

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-1-**

Lima, diecisiete de marzo dos mil diez.-

**VISTOS**; oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Alex Ortega Rivas, el señor Fiscal Superior en lo Penal de Tacna y el señor Procurador Público anticorrupción descentralizado de Tacna contra la sentencia de fojas siete mil trescientos cincuenta y ocho, del trece de enero de dos mil nueve, en cuanto (i) condenó a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani y Alex Ortega Rivas como autores de los delitos de peculado doloso y peculado de uso en agravio de la Municipalidad distrital de Alto de la Alianza; y (ii) absolvió a: 1. Arturo Federico Mosto Vildoso de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de peculado doloso y peculado de uso; 2. Jacinto Eleodoro Gómez Mamani de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de malversación, exacción ilegal, colusión y falsedad ideológica. 3. Alberto Eleuterio Cussi Copa y Walter Hipólito Zegarra Rivera de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de exacción ilegal, peculado doloso y malversación; 4. Juan Víctor Gutiérrez Mamani, de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de exacción ilegal, usurpación de funciones, colusión y peculado; 5. Lucio Cave Durand, Boris Iván Alfaro Moran, Zacarías Huayllani Peña y Raúl Roberto Rodríguez Flores de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de exacción ilegal. 6. Luis Arturo Salinas Condori de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado; 7. Edmundo Cipriano Francisco Gutiérrez Gutiérrez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de malversación y usurpación de funciones; 8. Edgar Alberto Miranda Quispe y Rocío Isabel Yupanqui Loza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de usurpación de funciones. 9. Dante Armando Roberto Cervantes Anaya de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión; 10. Arnaldo Leyva Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de colusión y peculado. Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-2-**

**ANTECEDENTES.**

**Primero.-** Que la Primera Sala Penal Liquidadora Transitoria de la Corte Superior de Tacna, previo juicio oral, público y contradictorio, dictó la sentencia de fojas siete mil trescientos cincuenta y ocho, del trece de enero de dos mil nueve, contiene dos extremos. El primero, condenó a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani y Alex Ortega Rivas como autores de los delitos de peculado doloso y peculado de uso en agravio de la Municipalidad distrital de Alto de la Alianza a tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente e inhabilitación por un año, así como fijó en diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil. El segundo, absolvió a los siguientes imputados por los delitos correspondientes en agravio del Estado - Municipalidad distrital Alto de la Alianza; son: 1. Arturo Federico Mosto Vildoso de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de peculado doloso y peculado de uso; 2. Jacinto Eleodoro Gómez Mamani de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de malversación, exacción ilegal, colusión y falsedad ideológica; 3. Alberto Eleuterio Cussi Copa y Walter Hipólito Zegarra Rivera de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de exacción ilegal, peculado doloso y malversación; 4. Juan Víctor Gutiérrez Mamani, de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de exacción ilegal, usurpación de funciones, colusión y peculado; 5. Lucio Cave Durand, Boris Iván Alfaro Moran, Zacarías Huayllani Peña y Raúl Roberto Rodríguez Flores de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de exacción ilegal. 6. Luis Arturo Salinas Condori de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado; 7. Edmundo Cipriano Francisco Gutiérrez Gutiérrez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de malversación y usurpación de funciones; 8. Edgar Alberto Miranda Quispe y Rocío Isabel Yupanqui Loza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de usurpación de funciones. 9. Dante Armando Roberto Cervantes Anaya de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión; 10. Arnaldo Leyva Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de colusión y peculado.

**Segundo.-** Que contra los extremos condenatorio y absolutorio de la aludida

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-3-**

sentencia interpusieron recurso de nulidad la Fiscalía Superior, la Procuraduría Pública del Estado y el encausado Alex Ortega Rivas.

Sus agravios son los siguientes:

A. El encausado Ortega Rivas en su recurso formalizado de fojas siete mil cuatrocientos sesenta y cuatro protesta inocencia. Afirma que la imputación por delitos de peculado doloso y de uso es genérica. Sólo existe la imputación de Ríos Ticona que en un inicio fue igualmente denunciado y que carece de imparcialidad. La acusación no se acompañó con las respectivas pruebas objetivas e idóneas -como es el caso de la prueba documental-. El Fiscal no cumplió con la carga de la prueba, al no aportar prueba documental y personal.

Se ha demostrado que no hizo uso de los bienes muebles -fumadora, mezcladora- de la Municipalidad agraviada, menos que se apropió de las cintas de video que se encontró en el domicilio de Ríos Ticona.

