se configuran los presupuestos del tipo penal de negociación incompatible.

Con respecto a todo lo señalado en referencia al alquiler del volquete, la Sala Penal Liquidadora realiza una argumentación y conclusión cuestionable al citar primero una serie de pruebas en contra de Acurio –pruebas que revelarían una incompatibilidad de intereses de la cual era consciente Jorge Acurio, entonces funcionario público de la municipalidad- para luego concluir, de manera muy poco comprensible, que no se cometió el delito de negociación incompatible. Además, es importante mencionar que no estamos de acuerdo con la afirmación de la Sala relacionada a que el delito de negociación incompatible exige que el sujeto activo sea quien tenga la facultad de decisión sobre el contrato. Como el tipo penal vigente al momento de la comisión de los hechos lo señala de manera literal, el delito se configura cuando *“el funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.”* El interés en el presente caso se habría manifestado por parte de Acurio en el visto bueno que éste tenía que dar respecto al servicio que brindaba el volquete. Dicho interés incompatible queda reforzado por los datos falsos de la placa consignados por Nicolás Rivera en la propuesta y, sobre todo, por el hecho irrefutable de que el volquete era de propiedad de Acurio Tito.

Todo lo señalado hasta aquí denota una falta de congruencia en la argumentación y razonamiento de la Sala Penal Liquidadora al momento de motivar su sentencia. Es cuestionable que primero cite pruebas que parecen reforzar contundentemente la acusación y que luego, de manera poco comprensible y clara, concluya que no se cometió delito. Este tipo de razonamiento judicial constituye un error importante y un obstáculo frente a la lucha contra la impunidad de los delitos de corrupción.

Otro punto a comentar sobre esta sentencia es el referido a la imposición de la pena de inhabilitación que según la Sala Penal Liquidadora, tiene naturaleza accesorio. Como se sabe, la pena de inhabilitación es la “pérdida o suspensión de uno o más derechos de

modo diferente al que comprometen las penas de prisión y multa.”<sup>3</sup> La importancia de la pena de inhabilitación radica en que esta evita que el funcionario corrupto continúe lesionando el correcto funcionamiento de la administración pública. Sobre este punto, el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 ha señalado que *“la pena debe estar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito.”*<sup>4</sup> En casos de delitos contra la administración pública, como el presente, los funcionarios públicos que cometen dichos delitos lo hacen valiéndose de la especial posición que su cargo público les brinda frente al bien jurídico. Es decir, los sujetos activos –funcionarios públicos- se encuentran en una especial cercanía frente a la vulnerabilidad del bien jurídico (correcto funcionamiento de la administración pública). En casos como el presente, donde la pena privativa de libertad se impone de manera suspendida, la pena de inhabilitación constituye la pena más importante a imponerse.

Ahora bien, la Sala Penal Liquidadora ha establecido en su sentencia que la pena de inhabilitación es accesoria, sin embargo, consideramos que esto constituye un error. El artículo 426° CP establece que: *“Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36° inciso 1 y 2. (...)”* No obstante, *“no resulta relevante que este artículo diga que la pena de inhabilitación del artículo 426° es accesoria, en tanto que su ubicación en la parte especial nos obliga a reconocer su naturaleza de principal. (...) No cabe duda de que la decisión del legislador de utilizar la palabra “además” en la redacción de la norma es reafirmar el carácter obligatorio de la pena. (...) lo que ha sucedido es que el legislador ha confundido el concepto de pena “accesoria” con pena “conjunta”.*<sup>5</sup> La pena de inhabilitación es conjunta en tanto que se acumulará con la pena establecida en el tipo penal del delito (que suele ser pena privativa de libertad). En este caso, el juez no puede elegir entre uno u otra, sino que está obligado a aplicar ambas penas. Así pues, en el presente caso la sentencia arrastra el error legislativo del artículo 426°CP al señalar que la inhabilitación que impone es accesoria. La pena de inhabilitación para delitos contra la administración pública siempre será principal y conjunta más no accesoria.

---

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio y otros. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires; EDIAR, 2005, p.727.

<sup>4</sup> Acuerdo Plenario N° 2-2008/cj-116, FUNDAMENTO 6°.

<sup>5</sup> MONTROYA VIVANCO, Yván, y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: IDEHPUCP, 2013, p. 62.

Ante lo evidente de estos errores, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró que se vulneró el principio de la motivación de las resoluciones judiciales, contemplada en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución. Por este motivo declaró nula la sentencia de la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior en el extremo que absolvió a Roberto Farfán Ríos, José Calderón Paccohuanca, Jorge Acurio Tito, Elizabeth Campana Lovón, Eddy Gamarra Guzmán, Luis Rimachi Zarabia y Vladimir Zúñiga Amar, como autores de los delitos de colusión ilegal y negociación incompatible. Asimismo, en el extremo que absolvió a Jorge Acurio Tito, José Calderón Paccohuanca, Edy Gamarra Guzmán, Luis Rimachi Zarabia y Vladimir Zúñiga Amar como autores del delito de peculado. De esta manera se ordenó que se realice un nuevo juicio oral.

