



**SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
COLEGIADO A**

Expediente : 00002-2017-18-5201-JR-PE-02
Jueces Superiores : Salinas Siccha / **Burga Zamora** / Angulo Morales
Especialista Judicial : Wilmer Roy Quispe Umasi
Ministerio Público : Primera Fiscalía Superior Nacional
Imputada : María Esther Basurco Núñez de Freyre
Delito : Colusión y otro
Materia : Apelación de auto - Excepción de improcedencia de acción

SUMILLA: Es posible deducir en etapa intermedia la misma excepción deducida en investigación preparatoria, pero sustentada en "nuevos fundamentos". Si los fundamentos expuestos ya fueron objeto de pronunciamiento anterior, rige lo dispuesto en el literal b, inciso 1, artículo 350 del CPP, y corresponde declarar su improcedencia.

Resolución N° 03

Lima, tres de noviembre
de dos mil diecisiete

AUTOS y OÍDOS.– En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de la investigada María Esther Basurco Núñez de Freyre contra la Resolución N° 30, de fecha veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito de colusión y otro en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior BURGA ZAMORA; y, **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

I.1 El representante del Ministerio Público, el seis de julio de dos mil diecisiete, reformuló el requerimiento acusatorio, que comprende –entre otros– a María Esther Basurco Núñez de Freyre, en la investigación seguida contra César Joaquín Álvarez Aguilar por el delito contra la administración pública, colusión; y, alternativamente, por la comisión del delito de negociación incompatible. La imputación de María Esther Basurco Núñez de Freyre es como cómplice primario del delito de colusión y, alternativamente, por la presunta comisión del delito de negociación incompatible.



1.2 El veinte de julio del año en curso, la defensa de María Esther Basurco Núñez de Freyre deduce la excepción de improcedencia de acción, la cual es declarada improcedente en audiencia del veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, mediante Resolución N° 30, por el Juez del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria.

1.3 Contra la decisión antes referida, la defensa técnica de María Esther Basurco Núñez de Freyre interpone recurso de apelación, que es materia de decisión.

II. DE LAS RAZONES QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Se señala en la resolución impugnada que, si bien el artículo 350° del Código Procesal Penal –en adelante CPP– faculta a las partes procesales a interponer, entre otras, la excepción de improcedencia de acción frente al requerimiento acusatorio, ello solo resulta procedente cuando el mismo medio de defensa no se ha formulado durante la etapa de investigación preparatoria, salvo que se sustente en nuevos hechos.

2.2 Además, indica, se advierte que la referida defensa, con anterioridad, ya ha deducido el presente medio de defensa técnico hasta en dos oportunidades: la primera de ellas, el siete de octubre de dos mil quince; y la segunda, el catorce de marzo de dos mil dieciséis. Por ello, no resultaría procedente la excepción planteada en esta etapa procesal, ya que los hechos son los mismos. Argumenta el *a quo* que, si bien el abogado defensor sostiene que asumió la defensa con posterioridad a dichas excepciones, y que los argumentos serían distintos a los planteados anteriormente, ello no resulta atendible, toda vez que los hechos atribuidos a su patrocinada se han mantenido inalterables, motivo por el cual la excepción planteada deberá ser declarada improcedente.

III. ARGUMENTOS DE LA PARTE RECURRENTE (DEFENSA TÉCNICA DE MARÍA ESTHER BASURCO NUÑEZ DE FREYRE)

3.1 La defensa técnica de María Esther Basurco Núñez de Freyre sostuvo que el *a quo* declaró la improcedencia de la excepción deducida en una incorrecta interpretación del artículo 350°, inciso 1, literal b, del CPP, porque si bien la anterior defensa de la señora Basurco dedujo en el dos mil quince y en el dos mil dieciséis el mismo medio de defensa, actualmente, lo hace por hechos nuevos y nuevos fundamentos.



3.2 Solicitó tener en cuenta que su patrocinada ha sido investigada por ser representante del Consorcio Huaylas, encargada de la supervisión de una obra realizada en Huaraz (la carretera Huaylas-Chacas-San Luis), cuya ejecución estaba a cargo de la empresa ODEBRECHT. Su participación sería la de firmar el contrato de supervisión de obra, por lo cual habría sido incluida y acusada en la presente investigación.

3.3 Indica que el fundamento de las primeras excepciones era que se le imputaba una responsabilidad objetiva, cuando los hechos eran calificados como negociación incompatible contra todos los investigados, calificación que se mantuvo hasta la acusación, cuando la causa se encontraba en Huaraz.