B. El señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas siete cuatrocientos veinticuatro:

1. Solicita se declare nulo el extremo absolutorio de Jacinto Eleodoro Gómez Mamani por delito de exacción ilegal, y de este último y Dante Armando Roberto Cervantes Anaya por delito de colusión.
2. Cuestiona que el Tribunal en el fundamento jurídico sexto consideró atípica la conducta atribuida a Gómez Mamani por delito de exacción ilegal. Éste aprobó la liquidación de beneficios sociales aplicando indebidamente un pacto colectivo de trabajo, así como aprobó la liquidación de beneficios sociales por compensación de vacaciones de años anteriores, en contravención a lo dispuesto por la ley. Estima que la Sala debió aplicar la determinación alternativa del tipo legal y, en su caso, condenarlo por peculado doloso, evitando dejar impune esa conducta.
3. Objeta que la Sala sentenciadora en el fundamento jurídico duodécimo que glosa dieciocho indicios sopesando, contradictoriamente, con cuatro elementos excúpatenos propuestos por la defensa. El conjunto de pruebas de cargo acreditan la participación de Gómez Mamani y Cervantes Anaya en el delito de "colusión, porque en el contrato que ambos suscribieron existió concierto de voluntades para perjudicar al Estado, en tanto este contrato no cumplió con sus

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-4-**

finés.

C. El señor Procurador Público en su recurso formalizado de fojas siete mil cuatrocientos cincuenta y siete impugna el extremo absolutorio de la sentencia, y pide se declare su nulidad. Así:

1. Respecto del delito de peculado doloso, los hechos han sido probados en el juicio oral. Gómez Mamani dio consentimiento para el traslado de bienes de la Municipalidad al domicilio de Ríos Ticona, los cuales estaban bajo la custodia de Ortega Rivas. El encausado Mosto Vildoso conoció del uso de los bienes como Jefe de Relaciones Públicas de la Municipalidad agraviada.

2. En lo concerniente al delito de malversación, Gómez Mamani conocía y dispuso que Ríos Ticona sea incluido y se le abone su remuneración en la planilla de obras, pese a que el servicio que brindaba a la Municipalidad era de seguridad ciudadana, lo que fue admitido por este último.

3. En cuanto al delito de exacción ilegal, Gómez Mamani emitió dos resoluciones y se hizo pagar vacaciones truncas. En esas dos resoluciones aprobó liquidación de beneficios sociales en concierto con Cussi Copa, Zegarra Rivera, Cave Durand y Gutiérrez Mamani, así como en las vacaciones truncas, vulnerando normas administrativas.

4. En lo atinente al delito de usurpación de funciones, los acusados ejercieron funciones jefaturales sólo con simples memorandos, como lo reconocieron en los debates orales . Ello demuestra que la contratación de Cervantes Anaya no existió, sólo era figurativa.

5. En lo relativo al delito de colusión, la contratación de Cervantes Anaya fue irregular. La oficina de Asesoría Legal no emitió requerimiento alguno, además fue figurativa porque se probó que no realizó servicio alguno que demuestre la efectiva actuación como asesor. Se le pagó sin que exista informe que sustente su labor como asesor externo de la Municipalidad. No se ha valorado la pericia contable, que en su conclusión tres determina los hechos cuestionados. La defraudación asciende a veintisiete mil doscientos veinte nuevos soles, según el informe pericial de fojas cuatro mil quinientos cincuenta y siete. Tampoco se ha valorado el Informe número 023-2003- UL-OADM, que es prueba preconstituida e

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-5-**

indica que Cervantes Anaya fue personero legal de Gómez Mamani.

6. En relación al delito de falsedad ideológica, Ríos Ticona fue contratado como servidor de construcción civil cuando en realidad trabajaba en seguridad ciudadana, lo que afecta la fe pública porque se faltó a la verdad.

**Tercero-** Que concedido el recurso de nulidad a los tres impugnantes, elevada la causa a este Supremo Tribunal, corrida vista fiscal, emitido el dictamen correspondiente en el sentido de que se declare nulo el fallo en el extremo que absuelve a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Dante Armando Roberto Cervantes Anaya, Juan Víctor Gutiérrez Mamani y Arnaldo Leyva Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión, y se declare no haber nulidad en los demás puntos recurridos, fijada fecha para la vista de la causa en audiencia pública, producido el informe oral del abogado asistente -encargado de la defensa del encausado absuelto Cervantes Anaya- y el informe de hecho a cargo del encausado Cervantes Anaya conforme aparece de la constancia de Relatoría, y realizada la deliberación y correspondiente votación de la causa, corresponde absolver el grado.

**CONSIDERANDO:**

**Primero-** Que el presente proceso es el resultado de cuatro causas acumuladas, como consta de fojas mil ciento ochenta y siete, dos mil novecientos cuarenta y ocho, y cuatro mil cincuenta y nueve. Los cargos expuestos en la acusación de fojas cinco mil doscientos sesenta son:

*A. Expediente acumulado número 2003-0180 y 2003-0337.*

1. Cargo por delito de peculado. Atribuido a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Alcalde; Arturo Federico Mosto Vildoso, Jefe de Relaciones Públicas; Alex Ortega Rivas, Encargado de la Oficina de Imagen Institucional; y Richard Ríos Ticona, personal de seguridad ciudadana. Todos ellos de la Municipalidad distrital de Alto de la Alianza. Con motivo de la difusión de un video vinculado a los imputados, se