## V. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

Los delitos por los cuales se acusó a los incausados en el presente caso son el delito de peculado (artículo 387°CP), delito de colusión (artículo 384°CP) y delito de negociación incompatible (artículo 399°CP).

### ***Sobre el delito de peculado***

Para que se configure el delito de peculado, es necesario que un funcionario público se apropie o utilice para sí o para terceras personas los caudales o efectos públicos que, por razón de la disponibilidad jurídica o competencia funcional, tenga bajo su administración, percepción o custodia. En el presente caso, consideramos que probablemente se haya cometido un delito de peculado debido a que se pagó de manera indebida al asistente técnico y al especialista administrativo. Se ha argumentado que los pagos de estos servidores no se habrían encontrado presupuestados en el expediente técnico y por lo tanto, puede entenderse que no existe un sustento normativo que justifique la disposición por parte del municipio respecto de los recursos públicos destinados a hacer efectivos dichos pagos. Si esto es así, bien se podría sospechar de la configuración de un delito de peculado a favor de tercero, donde los terceros serían el asistente técnico y el especialista administrativo que recibieron los pagos indebidos.

Para analizar si en este caso han concurrido los elementos del delito de peculado, se debe recurrir al Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116. Este define la apropiación o utilización *para otro* como “el acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero”. Así, si el alcalde y el gerente municipal, en virtud de sus competencias y funciones, aprobaron los pagos indebidos en favor del asistente técnico y el especialista administrativo, se podría afirmar que se cumple con lo establecido por el acuerdo plenario ya que los recursos públicos solo pasaron al dominio final de los terceros beneficiados y el alcalde y el gerente municipal simplemente habrían hecho uso de la disponibilidad jurídica que tenían sobre dichos caudales.

El alcalde Farfán Ríos podría ser considerado autor de este delito si se logra comprobar que él dio el visto bueno o la aprobación para dichos pagos sin sustento normativo-presupuestal. De igual forma, si se logra probar que el gerente municipal José Calderón

Pacohuanca participó, en virtud de sus funciones, de la aprobación de dichos pagos, entonces éste sería coautor del delito de peculado a favor de tercero.

### ***Sobre el delito de colusión***

Al momento de la supuesta comisión de los hechos el tipo penal vigente del delito de colusión era el siguiente:

“Artículo 384.- 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.”

En el caso en análisis se habría cometido el delito de colusión desleal por varios hechos distintos. Antes de pasar al análisis de los hechos, vale la pena destacar algunos elementos importantes de este delito. En primer lugar, el delito de colusión supone una relación bilateral que se encuentra reflejada o plasmada en el acuerdo colusorio que debe gestarse entre el funcionario público –sujeto activo- y el interesado. Esta concertación debe darse de manera dolosa, lo cual significa que el funcionario público debe estar en conocimiento de que con su actuar estará privatizando su actividad funcional al representar los intereses particulares suyos y del interesado y ya no los del Estado. Finalmente, este acuerdo o concertación debe ser idóneo para defraudar los intereses del Estado<sup>6</sup>.

Ahora bien, un primer hecho a analizar es la supuesta contratación irregular de Jorge Acurio Tito como residente de la obra Coliseo Cerrado de Calca. Se ha acusado a Elizabeth Campana Lovón, Eddy Gamarra Guzmán y Luis Rimachi Zarabia –miembros del Comité Especial de Contrataciones y Adquisiciones de la Municipalidad de Calca- como autores del delito de colusión desleal pues habrían concertado con Jorge Acurio Tito. Los indicios que llevarían a sospechar de la posible concertación subrepticia son los siguientes: i)

---

<sup>6</sup>MONTOYA VIVANCO, Yván y otros. *Ibidem*, p. 109.



Acurio Tito ya trabajaba para el municipio de Calca como servidor público y recibía un sueldo por planilla; ii) No existieron las bases administrativas que explicaran los factores de evaluación ni los criterios que permitan identificar la mejor propuesta; iii) Acurio fue contratado por adjudicación directa y de forma selectiva; iv) no se registró en el SEASE las convocatorias para las plazas de la obra Coliseo Cerrado de Calca y; v) Acurio, ya contratado como Residente de obra, no cumplió a cabalidad sus funciones y, sin embargo, recibió el total de sus remuneraciones a pesar de estar pactado que las remuneraciones por trabajar en la obra se pagarían de forma proporcional al avance de ésta -la obra quedó inconclusa y Acurio ya había recibido el total de su sueldo-.