3.4 Señala que cuando el cuaderno de la causa fue remitido a esta Sala, los hechos fueron a su vez recalificados como delitos de colusión y, alternativamente, de negociación incompatible. La defensa consideraría que se trata de un nuevo hecho, al haberse sostenido que la concertación se efectuó mediante un acto omisivo, al no haber impedido que se lleve a cabo el acto de concertación, cuando el que firmaba todas las actas y todas las aprobaciones era el supervisor de obra, no la imputada. No obstante, se le estaría atribuyendo que, como no hizo nada para que se cometa ese delito, ella también habría llevado a cabo una concertación por omisión.

3.5 Es ante esta situación, alega la defensa, que deduce nuevamente la excepción de improcedencia de acción, por considerar que no se puede llevar a cabo una concertación mediante un acto omisivo. Respalda su petición en la Casación N° 2587-2011-Cusco, del veintitrés de enero de dos mil trece, donde se estableció que la concertación constituye fuente generadora de riesgo y la única conducta incriminada en la misma debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante omisión.

3.6 En cuanto al delito de negociación incompatible, sostuvo que si bien era el mismo hecho que se le imputaba, se dedujo al amparo de un nuevo fundamento, distinto al de la responsabilidad objetiva, teniendo como respaldo la Casación N° 841-20015, del dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, según la cual el delito de negociación incompatible no permite la participación del tercero en la operación. Hace la precisión de que dicha casación no se había publicado cuando se dedujeron las otras excepciones. No obstante, el juez, lejos de pronunciarse al respecto, consideró, en virtud de una interpretación literal del artículo 350°, inciso 1, literal b, del CPP, que al haber planteado el mismo medio de defensa en la etapa de investigación preparatoria resultaba improcedente, por no tratarse de hechos nuevos.

3.7 Finalmente, invocando la opinión de Gonzalo del Río Labarthe, sostuvo que se debe tener presente que cuando el CPP se refiere a hechos nuevos, debe entenderse



como nuevos fundamentos, tal como se han hecho en esta nueva excepción. Sin embargo, el juez, a la luz de una interpretación literal, habría declarado improcedente el medio de defensa deducido transgrediendo los derechos de la imputada, por lo que solicita se declare nula la resolución impugnada y se ordene que resuelva sobre el fondo, y, como pretensión alternativa, solicita a la Sala se pronuncie por la excepción deducida.

IV. ARGUMENTOS DE LA FISCALÍA

4.1 A su turno, el señor Fiscal sostuvo que la resolución impugnada adolece de un error *in iudicando* sobre la *quaestio iuris*, debido a la omisión de un punto esencial, porque el artículo 350°, inciso 1, numeral b, del CPP, establece que es improcedente un medio de defensa que se interpone durante la etapa intermedia del proceso si ya se dedujo en la etapa de investigación preparatoria y no se sustenta en nuevos hechos. Coincidió con lo sostenido por la defensa respecto a que cuando el dispositivo legal se refiere a "nuevos hechos", debe entenderse por "nuevos fundamentos", porque los hechos como tales, en virtud de la regla de la inmutabilidad no deberían ser modificados durante el *iter* del proceso.

4.2. Continuó su alocución sosteniendo que ante tal situación resulta obligatorio que el Juez de primera instancia identifique y explicité los fundamentos en los que se basaron las decisiones respecto a los medios de defensa deducidos en la investigación preparatoria, así también que identifique y explicité los nuevos fundamentos en que se sustenta la excepción deducida en etapa intermedia, para, a partir de allí, determinar si nos encontramos ante idénticos o diferentes fundamentos.

4.3 Señala que, al no existir esa identificación y explicitación en la impugnada – porque el único fundamento que se refiere a la problemática a resolver es el considerando once, apartado tercero–, teniendo en cuenta, además, que en ella se hace referencia a una excepción que fue declarada improcedente; otra que fue amparada en primera instancia, pero no en segunda; y a una nueva excepción, debe declararse nula la impugnada y ordenarse que se emita nueva resolución.

4.4 Finalmente, indicó que no obstante lo sostenido, no coincide con la defensa en el amparo de la pretensión accesorio, porque implicaría que este Colegiado Superior sustituya la actividad del Juez de primera instancia e ingrese al ámbito de valoración de la excepción planteada, eventualidad ante la cual la decisión podría desamparar al Ministerio Público o a la defensa, dependiendo del sentido de la decisión.



