



### **Admisibilidad del recurso de casación**

**Sumilla.** La admisibilidad del recurso de casación surge de la concordancia de los artículos cuatrocientos cinco, cuatrocientos veintiocho y cuatrocientos treinta, primer apartado del citado Código Procesal Penal, y solo al cumplirse sus exigencias cabe se declare bien concedido.

## **AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN**

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis.

**AUTOS y VISTOS:** los recursos de casación interpuestos por los sentenciados: **a)** don Luiz Miguel Paredes Díaz (folios dos mil cuatrocientos setenta y cuatro a dos mil cuatrocientos ochenta y uno); **b)** don Nilo Manuel Mariaca Carbajal (folios dos mil cuatrocientos noventa y cuatro a dos mil quinientos seis); y, **c)** don Jorge Dante Zevallos Málaga (folios dos mil quinientos veintitrés a dos mil quinientos treinta), con los recaudos que se adjuntan al principal. Interviene como ponente el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

### **1. DECISIÓN CUESTIONADA**

La sentencia de vista expedida por la Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (folios dos mil trescientos ochenta y dos a dos mil cuatrocientos cuarenta y nueve), en cuanto: **a)** declaró improcedente el desistimiento en audiencia respecto de la resolución N.º 43 de dos de febrero de dos mil quince, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción a favor de los encausados don Jorge Dante Zevallos Málaga y don Luiz Miguel Paredes Díaz. **b)** Confirmaron la resolución N.º 40 de dos de febrero de dos mil quince, que declaró infundada la excepción de cosa juzgada propuesta a favor de los encausados don Jorge Dante Zevallos Málaga y don Luiz Miguel Paredes Díaz. **c)** Confirmaron la resolución N.º 43 de dos de febrero de dos mil quince, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción a favor de los encausados don Jorge Dante

Zeballos Málaga y don Luiz Miguel Paredes Díaz. **d)** Declararon infundado el medio de defensa –nueva excepción de cosa juzgada–, deducida en el acto de audiencia de apelación de sentencia, por la defensa del sentenciado don Luiz Miguel Paredes Díaz, a mérito de la resolución N.º 12 del siete de marzo de dos mil dieciséis, que tiene por desistida a la Contraloría General de la República de apelación de la Resolución N.º 13 de febrero de dos mil trece. **e)** Revocaron la resolución N.º 26, que contiene la sentencia N.º 71, de siete de setiembre de dos mil quince, en cuanto declaró coautores a don Nilo Manuel Mariaca Carbajal, don Óscar Juan Ugarte Manchego, don Jorge Dante Zeballos Málaga y don Luiz Miguel Paredes Díaz, del delito de negociación incompatible; modificándola, en cuanto al título de participación criminal, los declaró a cada uno de ellos en la calidad de autores. **f)** Confirmaron la resolución N.º 26 que contiene la sentencia N.º 71, de siete de setiembre de dos mil quince, en cuanto declaró a don Nilo Manuel Mariaca Carbajal, don Óscar Juan Ugarte Manchego y don Jorge Dante Zeballos Málaga, autores del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado representado por la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República (en relación a la obra denominada Construcción, implementación del Hospital de Ilo); declaró a don Jorge Dante Zeballos Málaga y a don Luiz Miguel Paredes Díaz, autores del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado, con relación a la obra denominada Construcción y Mejoramiento del Hospital de Moquegua. En consecuencia, les impuso a Mariaca Carbajal, Ugarte Manchego y Paredes Díaz, cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el término de tres años bajo reglas de conducta, la copenalidad de inhabilitación por el término de un año; y, en el caso de Zeballos Málaga, por el término de dos años; fijaron como reparación civil la suma de S/ 8000,00 que deberá pagar Mariaca Carbajal, Ugarte Manchego y Zeballos Málaga, de forma solidaria a favor del Estado; en S/ 9000,00 que deberán indemnizar Zeballos Málaga y Paredes Díaz en forma solidaria a favor del Estado. **g)** Por mayoría confirmaron la pena de ocho años de privación de libertad impuesta a Zeballos Málaga, la que se computará una vez que sea capturado.