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-6-**

allanó el domicilio de Ríos Ticona, de donde se incautó ciento cuarenta y siete cintas de video VHS, veintiún audios, sesenta y cinco fotografías y cinco cuadros de la Municipalidad agraviada. Los bienes incautados, tales como una cámara fumadora, una editora y una mezcladora de audio, de propiedad de la Municipalidad, fueron sustraídos por el encausado Ortega Rivas de la oficina de Imagen Institucional que dirigía, quien tenía las llaves de dicha oficina. Ríos Ticona ayudó al traslado de dichos bienes por orden de Gómez Mamani y Ortega Rivas con el objeto de manejar la campaña política del primero. Se adquirieron mil trescientos tres videos pero sólo se entregaron a la nueva gestión municipal cincuenta y ocho videos. Los bienes encontrados en la diligencia de allanamiento fueron sustraídos por Ortega Rivas con el 'consentimiento de sus jefes Mosto Vildoso y Gómez Mamani. Ríos Ticona actuó obedeciendo órdenes y fue quien denunció los hechos, a partir de lo cual se pudo recuperarlos.

2. Cargo por delito de peculado de uso. Atribuido al Alcalde Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Alex Ortega Rivas y Arturo Federico Mosto Vildoso. Este utilizó bienes de la Municipalidad en las campañas políticas proselitistas para las elecciones a la Presidencia de la República en apoyo al ex Presidente Fujimori Fujimori y Absalón Vásquez. Se usaron el tabladillo y toldo de la Municipalidad, así como videos y fumadoras de la institución.

3. Cargo por delito de falsedad ideológica. El encausado Jacinto Eleodoro Gómez Mamani dispuso e hizo insertar al servidor Richard Ríos Ticona en la planilla destinada a la construcción de obras, pese a que éste trabajó en seguridad ciudadana.

4. Cargo por delito de malversación de fondos. El acusado Jacinto Eleodoro Gómez Mamani dio al dinero destinado para la construcción de obras una aplicación distinta: pagar a los trabajadores de seguridad ciudadana, afectando la construcción de obras municipales. Es el caso específico de Richard Ríos Ticona.

***B. Expediente acumulado número 2004-090.***

1. Cargo por delito de abuso de autoridad. El acusado Jacinto Eleodoro Gómez Mamani designó arbitrariamente, al margen de la ley, con simples memorandos a

## **SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-7-**

Juan Víctor Gutiérrez Mamani -Jefe de la División de Catastro Urbano y Margesí, y, luego, de la Oficina de Asesoría Legal-. Además, nombró sin concurso a este último como Jefe de la Oficina de Asesoría Legal. También designó por memorando a Edgar Alberto Miranda Quispe como Jefe de Abastecimiento, a Edmundo Gutiérrez Gutiérrez como Jefe de Planificación, Presupuesto e Informática. Finalmente, hizo lo propio con Rocío Isabel Yupanqui Loza, a quien nombró Jefe de Personal.

2. Cargo por delito de exacción ilegal. El acusado Jacinto Eleodoro Gómez Mamani por Resolución de Alcaldía aprobó la liquidación de sus beneficios sociales no debidos por cuarenta y siete mil seiscientos cuarenta y dos nuevos soles con dos céntimos, y al respecto se hizo girar dos cheques. También mediante otra Resolución de Alcaldía aprobó la liquidación de beneficios sociales por concepto de compensación vacaciones por diez mil novecientos veinticinco nuevos soles con cuarenta céntimos. En estos trámites ilegales intervinieron como cómplices Alberto Eleuterio Cussi Copa -Director Municipal-, Walter Hipólito Zegarra Rivera -Director de la Oficina de Administración-, Lucio Cave Durand -Jefe de la Oficina de Contabilidad-, y Juan Víctor Gutiérrez Mamani -Asesor Legal. Además se imputa haberse hecho pagar viáticos sólo con declaraciones juradas sin sustento legal y excediéndose el tope para las declaraciones juradas a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Alberto Eleuterio Cussi Copa, Walter Hipólito Zegarra Rivera, Juan Víctor Gutiérrez Mamani, Lucio Cave Durand, Boris Iván Alfaro Moran, Zacarías Huayllani Peña y Raúl Roberto Rodríguez Flores.

3. Cargo por delito de peculado doloso. Los acusados Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Lucio Cussi Copa, Walter Hipólito Zegarra Rivera y Luis Arturo Salinas Condori -Alcalde, Director Municipal, Director de la Oficina de Administración, y Administrador del grifo municipal, respectivamente-, que tenían a su cargo la Administración del grifo municipal, permitieron que terceros se beneficien con el combustible por un monto de cincuenta y siete mil seiscientos diez nuevos soles con ochenta y siete céntimos. La supervisión les estaba confiada a ellos.