V. TEMAS OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Teniendo en cuenta las alegaciones de las partes, corresponde, en primer lugar, determinar si nos encontramos ante un supuesto de nulidad, como pretenden similarmente la parte impugnante y la Fiscalía. De no encontrarse razones para amparar dicha pretensión, se procederá al análisis correspondiente para decidir si la resolución impugnada no se encuentra arreglada a derecho, tal como sostiene específicamente la parte impugnante.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

PRIMERO: Con relación a la pretensión de nulidad invocada por la parte apelante, corresponde precisar que nuestra norma adjetiva ha previsto esta figura procesal en su artículo 150°, para determinados supuestos, entre ellos, la inobservancia de las garantías procesales previstas en la Constitución, si además se cumple con los principios de legalidad procesal¹ y de trascendencia².

SEGUNDO: Sobre las garantías procesales, nuestra Constitución ha previsto, como una de ellas, la motivación de resoluciones judiciales –inciso 6 del artículo 139°–, que, según ha indicado el Tribunal Constitucional, “(...) garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...)”³.

TERCERO: En similar sentido se ha pronunciado en la causa N° 1480-2006-AA/TC⁴, al sostener que “[...] el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión (...)”; para luego agregar que el “(...) derecho a la motivación de las resoluciones judiciales **no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios**” (resaltado nuestro).

CUARTO: En otra decisión⁵, el Tribunal Constitucional ha señalado que el deber de motivación no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino

¹ Que el supuesto de nulidad se encuentre previsto taxativamente en la ley.

² Que el acto procesal cause agravio irreparable a la parte que solicita la nulidad.

³ STC 8125-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 11

⁴ Fundamento jurídico 2.

⁵ Expediente N.º 4348-2005-PA/TC.



fundamentalmente que exista lo siguiente: a) fundamentación jurídica, lo que supone que se exprese no solo la norma aplicable al caso, sino también se explique y justifique por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado en los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, **aun cuando esta sea sucinta o se establezca el supuesto de motivación por remisión** (resaltado nuestro).

QUINTO: Precisado el criterio asumido por nuestro máximo intérprete de la Constitución, corresponde analizar los dos argumentos por los cuales la defensa considera que se debe declarar nula la resolución impugnada o en su defecto revocarla. Se señala como primer argumento, que el Juez debió pronunciarse sobre el fondo de la excepción deducida y no declararla improcedente, en base a una interpretación literal de la referencia a "hecho nuevos" que realiza el artículo 350°, inciso 1, literal b, del CPP, pues lo correcto es considerar que dicha referencia es a "nuevos fundamentos", que sería justamente el sustento de su medio de defensa. El segundo argumento, se respalda en el hecho que, con posterioridad a la emisión de la excepción que no fue amparada en el año dos mil dieciséis, se ha publicado la casación 841-2015 – Ayacucho.

SEXTO: Antes del análisis correspondiente, es necesario señalar, que si bien la pretensión de nulidad ha sido respaldada por la Fiscalía, este respaldo se da específicamente por no haberse identificado y explicitado la similitud de los hechos que sustentaron las excepciones deducidas en la etapa de investigación preparatoria y la efectuada en la etapa intermedia; sin embargo, este argumento tiene que desestimarse de plano, porque al tratarse de decisiones dictadas en esta misma causa sobre excepciones deducidas por la misma procesada, es obvio que han sido de conocimiento tanto de la defensa como de la Fiscalía, puesto que ésta ostenta la titularidad exclusiva de la acción penal al tratarse de un delito de persecución penal pública. En consecuencia, nos encontramos ante un supuesto de motivación por remisión usada por el juez, que niega la posibilidad de un pronunciamiento de nulidad, porque para determinar si nos encontramos ante similares fundamentos, bastará con recurrir a dichas decisiones.

SÉPTIMO: En cuanto al primer argumento, este Colegiado Superior, comparte el criterio que la referencia a "nuevos hechos" contenida en el literal b), inciso 1, artículo 350 del CPP, sea interpretado como "nuevos fundamentos"⁶, pero ello no significa aún que se ampare automáticamente la nulidad, porque para tal fin se tiene que realizar el análisis comparativo de los fundamentos que respaldaron excepciones

⁶ En el entendido que los "nuevos hechos" a que se refiere el literal b), inciso 1, artículo 350° del CPP, hace referencia a "nuevos fundamentos", tal como sostiene Gonzalo del Río Labarthe en su libro *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, Ara Editores, Lima, 2017, p. 178.



anteriores, con los utilizados ahora, a fin de verificar si realmente nos encontramos ante fundamentos nuevos, porque en el caso de tratarse de fundamentos que ya merecieron una respuesta judicial anterior, es evidente que no se emitirá nuevo pronunciamiento.