## **2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

**2.1.** El sentenciado Paredes Díaz fundamentó su recurso de casación excepcional, en lo previsto en el numeral dos, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal (CPP).

**2.1.1.** Solicita que la Corte Suprema desarrolle jurisprudencia respecto a cómo debe interpretarse la diferencia entre injusto de dominio e injusto de infracción del deber; ya que tratándose del dominio funcional del hecho, y considerando que los delitos contra la administración pública son delitos de infracción del deber, entonces se requiere establecer cuáles son los criterios a tener en cuenta para determinar la responsabilidad penal sustentada en una imputación suficiente de un injusto de infracción del deber.

**2.1.2.** En la sentencia, el Colegiado Superior reconoció que las bases administrativas de la licitación pública determinaban que las constancias eran suficientes para acreditar las calificaciones y experiencia mínima del personal asignado y propuesto por el consorcio; entonces, si se considera que las bases administrativas son normas que regulan la administración, cómo es que debe determinarse esta infracción de deber para ser pasible de una sanción penal.

**2.1.3.** Ninguna de las normas exigía a los miembros del Comité especial cumplir una función que fuera más allá de lo que establecen las bases, máxime si estas ordenaban con meridiana claridad que las calificaciones y la experiencia del personal asignado y propuesto por el consorcio se podía acreditar con constancias, certificados o contratos, lo que significaba que verificado el requerimiento con cualquiera de los documentos en detalle, la función estaba cumplida.

**2.1.4.** El principio de veracidad de la información, referido en la Ley 27444, va más allá, puesto que la presentación de documentos, tal como lo señala su artículo 31, establece aprobación automática, por lo que el reproche de los jueces superiores al dictar una sentencia condenatoria, sin determinar cuál es la norma

administrativa incumplida que determine una infracción del deber, resulta errado.

**2.1.5.** Si se trata de una omisión, como se dice en la sentencia, no se indica cómo encuadra dicha conducta en el delito imputado que es eminentemente doloso.

**2.1.6.** La sentencia deriva de la inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad; puesto que existe incongruencia en sus fundamentos.

**2.2.** El sentenciado Mariaca Carbajal fundamentó el recurso de casación excepcional, en lo previsto en el numeral uno, del artículo cuatrocientos veintinueve, del CPP.

**2.2.1.** Solicita que se declare fundado el recurso, y sin reenvío se revoque la sentencia y se declare fundada de oficio la excepción de cosa juzgada disponiéndose el archivo definitivo.

**2.2.2.** Se infringieron las garantías constitucionales de la observancia del debido proceso y la cosa juzgada, previstas en los incisos 3 y 13 del artículo 139, de la Constitución, dado que en ninguna de las dos sentencias se efectuó un análisis de los fundamentos expuestos por el recurrente, omitiendo pronunciarse sobre los elementos de la mencionada excepción.

**2.2.3.** Los hechos por los que se le condenó fueron objeto de pronunciamiento en el Expediente N.º 00324-2009-22, en el que se declaró el sobreseimiento del proceso, lo que fue confirmado en segunda instancia; no obstante, en la sentencia de primera instancia se dijo que aunque se trata de los mismos hechos y sujeto, el fundamento es distinto, al habersele atribuido en aquel proceso el delito de colusión, inobservándose de esta forma los presupuestos de la cosa juzgada.

**2.2.4.** Ambos procesos tuvieron como prueba el Informe Especial N.º 172-2010-CG/ORTA-EE, que comprende la auditoría del proyecto

Construcción e Implementación del Hospital de Ilo, elaborado por la Controlaría General de la República.

**2.2.5.** Se debe desarrollar doctrina jurisprudencial con relación a la interpretación de la garantía constitucional de la cosa juzgada, así como procede la imposición de costas por la interposición del recurso de apelación cuando se hace en ejercicio de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

**2.3.** El sentenciado Zeballos Málaga fundamentó su recurso de casación excepcional, en lo previsto en los numerales uno, dos y tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del CPP.

**2.3.1.** Solicita que se declare fundado el recurso de casación, y sin reenvío se le absuelva de los cargos formulados en su contra.

