La condena del absuelto

Hecho: El tribunal de apelación condenó a los encausados absueltos en primera instancia.

Sumilla: toda persona sentenciada a una pena privativa de libertad tiene derecho a impugnar el fallo condenatorio.

Interpretación del Supremo Tribunal: El tribunal de apelación no puede condenar al absuelto en primera instancia. Si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritarían una condena, solo podrá anular el fallo de primera instancia a fin que se emita un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

Norma: Artículo 14. 5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el lit. "b" del inc. 3 del art. 425 del Nuevo Código Procesal Penal.

Palabras clave: condena del absuelto, apelación, facultades revisoras, anulación, revocación.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, veintisiete de abril de dos mil dieciséis.-

I. VISTOS

En audiencia pública; el recurso de casación concedida de oficio por la causal de desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesto por la defensa técnica de los procesados **Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Italo Jesús Viacava Mariscal y Nieves Sánchez Arce**, contra la sentencia de vista del veintiuno de marzo de dos mil catorce – fojas 1606 – en el extremo que revocó la sentencia de fecha doce de noviembre de dos mil trece – fojas 1351–, que absolvió a Oscar Alexander Saldaña Ruiz e Italo Jesús Viacava Mariscal como coautores y a Nieves Sánchez Arce como cómplice primaria del delito contra la administración pública – colusión en agravio del Estado; reformándola condenó a los citados procesados por el delito y agraviado en mención bajo los títulos de imputación ya mencionados, y como tales les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años bajo reglas de conducta e

LPDERECHO.PE

inhabilitación por el período de tres años. Interviene como ponente el señor juez supremo Villa Stein.

FUNDAMENTOS DE HECHO – imputación fáctica –

De acuerdo a la acusación fiscal, se imputa a los procesados los siguientes hechos:

JUAN JOSE MARTINELLI BERNOS por el delito contra la administración pública – colusión previsto en el artículo 384 del Código Penal vigente al momento de la comisión de los hechos y antes de las modificatorias introducidas por las Leyes números 29703 y 29758.

Sostiene su Ministerio que Juan José Martinelli Bernos, en su condición de Comandante de la Estación de la Escuadra de la Marina de Guerra del Perú, haber intervenido durante actos preparatorios de los procesos de selección para adjudicaciones directas selectivas y adjudicaciones de menor cuantía de la Comandancia de la Escuadra y Comandancia de la Estación Naval de la Escuadra del año dos mil cinco, mediante la orden interna número 913-2005 del primero de febrero de dos mil cinco y haber designado indebidamente a dos miembros del Comité Especial Permanente encargado de dichas adjudicaciones, esto es, a sus coacusados Oscar Alexander Saldaña Ruiz y Robert Jim Díaz Cadenillas, pese a que ambos se encontraban impedidos para ser miembros de dicho comité por sus condiciones de jefes de las Oficinas de COMDRA y COMESDRA, respectivamente, al tener atribuciones de control y/o fiscalización sobre los víveres adquiridos, partidas y fondos asignados, según es de verse del reglamento Orgánico de la Estación Naval de la Escuadra (roesdra12233) y del Libro de Organización de la Comandancia de la Escuadra (loesdra-14005); tanto más si uno de sus miembros del citado Comité, Díaz Cadenillas confesó que tenían como fin favorecer con el otorgamiento de la buena pro en todos los procesos a la empresa FINTREXPORT SAC de Nieves Sánchez Arce.

LPDERECHO.PE

OSCAR ALEXANDER SALDAÑA RUIZ por el delito contra la administración pública – colusión previsto en el artículo 384 del Código Penal vigente al momento de la comisión de los hechos y antes de las modificatorias introducidas por las Leyes números 29703 y 29758.

Acusa a Oscar Alexander Saldaña Ruiz que en su condición de Presidente del Comité Especial Permanente haber concertado durante la etapa de selección de los procesos de selección para adjudicaciones directas selectivas y adjudicaciones de menor cuantía de la Comandancia de la Escuadra y Comandancia de la Estación Naval de la Escuadra de la Marina de Guerra del Perú, del año dos mil cinco, con Nieve Sánchez Arce para favorecerla en quince procesos de adjudicación de menor cuantía de la Comandancia de la Estación Naval de la Escuadra para la adquisición de insumos para el mejoramiento del Rancho de las Unidades y Dependencias de la Escuadra con el otorgamiento de la buena pro a la empresa FINTREXPORT SAC de la cual era representante legal.