OCTAVO: Efectuando el análisis correspondiente de las resoluciones a las que hace mención el juez⁷, se logra determinar que con fecha veintiuno de enero de dos mil dieciséis –cuando la causa aún se encontraba bajo competencia del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Huaraz–, se declaró improcedente la primera excepción de improcedencia de acción interpuso la defensa de María Esther Basurco Núñez, por no haber satisfecho las exigencias para su admisión; y, con fecha once de agosto del mismo año, se resolvió la segunda excepción de improcedencia de acción, declarándose infundada, no obstante que en primera instancia fue amparada. Por tanto, para poder determinar si la nueva excepción ha sido deducida con nuevos fundamentos solo se tendrá en cuenta la última excepción, por haber merecido un pronunciamiento de fondo.

NOVENO: Ahora bien, en cuanto a las razones que sustentan la actual excepción de improcedencia de acción, como indicó la defensa, está referido a que tanto el delito de colusión como el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido que se atribuye a María Esther Basurco Núñez no pueden cometerse mediante un acto omisivo, toda vez que la concertación como fuente generadora de riesgo solo se puede cometer por acto comisivo. En tal sentido, teniendo en cuenta que a dicha acusada se le atribuye la condición de cómplice primaria, el argumento completo sería que tal complicidad no podría darse mediante una acción omisiva, sino comisiva.

DÉCIMO: Fijado el argumento de la defensa y efectuada la verificación de la segunda excepción que María Esther Basurco Núñez de Freyre dedujo el año pasado, se llega a determinar, en primer lugar, que nos encontramos ante varias imputaciones; y, en segundo lugar, que fueron varios los argumentos que sostuvieron la alegación de atipicidad, dentro de los que se encontraba la afirmación que no se le puede atribuir conducta ilícita por omisión. Así aparece tanto de la resolución de primera instancia que ampara su medio de defensa, como de segunda instancia que revoca dicha decisión. En el caso de la resolución de primera instancia, existe pronunciamiento expreso en el rubro denominado "**análisis jurídico de la excepción de improcedencia de acción**", específicamente en los apartados 4.7⁸ y 4.8⁹,

⁷ Que aparecen registradas en el sistema informático.

⁸ Dice el fundamento: "**Respecto a la complicidad por omisión**; si bien el representante de la Contraloría General de la República manifestó que la participación de la imputada María Esther Basurco Núñez de Freyre, se debe a una omisión al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato suscrito como Representante Legal del Consorcio Huaylas y el Gerente General de Supervisión, al no haber efectuado un segundo filtro de control como lo establece el punto 7.0 que señala (...), se debe tener en cuenta que al establecerse las responsabilidades se precisó (...), es así



destacándose que el primero se inicia con letras resaltadas en negrita con la frase "**respecto a la complicidad por omisión**". En el caso de la decisión de la Sala, este tema es objeto de análisis en el penúltimo párrafo del considerando décimo¹⁰. Por tanto, con relación a este argumento, no estamos ante un nuevo fundamento y, en consecuencia, la decisión de primera instancia, amparada en el literal b, inciso 1, artículo 350° del CPP, se encuentra arreglada a derecho.

DÉCIMO SEGUNDO: Debe considerarse además –como ya se indicó anteriormente– que a la impugnante se le atribuye conducta ilícita por varios hechos, los cuales no tienen como denominador común la imputación de un acto omisivo, puesto que más de uno ha sido considerado como supuestos de comisión por omisión, aspectos que ya fueron objeto de pronunciamiento en la segunda excepción deducida, en circunstancias en que la causa se encontraba en investigación preparatoria.

DÉCIMO TERCERO: Tampoco justifica la emisión de nuevo pronunciamiento respecto a la excepción deducida al haberse efectuado una calificación jurídica distinta de los hechos al momento de la acusación, por cuanto, además de efectuarse bajo fundamentos que ya fueron objeto de análisis en la excepción anterior, la nueva

que el Consorcio deberá asumir una responsabilidad administrativa ante el incumplimiento de las cláusulas establecidas en el contrato y para considerar la existencia de una responsabilidad con relevancia penal."