**2.3.2.** Se inobservó la garantía de presunción de inocencia, al condenarlo tanto por la obra del Hospital de Moquegua como por lo del de Ilo, sobre la base de los testimonios de los auditores Medina Asencio y López Abad, los que no contaban con idoneidad y experiencia en materia de hospitales, más aún si su referencia a la Ley 27157 (Ley de Regularización de Edificaciones) era impertinente; así tampoco se ha pronunciado sobre los testimonios de Vera Madariaga e Ireijo Mitsuta, además de otros, lo que denota que no se oyeron los audios que los contienen, por lo que se justifica el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

**2.3.3.** Errónea interpretación de la ley penal, dado que la Sala Superior hizo referencia a la Ejecutoria Suprema R. N. 661-2009-LIMA, que establece que el delito de negociación incompatible no requiere de perjuicio patrimonial, sin embargo, no tomó en cuenta que se invocó por la defensa en la apelación el R. N. 982-2009-TACNA, de fecha posterior, en la que se absolvió al acusado porque la decisión administrativa no ocasionó un perjuicio al patrimonio de la indicada municipalidad.

Se requiere de una unificación de interpretaciones contradictorias, respecto al delito de negociación incompatible, por lo que es procedente el desarrollo de doctrina jurisprudencial.

**2.3.4.** Se inobservó el principio acusatorio, dado que se condenó por el caso del Hospital de Moquegua, dando por probados hechos que no fueron objeto de acusación, ni detallado en el requerimiento escrito, ni en los alegatos de entrada ni de clausura, ya que nunca se le imputó ni señaló qué clase de personal, qué cargos tenían y cómo el personal propuesto no cumplía con la experiencia mínima, por lo que se vulneró flagrantemente el dispositivo legal contenido en el numeral 1, del artículo 397, del CPP.

De otro lado, el Colegiado Superior confirmó la pena fijada en ocho años de privación de libertad, cuando el Fiscal solo pidió cuatro años, denotándose en audiencia que el señor juez indujo al señor fiscal a que solicite los ocho años, por lo que ambos magistrados vulneraron el principio acusatorio, por lo que se requiere el desarrollo de doctrina jurisprudencial.

**2.3.5.** Se vulneró la garantía de la debida motivación, porque se omitió pronunciamiento respecto al sobreseimiento solicitado en la audiencia de apelación, por haberse producido cosa juzgada, ello ante el desistimiento del actor civil respecto del auto por el que se sobreseyeron los mismos hechos que le imputaron bajo el título de colusión.

## **CONSIDERANDO**

### **PRIMERO. SUSTENTO NORMATIVO**

**1.1.** El inciso primero, párrafo “c”, del artículo cuatrocientos cinco, del Código Procesal Penal, manda que para la admisión del recurso se requiere: “Que se precisen las partes o puntos de la decisión a las que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta [...]”.

**1.2.** El artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal establece los supuestos de procedencia formal del recurso de casación, entre ellos la excepcional prevista en el numeral cuatro: “[...]”

**4.** Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en

casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”.

**1.3.** El artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en sus numerales primero y tercero, señala como causa para interponer recurso de casación: “**1.** Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías. **2.** Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad. **3.** Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación [...]”.

**1.4.** El inciso uno, del artículo cuatrocientos treinta, del citado Código, establece que: “El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo cuatrocientos cinco, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende [...]”.

**1.5.** El numeral tres, del artículo cuatrocientos treinta, del Código Procesal Penal, señala que: “Si se invoca el numeral 4, del artículo 427, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causal que corresponda conforme con el artículo 429, el recurrente deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. En este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos [...]”.

**1.6.** El numeral dos, del artículo quinientos cuatro, del Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito o desistió de su prosecución.

**1.7.** En el fundamento quinto de la Casación N.º 160-2015-UCAYALI-SALA PENAL PERMANENTE, de dos de octubre de dos mil quince, se establece que existen dos grandes supuestos que justifican la existencia de desarrollo de doctrina jurisprudencial: "**i)** La primera es la necesidad de unificar interpretaciones contradictorias, afirmación de la inexistencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial, frente a decisiones contrapuestas emitidas por tribunales inferiores; y la definición de un sentido interpretativo a una norma reciente o escasamente invocada, pero de especiales connotaciones jurídicas. **ii)** La segunda es la obtención de una interpretación correcta de normas específicas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. A ello hay que agregar que esta interpretación sea de interés general y no solo de la colectividad de las partes".