En tanto presidente del Comité Especial Permanente encargado de la realización de los referidos procesos estuvo en la obligación de otorgar la buena pro a la mejor propuesta, sin embargo, los procesos en los que se benefició con el otorgamiento de la buena pro a FINTREXPORT SAC se tramitaron como procesos de adjudicación de menor cuantía cuando debieron ser procesos de adjudicación directa selectiva, al ser las compras acumuladas en cada mes, mayores a cuarenta y cinco mil nuevos soles; asimismo, en la mayoría de los procesos se careció de la siguiente documentación: Requerimiento del servicio por el Área usuaria, Cotizaciones para obtener el valor referencial, Disponibilidad Presupuestal, Conformidad de Bases Administrativas por CONSUCODE, Aprobación de las Bases Administrativas por el titular de la entidad o la máxima autoridad administrativa, el Acta de Otorgamiento de Buena Pro, Publicación en el CONSUCODE del Acta de Buena Pro y el Cuadro de Evaluación Técnica y Económica; no evidenciándose documento alguno por el cual el Comité

LPDERECHO.PE

haya entregado los expedientes de contratación con toda su documentación a las dependencias encargadas de las adquisiciones y Contrataciones de la entidad. Así, en algunos casos solo se contó con la presentación de propuestas de FINTREXPORT SAC: AMC-012-2005-COMESDRA, AMC-014-2005-COMESDRA y AMC-015-2005-COMESDRA; en otros casos, se cursó invitaciones a postores que no tenían ninguna vinculación comercial con el rubro de alimentos; de igual manera no se registraron los procesos de adquisición en el libro de actas correspondiente, pese a contarse con dicho libro; hubo falta de control en las cartas de invitación; en los procesos se incluyeron propuestas falsificadas; y en algunos casos, se otorgó la buena pro a FINTREXPORT SAC sin haber sino invitada antes al proceso, como por ejemplo en los procesos AMC-004-2005-COMESDRA, AMC-011-2005-COMESDRA, AMC-013-2005- COMESDRA y AMC-016-2005-COMESDRA.

Señala su Ministerio que, de igual forma no se registró la información de dichos procesos de selección en el SEACE, cuando aquello es de carácter obligatorio a partir del año dos mil cinco, vulnerándose el principio de publicidad por el cual toda convocatoria de los procesos de selección y los actos que se dicten deben ser objeto publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores.

Indica su Ministerio que, la suma de indicios anteriormente referidos, evidencia que con sus actos infringió los deberes inherentes al cargo que desempeñaba, y además el concierto de voluntades con Nieves Sánchez Arce al otorgar el Comité Especial Permanente a la empresa FINTREXPORT SAC de la cual ella era la representante legal, la buena pro en quince de los procesos de adjudicación directa encargados a dicho comité.

ROBERT JIM DIAZ CADENILLAS es acusado por su Ministerio por el delito de colusión, ya que en su condición de miembro del Comité Especial Permanente, haber concertado durante la etapa de selección de los

procesos de selección para las adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía de la Comandancia de la Escuadra y Comandancia de la Estación Naval de la Escuadra de la Marina de Guerra del Perú, del año dos mil cinco, con nieves Sánchez Arce para favorecerla en quince procesos de adjudicación de menor cuantía de la Comandancia de la Estación Naval de la Escuadra para la adquisición de insumos para el mejoramiento de Rancho de las Unidades y Dependencias de la Escuadra con el otorgamiento de la pro a la empresa FINTREXPORT SAC de la cual era representante legal.

Anota su Ministerio que, en tanto miembro del Comité Especial Permanente encargado de la realización de los referidos procesos estuvo en la obligación de otorgar la buena pro a la mejor propuesta, sin embargo, los procesos en los que se benefició con el otorgamiento de la buena pro a FINTREXPORT SAC se tramitaron como procesos de adjudicación de menor cuantía cuando debieron ser procesos de adjudicación directa selectiva, al ser las compras acumuladas en cada mes, mayores a cuarenta y cinco mil nuevos soles; asimismo, en la mayoría de los procesos se careció de la siguiente documentación: Requerimiento del servicio por el Área usuaria, Cotizaciones para obtener el valor referencial, Disponibilidad Presupuestal, Conformidad de Bases Administrativas por CONSUCODE, Aprobación de las Bases Administrativas por el titular de la entidad o la máxima autoridad administrativa, el Acta de Otorgamiento de Buena Pro, Publicación en el CONSUCODE del Acta de Buena Pro y el Cuadro de Evaluación Técnica y Económica; no evidenciándose documento alguno por el cual el Comité haya entregado los expedientes de contratación con toda su documentación a las dependencias encargadas de las adquisiciones y contrataciones de la entidad. Así, en algunos casos sólo se contó con la presentación de propuestas de FINTREXPORT SAC: AMC-012-2005-COMESDRA, AMC-014-2005-COMESDRA y AMC-015-2005-COMESDRA; en otros casos, se cursó invitaciones a postores que no tenían ninguna