4. Cargo por delito de malversación. Los acusados Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Alberto Eleuterio Cussi Copa, Walter Hipólito Zegarra Rivera y Edmundo

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-8-**

Cipriano Gutiérrez Gutiérrez dieron una aplicación diferente a los dineros del canon minero y donaciones. Afectaron obras de apoyo social, servicios de emergencia y demás servicios hasta por doscientos veintisiete mil noventa y siete nuevos soles con nueve céntimos.

5. Cargo por delito de usurpación defunciones. Los encausados Juan Víctor Gutiérrez Mamani, Edgar Alberto Miranda Quispe, Edmundo Cipriano Francisco Gutiérrez Gutiérrez y Rocío Isabel Yupanqui Loza, ejercieron cargos institucionales sin contrato ni resolución de nombramiento, sólo por memorandos firmados por el Alcalde Gómez Mamani, pese a su expresa prohibición legal.

6. Cargo por delito de colusión. El acusado Jacinto Eleodoro Gómez Mamani canceló en exceso sumas adicionales en la construcción de la Plaza José de San Martín y en la remodelación de la Plaza José Olaya por cuatrocientos veintidós mil veinticuatro nuevos soles con doce céntimos, vulnerando la ley de contrataciones del Estado, que prohíbe pagos adicionales que superen el quince por ciento sin debida justificación. De ello se infiere que el citado imputado intervino en tales liquidaciones en evidente concertación con los interesados defraudando al Estado.

*C. Expediente acumulado número 2004-0039.*

1. Cargo por delito de colusión. El encausado Jacinto Eleodoro Gómez Mamani se concertó con el acusado Dante Armando Roberto Cervantes Anaya al celebrar cinco contratos de prestación de servicios no personales simulados -obviando siquiera los pasos formales para la contratación-, pues sirvieron para justificar el pago de labores no realizadas. En estos hechos participaron Arnaldo Leyva Mendoza y Juan Víctor Gutiérrez Mamani porque dieron su conformidad o visto bueno a esos pagos indebidos.

2. Cargo por delito de peculado. Los acusados Jacinto Eleodoro Gómez Mamani y Alberto Eleuterio Cussi Copa -Alcalde y Director Municipal, respectivamente- permitieron que Dante Armando Cervantes Anaya se apropie de la suma de veintisiete mil doscientos veinte nuevos soles. Leyva Mendoza y Gutiérrez Mamani emitieron informes legales sin sustento que permitieron el pago de esos montos



**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-9-**

en perjuicio de la Municipalidad.

**Segundo.-** Que, en atención a que se trata de varios hechos respecto de los cuales se han formulado diversos cargos contra diversas personas, entre funcionarios y servidores municipales y extraños a la administración municipal, corresponde analizarlos separadamente. Primero se examinará el extremo absolutorio de la sentencia -cargo por cargo- y, al final, la parte condenatoria.

**Tercero-** Que el cargo por delito de exacción ilegal se atribuyó a los acusados Gómez Mamani -como autor-, y a Gussi Copa, Zegarrá Rivera, Cave Durand y Gutiérrez Mamani -como cómplices-. Está referido a la emisión de dos Resoluciones de Alcaldía que aprobaron la liquidación de beneficios sociales no debidos y por compensación vacacional a favor del ex Alcalde imputado Gómez Mamani. En ambos casos este último se hizo pagar, de un lado, cuarenta y siete mil seiscientos cuarenta y dos nuevos soles con dos céntimos, y, de otro, diez mil novecientos veinticinco nuevos soles con cuarenta céntimos.

La sentencia recurrida estimó que esos hechos son atípicos desde el delito de exacción ilegal pues no se trató de montos que ingresaron al Estado. No es así, el indicado delito importa, entre otras posibilidades normativamente advertidas, un abuso del cargo y hacerse pagar emolumentos no debidos, supuesto en el cual obviamente lo que se obtenga no ingresa al Fisco. En este caso, los emolumentos -en cuyo amplio concepto están incluidos pagos por beneficios sociales- se obtuvieron de la propia Administración para que el funcionario obtenga, para sí, un monto no debido mediante un acto de engaño que importó la burla de la normatividad vigente en la materia, operación en la que intervinieron varios funcionarios públicos. La obvia ilegalidad de lo que se obtuvo de la propia Municipalidad, valiéndose del cargo que todos ellos ostentaban, permite sostener que a sabiendas -dolosamente-concurrieron en su comisión.

La supuesta atipicidad no es tal. La conducta acusada es penalmente típica. En consecuencia, y por estos fundamentos, debe ampararse la impugnación.