## **SEGUNDO. ANÁLISIS FORMAL DE ADMISIBILIDAD**

**2.1.** Conforme con el estado de la causa y en aplicación de lo dispuesto en el apartado seis, del artículo cuatrocientos treinta, del Código Procesal Penal, corresponde decidir si los recursos de casación se encuentran adecuadamente planteados; y así evaluar si deben declararlos bien concedidos y, en consecuencia, procederá conocer el fondo. La admisibilidad del recurso surge de la concordancia de los artículos cuatrocientos cinco, cuatrocientos veintiocho y cuatrocientos treinta, primer apartado del citado Código Procesal Penal, cuyos requisitos deben cumplirse cabalmente para que se declare bien concedido.

**2.2.** En este orden de ideas, está claro que el artículo cuatrocientos veintinueve de la Ley Procesal Penal identifica las causas que corresponden ser analizadas como motivos legales del recurso de casación y, a su vez, el artículo cuatrocientos treinta obliga a las partes a citar separadamente las causas de su recurso y los preceptos legales que considere se hayan aplicado erróneamente o hayan sido inobservados.

**2.3.** Por tanto, el recurso de casación no es de libre configuración, sino que para que esta Suprema Sala Penal tenga competencia funcional

para casar una sentencia, se debe previamente constatar el cumplimiento de las disposiciones previstas en el artículo cuatrocientos veintiocho y las normas concordantes del Código Procesal Penal. Corresponde, por tanto, que este Colegiado Supremo verifique la admisibilidad de esta clase de recurso extraordinario<sup>1</sup> y la superación de las vallas de desestimación contempladas en el artículo cuatrocientos veintiocho, del Código Procesal Penal, así como de sus normas concordantes.

**2.4.** En el presente caso, se ha cumplido con el presupuesto objetivo del recurso, puesto que lo que pretenden es el desarrollo de doctrina jurisprudencial, causa comprendida en el numeral 4), del artículo cuatrocientos veintisiete, del Código Procesal Penal.

### **TERCERO: ANÁLISIS RESPECTO AL INTERÉS CASACIONAL**

**3.1.** Conforme se tiene indicado en el numeral 1.5. del sustento normativo, de invocarse el acápite 4), del artículo 427 del Código Procesal Penal, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causa que corresponda, los recurrentes deberán consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende, en tanto la admisión del recurso en este supuesto es excepcional, debiendo ceñirse a lo desarrollado en la Casación N.º 160-2015-UCAYALI-SALA PENAL PERMANENTE, de dos de octubre de dos mil quince (ver numeral 1.7. del sustento normativo).

#### **3.2 Respecto de la casación formulada por el sentenciado Paredes Díaz.**

**3.2.1.** El fundamento principal de casacionista radica en que se desarrolle doctrina jurisprudencial para que se establezca cuándo una conducta es merecedora de reproche penal en los delitos de infracción de deber, si el imputado cumple conforme se establece en las bases administrativas, así como las normas que regulan la contratación y la Ley de Procedimiento Administrativo.

---

<sup>1</sup> La casación penal, como recurso extraordinario, no es una nueva instancia para ventilar las situaciones de hecho y derecho; no es un tercer escenario de controversias para reabrir discusiones superadas, ni la demanda puede elaborarse en libre discurso. PABÓN GÓMEZ, Germán. *De la casación penal en el Sistema Acusatorio*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011, p. 27.

**3.2.2.** Invocó el numeral 2, del artículo 429, del Código Procesal Penal, esto es si se incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal; no obstante, no señaló qué norma de carácter procesal se dice vulnerada, entendiéndose el planteamiento en lo previsto en el numeral 3 del mismo articulado, esto es si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, por lo que a criterio de esta instancia suprema cabe concederse por esta causa, atendiendo a su planteamiento.

### **3.3. La casación formulada por el sentenciado Mariaca Carbajal**

**3.3.1.** Refiere la vulneración de la garantía constitucional contenida en el numeral 13, del artículo 139, de la Constitución Política, al no habersele dado respuesta o lo señalado en su recurso de apelación respecto a la cosa juzgada planteada; así como tampoco se ha efectuado un adecuado análisis de los fundamentos expuestos en el juicio oral y la audiencia de apelación.