LPDERECHO.PE

vinculación comercial con el rubro de alimentos; de igual manera no se registraron los procesos de adquisición en el libro de actas correspondiente, pese a contarse con dicho libro; hubo falta de control en las cartas de invitación; en los procesos se incluyeron propuestas falsificadas; y en algunos casos, se otorgó la buena pro a FINTREXPORT SAC sin haber sido invitada antes al proceso, como por ejemplo en los procesos AMC-004-2005-COMESDRA, AMC-011- 2005-COMESDRA.AMC-013-2005-COMESDRA y AMC-016-2005- COMESDRA.

Señala su Ministerio que, de igual forma no se registró la información de dichos procesos de selección en el SEACE, cuando aquello es de carácter obligatorio a partir del año dos mil cinco, vulnerándose el principio de publicidad por el cual toda convocatoria de los procesos de selección y los actos que se dicten deben ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores.

Indica su Ministerio que, la suma de indicios anteriormente referidos, evidencia que con sus actos infringió los deberes inherentes al cargo que desempeñaba, y además el concierto de voluntades con Nieves Sánchez Arce al otorgar el Comité Especial Permanente a la empresa FINTREXPORT SAC de la cual ella era la representante legal, la buena pro en quince de los procesos de adjudicación directa encargados a dicho comité.

Su Ministerio, atribuye a Robert Jim Díaz Cadenillas, ser coautor del delito de colusión, toda vez que ha habido un codominio funcional del hecho, donde se puede distinguir claramente una división de trabajo, siendo que él juntamente con los otros dos miembros del comité especial, en la fase de selección de los quince procesos de menor cuantía realizados durante el año dos mil cinco, otorgó la buena pro a favor de la Empresa FINTREXPORT SAC; mientras que el aporte esencial del otro coautor Juan José Martinelli Bernos fue nombrar el Comité especial permanente infringiendo el deber de cuidado que le competía en calidad de Comandante de la Estación de la

LPDERECHO.PE

Escuadra de la Marina de Guerra del Perú, toda vez que designó a funcionarios de la Marina de Guerra que tenían facultades de control y fiscalización estando por ello impedidos para conformar el comité, de acuerdo al artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado.

ITALO JESUS VIACAVA MARISCAL es acusado por su Ministerio por el delito de colusión, en su condición de miembro del Comité Especial Permanente, haber concertado durante la etapa de selección de los procesos de selección para la adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía de la Comandancia de la Escuadra y Comandancia de la Estación Naval de la Escuadra de la Marina de Guerra del Perú, del año dos mil cinco, con Nieves Sánchez Arce para favorecerla en quince procesos de adjudicación de menor cuantía de la Comandancia de la Estación Naval de la Escuadra para la adquisición de insumos para el mejoramiento de Rancho de las unidades y Dependencias de la Escuadra con el otorgamiento de la buena pro a la empresa FINTREXPORT SAC de la cual era representante legal.

Anota su Ministerio que, en tanto miembro del Comité Especial Permanente encargado de la realización de los referidos procesos estuvo en la obligación de otorgar la buena pro a la mejor propuesta, sin embargo, los procesos en los que se benefició con el otorgamiento de la buena pro a FINTREXPORT SAC se tramitaron como procesos de adjudicación de menor cuantía cuando debieron ser procesos de adjudicación directa selectiva, al ser las compras acumuladas en cada mes, mayores a cuarenta y cinco mil nuevos soles; asimismo, en la mayoría de los procesos se careció de la siguiente documentación: Requerimiento del servicio por el Área usuaria, Cotizaciones para obtener el valor referencial, Disponibilidad Presupuestal, Conformidad de Bases Administrativas por CONSUCODE, Aprobación de las Bases Administrativas por el titular de la entidad o la máxima autoridad administrativa, el Acta de Otorgamiento de Buena Pro, Publicación en el CONSUCODE del Acta de Buena Pro y -el Cuadro de Evaluación Técnica y