**Cuarto-** Que el cargo por delito de colusión ilegal se atribuye a Gómez Mamani

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-10-**

como Alcalde, a Leyva Mendoza y Gutiérrez Mamani como funcionarios municipales, y a Cervantes Anaya como particular que contrató con la Municipalidad. Se afirma que se celebraron cinco contratos de prestación de servicios no personales simulados, sin que exista requerimiento o necesidad de contratar sin concurso ni observar los procedimientos de contratación pública, y además sin que Cervantes Anaya realice las labores de asesoría legal y patrocinio judicial a las que se habría comprometido. Leyva Mendoza y Gutiérrez Mamani dieron el visto bueno a esta operación. Los contratos de servicios profesionales importaron un monto de veintisiete mil doscientos veinte nuevos soles. La sentencia recurrida consideró que existió duda respecto de los hechos acusados, pues aparecen evidencias de actividad de asesoría legal efectiva prestada por el acusado Cervantes Anaya -en los procesos en los que afirmó haber intervenido y dieron cuenta las copias presentadas no se ha descartado que efectivamente ejerció un patrocinio efectivo-. Además en un informe del Asesor Legal de la Municipalidad, aunque de fecha posterior,, se da cuenta de los problemas judiciales de la institución y la necesidad de contar con un asesor externo para superarlos [fojas siete mil ciento sesenta y tres]; la dimensión del problema era pues real, no hay prueba de lo contrario. El fallo también acepta el conjunto de irregularidades en la contratación, en la prestación del servicio de asesoría y patrocinio jurídico y en los pagos que se hizo al imputado.

El tipo legal de colusión, previsto y sancionado por el artículo 384° del Código Penal, requiere que el agente público se concierta subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permita en un proceso de contratación pública y, con ello, defraude económicamente a la entidad pública concernida. Se ha de realizar maniobras de engaño, llevar a cabo diversas modalidades confabulatorias enderezadas a perjudicar económicamente a la Administración, a lesionar los intereses patrimoniales o la regularidad y corrección del servicio público.\_Las vinculaciones personales entre el encausado Gómez Mamani y el acusado Cervantes Anaya no están en discusión; tampoco su competencia profesional, de suerte que el objeto de los contratos cuestionados no eran ajeno a sus destrezas jurídicas. Es de establecer si la contratación fue o no subrepticia y si se

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-11-**

establecieron condiciones contractuales menos ventajosas para la Municipalidad de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación. Los contratos contienen los vistos buenos de diversas áreas de la Municipalidad -están firmados por varios funcionarios públicos-, y en el proceso de contratación no se exige, dado lo personalísimo del servicio y los montos involucrados, un concurso de precios, menos una licitación. Por lo demás, el hecho mismo de la intervención de diversos funcionarios y que en autos consten varios escritos y documentación cursada por el encausado Cervantes Anaya en el período de la vigencia de los contratos que celebró con la Municipalidad agraviada, revela que realizó concretas tareas de asesoría y patrocinio judicial, y que éstas eran necesarias -el informe antes citado da cuenta de la multiplicidad de problemas judiciales de la Municipalidad, que desde luego no se iniciaron cuando el informe se realizó; no se estaba ante un panorama de conflictividad judicial favorable que permita sostener enfáticamente que el patrocinio externo no era necesario y, por tanto, que se simuló una asesoría que no se requería—. Distinto es, por cierto, si la intervención del encausado Cervantes Anaya fue o no efectiva -su nivel de efectividad-, si el proceso de contratación y su ejecución presentó o no alguna irregularidad, o si se logró éxitos concretos para la Municipalidad -por lo demás, no hay aporte probatorio en uno u otro sentido-. Si medió un servicio profesional que en efecto se prestó -al margen del juicio de valor que pueda merecer la calidad del servicio realizado-, si en la contratación no mediaron maniobras de engaño, si la contraprestación recibida no fue exagerada -no se ha probado que pudo efectuarse una negociación en mejores condiciones-, no es posible concluir que el contrato fue en sí mismo defraudatorio o persiguió fines defraudatorios, lesivos al interés jurídico tutelado. No puede afirmarse, por falta de pruebas, que el contrato encubrió unos pagos para fines distintos a los expuestos, solventó indebidamente favores políticos o de otra índole, o cubrió expectativas diferentes a las propiamente municipales. La impugnación debe desestimarse.

**Quinto.-** Que el cargo por delito de malversación se circunscribe a la desviación presupuestal dispuesta por el encausado Gómez Mamani consistente en haber

## **SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-12-**

destinado dinero para la construcción de obras al pago de trabajadores de seguridad ciudadana, afectando la realización de las obras programadas por la Municipalidad. Éste es el caso de Ríos Ticona. La sentencia, empero, precisó que no se acreditó que las obras en que debió trabajar Ríos Ticona no se realizaron o se postergaron, por lo que se afectó el servicio o la función encomendada.

El tipo legal de malversación -artículo 389° del Código Penal, modificado por la Ley número 27151-, requiere la afectación al servicio público o a la función pública encomendada como resultado de la conducta indebida del agente. El daño al servicio o a la función es esencial para la configuración del delito; este resultado típico exige que peligre la ejecución del servicio, se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta. No existe, al efecto, dato probatorio, pericialmente consolidado, que demuestre que las obras, de uno u otro modo, se perjudicaron con la desviación de fondos dispuesta por el imputado Gómez Mamani. Esa falta de pruebas determina la legalidad y corrección de la absolución. La impugnación debe desestimarse.