⁹ Dice el fundamento: "*Si bien, la mayoría de casos de complicidad suelen ser cometidos por conducta positiva, nada impide que exista también, complicidad por omisión; empero, esta siempre se encontrará supeditada a la preexistencia de un deber de garantía, sin que sea suficiente la sola facilitación mediante un no hacer para la realización del hecho punible, circunstancia última que se pretende plantear para asumir responsabilidad penal en el presente caso, pues, en el contrato suscrito no existe alguna cláusula que exija a la investigada tener bajo su responsabilidad las acciones u omisiones que realice el jefe de supervisión en razón a la función encomendada. Asimismo, el representante del Ministerio Público no ha oralizado en audiencia la existencia de aquella relación, ni se encuentra desarrollada ni en la imputación, ni en la teoría del caso. Más aun se debe tener en cuenta que la contratación del referido personal se debió a su especialidad en el campo de trabajo, lo que no se ha demostrado que la imputada lo tengo, por lo que consideramos amparar lo postulado por la defensa en todos sus extremos"*

¹⁰ Dice el párrafo: "*Por último se tiene que el a quo sostiene – sobre la complicidad por omisión – para que exista debe de pre existir un deber de garantía, esto es debe haber alguna cláusula que exija a la investigada tener bajo su responsabilidad las acciones u omisiones que realice el jefe de supervisión en la función encomendada; que si bien como se expone líneas arriba dicho análisis no se relaciona con el juicio de atipicidad que exige el artículo 5 numera 1 letra "b" del Código Procesal Penal, por el contrario el análisis aquí explicitado del Juez, tiene que ver con lo que se denomina la esencialidad o no esencialidad del aporte para la formación de la voluntad criminal, que puede servir para diferenciar los tipos de complicidad, el que deberá de hacerse a través del filtro de la propia imputación objetiva, e incluso debe de hacerse el análisis si la conducta objetivamente típica, también puede ser imputada subjetivamente (de forma dolosa como lo estima el artículo 25 del Código Penal); empero como lo sostiene la Casación Nro. 367-2011- Lambayeque, este debe de ventilarse a la luz del caudal probatorio y sobre la base de la teoría del dominio del hecho, circunstancia esta última que este Colegiado estima no debe ser analizado en el presente estadio procesal". "*



calificación jurídica ha sido planteada en forma alternativa, conservando la calificación jurídica que se efectuó al inicio de la investigación.

DÉCIMO CUARTO: Por otro lado, aun cuando la defensa pretende respaldar la nueva excepción deducida en el contenido de la Casación N° 841-2015-Ayacucho, alegando haber sido publicada con posterioridad a las excepciones deducidas en la etapa de investigación preparatoria, dicho argumento tampoco puede ser admitido, porque, en primer lugar, esa casación es de fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis y fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el veinte de junio del dos mil dieciséis; es decir, antes de ser resuelta la segunda excepción por la Sala de Huaraz, al haberse producido este acto en agosto del dos mil dieciséis; y, en segundo lugar, porque si bien dicha casación establece doctrina jurisprudencial¹¹, los temas no tienen relación con los hechos materia de análisis. En consecuencia, tanto la pretensión de nulidad, como la de revocación merecen ser rechazadas.

VII. DECISIÓN

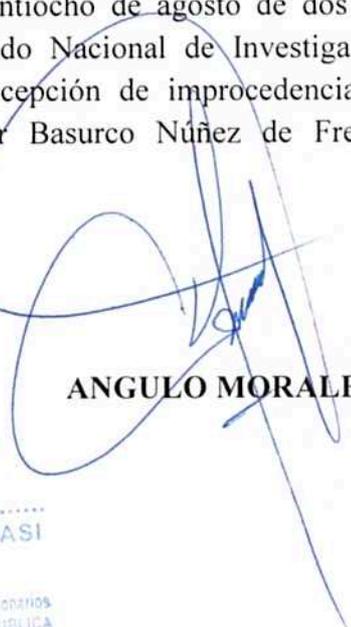
Por los fundamentos fácticos y jurídicos antes expuestos, así como por lo dispuesto en los artículos 350°, inciso 1 literal b, y 409°, inciso 1, del CPP, los magistrados integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, **RESUELVEN:**

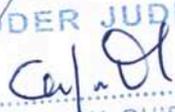
CONFIRMAR la Resolución N° 30, de fecha veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, emitida por el Juez del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria, que declara **IMPROCEDENTE** la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa de María Esther Basurco Núñez de Freyre. Notifíquese y devuélvase.–

Srs.:


SALINAS SICCHA


BURGA ZAMORA


ANGULO MORALES

PODER JUDICIAL

WILMER ROY QUISPE UMASI
ESPECIALISTA JUDICIAL
Sala Penal Nacional de Apelaciones
Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

¹¹ La citada Casación, establece como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos 12 al 23 y 34 al 37.