LPDERECHO.PE

Económica; no evidenciándose documento alguno por el cual el Comité haya entregado los expedientes de contratación con toda su documentación a las dependencias encargadas de las adquisiciones y contrataciones de la entidad. Así, en algunos casos solo se contó con la presentación de propuestas de FINTREXPORT SAC: AMC-012-2005-COMESDRA, AMC-014-2005-COMESDRA y AMC-015-2005-COMESDRA; en otros casos, se cursó invitaciones a postores que no tenían ninguna vinculación comercial con el rubro de alimentos; de igual manera no se registraron los procesos de adquisición en el libro de actas correspondiente, pese a contarse con dicho libro; hubo falta de control en las cartas de invitación; en los procesos se incluyeron propuestas falsificadas; y en algunos casos, se otorgó la buena pro a FINTREXPORT SAC sin haber sido invitada antes al proceso, como por ejemplo en los procesos AMC-004-2005-COMESDRA, AMC-011- 2005-COMESDRA, AMC-013-2005-COMESDRA y AMC-016-2005- COMESDRA.

Señala su Ministerio que, de igual forma no se registró la información de dichos procesos de selección en el SEACE, cuando aquello es de carácter obligatorio a partir del año dos mil cinco, vulnerándose el principio de publicidad por el cual toda convocatoria de los procesos de selección y los actos que se dicten deben ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores.

Indica su Ministerio que, la suma de indicios anteriormente referidos, evidencia que con sus actos infringió los deberes inherentes al cargo que desempeñaba, y además el concierto de voluntades con Nieves Sánchez Arce al otorgar el Comité Especial Permanente a la empresa FINTREXPORT SAC de la cual ella era la representante legal, la buena pro en quince de los procesos de adjudicación directa encargados a dicho comité.

Su Ministerio, atribuye a Italo Jesús Viacava Mariscal, ser coautor del delito de colusión, toda vez que ha habido un codominio funcional del hecho,

donde se puede distinguir claramente una división de trabajo, siendo que él juntamente con el presidente del Comité Especial Permanente y el otro miembro del Comité especial, en la fase de selección de los quince procesos de menor cuantía realizados durante el año dos mil cinco, otorgó la buena pro a favor de la Empresa FINTREXPORT SAC; mientras que el aporte esencial del otro coautor Juan José Martinelli Bernos fue nombrar el Comité especial permanente infringiendo el deber de cuidado que le competía en calidad de Comandante de la Estación de la Escuadra de la Marina de Guerra del Perú, toda vez que designó a funcionarios de la Marina de Guerra que tenían facultades de control y fiscalización estando por ello impedidos para conformar el comité, de acuerdo al artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado.

NIEVES SANCHEZ ARCE por el delito contra la Administración Pública-Colusión- previsto en el artículo 384 del Código Penal vigente al momento de la comisión de los hechos y antes de las modificatorias introducidas por las Leyes números 29703 y 29758.

Su Ministerio acusa a Nieves Sánchez Arce por el delito de colusión, por haber concertado durante actos preparatorios y la etapa de selección con Juan José Martinelli Bernos y los miembros del Comité Especial Permanente encargado de los procesos de selección para adjudicaciones directas selectivas y adjudicaciones de menor cuantía de la Comandancia de la Escuadra y Comandancia de la Estación Naval de la Escuadra, del año dos mil cinco, para favorecer con el otorgamiento de la buena pro a la empresa FINTREXPORRT SAC de la que era representante legal, en quince procesos de adjudicación de menor cuantía de la Comandancia de la Estación Naval de la Escuadra para la adquisición de insumos para el mejoramiento de Rancho de las Unidades y Dependencias de la Escuadra.

Sostiene su Ministerio que, la concertación se demuestra en el hecho que en los procesos en los que se benefició con el otorgamiento de la buena pro a la empresa FINTREXPORT SAC se tramitaron como procesos de adjudicación

directa selectiva y no como correspondía, vía procesos de adjudicación de menor cuantía, al ser las compras acumuladas en cada mes mayores a cuarenta y cinco mil nuevos soles; asimismo, en el otorgamiento de la buena pro a la referida empresa, en algunos casos, sin haber sido invitada antes del proceso, como por ejemplo en los procesos AMC-004-2005-COMESDRA, AMC-2005011-2005-COMESDRA, AMC-013-2005-COMESDRA y AMC-016-2005-COMESDRA; en el hecho que FINTREXPORT SAC fue inscrita recién en el registro de proveedores de bienes desde el veintiocho de junio de dos mil seis y en el de proveedores de servicios desde el veinticinco de junio de dos mil seis, de lo que se colige que no contaba con inscripción en el RNP durante el año dos mil cinco; y finalmente, en el hecho de haber internado víveres sin previamente haberse llevado a cabo el proceso de adjudicación.