**Sexto.-** Que el cargo por delito de usurpación de funciones está referido a los memorandos emitidos por el encausado Gómez Mamani mediante los cuales, contraviniendo el artículo 3° del Decreto Supremo número 005-90-PCM, en cuya virtud los encausados Gutiérrez Mamani, Miranda Quispe, Gutiérrez Gutiérrez y Yupanqui Loza ejercieron los cargos de Jefe de División de Catastro Urbano y Margesi/Asesor Legal, Jefe de Abastecimiento, Jefe de Planificación, Presupuesto e Informática y Jefe de Personal, respectivamente.

El tipo legal de usurpación de funciones sanciona al que ejerce ilegítimamente, sin título ni nombramiento, funciones públicas, es decir, realiza actos que son propios de una determinada función pública propia de un funcionario. Los encausados ejercieron los cargos en cuestión al amparo de un acto administrativo de la máxima autoridad municipal; si bien ese acto no era el legalmente exigible, no puede reputarse delictiva la conducta de quienes ejercieron el cargo objeto de designación por la autoridad competente. No concurre el elemento subjetivo, los imputados no actuaron a sabiendas de la ilegalidad de la designación. La

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-13-**

impugnación debe desestimarse..

**Séptimo.-** Que el cargo por delito de falsedad ideológica estriba en que el encausado Gómez Mamani dispuso incorporar al servidor Ríos Ticona en la planilla destinada a la construcción de obras, pese a que trabajó en el área de seguridad ciudadana, tal como este último lo reconoció. La sentencia precisó al respecto que las planillas constituyen comprobantes de pago de haberes, en los que se consigna el monto de las remuneraciones pagadas y el servicio prestado o lugar de prestación de los mismos, pero no acreditan el trabajo real y efectivo desarrollado por el trabajador al interior de la municipalidad.

El delito de falsedad ideológica, previsto y sancionado por el artículo 428° del Código Penal, requiere que en el documento público, externamente verdadero, se introducen de forma abierta o atípica hechos falsos concernientes a lo que esta clase de documentos públicos están destinados a probar por sí mismos. El agente se sirve de los medios de autenticidad oficiales para hacer aparecer como oficialmente garantizada la prueba de un hecho. La falsedad introducida en el documento sólo es aquella que recae sobre el hecho que el instrumento mismo prueba erga omnes. Así las cosas, las planillas de pago no prueban en si mismas que el trabajador Ríos Ticona realizó tareas distintas merced a una conducta ciertamente de simulación dispuesta por el imputado Gómez Mamani. Con la planilla de pago no se prueba directamente un trabajo no ejercido o que se laboraba en otra área de la Municipalidad. No puede confundirse la falsedad con la simulación; ésta última no integra el supuesto típico de falsedad ideológica o histórica. La impugnación debe desestimarse.

**Octavo.-** Que, en cuanto a la condena por delitos de peculado doloso y de uso imputada al encausado Gómez Mamani y al acusado recurrente Ortega Rivas, se tiene, en primer lugar, que la acusación también comprendió a Mosto Vildoso, Jefe de la Oficina de Imagen Institucional, pero fue absuelto sin oposición del Fiscal; en segundo lugar, que en el domicilio del servidor Ríos Ticona, a partir de su versión, se incautaron videos, audios, fotografías y cuadros [véase acta de incautación de

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-14-**

fojas veintiocho]; en tercer lugar, que los bienes fueron extraídos del lugar oficial donde se encontraban para servir a la campaña política de Gómez Mamani; en cuarto lugar, que del total de casetes de video (mil trescientos tres) sólo fueron entregados cincuenta y ocho a la nueva administración municipal [véase cuadro comparativo de fojas noventa y uno del anexo cinco]; en quinto lugar, sólo se devolvieron por partes hasta el quince de diciembre de dos mil dos, la cámara fumadora, una editora y una mezcladora de audio [véase confrontación de fojas ciento cincuenta y seis]. Por otro lado, el encausado Gómez Mamani utilizó bienes municipales en las campañas políticas del candidato presidencial del año dos mil y de su propia campaña, tales como la fumadora de propiedad de la Municipalidad -la sentencia no consideró probado el uso de toldos y tabladillos para los mítines [véase folio diez de la referida sentencia]-. Existen actas y reconocimientos de testigos -Mosto Vildoso, Ríos Ticona, Gómez Mamani-.

Las pruebas citadas y analizadas en la sentencia son especialmente relevantes y definitivas; éstas son plurales y unívocas, no hay duda de su credibilidad y consistencia; el conjunto de evidencias acopiadas y la cantidad de bienes involucrados persuaden de que no pudo ser obra de una persona de mando intermedio distinta del Jefe de Imagen Institucional y, por lo demás, sirvieron al propósito político de la reelección y apoyo a la campaña para las elecciones generales, es decir, sirvió al Alcalde, de quien estaba vinculado el directo beneficiario de esa conducta delictiva, por lo que, no podría ser ajeno a ella. El imputado Ortega Rivas, quien tenía el poder de disposición de los bienes municipales en cuestión, en concierto con el Alcalde Gómez Mamani, dispuso el apoderamiento de bienes municipales, que éste último utilizó -parte de ellos- en sus propios fines, por completo ajenos a la función municipal.