La enumeración de estos indicios es muy relevante ya que el acuerdo colusorio debe ser clandestino.<sup>7</sup> Justamente por dicha naturaleza subrepticia o secreta, se requieren diversos indicios para poder probar judicialmente la existencia del acuerdo desleal. Los indicios enumerados en el párrafo anterior son, en conjunto, indicadores sumamente importantes para sospechar seriamente de la existencia de un acuerdo entre el comité de contrataciones y Acurio Tito.

Por otro lado, el tipo penal exige que el o los funcionarios públicos que se coludan lo hagan por razón o en virtud de su cargo. Queda claro que los miembros del comité de contrataciones ocupan una función pública que les permite determinar a quién otorgar la buena pro. Adicionalmente, el entonces alcalde Farfán Ríos podría ser considerado coautor del delito de colusión si se logra comprobar que intervino por razón de su cargo al elegir al comité de selección y aprobar la contratación de Acurio. Este último sería el interesado cómplice de este delito.

Un segundo hecho que puede ser considerado como posible colusión desleal es el referido a la compra de 18 000 bolsas de cemento que no todas llegaron a ingresar al almacén de la municipalidad. En referencia a este hecho, la acusación fiscal indicó que el entonces alcalde Farfán Ríos autorizó al Comité Especial de Contrataciones y Adquisiciones el adquirir 18 000 bolsas de cemento mediante un proceso de adjudicación de menor cuantía. Sin embargo, la municipalidad finalmente solo recibió la cantidad de 14 363 bolsas de cemento. En la acusación se señala que los registros (documento de Control Visible de Almacén de obra y Notas de Entrada y Salida de Almacenes de Obra) no

---

<sup>7</sup> MONTROYA VIVANCO, Yván. Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código Penal peruano. En: Actualidad Jurídica. N° 171. Lima, p. 100.

coincidirían con la cantidad total de cemento que ingresó al almacén de la obra. Estos indicios llevarían a analizar la posibilidad de la comisión de un delito de colusión que se habría dado en la fase de ejecución del contrato. En este caso la fase de ejecución del contrato sería la etapa de recepción de las bolsas de cemento en el almacén, de modo que si el total de bolsas contratadas no ingresa al almacén y no existe un registro de su ingreso estaríamos ante una clara irregularidad que reflejaría una defraudación al patrimonio del municipio pues éste habría pagado el total del precio pactado y, no obstante, no estaría recibiendo el total del producto pactado.

Sobre la compra de cemento, se podría indicar que el alcalde Farfán Ríos –quien autorizó la compra de las bolsas de cemento- y los miembros del comité especial serían coautores del delito de colusión, mientras que el proveedor de las bolsas de cemento –Teodoro Suca Mamani- sería el particular interesado y cómplice de este delito.

Finalmente, un tercer hecho a analizar es el alquiler de un camión volquete para eliminar desmonte de la obra Coliseo Cerrado de Calca. En la acusación fiscal se establece que el señor Nicolás Rivera entregó una propuesta como postor para alquilar un volquete. En la propuesta habría consignado una placa distinta a la del volquete que en los hechos alquiló. La Zona Registral X de Cusco entregó información que acreditaba que la placa real del volquete pertenecía al residente de la obra Acurio Tito y no a Nicolás Rivera. No obstante la falsedad de la información vertida en la propuesta – la cual pudo haberse verificado por el Comité de contrataciones y adquisiciones pidiendo oportunamente la información que la Zona Registral X tenía- el comité contrató con Nicolás Rivera y, cuando el volquete ya se encontraba en actividad, Acurio Tito brindó su visto bueno al servicio prestado por dicho camión.

Otro indicio importante de mencionar es la prohibición que existe por parte de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, que en su artículo 63° proscribire las relaciones comerciales indirectas entre una municipalidad y un funcionario público como lo es el residente de obra Acurio Tito.

Así pues, existen algunos indicios para considerar la posible gestación de un acuerdo subrepticio entre los miembros del comité de contrataciones y Acurio Tito. Los funcionarios del comité se encontraban en una posición, en virtud de su cargo, de decidir o dirigir la contratación del camión.

### ***Sobre el delito de negociación incompatible***

El tipo penal de negociación incompatible vigente al momento de la supuesta comisión de los hechos era el siguiente:

“Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.”

En el presente caso se acusa de la posible comisión del delito de negociación incompatible respecto de la suscripción del contrato de alquiler del camión volquete efectuada entre el Comité de Contrataciones y Adquisiciones de la Municipalidad y el señor Nicolás Rivera –supuesto dueño del volquete-. De las pruebas actuadas en el caso, parece quedar acreditado que el volquete era de propiedad, en realidad, del residente de obra Jorge Acurio Tito. Siendo esto así, se puede apreciar una clara incompatibilidad de intereses pues –como ya ha sido explicado anteriormente- se encuentra prohibida una contratación de este tipo. Adicionalmente, se descubrió que la propuesta presentada por Nicolás Rivera consignaba datos que no habrían sido reales respecto al volquete, lo cual constituye un indicio más de la irregularidad de esta contratación. Si bien Acurio no tenía poder de decisión sobre la aprobación de dicho contrato de alquiler, lo cierto es que sí dio su visto bueno respecto del trabajo de recojo de desmonte realizado por el volquete una vez que este fue alquilado por el municipio. Esto, sumado al hecho de que el volquete era suyo y que se utilizó a una persona interpuesta –Nicolás Rivera- y se usaron datos falsos en la propuesta, nos lleva a sospechar de la manifestación clara de un interés incompatible y unilateral por parte de Acurio Tito sobre la contratación del volquete.

Es necesario recordar que el delito de negociación incompatible es un delito de naturaleza unilateral, esto quiere decir que el tipo penal no requiere de una concertación con otra persona, sino que solo exige que el funcionario público manifieste un interés, por razón de su cargo, sobre una operación contractual donde participe el Estado. Sobre

este punto, Salinas Siccha considera que “interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y<sup>8</sup>, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas.” En el presente caso, Acurio argumenta que no tenía como saber que el volquete que se había alquilado era de su propiedad al momento en que Nicolás Rivera presentó su propuesta. Sin embargo, cuando el volquete ya estaba brindando el servicio de recojo de desmonte, Acurio dio el visto bueno a dicho trabajo, por lo tanto, al menos en la fase de ejecución del contrato, Acurio ya sabía que era su volquete y aun así dio su visto bueno para que este siguiera trabajando lo cual es una manifestación clara de su interés incompatible.

Por otro lado, si bien el tipo penal no exige un ánimo de lucro respecto al interés manifestado por el funcionario público, lo cierto es que dicho interés puede ser impuesto con aquella finalidad. En el presente caso, no puede descartarse que, al ser el volquete propiedad de Acurio, este estuviera interesado en que el camión sea alquilado por el municipio y así tener un ingreso económico adicional a sus remuneraciones –también controvertidas en este caso-.

Adicionalmente, es relevante recalcar que aunque se argumente que el volquete prestó realmente el servicio para el traslado de desmonte y que, por lo tanto, no se generó ningún perjuicio económico a la Municipalidad ni a la obra, esto no quiere decir que el delito de negociación no pueda haberse cometido. Y es que “el interesarse no siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la administración pública”<sup>9</sup>. En la misma línea se ha pronunciado Rojas al señalar que “el tipo no requiere para su consumación que se produzca efectivamente el provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato y operación, incluso puede existir ventaja para el Estado (...)”<sup>10</sup>. Lo que se castiga es, entonces, la incompatibilidad de intereses entre los del funcionario –quien al manifestar su interés privado deja de cumplir su función de representar al Estado y velar por los intereses de éste- y los de la administración pública.

En conclusión, en tanto el delito de negociación incompatible es un delito unilateral pues solo exige la manifestación del interés del sujeto activo y no exige una concertación con

<sup>8</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley, 2011, p. 555.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>10</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Lima: Grijley, 2007, pp. 825-826.

otras personas, podemos decir que en el presente caso consideramos correcto que se esté procesando a Acurio como posible autor del delito de negociación incompatible pues el hecho de que sea su volquete el que fue alquilado por el municipio, aunado al visto bueno que Acurio dio sobre el trabajo de dicho camión hace que quede clara la manifestación concreta de su interés privado e incompatible.

## VI. CONCLUSIÓN FINAL

Luego del análisis de las diversas piezas procesales elegidas para la elaboración de esta crónica judicial se puede concluir que la labor de la fiscalía, al menos en lo que respecta a la elaboración de la acusación complementaria, ha sido llevada a cabo con varias insuficiencias en su argumentación. La calificación de los hechos no es clara y la fundamentación empleada para dicha calificación tampoco parece ser lo suficientemente precisa. Estas deficiencias pueden constituir, posteriormente, obstáculos para el procesamiento adecuado de un caso tan relevante de corrupción como lo es el presente.

Asimismo, la labor realizada por la Corte Superior en la emisión de la sentencia de primera instancia deja mucho que desear por su falta de congruencia y rectitud en la fundamentación de su decisión, así como en la valoración de las pruebas presentadas. No obstante, esperamos que la acusación actual haya superado dichas insuficiencias y se pueda llegar a una sentencia coherente y efectiva en virtud de los múltiples elementos probatorios que este caso presenta para acreditar la comisión de diversos delitos de corrupción en torno a la obra Coliseo Cerrado de Calca.