El hecho por el cual fue condenado en esta causa fue materia de sobreseimiento en el Expediente N.º 00324-2009-22-2801-JR-PE-01, por el delito de colusión, ambos basados en la prueba consistente en el Informe Especial N.º 172-2010-CG/ORTA-EE.

**3.3.2.** Pretende que se desarrolle doctrina jurisprudencial con relación a los presupuestos de la cosa juzgada y la garantía del *nen bis in idem*, estando a que en un proceso donde se sobreseyó la causa se le condenó por los mismos hechos y la misma prueba en otro proceso.

**3.3.3.** En el caso del recurrente no obra pronunciamiento con relación al planteamiento de la cosa de juzgada señalada en el recurso de apelación, y que ciertamente incidiría en la vulneración a una garantía constitucional, por lo que cabe concederla, por la causa establecida en el numeral 1, del artículo 429, del CPP.

**3.3.4.** En cuanto al desarrollo de jurisprudencia respecto al pago de costas, al ser un mandato legal, no cabe pronunciamiento en materia jurisprudencial.

### **3.4. Con relación a Zevallos Málaga**

**3.4.1.** Los fundamentos que propone para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial recaen en: **a)** La inobservancia a la garantía de presunción de inocencia, por considerarse testimoniales impertinentes y dejarse de verificar otros testimonios. **b)** El obrar pronunciamientos contradictorios en la Corte Suprema, respecto a si es necesario el perjuicio patrimonial en el delito de negociación incompatible, por lo que debe ser unificado el criterio jurisprudencial. **c)** La inobservancia del principio acusatorio, en tanto el Ministerio Público solicitó por los dos hechos por los que se acusó cuatro años y seis meses de pena privativa de la libertad, sin embargo se le impuso ocho años, por lo que se vulnera el artículo 397 del Código Adjetivo referido. **d)** La Inobservancia de la garantía constitucional de la debida motivación, puesto que se omitió pronunciamiento respecto de la cosa juzgada producida en la audiencia de apelación, al haberse desistido el actor civil de su recurso contra el sobreseimiento por el delito de colusión. **e)** Su conducta se ciñó a la Ley de Contrataciones del Estado, en los que rigen los principios de buena fe, por lo que se ha vulnera el derecho a la debida motivación.

**3.4.2.** Respecto al extremo a), se pretende una revaloración de los medios de prueba actuados en juicio y apelación, por lo que al no ser esta judicatura una tercera instancia, corresponde desestimarse por esta causal.

**3.4.3.** Con relación a los extremos b, c, d y e, resulta procedente desarrollar doctrina jurisprudencial relacionada a los aspectos planteados, conforme con los numerales 1, 2 y 3, del artículo 429 del CPP. Por ende, para el análisis casacional es del caso declarar bien concedido.

## **DECISIÓN**

Administrando justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron:



**I. DECLARAR INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el sentenciado don Nilo Manuel Mariaca Carbajal, contra la sentencia de vista expedida por la Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de veintiuno de marzo de dos mil dieciséis, por la causa establecida en el numeral 1, del artículo 429, del Código Procesal Penal, con relación a la costas procesales.

**II. DECLARAR BIEN CONCEDIDOS** los recursos de casación propuestos por los encausados: **a)** Don Nilo Manuel Carbajal Mariaca, por la causa prevista en el numeral uno, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, con relación al planteamiento de desarrollo de doctrina jurisprudencial de cosa juzgada. **b)** Don Luiz Miguel Paredes Díaz, por la causa prevista en el numeral tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, conforme con los fundamentos expuestos en el numeral 3.2.2. **c)** Don Jorge Dante Zevallos Málaga, por las causas previstas en los numerales uno, dos y tres del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, conforme con los fundamentos expuestos en el numeral 3.

**III. DISPONER** que la causa permanezca en Secretaría, a disposición de las partes por el plazo de diez días, debiendo comunicarse y vencido el mismo se dé cuenta para fijar fecha para la audiencia de casación.

**S. S.**

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

**SALAS ARENAS**

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

JS/gc.