La Procuraduría Pública ha cuestionado la absolución del acusado Mosto Vildoso, pues señaló que tenía pleno conocimiento del uso de los bienes como Jefe de Relaciones Públicas de la Municipalidad. Empero, no se ha probado fehacientemente concierto con el Alcalde Gómez Mamani y el Jefe de la Oficina de Imagen Institucional Ortega Rivas para el apoderamiento y el uso indebido de bienes públicos -la prueba personal no apunta en esa dirección-. A lo más está

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-15-**

acreditada una conducta negligente, que permitió la comisión del delito de peculado por sus coimputados Gómez Mamani y Ortega Rivas, que -como indica la sentencia recurrida-ya prescribió por el tiempo transcurrido. La impugnación debe desestimarse. La condena está arreglada a derecho.

**Noveno.-** Que el cargo por delito de peculado doloso está referido a la sustracción de bienes públicos municipales: cintas VHS, casetes de audio, fotografías, cuadros, cámara fumadora, mezcladora de audio y otros, que estaban bajo la custodia de Ortega Rivas, ha sido objeto de condena contra Gómez Mamani y Ortega Rivas. No se acusó a Ríos Ticona -así se advierte de la acusación de fojas cinco mil doscientos sesenta-. Tampoco existe exigencia de más pena a la impuesta. Por consiguiente, no existe agravio que sea del caso pronunciarse. La impugnación se sustentó en una premisa falsa.

**Décimo.-** Que, de otro lado, si bien el Procurador Público mencionó que impugnaba la absolución de todos los encausados es de precisar lo siguiente: A.- En cuanto al delito de exacción ilegal, examinado en el fundamento jurídico tercero de la presente Ejecutoria, en la precisión de sus propios agravios sólo hizo mención a los hechos que dieron lugar a la emisión de las Resoluciones de Alcaldía número 528-2002-A-MDAA, 436-2002-A-MDAA y pago de vacaciones truncas. No mencionó el otro cargo por el referido delito, circunscripto al pago de viáticos por un monto objetado de cinco mil cuatrocientos noventa y dos nuevos soles con veintiséis céntimos, atribuido a Gómez Mamani, Cussi Copa, Zegarra Rivera, Gutiérrez Mamani, Cave Durand, Alfaro Moran, Huayllani Peña y Rodríguez Flores. B.- En lo referente al abuso de autoridad obvió precisar los hechos que atribuyen responsabilidad penal a Gómez Mamani por designar arbitrariamente con simples memorandos a Gutiérrez Mamani, Edgar Alberto Miranda Quispe, Edmundo Gutiérrez Gutiérrez y Rocío Isabel Yupanqui Loza, como Jefe de la División de Catastro Urbano y Margesí -luego Jefe de la Oficina de Asesoría Legal-, Jefe de Abastecimiento, Jefe de Planificación, Presupuesto e Informática y Jefe de Personal, respectivamente.

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-16-**

C.- En lo atinente al delito de peculado doloso, no señaló un segundo cargo -distinto del examinado en el fundamento jurídico noveno de ésta ejecutoria- que implica a Gómez Mamani, Lucio Cussi Copa, Walter Hipólito Zegarra Rivera y Luis Arturo Salinas Condori -en su condición de Alcalde, Director Municipal, Director de la Oficina de Administración, y Administrador del grifo municipal, respectivamente-, por cuanto tenían a su cargo la Administración del grifo municipal y permitieron que terceros se beneficien con el combustible por un monto de cincuenta y siete mil seiscientos diez nuevos soles con ochenta y siete céntimos. Tampoco se hizo mención un tercer cargo que imputa a Gómez Mamani y Cussi Copa -Alcalde y Director Municipal, respectivamente-, que ambos permitieron que Dante Armando Cervantes Anaya se apropie de la suma de veintisiete mil doscientos veinte nuevos soles. Leyva Mendoza y Gutiérrez Mamani emitieron informes legales sin sustento que permitieron el pago de esos montos en perjuicio de la Municipalidad.

D.- En lo referente al delito de malversación de fondos, no precisó -cargo distinto del expuesto en el fundamento jurídico sexto de ésta ejecutoria— un segundo hecho que compromete a los acusados Gómez Mamani, Cussi Copa, Zegarra Rivera y Gutiérrez Gutiérrez porque dieron una aplicación diferente a los dineros del canon minero y donaciones. Con ello afectaron obras de apoyo social, servicios de emergencia y demás servicios hasta por doscientos veintisiete mil noventa y siete nuevos soles con nueve céntimos.