Sostiene su Ministerio que, la suma de los indicios anteriormente referidos evidencia el concierto de voluntades con sus coacusados a fin de que la empresa FINTREXPORT SAC, de la cual era representante legal, sea la beneficiada con la buena pro en quince de los procesos de adjudicación directa encargados al Comité Especial Permanente.

Le atribuye ser cómplice del delito de colusión, toda vez que en los quince procesos de menor cuantía llevados a cabo en el año dos mil cinco, defraudó al Estado, al haber concertado con sus coimputados a fin de que su representada FINTREXPORT SAC sea la ganadora.

<u>ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA:</u>

1. El señor fiscal provincial penal de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Callao – fojas 2 – con ~~fecha~~ 28 de mayo de 2012, realizó requerimiento de apertura a juicio (acusación) en contra de Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Italo Jesús Viacava Mariscal, Nieves Sánchez Arce y otros, por el delito contra la administración pública – colusión – art. 387 del Código Penal – en agravio del Estado.

LPDERECHO.PE

2. Con fecha 14 de marzo de 2013 – fojas 30 – cuaderno de debates, el Tercer Juzgado Penal Unipersonal del Callao, dictó auto de citación a juicio contra los acusados Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Italo Jesús Viacava Mariscal y otros, como coautores y contra Nieves Sánchez Arce como cómplice primaria del delito contra la administración pública – colusión en agravio del Estado.

3. Tras la realización del juicio oral, el Primer Juzgado Penal Unipersonal del Callao dictó sentencia el 12 de noviembre de 2013 – fojas 1351 – **absolviendo** de la acusación fiscal a Oscar Alexander Saldaña Ruiz e Italo Jesús Viacava Mariscal como coautores y a Nieves Sánchez Arce como cómplice primaria del delito contra la administración pública – colusión en agravio del Estado.

4. El representante del ministerio público – a fojas 1396 – apeló el fallo de primera instancia en el extremo que absolvió a Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Italo Jesús Viacava Mariscal, Nieves Sánchez Arce y otros, dado que según los medios probatorios de cargo obtenido durante la investigación, que fueron ofrecidas en la acusación fiscal, y actuadas en juicio oral se desprende la certeza sobre la comisión del delito imputado y la responsabilidad penal de los procesados.

5. En un sentido similar, la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción apeló la misma sentencia absolutoria – fojas 1428 – argumentando que ostentaban legitimidad para exigir una reparación civil y que, de otro lado, el delito se encontraba probado de lo actuado durante el proceso.

DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

1. El Primer Juzgado Penal Unipersonal del Callao por resolución del 16 de diciembre de 2013 – fojas 1435 – admitió el recurso de apelación del Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción; mediante auto del 30 de enero de 2014 – fojas 1558 – la Sala Penal de

LPDERECHO.PE

Apelaciones señaló fecha para la audiencia de apelación de sentencia. En dicha resolución se indicó el carácter obligatorio en la audiencia de la presencia del representante del ministerio público y de los procesados con sus respectivos defensores.

2. Posteriormente, la Sala Penal Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao, procedió a dictar sentencia de vista el veintiuno de marzo de dos mil catorce, de fojas 1606, **revocando** la sentencia apelada en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a Oscar Alexander Saldaña Ruiz e Italo Jesús Viacava Mariscal como coautores y a Nieves Sánchez Arce como cómplice primaria del delito contra la administración pública – colusión en agravio del Estado; reformándola condenó a los acusados Juan José Martinelli Bernos, Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Robert Jim Díaz Cadenillas e Italo Jesús Viacava Mariscal como autores y a Nieves Sánchez Arce como cómplice primaria por el delito y agraviado en mención, y como tales les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años sujeto a reglas de conducta, e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por el periodo de tres años para los sentenciados Juan José Martinelli Bernos, Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Robert Jim Díaz Cadenillas e Italo Jesús Viacava Mariscal y para el desempeño del comercio para la sentenciada Nieves Sánchez Arce; fijó en cien mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria en favor del agraviado.

3. El argumento esgrimido para sustentar esta decisión esencialmente fue que se evidencia el pacto colusorio entre los procesados en las consecutivas victorias de una sola empresa en las licitaciones, a lo cual se aunaban las testimoniales que daban fe de ese *modus operandi*.

4. Estando a ello, los procesados Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Italo Jesús Viacava Mariscal y Nieves Sánchez Arce interpusieron recurso de casación

LPDERECHO.PE

mediante escrito de fojas 1646, 1702 y 1715, respectivamente, contra la sentencia de segunda instancia, invocando como causal la contemplada en el inciso 4 del artículo 427 del Nuevo Código Procesal Penal, argumentando infracción a derechos constitucionales.

III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA

1. El Sala Penal Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao, mediante las resoluciones números 9, 10 y 11 del 14 de mayo de 2014, concedió los recursos de casación interpuestos por los procesados Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Italo Jesús Viacava Mariscal y Nieves Sánchez Arce por la procedencia excepcional del recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la República.

2. Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, esta Sala Penal Permanente, mediante el auto de calificación del recurso de casación del veinticuatro de febrero del dos mil quince – fojas 168 del cuaderno de casación formado en esta instancia –, en uso de sus facultades, declaró de oficio bien concedido el recurso de casación interpuesto por los procesados Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Italo Jesús Viacava Mariscal como coautores y Nieves Sánchez Arce como cómplice primaria, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial a fin de establecer si resulta aplicable o no lo dispuesto en el literal "b" del numeral tres del artículo cuatrocientos veinticinco del Nuevo Código Procesal Penal referido a la condena del absuelto en primera instancia a la luz de las decisiones supranacionales como la de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

3. Deliberada la causa en secreto y votada el día 27 de abril de 2016, esta Sala Suprema cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación,

LPDERECHO.PE

cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan - se realizará por la Secretaria de Sala el día 10 de mayo de 2016 a las 8:30 horas.

I. FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

Tema a dilucidar

La posibilidad de condenar en segunda instancia a quien fue absuelto en la primera, conforme al artículo literal "b" del inciso tres del artículo cuatrocientos veinticinco del Nuevo Código Procesal Penal, a la luz de la normativa nacional y supranacional.

MOTIVO CASACIONAL: LA CONDENA DEL PROCESADO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA DESPUÉS DE HABER SIDO ABSUELTO POR EL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA

1. A la fecha en que es emitida esta sentencia casatoria, el tema de la condena del absuelto como facultad del tribunal de apelaciones para revocar la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado y reformándola lo condena[1], ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de este Supremo Tribunal en las sentencias recaídas en la Casación N° 385-2013- San Martín y la Casación N° 195-2012- Moquegua. Siendo sobre la base de las conclusiones ya alcanzadas que se desarrollará la doctrina jurisprudencial en este caso.

2. Así las cosas, se tiene que la línea jurisprudencial más reciente de este Supremo Tribunal en la Casación N° 385-2013- San Martín, del cinco de mayo de dos mil quince que ha sostenido:

> Cabe hacer mención que la condena del absuelto despoja al condenado, que por primera vez en segunda instancia [es condenado,] de su derecho a impugnar, pues **el contenido del Pacto**

[1] De acuerdo a las facultades otorgadas por el lit. "b" inc. 3 del art. 425 del Nuevo Código Procesal Penal.

LPDERECHO.PE

> **Internacional de Derecho Civiles y Políticos es claro** al referir que **la impugnación del fallo condenatorio** no es una posibilidad ni una facultad sometida al poder discrecional de los órganos de justicia, sino que constituye un derecho reconocido al **imputado**[2].

3. A esta solución se arribó en consonancia con la jurisprudencia y, esencialmente, con la normativa internacional que incide directamente sobre la condena del absuelto. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – en adelante PIDCP – en el inciso quinto del artículo catorce reza:

> Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

4. En la actualidad se sabe que las normas jurídicas pueden estar estructuradas como normas y como principios. La norma estructurada como principio es un mandato de optimización (*Optimierungsgebote*), mientras que la norma estructurada como regla es un mandato definitivo (*definitive Gebote*)[3], capaz de ser aplicado por subsunción por cuanto "obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva"[4]. Lo que esto implica es que las normas estructuradas como reglas obedecen a la estructura clásica de toda norma que contempla un presupuesto de hecho y una consecuencia jurídica.

5. Así las cosas, la norma internacional antes citada (Inc. 5 del Art. 14 del PIDCP es una regla en tanto manda de modo definitivo que cuando se verifica el presupuesto de hecho consistente en una declaración de responsabilidad penal (culpabilidad en palabras del PIDCP), una sentencia condenatoria, se desencadena una consecuencia jurídica consistente en que se pueda

---

[2] Casación N° 385-2013- San Martín, del 05 de mayo del 2015, f. j. 5.23. La negrita es nuestra.
[3] Con relación a los principios y a las reglas. Cfr. Alexy, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 2010, p. 20.
[4] Ibídem.

LPDERECHO.PE

cuestionar, impugnar, esa condena ante un tribunal superior. En pocas palabras, el procesado tiene derecho a cuestionar el fallo condenatorio ante un tribunal superior.

6. En el fondo, no se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues sí lo es, pero se exige que si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivo[5] donde el juzgador tenga facultades amplias de control. En esencia, se ha determinado que el derecho a la doble instancia, que gozan toda parte procesal, tiene un contenido especial en el caso de la parte que actúa como defensa. Dicho contenido es el derecho de impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior que goce de amplias facultades de control.

7. En este escenario, alguien podría sostener que se garantiza ese derecho a la instancia plural de quien es condenado en segunda instancia mediante el recurso de casación. Sin embargo, esta posibilidad ya ha sido descartada en el fuero internacional y en el fuero nacional[6] en tanto la casación es un recurso extraordinario, con finalidades específicas, limitado a las causales expresamente recogidas en la norma procesal[7] y que además cuenta con vallas de procedencia establecidas por la ley[8]. Y en consecuencia el tribunal de casación no goza de esas amplias facultades de revisión con las cuales debe contar el tribunal que revise el fallo condenatorio.

8. En este orden de ideas, la apelación es "el medio habilitado por el legislador para trasladar una resolución judicial de la primera a la segunda instancia, a través del cual el superior jerárquico a aquél que dictó la resolución impugnada puede revisar no solo los resultados del órgano inferior, sino

[5] Un recurso que es conocido por el superior jerárquico del tribunal que dictó el fallo.
[6] Cfr. Casación N° 385-2013, del 05 de mayo de 2015, f. j. 5.24.
[7] Específicamente en el artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal.
[8] Específicamente las vallas de procedencia contenidas en el artículo 427 del Nuevo Código Procesal Penal.

LPDERECHO.PE

también su actividad procesal"[9]. Si hemos descartado la posibilidad de considerar a la casación como el mecanismo impugnatorio idóneo para lograr garantizar la pluralidad de instancias del condenado en segunda instancia, pese a haber sido absuelto en primera instancia, el recurso de apelación se muestra como un medio impugnatorio idóneo para lograr dicha finalidad.

9. El problema es que un recurso de las características necesarias para satisfacer las exigencias del inciso quinto del artículo catorce del PIDCP implicaría la posibilidad de apelar el fallo de segunda instancia que condena por primera vez a quien fue absuelto en primera instancia. Para remediar este problema se han propuesto dos soluciones contenidas en la casación N° 385-2013- San Martín en sus fundamentos jurídicos: cinco punto veintiséis (5.26) en el cual se propone la habilitación de salas revisoras en cada distrito judicial para que realicen el juicio de hecho y de derecho del condenado por primera vez en segunda instancia; y en el cinco punto veintisiete (5.27) es que se propone la habilitación de un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto.

10. A la fecha de la presente sentencia, ninguna de las soluciones propuestas antes expuestas ha sido realizada. Consecuentemente, nos encontramos ante un vicio determinado por la ausencia de un presupuesto procesal de existencia[10] por no haber – por no existir – un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto[11], la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad por ser un vicio en el proceder (*vicio in*

[9] Vilela Carbajal, Karla. "Medios Impugnatorios y nulidad procesal". En: Vilela Carbajal, Karla y otros. *Teoría de la impugnación. I Jornadas de Derecho Procesal.* Lima: Palestra editores, 2009, p. 77.
[10] Cfr. Vilela Carbajal, Karla. *Nulidades procesales civiles y sentencia firme.* Lima: Palestra editores, 2007, p. 33.
[11] Tal como se propuso en el fundamento jurídico 5.26. de la Casación 385-2013- San Martín del 05 de mayo de 2015.

LPDERECHO.PE

procedendo)[12]. Lo último que falta por determinar es el alcance de la nulidad, hasta donde se debe anular el proceso en donde se ha condenado en segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia.

11. En atención a todo lo expuesto y con el fin de salvaguardar el derecho del condenado por un delito al recurrir el fallo, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal, corresponde anular los fallos dictados en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación[13].

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

12. De lo expuesto, la solución jurídica aplicable al caso concreto cae por su propio peso. Nos encontramos ante tres procesados que fueron absueltos en primera instancia y condenados en segunda instancia. Estamos ante la condena de absueltos. Estos procesados no cuentan con un recurso impugnatorio con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a recurrir ese fallo condenatorio ante un juzgador con facultades de control amplias de acuerdo a lo ya expuesto. Tampoco existe una Sala Especializada que actúe como revisor de la sentencia condenatoria de segunda instancia.

13. En consecuencia, la ausencia de un presupuesto procesal de existencia impone la anulación de todo el proceso hasta el juicio oral de primera instancia. De este modo, si los procesados son encontrados responsables del ilícito penal que se les imputa, esa sentencia condenatoria podrá ser revisada por un tribunal superior con facultades amplias de control

[12] Cfr. Vilela Carbajal, Karla. "Medios de impugnación y nulidad procesal". En Vilela Carbajal, Karla y otros. *Teoría de la*... ob. cit., p. 79 - 80.
[13] Criterio que ya ha sido abrazado en la Casación N° 194 – 2014 – Ancash, del 27 de mayo de 2015.

LPDERECHO.PE

mediante la apelación del fallo condenatorio, respetando de esta manera la normativa nacional e internacional. Lo que ahora corresponde es anular el proceso hasta el juicio oral, y retrotrayendo las cosas hasta dicha fase.

Respecto a la situación jurídica de los procesados Juan José Martinelli Bernos y Robert Jim Diaz Cadenillas

14. Cabe señalar que la última sentencia objeto de impugnación condenó a Juan José Martinelli Bernos, Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Italo Jesús Viacava Mariscal y Robert Jim Diaz Cadenillas como autores del delito de colusión. Esto deja entrever que existieron dos procesados más – Juan José Martinelli Bernos y Juan José Martinelli Bernos – que fueron absueltos en primera instancia y condenados en segunda. Sin embargo, no han presentado recurso de casación.

15. No obstante, el recurso interpuesto por Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Italo Jesús Viacava Mariscal y Nieves Sánchez Arce ha permitido que se detecte una falencia en el proceso que desencadena la nulidad de la sentencia impugnada por contravenir norma internacional. Dicha razón no es personalísima, sino que es un común denominador entre todos los coprocesados que han sido condenados en instancia única.

16. Por lo tanto, los recursos de casación admitidos de oficio benefician a todos los coprocesados conforme así lo prescribe el inciso 1 del artículo 408 del Nuevo Código Procesal Penal alcanzando la nulidad ya mencionada, a la condena de los procesados Matinelli Bernos y Diaz Cadenillas.

II. DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación concedido de oficio por la causal excepcional de desarrollo de la doctrina – inc. 4 del art. 427 del NCPP –.

LPDERECHO.PE

II. NULAS las sentencias: **i)** la sentencia de vista del veintiuno de marzo de dos mil catorce – fojas 1606 – en el extremo que revocó la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013, que absolvió a Juan José Martinelli Bernos, Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Italo Jesús Viacava Mariscal y Robert Jim Diaz Cadenillas como coautores y a Nieves Sánchez Arce como cómplice del delito contra la administración pública – colusión en agravio del Estado; reformándola condenó a los citados procesados por el delito y agraviado en mención bajo los títulos de imputación ya mencionados, y como tales les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años con reglas de conducta e inhabilitación por el período de tres años; y **ii)** la sentencia de primera instancia, de fecha 12 de noviembre de 2013 – fojas 1311 –, que absolvió a Juan José Martinelli Bernos, Oscar Alexander Saldaña Ruiz, Italo Jesús Viacava Mariscal y Robert Jim Diaz Cadenillas como coautores y a Nieves Sánchez Arce como cómplice primaria del delito contra la administración pública – colusión en agravio del Estado.

III. ORDENARON la realización de un nuevo juicio oral por un juzgado distinto del que dictó la sentencia anulada.

IV. ORDENARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; notifíquese.-

S.S.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
HINOSTROZA PARIACHI
NEYRA FLORES
VS/jdtr

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

LPDERECHO.PE