E.- Finalmente, en lo relativo al delito de colusión no indicó -cargo distinto del expuesto en el fundamento jurídico cuarto de ésta ejecutoria— un segundo hecho imputado a Gómez Mamani acusado por que canceló en exceso sumas adicionales en la construcción de la Plaza José de San Martín y en la remodelación de la Plaza José Olaya por cuatrocientos veintidós mil veinticuatro nuevos soles con doce céntimos, vulnerando la ley de contrataciones del Estado, que prohíbe pagos adicionales que superen el quince por ciento sin debida justificación. De ello se infiere que el citado imputado intervino en tales liquidaciones en evidente concertación con los interesados defraudando al Estado. Ahora bien, como el examen impugnativo no alcanza a los cargos expuestos, la



**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-17-**

sentencia en estos extremos ha quedado firme al no ser comprendido en la formalización del recurso de nulidad. Por lo mismo no existe razón para un pronunciamiento expreso de esta Suprema Sala.

**Undécimo.-** Que, finalmente, este Supremo Tribunal en doctrina jurisprudencial reiterada aceptó la concepción de las nulidades parciales, de suerte que la declaración de nulidad por infracciones de ley -norma material- o por vicios o errores de procedimiento -normas procesales- no debe afectar necesariamente toda la sentencia, sino exclusivamente aquel ámbito del pronunciamiento jurisdiccional que incurrió en una violación legal. Una extensión de esta doctrina se presenta en aquellos supuestos en los que el Tribunal A Quo absuelve indebidamente a un imputado que ha sido condenado por otro delito en esa misma causa y que por imperio del artículo trescientos uno in fine del Código de Procedimientos Penales corresponde la anulación de ese extremo del fallo -este es el caso del encausado Gómez Mamani respecto del delito de exacción ilegal, analizado en el fundamento jurídico tercero-.

Por consiguiente, si se trata de un encausado juzgado por varios delitos -concurso delictivo- y la incorrección jurídica sólo incida en determinada o determinadas infracciones punibles por las que fue absuelto, resulta razonable concluir que es posible la ruptura de la unidad del enjuiciamiento sobre el juicio de culpabilidad y, en consecuencia, ratificar el respectivo extremo condenatorio y anular la absolución improcedente para su debido juzgamiento, con todas las garantías, por otro Tribunal. En puridad, se trata de un supuesto de separación de imputaciones con fines de eficacia procesal en los que el principio de unidad de la causa puede excepcionarse en la medida que existen suficientes elementos para conocer con independencia los otros delitos.

Así las cosas, se mantendrá la parte condenatoria de la sentencia recurrida -por delitos de peculado de uso y peculado doloso- y se dispondrá la realización del juicio oral para volver a juzgar el cargo que resulta de la anulación declarada, en cuyo caso el nuevo Tribunal podrá aplicar, si la decisión es condenatoria -la libertad de criterio para apreciar los cargos está fuera de toda duda, tanto más si

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-18-**

la decisión del Tribunal Supremo no es vinculatoria-, la sanción correspondiente bajo las reglas concúrsales pertinentes. Esta posibilidad, por ejemplo, sería equivalente a los casos de concurso real retrospectivo -artículo cincuenta y uno del Código Penal- o de refundición de sanciones, de suerte que el Tribunal impondrá la pena única y la reparación civil que corresponda según las disposiciones legales pertinentes.

**DECISIÓN.**

Por estos fundamentos. De conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal:

I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas siete mil trescientos cincuenta y ocho, del trece de enero de dos mil nueve, en el extremo que condenó a Alex Ortega Rivas como autor de los delitos de peculado de uso y peculado doloso en agravio de la Municipalidad Distrital de Alto de la Alianza a tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, inhabilitación por un año y fijó en diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil, solidariamente con Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, a favor de la Municipalidad agraviada; con lo demás que al respecto contiene.

II. Declararon **NULA** la propia sentencia en la parte que absolvió a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Alberto Eleuterio Cussi Copa, Lucio Cave Durand, Walter Hipólito Zegarra Rivera y Juan Víctor Gutiérrez Mamani de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de exacción ilegal en agravio de la Municipalidad Distrital de Alto de la Alianza. **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado.

III. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la referida sentencia en cuanto (i) absolvió a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de malversación, colusión y falsedad ideológica; (ii) absolvió a Arturo Federico Mosto Vildoso de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de peculado doloso y peculado de uso; (iii) absolvió a Juan Víctor Gutiérrez Mamani de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de usurpación de

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N.N" 1621 -2009**

**TACNA**

**-19-**

funciones y colusión; (iv) absolvió a Edmundo Cipriano Francisco Gutiérrez Gutiérrez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de usurpación de funciones; (v) absolvió a Edgard Alberto Miranda Quispe y Rocío Isabel Yupanqui Loza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de usurpación de funciones; (vi) absolvió a Dante Armando Roberto Cervantes Anaya de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión; y, (vii) absolvió a Arnaldo Leyva Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión; todos en agravio del Estado - Municipalidad Distrital Alto de la Alianza; con lo demás que al respecto contiene.

IV. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la mencionada sentencia en lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

PRINCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO